

## AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1<sup>er</sup> juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



# THÈSE

En vue de l'obtention du

## DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse 1 - Capitole  
Discipline : Droit privé

---

Présentée et soutenue par :

**Myriam CAZAJUS**

Le 5 décembre 2013

## L'ANTICIPATION DANS LA TRANSMISSION DES ENTREPRISES – ASPECTS CIVILS

---

### JURY

*Madame le Professeur Marie-Hélène MONSÉRIÈ-BON, Directeur de recherche*  
*Monsieur le Professeur Marc NICOD, Président du jury*  
*Monsieur le Professeur Hervé LÉCUYER, Rapporteur*  
*Madame le Professeur Sophie SCHILLER, Rapporteur*

---

**Ecole doctorale :** *École Doctorale Sciences juridiques et politiques*  
**Unité de recherche :** *Centre Droit des Affaires*  
**Directeur de Thèse :** *Madame le Professeur Marie-Hélène MONSÉRIÈ-BON*  
**Rapporteurs :** *Monsieur Hervé LÉCUYER et Madame Sophie SCHILLER*



*L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.*



« Ce n'est pas parce que les choses sont difficiles que nous n'osons pas,  
c'est parce que nous n'osons pas qu'elles sont difficiles »

Sénèque

« Les choses ne changent pas. Change ta façon de les voir, cela suffit. »

Lao-Tseu



## REMERCIEMENTS

J'adresse tout d'abord mes sincères remerciements à Monsieur le Professeur Hervé LÉCUYER et Madame le Professeur Sophie SCHILLER qui m'ont fait l'honneur d'accepter d'être les rapporteurs de mon jury de thèse. Leur avis et leurs commentaires me seront précieux et ce, d'autant qu'ils ont inspiré plusieurs de mes réflexions.

Je souhaite ensuite exprimer ma profonde reconnaissance à Monsieur le Professeur Marc NICOD pour avoir accepté de présider mon jury de thèse et pour m'avoir donné le goût du droit des successions et des libéralités lorsqu'il était mon Professeur en 4<sup>ème</sup> année de droit.

Parce qu'elle a accepté de diriger mes recherches de doctorat et qu'elle a su, sans détour, me montrer mes erreurs et ainsi, me faire progresser dans mon raisonnement, je tiens à témoigner ma gratitude la plus respectueuse à Madame le Professeur Marie-Hélène MONSÉRIÈ-BON. Elle me supporte et m'accompagne depuis mon Master II Droit Fondamental des Affaires dont elle a supervisé mon mémoire de recherche. En m'accordant son soutien, sa confiance et sa disponibilité, elle m'a guidé dans ces travaux ; pour tout cela, je la remercie vivement.

Enfin, mes remerciements s'adressent chaleureusement à mes proches. À ma mère tout d'abord, pour son soutien et son amour inconditionnels. À mon père ensuite, pour sa présence affectueuse.

À Philippe, pour son aide et ses conseils avisés. À ma sœur Cécile, à ma cousine Ama, à Edwige et à Farah, pour leur présence et leurs encouragements. Et enfin, à Marie et à Hélène, mes joyeuses acolytes.



# Sommaire

<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>15</b>
<b>PARTIE I – LA TRANSMISSION ANTICIPÉE DE LA PROPRIÉTÉ.....</b>	<b>55</b>
<b>TITRE I – LA RÉCEPTION MALAISÉE DE L’ENTREPRISE PAR LES TECHNIQUES CIVILISTES DE TRANSMISSION ANTICIPÉE .....</b>	<b>60</b>
<b>Chapitre I – L’approche directe : le contenant limitativement appréhendé.....</b>	<b>65</b>
SECTION I – L’ENTREPRISE INDIVIDUELLE À TRANSMETTRE, PARTIELLEMENT ENVISAGÉE .....	69
SECTION II – L’ENTREPRISE SOCIÉTAIRE TRANSMISE : LA MALADROITE EXTENSION DU DISPOSITIF AUX DROITS SOCIAUX.....	78
<b>Chapitre II – L’approche indirecte : le contenu systématisé par la notion d’état .....</b>	<b>95</b>
SECTION I – UN ÉTAT JURIDIQUEMENT INCERTAIN.....	98
SECTION II – UN ÉTAT ÉCONOMIQUEMENT ATTRACTIF .....	128
<b>TITRE II – L’APPLICATION PROMETTEUSE DES TECHNIQUES CIVILISTES À LA TRANSMISSION ANTICIPÉE DE L’ENTREPRISE .....</b>	<b>153</b>
<b>Chapitre I – L’effet anticipatoire variable des donations .....</b>	<b>157</b>
SECTION I – L’UTILITÉ DES DONATIONS ORDINAIRES .....	158
SECTION II – LES LACUNES DE L’ANTICIPATION DANS LES DONATIONS SUBSTITUTIVES .....	185
<b>Chapitre II – L’adéquation de la donation-partage .....</b>	<b>211</b>
SECTION I – LES PRINCIPES CIVILISTES CONCOURANT À LA MAÎTRISE DE LA TRANSMISSION .....	214
SECTION II – LA REPRISE PAR UN TIERS FAVORISÉE PAR LES DISPOSITIONS DÉROGATOIRES .....	234
<b>PARTIE II – L’ANTICIPATION DE LA TRANSMISSION DE L’ACTIVITÉ .....</b>	<b>247</b>
<b>TITRE I – ANTICIPATION ET CONSERVATION DE LA GESTION PAR LE DÉMEMBREMENT.....</b>	<b>253</b>
<b>Chapitre I – L’opportunité du démembrement de l’entreprise individuelle.....</b>	<b>261</b>
SECTION I – LE MAINTIEN DES MOYENS DE PRODUCTION ASSURÉ .....	263
SECTION II – LA POURSUITE DE L’ACTIVITÉ SAUVEGARDÉE .....	275
<b>Chapitre II – La dualité des effets du démembrement des droits sociaux.....</b>	<b>298</b>
SECTION I – LA SITUATION JURIDIQUE STABILISÉE DE L’ENTREPRISE.....	300
SECTION II – LA SITUATION JURIDIQUE DES PRÉDÉCESSEURS ET REPRENEURS, À PRÉCISER.....	316
<b>TITRE II – ANTICIPATION ET TRANSMISSION DE L’ACTIVITÉ : L’INTERVENTION D’UN INTERMÉDIAIRE.....</b>	<b>353</b>
<b>Chapitre I – Le mandat à effet posthume, un outil à parfaire .....</b>	<b>357</b>
SECTION I – L’ANTICIPATION DU RATTACHEMENT DE L’ENTREPRISE À UNE PERSONNALITÉ JURIDIQUE .....	361
SECTION II – L’ORGANISATION ANTICIPÉE DES POUVOIRS DU MANDATAIRE.....	377
<b>Chapitre II – Proposition d’intégration de la fiducie à l’opération de transmission de l’entreprise.....</b>	<b>403</b>
SECTION I – L’AMÉLIORATION NÉCESSAIRE DE L’INSTITUTION FIDUCIAIRE .....	408
SECTION II – L’INTÉRÊT DU STATUT DE « FIDUCIAIRE » .....	430
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>443</b>
<i>Bibliographie .....</i>	<i>451</i>
<i>Index alphabétique.....</i>	<i>513</i>
<i>Table des matières.....</i>	<i>523</i>



# LISTE DES ABBREVIATIONS

Act. Prat.	Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire <sup>7</sup>
AJDA	Actualité Juridique Droit des Affaires
AJDF	Actualité Juridique Droit de la Famille
AJDI	Actualité Juridique Droit Immobilier
AJPI	Actualité Juridique de Propriété Immobilière
Ann. Dr.com.	Annales de Droit commercial
Ann. Loyers	Annales des loyers
Art.	Article
aug.	Augmentée
ass. plé.	Assemblée plénière
BCF	Bulletin des conclusions fiscales
BGFE	Bulletin de Gestion Fiscale des Entreprises
BJE	Bulletin Joly Entreprises en difficulté
BJS	Bulletin mensuel d'information des Sociétés Joly
Bull. fisc.	Bulletin fiscal Francis Lefebvre
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cah. Dr. Ent.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. Req.	Chambre des Requêtes de la Cour de cassation
CC	Conseil Constitutionnel
CCC	Contrats Concurrence Consommation
c.civ.	Code civil
c.com.	Code de commerce
CE	Conseil d'État
ch.	Chambre
Civ. 1 <sup>ère</sup>	Première chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2 <sup>ème</sup>	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3 <sup>ème</sup>	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
CCI	Chambre du commerce et de l'industrie
<i>Cf.</i>	<i>Confer</i>
ch.	Chambre
chron.	Chronique
CGI	Code Général des Impôts
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	Commentaire
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
c.rur.	Code rural

dactyl.	Dactylographié
doct.	Doctrine
Coll.	Collection
D.	Recueil Dalloz Sirey
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
DJF	Décideurs Juridiques et Financiers
DH	Dalloz Hebdomadaire
DP	Dalloz Périodique
Dr. Fam.	Droit de la famille
Dr. Fisc.	Droit Fiscal
Dr. et Patr.	Droit et Patrimoine
Dr. Soc.	Droit des Sociétés
éd.	Édition
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Impr.	Imprimerie
J.-Cl.	Juris-classeur
JCP E	La Semaine Juridique Édition Entreprises
JCP G	La Semaine Juridique Édition Générale
JCP N	La Semaine Juridique Édition Notariale
HS	Hors-Série
LPA	Les petites affiches
LH PG	Lexbase Hebdo – Édition Privée Générale
n.	Nouvelle
n°	Numéro
n.b.p.	Note de bas de page
NF	Les Nouvelles Fiscales
<i>op. cit.</i>	Opus citatum
Op. Fin.	Option Finance
ouvr. préc.	Ouvrage précité
prat.	Pratique
préc.	Précité
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
rapp.	Rapport
recom.	Recommandation
RDF	Revue Droit Fiscal
Rép. civ.	Répertoire de Droit civil
Rev. Cont.	Revue des contrats
Rev. Dr. banc.	Revue Droit bancaire et financier
Rev. Dr. fam.	Revue de Droit de la famille
Rev. Dr. rur.	Revue de droit rural
Rev. éco. fin.	Revue d'Économie Financière
Rev. Loy.	Revue des loyers et des fermages
Rev. Soc.	Revue des Sociétés
RFN	Revue Fiscale Notariale Ed. JurisClasseur
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RJC	Revue de Jurisprudence Commerciale
RJPF	Revue Juridique Personnes et Famille
RLDA	Revue Lamy Droit des Affaires
RLDC	Revue Lamy Droit Civil

RPC	Revue des Procédures Collectives
RTDciv.	Revue Trimestrielle de Droit civil
RTDcom.	Revue Trimestrielle de Droit commercial
RTDimm.	Revue Trimestrielle de Droit immobilier
sect.	Section
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SAS	Société par actions simplifiées
SCA	Société en commandite par actions
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
somm.	Sommaire
spé.	Spécial
sup.	Supplément de numéro
t.	Tome
TA	Tribunal administratif
Tciv.	Tribunal civil
TGI	Tribunal de grande instance
th.	Thèse
vol.	Volume
V.	Voir



# INTRODUCTION

**1. Le temps.** Au commencement, il est une certitude : le temps s'écoule inexorablement. Classiquement, il convient de l'opposer à la durée qui permet de fixer la chronologie de différents événements et les périodes qu'ils déterminent. Dans ce rapport antagoniste, le temps serait la donnée de la science alors que la durée serait celle de la conscience. N'est-ce pas le postulat de BERGSON dans son *Essai sur les données immédiates de la conscience*, lorsqu'il décrit que « [s]i tous les mouvements de l'univers étaient uniformément accélérés, bien mieux : si, à la limite, une rapidité infinie resserrait le successif dans l'instantané, aucune formule scientifique ne serait modifiée. Cette situation fictive fait bien sentir que le temps de la science n'est pas celui de l'existence »<sup>1</sup> ? Quoique dissociables, le temps et la science se confondent. L'un se nourrit de l'autre pour exister. Or, l'existence n'est-elle pas le simple fait d'avoir une réalité dans le temps et dans l'espace ? En ce sens, l'Homme œuvre à la manifestation de sa réalité par le biais de sa pensée. DESCARTES n'en avait-il pas ainsi déduit la formule universellement reconnue : « je pense donc je suis ». Dans le même sens, le droit, pris en tant que science, « est », parce que le temps permet à la pensée de le constater. Réciproquement, le temps « est », parce que certains phénomènes, tel le droit, existent pour se manifester en lui. Ainsi, droit et temps s'interpénètrent. Mais cette relation du temps au droit et du droit au temps ne se limite pas à prendre acte de cette interaction. Il en est ainsi lorsque le droit ne se satisfait plus de cet écoulement lancinant et décide de s'en emparer pour le dominer. Tel est notamment l'objet de l'anticipation. Mais pour appréhender ce phénomène en tant que concept juridique, il importe au préalable de définir ce que représente le temps.

Monsieur BARREAU se réfère à l'univers pour préciser sa conception du temps. Le temps serait une « dimension » de l'univers et il en serait aussi une « propriété »<sup>2</sup>. Le temps-dimension se fait jour au quotidien. Il permet de mesurer les activités de chacun. L'horloge est

---

<sup>1</sup> Henri BERGSON, *Essai sur les données immédiates de la conscience*, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 23.

<sup>2</sup> Hervé BARREAU, *Le temps*, PUF, 4<sup>ème</sup> éd., Coll. Que sais-je ?, 2010.

son instrument de prédilection. Le temps-propriété est plus abstrait. Il ne faut pas donner au terme de « propriété » sa signification juridique ; il doit être entendu comme synonyme de « qualité propre de la chose », de particularité. L'univers comprend le temps. Le temps est donc à la fois « dimension » et « propriété » de l'univers. Cela rejoint l'idée de KANT selon laquelle « le temps est donné (...) *a priori* »<sup>3</sup>. Ce postulat célèbre indique que le temps préexiste à toute chose. L'espace est d'ailleurs analysé de la même manière, en tant que propriété, mais aussi en tant que dimension de ce même univers. Sans temps, sans espace, préexistants, la vie ne saurait être ; mais sans la vie, le temps et l'espace n'auraient aucune utilité, en conséquence de quoi, il ne « seraient » pas davantage. Ainsi, temps et espace, propriétés de l'univers, servent aussi à mesurer la vie qui les anime et redeviennent des dimensions. Le temps, propriété, devient par le fait de l'homme une dimension au moyen de laquelle il peut appréhender l'idée de temps. C'est ainsi que notions et concepts naissent. Sont des repères du temps : le jour, le mois, l'année, la durée, le moment, l'instant... Le temps est donc propriété et/ou dimension et la théorie du parallélisme de BERGSON<sup>4</sup> prend ici tout son sens : les théories opposées se rejoignent, se confondent, puis s'opposent à nouveau pour mieux se compléter. « Temps » et « espace » sont alors consubstantiels à toute chose et, par conséquent, bien sûr, au droit.

