

Mineur - La société civile : un outil au service de la gestion du patrimoine des mineurs - Etude par Paul-André SOREAU

Document: Actes pratiques et stratégie patrimoniale n° 3, Juillet 2017, dossier 24

Actes pratiques et stratégie patrimoniale n° 3, Juillet 2017, dossier 24

La société civile : un outil au service de la gestion du patrimoine des mineurs

Etude par Paul-André SOREAU notaire à Paris membre du groupe Althémis

[Accès au sommaire](#)

1. - La société civile est un outil utile d'organisation patrimoniale. Son usage le plus fréquent est l'investissement immobilier par l'intermédiaire de la fameuse société civile immobilière (SCI). Mais la société civile peut également être utilisée comme société civile holding pour gérer des participations dans des sociétés cotées ou non cotées ou comme société civile de portefeuille pour gérer des placements financiers. Il est également possible de constituer des sociétés civiles de patrimoine regroupant l'ensemble du patrimoine mobilier et immobilier d'une personne ou encore d'utiliser la société civile comme une sorte de trust à la française^{Note 1} : on parle alors également de société civile de famille. Il n'est donc pas étonnant de trouver fréquemment des mineurs dans des sociétés civiles, soit que les mineurs aient recueilli des parts dans le cadre de successions ou à l'occasion de donations partages, soit encore lors d'apports de tout ou partie de leur patrimoine dans le cadre d'opérations de restructuration patrimoniale.

2. - Le régime juridique des mineurs a été modifié par l'ordonnance du 15 octobre 2015 et donne l'occasion de faire un point sur l'utilisation de la société civile comme outil de gestion patrimoniale pour le mineur. En effet, malgré ses limites et ses contraintes **(1)**, la société civile reste un outil inégalable pour organiser la gestion du patrimoine d'un mineur **(2)**.

1. Les contraintes liées à la présence d'un mineur dans une société civile peuvent être surmontées

A. - Mineur et société civile : un couple infernal qui justifie une protection légale

3. - À première vue, la société civile est perçue comme étant un danger pour le mineur en raison de la responsabilité indéfinie des associés et des risques liés à l'autonomie de la personnalité morale. Ceci explique un régime juridique contraignant lorsque l'un des associés de la société civile est mineur.

1° La société civile : le cocktail explosif de la responsabilité indéfinie et de la personnalité morale

4. - La société civile est perçue comme un danger pour le mineur en raison du régime de responsabilité **(a)**, risque aggravé par le fait que l'écran de la personnalité morale permet de contourner les règles de protection du mineur mises en place par le législateur **(b)**.

a) La responsabilité indéfinie : un risque pour le patrimoine du mineur qui peut lui faire préférer la SAS

5. - L'article 1857 du Code civil prévoit que les associés d'une société civile sont responsables indéfiniment sur leur patrimoine propre des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social. La responsabilité des associés ne peut cependant être mise en jeu qu'après que les créanciers ont préalablement et vainement poursuivi la société (notion de vaines poursuites de l'article 1858 du Code civil).

Remarque :

La SAS (société par actions simplifiée) est une véritable alternative à la société civile. En effet elle en a les mêmes atouts : grande souplesse et liberté dans la rédaction des statuts, nombre peu important de dispositions impératives. Elle a même pour avantage d'avoir une responsabilité limitée aux apports, la possibilité d'être unipersonnelle et un objet qui n'est pas limité aux activités civiles mais qui englobe également les activités commerciales. Par ailleurs, les inconvénients de la SAS par rapport à la société civile ont été supprimés par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 : il n'y a plus de capital social minimum (la SAS à 1 € est possible comme pour la société civile) et le recours au commissaire aux comptes n'est plus systématique^{Note 2}.

b) L'écran de personnalité morale transforme ce danger en risque aggravé

6. - Il en est ainsi notamment en cas d'emprunt souscrit par une société civile. Selon l'article 387-1 du Code civil, l'administrateur légal ne peut, sans l'autorisation préalable du juge des tutelles contracter un emprunt au nom du mineur. En effet, le législateur considère que faire souscrire un emprunt au nom d'un mineur est une opération suffisamment grave pour nécessiter un contrôle du juge. Or, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, l'accord du juge des tutelles n'est pas nécessaire pour la souscription d'un emprunt par une société civile même si un mineur est associé majoritaire^{Note 3}. Il s'agit en effet d'une stricte application des textes : juridiquement l'emprunteur est la société civile et non le mineur. Il en résulte que l'article 387-1 du Code civil ne trouve pas à s'appliquer, et que la société civile peut emprunter librement sans autorisation judiciaire. En revanche, la jurisprudence considère que la responsabilité du banquier (et le cas échéant des autres intervenants) peut être mise en cause si la souscription du prêt a causé un préjudice à l'enfant mineur^{Note 4}. Les risques liés à la présence d'un mineur dans une société civile expliquent que la présence d'un mineur fasse l'objet d'une réglementation spécifique.

2° Un contrôle judiciaire de l'entrée du mineur et une réglementation contraignante de la prise de décision

a) L'entrée d'un mineur dans une société civile fait l'objet d'un contrôle de la part du juge des tutelles en cas d'apport de certains biens ou en cas de succession

7. - **Apport.** - L'article 387-1 du Code civil prévoit que l'administrateur légal ne peut, sans l'autorisation préalable du juge des tutelles, apporter en société un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur ou procéder à la réalisation d'un acte portant sur des valeurs mobilières ou instruments financiers au sens de l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier, si celui-ci engage le patrimoine du mineur pour le présent ou l'avenir par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives du mineur.

8. - On formulera deux observations à la lecture de ces dispositions :

- l'apport d'un immeuble fait l'objet d'un contrôle systématique par le juge et ce quel que soit la forme de la société bénéficiaire de l'apport : qu'elle soit à responsabilité indéfinie comme la société civile ou à responsabilité limitée comme la SARL ou la SAS. Le fondement de l'intervention du juge est le contrôle de la valeur des apports. En effet le contrat de société peut être lésionnaire pour le mineur si son apport est sous-estimé et celui des autres associés surestimé. L'intervention du juge est d'autant plus importante qu'il

n'y a pas de commissaire aux apports lors de la constitution d'une société. Si le fondement de l'intervention du juge est le contrôle de la valeur, il est certain que son appréciation est globale et qu'il peut conditionner son autorisation à la modification des statuts afin de limiter le risque et l'engagement du mineur : limitation de la durée de la société, en cas d'emprunt par la SCI, limitation de la responsabilité des mineurs^{Note 5}, blocage ou encadrement des comptes courants d'associés des parents...^{Note 6} ;

- l'apport de valeurs mobilières ou d'instruments financiers n'est contrôlé par le juge que si le patrimoine du mineur sous administration légale est engagé de façon importante et durable : cette appréciation est subjective et doit tenir compte du caractère durable du contrat de société mais aussi du montant de l'apport, de sa participation dans le capital et des clauses spécifiques des statuts. En revanche lorsque le mineur est sous tutelle (*C. civ., art. 391*), l'apport d'actions non cotées est subordonné à autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles « *après la réalisation d'une mesure d'instruction [...]* » aux termes de l'article 505, alinéas 1er et 3.

9. - Succession. - L'acceptation pure et simple d'une succession revenant au mineur est soumise à l'autorisation du juge des tutelles (*C. civ., art. 507-1*). Cependant il s'agit d'un contrôle très indirect de l'entrée du mineur dans la société civile. L'acceptation d'une succession est en effet globale : il ne peut permettre d'écarter un bien spécifique en raison de sa nature. D'un point de vue pratique le juge des tutelles ne peut que donner son accord à l'acceptation de la succession dès lors que l'actif successoral est manifestement supérieur au passif successoral. Il convient toutefois de réserver l'hypothèse où la participation du mineur dans une société civile aurait pour effet de mettre en péril l'ensemble de la succession en raison des pertes de ladite société. On notera qu'en cas de décès d'un associé, la jurisprudence considère que ses héritiers ne sont tenus que dans la double limite de leurs parts dans le capital de la société civile et leurs droits dans la succession^{Note 7}.

b) L'organisation des prises de décision en présence d'un mineur peut apparaître rigoureuse et contraignante

10. - Avant la réforme mise en œuvre par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, les décisions en assemblée générale étaient considérées comme des actes d'administration. Le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 décide que certaines décisions d'assemblée générale sont des actes de disposition^{Note 8} lorsqu'elles concernent des décisions importantes^{Note 9}. La protection du mineur lors des assemblées générales des sociétés civiles est susceptible de poser plusieurs difficultés.

