

02.8

Les sociétés civiles familiales, quelles conclusions pour la pratique ?



Jean PRIEUR

Professeur émérite des universités

1. Les sociétés civiles familiales existent-elles ? Après toutes les contributions de ce colloque, force est d'observer que, juridiquement, les sociétés civiles de famille ne font pas l'objet d'un régime spécifique. Sans doute le droit des sociétés civiles présente-t-il quelques règles concernant les époux, la transmission familiale des parts, mais l'apport législatif reste limité.

En revanche, l'utilisation significative de la société civile entre époux et avec les enfants n'est pas douteuse. Dans les sociétés civiles patrimoniales, combien ne comportent pas d'associés de la même famille ?

Alors, pourquoi ce succès ? Les sociétés civiles fascinent. Les charmes sont connus, la technique sociétaire casse l'unité du patrimoine et la liberté contractuelle offerte par le droit des sociétés permet d'adapter l'ordonnancement juridique aux besoins exprimés par les familles. Encore faut-il que les dispositions ne soient pas imposées par les parents, porteuses en germe de contentieux mais consensuelles. La société civile est un lieu où l'imagination du notaire peut s'exercer en combinant les opportunités juridiques et fiscales propres à toutes les adaptations.

Une personne physique ne peut opter pour l'impôt sur les sociétés, une société civile oui.

La société civile de famille va être constituée le plus souvent dans un objectif de transmission. La paix des familles, les besoins des jeunes générations appellent une transmission anticipée du patrimoine, opération qui ne peut être simple car marquée par la complexité des situations à régir. En effet, les nouvelles trajectoires familiales, les familles éclatées ou

recomposées, la prise en compte des intérêts des mineurs, des incapables majeurs, des personnes fragilisées, se traduisent, sur le plan patrimonial, par un besoin d'assistance permanente par des proches qualifiés et la mise en place de verrous juridiques visant à protéger une personne contre elle-même.

Pour concilier l'ensemble de ces intérêts dans un environnement économique et familial difficile, l'objectif est donc de transmettre son patrimoine tout en assurant sa propre sécurité, de créer des droits concurrents, de les maîtriser, de donner et de retenir. En l'espèce, il s'agit de dissocier propriété et pouvoir, propriété et fruits, tout en restant respectueux des canons de notre droit patrimonial.

Mais surtout, la société civile va jouer, comme toute personne morale, son rôle de transformation des droits subjectifs, apte à neutraliser le jeu de certaines volontés individuelles. L'énergie de la personne morale dans cette fonction s'observera à maintes occasions mais plus spécialement à l'égard du démembrement de propriété. Ainsi, l'usufruit ne portera pas sur un immeuble ou un portefeuille de valeurs mobilières mais sur des parts sociales. Le pacte social, les délibérations de la société vont alors définir la mesure des droits de l'usufruitier, le plus souvent désigné gérant de la société, l'illustration la plus marquante étant la délibération de l'assemblée annuelle qui décide si les bénéfices constatés auront le caractère de fruits. Il résulte que cette transformation des droits conduit chacun à la soumission au pacte social, au droit des sociétés, et plus subsidiairement au droit des biens.

Le droit va jouer ici son rôle d'organisateur de relations, d'instrument adapté aux besoins exprimés par les intéressés.

C'est dire que les praticiens proposeront rarement du prêt-à-porter mais devront s'exercer à la haute couture. Il s'ensuit que la démarche qui va être entreprise n'a pas l'ambition d'offrir un produit fini mais plutôt d'aller, sans avoir la prétention d'être exhaustif, à la quête de choix multiples avec les inévitables incertitudes, risques et contraintes dont est porteuse toute recherche d'optimisation juridique et fiscale.

Qu'est-ce qui a dominé ce colloque ? Indiscutablement l'étendue de la liberté contractuelle pour organiser les relations. Revenons sur ces manifestations pour en tracer ensuite les limites.

