

MODE DE DÉTENTION DU PATRIMOINE

Chronique d'actualité



**Sara
GODECHOT-PATRIS**
Professeur à l'Université
Paris-Est Créteil



**Christophe
JUILLET**
Professeur à l'Université
Paris Descartes



Vivien STREIFF
Président 1^{re} Commission
112^e Congrès des Notaires
de France,
Membre de l'Institut d'Etudes
Juridiques du Conseil
Supérieur du Notariat

Ingénierie sociétaire

- > **Prorogation de société** - La loi de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés instaure un mécanisme de prorogation tacite applicable à tous types de société : en cas d'expiration de la société, la nouvelle procédure permet, dans l'année suivant la date d'expiration, de constater l'intention des associés de proroger la société (V. § 1).
- > **Société civile** - La loi de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés facilite le **remplacement du gérant empêché** : désormais, le recours au juge ne s'imposera plus puisque chaque associé dispose du droit de réunir lui-même la collectivité des associés pour nommer le gérant (V. § 20).
- > La loi de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés prévoit une procédure de fusion simplifiée de sociétés civiles : si la société absorbante détient au moins 90% des parts de la société absorbée, la fusion peut avoir lieu sans que les associés de l'absorbante soient consultés, à moins qu'un certain nombre d'entre eux, représentant au moins 5% du capital, n'en fasse la demande (V. § 26).
- > La Cour de cassation juge, par un arrêt devant être approuvé, que le caractère familial d'une société civile et l'absence de demande émanant des associés n'exonèrent pas le gérant de son obligation d'établir un rapport de gestion annuel (V. § 31).

Indivision

- > Le Conseil d'État juge que lorsque la taxe d'habitation est établie au nom d'une indivision successorale, l'obligation de payer incombant à chaque indivisaire est limitée à ses droits dans l'indivision (V. § 37).
- > La Cour de cassation juge que le non-respect, par le notaire, du délai d'un mois de signification de l'intention du ou des indivisaires titulaires d'au moins 2/3 des droits indivis de procéder à l'aliénation du bien indivis, est indifférent dès lors que la signification a été effective et que l'intéressé a disposé d'un délai de trois mois pour manifester son opposition avant l'établissement du procès-verbal de difficulté. Par ailleurs, la Cour rappelle que l'indivisaire opposé à l'aliénation doit apporter la preuve que cet acte porte une atteinte excessive à ses droits, ce qui en l'espèce n'a pas été le cas (V. § 39).

Démembrement de propriété

- > Le Conseil d'État clarifie en partie les modalités de calcul de la valeur économique de l'usufruit à durée fixe de parts de SCI à partir de la méthode d'actualisation des flux de revenus futurs. Un exemple chiffré permet de mesurer l'incidence pratique de ces clarifications (V. § 44).

Ingénierie sociétaire

Questions générales

1. Société - Prorogation tacite (C. civ., art. 1844-6, al. 4) - La loi de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés instaure un mécanisme de prorogation tacite applicable à tous types de société : en cas d'expiration de la société, la nouvelle procédure permet, dans l'année suivant la date d'expiration, de constater l'intention des associés de proroger la société.

L. n° 2019-744, 19 juill. 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, art. 4 : JO 20 juill. 2019, texte n° 1 (V. annexe 1)

2. La société est un contrat à durée déterminée dans la mesure où sa durée de vie doit être fixée par les statuts dans la limite de 99 ans¹. L'arrivée du terme constitue donc logiquement une cause de dissolution de la société². Cependant, par une décision expresse, les associés peuvent choisir de proroger la société³. À cette fin, ils doivent être consultés au moins un an avant l'arrivée du terme. En principe, la décision de prorogation doit être adoptée à l'unanimité. Cependant, pourvu que les statuts le prévoient, elle peut être prise à la majorité requise pour les modifications statutaires. Si les associés refusent la prorogation, la société prendra fin à l'échéance du terme sauf, pour les associés déçus par le résultat du vote, à contester la décision sur le fondement de l'abus de droit de vote. En revanche, si la consultation n'a pas eu lieu jusqu'à un an avant l'arrivée du terme, il existe une forme de session de rattrapage puisque l'un quelconque des associés peut encore solliciter du président du tribunal statuant sur requête, la désignation d'un mandataire chargé de provoquer cette consultation. Là encore, si la décision de prorogation est adoptée, la société pourra survivre. À défaut, elle est condamnée à la dissolution au jour de l'échéance du terme.

3. La jurisprudence s'est toujours montrée très stricte dans la mise en œuvre de ces règles. En particulier, elle a toujours refusé la prorogation tacite de la société, qui se déduirait notamment de ce que la société continue son activité au-delà de son terme. Pour la Cour de cassation, à défaut de décision expresse de prorogation émanant de la collectivité des associés, l'arrivée du terme constitue une cause irrévocable de dissolution⁴. Si les associés veulent continuer l'aventure sociale, ils n'ont alors d'autre choix que de liquider la première société et d'en constituer une seconde⁵.

1 C. civ., art. 1838.

2 C. civ., art. 1844-7, 1°.

3 C. civ., art. 1844-6.

4 Cass. com., 13 sept. 2017, n° 16-12.479. – Cass. com., 31 janv. 2012, n° 10-24.715. – Cass. com., 23 oct. 2007 : Bull. civ. 2007, IV, n° 224.

5 Cozian, Viandier et Deboissy, Droit des sociétés : LexisNexis, 29^e éd., 2016, n° 585.

4. Fondamentalement, ce régime correspond à la **différence qui est faite entre la prorogation du contrat et sa reconduction**, laquelle a été expressément consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016, aux articles 1213 et 1214 du code civil. Puisque la prorogation laisse survivre le contrat initial et consiste simplement à en prolonger les effets au-delà du terme initialement convenu, elle doit être décidée par les parties avant le terme, c'est-à-dire avant que le contrat s'éteigne. Au contraire, puisque la reconduction consiste en la conclusion d'un nouveau contrat, par principe identique au précédent, elle peut indifféremment être décidée avant comme après l'expiration du terme extinctif affectant le contrat initial⁶. Mais, au risque de se répéter, une fois ce terme échu, seule la reconduction est possible car on ne peut prolonger dans le temps les effets d'un contrat d'ores et déjà éteint.

5. Il en allait ainsi, en droit des sociétés, jusqu'à la loi de simplification, de clarification et d'adaptation du droit des sociétés, dite « loi Soilihi », du 19 juillet 2019. Entre autres mesures, cette loi a en effet ajouté un quatrième alinéa à l'article 1844-6 du code civil, selon lequel « *Lorsque la consultation n'a pas eu lieu, le président du tribunal, statuant sur requête à la demande de tout associé dans l'année suivant la date d'expiration de la société, peut constater l'intention des associés de proroger la société et autoriser la consultation à titre de régularisation dans un délai de trois mois, le cas échéant en désignant un mandataire de justice chargé de la provoquer. Si la société est prorogée, les actes conformes à la loi et aux statuts antérieurs à la prorogation sont réputés réguliers et avoir été accomplis par la société ainsi prorogée.* »⁷. Ce nouveau texte vise à faire échapper la société à son terme extinctif ou, plus exactement, à permettre une prorogation tacite de la société. Un tel assouplissement du droit positif mérite quelques observations, en ce qui concerne l'initiative, la reconnaissance et les conséquences de cette prorogation tacite.

♦ L'initiative

6. Qualité d'associé - Il ressort de l'article 1844-6, alinéa 4 du code civil que la demande de prorogation tacite de la société constitue un droit propre de l'associé. Il est nécessaire, mais aussi suffisant, d'avoir la qualité d'associé de la société au jour de la demande. En particulier, aucun seuil de détention capitalistique n'est exigé par le texte ce qui autorise les apporteurs en industrie à agir. Toutefois, cette condition continuera de poser difficulté lorsque les droits sociaux sont démembrés ou indivis. En cas d'usufruit, tout d'abord, la loi Soilihi a réformé l'article 1844 du code civil⁸. Malheureusement, pas plus que la jurisprudence, elle n'a tranché l'éternelle question de savoir

6 V. par ex. Terré, Simler, Lequette et Chénéde, Les obligations : Dalloz, 12^e éd., 2019, n° 665. - Deshayes, Genicon et Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations : LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 511 et s.

7 V. Kilgus, Proroger par-delà l'expiration de la société : propos critiques : D. 2019, p. 1899 ; Storck, Loi de simplification des sociétés : JCPN 2019, n° 48, 1326 ; Reygrobelle, Droit des sociétés : ce que modifie la loi du 19 janvier 2019 : JCPN 2019, n° 30-34, 1263, spéc. n° 10 s. ; Emy et Saintourens, Les dispositions de la loi du 19 juillet 2019 relatives à toutes les sociétés, aux sociétés civiles et aux SARL : Rev. sociétés 2019, p. 655, spéc. n° 18 s.

8 IP 3-2019, n° 3, § 4, comm. S. Godechot-Patris et V. Streiff.

qui de l'usufruitier ou du nu-proprétaire a la qualité d'associé. À suivre la majorité de la doctrine, on devrait considérer que cette qualité appartient au nu-proprétaire puisque c'est lui qui est exposé à l'aléa social⁹. *A contrario*, l'usufruitier ne devrait donc pas pouvoir se prévaloir du nouveau texte. En cas d'indivision, ensuite, la loi ou les statuts prévoient souvent que les droits sociaux sont indivisibles à l'égard de la société. C'est notamment ce qui explique que tous les indivisaires doivent voter par l'intermédiaire d'un mandataire commun lors des assemblées générales¹⁰. À ce titre, on pourrait donc imaginer que les indivisaires ne puissent agir en prorogation tacite de la société que de manière collective. Cependant, la jurisprudence décide que la qualité d'associé appartient à chacun des indivisaires¹¹. Ainsi, pour l'exercice des droits qui requièrent une détention capitalistique minimum, chacun peut être regardé comme étant titulaire de l'ensemble des droits sociaux indivis, ce qui l'autorise à agir seul¹². Il est vraisemblable que cette solution s'imposera, d'autant que la demande vise la survie de la société et s'apparente donc plutôt à un acte conservatoire des droits sociaux indivis qu'un indivisaire peut accomplir seul¹³.