**2. Le temps, inhérent au droit.** Le temps et l'espace sont donc les deux composantes qui permettent au droit d'exister et d'évoluer. Les temps et les champs<sup>5</sup> sont les parties du temps et de l'espace, isolées par l'homme afin qu'il soumette à son étude tel sujet ou tel objet, subissant leurs effets. Le temps s'inscrit dans les champs et, inversement, les champs s'inscrivent dans le temps. Le temps et l'espace du droit sont à sa source ; les temps et les champs du droit permettent de le cerner, de l'expliquer, de le comprendre et d'en anticiper les évolutions. « Temps » et « espace » du droit sont alors fréquemment sollicités et placés au cœur de problématique(s) les plus variées. Le droit est l'une de ces disciplines qui appréhende ces deux « dimensions-propriétés ». L'espace du droit étant relativement enfermé par les lois, aussi, reste-t-il le temps à l'esprit pour occuper ses pensées.

---

<sup>3</sup> Emmanuel KANT, *Critique de la raison pure*, Traduction inédite et présentation d'Alain RENAULT, Aubier, 2007, p. 126.

<sup>4</sup> V. Henri BERGSON, *Matière et mémoire*, Flammarion, 2012, p. 28.

<sup>5</sup> Les champs sont des divisions de l'espace, comme les périodes sont celles du temps. Les premières représentent aussi bien les parcelles de l'espace géographique que les divisions de l'espace du droit qui les nomme classiquement champs d'application.

Le temps mobilise l'esprit du juriste qui, pour y inscrire sa pensée, prend le soin d'en mesurer toute la portée. Le temps de l'intellectuel devient un concept représentatif d'une fiction tendant à le préciser. Selon KANT, « le temps est une représentation nécessaire qui joue le rôle de fondement pour toutes les intuitions. On ne peut à l'égard des phénomènes en général, supprimer le temps lui-même, bien que l'on puisse assurément tout à fait bien soustraire du temps les phénomènes. Le temps est donc donné *a priori*. C'est en lui seulement que toute l'effectivité des phénomènes est possible »<sup>6</sup>. Les phénomènes se révèlent ainsi dans le temps ; il les génère. Certains lui sont extrinsèques, c'est-à-dire qu'ils sont mesurés dans le temps au regard de son écoulement, mais ne lui sont pas inhérents. Pourront ainsi être comparées plusieurs situations juridiques successives et totalement indépendantes afin de dégager un mouvement du droit, une tendance issue de l'utilisation du droit par les hommes, telle la standardisation (en droit des contrats<sup>7</sup>) ou la contractualisation (des procédures collectives<sup>8</sup>, des groupes de sociétés<sup>9</sup>, de la famille<sup>10</sup> ou des droits fondamentaux<sup>11</sup>). D'autres lui sont intrinsèques, ils émanent de l'idée même de temps. Ils sont mesurables sur la durée, selon des repères chronologiques placés sur un axe permettant de les conceptualiser, telle l'anticipation. Les situations juridiques pourront être comparées ultérieurement, mais l'anticipation est ici repérée relativement à une seule et même situation juridique.

Le temps se subdivise alors en instants, repères temporels sur la « flèche du temps » qui déterminent ainsi différentes situations juridiques successives à comparer (phénomène extrinsèque) ou qui retracent l'évolution d'une seule situation juridique (phénomène intrinsèque). Ce fractionnement permet de conceptualiser l'idée de temps, tel qu'a pu l'exprimer Monsieur OST. Selon lui, « le temps se construit : littéralement, il se « temporalise ». C'est pourquoi, si l'on peut « donner le temps (...), on peut aussi le « prendre », le « passer », le « perdre », le « trouver », le « tuer », le « gagner », le « remonter »... Le concept de temporalisation nous servira à penser cette institution sociale

---

<sup>6</sup> Par ces propos, l'auteur souligne la nature des phénomènes à se révéler dans le temps. In Emmanuel KANT, *op. cit.*, p. 126.

<sup>7</sup> Claire SERLOOTEN, *La standardisation en droit des contrats*, th. Toulouse 1, ANRT, 2010.

<sup>8</sup> Cf. Olivier TIQUANT, *La contractualisation des procédures collectives*, th. Paris 1, ANRT, 2002.

<sup>9</sup> Cf. Laurent DU JARDIN, *Un confort sous-estimé dans la contractualisation des groupes de sociétés : la lettre de patronage*, th. Louvain, Préface de François T'KINT, Bruylant, 2001.

<sup>10</sup> Cf. *La contractualisation de la famille* – Actes du colloque, 3 et 4 février 2000, Université Paris-Sud, Economica, 2001.

<sup>11</sup> Cf. Ruth DIJOUX, *Contractualisation des droits fondamentaux*, L'Harmattan, 2012.

du temps. Un temps qui ne demeure plus extérieur aux choses, comme un contenant formel et vide, mais participe de leur nature même »<sup>12</sup>.

**3. Du Temps en droit à l'anticipation.** Le droit intègre la notion de temps et ce, de différentes manières. Formalisé sous nombre d'aspects, il donne lieu à la consécration de notions et de concepts juridiques dans le but d'expliquer la situation juridique des personnes et des choses, tout comme leur évolution. Il en est ainsi des délais et du point de départ de leur computation, de la rétroactivité et assurément de l'anticipation. Selon Monsieur OST, le droit est anticipation ; il écrit : « avant tout, le droit est œuvre d'imagination, solution à un problème inédit, idée directrice (*directum*, droit) anticipant un état des choses possibles et désirables »<sup>13</sup>. L'appréhension de l'anticipation par le juriste semble ainsi fournir des lunettes au myope de BERGER lorsqu'il explique que « la première difficulté que nous rencontrons pour explorer le futur est notre manque d'imagination, la faiblesse de notre faculté représentative. Comme des myopes devant un paysage, nous devinons péniblement le contour des collines, la silhouette des arbres, la masse confuse des montagnes, mais sans perspective, sans profondeur, sans appréciation des distances, sans identification des objets. Aussi, comme le myope, ne regardons-nous guère ce paysage que nous distinguons mal. Jusqu'au jour où nous nous procurons des lunettes d'approche qui, à la fois, corrigent le défaut de notre vision, et mettent le paysage à notre portée »<sup>14</sup>. L'anticipation tend donc à être appréhendée par le juriste et, plus largement, par le scientifique puisqu'elle lui permet d'examiner le phénomène qu'il soumet à son étude.

**4. L'anticipation et les sciences.** L'anticipation ouvre le champ des possibles à l'homme qui peut en user pour privilégier ou propulser la formation de telle ou telle situation juridique. Induisant l'idée d'une appréhension du *temps futur*, l'anticipation semble être le concept permettant à l'Homme de façonner le *temps futur* dans le *temps présent*. Substantif du verbe « anticiper », verbe d'action, « l'anticipation » suggère une action qui s'inscrit dans le temps : à un moment donné qu'il soit instantané ou continu. Ce terme exprime pour le moins l'idée d'une *action antérieure* à la réalisation d'un *évènement futur* : une personne anticipe *par rapport* à quelque chose (qui va arriver) ou *sur* quelque chose (qui va se produire). « L'anticipation » est alors repérée et analysée dans tout domaine scientifique. Elle fascine en premier lieu, car « l'avenir est multiple, plusieurs futurs sont possibles et le chemin qui mène

---

<sup>12</sup> François OST, *Le temps du droit*, O. Jacob, 1999, p. 12.

<sup>13</sup> François OST, *op. cit.*, p. 184.

<sup>14</sup> Gaston BERGER, *Phénoménologie du temps et prospective*, PUF, 1964, p. 213.

à tel ou tel avenir n'est pas forcément unique »<sup>15</sup> ; le destin serait alors affaire de choix et d'actions. L'anticipation tend ensuite à l'analyse, afin que le scientifique puisse l'appréhender et l'utiliser aux fins d'atteindre des objectifs prédéterminés. C'est ainsi que les sciences sociales, notamment, l'examinent.

**5. L'anticipation au cœur des sciences sociales.** Il n'y a pas lieu ici de répertorier chacune des manifestations de l'anticipation dans tous les domaines scientifiques. Quelques illustrations permettront néanmoins de souligner l'expansion de ce phénomène pour en jauger l'attractivité. Connue en psychologie sociale, notamment en sciences de l'organisation et plus spécifiquement lors de l'étude des comportements organisationnels, l'anticipation est considérée comme « l'un des processus majeurs du développement humain »<sup>16</sup>. La raison en est certainement que « l'avenir constitue un progrès par rapport au présent ; il opère comme temps valorisé (...) ; le futur idéal, sert de guide à l'action »<sup>17</sup>. Le rêve d'un *avenir* meilleur encourage à l'atteindre par des actions dans le *présent*. « Phénomène psycho-social »<sup>18</sup> en psychologie, « phénomène social »<sup>19</sup> en sciences économiques, la place importante que consacrent les analyses keynésiennes à l'anticipation en révèle l'importance quant aux comportements des agents économiques. Utilisée en économie politique, elle initie des théories, telle celles des *anticipations adaptatives* et des *anticipations rationnelles*<sup>20</sup>. En comptabilité aussi le concept d'anticipation gouverne, occasionnant des obligations comptables prévisionnelles. En sciences de gestion, l'analyse du futur « permet d'identifier les risques et opportunités qui se présentent pour l'entreprise, de définir les enjeux et les défis qui se posent à elle de façon à déterminer son avenir souhaité et à l'intégrer dans le projet d'entreprise »<sup>21</sup>. En droit enfin, le concept se développe et irrigue peu à peu toutes les matières juridiques.

---

<sup>15</sup> Michel GODET, *De l'anticipation à l'action*, Préface de Jean-Louis BEFFA, Dunod, 1991, p. 40.

<sup>16</sup> Philippe GABILLIET, *Les conduites d'anticipation – Des modèles aux applications*, L'Harmattan, Coll. Prospective, 2008, p. 13.

<sup>17</sup> François OST, « Les multiples temps du droit », *In Le droit et le futur — Colloque 3, 4 et 5 novembre 1983*, Paris – Association française de philosophie du droit, Paris II, PUF, 1985, p. 115, v. p. 121, *in fine*.

<sup>18</sup> Philippe GABILLIET, *op. cit.*, p. 25.

<sup>19</sup> Philippe GABILLIET, *op. cit.*, p. 43.

<sup>20</sup> Ces deux théories soutiennent respectivement que les anticipations résultent de l'unique observation des variables passées ou encore de celle-ci cumulée « aux altérations [des] représentations individuelles de l'avenir » (Philippe GABILLIET, *op. cit.*, p. 45) par l'Homme.

<sup>21</sup> Michel GODET, *op. cit.*, p. 30. V. n.b.p. n° 15.

**6. L'anticipation au cœur des sciences juridiques.** Selon Monsieur TERRÉ, l'origine de l'anticipation en droit devrait être cherchée du côté des sûretés. Il rappelle que « l'histoire des garanties et des sûretés, personnelles ou réelles – cautionnement, gage..., – est celle d'une pénétration progressive du futur juridique, illustrée notamment par l'évolution du droit romain et le développement de l'usage du futur dans les formules du droit »<sup>22</sup>. Effectivement, le fondement du droit des sûretés est bien l'anticipation des risques d'impayés. Et si l'anticipation doit être issue du droit des sûretés, l'on remarque aujourd'hui qu'elle est présente dans toutes les branches du droit.

Le concept se développe tout d'abord en droit civil. En droit de la famille, la technique des donations-partages offre l'opportunité d'un partage anticipé prévenant tout conflit familial *post mortem*. Le droit des personnes l'appréhende aussi au travers de la maxime latine *infans conceptus*<sup>23</sup> qui édicte le principe selon lequel l'enfant conçu sera considéré comme né chaque fois qu'il en ira de son intérêt, si toutefois les conditions subséquentes d'un enfant né vivant et viable viennent à être réunies. La personnalité juridique de l'enfant sera acquise par anticipation ou rétroactivement<sup>24</sup>, tout dépend de la circonstance donnant lieu au recours à cette théorie. Lorsque l'on y recourt pour permettre à un enfant né d'un parent prédécédé d'hériter de ce dernier, il l'acquiert rétroactivement. Lorsqu'au contraire une personne contracte une assurance-vie au profit d'un enfant à naître, la personnalité juridique est acquise par anticipation.

Le droit des affaires s'approprie également ce concept au sein de ses différents champs d'action. En droit commercial par exemple, l'indemnité d'éviction issue du régime protecteur du droit des baux commerciaux tend pour le locataire à anticiper le risque de rupture du bail et, partant, la réparation du préjudice qu'il subit. Les pactes de préférence du droit des sociétés ont aussi une vocation anticipatoire en matière de cessions de titres, afin de prévenir les risques de déséquilibre des participations ; les actes pris au nom de la société en formation sont une anticipation du transfert des responsabilités des associés vers la personne morale ainsi qu'une anticipation de l'acquisition de la personnalité juridique par la personne morale. Le concept s'est par ailleurs développé en droit des entreprises en difficulté. Tout d'abord,

---

<sup>22</sup> François TERRÉ, « Une synthèse », In *Le droit et le futur – Association française de philosophie du droit, Paris II – Colloque – 3 – 4 et 5 novembre 1983 – Paris*, PUF, 1985, p. 1, V. p. 3.

<sup>23</sup> *Infans conceptus pro nato habetur quoties de comodo ejus agitur.*

<sup>24</sup> V. sur cette différence d'appréciation : Xavier LABBÉ, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Septentrion, 2012, p. 66 et 241.

l'anticipation a été instaurée comme moyen amiable de résolution des difficultés des entreprises, à compter de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984<sup>25</sup> instituant la procédure de règlement amiable, accompagnée de la pratique du mandat *ad hoc*, toutes deux visant à prévenir l'état de cessation des paiements. Elle a récemment pénétré les procédures judiciaires avec l'élaboration de la procédure de sauvegarde par la loi du 26 juillet 2005<sup>26</sup>.