I. La liberté contractuelle et la société civile familiale

2. Celle-ci s'exerce sur la situation des acteurs, l'organisation du pouvoir et les transmissions de parts.

A. Les acteurs

3. Sur le plan familial, la situation du couple et des mineurs mérite l'arrêt.

1° Le couple

4. En dehors des sociétés par actions, l'autonomie de l'époux qui utilise des biens communs pour souscrire ou acquérir des parts de sociétés civiles se voit limitée par le double jeu des articles 1832-2 et 1424 du code civil. Le premier vise la revendication de la qualité d'associé pour la moitié des parts souscrites ou acquises, le second soumet à autorisation du conjoint de l'associé l'apport de certains biens.

Pendant la vie de la société, on imagine le risque de déstabilisation du pouvoir par une revendication inopportune du conjoint. Comment conventionnellement conjurer ce risque ? D'abord, la société peut être constituée ou les parts acquises en faisant renoncer l'époux à revendiquer la qualité d'associé. Cette renonciation sera définitive sans possibilité de rétractation¹. Ensuite, à défaut de renonciation, en insérant dans les statuts une clause d'agrément prévue à cet effet² lors de la délibération, l'époux associé ne prend pas part au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum de la majorité³. À défaut d'agrément, l'époux apporteur ou acquéreur reste associé pour la totalité de ses parts.

Une difficulté se présente à l'égard des parts souscrites ou acquises avant le 15 juillet 1982, date d'entrée en vigueur de la loi du 10 juillet de la même année instituant l'article 1832-2.

1 CA Paris, 16 oct. 1990 : Bull. Joly 1991, p. 90.

2 C. civ., art. 1832-2.

3 *Ibidem*.

Le conjoint dispose de son droit de revendication. Dans ce cas, la vigilance s'impose : l'agrément aura alors pour fondement, si elle existe, la clause statutaire visant la transmission des parts d'un associé à son conjoint⁴. Cette clause figure-t-elle dans les statuts d'origine ?

2° Le mineur

5. La présence d'un mineur dans une société civile facilite la gestion de son patrimoine, est source de levier financier et fiscal et permet de promouvoir la transmission des biens.

Quatre modes d'association de mineurs doivent être distingués :

- la transmission à cause de mort de parts sociales à un mineur, le représentant légal accepte alors la succession à concurrence de l'actif net ;
- la donation de parts sociales au mineur ;
- l'acquisition de parts sociales à titre onéreux au nom du mineur ;
- la création d'une société civile au nom du mineur par la réalisation d'un apport.

Il n'est pas contesté que le mineur dispose de la capacité de jouissance d'être associé d'une société civile, la question porte uniquement sur sa représentation.

En dehors de l'apport d'un immeuble qui requiert l'autorisation du juge des tutelles⁵, on considère que les autres apports doivent être qualifiés d'acte de disposition qui réclame, soit l'accord des parents, soit, pour le cas où un seul parent est administrateur légal, l'intervention de ce dernier⁶.

En revanche, et c'est le sens de la contractualisation, il faut aussi rappeler que, selon l'article 1857 du code civil, le mineur est tenu des dettes sociales à proportion de sa part dans le capital social. Suivant les enseignements de l'arrêt du 28 septembre 2005⁷, il importe d'obtenir la renonciation du banquier, dispensateur de l'emprunt, de poursuivre le mineur sur ses biens personnels. Le créancier devra se satisfaire de l'actif de la société, voire de la caution des parents ou des autres associés. Mais un autre risque pèse sur le patrimoine du mineur : les autres associés, tenus des dettes sociales, pourraient faire jouer à l'encontre du mineur la contribution aux pertes de l'article 1844-1 du code civil. Ce texte supportant une stipulation contraire, il importera de prévoir dans les statuts que le mineur ne contribuera aux pertes que dans la limite de son apport.

B. L'organisation du pouvoir

6. La liberté de contractualisation s'observe aussi bien à propos de la gérance de la société civile que de l'expression des décisions collectives.