7. Exclusion des tiers - Le fait que la demande en justice constitue un droit propre de l'associé signifie, *a contrario*, que les tiers ne peuvent formuler une telle demande. *A priori*, la solution paraît d'une plate évidence. On ne voit pas très bien, en effet, en quoi un tiers pourrait s'immiscer dans la prorogation d'un contrat auquel, par définition, il n'est pas partie. La prorogation étant une modification du contrat, elle ne peut relever que de la seule volonté des parties. Cependant, comme il a déjà été dit, la demande ne vise pas à faire prononcer la prorogation par le juge mais à faire constater que les associés ont eu la volonté de proroger. À ce titre, on aurait pu penser que les tiers intéressés, notamment parce qu'ils ont conclu un acte avec la société qui dépasse sa stricte capacité lorsqu'elle est en liquidation, puissent également agir afin de faire régulariser cet acte. En sens inverse, on peut également craindre que la prorogation tacite de la société contrevienne aux intérêts d'un tiers. En particulier, puisque la demande en prorogation doit être formée dans l'année qui suit l'échéance du terme de la société, on pourrait imaginer qu'elle se heurte à une demande d'un tiers visant à faire constater que la société a été dissoute de plein droit par l'arrivée de son terme. L'article 1844-6 du code civil n'envisage pas cette difficulté. Aussi, pour la résoudre, il faut certainement en revenir au droit commun et, plus précisément, à l'article 1213 du code civil. Selon ce texte, la prorogation ne peut pas porter atteinte aux droits des tiers. Il faut donc en déduire que la prorogation doit être inopposable aux tiers auxquels elle est susceptible de nuire. Cela signifie concrètement que la prorogation existera *inter partes*, qu'elle sera opposable aux tiers qui n'en souffrent pas, mais qu'à l'égard des autres tiers, il faudra faire comme si elle n'avait jamais eu lieu.

9 Cozian, Viandier et Deboissy, préc., n° 409.

10 C. civ., art. 1844, al. 2.

11 V. par ex. Cass. com., 21 janv. 2014, n° 13-10.151.

12 Cass. com., 4 déc. 2007, n° 05-19.643.

13 C. civ., art. 815-20

8. Protection des tiers - Appliquée à un contrat de société, cette solution risque de ne pas toujours être simple à mettre en œuvre. D'un côté, il faudra traiter la société comme ayant été prorogée, c'est-à-dire par un maintien plein et entier de sa personnalité morale. Mais d'un autre côté, il faudra la considérer comme ayant été dissoute par l'arrivée de son terme, ce qui implique, d'une part, que la personnalité morale n'ait pu survivre que pour les besoins de la liquidation ; d'autre part, qu'elle soit effectivement liquidée¹⁴. Ainsi, par exemple, le créancier personnel d'un associé peut avoir intérêt à se prévaloir de la dissolution et de la liquidation de la société ne serait-ce que par la simplicité et l'efficacité qu'offre la saisie du boni de liquidation par rapport à la saisie des parts ou des actions de son débiteur. Mais comment procéder à une telle saisie si, précisément, la société n'est pas réellement liquidée et que son débiteur ne recueille effectivement aucun boni de liquidation ? Faudra-t-il admettre que le créancier puisse agir directement contre la société prorogée ? Rien n'est moins sûr et la question reste ouverte.

◆ Le déroulement

9. Procédure - Au titre de la procédure, la demande doit être portée par voie de requête devant le président du tribunal. Là encore, plusieurs observations s'imposent. Déjà, dans le silence de l'article 1844-6 du code civil, la détermination du tribunal compétent doit être éclairée. D'un point de vue territorial, il s'agit certainement du tribunal dans le ressort duquel la société a son siège social. D'un point de vue matériel, l'article 17 du décret n° 78-704 du 3 juillet 1978 indique que le tribunal compétent pour désigner le mandataire visé au troisième alinéa de l'article 1844-6 du code civil, dépend de la nature de la société. Il n'y a aucune raison qu'il en aille différemment pour le quatrième alinéa. Le tribunal compétent sera donc le tribunal judiciaire pour les sociétés civiles et le tribunal de commerce pour les sociétés commerciales. Par ailleurs, l'article 1844-6 du code civil prévoit que la saisine du juge s'opère par requête. Simple et rapide car dépourvue de toute contradiction¹⁵, cette procédure s'explique par le fait que la constatation de la prorogation de la société, bien qu'elle puisse avoir un impact sur la situation des tiers, ne consiste pas, à proprement parler, à trancher un litige. Il n'en demeure pas moins que la procédure ne pourra raisonnablement aboutir qu'à la condition que le demandeur n'achoppe pas sur la preuve. Or, cette preuve pourrait constituer un lourd fardeau.

10. Preuve - L'objet de la preuve consiste à démontrer que la collectivité des associés a eu l'intention de proroger la société. Peu évidente en soi, en ce qu'elle porte sur un élément psychologique, la preuve de cette intention sera d'autant plus difficile à établir que l'intention devra avoir été partagée par la collectivité des associés. Elle pourra néanmoins être rapportée si tous les associés concernés agissent ensemble ou, sur la demande d'un seul d'entre eux, déclarent avoir eu cette intention. À défaut, notamment si la société est trop importante au

14 C. civ., art. 1844-8.

15 CPC, art. 493.

regard du nombre de ses associés, le juge pourra sans doute présumer leur intention à partir d'éléments matériels, comme par exemple une assemblée générale ayant décidé des développements stratégiques futurs de la société (augmentation de capital, autorisation d'un emprunt bancaire, etc.). Toutefois, dans la mesure où la prorogation ne peut intervenir qu'avant l'échéance du contrat, ces éléments matériels, qui peuvent précéder ou suivre le terme de la société, doivent démontrer que l'intention des associés a, pour sa part, bel et bien existé avant le terme de la société. La révélation d'une intention qui aurait existé après l'échéance ne pourrait permettre de faire renaître rétroactivement la société dissoute par son terme.

11. Associés concernés - Par ailleurs, se pose la question de savoir de quels associés l'intention de proroger doit émaner¹⁶. *A priori*, on serait tenté de répondre qu'il s'agit de tous les associés puisque, selon l'alinéa 1^{er} de l'article 1844-6, la décision de prorogation prise au moins un an avant le terme de la société doit l'être à l'unanimité. Mais le même texte précise également que les statuts peuvent permettre une décision à la majorité nécessaire pour les modifications statutaires. Dans ce cas, l'intention de ces associés majoritaires, en nombre de personnes et/ou en nombre de parts ou actions, doit-elle également permettre la prorogation tacite constatée judiciairement sur le fondement du quatrième alinéa du texte ? On se risquera à une réponse positive en ayant à l'esprit les sociétés de grande taille dans lesquelles il pourrait être difficile, sinon impossible, de prouver l'intention unanime des associés.

12. Pouvoirs du juge - Une fois l'obstacle probatoire levé, l'article 1844-6, alinéa 4 du code civil offre des pouvoirs relativement étendus au président du tribunal. Comme il a déjà été dit, son rôle consiste principalement à reconnaître que les associés ont eu la volonté de proroger eux-mêmes la société. Négativement, cela signifie que le juge n'a pas le pouvoir de proroger lui-même le contrat ce qui, dans une analyse purement contractualiste de la situation, se comprend aisément. En dehors des textes qui autorisent le juge à soulager le débiteur en lui offrant des délais pour s'exécuter (délais de grâce ou délais contenus dans un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou encore dans un plan de surendettement), le juge n'a pas le pouvoir de reporter dans le temps le terme d'un contrat, *a fortiori* si celui-ci n'est pas suspensif mais extinctif. Plus positivement, la lettre du texte semble suggérer que le juge n'a qu'une simple faculté de constater la prorogation de la société. Il est en effet indiqué que le juge « peut », et non « doit », constater l'intention des associés de proroger. Mais en réalité, plutôt qu'une faculté, l'expression signifie plus certainement que la décision du juge est simplement subordonnée à sa libre appréciation de l'intention des associés. S'il découvre et se convainc de cette intention, on voit mal comment il pourrait débouter le demandeur.

13. Régularisation de la prorogation - En tout état de cause, la mission du juge ne se limite pas à constater l'intention des associés de proroger la société. Elle trouve son

prolongement naturel dans la nécessaire matérialisation de cette prorogation qui suppose une modification statutaire. À cette fin, le juge doit autoriser la consultation des associés. Cette autorisation doit cependant être bien comprise. Le juge ne fait qu'autoriser cette consultation mais ce n'est pas lui qui en a l'initiative. Qu'il s'agisse d'une assemblée générale ou d'une consultation écrite, ce sont les organes de la société, et plus particulièrement ses dirigeants, qui doivent mettre en œuvre cette consultation. C'est ce qui explique qu'en cas de besoin, notamment en raison de la vacance de la direction, l'article 1844-6, alinéa 4 du code civil offre au juge le pouvoir de nommer un mandataire chargé de provoquer la consultation. Sur ce point, le nouveau texte pose toutefois une réelle difficulté d'interprétation. Il prévoit en effet un délai maximal de trois mois mais sans que l'on sache si ce délai incombe au juge pour statuer sur la requête, aux organes de la société pour provoquer la consultation des associés, voire aux associés eux-mêmes pour adopter la décision de régularisation.

◆ Les conséquences

14. Imputation des actes à la société - Le nouvel article 1844-6, alinéa 4 du code civil comporte un dernier élément relatif aux conséquences de la prorogation tacite. Ces conséquences concernent le sort des actes accomplis par la société entre la date de son terme extinctif et la date à laquelle les associés ont régularisé la prorogation. Dans la mesure où la prorogation a pour objet de reporter la société, en tant que contrat mais aussi en tant que personne morale, au-delà de son terme extinctif initial, le texte considère qu'à la condition d'être « conformes à la loi et aux statuts », ces actes « sont réputés réguliers et avoir été accomplis par la société » elle-même. Cette formule suscite plusieurs remarques.

15. Régularité des actes - Premièrement, on comprend que ne soient concernés que les seuls actes conformes à la loi puisque, en dehors de toute prorogation, seuls de tels actes engagent la société. Par exemple, à condition d'invoquer la nullité, la société ne saurait être tenue par un acte auquel une condition de validité fait défaut. De même, sauf ratification, elle ne saurait être engagée par un acte accompli par un autre que son représentant légal. Il n'y a pas de raison qu'il en aille différemment dans le cadre de la prorogation tacite. En revanche, la condition selon laquelle l'acte doit être conforme aux statuts est plus énigmatique. Chacun sait, en effet, qu'en dehors de toute prorogation, la société peut être engagée par des actes contraires aux statuts, soit parce qu'ils dépassent l'objet social dans les sociétés à risque limité, soit parce qu'ils méconnaissent une clause limitative de pouvoir dans n'importe quelle société. À suivre la lettre de l'article 1844-6 du code civil, on peut donc raisonnablement se demander si de tels actes, qui engagent normalement la société même s'ils outrepassent les statuts, pourront effectivement être considérés comme étant régularisés et réputés conclus par la société tacitement prorogée.