11. - Requalification d'un acte de disposition en acte d'administration. - L'article 2 du décret de 2008 prévoit que de telles délibérations peuvent être considérées comme des actes d'administration lorsque « *les circonstances d'espèce permettent au tuteur de les considérer comme tels en raison de leurs faibles conséquences sur le contenu ou la valeur du patrimoine de la personne protégée, sur les prérogatives de celle-ci ou sur son mode de vie* ». Cette qualification présente dans certains cas un caractère subjectif au regard du patrimoine du mineur, de l'importance de l'opération et de la nature de ses droits (usufruit ou nue-propriété). En cas d'administration légale commune, l'enjeu est de savoir s'il faut ou non l'accord des deux parents. À notre avis, la société ne doit pas trancher la question de savoir s'il s'agit ou non d'un acte d'administration ou de disposition, cette qualification étant de la responsabilité de l'administrateur légal. En cas de convocation à une assemblée portant sur une telle délibération il convient d'envoyer, par prudence, une convocation aux deux administrateurs légaux. En cas d'administration légale unique, il n'y a pas d'enjeu lié à cette requalification puisque l'administrateur légal unique représente seul le mineur tant pour les actes d'administration que pour les actes de disposition.

12. - Conflit d'intérêts. - En cas de conflit d'intérêts entre l'administrateur légal et le mineur, il convient de saisir le juge des tutelles pour nommer un administrateur *ad hoc* si l'on est en présence d'un acte de disposition. En revanche en cas d'acte d'administration, il n'est pas nécessaire de saisir le juge des tutelles en cas d'administration légale commune si l'autre parent accepte de représenter son enfant (à condition qu'il ne soit lui-même pas en situation de conflit d'intérêt). On notera que la question du conflit d'intérêt se pose lorsque l'administrateur légal est soit gérant de la société civile, soit associé. Il nous semble toutefois qu'il ne faut pas conclure systématiquement à un conflit d'intérêt dans une telle hypothèse. Chaque opération doit être analysée au cas par cas. Néanmoins il est vrai que la jurisprudence est encore balbutiante sur cette notion et qu'il convient donc d'être prudent, surtout en cas de conflit avec l'autre parent administrateur légal. Normalement, la nomination d'un administrateur *ad hoc* est faite à la diligence des administrateurs légaux (*C. civ., art. 383*). Toutefois, on peut se demander si la société n'aura pas intérêt dans certains cas à solliciter cette nomination par anticipation (notamment en cas de doute sur l'existence ou non d'un conflit d'intérêt).

13. - Compatibilité avec le droit des sociétés. - Le recours au juge des tutelles va donc être obligatoire dans plusieurs hypothèses :

- conflit d'intérêt avec l'administrateur légal unique ou avec l'un des administrateurs légaux en cas d'acte de disposition ;
- désaccord entre les administrateurs légaux (*C. civ., art. 387*) : ce désaccord doit être anticipé car s'il apparaît au moment de la tenue de l'assemblée générale il sera trop tard pour solliciter le juge des tutelles ;
- en cas de décision du juge d'étendre la liste des actes soumis à son contrôle (*C. civ., art. 387-3*) ;
- en cas d'acte de disposition si une tutelle est ouverte, soit suite au décès des deux parents, soit pour cause grave (*C. civ., art. 391*).

Ces dispositions sont susceptibles de poser deux types de difficultés au fonctionnement de la société. La première difficulté est une condition de délai. Dans les cas où le juge des tutelles est saisi, sera-t-il en mesure de rendre sa décision dans le délai fixé pour la tenue de l'assemblée générale ? Si la décision nécessite obligatoirement le vote de l'enfant mineur (pour le respect du quorum ou parce qu'il détient la majorité des droits de vote) la société devra obligatoirement tenir compte de cette contrainte pour fixer la date de l'assemblée générale. Si en revanche la décision ne nécessite pas obligatoirement le vote du mineur pour être adoptée (on suppose par hypothèse que sa participation n'est pas importante), la société n'est, à notre avis, pas obligée de tenir compte de cette contrainte dès lors qu'elle respecte les obligations légales tant en terme de forme de la convocation que de délai^{Note 10}. Le respect de ce formalisme est important car la jurisprudence considère que le défaut de convocation d'un associé est une cause de nullité qui peut être invoquée par tout associé, même si la présence des associés non convoqués n'aurait eu aucune incidence sur le résultat du vote^{Note 11}. Le respect du formalisme est destiné à pallier l'hypothèse où le mineur ne serait pas représenté à l'assemblée générale en raison de la non-réponse du juge des tutelles soit qu'il n'ait pas été sollicité suffisamment rapidement par l'administrateur légal^{Note 12}, soit que les contraintes administratives ne lui ont pas permis de répondre dans les délais. En effet le respect du formalisme de convocation (qui est peu rencontré en pratique) n'est pas nécessaire si l'on est certain d'obtenir la réponse du juge des tutelles dans les délais puisque la jurisprudence considère que si tous les associés sont présents ou représentés à la réunion et ne contestent pas, ils renoncent à se prévaloir des règles légales^{Note 13}. La présence à l'assemblée générale équivaut à une renonciation et il est toujours possible de renoncer à un droit acquis même s'il résulte d'une loi qui est d'ordre public.^{Note 14} La deuxième question est celle de la sanction du non-respect des règles liées à la représentation des mineurs. Certaines règles présentent une certaine subjectivité (notion de conflit d'intérêt par exemple) dont l'appréciation peut être importante pour la validité de la représentation (requalification d'un acte de disposition en

acte d'administration). Le droit des incapacités étant muet sur la question de la sanction^{Note 15} et dans l'attente de jurisprudence claire permettant d'éclaircir la question, une bonne coordination est nécessaire entre la société civile et les administrateurs légaux. À défaut d'un tel dialogue, le respect du formalisme du droit des sociétés est plus que jamais nécessaire. La désignation d'un tiers administrateur ou la conclusion d'un mandat posthume^{Note 16} permettra d'anticiper ces difficultés. La jurisprudence récente incite à la prudence puisqu'un arrêt du 17 mai 2017^{Note 17} a conclu à la nullité d'un acte de vente d'un bien immobilier appartenant à une SCI résultant de l'absence d'autorisation préalable du juge des tutelles à la délibération ayant décidé de cette vente^{Note 18}, et qu'il ne peut être fait exception à cette nullité au motif que l'acquéreur aurait contracté dans la croyance erronée que le gérant de la SCI propriétaire du bien vendu avait le pouvoir de consentir à la vente.

B. - Des zones de liberté expliquant néanmoins le succès des sociétés civiles pour organiser et structurer le patrimoine des mineurs

1° Une entrée facilitée en cas d'apport en numéraire ou en cas de donation de parts sociales

14. - Le recours au juge des tutelles n'est obligatoire qu'en cas d'apport d'un immeuble, d'un fonds de commerce et dans certains cas pour l'apport d'instruments financiers ou de valeurs mobilières. Les autres types d'apport et notamment les apports en numéraire (qui sont de loin les plus fréquents) ne sont pas expressément visés par l'ordonnance du 15 octobre 2015. Pour connaître le régime applicable à ce type d'apport, il convient de rechercher si l'acte d'apport constitue un acte d'administration ou un acte de disposition par référence au décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008^{Note 19}. Selon la colonne 2 de l'annexe 2 dudit décret, tout apport en société (autre qu'immeuble, fonds de commerce ou instruments financiers non coté) constitue un acte de disposition nécessitant soit l'accord des deux administrateurs légaux (en cas d'administration légale commune) soit de l'unique administrateur légal (lorsqu'un seul parent exerce l'administration légale). Cela signifie que l'accord du juge des tutelles pour ce type d'apport à une société civile n'est pas requis, bien que la société ne soit pas à risque limité. Paradoxalement, le recours au juge des tutelles pourrait être nécessaire en cas de désaccord des deux administrateurs légaux. Cela revient à mieux protéger le mineur qui a ses deux parents, que le mineur orphelin ou né dans une famille monoparentale pour lequel l'administrateur légal a toute latitude pour constituer librement une société civile. Il convient toutefois de réserver l'hypothèse du conflit d'intérêt, ce qui pourrait être le cas notamment si l'administrateur légal était associé dans la société civile. L'acte d'apport peut également être dans certains cas considéré comme un simple acte d'administration. Il en est ainsi lorsque l'administrateur légal considère que les circonstances d'espèce ne lui permettent pas de considérer qu'il s'agit d'un acte de disposition au regard de ses faibles conséquences sur le contenu ou la valeur du patrimoine de la personne protégée, sur les prérogatives de celle-ci ou sur son mode de vie^{Note 20}. D'un point de vue, pratique on sait que de nombreuses sociétés civiles sont constituées avec un très faible capital social et que très souvent le montant de l'apport du mineur constitue une donation qui a été faite par les parents. On peut donc penser que la requalification en acte d'administration sera fréquente dans cette hypothèse. Reste à réserver le cas où la société civile souscrit un emprunt bancaire, ou est débitrice d'un important compte courant apporté par les parents^{Note 21}. Si l'acte d'apport est considéré comme un acte d'administration, chacun des parents administrateur légal est réputé à l'égard des tiers, avoir reçu de l'autre le pouvoir de le faire seul (*C. civ., art. 382-1*). En cas d'administrateur légal unique, la qualification d'acte d'administration n'apporte rien de plus puisque l'administrateur légal unique peut conclure seul les actes de disposition.