4 L. n° 82-596, 10 juill. 1982, art. 20.

5 C. civ., art. 387-1.

6 C. civ., art. 382, 382-1 et 387-1.

7 Cass. civ. 3^e, 28 sept. 2005 : JCPN 2005, n° 49, 1492, note J.-P. Garçon.

1° La gérance

7. La liberté s'exprime tout d'abord dans la désignation et la révocation du gérant⁸. Si les textes prévoient la majorité, une stipulation contraire est possible et ouvre une liberté particulièrement étendue aux statuts. Ceux-ci, outre la prévision d'une minorité de blocage ou l'exigence de l'unanimité, pourront instituer un gérant unique, une co-gérance, un gérant suppléant. Par ailleurs, rien n'empêche d'exiger du candidat une compétence particulière, une limite d'âge, etc.

En ce qui concerne la fixation des pouvoirs, les statuts jouissent également d'une grande liberté. Dans l'ordre interne, le curseur peut se régler *a minima* ou *a maxima*⁹. Il faut néanmoins souligner que, dans l'ordre externe, les limitations statutaires de pouvoir sont inopposables aux tiers, la société étant engagée dans la limite de l'objet social¹⁰.

C'est donc l'objet social qui doit particulièrement retenir l'attention du rédacteur des statuts. Si on souhaite restreindre *a minima* les pouvoirs du gérant, il importe d'adopter une rédaction restrictive de l'objet social. En effet, dans bien des cas, en raison des intérêts de la société civile, c'est peut-être l'essentiel du patrimoine des intéressés qui sera localisé dans la société. Dans ces conditions, les associés seront-ils disposés à donner une plénitude de pouvoirs au gérant lui permettant de sa propre initiative de consentir des ventes d'immeubles, des cessions d'actifs financiers ?

Le propos peut être illustré par le cas des sociétés civiles immobilières. Si on souhaite que, dans tous les cas, les associés soient consultés en cas de vente de l'immeuble appartenant à la société, il est possible d'individualiser cet immeuble dans l'objet social. Dans ce cas, une modification statutaire décidée par les associés devra précéder la vente de l'immeuble. Pour que le gérant puisse, sur sa simple signature, vendre l'immeuble, il faudrait que l'objet social comporte cette possibilité¹¹.

Un autre enjeu milite pour une rédaction restrictive de l'objet social dans les sociétés familiales. On sait, en effet, selon l'article 1857 du code civil, qu'« À l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leurs parts dans le capital social. » Or, une dette sociale est celle qui se rattache à l'objet social. Il en résulte que la mesure de l'emprise des créanciers sur le patrimoine de chacun des associés dépend du caractère étendu ou restrictif de l'objet social. Là encore, une rédaction réfléchie s'impose.

2° Les décisions collectives

8. Ce sont, tout d'abord, les décisions excédant les pouvoirs des gérants tels que définis par les statuts, qui doivent être prises collectivement selon l'article 1852 du code civil. On observe donc une liberté statutaire sur le domaine de compétence des associés. Si l'unanimité est la règle, les statuts prévoient librement les règles de majorité requise pour l'adoption des décisions.

8 C. civ., art. 1846 et 1851.

9 C. civ., art. 1848.

10 C. civ., art. 1849.

11 Cass. civ. 3^e, 12 févr. 2013, n° 11-20.570.

Mais pour les sociétés civiles familiales, ce sont les règles de répartition des droits de vote en cas de démembrement de propriété qui méritent l'attention. Un des objectifs essentiels de la société familiale est la transmission qui, pour des raisons économiques et fiscales, va s'opérer le plus souvent par le jeu d'une donation-partage portant sur la nue-propriété des parts. Une telle opération met en jeu le droit des libéralités, le droit fiscal, le droit des biens et le droit des sociétés. Pour la société civile, il n'existe qu'un texte du droit commun des sociétés, l'article 1844 du code civil qui pose les règles de répartition des droits de vote. La pratique, fondée sur le dernier alinéa de l'article 1844, investit le plus souvent l'usufruitier de l'intégralité des droits de vote sous réserve que le nu-propriétaire participe aux décisions collectives¹² : c'est le droit d'être convoqué aux assemblées et de s'y exprimer après avoir reçu les informations communiquées à l'ensemble des associés.