16. Sort des actes irréguliers - Deuxièmement, et par voie de conséquence, se pose la délicate question de savoir ce qu'il doit advenir de ces actes conclus par la société entre son

¹⁶ Rapp. Emy et Saintourens, préc., n° 20.

terme initial et la régularisation de sa prorogation, et qui ne peuvent être réputés réguliers. Certes, la lecture *a contrario* du texte permet d'affirmer que ces actes ne peuvent être réputés avoir été conclus par la société prorogée. Dès lors, à moins qu'ils puissent être annulés pour une cause qui leur est propre, il faut certainement les regarder comme ayant été conclus par une société réputée dissoute par l'arrivée de son terme. Toutefois, leur sort exact reste incertain. Trois pistes peuvent être explorées. Tout d'abord, on pourrait être tenté de partir du constat que la dissolution de la société n'étant que fictive, elle ne saurait donner lieu à publication et demeurerait ainsi inopposable aux tiers¹⁷. Malheureusement, cette première piste mène à une impasse. Si elle respecte bien la sécurité juridique du tiers qui ne peut avoir connaissance de la fiction de dissolution, elle a aussi pour conséquence de vider l'article 1844-6 du code civil de sa substance dans la mesure où l'acte doit alors être réputé avoir été conclu par la société dotée de sa pleine capacité juridique, ce qu'interdit précisément le texte. Ensuite, on pourrait également estimer que la société réputée dissoute par l'arrivée de son terme a laissé place à une société créée de fait¹⁸. L'acte demeurerait ainsi valable mais n'engagerait que les associés. Une telle solution présente néanmoins l'inconvénient de nuire à la sécurité juridique du tiers contractant. Par hypothèse, la lecture de l'extrait K-bis n'a pas pu lui révéler qu'il contractait avec une société dissoute. Dès lors, il serait sans doute excessif de lui imposer une sorte de changement de co-contractant en considérant que ce dernier n'est finalement pas la société mais la collectivité des associés. Aussi bien, une troisième solution consisterait à tirer toutes les conséquences de la fiction de dissolution. Comme on le sait, la dissolution laisse survivre la personnalité morale de la société pour les seuls besoins de la liquidation¹⁹. Cela signifie que pour le surplus, la société n'a plus sa capacité de jouissance, ce qui doit donc logiquement emporter nullité de l'acte passé avec le tiers. Certes, cette solution compromet la sécurité juridique du tiers contractant, mais nettement moins que la précédente. Elle devrait donc être préférée.

17. Sort des actes réguliers - Troisièmement, en ce qui concerne, cette fois-ci, les actes effectivement réputés réguliers, il faut préciser que cette régularité doit être admise dès l'origine, c'est-à-dire à compter de leur conclusion, et non pas simplement à compter de la régularisation de la prorogation de la société. En effet, comme il a été dit précédemment, la prorogation d'un contrat ne peut intervenir qu'avant l'arrivée du terme extinctif. C'est donc avant la date du terme initial que le juge doit rechercher l'intention des associés de proroger la société si bien qu'au moment de l'arrivée du terme, la prorogation doit être considérée comme étant déjà effective. Par conséquent, tous les actes réguliers accomplis par la société depuis cette date doivent être regardés comme étant accomplis par la même société, par la même personne morale bien que la prorogation n'ait pas encore été régularisée. De ce point de vue, la décision

du juge et la régularisation de la prorogation qui en résultera vont mécaniquement produire un certain effet rétroactif.

18. Conclusion - Le nouvel article 1844-6, alinéa 4 du code civil pose un certain nombre de difficultés d'interprétation. On peut cependant gager qu'un minimum de prévoyance de la part des dirigeants et des associés en rendront son application relativement rare en pratique.

C. JUILLET ■

Société civile

19. Les articles 5 à 7 de la loi dite Soilihi du 19 juillet 2019 ont apporté quelques modifications au régime des sociétés civiles. D'abord, le remplacement du gérant empêché est facilité ; ensuite, la fusion-absorption entre sociétés civiles est simplifiée ; enfin, l'opposabilité aux tiers de la cession de parts sociales est modernisée.

20. Société civile - Vacance de la gérance - Remplacement du gérant empêché - La loi de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés facilite le remplacement du gérant empêché : désormais, le recours au juge ne s'imposera plus puisque chaque associé dispose du droit de réunir lui-même la collectivité des associés pour nommer le gérant.

L. n° 2019-744, 19 juill. 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, art. 5 : JO 20 juill. 2019, texte n° 1 (V. annexe 2)

21. Jusqu'à la loi de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, dite « loi Soilihi », la vacance de la gérance constituait une question classique de la société civile. En effet, à la différence d'autres sociétés, comme par exemple la SARL, le législateur n'envisageait pas cette question. La conséquence en était un risque de blocage que seul le recours au juge pouvait dénouer. D'un côté, la vacance de la gérance devait conduire les associés à se réunir en assemblée générale afin de nommer un autre gérant. Mais, d'un autre côté, en l'absence de gérant, l'assemblée générale ne pouvait pas être convoquée puisque, précisément, cette convocation relève des prérogatives de la gérance. Pour sortir de cette impasse, l'article 1846, alinéa 5 du code civil ne conférait aux associés d'autre choix que de saisir le président du tribunal par voie de requête, afin qu'il nomme un mandataire *ad hoc* ayant pour mission de réunir les associés en vue de nommer un nouveau gérant. Concrètement, le mandataire judiciaire devait donc convoquer une assemblée générale avec pour seul ordre du jour la désignation du gérant.

22. Pour éviter ce recours au juge, la pratique avait alors largement exploité la liberté qu'offre la société civile pour imaginer des solutions plus souples comme par exemple une co-gérance, une gérance subsidiaire ou encore le droit pour

17 Cass. com., 23 oct. 2019, n° 18-15.475.

18 Cass. civ. 1^{re}, 13 déc. 2005 : Bull. civ. 2005, I, n° 487.

19 C. civ., art. 1844-8.

un ou plusieurs associés ou pour chacun d'eux, de provoquer la décision collective de nomination du nouveau gérant. Ces clauses conservent certainement leur utilité aujourd'hui. Mais le législateur les a rendues moins nécessaires en réformant l'article 1846, alinéa 5 du code civil. Comme auparavant, ce texte autorise un associé à saisir le président du tribunal pour faire nommer un mandataire chargé d'organiser la consultation des associés en vue de la nomination d'un nouveau gérant. Mais désormais, le recours au juge ne s'imposera plus puisque chaque associé dispose du droit de réunir lui-même la collectivité des associés pour nommer le gérant. Le pouvoir de convoquer l'assemblée générale est ainsi légalement reconnu à tout détenteur de parts, **quelle que soit sa participation au capital et, par voie de conséquence, quelle que soit la nature de son apport.**

23. La solution n'est pas sans rappeler celle qui existe dans la **SARL** où chaque associé (ainsi que le commissaire aux comptes, le cas échéant) tient de l'article L. 223-27 du code de commerce, le droit de convoquer l'assemblée générale dans un délai de 8 jours au lieu des 15 jours habituels²⁰. Il convient d'ailleurs d'observer que jusqu'à la loi Soilihi, ce droit était expressément limité à l'hypothèse d'une vacance de la gérance par décès. Mais l'article 11 de cette loi a modifié les termes de l'article. Désormais, à l'instar du nouvel article 1846, alinéa 5 du code civil, l'article L. 223-27 du code de commerce vise la vacance « *pour quelque cause que ce soit* ». Il pourra s'agir, par exemple, d'une simple présomption d'absence ou de toute autre forme d'empêchement d'une durée suffisamment longue et incertaine (maladie, emprisonnement, etc.).

24. L'article L. 223-27 du code de commerce va même plus loin que l'article 1846, alinéa 5 du code civil car, à l'instar de tous les dirigeants de SA désormais réputés démissionnaires d'office s'ils sont mis sous tutelle²¹, il envisage également la mise sous tutelle du gérant de la SARL. Dans ce cas, chaque associé peut convoquer l'assemblée générale avec, pour ordre du jour, la nomination d'un nouveau gérant mais aussi, au préalable, la révocation de l'ancien. Or, à défaut d'une telle précision dans l'article 1846, alinéa 5 du code civil, on peut raisonnablement penser que **l'ouverture d'un régime de protection envers le gérant unique, personne physique, d'une société civile** n'autorise pas l'associé à réunir la collectivité des associés pour le remplacer. Seul le recours au juge paraît devoir s'imposer si le gérant ne dispose plus des facultés nécessaires pour diriger la société. Concrètement, il s'agira alors de faire valoir que la tutelle du gérant constitue une cause légitime de révocation judiciaire pour, ensuite, réunir ou faire réunir la collectivité des associés afin de nommer un nouveau gérant.

25. Il apparaît donc que le recours au juge n'est pas totalement éliminé dans les sociétés civiles. Cet inconvénient peut cependant être écarté par des clauses statutaires. Par exemple, les statuts pourraient prévoir que la mise sous tutelle, voire

sous curatelle ou même sous sauvegarde de justice, du gérant emporte cessation de plein droit de ses fonctions. La société se trouverait alors automatiquement dépourvue de gérant et chaque associé pourrait se prévaloir du nouvel article 1846, alinéa 5 du code civil pour réunir l'ensemble des associés dans le seul but d'en nommer un nouveau.

C. JUILLET ■

26. Société civile - Fusion simplifiée - La loi de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés prévoit une procédure de fusion simplifiée de sociétés civiles : si la société absorbante détient au moins 90% des parts de la société absorbée, la fusion peut avoir lieu sans que les associés de l'absorbante soient consultés, à moins qu'un certain nombre d'entre eux, représentant au moins 5% du capital, n'en fasse la demande.

L. n° 2019-744, 19 juill. 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, art. 6 : JO 20 juill. 2019, texte n° 1 (V. annexe 3)

27. Qu'une société civile puisse participer à une opération de fusion n'a rien de bien extraordinaire²². Ces opérations sont en effet visées, de façon générale, par l'article 1844-4 du code civil, lequel est applicable à toutes les sociétés. En revanche, que la société civile puisse s'affranchir des règles posées par cet article pour procéder à une fusion simplifiée telle qu'on la connaît en cas de fusion entre sociétés anonymes²³ ou entre société anonyme et SARL²⁴, constitue une nouveauté. Elle est le fruit de la loi Soilihi du 19 juillet 2019 et résulte du nouvel article 1854-1 du code civil. En substance, ce texte prévoit que si la société civile absorbante détient au moins 90% des parts de la société civile absorbée, la fusion peut avoir lieu sans que les associés de l'absorbante soient consultés, à moins qu'un certain nombre d'entre eux, représentant au moins 5% du capital, n'en fasse la demande²⁵.