Mais au-delà du droit civil et du droit des affaires, le concept d'anticipation irrigue l'ensemble des matières juridiques. Le droit du travail l'instrumentalise au travers de la consécration du document unique d'évaluation des risques que l'entreprise a l'obligation de rédiger, œuvrant ainsi dans le sens d'une prévention des risques professionnels. De même, en droit des assurances, le fondement du contrat d'assurance n'est-il pas l'anticipation partagée des risques d'accidents aléatoires ? En droit processuel, les clauses compromissoires permettent également d'encadrer la gestion de futurs litiges. Le principe de précaution du droit de l'environnement tend, quant à lui, à prévenir les risques de dommages graves et irréversibles causés à l'environnement et anticipe les modalités de réparation de ces dommages à venir. En droit pénal enfin, alors qu'il n'était reconnu aux sanctions qu'un caractère punitif, les mesures de sûreté présentent désormais un caractère préventif des risques de récidives.

L'anticipation ne se développe d'ailleurs pas uniquement au sein du droit privé ; elle franchit les obstacles habituellement dressés entre les deux ordres juridiques. En droit administratif tout d'abord, plusieurs mécanismes visent à anticiper la rupture de la continuité du service public. En résulte notamment l'obligation des agents publics de déposer un préavis de grève au moins « cinq jours francs avant le déclenchement de la grève »<sup>27</sup>. De même, la police administrative<sup>28</sup> recouvre-t-elle l'ensemble des mesures et des activités qui ont vocation à prévenir la survenance de troubles à l'ordre public (mesures aussi bien matérielles, comme les rondes effectuées par les agents administratifs de sécurité, que juridiques, comme l'adoption d'actes visant à réglementer la circulation). En droit constitutionnel, elle peut aussi être repérée. Dans l'article 16 de la Constitution, par l'attribution de pouvoirs exceptionnels au Président de la République, le pouvoir constituant anticipe la gestion de circonstances

---

<sup>25</sup> Loi n° 84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises.

<sup>26</sup> Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

<sup>27</sup> Cf. Art. 3, Loi n° 63-777 du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics.

<sup>28</sup> V. en ce sens : CE, sect., 11 mai 1951, *consorts Baud*, Recueil Lebond, p. 205 ; TC, 7 juin 1951, *consorts Noualek*, Recueil Lebond, p. 636.

exceptionnelles menaçant « les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux »<sup>29</sup>.

Il en résulte que « [l]e futur s'est (...) introduit dans les diverses sphères du droit. Il est considéré désormais comme consubstantiel à celui-ci. On dit qu'il y avait à cet égard une fatalité du futur. L'expression est équivoque. Fatalité de son insertion ? Fatalité de ses effets, proches ou lointains, médiats ou immédiats, prévisibles ou imprévisibles ? Toujours est-il qu'en vertu de sa nature propre, le droit est constamment contraint d'anticiper »<sup>30</sup>. Le fer de lance de l'anticipation en droit est la prévention des risques, comme le suggèrent les énonciations précédentes. La sécurité anime ce concept. La cause de l'anticipation est donc là : prévenir tel ou tel risque prédéterminé, assurer davantage de sécurité aux personnes et aux biens. Mais la cause ne suffit pas à cerner un concept. Il faut au préalable en déterminer la nature. Pour ce faire, il convient de commencer à préciser ce qu'est l'anticipation en droit. Le retour au postulat considérant qu'une action est inhérente à toute anticipation permettra d'en préciser les contours.

**7. L'anticipation : un phénomène juridique.** L'anticipation instaure un rapport direct entre le *présent* et le *futur*. Elle se manifeste lorsqu'une action dans le *présent* a des conséquences dans le *futur* ; mais l'anticipation n'est pas exactement là, elle se présente lorsque cette action du *présent* a vocation à orienter le *futur*. Elle permet une emprise certaine sur le *futur* par une action dans le *présent*. Elle est ainsi un outil permettant de transformer le *futur* donné en un *futur* choisi. Monsieur OST explique ce rapport entre *temps présent* et *temps futur*, selon la personne qui l'envisage. Selon lui, « [i]l est assurément différentes façons de se rapporter au futur : l'auteur de science-fiction s'y rapporte par l'imagination, l'investisseur économique par le pari spéculatif ; pour le croyant, l'avenir est affaire de foi et d'espérance, tandis que pour l'homme politique il est l'objet de calculs stratégiques et d'options tactiques »<sup>31</sup>. Le juriste utilise la prospective ; l'anticipation est l'une de ses résultantes. Le concept d'anticipation tend ainsi à mobiliser la réflexion du juriste. Si l'anticipation est un phénomène social ou psycho-social, lorsqu'elle est étudiée à travers le prisme de la sociologie ou de la psychologie, elle doit, en droit, revêtir la qualification de phénomène juridique.

---

<sup>29</sup> Cf. Art. 16 de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République.

<sup>30</sup> François TERRÉ, *op. cit.*, p. 8 et 9.

<sup>31</sup> François OST, « La promesse : engager le futur », *op. cit.*, p. 165. V. n.b.p. n° 12.

L'anticipation est donc un phénomène, un « fait naturel constaté, susceptible d'étude scientifique et pouvant devenir un sujet d'expérience »<sup>32</sup> ou encore un « fait observé, en particulier dans son déroulement ou comme manifestation de quelque chose d'autre »<sup>33</sup>. C'est précisément le sens de l'anticipation en droit : un fait observé, manifestation dans le temps<sup>34</sup> d'une action, action qui tend à se positionner sur l'*avenir* pour le faire devenir *présent* ou tout au moins pour l'orienter par une action dans le *présent*. Ainsi *présent* et *avenir* sont mis en corrélation dans le concept d'anticipation, comme pouvant interagir l'un sur l'autre, en l'occurrence, le *présent* agissant sur ou influençant l'*avenir*. Phénomène temporel, puisqu'elle est repérée dans l'évolution d'une situation juridique grâce à l'écoulement du temps, l'anticipation en droit est analysée au travers de l'évolution des situations juridiques des personnes et des biens. Certains travaux ont déjà permis de mettre en corrélation « anticipation » et « situations juridiques » relativement à leur formation, notamment ceux menés par Monsieur HALLOUIN.

**8. L'anticipation selon Monsieur HALLOUIN, de source légale uniquement.** Selon la conception de cet auteur, l'anticipation ne saurait trouver de source que dans la loi, mais en aucun cas elle ne pourrait provenir de la volonté individuelle. Elle serait « un mode exceptionnel de formation des situations juridiques »<sup>35</sup>, pour lequel l'acte juridique ne saurait être la source<sup>36</sup>. De plus, un rôle devrait être laissé au futur dans la formation de la situation juridique anticipée. L'anticipation devrait contribuer à la formation d'une situation juridique et non l'anéantir. C'est pourquoi il considère par exemple que les anciens partages d'ascendants ne sauraient être des anticipations de la succession. Il précise que « dans la

---

<sup>32</sup> Larousse, dictionnaire en ligne, « phénomène », 1°.

<sup>33</sup> Larousse, dictionnaire en ligne, « phénomène », 2°.

<sup>34</sup> V. sur ce point : Gaston BERGER, *op. cit.*, p. 115. V. n.b.p. n° 14.

<sup>35</sup> Jean-Claude HALLOUIN, *L'anticipation – Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, th. Poitiers, dactyl., 1979, p. 2.

<sup>36</sup> Il considère que l'anticipation ne saurait ressortir que de la formation de la situation juridique par avance sur le moment auquel elle aurait dû se produire en l'absence d'anticipation (Jean-Claude HALLOUIN, *op. cit.*, V. p. 27). Il écarte alors le rôle des volontés individuelles quant à la formation d'une situation juridique par anticipation. Selon nous, les volontés individuelles peuvent tout à fait anticiper la formation d'une situation juridique sur le moment auquel elle se serait formée en son absence. Si l'on prend l'exemple de la donation-partage d'entreprise, l'absence d'anticipation induit que la reprise de l'entreprise n'aura lieu qu'au moment du partage *post-mortem*. À l'inverse, l'accomplissement d'une donation-partage incluant la donation de l'entreprise permet une reprise immédiate, soit par avance sur le moment normal où elle aurait dû se former. Par le jeu de la volonté individuelle, la situation juridique des personnes et des biens est modifiée et la reprise est anticipée.

présuccession tout se passe au présent. Le futur n'a plus aucun rôle. Le devancement du temps a été poussé trop loin. Il a engendré un nouvel ordre du temps, totalement distinct et autonome de celui qu'il précède. Sans paradoxe aucun, il faut donc affirmer que la situation d'héritier est la situation successorale qui au plus haut point ne peut être formée par anticipation, car lorsqu'elle peut exister avant le décès elle est le signe, non d'une anticipation mais d'une présuccession »<sup>37</sup>.

Cependant, si la situation successorale n'est effectivement pas formée par anticipation, elle n'en reste pas moins anticipée. Au jour de sa réalisation, certains paramètres la conditionnant auront été fixés dans le *passé* et l'encadreront d'autant ; elle *aura* donc bien été anticipée. Quant au partage, il *est* anticipé, car en l'absence de partage d'ascendant, il ne se serait déroulé qu'après l'ouverture de la succession et non du vivant du disposant. « Avoir été anticipé » ou « être anticipé », cette distinction est à considérer.

Si le phénomène décrit par Monsieur HALLOUIN ressort bien de l'anticipation, le concept ne saurait s'y limiter ; il faut aller plus loin en le dotant d'un périmètre plus large. L'anticipation ne saurait être circonscrite aux seules sources légales. Si, d'après lui, l'anticipation « est avant tout un mode de formation des situations juridiques »<sup>38</sup>, elle peut aussi être le moyen de gestion de l'évolution des situations juridiques des personnes et des biens, au service de leur maîtrise. L'anticipation offre l'opportunité à l'Homme d'initier la formation de situations juridiques, d'en modifier le devenir, de les orienter ou de les réorienter, voire même de les anéantir. Sous cet angle, l'anticipation peut trouver sa source dans la volonté individuelle. À côté de la loi, la volonté individuelle pourrait être l'un des faits générateurs de la mise en œuvre de l'anticipation. Une réflexion sur le rôle de la volonté permettra de confirmer cette position.

**9. La volonté, fait générateur du phénomène juridique d'anticipation.** Selon Monsieur PFERSMANN, « la volonté apparaît incontestablement comme l'un des objets premiers de nos systèmes juridiques positifs »<sup>39</sup>. Si l'on suit le raisonnement de Monsieur

---

<sup>37</sup> Jean-Claude HALLOUIN, *L'anticipation – Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, *op. cit.*, p. 221. V. n.b.p. n° 35.

<sup>38</sup> Jean-Claude HALLOUIN, *op. cit.*, p. 3. V. n.b.p. n° 35.

<sup>39</sup> Otto PFERSMANN, « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits – La volonté*, n° 28, 1999, p. 83.

MISRAHI<sup>40</sup>, le droit permet la réalisation d'un désir. Ce désir est dans un premier temps intérieur. La volonté existe mais reste à ce stade inconnue des personnes qui nous entourent, elle est une projection de l'idéal à atteindre. Pour que ce désir devienne réalité, le droit propose les vecteurs de cette volonté, des « véhicules de communication »<sup>41</sup>, afin que celle-ci devienne effective et réalise le désir. La mise en œuvre de la technique juridique « matérialise la pensée, la rend communicable (...) »<sup>42</sup>. La puissance de la volonté est si forte qu'elle permet de trouver un « véhicule » afin de réaliser le désir projeté. Le désir est une « force productrice d'avenir »<sup>43</sup> ; la volonté est le fait générateur des actes juridiques<sup>44</sup> et, par là-même, de nombreuses situations juridiques. Citant JEHRING qui enseignait que la « volonté seule peut donner au droit ce qui constitue son essence : la réalité ; la volonté seule possède une puissance (...) créatrice »<sup>45</sup>, Monsieur HUMMEL explique que « la volonté [est] gouvernée par la loi de la finalité »<sup>46</sup>. Monsieur BIENVENU lui reconnaît lui aussi ce pouvoir créateur initiant la production d'un effet de droit<sup>47</sup>. C'est précisément ce que permet la volonté d'anticiper : trouver un « véhicule » à cette anticipation et gouverner la mise en place d'une situation juridique nouvelle par la production d'effets de droit immédiats.

---

<sup>40</sup> Robert MISRAHI, « Le désir, le droit et la liberté véritable dans la philosophie de Spinoza », *Droits – La volonté*, 1999, n° 28, p. 129.

<sup>41</sup> Marc NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, th. Paris 12, Imp. La Mouette, 2000, p.27, § 70.

<sup>42</sup> Marc NICOD, *op. cit.*, p.25, § 68.

<sup>43</sup> Michel GODET, *De l'anticipation à l'action*, *op. cit.*, p. 13. V. n.b.p. n° 15.

<sup>44</sup> Dans sa thèse intitulée « De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations », soutenue en 1891, René WORMS articule sa démonstration « autour de deux idées forces : faire de la manifestation de volonté, l'unité de base de tous les actes juridiques (...) et pousser en ces ultimes conséquences la force créatrice de la volonté ». In Jean-Jacques BIENVENU, « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », In *Droits n° 28 – La volonté*, 1999, p. 3. Monsieur GRIMALDI reconnaît lui aussi la toute puissance de la volonté de l'homme : « De l'homme, du de cujus, ou de l'héritier, la réforme donne l'image d'un être puissant, fort de sa propriété et sûr de sa volonté. Le de cujus, une fois mort, continue à gouverner et commande ainsi de son tombeau : par des libéralités graduelles, il décide du sort de ses biens sur deux générations ; par un mandat posthume, il désigne le gestionnaire de ses avoirs ; par une libéralité-partage, il décide de la répartition de sa succession ». In Michel GRIMALDI, « Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », In Dossier intitulé : « Premières vues sur la réforme des successions et libéralités (loi n° 2006-728 du 23 juin 2006) », *D. 2006*, p. 2551, §9 *in fine*.

<sup>45</sup> Jacky HUMMEL, « La volonté dans la pensée juridique de Jhering », *Droits – La volonté 1999*, n° 28, p. 71. L'auteur y cite des propos de JEHRING, ci-dessus reproduits.