La question a été enrichie par l'initiative du législateur qui a complété par la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 l'article 1844 du code civil sur deux points. Tout d'abord, le texte consolide le droit d'ordre public du nu-propriétaire de participer aux décisions collectives et surtout, là est la nouveauté, reconnaît ce même droit à l'usufruitier. La deuxième innovation qui relève de la contractualisation des relations, est l'institution d'une répartition conventionnelle du droit de vote entre usufruitier et nu-propriétaire. Le nouvel article 1844, al. 3 dispose en effet que « *Toutefois pour les autres décisions, le nu-propriétaire et l'usufruitier peuvent convenir que le droit de vote sera exercé par l'usufruitier.* »

La nouvelle architecture du texte permet de distinguer :

- l'attribution de droits de vote prévue soit par la loi (dans ce cas, c'est le nu-propriétaire qui dispose du droit de vote à l'exception de l'affectation du résultat), soit par une disposition statutaire qui le plus souvent va attribuer à l'usufruitier une plénitude des droits de vote ;

- l'exercice du droit de vote exprimé par une convention extra-statutaire entre le nu-propriétaire et l'usufruitier qui transfèrera tout ou partie des droits de vote au profit de ce dernier.

Conventionnellement, le nu-propriétaire a donc aujourd'hui, quelle que soit la disposition des statuts, la possibilité de déléguer intégralement son droit de vote à l'usufruitier ce qui correspondait à une pratique courante qu'il était utile de sécuriser juridiquement.

C. La transmission des parts

1° La transmission entre vifs

9. En raison de l'*intuitu personae* particulièrement propre aux sociétés civiles, c'est le domaine de l'agrément qui mérite l'attention. L'article 1861 qui ne brille pas par ses qualités rédactionnelles en fixe le régime. Ce qu'il faut d'abord retenir, c'est le caractère d'ordre public de l'agrément en cas de cession à des tiers. Pour le reste, contractuellement par le jeu

12 Cass. com., 4 janv. 1994 : Bull. civ. IV n° 10. - Cass. com., 12 févr. 2005 : D. 2005. 2952, note Hallouin.

de prévisions statutaires, toute une série de combinaisons est envisageable :

- dispense d'agrément pour les cessions au profit d'associés ou au conjoint de l'un deux ;
- soumission à l'agrément des cessions consenties à des ascendants ou descendants.

Il faut noter que le juge, en raison de l'*intuitu personae* déjà relevé, entend largement la notion de cession qui englobe donation, apport, échange, etc.¹³

2° La transmission à cause de mort

10. Le choix du défunt - Le droit des sociétés civiles comporte dans les articles 1870 et 1870-1 du code civil un dispositif particulièrement riche en potentialités pour faire choix des héritiers du défunt rentrant ou non dans le cercle des associés par le jeu de clauses statutaires appropriées.

Tout d'abord, il peut être prévu que la société continuera avec les seuls associés survivants. Il suffit donc que les héritiers choisis aient la qualité d'associé avant le décès de leur auteur. Toujours, sur le fondement de l'article 1870 du code civil, il peut également être convenu que la société continuera, soit avec le conjoint survivant, soit avec un ou plusieurs des héritiers, soit avec toute autre personne désignée par les statuts ou, si ceux-ci l'autorisent, par disposition testamentaire. Ici discrétion et efficacité vont présider au choix du défunt.

11. Le choix des associés - En cas de décès d'un associé, il peut être prévu par les statuts, en application de l'article 1870, une clause d'agrément. Il faut noter l'autonomie de cette clause par rapport à celles qui gouvernent les cessions entre vifs. Pour éviter toute difficulté, il est important de prévoir une clause d'agrément *ad hoc* visant le décès d'un associé et stipulant par exemple que la majorité des seuls associés survivants représentant la moitié du capital social, les parts du défunt n'étant pas prises en compte, se prononce sur l'agrément.