28. Les conditions d'application de ce nouvel article 1854-1 du code civil sont au nombre de trois, étant observé que la formule employée par le texte et selon laquelle « *si les statuts prévoient la consultation des associés de la société absorbante* » n'a vraisemblablement guère d'autre sens que celui d'indiquer que le texte est impératif²⁶.

22 Bonnecase et Caillaud, Les fusions faisant intervenir des sociétés de personnes : JCPÉ 1998, 595. - Mérat, Fusions et sociétés de personnes : aspects pratiques : Dr. sociétés 2002, n° 8-9.

23 C. com., art. L. 236-11-1.

24 C. com., art. L. 236-2.

25 Storck, Loi de simplification des sociétés : JCPN 2019, n° 48, 1326 ; Reygrobellet, Droit des sociétés : ce que modifie la loi du 19 janvier 2019 : JCPN 2019, n° 30-34, 1263, spéc. n° 13 s. ; Emy et Saintourens, Les dispositions de la loi du 19 juillet 2019 relatives à toutes les sociétés, aux sociétés civiles et aux SARL : Rev. sociétés 2019, p. 655, spéc. n° 30 s. ; Monsérié-Bon, Apports de la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés : RTD com. 2019, p. 708, spéc. p. 710 s.

26 Emy et Saintourens, préc., n° 38 s.

20 C. com., art. R. 223-20.

21 L. n° 2019-744, 19 juill. 2019, art. 13 : IP 3-2019, n° 4, § 2, comm. I. Dauriac.

Premièrement, par dérogation à l'article 1844-4, alinéa 1^{er} du code civil, qui autorise les fusions par voie d'absorption ou par voie de création d'une personne morale nouvelle, le nouveau texte n'a vocation à s'appliquer qu'aux fusions par voie d'absorption.

Deuxièmement, par dérogation à l'article 1844-4, alinéa 3 de ce même code, qui autorise les fusions entre sociétés de nature différente, la fusion simplifiée de l'article 1854-1 est réservée aux seules sociétés civiles.

Troisièmement, le régime de fusion simplifiée ne peut s'appliquer que si la société absorbante détient au moins 90% du capital de la société absorbée, ce qui exclut l'application du texte pour la fusion de deux sociétés sœurs. En outre, il faut observer que par mimétisme avec l'article L. 236-11-1 du code de commerce, le texte exige que la nature civile des deux sociétés intéressées soit maintenue de la date du dépôt de projet de fusion jusqu'à la date de réalisation effective de la fusion. Malheureusement, comme on l'a justement fait observer, le législateur n'a guère réfléchi à ce qu'il écrivait puisqu'il n'existe pas, pour les sociétés civiles, d'obligation de déposer le projet de fusion²⁷. Il faut donc certainement comprendre que la nature civile des sociétés doit exister durant tout le processus de fusion. Toujours est-il que le législateur n'est pas allé jusqu'à imposer une détention à 100% comme le fait l'article L. 236-11 du code de commerce, pour la simple et bonne raison que d'un point de vue théorique, la société civile requiert au moins deux associés. De toute façon, à supposer que la mère détienne 100% de la fille, elle pourra tout aussi bien passer par l'article 1854-1 que par l'article 1844-5 qui l'autorise à demander la dissolution de la fille pour réunion de toutes les parts en une seule main, ce qui produira les mêmes conséquences qu'une fusion. L'associé unique personne morale bénéficie en effet d'une transmission universelle du patrimoine de sa fille dissoute, sans liquidation préalable.

29. Lorsque ces trois conditions sont réunies, l'article 1854-1 du code civil autorise à déroger à l'article 1844-4, alinéa 4 du même code. Plus précisément, ce dernier texte prévoit que la fusion doit être décidée, pour chaque société concernée, dans les conditions prévues pour modifier les statuts. Or, précisément, l'article 1854-1 permet de se dispenser d'une telle décision. Du moins en va-t-il ainsi du point de vue de l'absorbante. En effet, **les associés de l'absorbée doivent, pour leur part, toujours être consultés.** Certes, on pourrait croire, au premier abord, que cette consultation des associés de la société absorbée est assez formelle puisque, par hypothèse, celui qui souhaite la fusion détient au moins 90% des parts sociales. Ce serait cependant oublier qu'en matière de sociétés civiles, les décisions doivent en principe être prises à l'unanimité des associés²⁸. Par voie de conséquence, si cette règle n'a pas été écartée par les statuts à propos des décisions emportant leur modification, les autres associés disposent mécaniquement d'une minorité de blocage, pour ne pas dire d'un véritable droit de veto, qui ne pourrait être combattu que sur le terrain de l'abus de minorité.

²⁷ *Ibidem*, n° 37.

²⁸ C. civ., art. 1852.

30. Quoi qu'il en soit, du point de vue de l'absorbante, la consultation des associés est normalement écartée par l'article 1854-1. Cependant, le second alinéa du texte offre aux minoritaires une sorte de session de rattrapage. Pour en bénéficier, ils doivent, seul ou à plusieurs, réunir au moins 5% du capital social, ce qui exclut mécaniquement les apporteurs en industrie dont on sait que l'apport ne concourt pas au capital. Si ce seuil des 5% est atteint, le ou les associés peuvent demander en justice la nomination d'un mandataire chargé de provoquer la consultation des associés de l'absorbante. Bien que le texte ne le précise pas, la demande doit vraisemblablement être portée par voie de requête devant le président du tribunal judiciaire. L'issue de la fusion dépendra alors de ce que décide la collectivité des associés de l'absorbante sachant, encore une fois, qu'en matière de société civile, les décisions se prennent à l'unanimité, à moins que les statuts en disposent autrement.

C. JUILLET ■

31. Sociétés civiles - Société à caractère familial - Rapport de gestion annuel - La Cour de cassation juge, par un arrêt devant être approuvé, que le caractère familial d'une société civile et l'absence de demande émanant des associés n'exonèrent pas le gérant de son obligation d'établir un rapport de gestion annuel.

Cass. com., 23 oct. 2019, n° 17-31.653 (V. annexe 4)

32. Dans quelle mesure la confiance née de relations familiales est-elle susceptible d'infléchir la rigueur de la règle de droit ? C'est à cette question que la chambre commerciale de la Cour de cassation a été appelée à répondre.

Les faits étaient pour le moins classiques. Des époux ont constitué une société civile avec leurs trois enfants. Le mari a été désigné gérant. En cours de vie sociale, la société a vendu un immeuble dont elle était propriétaire. C'est alors que les difficultés sont survenues. Non seulement les époux ont divorcé, mais en plus, estimant que le gérant avait minoré excessivement la plus-value imposable sur la vente de l'immeuble, l'administration fiscale a adressé un redressement aux associés. Ces derniers ont alors introduit une instance en révocation du gérant. La cour d'appel les débouta de leur demande. Elle estima qu'au regard du caractère familial de la société, il ne saurait être reproché au gérant de ne pas avoir établi annuellement un rapport de gestion ainsi que le prescrit pourtant l'article 1856 du code civil. Au surplus, elle ajoute que les associés n'ont jamais cherché à obtenir ce rapport. Les associés ont donc formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt.

Par un arrêt du 23 octobre 2019, la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel aux motifs que le caractère familial de la société n'exonère pas le gérant de son obligation d'établir annuellement un rapport de gestion. Peu importe que ce rapport n'ait pas été réclamé par les associés ; le fait, pour le gérant, d'avoir manqué à cette obligation constitue une cause légitime de révocation judiciaire au sens de l'article 1851 du code civil.

33. À proprement parler, **la solution de la Cour de cassation ne saurait surprendre.** Certes, la confiance née d'une relation familiale est parfois prise en compte pour infléchir la rigueur de la norme. Ainsi, en matière de droit de la preuve, la relation familiale est souvent présentée comme pouvant constituer une cause d'impossibilité morale de rapporter une preuve écrite et autorisant à prouver librement un acte juridique civil d'un montant supérieur à 1 500 €. Mais on ne manquera pas d'observer que s'il en est ainsi, c'est parce que le législateur le prévoit expressément²⁹. Or, il n'existe pas de disposition analogue dans le régime juridique des sociétés civiles. Mieux, à l'instar de la société civile immobilière avec laquelle elle se confond souvent en pratique, la société civile familiale ne constitue pas une forme de société. Qu'elle soit immobilière ou familiale, la société civile n'est qu'une société civile soumise aux articles 1845 et suivants du code civil. Le caractère familial de la société ne saurait donc être pris en compte pour exonérer le gérant de l'une de ses obligations et pour considérer comme étant illégitime sa cause de révocation judiciaire. Toute autre solution constituerait un refus pur et simple d'appliquer la loi.

34. Par ailleurs, **la solution posée par la Cour de cassation dans le présent arrêt ne doit pas être circonscrite à l'espèce.**

D'un côté, au-delà des seules sociétés civiles, **elle vaut pour toutes les sociétés constituées dans le cercle familial.** Ainsi, la solution serait identique s'agissant, par exemple, d'une SAS ou d'une SARL. Bien sûr, dans ces sociétés, le risque encouru par les associés est moindre que dans une société civile. Mais cela ne dispense pas pour autant le président ou le gérant de son obligation d'établir annuellement un rapport de gestion.

D'un autre côté, **la rigueur de la révocation judiciaire doit être la même quelle que soit la norme méconnue par le gérant.** Il peut s'agir, comme en l'espèce, d'une obligation légale. Mais il pourrait également s'agir d'une obligation statutaire, comme par exemple le dépassement de l'objet social ou la violation d'une clause limitative de pouvoirs, ou d'une norme comportementale. La faute de gestion comme le manquement au devoir de loyauté doivent toujours constituer des causes légitimes de révocation judiciaire du gérant des sociétés civiles, y compris lorsqu'elles présentent une dimension familiale.

35. Finalement, on ne le répétera jamais assez, si la société civile constitue un excellent instrument de gestion et de transmission de patrimoine dans le cadre familial, elle ne doit pas être maniée à la légère. Son fonctionnement impose des devoirs qu'il incombe à chacun, dirigeant et associés, de respecter pour résister au risque de dislocation de l'harmonie familiale.

C. JUILLET ■

36. À NOTER

> Société civile - Cessions de parts - Dématérialisation de la publicité - La loi de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés permet le dépôt par

voie électronique de la cession des parts de sociétés civiles au greffe du tribunal de commerce.