<sup>46</sup> Jacky HUMMEL, *op. cit.*, p. 77.

<sup>47</sup> Jean-Jacques BIENVENU, *op.cit.*, p. 3.

L'anticipation emporte alors la transformation de la situation juridique des personnes et de leur rôle. Si l'on raisonne sur le rôle du chef d'entreprise sortant (le prédécesseur) : de *passif*, en l'absence d'anticipation (ouverture de la succession et absence de désignation du repreneur), il devient *actif* (acte de libéralité et choix du repreneur anticipé sur l'ouverture de la succession) lorsqu'il opte pour une technique de transmission anticipatoire (libéralités). Le disposant prend alors un autre visage : celui de décideur de l'*avenir*. L'expression de sa volonté permettra la modification de la situation juridique qui avait, jusque là, vocation à être subie. En conséquence, l'anticipation résulte de l'action initiée par une volonté permettant la formation d'une situation juridique immédiate, afin d'éviter la formation d'une situation juridique future qui serait survenue en l'absence d'anticipation.

L'anticipation peut donc aussi trouver sa source dans la volonté individuelle initiant une action et non pas seulement dans la loi ; l'anticipation doit être redéfinie en droit.

**10. Les deux acceptions juridiques du concept d'anticipation.** Le terme appelle en premier lieu une multitude de déclinaisons : « l'anticipation », « par anticipation », « anticipée », « avoir anticipé », « être anticipé », « anticiper ». L'anticipation est avant tout le « fait d'anticiper ». L'étymologie permettra de clarifier les mystères que recouvre le concept. Issue du latin *anticipare*, de *capere* (prendre), *ante* (avant), anticiper signifie « prendre avant ». En droit, cela signifie qu'il conviendra de prendre des dispositions « avant », en l'occurrence avant la formation d'une situation juridique, avant la réalisation d'un événement.

Comme pour l'étude de tout phénomène, l'analyste cherchera à cerner l'anticipation de par ses différents aspects<sup>48</sup>. La différenciation de deux aspects inhérents au phénomène d'anticipation s'impose dès lors : l'aspect constaté lorsqu'est conclu l'acte juridique et l'aspect expectatif en vue duquel l'acte juridique est conclu. L'anticipation sera notamment identifiée lorsqu'un acte juridique aura été conclu en vue de produire par avance la réalisation d'une situation juridique ; bien souvent un autre acte juridique l'accompagnera pour organiser le temps qui sépare le *temps présent* de celui de la réalisation de la situation juridique recherchée. C'est ainsi que doivent respectivement être compris les aspects constaté et expectatif et, en conséquence, distingués « situation juridique anticipée » et « anticipation de la situation juridique ». Ces deux acceptions du concept d'anticipation doivent être précisées.

---

<sup>48</sup> En effet, « alors que le temps indique où se situe le procès dans le temps par rapport à l'acte d'énonciation, l'aspect renseigne sur sa progression et son évolution », l'aspect est « le mode de manifestation dans le temps de l'action étudiée ; (il est) l'indication de la façon dont [elle remplit] la période concernée par l'énonciation ». In Oswald DUCROT et Tzvetan TODOROV, *Dictionnaire encyclopédique des sciences du langage*, Seuil, 1972.

Selon la première acception, l'anticipation correspond à l'action ayant pour objectif la formation immédiate d'une situation juridique en vue d'éviter la réalisation d'un événement futur et la situation juridique future qui en aurait résulté. Ainsi, lorsque le fait générateur de l'évènement anticipé ou de la situation juridique anticipée surviendra (par exemple le décès et l'ouverture corrélative de la succession d'un chef d'entreprise), la situation juridique redoutée (le traitement de l'entreprise en indivision au sein de la masse successorale) sera anéantie. Elle laissera place à une situation juridique différente, nouvelle et immédiate (la situation juridique de reprise induisant le statut immédiat et actuel de repreneur d'entreprise). Cette situation juridique nouvelle, résultat de l'acte d'anticipation, sera édictée en paramètre de réalisation de la situation juridique future nouvellement induite et anticipée (la reprise sera déjà effective au jour du décès, ce qui empêchera l'attraction de l'entreprise au sein de la masse successorale). La situation juridique nouvelle, engendrée par l'acte anticipatoire, induit le contexte ainsi créé pour permettre la réalisation de la situation juridique future recherchée et attendue par ses initiateurs. C'est ici que le « temps juridique [se présente] (...) comme un levier transformateur du présent. Comme si l'avenir – un avenir désirable et mobilisateur – travaillait la matière même du présent et y inscrivait des voies d'action possibles. (...) »<sup>49</sup>. L'anticipation est l'outil permettant de projeter dans le *présent* l'effectivité d'une situation juridique future (ici, la reprise qui ne serait effective qu'au jour du partage) ou, du moins, certains de ses effets (la reprise immédiate n'induit pas forcément le partage anticipé, mais de manière incontestable l'attribution anticipée de l'entreprise). C'est en ce sens qu'une situation juridique sera anticipée ; elle sera produite partiellement ou en totalité, par avance sur l'échelle du temps. Il s'agit de l'aspect constaté du phénomène d'anticipation : « la situation juridique anticipée ».

« L'anticipation d'une situation juridique » doit en être distinguée. Cette seconde acception du concept s'intéresse à l'aspect expectatif du phénomène d'anticipation. Elle est ici caractérisée par une action engendrant la réalisation d'une situation juridique immédiate (attribution de la gestion d'un bien) en attendant la réalisation d'une situation juridique future (attribution de sa propriété). L'anticipation ne poursuit plus le but de l'anéantissement de la situation juridique future ; si cela arrive, ce ne sera que de manière incidente. L'anticipation vise à organiser les liens juridiques entre biens et personnes pour la période de temps courant du *temps présent* au *temps futur*. C'est en ce sens qu'il est possible d'anticiper une situation juridique. L'anticipation ressort ici de la prévision et de l'organisation ; l'objectif est seulement

---

<sup>49</sup> François OST, « L'institution : le futur maîtrisé », *op.cit.*, p. 196. V. n.b.p. n° 17.

d'organiser la situation juridique d'une personne ou d'un bien pour une période de temps donnée.

Ainsi, convient-il de différencier « situation juridique anticipée » et « anticipation de la situation juridique ». Parfois les deux acceptions de l'anticipation seront mêlées au sein d'une même opération juridique mais celles-ci ressortiront d'une recherche distincte : l'une a vocation à produire des effets juridiques immédiats en priorité, l'autre en recherche aussi pour le *futur*.

**11. L'anticipation au cœur de la transmission des entreprises.** Les deux acceptions de l'anticipation devront être analysées et mesurées afin d'en comprendre les fondements, les utilités et les effets sur la situation juridique des personnes et des biens. L'analyse de l'évolution de la situation juridique d'un bien ou d'une personne sera le moyen d'y parvenir. Il faut alors choisir un domaine à soumettre à l'analyse afin d'appréhender le concept d'anticipation. L'évolution d'une situation juridique spécifique doit être isolée afin d'en faire ressortir toutes les subtilités. Comme il a précédemment été souligné, le concept irrigue tous les domaines du droit et, notamment, le droit civil, tant en droit des personnes qu'en droit patrimonial de la famille, et le droit des affaires<sup>50</sup>, puisque le concept s'y développe aussi bien en droit commercial et en droit des sociétés qu'en droit des entreprises en difficulté. Un autre concept semble pouvoir lier droit civil et droit des affaires autour de celui d'anticipation : le concept d'« entreprise ». L'entreprise est au cœur du droit des affaires. Elle entretient aussi un rapport très étroit avec le droit civil, droit des personnes, puisque toute entreprise voit forcément l'intervention d'un chef d'entreprise. L'étude a donc été centrée autour de l'entreprise ; et si l'entreprise induit en droit de nombreuses problématiques, l'une d'elle anime les questionnements légaux et doctrinaux depuis de nombreuses années, de par l'enjeu qu'elle représente : l'opération de transmission de l'entreprise. Le rapport MELLERIO qualifie la réflexion portant autour des transmissions d'entreprise de « problème urgent »<sup>51</sup>. Sera ici soumis à l'observation l'évolution de la situation juridique de transmission de l'entreprise.

**12. La transmission d'entreprise en chiffres, ici et ailleurs.** La transmission de l'entreprise est un sujet qui connaît une particulière acuité et ce, depuis de nombreuses

---

<sup>50</sup> Cf. §6.

<sup>51</sup> Olivier MELLERIO, *Rapport à Hervé NOVELLI – Transmission de l'entreprise familiale*, Octobre 2009, p. 46, In [www.dgcis.gouv.fr](http://www.dgcis.gouv.fr)

années. La multiplication des ouvrages<sup>52</sup>, des journées d'études, des colloques et des congrès<sup>53</sup> qui y sont consacrés témoigne de l'intérêt théorique qui y est attaché ; c'est parce que ce thème connaît une incidence pratique non négligeable. En effet, en Europe, le nombre d'entreprises transmises est estimé à 450 000 par an, « celles-ci représentent deux millions d'emplois (...). Au terme de son étude menée en 2011 sur la dynamique des entreprises (« Business Dynamics »), en vue de mesurer les répercussions des transmissions d'entreprises non efficientes sur la création d'emplois et d'entreprises en Europe, la Commission est

---

<sup>52</sup> Pierre BERGER et Jean-Albert LATXAGUE, *La transmission des entreprises – La réponse des praticiens*, Fidal éd., 1990 ; Emmanuel BRANCALEONI et Frédéric MASQUELIER, *Transmettre, céder ou reprendre une entreprise*, Delmas, 4<sup>ème</sup> éd., 2005 ; Jérôme BONNARD, *La transmission de la PME - Aspects juridiques et fiscaux*, Hachette Livre, 2004 ; Bernard CENDRIER, *Cession et transmission d'entreprise*, Nathan, 1993 ; Yves CHAPUT, *Les transmissions d'entreprises*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1993 ; Roger DUBREUCQ et Clet ATOL, *Guide pratique de la transmission d'entreprise*, Imp. Chirat, 1988 ; Chantal N. HONIGMAN et Hubert M. TUBIANA, *Évaluation et transmission des entreprises*, Litec, 2<sup>ème</sup> éd., 1999 ; Daniel LECHAT, *La pratique des cessions et acquisitions d'entreprises*, Clet, 1986 ; Gilles LECOINTRE, *La Transmission d'entreprise en pratique*, Gualino, 2<sup>ème</sup> éd., 2004 ; Bernard LE COURT, *Transmissions et cessions d'entreprises*, Jean Delmas, 2<sup>ème</sup> éd., 1990 ; *Transmission d'entreprise : vente, donation, RES*, Delmas, 1986 ; Hervé LE NABASQUE, Francis BOUSSIER, François RICHEN, *La transmission de l'entreprise familiale*, Dalloz, Coll. Réussir en affaires, 1992 ; Olivier MEIER et Guillaume SCHIER, *Transmettre ou reprendre une entreprise*, Dunod, 2008 ; Bernard MONASSIER, *Transmission d'entreprise : juridique, fiscal, social, financier*, Francis Lefèbvre, 2<sup>ème</sup> éd., 2003 ; Jean PAILLUSSEAU, Jean-Jacques CAUSSIN, Henri LAZARSKI et Philippe PEYRAMAURE, *La cession d'entreprise*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 1999 ; Pierre-Yves TUAL, Sophie POTEILL et la Chambre du commerce et d'industrie (Paris), *La reprise d'entreprise*, CCI Paris, 1997 ; Patrick Verno, *Évaluer et transmettre son patrimoine professionnel et privé*, Clet, 1990.

<sup>53</sup> **La disparition du chef d'entreprise : Anticiper, gérer, transmettre** – Actes du colloque de la FNDE du 1<sup>er</sup> Avril 2011 à Montpellier, sous la direction de Jacques RAYNARD, Marie-Hélène MONSÉRIÈ-BON, Jacques VAUTIER et avec la participation du Groupe MONASSIER, LexisNexis, 2012 ; **Transmission des entreprises** – Actes de colloque du 12 et 13 novembre 2009 - Université de la Réunion, LPA 2012, n° 108, p. 1 ; **La réforme des successions et libéralités, Quels enjeux pour la transmission de l'entreprise familiale?** – Actes du colloque du 27 juin 2006 – Université Paris Dauphine, In JCP N 2006, 1296-1308, p. 1645-1692 ; **L'entreprise familiale : évolution et transmission** – Les Journées Maximilien-Caron 2004, Textes réunis par Stéphane ROUSSEAU, Éd. Thémis, 2005 ; **Transmissions d'entreprises : enjeux et perspectives** – Actes du colloque « Transmettre l'entreprise, 1995-2000 » du 19 janvier 1995 - Forum européen des affaires, Dr. et Patr. HS, déc. 1995 ; **L'évolution de la cession d'entreprise** – Actes du colloque tenu les 1 et 2 avril 1992 à Toulouse, Organisé par le Centre de droit des affaires, Université des sciences sociales, 1992 ; **La transmission des entreprises : vaincre les obstacles**, Rapport au 86<sup>ème</sup> congrès des notaires de France, Congrès des notaires de France, 86-1900 – Lille, 1990 ; **La transmission de l'entreprise – enjeux et perspectives** – Secondes Journées René Savatier, Poitiers, 17 et 18 mars 1988, PUF, 1989 ; **Séminaire européen sur la transmission des entreprises – Rapport Final** – Vienne, 23 et 24 septembre 2001, edz.ibi.uni-mannheim.de/daten/edz-h/gdb/02/seminar\_final\_fr.pdf

parvenue à la conclusion que l'Europe perd environ 150 000 sociétés par an, lesquelles représentent 600 000 emplois, du seul fait du manque d'efficacité du processus de transmission d'entreprise. Les entreprises les plus petites sont celles pour lesquelles le risque d'un échec de la transmission est le plus élevé »<sup>54</sup>. En Europe toujours, un tiers des chefs d'entreprise prendront leur retraite dans les prochaines années, ce qui porterait à 690 000 le nombre d'entreprises à transmettre chaque année, soit près de 2,8 millions d'emplois concernés<sup>55</sup>.