15. - Acquisition de droits sociaux. - L'acquisition à titre onéreux de parts de société civile n'est pas explicitement visée par l'ordonnance^{Note 22}. Selon le décret du 22 décembre 2008 l'emploi ou le remploi de sommes d'argent est qualifié d'acte d'administration^{Note 23} qui pourrait être réalisé par un seul des parents ou par celui exerçant l'autorité parentale. Il convient toutefois de réserver l'hypothèse où l'acquisition de parts sociales serait

requalifiée en acte de disposition au sens de l'article 2 du décret du 22 décembre 2008, c'est-à-dire lorsque l'acte d'acquisition de parts sociales est de nature à affecter le patrimoine du mineur tant dans son contenu que sa valeur. En effet bien que l'acquisition de parts sociales ne soit pas visée expressément, l'article 2 du décret de 2008 indique expressément que la colonne 2 du tableau constituant l'annexe 2 du présent décret n'est pas exhaustive. Dans ce cas les deux parents devraient intervenir pour l'acquisition de parts de société civile.

16. - Donation. - L'acceptation de la donation de parts de société civile est considérée comme un acte d'administration, sauf s'il s'agit d'une donation avec charge. L'ensemble de la doctrine considère que le passif social ne peut être qualifié de charge puisqu'une charge au sens strict du terme est imposée directement au donataire alors que la responsabilité personnelle d'un associé d'une société civile résulte de la nature même des parts sociales^{Note 24}. Il en résulte que l'acceptation d'une donation de parts de société civile est un acte d'administration ne nécessitant que l'accord de l'un des administrateurs légaux. En cas de conflit d'intérêt lorsque par exemple l'administrateur légal unique est le donateur, il est possible que la donation soit acceptée, au nom de l'enfant mineur, par un grand-parent ou un arrière grand-parent (*C. civ., art. 935*).

2° Le renforcement des pouvoirs du gérant permettant de contourner les contraintes et les incertitudes liées à la prise de décision en assemblée générale

17. - La définition de l'objet social a des conséquences importantes pour la répartition des pouvoirs entre les associés et le gérant. La rédaction d'un objet social étroit restreint les pouvoirs du gérant qui ne peut agir que dans la limite de l'objet social : s'il veut aller au-delà il doit demander l'autorisation des associés. À l'inverse un objet social large donne beaucoup plus de liberté au gérant. La rédaction large de l'objet social peut favoriser la conclusion d'acte de disposition par le gérant^{Note 25} ou lui permettre de contracter des emprunts au nom de la société civile. Ainsi que le souligne des auteurs « pour que les nouvelles règles posées par le décret ne viennent pas perturber le fonctionnement de la SCI, en présence de mineurs ou d'incapables majeurs, il importe que les statuts confèrent au gérant les pouvoirs les plus étendus et que ceux-ci ne fassent l'objet d'aucune limitation sur certaines décisions, afin qu'aucun vote des associés ne soit nécessaire »^{Note 26}. Ces auteurs ajoutent toutefois que « cette absence de contrôle n'est pas toujours souhaitable ». L'instauration d'une cogérance ou d'un conseil de gérance peut être une solution pour éviter qu'une personne seule ne prenne des décisions importantes pour le compte de la société civile. Tout dépend également de l'origine de la société civile. Ainsi, donner beaucoup de pouvoir au gérant peut paraître légitime et sans risque pour les mineurs dans le cadre de la transmission d'un patrimoine immobilier par des parents à leurs enfants. L'origine du patrimoine, la réserve d'usufruit, la nature de la relation familiale et le souci de protection des parents rendent légitimes un pouvoir fort du gérant. En revanche, une fois que les parents ont disparu, l'omnipotence du gérant paraît moins légitime. Il conviendra de rédiger les statuts en conséquence. Par ailleurs, si le gérant a le pouvoir de vendre, il peut être judicieux de l'obliger à réemployer le produit de la vente dans l'acquisition d'un nouvel immeuble. Pour la question plus spécifique des emprunts et outre les précautions spécifiques à prendre lorsqu'un mineur est associé^{Note 27}, il est possible de limiter les pouvoirs du gérant dans l'acte de nomination (par exemple plafonner le montant des emprunts pour lesquels le gérant pourra engager la société). Il convient toutefois d'être conscient que les limites aux pouvoirs du gérant ne sont pas opposables aux tiers et leurs violations ne peuvent se traduire que par la mise en cause de la responsabilité du gérant qui peut se voir condamné à des dommages et intérêts.

3° Un aménagement contractuel de la responsabilité du mineur permettant d'encadrer les risques pris notamment en cas de souscription d'emprunt

18. - Si une société civile ayant pour associé un mineur peut emprunter librement, la jurisprudence et la doctrine considèrent que l'administrateur légal mais aussi les conseils ou même la banque sont susceptibles d'engager leur responsabilité civile si le prêt cause un préjudice au mineur^{Note 28}. C'est la raison pour laquelle la pratique a cherché des solutions pour limiter le risque pris par le mineur et réduire par conséquent la responsabilité des différents intervenants. La solution la plus radicale consiste à demander l'autorisation du juge des tutelles et ce même si elle n'est pas obligatoire. Cette solution se heurte néanmoins à deux écueils. Le premier est de se trouver confronté à un refus du juge des tutelles et donc de compromettre toute l'opération. Le deuxième, qui n'est pas illusoire dans un contexte où l'on cherche à réduire le recours aux tribunaux, est que le juge des tutelles se déclare incompétent en raison de la jurisprudence de la Cour de cassation. Moins incertaine est la solution qui consiste à limiter la responsabilité des associés mineurs au montant de leur apport et à faire supporter l'intégralité de la perte par les autres associés. Il s'agit en fait de prévoir dans les statuts de la société civile l'étendue de la contribution aux pertes de chacun des associés en distinguant la contribution aux dettes des mineurs de celle des autres associés. Une telle stipulation est parfaitement possible en droit des sociétés puisque l'article 1844-1 du Code civil prévoit expressément la possibilité de clause contraire au principe général de contribution aux pertes à proportion de sa participation au capital. La liberté rédactionnelle est totale sauf à respecter la prohibition des clauses léonines de l'alinéa 2 de l'article 1844-1 qui interdit de transférer la totalité de la perte à un associé. Or, en l'espèce les associés mineurs ont perdu au minimum leur apport. Ainsi la jurisprudence considère qu'il est possible de limiter contractuellement la perte d'un associé à ses apports^{Note 29}. Cette stipulation n'est valable qu'entre associés : elle n'est pas opposable aux créanciers puisque l'obligation à la dette reste soumise à l'article 1857 du Code civil qui est d'ordre public et auquel les statuts ne peuvent déroger. Pour autant rien n'interdit à un créancier en particulier qu'il s'engage à ne pas poursuivre l'associé mineur, même devenu majeur. Ainsi, si la banque renonce à poursuivre l'associé mineur, celui-ci sera totalement protégé.

2. La société civile comme outil de gestion du patrimoine d'un mineur

19. - Les nouvelles règles de l'administration légale présentent des lacunes qui peuvent être compensées par le recours à la société civile :

- en cas de décès de l'un des parents, le parent survivant jouit désormais d'une liberté importante dans la gestion du patrimoine du mineur ;
- en cas de donation, l'autre conjoint peut être sollicité soit pour la conclusion d'acte de disposition sur le patrimoine donné, soit en cas de conflit d'intérêt avec le parent donateur. Or, l'intervention de l'autre parent peut ne pas être souhaitée (notamment en cas de séparation : divorce, rupture de la vie commune) ou doit être encadrée (en cas de remariage ultérieur notamment si le premier parent est décédé).

Grâce à l'écran de la personnalité morale et aux règles spécifiques de fonctionnement de la société civile, les modalités de l'administration légale peuvent être modifiées, complétées ou même écartées selon les instruments juridiques utilisés. L'optique n'est pas la même selon que les parts sociales sont transmises par décès où le recours à la société civile est effectué à titre préventif **(A)** ou par donation, opérations fréquentes en gestion de patrimoine et pour lesquelles la minorité des donataires doit être prise en compte **(B)**.

A. - Recourir à la société civile à titre préventif afin d'organiser à l'avance sa succession en présence d'enfants mineurs

20. - Indépendamment de la présence d'héritiers mineurs, la société civile est un outil fréquemment utilisé dans l'optique d'organiser à l'avance sa succession. En effet, le droit français prohibe les pactes sur succession future. Cela signifie qu'il est, en principe, interdit de prévoir par avance des règles qui s'imposeront à ses héritiers après le

décès. Il existe, bien entendu, des dérogations à ce principe (donation-partage, legs avec charge, pacte de renonciation à exercer l'action en réduction pour atteinte à la réserve...) mais d'une façon générale un héritier réservataire doit recevoir sa part de réserve exempte de toute charge. Le recours à la société civile est un moyen d'éviter cette prohibition en instaurant des règles que les héritiers des parts devront respecter en leur qualité d'associés. En présence d'héritiers mineurs, l'administrateur légal (ou le tuteur) devra respecter les statuts de la société civile et l'écran de la personnalité morale : la gestion des actifs sous-jacents détenus par la société civile est déléguée à la société civile et à ses organes de gouvernance (1°). Néanmoins, leur totale efficacité nécessite d'être complétée par le recours à d'autres instruments de la gestion de patrimoine afin de pouvoir gérer les parts sociales de la société civile (2°).