L. n° 2019-744, 19 juill. 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, art. 7 : JO 20 juill. 2019, texte n° 1 (V. annexe 5)

Traditionnellement, l'opposabilité de la cession de parts sociales, que la société soit civile ou commerciale, suppose l'accomplissement de deux types de formalités. D'une part, les parties doivent procéder aux formalités de l'article 1690 du code civil pour rendre la cession opposable à la société elle-même³⁰. Concrètement, il s'agit donc soit de faire intervenir le gérant de la société à l'acte constatant la cession, pourvu cependant que les parties décident d'utiliser l'acte authentique, soit de signifier la cession à la société par voie d'huissier, étant observé que dans les sociétés commerciales cette formalité peut être remplacée par le dépôt, contre récépissé, d'un original de l'acte de cession au siège social. D'autre part, pour rendre la cession opposable aux tiers, les parties doivent, cumulativement avec cette première formalité³¹, faire procéder à une publication au registre du commerce des sociétés, via le greffe du tribunal de commerce. Selon la jurisprudence, la simple connaissance de la cession par les tiers est impuissante à la leur rendre opposable³². Mais alors que depuis l'ordonnance n° 2014-863, du 31 juillet 2014, cette publication doit être celle des statuts mis à jour pour les sociétés commerciales³³, elle peut indifféremment avoir pour objet les statuts mis à jour ou l'acte de cession lui-même pour les sociétés civiles.

On l'aura compris, l'ordonnance du 31 juillet 2014 ne concernait que les sociétés commerciales. Or, elle avait permis de procéder à la publication au RCS de façon dématérialisée. Il en résultait que les cessions de parts de sociétés civiles devaient, pour ce qui les concerne, continuer à être adressées au greffe en version papier. C'est précisément ce point que vient amender l'article 7 de la loi Soilihi en permettant le dépôt de la cession des parts de sociétés civiles au greffe du tribunal de commerce par voie électronique³⁴. Au passage, le législateur en a profité pour préciser de façon expresse, à l'article 1865, alinéa 2 du code civil, que la publication se fait au registre du commerce et des sociétés. Cette simplification est certainement la bienvenue. Elle l'est d'autant plus que le législateur n'a pas succombé, ici, à la tentation de reprendre le système aberrant institué par l'ordonnance de 2014 pour les cessions de parts de sociétés commerciales.

Comme il a été dit, depuis l'ordonnance du 31 juillet 2014, l'opposabilité aux tiers des cessions de parts de sociétés commerciales doit procéder de la publication des statuts mis à jour. Or, à la différence de la publication de la cession elle-même, dont l'initiative revient aux parties, la publication des statuts mis à jour incombe au gérant de la société. Cela signifie donc concrètement que les parties sont tributaires du bon vouloir du gérant, ce qui est tout de même assez gênant. Certes, pour pallier les effets néfastes de cette solution, le décret n° 2015-545

30 C. civ., art. 1865, al. 1^{er}. - C. com., art. L. 221-14, pour la SNC, et, par renvoi, L. 222-2, pour la SCS, et L. 223-17, pour la SARL.

31 Cass. com., 9 juin 1998, n° 96-12.061 et n° 96-15.657.

32 Cass. com., 27 janv. 1998, n° 95-18.751.

33 Dondero, L'ordonnance du 31 juillet 2014 relative aux sociétés : D. 2014, p. 1885, n° 8 s. ; Gallois-Cochet, Ordonnance du 31 juillet 2014 : dispositions relatives aux SNC et aux SARL : Dr. sociétés 2014, n° 145.

34 Storck, Loi de simplification des sociétés, préc. ; Reygrobellet, préc., spéc. n° 15 s. ; Emy et Saintourens, préc., spéc. n° 44 s.

29 C. civ., art. 1360.

du 18 mai 2015, a organisé un système d'opposabilité provisoire par la publication de l'acte de cession parallèle à l'assignation du gérant aux fins de le contraindre à publier les statuts³⁵. Mais l'opposabilité provisoire est censée ne durer que jusqu'au jour où le juge statue. Cela signifie donc qu'entre la date du prononcé de la condamnation du gérant à s'exécuter et la date à laquelle il s'exécutera effectivement, la cession redevient curieusement inopposable aux tiers. Il faut donc louer le législateur de ne pas avoir repris une telle solution en matière de cession de parts de sociétés civiles mais on peut tout de même lui faire le reproche de ne pas être revenu à plus de simplicité pour les cessions de parts de sociétés commerciales³⁶.

C. JUILLET ■

Indivision

37. Indivision - Taxe d'habitation - Le Conseil d'État juge que lorsque la taxe d'habitation est établie au nom d'une indivision successorale, l'obligation de payer incombant à chaque indivisaire est limitée à ses droits dans l'indivision.

CE, 9^e et 10^e ch., 30 sept. 2019, n° 419384, Imbach, n° 419490, Curien (V. annexe 6)

38. Lorsque la taxe d'habitation a été établie, en raison de l'occupation des locaux au titre desquels elle est due, au nom d'une indivision successorale, l'obligation de payer incombant à chaque indivisaire ne saurait excéder ses droits dans l'indivision³⁷, dès lors qu'en application des articles 815-17 et 1202 du code civil, la **solidarité ne s'attache pas de plein droit à la qualité d'indivisaire et ne se présume pas**.

39. Indivision - Aliénation forcée d'un bien indivis (C. civ., art. 815-5-1) - Délai de signification - La Cour de cassation juge que le non-respect, par le notaire, du délai d'un mois de signification de l'intention du ou des indivisaires titulaires d'au moins 2/3 des droits indivis de procéder à l'aliénation du bien indivis, est indifférent dès lors que la signification a été effective et que l'intéressé a disposé d'un délai de trois mois pour manifester son opposition avant l'établissement du procès-verbal de difficulté. Par ailleurs, la Cour rappelle que l'indivisaire opposé

à l'aliénation doit apporter la preuve que cet acte porte une atteinte excessive à ses droits, ce qui en l'espèce n'a pas été le cas.

Cass. civ. 1^{re}, 20 nov. 2019, n° 18-23.762 (V. annexe 7)

40. En principe, tout acte de disposition sur un bien indivis suppose l'accord de tous les indivisaires ainsi qu'en dispose l'article 815-3 du code civil. Ce principe souffre certaines exceptions. En ce sens, l'article 815-5-1 du code civil introduit par la loi du 12 mai 2009 conduit à passer outre le refus de vendre d'un des indivisaires, alors même que ce refus ne mettrait pas en péril l'intérêt commun. Le texte va permettre à des indivisaires détenant aux moins 2/3 des droits indivis d'imposer leur point de vue aux minoritaires, moyennant le respect de certaines conditions.

La procédure est en effet encadrée ; le notaire en constitue à première vue le pivot puisqu'il lui appartient d'abord de recueillir l'intention des indivisaires majoritaires pour la signifier ensuite aux indivisaires non parties à l'accord dans un délai d'un mois. Il lui revient enfin de dresser, dans un délai de trois mois suivant la signification, un procès-verbal de difficulté constatant l'opposition d'un des indivisaires ou son silence. C'est dire que, soit le notaire parvient à obtenir l'accord des indivisaires minoritaires et la vente de gré à gré pourra avoir lieu, soit il n'y parvient pas et les indivisaires majoritaires pourront requérir du juge qu'il ordonne la vente.

41. En l'espèce, la difficulté résidait dans le fait que le délai de 1 mois n'avait pas été respecté. La Cour de cassation considère que cela est indifférent dès lors que le délai n'est assorti d'aucune sanction et que le procès-verbal de difficulté avait été établi par le notaire dans un délai de trois mois suivant la signification. L'absence de sanction pourrait ici être discutée : en effet, l'article 815-5-1, dernier alinéa du code civil sanctionne par l'inopposabilité l'acte d'aliénation dès lors que l'intention d'aliéner n'a pas été signifiée selon les modalités prévues au troisième alinéa. Sans doute pourrait-on faire valoir qu'on se situe ici en amont de cette aliénation. Mais à l'inverse, doit-on en conclure que **si le pourvoi n'avait pas fait état du non-respect du délai, la vente aurait ultérieurement pu lui être déclarée inopposable ? C'est probable**, le terme de « modalités » permettant d'inclure dedans les délais. Ceci étant, **la solution retenue par la Cour de cassation nous semble ici raisonnable : le délai d'un mois n'a pas pour objet de protéger les indivisaires minoritaires**. Seul le délai de trois mois apparaît important, en ce qu'il vise à permettre aux indivisaires de se rapprocher en vue d'une éventuelle vente amiable. Il serait donc peu souhaitable que ce premier délai soit instrumentalisé par des indivisaires minoritaires à des fins purement dilatoires. En définitive, l'arrêt illustre le caractère prépondérant de l'intervention du juge qui va purger de ses vices la procédure extra-judiciaire, interrogeant par là-même sur son utilité³⁸.

35 C. com., art. R. 221-9.

36 Emy et Saintourens, préc., n° 47.

37 Comp., en matière de contribution mobilière, lorsque les locaux sont occupés par l'un des indivisaires, CE, plén., 25 juill. 1975, n° 92401 et 92402.

38 V. sur la question N. Pierre, La vente d'un bien indivis contre la volonté d'un indivisaire : LPA 22 sept. 2009, p. 3.

42. C'est d'ailleurs l'étendue de ce contrôle judiciaire que le pourvoi entendait discuter dans un second temps : en effet, l'article 815-5-1, alinéa 3 dispose que le TGI peut autoriser la vente si celle-ci ne porte pas une atteinte excessive aux droits des autres indivisaires. La formule peut sembler quelque peu mystérieuse. Avait été donné en exemple au moment de l'adoption de la loi en 2009 le cas du préjudice moral que causerait à un indivisaire l'aliénation d'une maison de famille alors même que ce dernier contribuerait à son entretien. Seule certitude, cette « *atteinte excessive aux droits des autres indivisaires* » ne se confond pas avec « *la mise en péril de l'intérêt commun* » visée à l'article 815-5 du code civil. Il y a certainement dans cette notion une dimension subjective qui pourrait faire craindre certaines dérives. En l'espèce, la maladresse du pourvoi était indiscutable : selon lui, seule la dégradation du bien à raison d'un défaut d'entretien de nature à en diminuer la valeur aurait pu justifier l'aliénation. L'argument était voué à l'échec, car cela ne permettait pas d'établir une atteinte excessive aux droits des indivisaires minoritaires. Ceci étant, l'arrêt confirme les craintes de certains : « *le caractère vague des critères d'appréciation posés par la loi offre aux indivisaires qui s'opposent à la vente un immense champ de contestation [...] et leur permet donc du même coup de faire traîner en longueur la procédure en exerçant des voies de recours* »³⁹.