Relativement au marché des entreprises françaises, sur un échantillon de 189 878 entreprises (non financières) recensées en 2011 : 185 251 sont des petites et moyennes entreprises (PME) dont l'effectif moyen est de 18 salariés, 4 429 sont des entreprises de taille intermédiaire (ETI) dont l'effectif moyen est de 632 salariés et les 198 restantes sont de grandes entreprises dont l'effectif moyen est de 17 222 salariés<sup>56</sup>. Les PME prennent donc la part la plus importante du nombre d'entreprises et d'emplois générés dans le tissu économique français. La France en compte plus de 3,6 millions<sup>57</sup>, soit 99,9% des entreprises (chiffres au 1<sup>er</sup> janvier 2012) ; elles « représentent 52% de l'emploi salarié. Elles réalisent 38% du chiffre d'affaires, 49% de la valeur ajoutée et 43% de l'investissement »<sup>58</sup>. Sur ce nombre total de PME, 40 000 déclarations de reprises sont enregistrées chaque année et ce, depuis dix ans selon le rapport MELLERIO<sup>59</sup>. Concernant ces reprises, « la moitié provient du départ en retraite de l'ancien exploitant. Ces reprises renouvellent le tissu des entreprises par l'arrivée d'un nouveau dirigeant. Ce passage de témoin fait souvent entrer l'entreprise dans une phase de turbulences : parfois certains emplois ne peuvent être sauvegardés. Les reprises concernent deux fois sur trois des fonds de commerce de très petite taille. Seules 4 % d'entre-elles concernent des PME (10 à 499 salariés) ; elles représentent (...) la moitié des emplois

---

<sup>54</sup> Commission Européenne, *Faciliter la transmission d'entreprise*, Série de guides – Comment les Fonds structurels peuvent soutenir la politique en faveur des PME, Union Européenne, 2013, p. 12 (ec.europa.ue).

<sup>55</sup> Cf. sur ces chiffres : [europa.eu/youreurope/business/exit-strategy/selling-on/index\\_fr.htm](http://europa.eu/youreurope/business/exit-strategy/selling-on/index_fr.htm)

<sup>56</sup> Base FIBEN (le Fichier bancaire d'entreprise de la Banque de France), *La situation des entreprises en 2011 – Dossier statistique 1998-2011*, p. 4, In [www.banque-france.fr/fileadmin/user\\_upload/banque\\_de\\_france/Economie\\_et\\_Statistiques/Version\\_compleete\\_incluant\\_la\\_methodologie.pdf](http://www.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/Economie_et_Statistiques/Version_compleete_incluant_la_methodologie.pdf)

<sup>57</sup> 3 603 698 exactement selon l'APCE, *Les chiffres clés de la création d'entreprise [en 2012]*, Tintabule, Juin 2013, In [www.media.apce.com/file/07/5/chiffres-cles\\_2012.60075.pdf](http://www.media.apce.com/file/07/5/chiffres-cles_2012.60075.pdf)

<sup>58</sup> CEDEF (Centre de Documentation Economie-Finances), « Où trouver les chiffres clés des PME ? », In [www.economie.gouv.fr/cedef/chiffres-cles-des-pme](http://www.economie.gouv.fr/cedef/chiffres-cles-des-pme), Ministère de l'Économie et des Finances 2012.

<sup>59</sup> Olivier MELLERIO, *op. cit.*, p. 7. V. n.b.p. n° 51.

repris »<sup>60</sup>. Monsieur MELLERIO souligne tout l'intérêt qui doit être porté à l'encouragement à la transmission des entreprises : il précise que « transmettre une entreprise dans des conditions qui permettront sa survie et son développement est un enjeu majeur. De la survie et du développement de l'entreprise dépendent des éléments aussi essentiels que l'activité économique, l'emploi, l'équilibre des territoires et la transmission des savoirs »<sup>61</sup>. L'intérêt pratique du sujet est donc évident mais, au-delà des chiffres, il faut s'intéresser à la technique.

**13. Les techniques de transmission d'entreprise ici et ailleurs.** Le choix de la technique de transmission est d'une importance capitale pour la réussite de l'opération et la pérennité de l'entreprise transmise<sup>62</sup>. Les techniques de transmission les plus utilisées en France<sup>63</sup> sont l'acquisition directe, c'est-à-dire le rachat de fonds ou de droits sociaux, la location-gérance et le rachat d'actifs. En Allemagne<sup>64</sup> et en Belgique<sup>65</sup>, le rachat domine, même si la donation et la reprise par voie de succession sont développées en Allemagne. En Espagne<sup>66</sup>, les techniques utilisées sont relativement semblables à ce qui se fait en France : fusion de sociétés, rachat de droits sociaux ou cessions de contrôle et recours à la structure holding. En Suisse<sup>67</sup> et en Angleterre<sup>68</sup>, les rachats d'actifs, de passifs et d'actions sont davantage pratiqués.

Cependant, au-delà de l'emploi de telle ou telle technique aux fins de transmission des entreprises, c'est leur activité qu'il convient de préserver. C'est pourquoi la Commission européenne recommandait déjà en 1994<sup>69</sup> que soient encouragés les dispositifs de reprises. Elle veillait surtout à sensibiliser les législateurs nationaux à la nécessité de mettre en place les moyens « d'assurer la continuité des sociétés de personnes et des entreprises individuelles en cas de décès de l'un des associés ou de l'entrepreneur »<sup>70</sup>, « d'assurer la survie de

---

<sup>60</sup> [www.insee.fr/fr/themes/document.asp?reg\\_id=08&ref\\_id=ip509](http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?reg_id=08&ref_id=ip509), *Insee Première* – fév. 1997

<sup>61</sup> Olivier MELLERIO, *op. cit.*, p. 48. V. n.p.b. n° 51.

<sup>62</sup> V. notamment sur ce point et sur l'opportunité de la transmission : Pierre MOUSSERON, « Rapport de synthèse : opportunité, sécurité, efficacité », *In Transmission des entreprises*, *op. cit.*, p. 53. V. n.b.p n° 53.

<sup>63</sup> [europa.eu/youreurope/business/starting-business/taking-over/France/index\\_fr.htm](http://europa.eu/youreurope/business/starting-business/taking-over/France/index_fr.htm)

<sup>64</sup> [europa.eu/youreurope./business/starting-business/taking-over/germany/index\\_fr.htm](http://europa.eu/youreurope./business/starting-business/taking-over/germany/index_fr.htm)

<sup>65</sup> [europa.eu/youreurope./business/starting-business/taking-over/belgium/index\\_fr.htm](http://europa.eu/youreurope./business/starting-business/taking-over/belgium/index_fr.htm)

<sup>66</sup> [europa.eu/youreurope./business/starting-business/taking-over/spain/index\\_fr.htm](http://europa.eu/youreurope./business/starting-business/taking-over/spain/index_fr.htm)

<sup>67</sup> [europa.eu/youreurope./business/starting-business/taking-over/sweden/index\\_fr.htm](http://europa.eu/youreurope./business/starting-business/taking-over/sweden/index_fr.htm)

<sup>68</sup> [europa.eu/youreurope./business/starting-business/taking-over/united-kingdom/index\\_fr.htm](http://europa.eu/youreurope./business/starting-business/taking-over/united-kingdom/index_fr.htm)

<sup>69</sup> Recommandation de la Commission n° 94/1069/CE, du 7 décembre 1994, sur la transmission des petites et moyennes entreprises (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

<sup>70</sup> Recommandation de la Commission n° 94/1069/CE, *op. cit.*, ss Art. 5.

l'entreprise par un traitement fiscal approprié de la succession et de la donation »<sup>71</sup> et « d'encourager l'entrepreneur à envisager de son vivant la transmission aux tiers lorsqu'elle ne peut se faire dans le cadre familial »<sup>72</sup>.

Cette recommandation de la Commission européenne a entraîné une réforme des différentes législations étatiques. En Belgique par exemple, le principal obstacle à la transmission des entreprises concernait la transmission par voie successorale car la donation était soumise à réévaluation au jour de la mort du chef d'entreprise. Lorsque la donation dépassait la part de réserve de l'héritier-donataire-réservataire, « l'action en recouvrement » permettait de récupérer le bien dans la « masse fictive », qui emportait restitution (en principe en nature) de la donation excessive. La loi du 22 décembre 1998 a en conséquence modifié les principes et édicte désormais qu'il faut retenir la date de la donation pour évaluer l'entreprise afin de protéger « le dauphin [(l'héritier-repreneur)] (...) pour ce qui est de l'accroissement de valeur qui est le résultat de ses efforts depuis l'arrangement successoral »<sup>73</sup> (à l'instar de ce que prévoit la législation française). En Espagne<sup>74</sup>, les efforts ont été multipliés : les droits de succession relatifs aux transmissions d'entreprises familiales ont été réduits. En Italie aussi, les travaux de la Commission ont porté leurs fruits. Le projet *Vendimpresa* a été porté, ayant vocation à créer un marché réel des entreprises à transmettre afin de favoriser la rencontre des chefs d'entreprises et des acquéreurs ; la législation sur les sociétés a aussi été réformée afin de permettre la création de sociétés à responsabilité limitée par une seule personne (loi n° 336 du 3 octobre 2001)<sup>75</sup>. En France, comme ailleurs en Europe, le marché des transmissions d'entreprises a progressé et de nombreuses lois ont été consacrées au sujet.

**14. L'évolution de la transmission des entreprises, renouveau fiscal.** Certes renforcées par l'action de la politique européenne, les mesures en faveur de la transmission des entreprises en France sont nombreuses. La législation a évolué notamment quant à son volet fiscal. Et lorsque l'on considère l'importance accordée par les prédécesseurs et les repreneurs au coût fiscal de la transmission, ces réformes étaient nécessaires. Il est en effet scandé à tout va que ce qui guide le choix de la technique de transmission est l'imposition qu'elle

---

<sup>71</sup> Recommandation de la Commission n° 94/1069/CE, *op. cit.*, ss Art. 6.

<sup>72</sup> Recommandation de la Commission n° 94/1069/CE, *op. cit.*, ss Art. 7.

<sup>73</sup> Jozef LIEVENS, « La transmission d'entreprises familiales en Belgique – Napoléon revisité », *In Séminaire européen sur la transmission des entreprises – op. cit.*, V. n.b.p. n° 53, p. 69, v. p. 72.

<sup>74</sup> [europa.eu/youreurope/business/starting-business/taking-over/spain/index\\_fr.htm](http://europa.eu/youreurope/business/starting-business/taking-over/spain/index_fr.htm)

<sup>75</sup> Cf. sur ces points : Carlo SPAGNOLI, « La transmission des petites et moyennes entreprises en Italie », *In Séminaire européen sur la transmission des entreprises – op. cit.*, V. n.b.p. n° 53, p. 73.

engendrera : « Primordiale, la maîtrise juridique de la transmission n'est pas suffisante pour sa réussite. Encore faut-il qu'en soit anticipé, avec la certitude nécessaire, le coût fiscal »<sup>76</sup>. Aussi, un bref rappel du régime fiscal en vigueur applicable aux transmissions d'entreprises permettra d'évaluer le niveau de satisfaction qu'il procure.

Si, pendant longtemps, la source essentielle des difficultés de transmission des entreprises était identifiée à la fiscalité<sup>77</sup>, il apparaît aujourd'hui que ce « souffre-douleur » ne puisse plus être pointé du doigt. Si l'on pouvait notamment juger la fiscalité des transmissions d'entreprises à titre gratuit comme excessive, cela aura principalement été le fait du Gouvernement de 1983, lorsqu'il a « doubl[é] le taux marginal de l'impôt sur les successions en ligne directe qui pass[ait] alors de 20 à 40%, faisant ainsi entrer la France dans le peloton de tête des pays les plus imposés en matière de succession »<sup>78</sup>. Ainsi, c'est moins la fiscalité des transmissions d'entreprises que la fiscalité des transmissions à titre gratuit qui était en cause. Les choses ont aujourd'hui radicalement changé. La fiscalité des transmissions à titre gratuit a été considérablement allégée, ainsi que celle des transmissions à titre onéreux ; et les régimes dérogatoires applicables se sont développés. Lors du Colloque organisé le 1<sup>er</sup> Avril 2011 à Montpellier sur « La disparition du chef d'entreprise », Madame COHADON<sup>79</sup>, intervenant sur l'optimisation fiscale, précisait que « le régime de fiscalité de la transmission d'entreprises en France est l'un des plus faibles d'Europe »<sup>80</sup>.

C'est en fait assez récemment que la France a su réagir en matière de fiscalité des transmissions d'entreprises. Un auteur relève que « jusqu'en 2003, il n'existait aucun dispositif particulier pour favoriser la transmission d'entreprise, qu'il s'agisse du cédant ou du repreneur »<sup>81</sup>, sauf peut-être à relever la loi du 9 juillet 1984<sup>82</sup>, systématisant l'amplification

---

<sup>76</sup> Neyla GONZALEZ-GHARBI, « Donner une entreprise individuelle : le choix de la difficulté ? », *RJPF* 2006, n°3, p.6.

<sup>77</sup> Il y a six ans, Madame GONZALEZ-GHARBI remarquait cet état de fait : « la donation des entreprises individuelles engendre un coût fiscal discriminatoire » au point qu'elle se demandait si le législateur n'entendait pas pousser les dirigeants à une mise en société préalable à la transmission de leur entreprise. Cf. Neyla GONZALEZ-GHARBI, *op. cit.*, p.6

<sup>78</sup> Jean-Pierre LAY, « La décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 1995 et la transmission des entreprises », *D.* 1996, n° 23, p. 193.

<sup>79</sup> Responsable du département « Transmission d'entreprise » - Etude Monassier & Associés, Paris.

<sup>80</sup> In Florence DEBOISSY, « L'optimisation fiscale : paiement différé et fractionné des droits », *In La disparition du chef d'entreprise : Anticiper, gérer, transmettre, op. cit.*, p. 129. V. n.b.p. n° 53

<sup>81</sup> Philippe HO YEN, « Les enjeux fiscaux de la cession d'entreprise », *In Transmission des entreprises, op. cit.*, V. n.b.p. n° 53, p. 43.

fiscale de l'effet de levier. Ensuite, les mesures fiscales de faveur se sont multipliées afin d'inciter le futur prédécesseur et le futur repreneur à la transmission/reprise d'entreprise. Ont d'abord été instaurés le fractionnement et le paiement différé des droits de mutation<sup>83</sup> ainsi que les reports d'imposition des plus-values<sup>84</sup>, puis différents abattements<sup>85</sup>, des exonérations de droits de mutation<sup>86</sup> et de plus-values<sup>87</sup> et des réductions d'impôts sur le revenu à la faveur

---

<sup>82</sup> Loi n° 84-578 sur le développement de l'initiative économique.