1° La mise en société civile des actifs permet d'écarter ou de compléter les règles de l'administration légale

21. - Dans le cadre d'une société civile, la gestion des actifs sous-jacents n'appartient pas à chacun des associés mais à la société civile elle-même. Nous avons vu le rôle important dévolu au gérant^{Note 30}. Le futur défunt doit s'interroger sur la place qu'il entend laisser à l'administrateur légal (l'autre parent). Selon qu'il lui laisse jouer ou non un rôle au sein de la société civile, les pouvoirs de l'administrateur légal seront plus ou moins importants.

a) L'administrateur légal survivant gérant de la société civile

22. - Il s'agit ici de l'hypothèse fréquente d'époux mariés qui au moment de la constitution de la société civile ont mis en place une cogérance où les deux époux sont gérants de la société civile. Au moment du décès de l'un des gérants, l'autre gérant continue à exercer ses fonctions. Dans ce cas, le parent survivant cumule les fonctions de gérant et d'administrateur légal de son enfant mineur. À première vue, la société civile renforce ses pouvoirs puisqu'en fonction de la rédaction des statuts, ses qualités de gérant peuvent lui permettre de se passer de l'autorisation du juge des tutelles (notamment en cas de vente par la société civile d'un immeuble ou d'instruments financiers)^{Note 31}. À seconde vue, le recours à la société civile peut permettre de mettre en place des contre-pouvoirs afin de pallier les insuffisances de la loi. Le premier apport de la société civile est l'obligation pour l'administrateur légal (en sa qualité de gérant) de rendre des comptes de sa gestion^{Note 32}. La réforme a supprimé l'obligation pour l'administrateur légal de dresser un inventaire du patrimoine de l'enfant mineur^{Note 33}. Or, la société civile constitue un cadre formel qui va permettre de tenir une comptabilité du patrimoine de la société et indirectement du patrimoine du mineur^{Note 34}. L'inventaire de l'administrateur légal est remplacé par le bilan de la société et le compte de gestion par le compte de résultat. En effet, le gérant d'une société civile est obligé de tenir une comptabilité et les statuts peuvent être assez précis sur la nature de cette obligation^{Note 35}. Par le biais de la société civile il sera donc possible de suivre l'évolution du patrimoine du mineur alors que cela n'aurait pas été le cas si les actifs avaient été détenus en direct.

23. - D'un point de vue comptable il est également possible de prévoir dans les statuts l'obligation d'un commissaire aux comptes et ce même si les conditions légales ne sont pas remplies^{Note 36} : cela constitue un coût qui peut valoir la peine pour des patrimoines importants car cela renforce le contrôle effectué sur l'action du gérant (et donc indirectement sur celle de l'administrateur légal si les actifs avaient été détenus sans société). La société civile permet également l'instauration de contre-pouvoirs, voire d'un pouvoir de contrôle destiné à remplacer celui qui aurait pu être effectué par le juge des tutelles si les actifs avaient été détenus en direct. Selon les cas et selon les personnalités en présence, ce pouvoir de contrôle ou d'assistance peut être dévolu :

- à un co-gérant destiné à épauler l'administrateur légal : il peut s'agir par exemple d'un membre de la famille du défunt (frère, sœur...) ou une personne proche ;

- à un conseil de gérance : il s'agit ici de transposer à la société civile l'organe collégial du conseil d'administration dans la SA ou du conseil de famille sous le régime de la tutelle ;
- à l'assemblée générale de la société : certaines décisions prises à l'unanimité peuvent donner un véritable droit de veto à des associés minoritaires de confiance.

b) La gérance de la société civile dévolue à un tiers permet d'écarter l'administrateur légal

24. - Il s'agit ici de l'hypothèse où le futur défunt ne souhaite pas que le parent de son enfant soit gérant de la société civile. La première solution consiste pour le fondateur à nommer de son vivant une autre personne co-gérante. Ainsi en cas de décès du fondateur le co-gérant restera en fonction et pourra librement administrer la société civile. Mais, dans la mesure où l'administrateur légal représente l'enfant mineur dans les assemblées générales de la société, il convient de faire en sorte de s'assurer qu'il ne puisse pas révoquer le gérant. Le gérant est en principe révoqué par une décision des associés représentant plus de la moitié des parts sociales. Les statuts peuvent prévoir des conditions de majorité différente (3/4 par exemple). Il est également possible de prévoir que cette révocation ne pourra avoir lieu qu'à l'unanimité, ce qui revient à rendre le gérant irrévocable s'il détient au moins une part de la société. La révocation judiciaire du gérant sera toutefois toujours possible pour cause légitime (*C. civ., art. 1851, al. 2*) qui est appréciée en fonction de l'intérêt de l'entreprise et non en fonction de l'intérêt d'un seul associé, fût-il mineur. Si le constituant de la société civile ne souhaite pas nommer le gérant de son vivant, il est possible de recourir à la gérance successive^{Note 37} qui permet de désigner à l'avance un nouveau gérant en cas de décès du gérant.

2° Recours à d'autres instruments de la gestion de patrimoine

25. - La société civile peut être une alternative à d'autres outils de la gestion de patrimoine (tiers administrateur, mandat posthume, fiducie ou transmission résiduelle), mais ses outils peuvent également se combiner et se compléter utilement.

a) Société civile versus tiers administrateur

26. - La nomination d'un tiers administrateur permet de confier à une tierce personne la gestion des biens du mineur, en ce compris les biens faisant partie de la réserve héréditaire, que la transmission ait lieu par donation ou par succession^{Note 38}^{Note 39}. La mise en société des biens du mineur permet d'éviter le recours au tiers administrateur puisque les biens mobiliers et immobiliers apportés font l'objet d'une gestion par le gérant au sein de la société civile. Néanmoins, la nomination d'un tiers administrateur combiné à la constitution d'une société civile continue à avoir son intérêt pour gérer le droit de vote dans les assemblées d'associés. Elle permet aussi de donner au tiers administrateur un pouvoir de disposition sur les parts sociales dans le but de paralyser ainsi le pouvoir de vendre de l'administrateur légal unique^{Note 40}. La nomination d'un tiers administrateur a également pour effet de priver le parent survivant de la jouissance légale sur les parts de la société civile, c'est-à-dire le droit d'appréhender les dividendes versés par la société civile jusqu'aux 16 ans de l'enfant mineur.

b) Société civile et mandat posthume

27. - La société civile peut être une alternative au mandat posthume^{Note 41}. Le mandat à effet posthume permet comme pour la société civile de déléguer après son décès la gestion d'un patrimoine à un tiers. Néanmoins il s'en distingue par deux aspects :

- il doit être justifié par un intérêt sérieux et légitime, ce qui peut parfois être délicat ou source de contestation : par différence la constitution d'une société civile n'a pas besoin d'être justifiée ;
- la durée du mandat posthume est limitée à 2 ans (prorogable une ou plusieurs fois par décision juge). Cette durée est portée à 5 ans (également prorogable dans les mêmes conditions) en raison notamment de l'incapacité, de l'âge du ou des héritiers ou de la nécessité de gérer des biens professionnels (*C. civ.*, art. 812-1-1). Par contraste, la société civile peut être constituée pour une durée de 99 ans.

L'avantage semble donc être à la société civile. Néanmoins, le mandat posthume peut être utilisé utilement en complément d'une société civile : il permet de déléguer au mandataire le droit de vote dans les assemblées générales de la société civile et permet donc d'écarter (au moins temporairement) l'administrateur légal. Le mandat posthume peut donc être une alternative au tiers administrateur^{Note 42}.

c) Société civile et fiducie

28. - Inspirée du mécanisme anglo-saxon du trust, la fiducie a été introduite en droit français par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007. Elle permet de transférer la propriété d'un actif à un tiers administrateur de confiance qui pourra le gérer comme s'il en était propriétaire. Néanmoins, la loi a prévu que, à la différence du trust, la fiducie prend fin par le décès du constituant. Le recours à la société civile va permettre de pérenniser le recours à la fiducie de manière continue sur plusieurs générations. Le mécanisme consiste à apporter le bien immobilier à une société civile qui sera constituante de la fiducie. Ainsi, le décès des associés sera sans conséquence sur la poursuite du contrat de fiducie^{Note 43}.

d) Société civile et transmission résiduelle

29. - Les transmissions résiduelles permettent de transmettre (par donation ou succession) un bien à une personne à charge pour celle-ci de la transmettre à une tierce personne. À la différence des transmissions graduelles, le premier bénéficiaire a la possibilité d'aliéner le bien transmis. Même s'il rachète un autre bien avec le produit de son aliénation, le fait d'avoir vendu le bien rend sans effet la transmission résiduelle au deuxième bénéficiaire^{Note 44}. La mise en société civile du bien mobilier ou immobilier, préalablement à la transmission résiduelle, va donner plus de souplesse : la transmission résiduelle, au lieu de porter directement sur le bien portera sur les parts de la société civile. La société civile pourra ainsi réaliser tous les arbitrages possibles (vente, acquisition, mise en réserve des bénéfices) et le legs ou la donation *de residuo* continuera à s'appliquer sur les parts sociales. Alternativement, le recours à une transmission graduelle des parts ne sera pas pénalisant pour la gestion active du patrimoine immobilier puisque les associés auront la possibilité de céder et acquérir des actifs au niveau de la société civile. On notera toutefois que la transmission graduelle ne peut pas porter sur la réserve héréditaire des enfants. La transmission résiduelle est très utilisée comme alternative au droit de retour. Elle permet en effet une transmission aux frères et sœurs lorsque le donataire décède sans enfant (ce qui est une possibilité s'il décédait jeune). Elle présente également l'avantage fiscal d'éviter une transmission coûteuse entre frère et sœur puisque le bénéficiaire de la transmission résiduelle est sensé recevoir les biens du donateur et bénéficie donc des droits de mutation à titre gratuit en ligne directe. Le recours à la société civile permet donc de garantir une transmission tripartite à moindre coût tout en laissant de la souplesse dans la gestion des biens.