S. GODECHOT-PATRIS ■

43. À NOTER

> **Indivision - Indemnité d'occupation** - La Cour de cassation sanctionne une cour d'appel ayant écarté toute indemnité d'occupation à la charge d'un ex-époux ayant la jouissance exclusive du bien au motif que ce bien serait dans un état de vétusté incompatible avec sa mise en location.

Cass. civ. 1^{re}, 3 oct. 2019, n° 18-20.430 (V. annexe 8)

Même si l'intérêt principal de l'arrêt figure sans doute ailleurs (rappel des faits générateurs de récompense), il mérite néanmoins d'être signalé sur le terrain de l'indivision. La question était celle de savoir si un indivisaire demeure redevable d'une indemnité d'occupation alors même que le bien indivis est dans un état de vétusté incompatible avec sa mise en location. À cette question, la Cour répond par la positive se fondant sur l'article 815-9 du code civil. L'indemnité d'occupation est la contrepartie du droit de jouissance privative ; et à moins d'en avoir été dispensé conventionnellement, tout indivisaire qui jouit privativement d'un bien en est redevable à ses co-indivisaires. Si la cour d'appel a cru bon d'en dispenser l'indivisaire, peut-être est-ce parce qu'elle a entendu tirer parti du fait que l'indemnité d'occupation se calcule en ayant égard, notamment, à la valeur locative du bien. C'était néanmoins confondre le principe de l'indemnité et son montant. C'était aussi oublier que d'autres éléments peuvent entrer en ligne de compte pour calculer le montant de l'indemnité d'occupation.

S. GODECHOT-PATRIS ■

> **Indivision - Partage judiciaire - Demande de sursis à partage** - La Cour de cassation refuse la demande de sursis à partage d'un indivisaire dès lors que le partage a été ordonné par une décision judiciaire devenue irrévocable.

Cass. civ. 1^{re}, 3 oct. 2019, n° 18-21.200 (IP 1-2020, n° 5, § 10)

À la suite du décès de leur mère, deux enfants se sont trouvés en indivision. Dans un premier temps, le partage judiciaire a été ordonné, puis, dans un second temps, la licitation de deux immeubles dépendant de l'indivision successorale l'a été également. La carence d'enchère ayant été constaté par le juge de l'exécution, l'un des deux indivisaires a sollicité du juge une nouvelle vente sur licitation sur des mises à prix d'un montant inférieur aux précédentes. L'autre indivisaire a alors demandé reconventionnellement qu'il soit sursis à la licitation pour une durée de deux ans. Après avoir rappelé que le tribunal peut surseoir au partage dès lors que sa réalisation risque de porter atteinte à la valeur des biens indivis, la Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que le partage résultant en l'espèce d'une décision judiciaire irrévocable il ne peut plus être sursis à la licitation laquelle ne constitue qu'une modalité du partage.

La **solution, a priori inédite, semble des plus orthodoxes**. Le sursis à partage prévu par l'article 820 du code civil vise au maintien de l'indivision. Il est évident qu'une telle demande ne peut être faite qu'en amont d'une décision visant à ordonner le partage, décision devenue elle-même irrévocable. C'est tout simplement l'autorité de la chose jugée qui interdit au juge de faire droit à une telle demande de sursis à partage. Ceci étant, l'idée a pu être défendue que tant que dure l'indivision tout indivisaire peut avoir intérêt à ce qu'il soit sursis au partage ; ainsi, puisque seul le partage réalisé met un terme à l'indivision, la demande serait possible jusqu'à cette date. Ce n'est pas l'orientation retenue par la Cour de cassation et c'est heureux : une décision ordonnant irrévocablement le partage n'est tout simplement pas compatible avec une décision prononçant un maintien temporaire dans l'indivision. C'est d'ailleurs la même raison qui par le passé avait conduit la Cour à considérer qu'en présence d'une décision irrévocable ordonnant la licitation du bien, il ne peut être fait droit à une demande de partage en nature, et ce même en présence d'un fait nouveau, tel que le départ du locataire⁴⁰. Certains pourraient être tentés de faire valoir que les textes entretiennent une certaine confusion. En effet, l'article 1361 du code de procédure civile, en disposant que « *le tribunal ordonne le partage, s'il peut avoir lieu, ou la vente par licitation si les conditions prévues à l'article 1378 du code civil sont réunies* », pourrait laisser penser que le partage et la licitation sont à distinguer. En vérité, il n'en est rien. C'est la nature des biens qui va commander la suite des opérations : soit les biens peuvent être facilement attribués et partagés et le juge désignera un notaire chargé de dresser l'acte constatant le partage ; soit ce n'est pas le cas et le juge ordonnera la licitation. Le prix en résultant intégrera la masse partageable. La licitation participe donc bien des opérations de partage. Enfin, et ainsi que l'a souligné un auteur, la solution inverse aurait pu conduire à détourner l'article 820 de sa finalité en permettant à un indivisaire de requérir avant tout partage un sursis à partage de deux ans, puis une fois la licitation ordonnée un second sursis

39 J. Lafond, L'autorisation judiciaire de vendre un bien indivis : JCPN 2009, 1180.

40 Cass. civ. 1^{re}, 10 févr. 1964 : Bull. civ. I, n° 78.

pour différer la licitation du bien⁴¹. Autant dire que la solution privilégiée par la Cour de cassation, qui ménage la nature temporaire de l'indivision, doit être approuvée à tous égards.

S. GODECHOT-PATRIS ■

> **Indivision - Action en revendication de la propriété indivise - Mesures conservatoires** - La Cour de cassation juge qu'une action en revendication de la propriété indivise et en contestation d'actes conclus sans le consentement des indivisaires n'est pas un acte de disposition requérant l'unanimité.

Cass. civ. 3^e, 24 oct. 2019, n° 18-20.068 (V. annexe 9)

À l'origine de cet arrêt, on trouve plusieurs sociétés qui ont décidé de faire construire sur leurs fonds respectifs des logements qu'elles ont ensuite regroupés et liés par des servitudes réciproques. L'ensemble comprenait 14 000 logements ainsi que les équipements collectifs nécessaires dont un système de chauffage urbain incluant de nombreuses installations. Ces dernières furent cédées successivement à plusieurs sociétés. Plusieurs syndicats de copropriétaires, de même que trois copropriétaires agissant à titre individuel, ont alors agi en revendication de la propriété indivise de ces installations de chauffage et en annulation ou déclaration d'inopposabilité des conventions de cessions successives.

La cour d'appel a considéré les demandes irrecevables au motif qu'elles ne constituent pas de simples actes conservatoires ressortissant à l'exploitation normale des biens et relèvent de la règle de l'unanimité des indivisaires en raison de l'importance des installations litigieuses et des frais à venir occasionnés par les prétentions et les procédures en cours.

L'arrêt est cassé par la Cour de cassation. La **solution mérite d'être approuvée**. L'action en justice engagée par certains des indivisaires vise en vérité, et la Cour de cassation l'a déjà dit par le passé, à protéger les droits individuels que les indivisaires ont sur un bien indivis. Comme l'écrit un auteur, une telle action va permettre à « un indivisaire de défendre seul la protection de ses intérêts affectés par la conclusion d'un acte juridique qui nécessitait son concours »⁴². On est donc en présence de mesures tendant à la conservation juridique du bien. Dès lors l'unanimité n'a pas lieu d'être.

S. GODECHOT-PATRIS ■

Démembrement de propriété

44. Démembrement de propriété - Parts sociales

- **Calcul de la valeur de l'usufruit à durée fixe** - Le Conseil d'État clarifie en partie les modalités de calcul de la valeur économique de l'usufruit à durée fixe de parts de SCI à partir de la méthode d'actualisation des flux de revenus futurs. Un exemple chiffré permet de mesurer l'incidence pratique de ces clarifications.

CE, 9^e et 10^e ch., 30 sept. 2019, n° 419855, Sté Hôtel Restaurant Luccotel et n° 419860, Sté VP Santé, concl. E. Bokdam-Tognetti (IP 1-2020, n° 6, § 1)

45. Nous ne commenterons pas ici cet arrêt en détail⁴³ pour nous limiter à en donner une illustration pratique.

La méthode d'évaluation suivie par le contribuable était à l'origine du contentieux, l'administration fiscale reprochant à ce dernier de s'être doublement fourvoyé. Celui-ci avait en effet d'abord suivi une approche purement patrimoniale dont le résultat a abouti à évaluer la pleine propriété des parts à une somme égale au capital social de la société. Il avait ensuite utilisé le barème fiscal de l'article 669 du CGI dont le champ d'application est pourtant circonscrit à l'évaluation de l'assiette de perception des droits d'enregistrement et de la taxe de publicité foncière.

De son côté, l'administration fiscale, approuvée par la cour administrative d'appel, a suivi une démarche radicalement différente en déterminant la valeur de cet usufruit à partir de l'actualisation des revenus futurs attendus (méthode dite des DCF, pour « *Discounted cash flow* »). Pour ce faire elle a déduit du loyer annuel hors taxes les différentes charges (intérêts d'emprunt, annuités d'amortissement du bien, etc.) avant d'appliquer à ce résultat un abattement de 33% correspondant à l'impôt théorique sur les sociétés, sans s'être toutefois, selon le moyen soulevé par le contribuable devant le Conseil d'État, préoccupée du poids de l'endettement de la SCI sur les flux effectifs de trésorerie. Relevons que dans la mesure où la question ne lui a pas été posée, le Conseil d'État n'a pas eu à se prononcer sur le choix de la méthode d'évaluation suivie par l'administration fiscale. C'est donc bien exclusivement sur le terrain de la mise en œuvre par cette dernière, ainsi que par la cour dans son sillage, de cette méthode que le Conseil d'État a été amené à apporter d'importantes précisions. Il est ainsi venu censurer l'arrêt rendu par la cour au motif que le calcul de la valeur de l'usufruit des parts faisant l'objet du démembrement doit être établi à partir du montant des « *distributions prévisionnelles qui peut être fonction notamment des annuités prévisionnelles de remboursement d'emprunts ou des éventuelles mises en réserves pour le financement d'investissements futurs, lorsqu'elles sont justifiées par la société.* ». Autrement dit, cette **évaluation doit être effectuée à partir des seuls flux**

41 S. Pellet, *Essentiel Dr. des contrats*, nov. 2019, p. 5.

42 C. Albiges, *Rép. Dalloz V° Indivision : Régime légal-Gestion d'une indivision*, spéc. n° 303.

43 Pour un commentaire détaillé, v. dans le présent numéro IP 1-2020, n° 6, § 1, comm. L. Chatain.

de trésorerie disponible et non sur la base de l'actualisation des résultats nets d'activité de la société civile. La différence est de taille comme nous allons le démontrer à travers un exemple chiffré.