<sup>83</sup> Le décret du 23 mars 1985 institue le dispositif de paiement différé puis fractionné des droits de mutation à titre gratuit dus sur les transmissions d'entreprises sous forme de donation entre vifs et en pleine propriété de parts sociales ou d'actions ; le décret du 25 juin 1993 étend le dispositif aux donations de droits sociaux démembrés.

<sup>84</sup> La loi n° 91-716 du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier institue le report d'imposition des plus-values sur titres apportés, même en l'absence d'engagement de conservation sur cinq ans, ce qui favorise notamment les donations-partages des titres de holding. C'est ensuite la loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> Août 2003 pour l'initiative économique, dite loi Dutreil I, qui vient limiter l'imposition des plus-values et accentuer les mécanismes d'échelonnement.

<sup>85</sup> L'article 25 de la loi précitée du 1<sup>er</sup> Août 2003 aligne la fiscalité des transmissions d'entreprises entre vifs sur celle des successions et étend l'abattement de 50% sur la valeur de l'entreprise aux donations en pleine propriété, sous condition de signature d'un engagement de conservation des titres. Cet abattement est porté à 75% de la valeur des biens professionnels lorsqu'un engagement de conservation est souscrit en cas de transmission à titre gratuit, par la loi du 2 août 2005 (qui réforme aussi les dispositifs d'exonération (art. 28)). Les lois n° 2005-1720, loi de finance rectificative du 30 décembre 2005 (art. 21), n° 2007-1223 en faveur de l'emploi, du travail et du pouvoir d'achat, et n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et ses décrets d'application du 7 avril 2009 œuvrent dans le même sens.

<sup>86</sup> L'article 11 de la loi de finances rectificative pour 2000 institue un dispositif d'exonération des droits de mutation pour la moitié de la valeur des parts sociales ou d'actions d'entreprises sociétaires transmises par succession, en contrepartie d'une conservation des titres pendant 6 ans, et ce en vue de stabiliser l'actionnariat. L'article 24 de la loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> Août 2003 prévoit une exonération de droits de mutation lorsque la valeur des actifs faisant l'objet de la donation à un salarié est inférieure à 300 000 euros. La loi n° 2004-804 du 9 août 2004 pour le soutien à la consommation et à l'investissement, dite loi Sarkozy, prévoit en son article 7 l'exonération des droits de mutation, en cas de cessions de fonds de commerce, de clientèles des professions libérales et d'offices ministériels, sous conditions et ce, afin d'encourager le maintien des activités de proximité et pour compléter l'exonération des plus-values professionnelles. La loi du 4 août 2008 précitée va ensuite élargir ces dispositifs au profit des repreneurs-salariés, sous la condition d'un engagement à poursuivre l'activité pendant au moins cinq ans (art. 16). La loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008 va accentuer les exonérations des droits de mutation en cas de donation de parts ou d'actions faisant l'objet d'un engagement collectif et temporaire de conservation des titres.

du repreneur de droits sociaux qui s'endette<sup>88</sup> et des dirigeants partant à la retraite<sup>89</sup>. Quelques dispositions ont aussi eu pour ambition de simplifier et d'alléger la fiscalité des cessions d'entreprises<sup>90</sup>, notamment au regard des droits d'enregistrement<sup>91</sup>. De 2003 à nos jours, le législateur fiscal n'a cessé d'instaurer et d'amplifier les dispositifs favorisant la transmission des entreprises et ce, tant en faveur du prédécesseur que du repreneur, aussi bien pour les transmissions à titre onéreux qu'à titre gratuit. Le contexte fiscal n'est donc plus un frein à l'utilisation de telle ou telle technique de transmission. Cependant, la fiscalité représente un facteur d'évolution des pratiques, puisqu'opérant des réductions du coût fiscal de la transmission, les techniques utilisées le sont en fonction du régime fiscal corrélatif. Ce renouveau de la législation fiscale s'est accompagné d'un développement des techniques de transmission des entreprises. Favorisant l'une ou l'autre de ces techniques de transmission, les dispositifs fiscaux incitent à l'utilisation des dispositifs juridiques. Le renouveau fiscal ici souligné a entraîné une évolution certaine dans l'utilisation par les prédécesseurs et les repreneurs des techniques juridiques mises à leur disposition.

**15. L'évolution de la transmission des entreprises, renouveau juridique.** Les techniques de transmission des entreprises sont nombreuses et variées. Ressortant du droit des contrats, du droit commercial, du droit des sociétés, et enfin du droit des successions et libéralités, une évolution peut être constatée quant à leur utilisation pratique. Auparavant

---

<sup>87</sup> La loi n° 2009-122 du 4 février 2009 de finances rectificative pour 2009 institue une exonération des plus-values en cas de cession d'une entreprise individuelle ou de l'intégralité des parts détenues dans une société de personnes par un associé qui y exerce son activité professionnelle, en cas de départ à la retraite.

<sup>88</sup> C'est encore la loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> Août 2003 pour l'initiative économique, en son article 23, qui prévoit d'accorder une réduction d'impôt au repreneur qui s'endette pour acquérir des actions ou parts de sociétés afin d'encourager la reprise d'entreprises constituées sous forme de sociétés. C'est ensuite la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie qui élargira ces réductions d'impôt par son article 17.

<sup>89</sup> La loi n° 2009-122 du 4 février 2009 de finances rectificative pour 2009 institue un abattement sur les gains nets retirés de cession à titre onéreux pour les dirigeants de PME qui cèdent les titres qu'ils détiennent dans une société soumise à l'impôt sur les sociétés, à l'occasion de leur départ en retraite.

<sup>90</sup> C'est notamment le cas avec l'article 25 de loi du 1<sup>er</sup> Août 2003 précitée qui aligne les droits d'enregistrement relatifs aux cessions de parts sociales et de biens immobiliers à usage industriel et commercial à 4,80% assorti d'une exonération à hauteur de 23 000 euros. C'est encore le cas de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, dite loi Dutreil II.

<sup>91</sup> La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et ses décrets d'application du 7 avril 2009 ont harmonisé les droits d'enregistrement, en les fixant à 3% quel que soit le statut de la société pour les cessions de droits sociaux, et proposent de les abaisser à 3% pour les transmissions à titre onéreux de fonds de commerce lorsque leur valeur inférieure est inférieure à 200 000 euros (article 15).

largement dominées par les techniques de cession des fonds, les techniques sociétaires ont peu à peu conquis le terrain de la transmission des entreprises<sup>92</sup>. Le recours à la structure holding (notamment à compter des années 1990) et la mise en société de l'exploitation d'une activité aux fins de cession se sont largement développés. Les conventions propres au droit des sociétés concourant aux montages sociétaires engendrant la transmission de l'entreprise ont corrélativement émergé. Dans le même sens, la technique de reprise de l'entreprise par les salariés (RES)<sup>93</sup> a été instituée. La loi de 1985<sup>94</sup> a consacré la cession judiciaire des entreprises en difficulté, tandis que la loi du 6 juillet 1986<sup>95</sup> a règlementé le crédit-bail du fonds de commerce. Ensuite, la loi du 2 août 2005<sup>96</sup> a institué de nouveaux dispositifs destinés à faciliter la transmission des entreprises, notamment en consacrant la location et le crédit-bail de droits sociaux, le tutorat en entreprises pour les retraités volontaires des professions indépendantes ou encore l'attribution d'une prime de transmission accordée au prédécesseur qui accompagne le repreneur. Enfin la loi du 23 juin 2006<sup>97</sup> a permis de franchir un cap

---

<sup>92</sup> V. en ce sens : *L'évolution de la cession d'entreprise*, *op. cit.*, V. n.b.p. n° 53.

<sup>93</sup> Loi n° 84-578 du 9 juillet 1984 sur le développement de l'initiative économique.

<sup>94</sup> Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises.

<sup>95</sup> Loi n° 86-12 du 6 janvier 1986 relative au renouvellement des baux commerciaux, au crédit-bail sur fonds de commerce et établissements artisanaux et à l'évolution de certains loyers immobiliers.

<sup>96</sup> Loi du 2 août 2005 n° 2005-882 en faveur des petites et moyennes entreprises, dite Loi Dutreil II.

<sup>97</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités. V. Marie-Cécile FORGEARD, « Le droit au partage et ses limites après la réforme du 23 juin 2006 », *JCP N 2008*, n° 11, p. 32 ; Raymond LE GUIDEC, « La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, vue panoramique », *JCP G 2006*, I, n° 30, doct. 160, p. 1489 ; Guillaume HUBLLOT, « Réforme des successions : Libéralités résiduelles, graduelles : impacts civils et fiscaux », *JCP N 2006*, n° 36, p. 1555, 1280 ; Jean-Baptiste LENHOF, « Réforme des successions et libéralités, aspect de droit des sociétés », *LH PG*, n° 227 ; Anne-Marie LEROYER, « Réforme des successions et libéralités », *RTD Civ. 2006*, p. 612 ; Anne-Marie LEROYER et Judith ROCHFELD, « Réforme des successions et libéralités » - Note sous loi numéro 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *RTD Civ. 2006*, n° 3, p. 612 ; Nathalie LEVILLAIN, « Loi du 23 juin 2006 : principales nouveautés relatives aux successions », *JCP N 2006*, n° 26, p. 1231 ; Jean-Michel MATHIEU, « « Je renonce donc... je transmets ». La renonciation comme mode d'optimisation de la transmission », *JCP N 2012*, n° 49, p. 58 ; Louis MESSONNIER, « La loi portant réforme des successions et libéralités du 23 juin 2006, une réforme manquée ? », *LPA 2008*, n° 127, p. 7 ; Gérard NOTTÉ, « Loi numéro 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », *JCP E 2006*, n° 27, p. 1201 ; Nathalie PETERKA, « La transmission d'entreprise dans la réforme des successions et libéralités », *Rev. Dr. banc. 2006*, n°5, p.45 ; Jean PRIEUR, « La réforme des successions et des libéralités – Quels enjeux pour la transmission de l'entreprise familiale ? – Colloque université Paris-Dauphine, 27 juin 2006 », *JCP N 2006*, n° 38, 1296, p. 1645 ; François SAUVAGE, « Le déclin de la réserve héréditaire précipité par la loi du 23 juin 2006 », *JCP N 2008*, n° 29, p. 34.

décisif puisqu'au-delà de la transmission à titre onéreux, c'est dorénavant la transmission à titre gratuit qui est encouragée et facilitée. Plus que l'examen des techniques en elles-mêmes, l'identification de leurs enjeux permettra de comprendre et d'analyser l'évolution relative à leur élaboration et à leur pratique.

**16. L'enjeu des techniques : faciliter la transmission des entreprises.** Tout l'enjeu des techniques de transmission des entreprises est d'en faciliter le processus de mise en œuvre, en veillant à son effectivité et à son efficience. C'est d'ailleurs l'objectif affiché du législateur en 2006 lorsqu'il diversifie les techniques permettant au chef d'entreprise de transmettre son entreprise à titre gratuit. En effet, le législateur se devait de faciliter les opérations de transmission ; l'enjeu économique le justifiait. Le législateur doit dorénavant développer plus largement l'attractivité des techniques et des procédures applicables aux entreprises, afin d'attirer les opérateurs économiques susceptibles d'investir dans les entreprises françaises. L'attractivité du droit est, en effet, l'un des enjeux majeurs des techniques de transmission des entreprises. Le droit de l'entreprise doit être adapté à sa survie, laquelle passe par des techniques de transmission et de gestion adéquates.

Une bonne gestion de l'entreprise impose « une bonne maîtrise du « droit de l'entreprise » (...) puisque l'un des phénomènes les plus marquants de la vie des entreprises au cours de ces dernières années est incontestablement l'importance prise par la dimension juridique »<sup>98</sup>. Les entrepreneurs et investisseurs envisageront l'implantation de leur structure d'exploitation en fonction des différentes opportunités que la législation du pays d'accueil leur offre : lorsqu'ils rencontreront des difficultés, ils s'intéresseront aux différentes procédures que leur offre le droit des entreprises en difficulté et, lorsqu'ils souhaiteront l'aliéner, ils se tourneront alors vers les techniques de transmission des entreprises. Ils chercheront à identifier les différentes techniques auxquelles ils peuvent recourir. Viendra ensuite le temps de leur appréhension et de leur compréhension, afin de dégager le coût qu'elles engendrent et la sécurité juridique qu'elles offrent. Plusieurs moyens permettent d'appréhender cet enjeu pour parvenir à satisfaire les objectifs qu'il induit : une fiscalité attrayante, l'accessibilité au crédit, l'institution de mécanismes de garantie des situations juridiques des cédants et des cessionnaires et une simplification des règles relatives aux techniques de transmission. Le rapport *Doing Business* répertorie au titre des bonnes pratiques les mesures mises en place afin de « faciliter la création d'entreprise », mais aussi celles de

---

<sup>98</sup> Daniel FASQUELLE, Marie-Alice FASQUELLE-LEONETTI et Jean-Pierre BERTEL, *Droit de l'entreprise 2012/2013*, Lamy, 16<sup>ème</sup> éd., 2012, p. 1.

nature à « faciliter le transfert de propriété »<sup>99</sup>. Pour favoriser la transmission des entreprises, il faut faire en sorte que les acteurs économiques de ces opérations soient rassurés sur leurs conséquences financières et sur la stabilité du droit de propriété conféré au repreneur, de façon à les inciter à la prise de risques engendrée par l'opération de transmission. Ainsi se dessine, au-delà de l'enjeu des techniques, celui porté par l'opération elle-même.

**17. L'enjeu de transmission de l'entreprise : la poursuite de l'activité.** Un raisonnement *a contrario* convainc de ce qu'est l'enjeu d'une opération de transmission de l'entreprise. En effet, en l'absence de transmission, que devra-t-on constater, si ce n'est la cessation de l'activité ? Or, l'entreprise « est une cellule économique et, en tant que telle, le seul bien qui crée des richesses et des emplois. Elle représente un outil de travail et une entité vivante dont le rôle lui confère une utilité prioritaire. Pour ces raisons, l'équilibre financier de l'entreprise et, *a fortiori*, son existence même ne peuvent être mis en péril (...) »<sup>100</sup>. L'enjeu principal de la transmission des entreprises est le maintien des activités économiques subordonnant les richesses et les emplois qu'elles génèrent, de manière à maintenir la substance du tissu économique.