B. - Organiser la transmission de son patrimoine de son vivant

30. - La transmission précoce du patrimoine, qu'elle soit en pleine propriété ou en nue-propriété, aux enfants ou aux petits enfants présente de nombreux avantages fiscaux. L'intérêt du caractère précoce de la transmission a pour conséquence une présence accrue de donataires, mineurs. Or, la structuration des biens objet de cette transmission au travers d'une structure sociétaire permet d'optimiser fiscalement et juridiquement la donation :

- en permettant de transmettre à moindre coût une plus-value future sur le bien 1° ;
- en facilitant la réalisation de donation-partage 2° ;
- en organisant les transmissions en démembrement de propriété 3° ;
- en tenant compte de la sociologie des familles contemporaines 4°.

1° Transmission de la plus-value future sur un bien

31. - Une société civile peut être constituée avec un capital social très faible. Cela permet donc à des associés de devenir propriétaires d'un actif à moindre coût.

Exemple :

Une société civile est constituée avec un capital de 2 000 € dans le but d'acquérir un immeuble d'une valeur de 500 000 € (frais inclus). Cette société est constituée par une mère de famille qui dispose d'une somme destinée à couvrir le montant de l'investissement. Elle a deux enfants de 3 ans et 10 ans. Préalablement à la constitution de la société elle donne 500 euros à chacun de ses enfants. Ses enfants apportent cette somme au capital de la société civile. Ils possèdent donc chacun 25 % du capital de la société. Les 50 % restant sont détenus par la mère de famille qui apporte en compte courant la somme de 500 000 euros nécessaire à la réalisation de l'investissement. La société achète l'immeuble. Trente ans plus tard cet immeuble vaut 1 000 000 € et est vendu en franchise de plus-value par la société civile. Le prix de vente sert à hauteur de 500 000 euros pour rembourser le compte courant de la mère de famille. Les autres 500 000 euros sont partagés entre chacun des associés au prorata de ses parts. Avec un investissement initial de 500 euros, chacun des enfants aura récupéré une somme finale de 125 000 euros.

2° Réaliser une donation-partage à des mineurs grâce à la société civile

32. - Les transmissions anticipées de patrimoine ont la double vertu de pacifier le règlement successoral grâce à la donation-partage et de pouvoir bénéficier d'un régime fiscal d'autant plus adouci que cette transmission est précoce. Le recours à la société civile permet d'atteindre harmonieusement cet objectif en encadrant utilement les donations faites à des enfants mineurs.

a) L'intérêt juridique de la mise en société civile préalablement à la réalisation d'une donation-partage

33. - Nous avons déjà étudié les multiples intérêts de la société civile pour éviter le régime de l'administration légale et permettre au donateur de conserver tout ou partie du pouvoir de gestion. La société civile permet également de réaliser des donations partages lorsque le donateur n'a pas autant de biens à donner que d'enfants ou qu'il ne souhaite donner qu'une partie d'un bien (souvent dans la limite de l'abattement fiscal). En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation a décidé que la donation portant sur un bien transmis en indivision à plusieurs donataires ou encore sur un bien donné à un seul donataire mais en indivision avec le donateur, ne peut être constitutive d'une donation-partage au sens des articles 1075 et suivants du Code civil^{Note 45}. La Cour de cassation fait une application

stricte du texte considérant que si tous les donataires ne reçoivent pas des biens divis la donation ne peut être qualifiée de donation-partage mais de donation simple.

34. - Or, le fait de pouvoir conférer le caractère « partage » à une donation a des effets bénéfiques et pacifiques sur le règlement de la succession :

- il permet d'éviter le rapport à succession au moment du décès du donateur ;
- il impose l'évaluation des biens au jour de la donation (et non au jour de la succession) pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible ;
- ces deux conséquences, ajoutées au fait que la quasi-totalité des donations partages sont des donations égalitaires, ont pour effet de prévenir toute discussion au moment de la succession sur les biens déjà donnés.

Cet avantage évite des débats sur l'évaluation des biens (dont on sait qu'elle est parfois difficile et subjective) et des conséquences néfastes pour celui des donataires qui aurait vu son bien prendre de la valeur entre la donation et la succession et qui se verrait obligé d'indemniser ses frères et sœurs moins vigilants sur la gestion de leur patrimoine (en cas d'aliénation du bien donné, le rapport porte sur la valeur du bien subrogé).

35. - Or, les cas où il n'est pas possible de réaliser une donation-partage sont devenus nombreux suite aux décisions de la Cour de cassation :

- tous les donateurs n'ont pas forcément autant de biens à transmettre que d'enfants ;
- beaucoup de donateurs ne souhaitent donner que dans la limite de l'abattement fiscal (100 000 € par enfants et par parent) et sont donc obligés de transmettre des quotes-parts indivises à leurs enfants.

La mise en société des biens transmis (le plus souvent des immeubles) peut permettre de résoudre cette équation devenue impossible : transmettre un immeuble à plusieurs enfants ou une partie d'immeuble à un enfant tout en réalisant une donation-partage. En effet, l'attribution de parts sociales divisées va bien permettre de réaliser une donation-partage.

Exemple :

Monsieur Jedonnetout souhaite donner un appartement à deux de ses enfants mineurs issus d'une précédente union et une somme d'argent au troisième, issu de son mariage actuel. Le fait de donner un appartement en indivision à ses deux enfants ne lui permet pas de réaliser une donation-partage, bien que le troisième enfant soit alloué d'une somme d'argent. À défaut d'être bénéficiaire d'une donation-partage, les enfants se verraient contraints au décès de Monsieur Jedonnetout de rapporter à la succession la valeur du bien immobilier transmis et celle du bien acheté avec la somme d'argent par le troisième enfant. Pour éviter cet inconvénient, Monsieur Jedonnetout apporte préalablement à la donation l'immeuble à une société civile immobilière dont il sera le co-gérant (l'autre gérant étant son frère en qui il a toute confiance). En contrepartie il se verra attribuer des parts dont il donnera la moitié à l'un de ses enfants et l'autre moitié au deuxième (le troisième étant alloué d'une somme d'argent avec obligation d'emploi). Grâce à la société civile Monsieur Jedonnetout pourra ainsi réaliser une donation-partage avec tous les avantages qui y sont attachés.

Le fait que Monsieur Jedonnetout soit gérant de la société lui permet de conserver le pouvoir de gestion sur le bien immobilier. Il aura pris soin de conserver une part en pleine propriété de la société civile. Cette part sera assortie d'un droit de vote plural lui permettant de conserver le droit de vote. Par ailleurs, en cas de décès il sait que c'est son frère qui prendra la suite. Monsieur Jedonnetout aura également prévu dans la donation de nommer son frère en qualité de tiers administrateur jusqu'aux 25 ans de ses enfants.

b) La présence de mineur dans les donations partage se justifie également pour des raisons fiscales

36. - Optimisation des abattements. - Les donations bénéficient d'un abattement de 100 000 euros par enfant et par parent. Cet abattement se renouvelle tous les 15 ans. Ainsi donner à un enfant dès son plus jeune âge est susceptible de faire « gagner » un abattement de 100 000 euros par enfant et par parent.

Exemple :

Monsieur et Madame Jedonnetôt sont mariés sous le régime matrimonial de la communauté. Ils ont créé une start-up qu'ils ont vendue à un fonds d'investissement. Ils sont à la tête d'un patrimoine commun de 10 000 000 euros.

La part revenant à chacun de leurs héritiers étant supérieure à 1 805 677 euros, leurs héritiers sont potentiellement imposables au taux marginal de 45 % (voir ci-dessous le barème de taxation des mutations à titre gratuit en ligne directe qui taxe selon un barème progressif qui va de 5 à 45 % avec une progressivité très rapide vers la tranche à 20 %).