3° Le retrait d'un associé

12. Le droit de la société civile autorise le retrait d'un associé dans les conditions prévues par les statuts par une décision unanime des autres associés ou, pour juste motif, par décision de justice. Que recouvre la notion de juste motif de retrait ? Deux exemples permettent de l'illustrer. Le premier en matière de divorce entre deux associés ou, compte tenu de la perte de confiance de la femme dans son mari gérant, le risque de paralysie de la société justifie le retrait par la disparition de l'*affectio societatis*¹⁴. La violation de l'intérêt social peut aussi être invoquée, par exemple le refus par les majoritaires de renégocier le loyer pour une hausse parfaitement justifiée¹⁵.

Le contentieux significatif sur le recours au juge pour réclamer le retrait de sociétés civiles familiales milite pour une prévision par les statuts des conditions de retrait des associés à des périodes pré-fixées.

13 V. Memento Francis Lefebvre Sociétés civiles, n° 21335.

14 CA Paris, 22 juin 1995 : RJDA 1995, n° 1383.

15 Cass. civ. 3^e, 14 janv. 2009 : Dr. sociétés 2009, comm. 49, obs. R. Mortier.

II. Les limites à l'exercice de la liberté contractuelle

13. La liberté au service de l'imagination, de l'habileté doit être saluée. En revanche, lorsqu'elle porte atteinte à l'intérêt social ou qu'elle s'exerce au service de la fraude, elle mérite d'être sanctionnée. L'observation révèle que la jurisprudence réagit face aux excès : nullité, responsabilité civile, recel successoral, dommages-intérêts. Ces sanctions sont soit prévues par des textes spécifiques, soit fondées sur le principe général *fraus omnia corrumpit*.

A. La violation de l'intérêt social

14. Le droit commun des sociétés, qui s'applique aux sociétés civiles, a promu en 2019 l'exigence du respect de l'intérêt social. En effet, le nouvel article 1833 al. 3 du code civil dispose désormais que « *la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.* » La société civile n'est pas la chose des associés, de la majorité : sa gestion, ses décisions doivent obéir à la boussole de l'intérêt social.

1° La sanction des abus

15. Dans une société civile comme dans toute société, le droit de vote ne peut être exercé discrétionnairement. Le juge sanctionne l'abus de majorité, de minorité, d'égalité. L'abus de majorité peut être sanctionné par la nullité de la délibération, voire par des dommages-intérêts auxquels peuvent être condamnés les majoritaires. Ainsi, dans le cadre d'une augmentation de capital d'une société civile, l'atteinte à l'intérêt social résultait du financement par l'augmentation de travaux urgents qui incombaient au locataire ; la rupture d'égalité entre associés étant établie par l'absence de droit préférentiel de souscription et de prime d'émission permettant aux majoritaires de souscrire à la valeur nominale alors qu'il résultait clairement des comptes l'existence de réserves et de plus-values significatives¹⁶.

L'abus de minorité a, quant à lui, été invoqué dans le cas d'une instance en divorce où le mari ayant quitté le domicile conjugal, l'épouse refuse la suppression de l'attribution gratuite de l'immeuble et sa mise en location. L'abus caractérisé, un mandataire est désigné avec pour mission de voter en faveur de l'occupation de l'immeuble litigieux moyennant le versement d'un loyer¹⁷.

2° Le cautionnement des sociétés civiles

16. On a rappelé la jurisprudence bien connue sur la fragilité du cautionnement des sociétés civiles et leur destruction en raison de leur contrariété à l'intérêt social. En effet, lorsque la garantie est dépourvue de contrepartie suffisante, la société

16 CA Toulouse, 2 juin 2009 : Dr. sociétés 2010, comm. 22, obs. R. Mortier.

17 Cass. civ. 3^e, 14 janv. 2009 : Dr. sociétés 2009, comm. 49, obs. R. Mortier.

pouvant être obligée de réaliser son entier patrimoine, elle compromet son existence en cas de défaillance du débiteur. L'existence d'une délibération à l'unanimité des associés ne peut sauver le cautionnement contesté¹⁸.