L'intérêt des reprises d'entreprises est d'autant plus significatif qu'il ressort de manière générale qu'elles assurent davantage la pérennité des activités que les créations d'entreprises. Sur ce point, l'INSEE, qui publie régulièrement des études, relève qu'« après trois ans [d'activité], 27% des reprises mais 39% des créations nouvelles ne sont plus en activité. Après cinq années, 59% des reprises de l'année 1998 sont encore en activité, contre 49% des entreprises nouvelles. Le fait que la reprise soit la poursuite d'une activité existante en favorise certainement la survie »<sup>101</sup>. Dès lors, bien que la continuité des entreprises reprises soit plus effective que celle des entreprises nouvellement créées, il est impératif d'améliorer ce rendement. Pour les 40 000<sup>102</sup> entreprises transmises chaque année en France, 400 000 emplois sont concernés. Il faut donc tout mettre en œuvre pour sauvegarder ces emplois et cela n'est envisageable qu'en préservant l'exploitation des activités économiques. La réussite

---

<sup>99</sup> Banque Mondiale 2013, *Doing Business 2013 – Des réglementations intelligentes pour les petites et moyennes entreprises*, Washington : Groupe de la Banque mondiale, DOI : 10.1596/978-0-8213-9675-5, 10<sup>ème</sup> éd., p. 13, In [www.doingbusiness.org](http://www.doingbusiness.org)

<sup>100</sup> Jean-Louis DESCOURS, « L'entrepreneur face à la transmission », *Dr. et Patr.* 1995, n° 12 – HS, p. 9.

<sup>101</sup> Stéphane COUNOT et Sylvie MULIC, « Le rôle économique des repreneurs d'entreprise », *Insee Première – Juill. 2004*, n° 975, p. 2, In [www.insee.fr/fr/ffc/docs\\_ffc/icp975.pdf](http://www.insee.fr/fr/ffc/docs_ffc/icp975.pdf)

<sup>102</sup> Cf. §12.

des opérations de transmission des entreprises conditionne très largement le maintien du tissu économique.

**18. L'anticipation, facteur-clé de la poursuite de l'activité.** Plusieurs facteurs permettent de concourir à la réussite d'une reprise. La connaissance de l'entreprise par le repreneur en est le premier. Faveur doit être donnée à la reprise interne : par un salarié (32% des reprises françaises) ou par un héritier (10% des reprises françaises) ou encore en recourant à des techniques permettant l'intervention du repreneur dans l'entreprise avant que ne s'opère le transfert de propriété. Si les transmissions familiales incitent davantage à la poursuite de l'activité, elles restent néanmoins en retrait en France puisqu'elles ne concernent actuellement que « 7,2% des transmissions (...) contre 80% en Italie et 51% en Allemagne »<sup>103</sup>. Voilà un point sur lequel le législateur français devrait travailler. L'anticipation et la préparation de la transmission se présentent ensuite en deuxième facteur de réussite de l'opération de transmission. Elles permettront de prévoir le déroulement de l'opération et d'anticiper les difficultés ou les contentieux qui lui sont inhérents. Il s'agira d'anticiper le transfert de *propriété de l'entreprise*<sup>104</sup> et le fonctionnement de la structure qui l'accueille. Lorsque l'on sait que 10% des faillites en France sont dues à une transmission d'entreprise non préparée, l'anticipation révèle toute son importance.

Ainsi, la poursuite de l'activité est le fondement de la législation encadrant les transmissions d'entreprises. En effet, une entreprise présente l'intérêt d'être « continuée » parce qu'elle sous-tend la création de richesses et d'emplois. Après la période de crise que le monde vient de traverser et subit encore, préserver le tissu économique est primordial. Or ce dernier est supporté par les entreprises qui l'animent. Aussi convient-il de favoriser la poursuite de l'exploitation des activités au-delà de la disparition des personnes qui les avaient initiées. L'anticipation en est un moyen. La Commission européenne a d'ailleurs récemment souligné l'importance de l'anticipation dans la gestion des entreprises. À cette occasion, elle a demandé aux pays de l'Union européenne, dans sa communication du 23 février 2011<sup>105</sup> intitulée « Réexamen du « *Small Business Act* » pour l'Europe », de développer leurs bases de

---

<sup>103</sup> Anne-Françoise ZATTARA-GROS, « Propos introductifs », *In Transmission des entreprises – Actes du colloque du 12 et 13 novembre 2009 - Université de la Réunion, LPA 2012*, n° 108, p. 3.

<sup>104</sup> Si l'utilisation de ces termes laisse penser à un abus de langage, nous justifierons plus loin de leur emploi en tant que termes génériques. V. §21 *in fine*.

<sup>105</sup> Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, *Réexamen du « Small Business Act » pour l'Europe*, du 23 février 2011. Com(2011) 78 final.

données et d'assurer l'accès aux sources de financement, de vulgariser les initiatives d'aides et « d'organiser un marché transparent pour la transmission des entreprises »<sup>106</sup>. Elle a préconisé d'encourager fiscalement la transmission et de « fournir une formation et un appui pour accroître notamment par des campagnes de communication visant à sensibiliser à la nécessité de préparer à l'avance une telle opération »<sup>107</sup> (c'est-à-dire de l'anticiper). Elle reprenait ainsi les principes de sa recommandation du 7 décembre 1994<sup>108</sup>. D'ailleurs, il n'y a pas qu'au sein des techniques de transmission des entreprises que l'anticipation se présente comme un facteur-clé de la poursuite de l'activité.

Le droit de la faillite, devenu le droit des entreprises en difficulté, n'est-il pas précurseur en ce domaine ? Si, à l'origine, le droit de la faillite ne se préoccupait pas de la poursuite de l'activité et n'avait vocation qu'à sanctionner et à éliminer les commerçants défaillants, le droit des entreprises en difficulté en fait désormais l'une de ses priorités. Depuis qu'il est présidé par la distinction du sort de l'homme de celui de l'entreprise, les procédures amiables préventives se sont développées<sup>109</sup>. De nouvelles finalités sont apparues avec la loi du 25 janvier 1985<sup>110</sup> puisque, au-delà de l'apurement du passif, les procédures judiciaires devaient désormais assurer le redressement des entreprises et la conservation des emplois qui y sont attachés, faisant ainsi du droit des procédures collectives un véritable droit des entreprises en difficulté. Plus tard, l'anticipation a été érigée en facteur de réussite de redressement des entreprises et, ainsi, de poursuite des activités comme relevé antérieurement<sup>111</sup>. En effet, l'anticipation a même pénétré la sphère des solutions judiciaires, faisant de la procédure de sauvegarde l'« emblème de l'anticipation »<sup>112</sup>, cette procédure ayant pour finalité explicite

---

<sup>106</sup> Cf. sur ce point : [europa.eu/youreurope/business/exit-strategy/selling-on/index\\_fr.htm](http://europa.eu/youreurope/business/exit-strategy/selling-on/index_fr.htm)

<sup>107</sup> Cf. sur ce point : [europa.eu/youreurope/business/exit-strategy/selling-on/index\\_fr.htm](http://europa.eu/youreurope/business/exit-strategy/selling-on/index_fr.htm)

<sup>108</sup> Recommandation de la Commission n° 94/1069/CE, du 7 décembre 1994, sur la transmission des petites et moyennes entreprises (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

<sup>109</sup> Ce sera d'abord l'ordonnance du 23 septembre 1967 créant la procédure de suspension des poursuites qui initiera l'intégration des procédures amiables ; elles prendront ensuite leur essor avec la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 mettant en place des mécanismes de détection des difficultés par le biais d'une surveillance des entreprises assurée par des comités de restructuration étatiques, l'institution des procédures d'alerte et celle du règlement amiable.

<sup>110</sup> Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

<sup>111</sup> Cf. §18

<sup>112</sup> Discours de Pascale FOMBEUR, « La procédure de sauvegarde est l'emblème de l'anticipation voulue par le législateur », *LPA 2008*, n° 31, p. 3.

« la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif »<sup>113</sup>. Dès lors, le droit des entreprises en difficulté, contribuant déjà à favoriser la poursuite de l'activité, a consacré l'anticipation en facteur-clé de l'atteinte de cet objectif. Intégrant peu à peu l'idée que l'anticipation permet cette poursuite, d'autres branches du droit l'ont appréhendée, à l'instar du droit civil. Ce dernier s'est alors peu à peu sensibilisé au sort de l'entreprise, intégrant ce concept qui lui était étranger afin que l'anticipation contenue par les techniques civilistes puisse servir la poursuite des activités.

**19. L'évolution du droit civil vers la sensibilisation au sort de l'entreprise.** Si l'on s'intéresse aux causes de la cessation d'activité, la plus évidente au regard du droit civil est sans doute le décès du chef d'entreprise. Or, l'entreprise ou les biens la supportant font généralement partie du patrimoine de son dirigeant (du moins en ce qui concerne l'entreprise individuelle). Ainsi, au décès du chef d'entreprise exploitant, le droit des successions organise la transmission de ses biens. Le décès du chef d'entreprise signant la cessation d'activité, le droit des successions organise la transmission de ses biens, dont ceux formant le « patrimoine » professionnel<sup>114</sup>. DESPAX expliquait que l'entreprise, « n'ayant au regard du droit aucune existence propre », « n'est (...) qu'un simple élément du patrimoine de l'entrepreneur qui ne jouit parmi les autres éléments de ce même patrimoine d'aucun régime juridique spécial »<sup>115</sup>. Si l'entreprise est principalement appréhendée comme une unité patrimoniale appartenant au disposant, le droit civil a cependant été sensibilisé à son sort. Le droit des successions a vu l'institution d'une première mesure tendant à assurer la poursuite de l'activité au-delà de la disparition du chef d'entreprise. Par le décret-loi du 17 juin 1938<sup>116</sup>, l'attribution préférentielle de l'exploitation agricole a été instituée afin qu'un héritier puisse poursuivre l'exploitation de l'activité agricole de son parent décédé et, ainsi, préserver la poursuite de l'activité. En suivant, la loi du 19 décembre 1961<sup>117</sup> a étendu le champ

---

<sup>113</sup> Cf. Art. L. 620-1 al. 1<sup>er</sup> *in fine* c.com.

<sup>114</sup> Il n'est pas ici fait référence au patrimoine professionnel affecté à une activité économique tel qu'institué par la loi du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, mais à la masse de biens permettant l'exploitation de l'activité, comprise dans le patrimoine unique de la personne exerçant en nom propre.

<sup>115</sup> Michel DESPAX, *L'Entreprise et le Droit*, th. Toulouse, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957, p. 13, §11.

<sup>116</sup> Décret-loi du 17 juin 1938 tendant à assurer la protection du commerce français.

<sup>117</sup> Loi n° 61-1378 du 19 décembre 1961 modifiant les articles 815, 832, 866, 2013 (3°) et 2019 du Code civil, les articles 790, 807, 808 et 831 du Code rural, et certaines dispositions fiscales.

d'application de l'attribution préférentielle aux entreprises commerciales, industrielles et artisanales ; la loi du 10 juillet 1982<sup>118</sup> l'a élargi en faveur des parts sociales. Par la suite, le droit des libéralités-partages a ouvert ses portes à l'entreprise. À cet effet, la loi du 5 janvier 1988<sup>119</sup> visait spécifiquement l'entreprise individuelle. Enfin, la loi du 23 juin 2006<sup>120</sup> a consacré l'entreprise en droit des successions et libéralités : elle a étendu le mécanisme de l'attribution préférentielle à l'entreprise libérale et à tout type de droits sociaux et elle a supprimé le caractère familial permettant sa mise en œuvre. Cette loi vise aussi les droits sociaux et plus seulement l'entreprise individuelle au sein des dispositions relatives aux libéralités-partages, intégrant, dès lors, partiellement l'entreprise sociétaire ; avec la création du mandat de protection future et surtout avec celle du mandat à effet posthume, elle intègre également dans le droit du mandat les termes de « biens professionnels » pouvant être considérés comme faisant référence à l'entreprise.

Selon AMSELEK<sup>121</sup>, chaque loi nouvelle « vise à encadrer la volonté » ; parfois elle la renforce, parfois elle l'affaiblit. La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités avait notamment pour ambition d' « accroître les rôles de la volonté et de la liberté, [d'] augmenter les pouvoirs du défunt outre-tombe, [d'] encourager les pactes sur succession future (...) »<sup>122</sup>. Les commentateurs de la loi, alors qu'elle n'en était qu'au stade de projet, mettaient à jour la nouvelle place de la volonté dans le droit patrimonial de la famille : « [l]a réforme projetée s'inscrit dans un mouvement législatif déjà ancien et bien connu, qui entend rompre avec la conception révolutionnaire du droit des successions. La volonté individuelle que la Révolution avait voulu écarter, au nom du principe d'égalité de traitement des héritiers, prend une nouvelle fois sa revanche. (...) C'est le retour des prérogatives du particulier, de

---

<sup>118</sup> Loi n° 82-596 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale.

<sup>119</sup> Loi n° 1988-15 du 5 janvier 1988 relative au développement et à la transmission des entreprises.

<sup>120</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités.

<sup>121</sup> Paul AMSELEK, « La part de la science dans les activités de juristes », *D. 1997*, chron., p. 337 : « le droit est constitué de règles pratiques, de règles de conduite, - c'est-à-dire là encore d'outils mentaux, d'appareillages mentaux, artificiellement élaborés par l'esprit humain, fruits eux aussi d'une activité créatrice et artisanale de l'homme. (...) Ces règles visent à encadrer, à guider la volonté des intéressés dans ses déterminations, dans les réalisations qu'elle initie (...) »

<sup>122</sup> Philippe MALAURIE, « Examen critique du projet de loi portant réforme des successions et libéralités », *Deffrénois 2005*, art. 38298, p. 1966.

l'individu (...) »<sup>123</sup>. L'évolution du droit commun des libéralités et la libéralisation de la volonté du disposant tendent à promouvoir l'anticipation de la transmission des entreprises.