Imposition des donations et successions en ligne directe (CGI, art. 777)		
Fraction nette taxable	Taux	Formule de calcul*
< 8 072 €	5 %	$P \times 0,05$
Entre 8 072 et 12 109 €	10 %	$(P \times 0,10) - 404 \text{ €}$
Entre 12 109 et 15 932 €	15 %	$(P \times 0,15) - 1 009 \text{ €}$
Entre 15 932 et 552 324 €	20 %	$(P \times 0,20) - 1 806 \text{ €}$
Entre 552 324 et 902 838 €	30 %	$(P \times 0,30) - 57 038 \text{ €}$
Entre 902 838 et 1 805 677 €	40 %	$(P \times 0,40) - 147 322 \text{ €}$
> 1 805 677 €	45 %	$(P \times 0,45) - 237 606 \text{ €}$

* P = part nette taxable

Exemple :

Monsieur et Madame Jedonnetôt ont deux enfants de deux et trois ans.

Ils décident de constituer une société civile et d'y apporter une partie de leur patrimoine.

Ils s'interrogent pour savoir s'ils donnent dès à présent des parts de leur société civile ou s'ils préfèrent attendre la majorité de leurs enfants.

Le fait de donner dès à présent des parts de société civile à leurs enfants en pleine propriété leur permet de transmettre 400 000 euros en franchise totale d'impôt.

En fonction de leur taux marginal d'imposition aux droits de mutation à titre gratuit, l'économie réalisée est la suivante :

20 %	80 000 €
30 %	120 000 €
40 %	160 000 €
45 %	180 000 €

3° Optimisation fiscale du démembrement de propriété et conservation du droit de vote

37. - Le démembrement de propriété permet de réduire l'assiette des droits de mutation à titre gratuit. Il permet également lorsque la donation porte sur des parts sociales de conserver outre les dividendes le droit de vote dans les assemblées générales d'associés.

38. - Usufruit et droit de vote. - La mise en société préalable des biens donnés permet au donateur en sa qualité d'usufruitier de conserver le droit de vote. Pendant toute la minorité de l'enfant, les règles liées à l'application de l'ordonnance du 15 octobre 2015 ne trouveront pas à s'appliquer dès lors que l'usufruitier conserve la totalité (ou la quasi-totalité) du droit de vote : l'administrateur légal n'aura donc pas le droit de vote. À noter qu'on arriverait au même résultat en nommant un tiers administrateur. La différence est que le donateur conserve également les revenus.

Pour aller plus loin : : Rappel :

En l'absence de disposition particulière dans les statuts de la société civile, le Code civil prévoit que le droit de vote appartient au nu-proprétaire et que l'usufruitier vote l'affectation des bénéfices (*C. civ., art. 1844, al. 3*). Le texte prévoit toutefois qu'il est possible de déroger à cette règle (*C. civ., art. 1844, al. 4*).

Par dérogation à l'article 1844 du Code civil, il est donc possible d'attribuer à l'usufruitier des pouvoirs de vote revenant normalement au nu-proprétaire^{Note 46}. En revanche, il n'est pas possible de priver le nu-proprétaire du droit de participer aux assemblées générales^{Note 47}. Ainsi, est réputée non écrite la clause des statuts par laquelle il est prévu que l'usufruitier représente le nu-proprétaire pour toutes les décisions sociales quel qu'en soit l'objet : cette clause porte en effet atteinte aux droits fondamentaux du nu-proprétaire de « participer » aux décisions collectives.

En l'état actuel du droit et si l'on s'en tient à la jurisprudence liée au droit des sociétés, il est donc possible d'attribuer la totalité des droits de vote à l'usufruitier^{Note 48}. Le nu-proprétaire (et donc l'administrateur légal s'il est mineur) peut cependant participer aux assemblées générales. Cependant en cas de nomination d'un tiers administrateur dans l'acte de donation, la convocation à l'assemblée générale doit à notre avis être adressée au tiers administrateur et non à l'administrateur légal de l'enfant mineur nu-proprétaire.

Exemple :

Monsieur Jedonnetôt, âgé de 30 ans a hérité de son père un patrimoine important. Il a trois enfants âgés de 1 ans, 4 ans et 6 ans. Il s'interroge sur le fait de transmettre une partie de son patrimoine en nue-proprété à ses enfants mineurs, d'attendre leur majorité ou de ne rien faire.

Option 1 : Donation dès à présent à ses enfants de parts de société civile pour un montant de 3 000 000 euros

La donation en nue-proprété permet d'éviter une taxation sur la valeur de l'usufruit. Or, la valeur de l'usufruit est d'autant plus importante que le donateur est jeune. Ainsi le fait de pouvoir donner tôt permet de minorer considérablement les droits de mutation à titre gratuit. Cela implique (outre le fait d'avoir pu se constituer un patrimoine précocement) d'être un jeune parent et d'accepter de donner à des enfants jeunes et par conséquent mineurs (d'où l'intérêt de la mise en place d'une société civile qui permet de mieux encadrer cette transmission).

La valeur de l'usufruit (qui n'est pas taxée) est fonction d'un barème fiscal déterminé par l'article 669 du CGI.

Valorisation fiscale de l'usufruit et de la nue-propiété (CGI, art. 669)		
Âge de l'usufruitier	Usufruit	Nue-propiété
Moins de 21 ans révolus	90 %	10 %
Moins de 31 ans révolus	80 %	20 %
Moins de 41 ans révolus	70 %	30 %
Moins de 51 ans révolus	60 %	40 %
Moins de 61 ans révolus	50 %	50 %
Moins de 71 ans révolus	40 %	60 %
Moins de 81 ans révolus	30 %	70 %
Moins de 91 ans révolus	20 %	80 %
Plus de 91 ans révolus	10 %	90 %

Exemple :

Monsieur Jedonnetôt, étant âgé de 30 ans, la valeur de son usufruit est de 80 %.

Ainsi sur un patrimoine transmis de 3 000 000 € la valeur de la nue-propiété transmise est uniquement de 600 000 €.

En tenant compte du fait que chacun des enfants bénéficie d'un abattement de 100 000 euros sur la part qui lui est transmise, la base taxable par enfant sera uniquement de 100 000 €.

Les droits de donation s'élèveront par enfant : $(100\,000\text{ €} \times 20\%) - 1806 = 18\,194\text{ €}$ soit pour les trois enfants 54 582 €.

Au décès de Monsieur Jedonnetôt, ses enfants récupéreront un patrimoine de 3 000 000 € (probablement augmenté d'une plus-value) pour un coût de 1,82 % (à comparer à la tranche marginale d'imposition de 45 %, ce qui fait une économie potentielle de 1 295 418 € $(3\,000\,000\text{ €} \times 45\%) - 54\,582\text{ €}$)

Remarque :

Il convient d'être conscient des inconvénients d'une transmission précoce. La naissance d'autres enfants postérieurement à la donation-partage fait perdre son caractère partagé à la donation et oblige à faire une nouvelle donation-partage pour allouer les enfants nés tardivement (en incorporant les biens donnés antérieurement) : l'avantage fiscal de la première transmission n'est toutefois pas remis en cause mais oblige à devoir payer des droits de partage de 2,5 % sur les biens réincorporés.

Autre inconvénient d'une transmission précoce : la réversion d'usufruit sur la tête d'un conjoint n'est pas possible si elle n'a pas été prévue dès l'origine, ce qui peut être un inconvénient en cas de mariage postérieurement à la donation.

Option 2 : Donation lorsque le dernier de ses enfants sera majeur c'est-à-dire dans 17 ans

Monsieur Jedonnetôt sera alors âgé de 47 ans.

Son usufruit vaudra 60 %. La nue-propiété taxable sera donc de 40 %.

Ainsi sur un patrimoine transmis de 3 000 000 € la valeur de la nue-propriété transmise sera de 1.200.000 € (contre 600 000 € dans l'hypothèse 1).

En tenant compte du fait que chacun des enfants bénéficie d'un abattement de 100 000 euros sur la part qui lui est transmise, la base taxable par enfant sera uniquement de 300 000 €.

Les droits de donation s'élèveront par enfant : $(300\,000\,€ \times 20\%) - 1806 = 58\,194\,€$ soit pour les trois enfants 174 582 € soit un surcoût par rapport à l'option 1 de 120 000 €.

Au décès de Monsieur Jedonnetôt, ses enfants récupéreront un patrimoine de 3 000 000 € (probablement augmenté d'une plus-value) pour un coût de 5,82 % (à comparer à la tranche marginale d'imposition de 45 %, ce qui fait une économie potentielle de 1 175 418 € $((3\,000\,000\,€ \times 45\%) - 174\,582\,€)$).

4° Tenir compte de la sociologie des familles contemporaines

39. - La famille contemporaine se caractérise par le phénomène des familles recomposées qui peut avoir pour conséquence des paternités tardives et par l'augmentation de l'espérance de vie qui encourage le saut de génération au bénéfice de petits enfants mineurs

40. - La société civile facilite une transmission tardive à des enfants mineurs dans le cadre d'une famille recomposée. - Nous avons vu ci-dessus, l'intérêt fiscal d'une transmission précoce du patrimoine. Cette stratégie touche peu de monde car elle concerne des gens très fortunés qui ont en plus eu la chance de l'être jeunes. Plus communément, les stratégies patrimoniales concernant des personnes plus âgées peuvent concerner des personnes ayant eu des enfants tardivement ou souhaitant faire un saut de génération.