◆ EXEMPLE CHIFFRÉ

46. Imaginons le cas d'un dirigeant de société souhaitant permettre à son entreprise de disposer de locaux d'exploitation mieux adaptés à son activité et dont il souhaiterait conserver la maîtrise tout en se ménageant la possibilité de développer son patrimoine privé en vue de sa transmission. Pour ce faire, il souhaiterait constituer une SCI avec ses associés actuels et céder l'usufruit des parts de cette société à sa société d'exploitation, cette cession s'accompagnant de la conclusion d'un bail entre les deux sociétés.

Ces locaux d'exploitation sont évalués à la somme de 1 000 000 €. Les frais d'acquisition sont estimés à la somme de 70 000 €, le tout étant financé au moyen d'un prêt d'une durée de 15 ans au taux de 1 %, soit un effort de trésorerie d'un montant de 6 404 € par mois, soit 76 847 € par an. Les loyers sont indexés au taux de 2% l'an. Afin de maintenir l'intérêt de l'opération pour la société d'exploitation l'usufruit aura

une durée de 20 ans, soit supérieure de cinq années à celle de l'emprunt. Nous avons privilégié la simplicité en négligeant les charges autres que celles relatives aux frais d'acquisition et aux amortissements et avons pris en compte l'impôt sur les sociétés à partir de l'évolution de son taux au cours des prochaines années, soit 28% en 2020, 26,5% en 2021, et 25% à partir de 2022.

47. L'analyse des tableaux 1 et 2 ci-après va nous permettre de démontrer que si l'approche défendue par l'administration fiscale n'est pas dénuée de tout fondement, elle encourt un double reproche. Celui, d'abord, de faire abstraction de la date à laquelle les flux de trésorerie sont susceptibles d'apparaître. Celui, ensuite, et bien que le Conseil d'État n'ait pas été amené à statuer sur ce point, du choix d'un taux d'actualisation théorique. Nous verrons que cette méthode aboutit à attribuer à l'usufruit une valeur sans rapport avec la rentabilité attendue de l'investissement.

Le tableau 3 reprend la méthode la plus couramment suivie par les praticiens, et en partie validée par le Conseil d'État, selon laquelle seuls les flux de trésorerie doivent être pris en compte.

TABLEAU 1 : Évaluation de l'usufruit des parts en suivant la méthode appliquée par l'administration fiscale

	Loyers	Intérêts	Amortissement	Frais	Revenus	IS	SOLDE	Taux d'actualisation	DCF	Hypothèse Remboursement comptes courants en N+15
2020	65000	10396	30000	70000	-45396	12711	-32685	5	-31129	-31129
2021	66300	9728	30000		26572	-7041	19531	10,25	17715	8521
2022	67626	9054	30000		28572	-7143	21429	15,76	18511	8904
2023	68979	8373	30000		30606	-7652	22854	21,55	18802	9044
2024	70358	7685	30000		32673	-8168	24505	27,63	19200	9235
2025	71765	6990	30000		34775	-8693	26082	34,01	19462	9361
2026	73201	6289	30000		36912	-9228	27684	40,70	19675	9464
2027	74665	5580	30000		39085	-9771	29314	47,75	19840	9543
2028	76158	4864	30000		41294	-10324	30970	55,13	19963	9602
2029	77681	4141	30000		43540	-10885	32655	62,89	20047	9642
2030	79235	3410	30000		45825	-11456	34369	71,04	20094	9665
2031	80819	2673	30000		48146	-12037	36109	79,59	20106	9671
2032	82436	1927	30000		50509	-12627	37882	88,57	20089	9663
2033	84084	1175	30000		52909	-13227	39682	97,99	20042	9640
2034	85766	415	30000		55351	-13838	41513	107,89	19968	9604
2035	87481	0	30000		57481	-14370	43111	118,29	19749	19749
2036	89231	0	30000		59281	-14820	44461	129,20	19398	19398
2037	91016	0	30000		61016	-15254	45762	140,66	19015	19015
2038	92836	0	30000		62836	-15709	47127	152,70	18649	18749
2039	94693	0	30000		64693	-16173	48520	165,33	18286	18286
									337482	195627

TABLEAU 2 : Évaluation de l'usufruit des parts en suivant la méthode appliquée par l'administration fiscale, mais avec un taux d'actualisation différent

	Loyers	Intérêts	Amortissement	Frais	Revenus	IS	SOLDE	Taux d'actualisation	DCF	N+15
2020	65000	10396	30000	70000	-45396	12711	-32685	6,08	-30811	-30811
2021	66300	9728	30000		26572	-7041	19531	12,52	17356	7160
2022	67626	9054	30000		28572	-7143	21429	19,37	17951	7406
2023	68979	8373	30000		30606	-7652	22854	26,63	18047	7445
2024	70358	7685	30000		32673	-8168	24505	34,33	18242	7526
2025	71765	6990	30000		34775	-8693	26082	42,49	18308	7553
2026	73201	6289	30000		36912	-9228	27684	51,15	18314	7555
2027	74665	5580	30000		39085	-9771	29314	60,35	18281	7542
2028	76158	4864	30000		41294	-10324	30970	70,11	18207	7511
2029	77681	4141	30000		43540	-10885	32655	80,44	18097	7466
2030	79235	3410	30000		45825	-11456	34369	91,42	17955	7407
2031	80819	2673	30000		48146	-12037	36109	103,04	17783	7336
2032	82436	1927	30000		50509	-12627	37882	115,42	17587	7255
2033	84084	1175	30000		52909	-13227	39682	128,53	17366	7164
2034	85766	415	30000		55351	-13838	41513	142,43	17127	7066
2035	87481	0	30000		57481	-14370	43111	157,12	16766	16766
2036	89231	0	30000		59281	-14820	44461	172,75	16300	16300
2037	91016	0	30000		61016	-15254	45762	189,33	15816	15816
2038	92836	0	30000		62836	-15709	47127	206,92	15354	15354
2039	94693	0	30000		64693	-16173	48520	225,59	14902	14902
									298948	151719

TABLEAU 3 : Évaluation de l'usufruit des parts par la méthode la plus couramment suivie par les praticiens, et en partie validée par le Conseil d'État, selon laquelle seuls les flux de trésorerie doivent être pris en compte

	Encaissements	Emprunt	Solde T	IS	SOLDE	Taux d'actualisation	Valeur actualisée
2020	65000	76847	-11847	12711	864	6,08	814
2021	66300	76847	-10547	-7041	-17588	12,52	-15630
2022	67626	76847	-9221	-7143	-16364	19,37	-13708
2023	68979	76847	-7868	-7652	-15520	26,63	-12256
2024	70358	76847	-6489	-8168	-14657	34,33	-10911
2025	71765	76847	-5082	-8693	-13775	42,49	-9667
2026	73201	76847	-3646	-9228	-12874	51,15	-8517
2027	74665	76847	-2182	-9771	-11953	60,35	-7454
2028	76158	76847	-689	-10324	-11013	70,11	-6474
2029	77681	76847	834	-10885	-10051	80,44	-5570
2030	79235	76847	2388	-11456	-9068	91,42	-4737
2031	80819	76847	3972	-12037	-8065	103,04	-3972
2032	82436	76847	5589	-12627	-7038	115,42	-3267
2033	84084	76847	7237	-13227	-5990	128,53	-2621
2034	85766	76847	8919	-13838	-4919	142,43	-2029
2035	87481		87481	-14370	73111	157,12	28434
2036	89231		89231	-14820	74411	172,75	27281
2037	91016		91016	-15254	75762	189,33	26185
2038	92836		92836	-15709	77127	206,92	25129
2039	94693		94693	-16173	78520	225,59	24116
							25146

◆ OBSERVATIONS SUR CET EXEMPLE CHIFFRÉ

◇ Sur la méthode d'actualisation des résultats nets d'impôt sur les sociétés (tableaux 1 et 2)

48. On remarque que si le résultat obtenu à partir de l'application aux revenus nets de charges d'un abattement égal au montant de l'impôt sur les sociétés présente un solde positif, il ne peut toutefois être intégralement appréhendé par la société usufruitière faute d'une trésorerie suffisante comme en témoigne l'analyse du tableau 3. Pour le dire autrement, c'est parce qu'elle néglige la réalité des flux de trésorerie que la méthode suivie par l'administration conduit dans l'exemple étudié à évaluer cet usufruit à la somme très élevée de 337 482 € (tableau 1). On est frappé par l'incohérence du raisonnement tant **il paraît difficile de concevoir l'idée d'actualiser un flux dont on ne sait, eu égard aux multiples aléas qui peuvent affecter la vie de la SCI, s'il apparaîtra un jour**. L'on sait en revanche d'ores et déjà que la SCI ne sera pas en mesure de verser la somme de 17 715 € au titre de l'année 2021 au cours de laquelle ce résultat sera constaté et, plus globalement, qu'elle ne sera pas davantage en capacité de procéder à la moindre distribution avant l'année 2029. Au-delà encore, l'impact de l'acquisition de l'usufruit sur la trésorerie de la société d'exploitation demeurera, compte tenu du poids de l'impôt sur les sociétés, négatif jusqu'à l'amortissement total en 2034 du prêt destiné à financer l'acquisition du bien immobilier.

49. Pour autant, la **solution dégagée par l'administration procède d'une certaine logique dont celle-ci n'a semblé-t-il pas tiré toutes les conséquences**⁴⁴. L'on sait en effet qu'il revient à la société titulaire de l'usufruit de décider en assemblée générale de la distribution du résultat⁴⁵. Or, cette distribution peut intervenir y compris en l'absence de trésorerie permettant à la SCI de désintéresser sans délai l'usufruitier des parts de sa créance. Cette circonstance aura pour effet de générer un compte courant que la société usufruitière aura vocation à se faire rembourser sitôt que la trésorerie de la SCI le permettra. Si l'on devait suivre cette logique, encore faudrait-il pouvoir déterminer la date à laquelle la créance figurant à l'actif du compte courant de la société d'exploitation pourra être effectivement remboursée. Le sera-t-elle à partir de l'année qui suivra celle au cours de laquelle le prêt aura été soldé et, si oui, à quel rythme ? Or, la valeur de l'usufruit sera nécessairement d'autant plus faible, pour la part correspondant à la fraction de trésorerie dont la perception est décalée dans le temps, que ce remboursement interviendra tardivement⁴⁶. Nous avons, dans le premier tableau, retenu l'hypothèse selon laquelle les comptes-courants seront remboursés

quinze années après l'exercice au cours duquel ils auront été constatés. Le compte-courant dégagé au cours de l'année 2021 sera ainsi remboursé au cours de l'année 2035, celui de l'année 2022 le sera au cours de l'année 2036, et ainsi de suite.