Toutefois, la loi PACTE institue un nouveau couple prescription-sanction entre la règle du respect de l'intérêt social visé à l'article 1833, al. 2 et le nouvel article 1844-10 selon lequel « *La nullité des actes ou délibération des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une dispositions impérative du présent titre à l'exception du dernier alinéa de l'article 1833.* »

On peut espérer que le juge saisi épargne les cautions en sanctionnant la contrariété à l'intérêt social sur d'autres fondements.

B. La fraude aux droits de la famille

1° La constitution frauduleuse d'une société civile

17. L'exemple classique est celui du remariage : la fraude aux droits d'un enfant du premier lit sera par exemple réalisée par le biais d'une SCI constituée par le mari, sa seconde femme et le fils. Un tel montage a été sanctionné par le juge¹⁹. Après sa constitution, la SCI consent un bail de l'immeuble lui appartenant à une société ayant comme gérant le fils. Au décès du père, le fils né d'un premier mariage se retrouve héritier indivis des parts. Conscient de sa situation peu enviable, il assigne alors ses cohéritiers pour obtenir la dissolution de la société civile et l'annulation du bail consenti. Débouté, il forme un pourvoi en reprochant aux juges de ne pas avoir recherché si la constitution de la SCI et la conclusion du bail ne procédaient pas d'une collusion entre les indivisaires de l'époque en vue de porter frauduleusement atteinte à ses droits. Sur le visa du principe *fraus omnia corrumpit*, la Cour de cassation fait droit à sa demande.

Une autre illustration concerne la constitution d'une SCI entre un homme marié sous régime de la communauté et sa maîtresse. L'homme déclare un apport ayant pour origine un don manuel de son père, pensant ainsi se constituer un bien propre. L'absence de déclaration de la libéralité à l'administration fiscale conduit le juge à considérer que la société a été constituée avec des fonds communs et prononce la nullité de la société pour cause illicite ayant pour conséquence sa dissolution²⁰.

18 V. not. Cass. com., 8 nov. 2011, n° 10-24.438. - Cass. civ. 3^e, 12 sept. 2012, n° 11-17.948.

19 Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1992 : D. 1992, somm. p. 401.

20 CA Grenoble, 26 mars 2012, n° 02714.

2° Les augmentations de capital

18. Les opérations sur le capital social peuvent être propices à une fraude aux droits des héritiers réservataires. On peut en donner illustration en matière d'inexistence d'une prime d'émission. Là encore, il s'agit d'un remariage. L'augmentation de capital de la SCI bénéficiait à la troisième épouse et à la fille issue du dernier mariage. Les deux heureuses associées sont gratifiées d'une souscription au nominal sans prime alors que la valeur vénale des parts était très supérieure. Deux enfants d'un précédent mariage contestent l'opération. Les juges leur répondent favorablement en prononçant la sanction du recel successoral à l'encontre des deux coupables qui perdent tout droit sur leurs parts²¹.

Conclusion

19. On l'observe, les possibilités offertes par la liberté contractuelle pour adapter le régime de la société civile aux besoins exprimés par les familles sont particulièrement étendues. Il existe néanmoins un danger de fabriquer « la chaussure de Cendrillon ». Celle-ci résistera-t-elle à l'épreuve du temps ? Certaines dispositions doivent avoir une durée temporaire de 10 ans, 15 ans... et être revues au moment où elles perdent toute pertinence.

La contractualisation trop poussée est également porteuse de risques de contestation en raison de la répartition des pouvoirs, des minorités de blocage, d'agencements trop serrés, etc. En raison de l'impossibilité de recourir à la clause compromissoire²², la prévision dans les statuts d'une clause de conciliation, de médiation sera particulièrement bienvenue. En effet, on sait que le non-respect d'une telle clause entraîne l'irrecevabilité de la demande en justice²³, sanction qui gage de son efficacité.

J. PRIEUR ■

21 CA Paris, 22 juin 1986 : Bull. July 1986, n° 1031.

22 C. civ., art. 2061, al. 2.

23 V. not. Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014 : Bull. civ. ch. mixte n° 3.