Exemple :

Monsieur Jedonnetard est âgé de 72 ans. Il a un fils, Pierre-Alexis né d'une précédente union et qui est aujourd'hui âgé de 40 ans. Pierre-Alexis, qui est séparé de la mère de ses enfants, est le père de deux enfants âgés de 6 et 10 ans. Monsieur Jedonnetard s'est remarié et a deux enfants de sa nouvelle union qui ont 4 et 12 ans. Il détient depuis plus de 30 ans un immeuble de rapport d'une valeur de 6 000 000 euros qu'il souhaite transmettre à ses enfants. Pierre-Alexis lui a indiqué qu'il n'avait pas besoin de cette donation et qu'il souhaitait que cela revienne à ses propres enfants : il est d'accord pour que sa part soit transmise à ses propres enfants (sans réserve d'usufruit à son profit) dans le cadre d'une donation-partage transgénérationnelle. Monsieur Jedonnetard veut conserver l'usufruit de l'immeuble car il a besoin de revenus pour élever ses deux jeunes enfants. Monsieur Jedonnetard est imposé dans la tranche supérieure de l'impôt sur le revenu et assujéti à l'impôt sur la fortune (et restera assujéti à l'impôt sur la fortune immobilière car il détient d'autres biens immobiliers par ailleurs).

Préalablement à la donation, Monsieur Jedonnetard va faire apport de son immeuble à une SCI. Cet apport se fera en franchise d'impôt de plus-value puisqu'il détient l'immeuble depuis plus de 30 ans et en exonération de droit d'enregistrement puisque la société civile sera soumise à l'impôt sur le revenu. Soucieux d'éviter une coexistence entre son ex-belle fille et son épouse actuelle (en cas de prédécès de lui-même ou de son fils), il a mis en place une cogérance avec l'un de ses neveux, professionnel de l'immobilier et en qui il a toute confiance. Il a par ailleurs nommé son frère tiers administrateur des parts sociales (et à défaut un autre de ses neveux).

Il effectue une donation-partage transgénérationnelle au profit de ses deux petits-enfants et de ses deux enfants tous les quatre mineurs.

Deux options sont possibles :

Option 1 : Il se réserve un usufruit viager

Monsieur Jedonnetard étant âgé de moins de 81 ans, son usufruit vaut 30 % soit une nue-propriété qui vaut 70 %.

Pour des biens de 6 000 000 €, la valeur de la nue-propiété est de 4 200 000 € revenant pour chacun de ses enfants à hauteur de 1 400 000 €.

Après application des abattements^{Note 49}, les droits de donation s'élèvent

Pour chacun des petits enfants :

$$700\,000 - 31.865 = (668\,135 \times 30\%) - 57\,038 \text{ €} = 143\,402 \text{ €}$$

Pour chacun des enfants :

$$1\,400\,000 - 100\,000 = (1\,300\,000 \times 40\%) - 147\,322 = 372\,678 \text{ €}$$

Le total des droits de mutation s'élève à 1 032 160 €

Option 2 : Il se réserve un usufruit temporaire jusqu'aux 18 ans de son dernier enfant

Son dernier enfant ayant 4 ans il se réserve un usufruit temporaire pour 14 ans.

Selon le barème de l'article 669 du CGI, l'usufruit constitué pour une durée fixe est estimée à 23 % de la valeur de la propriété entière pour chaque période de dix ans de l'usufruit, sans fraction et sans égard à l'âge de l'usufruitier.

Ainsi son usufruit temporaire est estimé à 46 %, soit une valeur de nue-propiété de 54 %.

Pour des biens de 6 000 000 €, la valeur de la nue-propiété est de 3 240 000 € revenant pour chacun de ses enfants à hauteur de 1 080 000 €.

Après application des abattements^{Note 50}, les droits de donation s'élèvent.

Pour chacun des petits-enfants :

$$540\,000 - 31\,865 = (508\,135 \times 20\%) - 1\,806 \text{ €} = 99\,821 \text{ €}$$

Pour chacun des enfants :

$$1\,080\,000 - 100\,000 = (980\,000 \times 40\%) - 147\,322 = 244\,678 \text{ €}$$

Le total des droits de mutation s'élève à 688 998 € soit une économie de 343 162 € par rapport à l'option 1.

Cette solution a également pour avantage de procurer des revenus aux enfants et aux petits enfants dans 14 ans et de pouvoir bénéficier ainsi du différentiel d'imposition tant au niveau de l'impôt sur le revenu que de l'impôt de solidarité sur la fortune. ■

..Egalement dans ce dossier : articles 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23

Note 1 G. Baffoy, *La société civile : un trust à la française* : RFP 2007, étude 15, n° 7-8.

Note 2 Il n'est obligatoire que si la société dépasse, à la clôture de l'exercice deux des trois seuils suivants : 2 000 000 euros de chiffre d'affaires hors taxes, 1 000 000 euros de total bilan, effectif moyen de 20 salariés.

Note 3 Cass. 1re civ., 14 juin 2000, n° 98-13.660 : *JurisData* n° 2000-002469.

Note 4 Cass. 3e civ., 28 sept. 2005, n° 04-14.756 : *JurisData* n° 2005-030156 ; *JCP N* 2005, n° 49, 1492, note J.-P. Garçon.

Note 5 V. n° 18.

Note 6 Pour des ex. V. M. Clermont, *Le mineur et la société civile : Actes prat. strat. patrimoniale 2008*, n° 3, dossier 13. : « La seule problématique qui prévaut aujourd'hui est celle de l'absolue protection des mineurs, une protection dont on sait que la loi seule ne l'assure pas ».

Note 7 Cass. 1re civ., 1er juill. 2003, n° 01-00.563 : *JurisData* n° 2003-019698 ; *Dr. sociétés* 2004, comm. 6, obs. Fr.-X. Lucas.

Note 8 A. Cathelineau-Roulaud *Effets de la réglementation des incapacités sur les sociétés : JCP N* 2010, n° 37-38, 1275.

Note 9 Il en est ainsi de la détermination du vote sur les points suivants : reprise des apports ; modification des statuts ; prorogation et dissolution de la société ; fusion ; scission ; apports partiels d'actifs ; agrément d'un associé ; augmentation et réduction de capital ; changement d'objet social ; emprunt et constitution de sûreté ; vente d'un élément d'actif immobilisé ; aggravation des engagements des associés.

V. J.-Fr. Desbuquois et Cl. Farge, *Focus sur les pouvoirs de l'administrateur légal en matière bancaire d'instruments financiers et de droits sociaux : Actes prat. strat. patrimoniale 2017*, n° 3, dossier 18.

Note 10 La convocation doit être adressée par lettre recommandée au moins 15 jours avant la date de la réunion. Pour le calcul du délai de 15 jours, la jurisprudence considère que le jour d'envoi de la convocation n'est pas compté mais que le jour de tenue de l'assemblée est compté. En revanche la date de réception n'est pas prise en compte (*Cass. ch. mixte*, 16 déc. 2005, n° 04-10.986 : *JurisData* n° 2005-031451 ; *JCP E* 2006, 1348, n° 9, note M. Domingo ; *Dr. sociétés* 2006, comm. 36, note Fr.-X. Lucas).

Note 11 Cass. 3e civ., 21 oct. 1998, n° 96-16.537 : *JurisData* n° 1998-003937 ; *RJDA* 1998, n° 1371.

Note 12 L'administrateur légal pourrait engager sa responsabilité sur la base de l'article 386 du Code civil. On rappellera que l'administrateur légal est tenu de respecter des principes de prudence, diligence, responsabilité et absence de conflit d'intérêt.

Note 13 Cass. com., 8 févr. 2005, n° 03-19.167.

Note 14 Cass. 3e civ., 27 oct. 1975, n° 74-11.656 : *JurisData* n° 1975-098310.

Note 15 J. Combret et N. Baillon-Wirtz, *Quand modernisation rime avec confusion : l'administration légale selon l'ordonnance du 15 octobre 2015 : JCP N* 2015, n° 50, 1238. – N. Peterka, *Déjudiciarisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs : JCP G* 2015, doct. 1160.

Note 16 V. n° 26 et 27.

Note 17 Cass. 1re civ., 17 mai 2017, n° 15-24.840 : *JurisData* n° 2017-009378 ; *JCP N* 2017 n° 1235.

Note 18 Sous le régime en vigueur à l'époque cette autorisation était requise en cas d'administration légale sous contrôle judiciaire.

Note 19 Au moment de l'immatriculation de la société, le greffier dans le cadre de son contrôle de régularité, s'assure que le mineur est correctement représenté et que les autorisations nécessaires ont été obtenues (*Avis de coordination RCS* n° 2013-010, 27 mars 2013).

Note 20 D. n° 2008-1484, 22 déc. 2008, art. 2 al. 3.

Note 21 V. toutefois la solution préconisée n° 18.