50. À cette difficulté s'ajoute celle du **choix du taux d'actualisation**. Il s'agit en effet d'un paramètre qui influe de façon très significative sur la valeur de l'usufruit à durée fixe.

Le premier tableau reprend le taux d'actualisation théorique retenu par l'administration fiscale dans l'affaire *Luccotol*. Bien que le Conseil d'État n'ait pas été amené à se prononcer sur ce point, il est pourtant recommandé en pratique de retenir un taux d'actualisation fondé sur la rentabilité que l'usufruitier attend de son investissement. C'est pourquoi nous avons en l'espèce retenu dans les tableaux 2 et 3 un taux de 6,08%, égal au rendement net usufruitaire de l'immeuble détenu par la SCI. Le taux en sort objectivé par le rapport qu'il établit entre les loyers nets de charges⁴⁷ (65 000 €) et le prix d'acquisition du bien immobilier augmenté des frais (1 070 000 €). Rappelons encore que ce taux doit maintenir un partage équitable de la valeur de la pleine propriété entre l'usufruitier et le nu-proprétaire⁴⁸. L'application de ce principe doit en principe conduire à augmenter le taux de rendement du bien du taux d'indexation du loyer⁴⁹.

51. En **synthèse**, comme on peut le constater le résultat diffère largement par suite de la prise en compte de la date à partir de laquelle apparaîtront les flux de trésorerie. Cette perception différée des résultats aboutit à évaluer l'usufruit à la somme de 195 627 € (tableau 1), la correction étant de - 141 855 € par rapport à la somme retenue indépendamment de tout flux, soit une baisse de 42 % par rapport à la valeur initiale résultant de l'application de la méthode retenue par l'administration fiscale. La différence est encore plus sensible lorsque l'on applique un taux d'actualisation tenant compte du taux de rendement du bien immobilier (tableau 2). Le flux de trésorerie actualisé est de 151 719 €, soit une correction de - 147 229 € par rapport à la somme retenue indépendamment de tout flux, et une baisse de 49 % par rapport à la valeur initiale résultant de l'application de la méthode retenue par l'administration fiscale.

On relèvera toutefois qu'il ne s'agit là que d'une hypothèse, car rien ne permet d'anticiper avec certitude la date à partir de laquelle la SCI sera réellement en capacité de rembourser les comptes courants d'associés, ni même plus fondamentalement l'existence un jour de cette capacité. La seconde méthode d'actualisation des seuls flux de trésorerie, que vient consacrer le Conseil d'État, permet de chasser cet aléa et d'objectiver le calcul.

44 L. Benoudiz, L'évaluation d'un usufruit temporaire : quelle méthode ? quel taux ? : Dr. fisc. 2019, 140.

45 L'affectation du bénéfice est une prérogative d'ordre public que l'article 1844 du code civil réserve à l'usufruitier (Cass. civ. 1^{re}, 31 mars 2004, n° 03-16.694, Hénaux c/ Filliette).

46 Ainsi que le Doyen Aulagnier l'a parfaitement expliqué, « la valeur de l'usufruit n'est pas égale à la somme arithmétique des revenus futurs, mais à la somme de ces revenus actualisés » (J. Aulagnier, Usufruit et nue-proprété dans la gestion patrimoniale : Éd. Laurent du Mesnil - Maxima, 1994, p. 65).

47 Nous n'avons, dans l'exemple étudié, retenu (à l'exception des frais d'acquisition) aucune charge en vue de faciliter la lecture des tableaux.

48 L. Benoudiz, L'évaluation d'un usufruit temporaire : quelle méthode ? quel taux ?, préc. ; Pas de bal tragique au Comité de l'abus de droit : la cession d'usufruit temporaire n'est pas morte ! : Dr. fisc. 2015, 312.

49 Ce taux étant en l'espèce de 6,08 %, et les loyers étant indexés à 2%, le taux d'actualisation à retenir est de 8,06 % que l'on affectera d'un coefficient de 0,75% pour tenir compte du rendement net d'impôt pour la société détentrice de l'usufruit des parts (le taux d'IS étant ramené à 25% à compter de 2022), soit $8,06 \times 0,75 = 6,045$. La différence n'étant pas significative, nous avons toutefois maintenu, dans notre exemple, le taux de 6,08%.

◇ Sur la méthode d'actualisation des flux de trésorerie (tableau 3)

52. Le contribuable reprochait à la cour administrative d'appel de n'avoir pas uniquement tenu compte des distributions prévisionnelles. L'argument est accueilli par le Conseil d'État, selon lequel ce montant doit notamment tenir compte des annuités de remboursement des prêts souscrits par la société ou des éventuelles mises en réserve. Dans l'exemple ci-dessus, nous avons négligé l'**hypothèse de mises en réserves** dans la mesure où il n'est pas prévu de réaliser des investissements à moyen terme dans les locaux acquis, qui sont en parfait état. S'il en allait différemment, et à condition que le contribuable soit en mesure d'en justifier au moyen d'une expertise, il y aurait naturellement lieu de retrancher ces mises en réserves - sur lesquelles l'usufruitier n'a aucun droit⁵⁰ - du calcul de la valeur de l'usufruit.

La prise en compte des flux prévisionnels réels de trésorerie, combinée au choix d'un taux d'actualisation fondé sur la rentabilité réelle de l'investissement, permet, comme on peut l'observer à la lecture du tableau 3, d'objectiver le calcul de la valeur de l'usufruit pour l'établir à la somme de 25 146 €. Il convient toutefois, en pratique, de prendre la **précaution de borner les droits de l'usufruitier** en aménageant l'acte de cession de l'usufruit par la stipulation d'une clause prévoyant que les mises en distribution seront, à peine de déchéance de l'usufruit, limitées à la seule trésorerie disponible, la partie distribuable décorrélée de la trésorerie disponible étant affectée à un compte de réserves dont il ne sera pas tenu compte dans le calcul de la valeur de l'usufruit.

53. On regrettera enfin que le Conseil d'état n'ait pas été amené à se prononcer sur la régularité de la **prise en compte de la situation fiscale de la société titulaire de l'usufruit**. On relèvera toutefois que ce point n'a pas fait débat dans la mesure où l'administration fiscale avait précisément pris soin d'appliquer un abattement de 33% correspondant à l'impôt théorique sur les sociétés. Rien ne semble donc pour l'heure contredire une telle pratique. Quoiqu'il en soit l'impact de la fiscalité sur la trésorerie de la société d'exploitation doit nécessairement être mesuré avec précision de sorte à pouvoir s'assurer de la pertinence économique du montage.

V. STREIFF ■

50 V. not. Cass. com., 10 févr. 2009 : Bull. civ. IV, n° 19.

54. À NOTER

> **Démembrement de propriété - Donation de somme d'argent - Acquisition d'un bien en nue-propriété - Réunion fictive** - La Cour de cassation rappelle qu'en présence d'une donation de somme d'argent employée à l'acquisition d'un bien en nue-propriété, elle doit être réunie fictivement à la masse de calcul de la réserve héréditaire et de la quotité disponible pour sa valeur en pleine propriété.

Cass. civ. 1^{re}, 17 oct. 2019, n° 18-22.810 (IP 1-2020, n° 5, § 1)

Quoique cet arrêt intéressera principalement les spécialistes du droit des successions⁵¹, il n'en mérite pas moins d'être signalé dans le cadre de cette chronique. En l'espèce, le *de cujus* avait fait une donation hors part successorale d'une somme d'argent à l'un de ses fils. Ce dernier avait employé cette somme à l'acquisition d'un bien en nue-propriété, le donateur se portant pour sa part acquéreur de l'usufruit du bien. Au décès, s'est posée la question du montant à prendre en compte dans le cadre du règlement de la succession et de la vérification du respect de la réserve héréditaire au titre de l'article 922 du code civil.

La cour d'appel avait refusé de faire jouer la subrogation au motif que le donataire n'avait pas acquis un bien mais un droit réel sur le bien. La Cour de cassation la censure : c'est le bien acquis et donc sa valeur en pleine propriété qui doit être réunie à la masse de calcul. Force est de reconnaître que la motivation de la cour d'appel était extrêmement maladroite : certes, le nu-propriétaire n'acquiert que des droits réels sur un bien... Mais en va-t-il vraiment différemment du plein propriétaire ? La différence tient à la nature des droits acquis. Au fond, la question n'était pas tant celle de savoir si la subrogation devait jouer mais celle de savoir si elle devait se faire à hauteur de la valeur du bien en pleine propriété ou en nue-propriété. La solution de la Cour de cassation n'étonne guère : en prenant en compte la pleine propriété, elle tire les conséquences du caractère viager de l'usufruit et de la reconstitution au décès de l'usufruitier de la pleine propriété sur la tête du nu-propriétaire. Sur le plan fiscal la présomption de l'article 751 du CGI ne devrait pas jouer si la donation de somme d'argent a été constatée dans un acte ayant date certaine et qu'il a été fait mention de l'origine des deniers dans l'acte d'acquisition.

S. GODECHOT-PATRIS ■

51 Cf. la chronique « Transmission du patrimoine » du présent numéro (IP 1-2020, n° 5, § 1).

Annexes (disponibles sur le site internet de la Revue)

Annexe 1 : L. n° 2019-744, 19 juill. 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, art. 4 : JO 20 juill. 2019, texte n° 1

Annexe 2 : L. n° 2019-744, 19 juill. 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, art. 5 : JO 20 juill. 2019, texte n° 1

Annexe 3 : L. n° 2019-744, 19 juill. 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, art. 6 : JO 20 juill. 2019, texte n° 1

Annexe 4 : Cass. com., 23 oct. 2019, n° 17-31.653

Annexe 5 : L. n° 2019-744, 19 juill. 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, art. 7 : JO 20 juill. 2019, texte n° 1

Annexe 6 : CE, 9^e et 10^e ch., 30 sept. 2019, n° 419384, Imbach, 419490, Curien

Annexe 7 : Cass. civ. 1^{re}, 20 nov. 2019, n° 18-23.762

Annexe 8 : Cass. civ. 1^{re}, 3 oct. 2019, n° 18-20.430

Annexe 9 : Cass. civ. 3^e, 24 oct. 2019, n° 18-20.068