Note 22 A. F Zattara-Gros *Le mineur en société après l'ordonnance du 15 octobre 2015 : danger patrimonial ou sécurité patrimoniale ? : Defrenois* 30 sept. 2016, n° 18, p. 938.

Note 23 Colonne 1 de l'annexe 1.

Note 24 *J. Massip, Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs : Defrénois, 2009, n° 666. – H. Hovasse et A. Gaudemet, Incapacités et société : Actes prat. ing. sociétaire 2012.*

Note 25 *Cass. 3e civ., 18 déc. 2001, n° 00-16.530 : JurisData n° 2001-012364. – Cass. com., 26 févr. 2008, n° 06-21.744 et 06-22.151 : JurisData n° 2008-042949 ; JCP N 2008, n° 1253, note J.-P. Garçon ; Dr. sociétés 2008, comm. 149, note R. Mortier À l'inverse, la vente d'un actif social peut excéder l'objet si celui-ci ne vise que l'achat de biens (Cass. 3e civ., 23 oct. 2013, n° 12-22.720).*

Note 26 *L. Waitzenegger et P. Bleher, Note pratique sur les autorisations nécessitées par la présence d'un associé mineur lors de la vente d'un actif immobilisé par la SCI.*

Note 27 *V. n° 18*

Note 28 *Cass. 3e civ., 28 sept. 2005, n° 04-14.756 : JurisData n° 2005-030156 ; JCP N 2005, n° 49, 1492, note J.-P. Garçon. – H. Hovasse et A. Gaudemet, Incapacités et société : Actes prat. ing. sociétaire 2012, n° 123, dossier 3.*

Note 29 *Cass. 1re civ. 16 oct. 1990, n° 87-15.467 : JurisData n° 1990-002699 ; Bull. Joly 1990, n° 330, note P. Le Cannu.*

Note 30 *V. n° 17 et s.*

Note 31 Pour éviter une telle situation il suffira de rédiger les statuts de façon à obliger la tenue d'une assemblée générale pour ce type de décision.

Note 32 Cela permet de responsabiliser le gérant puisqu'en cette qualité il est susceptible d'engager sa responsabilité à l'égard de la société pour les fautes commises dans la gestion de la société, pour non-respect des statuts ou pour des infractions commises aux lois et règlements. Il a par exemple été jugé qu'un gérant avait commis une faute de gestion en n'ayant pas pris de mesure à l'encontre d'un locataire ne justifiant pas avoir souscrit une assurance contre les risques locatifs. En effet, la SCI avait subi un préjudice suite à un incendie ayant détruit l'immeuble loué (*CA Angers, 11 déc. 2007, n° 06/02711 : JurisData n° 2007-353287 ; JCP E 2008, 1784*).

Note 33 *A. Bateur et Th. Douville, Présentation critique de la réforme de l'administration légale : D. 2015, p. 2330, n° 22.*

Note 34 Les règles de tenue de la comptabilité d'une société civile étant très souple, on pourrait également prévoir dans les statuts l'obligation d'établir un bilan intermédiaire au jour du décès de l'associé majoritaire.

Note 35 La nécessité de tenir une comptabilité résulte indirectement de l'obligation pour le gérant de rendre compte de sa gestion (*C. civ., art. 1856*). La jurisprudence a pu ainsi considérer que l'abstention de tenir une comptabilité pouvait être une cause légitime de révocation du gérant (pour un ex. : *Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-22.487 : JurisData n° 2014-027138 ; Dr. sociétés 2015, comm. 45, note H. Hovasse, dans une affaire où la société n'avait pourtant aucun revenu*). – Sur les modalités de tenue de la comptabilité d'une société voir notamment *J.-P. Garçon, La comptabilité des sociétés civiles immobilières de gestion : JCP N 1996, n° 49, p. 1707. – Ch. Félix, Précautions à prendre au cours de la vie sociale : JCP N 1998, n° 11, p. 402. – A. Theimer, Comment sécuriser les flux financiers entre une SCI et ses associés ? : JCP E 1999, p. 452. – S. Quillici et Fl. Deboissy, SCI et optimisation fiscale : Actes prat. ing. sociétaire 2008, n° 101, dossier 5*).

Note 36 Il n'y a pas d'obligation de recourir à un commissaire aux comptes à moins que la société civile ne dépasse deux des trois seuils suivants :

- Chiffre d'affaires HT : 3 100 000 € ;
- Total du bilan : 1 550 000 € ;
- Salariés : 50.

Note 37 Certains greffes ont pendant longtemps refusé l'immatriculation à des sociétés comportant de telles clauses se fondant sur un arrêt de la cour d'appel de Paris du 27 février 1997 (*CA Paris, 2 ch. B, 27 févr. 1997, n° 94/015374 : JurisData n° 1997-612659*) qui avait indiqué que la désignation à l'avance de nouveaux gérants au sein d'un clan familial était constitutive d'un abus de majorité. Cette appréciation n'est à notre avis pas fondée notamment si la décision a été prise à l'unanimité (ce qui exclut forcément la notion d'abus de majorité). Il semblerait d'ailleurs que la position des greffes se soit assouplie (*CCRCS, avis n° 2012-010, 23 mars 2012*).

Note 38 *Cass. 1re civ., 6 mars 2013 : JurisData n° 2013-003729. – D. Boulanger L'enfant gratifié, l'administrateur aux biens et la réserve héréditaire : JCP N 2013, n° 18, 1121.*

Note 39 V. M. Nicod, *La désignation d'un tiers administrateur* : Actes prat. strat patrimoniale 2017, n° 3, dossier 21.

Note 40 V. J.-Fr. Desbuquois et Cl. Farge, *Focus sur les pouvoirs de l'administrateur légal en matière bancaire d'instruments financiers et de droits sociaux* : Actes prat. strat patrimoniale 2017, n° 3, dossier 18.

Note 41 V. M. Nicod, *La désignation d'un tiers administrateur* : Actes prat. strat patrimoniale 2017, n° 3, dossier 21.

Note 42 *Sur la comparaison entre mandat posthume et tiers administrateur* V. M. Nicod, préc. note 41.

Note 43 A. Bertin, S. Catoire, C. Daniel, D. Vittori, *Fiducie gestion : un outil de protection et de transmission du patrimoine à une personne vulnérable* : Actes prat. strat. patrimoniale 2016, n° 2, idée nouvelle 2. – S. Lerond et S. Nauleau, *Fiducie et société civile* : Dr. & patr., 2012, p.62.

Note 44 V. JCl. *Ingénierie du patrimoine*, fasc. 1180.

Note 45 Cass. 1re civ., 6 mars 2013, n° 11-21.892 : *JurisData* n° 2013-003727. – Et Cass. 1re civ., 20 nov. 2013, n° 12-25.681 : *JurisData* n° 2013-026113.

Note 46 Cass. com., 22 févr. 2005, n° 03-17.421 : *JurisData* n° 2005-027218 ; JCP N 2005, n° 42, 1428, note J.-P. Garçon ; JCP E 2005, 968, note R. Kaddouch).

Note 47 Cass. com., 4 janv. 1994, n° 91-20.256 : *JurisData* n° 1994-000057 ; JCP G 1994, n° 11, 616 ; Dr. sociétés 1994, comm. 45, note Th. Bonneau ; JCP E 1994, n° 4, 363, chron. A. Viandier et J.-J. Caussain. – Cass. com., 9 févr. 1999, n° 96-17.661 : *JurisData* n° 1999-000568 ; JCP E 1999, 724, note Y. Guyon ; Rev. sociétés 1999, p. 80, note P. Le Cannu ; Dr. sociétés 1999, comm. 67, obs. Th. Bonneau.

Note 48 Néanmoins, on peut se demander si, sur le fondement du droit des biens, (et à l'image de ce qui est prévu pour l'usufruitier), il n'existe pas un bloc de compétence irréductible du nu-proprétaire dont il ne serait pas possible de le priver sous peine de dénaturer son droit de propriété. Si tel était le cas (et sous réserve d'une confirmation par la jurisprudence), il ne serait notamment pas possible de priver de son droit de vote le nu-proprétaire sur les décisions suivantes : réduction de capital, dissolution de la société, transformation de la société...

À propos d'une fusion, la Cour de cassation a toutefois décidé que l'usufruitier de parts sociales, statutairement investi de la totalité du droit de vote ne porte pas forcément atteinte à la substance des titres en votant une fusion (Cass. com., 2 déc. 2008, n° 08-13.185 : *JurisData* n° 2008-046126 ; Dr. sociétés 2009, comm. 46, note M.-L. Coquelet).

On notera que la réforme du droit des obligations, entrée en vigueur le 1er octobre 2016 renforce ce questionnement à la lumière du nouvel article 1170 du Code civil qui indique que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite » (M. Mekki, *Réforme du droit des obligations : clauses et substances de l'obligation essentielle* (C. civ., art. 1170 : JCP N 2016, n° 46, act. 1227).

Note 49 31 865 euros pour chacun des petits enfants et 100 000 euros pour les enfants.

Note 50 31 865 euros pour chacun des petits enfants et 100 000 euros pour les enfants.