Cette loi de 2006<sup>124</sup> traduit le vœu du législateur de maintenir les activités économiques. Elle permet aussi de déceler l'incitation législative à user de l'anticipation aux fins de préserver la poursuite des activités. Le législateur intègre d'ailleurs peu à peu le concept d'anticipation dans toutes ses législations, comme relevé ci-avant<sup>125</sup>. Le Gouvernement lui aussi y est sensible. C'est ainsi qu'a été créée en janvier 2003 une mission interministérielle sur les mutations économiques (M.I.M.E.). Les « premiers travaux de la mission ont permis d'engager un mouvement en faveur d'une nouvelle approche des mutations économiques et des restructurations fondées sur l'anticipation et l'accompagnement des salariés »<sup>126</sup>. Cette mission avait pour objectif d'anticiper les mutations économiques, notamment en vue de « favoriser l'adéquation entre la modernisation des territoires et les filières industrielles »<sup>127</sup>. Elle encourage notamment la mise en œuvre « au sein des entreprises [de] démarches d'anticipation »<sup>128</sup>, que ce soit dans l'objectif de préserver l'emploi ou de faciliter la transmission de l'entreprise directement.

Enfin, le Code civil réserve encore une place à l'entreprise lorsqu'il institue la fiducie en 2007<sup>129</sup>. Cette évolution récente du droit civil en direction d'une appréhension de l'entreprise et d'une reconnaissance de sa spécificité laisse entrevoir les perspectives d'un renouveau quant aux techniques déjà utilisées, pouvant être utilisées, ou qui devraient être utilisées, pour transmettre l'entreprise.

**20. Les techniques civilistes retenues.** Organisées autour de la disparition de la personne, les techniques transmissives du droit civil induisent un schéma anticipatoire de transmission des biens. Le déroulement inéluctable des opérations de succession aux personnes a permis la naissance du phénomène d'anticipation.

---

<sup>123</sup> Marc NICOD, « L'anticipation de la succession », *JCP N 2006*, n°12, p. 607, §5.

<sup>124</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités.

<sup>125</sup> Cf. §6.

<sup>126</sup> Claude VIET, « Le Rôle de l'État dans l'anticipation et l'accompagnement des mutations économiques », *LPA 2003*, n° 232, p. 13, V. p. 15.

<sup>127</sup> Claude VIET, *op. cit.*, v. p. 17.

<sup>128</sup> Claude VIET, *op. cit.*, v. p. 18.

<sup>129</sup> Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie.

Les libéralités assurent l'anticipation de la transmission des biens sur le décès du disposant, soit en proposant une transmission anticipée pour ce qui est des libéralités entre vifs, soit encore en proposant une anticipation de la transmission par le biais des libéralités à cause de mort. Par ailleurs, le démembrement de propriété permet, de même, d'anticiper la transmission des biens, mais aussi leur gestion ; enfin, les techniques de gestion des biens d'autrui présentent une fonction similaire. C'est ainsi la nécessité de trouver un nouveau titulaire à la propriété des biens du futur *de cuius* qui a poussé le droit civil à organiser les transmissions. C'est dans cette réflexion que le phénomène d'anticipation a pu se développer.

L'anticipation prend, pour une part du moins, sa source dans les techniques civilistes. Au vu du renouveau qu'elles subissent, il fallait les rapprocher de l'entreprise. Ce croisement trouvait alors une place naturelle dans l'opération de transmission. Les possibilités d'application que laissent entrevoir les récentes réformes devaient être confrontées aux contraintes du droit de l'entreprise pour cibler les contrariétés entre le droit civil et le droit des affaires et analyser les sources de blocage. L'objectif est de proposer des améliorations des techniques civilistes qui permettraient d'assurer l'efficacité de l'opération de transmission des entreprises en les employant comme vecteur.

Seront par conséquent retenues comme devant ressortir de cette étude : la technique des libéralités, celle des libéralités-partage, le démembrement de propriété, le mandat à effet posthume et la fiducie, dont l'applicabilité théorique à l'entreprise ne semble pas contestée.

**21. L'appréhension de l'entreprise en droit civil.** L'appréhension de l'entreprise par le droit civil, plus spécifiquement par le droit de la famille, doit être analysée. Il conviendra d'exposer les influences réciproques que le droit de la famille et, plus largement, le droit civil, entretiennent avec l'entreprise. Cependant, comme le remarque Monsieur LÉCUYER, « le droit de l'entreprise se construit dans la complète ignorance de la famille ; le droit de la famille progresse dans une relative ignorance de l'entreprise. (...) Le problème est donc un problème d'articulation des deux droits et ce problème se dédouble. Il a d'abord un aspect purement technique : il faut combiner les textes entre eux ; il a ensuite un aspect plus philosophique, politique : il faut vérifier si les droits se concilient quant aux fins qu'ils s'assignent »<sup>130</sup>.

La confrontation de ces techniques civilistes aux enjeux de la transmission des entreprises permettra d'évaluer le niveau de satisfaction que procurent ces techniques quant à leur

---

<sup>130</sup> Hervé LÉCUYER, « Entreprise et famille », *Gaz. Pal.* 2011, n° 138-139, p. 51.

application aux opérations de transmission des entreprises et aux opportunités qu'elles présentent. De là, pourront être cernées les contraintes réciproques issues du droit civil et du droit de l'entreprise et en sera mesurée l'harmonisation du droit positif. Les modalités d'articulation de ces deux branches du droit devront ressortir de l'analyse. Seront proposées des améliorations des textes existants en faveur d'une meilleure adéquation des techniques civilistes aux opérations de transmission des entreprises, tout en respectant les principes directeurs du droit civil. Parallèlement, les effets de cette intégration de l'entreprise par le droit civil sur son évolution seront mis en exergue et les mutations de ce dernier pourront être évaluées.

Pour ce faire, il convient de limiter l'étude aux mécanismes propres à chaque technique retenue, en écartant les conventions annexes qui peuvent faire partie du montage de l'opération de transmission. En effet, la technique transmissive ne se suffira pas à elle-même, dans la plupart des cas, pour opérer la transmission effective de l'entreprise. Des conventions accessoires, ne ressortant pas du pur droit civil, devront être incluses dans le montage juridique afin d'optimiser l'opération de transmission. Ainsi en est-il des engagements de conservation dont l'objectif est d'optimiser le coût fiscal. De même, les garanties de passif et la conclusion d'un contrat d'assurance-vie participent des actes juridiques concourant à la réalisation de l'opération. Plus encore, de multiples conventions propres au droit des sociétés, tels les pactes d'associés (organisant la transmission et la régulation de la répartition du capital de l'entreprise sociétaire), devront être articulés à la technique de transmission lorsqu'elle porte sur l'entreprise sociétaire. L'objectif étant ici d'évaluer les techniques civilistes en elles-mêmes, toutes les conventions et actes annexes précités seront volontairement exclus afin de cibler les forces et les faiblesses de ces techniques. Mais avant d'entrer dans le vif du sujet, une dernière précision s'impose. Il convient encore de délimiter l'étude quant à l'objet transmis : l'entreprise.

En effet, l'étude de l'anticipation de la transmission des entreprises implique de prédéfinir ce qu'elles sont. L'entreprise est avant tout une notion économique. Monsieur GALIMARD écrit qu'elle est une « notion économique et sociale, dont le contenu est loin de faire l'entente sur la définition qu'il convient d'en donner. Les économistes classiques avaient en vue uniquement les propriétaires entrepreneurs, c'est-à-dire les hommes propriétaires de capitaux décidant de produire. L'entreprise était fondée sur la propriété »<sup>131</sup>. Le droit civil semble

---

<sup>131</sup> Michel GALIMARD, « La transmission de l'entreprise », Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise – Études à la mémoire du Doyen Pierre AZARD, Éd. Cujas, 1980, p. 65.

d'ailleurs l'appréhender de la même manière, retenant une vision patrimoniale de l'entreprise. Toujours est-il qu'elle n'est pas encore une notion juridique. Cependant la doctrine tente de la définir et Monsieur BRESJANAC souligne que les « diverses définitions de l'entreprise données par la doctrine reprennent toutes les mêmes éléments, à savoir : des biens, des hommes et un pouvoir. Mais, par ailleurs, le Code civil ne confère aucune unité juridique à cet ensemble »<sup>132</sup>. Dans le même sens, DESPAX précisait que « sous le régime du Code, l'entreprise n'est en effet qu'un simple élément du patrimoine de l'entrepreneur qui ne jouit parmi les autres éléments de ce même patrimoine d'aucun régime juridique spécial »<sup>133</sup>.

L'absence de définition juridique légale<sup>134</sup> invite à délimiter les entreprises qui seront soumises à l'analyse et à déterminer les limites d'appréhension de l'entreprise que le sujet induit ; les techniques civilistes ne permettent effectivement pas de prendre en compte toute la problématique relative à l'anticipation dans la transmission des entreprises. Décrite comme un « ensemble de moyens humains et matériels »<sup>135</sup>, elle est aussi définie comme la « réunion, sous l'autorité de l'employeur ou de ses préposés, de travailleurs salariés poursuivant sous une forme juridique variable une activité commune (...) »<sup>136</sup>. La Cour de justice de l'Union

---

<sup>132</sup> Michel BRESJANAC, « Le droit positif de la transmission », *Dr. et Patr.* 1995, n° 12 – HS, p. 10.

<sup>133</sup> Michel DESPAX, *L'Entreprise et le Droit*, *op. cit.*, p. 13, §11. V. n. b.p. n° 115.

<sup>134</sup> Selon certains auteurs, il n'y aurait pas de définition de référence de la notion d'entreprise en droit, ce qui laisse davantage à penser que l'entreprise n'est pas encore une notion mais seulement un concept juridique. Selon eux, il y aurait autant de définitions juridiques de l'entreprise que de branches du droit qui en traitent. Ils affirment : « Définir l'entreprise : c'est, pour de nombreux juristes, une vraie quête du Graal ! La difficulté, voire l'impossibilité de la démarche conduit, par pragmatisme, à privilégier une approche fonctionnelle de la notion : à chaque discipline qui compose le droit de l'entreprise ou presque, sa définition ». In, Paul-Henri ANTONMATTEI, André DERUE, Dominique FABRE, Dominique JOURDAN, Michel MORAND, Gérard VACHET, et Pierre-Yves VERKINDT, *L'unité économique et sociale – Un périmètre social de l'entreprise*, Lamy, 2011, Coll. Axe Droit, p. 11. V. aussi : Jean-Pierre BERTREL et Marina BERTREL, « Droit des sociétés », *Lamy Droit de l'entreprise 2012/2013*, Lamy, 16<sup>ème</sup> éd., 2012, p. 181 ; Daniel FASQUELLE et Marie-Alice FASQUELLE-LÉONETTI, « Introduction au droit et au droit commercial », *Lamy Droit de l'entreprise 2012/2013*, Lamy, 16<sup>ème</sup> éd., 2012, p. 48, §102.

<sup>135</sup> Gérard CORNU – Association Henri CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> éd. 2007, 2009, p. 364, sous « Entreprise ».

<sup>136</sup> Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 364, sous « Entreprise », II.

Européenne la décrivant ainsi : « elle comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de fonctionnement »<sup>137</sup>.

Cependant, l'entreprise, « n'ayant au regard du droit aucune existence propre »<sup>138</sup> et ne pouvant ainsi être assimilée à une notion juridique, il faut en conclure que les termes de « transmission de l'entreprise » ne sont qu'un abus de langage. En effet, juridiquement, ce n'est pas le transfert de l'entreprise qui sera constaté mais uniquement celui des biens permettant l'exploitation de l'activité économique, activité économique qui permet d'identifier l'entreprise en tant que telle. L'entreprise à transmettre est ici appréhendée comme unité, une unité patrimoniale à transmettre, bien qu'elle n'en soit pas directement l'objet. Ne sont concernés par le transfert de propriété que les fonds, les patrimoines affectés ou les droits sociaux, et non directement l'entreprise dont ils supportent l'activité. L'entreprise ne saurait donc exister sans emprunter une forme juridique. Le droit en propose deux : la forme individuelle (en nom propre ou à patrimoine affecté) et la forme sociétaire. Initiées par des logiques différentes, entreprise individuelle et entreprise sociétaire ne présentent pas les mêmes spécificités ni tout à fait les mêmes enjeux dans le cadre de leur transmission. Il faut alors justifier des entreprises qu'il convient ici d'observer.

**22. Les entreprises observées.** Le rapprochement qui peut être opéré lorsque l'on traite de leur transmission vient de ce que les deux formes juridiques de l'entreprise impliquent la transmission de biens les représentant : les patrimoines affectés ou les fonds d'un côté, les droits sociaux de l'autre. Qu'elle emprunte la forme individuelle ou la forme sociétaire, l'entreprise présente deux composantes obligatoires : le regroupement de moyens et la poursuite d'un objectif, à savoir l'exploitation d'une activité. Ainsi, l'entreprise, regroupement de moyens, peut être vue comme un capital ou un ensemble de biens, objets de propriété à transmettre. L'exploitation de l'activité, qui donne vie à l'entreprise et qui lui est consubstantielle, est indispensable à sa survie. L'entreprise nécessite d'être gérée, gestion dont il faut assurer la passation : la transmission des pouvoirs de gestion en cas de transmission du titre de propriété. L'entreprise a donc deux facettes qui sont généralement

---

<sup>137</sup> CJCE, 23 avr. 1991, Höfner c/ Macrotron, GbmH, Aff. C-41/90 : Rec. CJCE 1991, I, p. 1979 ; CJCE, 12 sept. 2000, Pavlov c/ Stichting Pensioenfond Medische Specialisten, Aff. jtes C-180/98 à C-184/98 : Rec. CJCE 2000, I, p. 6451, pt. 74.V. Sylviane POILLOT-PERUZETTO, Obs. sous arrêts, *RTDcom. 2001*, p. 543.

<sup>138</sup> Michel DESPAX, *L'Entreprise et le Droit, op. cit.*, p. 13, §11. V. n.b.p. n° 115.

exprimées dans les termes suivants : capital/direction, avoir/pouvoir<sup>139</sup>. Deux critères juridiques permettent de la définir : l'existence de deux moyens (humain et matériel) nécessaires à l'exercice d'une activité<sup>140</sup>. Elle est un « objet de propriété », mais n'a d'intérêt que parce qu'elle « poursuit une activité »<sup>141</sup> qui doit être gérée. Lorsqu'il s'agira de la transmettre, ces deux aspects devront être envisagés.

Si la détention d'un patrimoine affecté à une activité professionnelle ou d'un fonds, quelle que soit sa nature, implique généralement la transmission de sa gestion et, par là-même, de la gestion de l'entreprise individuelle, il ne saurait en être de même dans le cadre de l'entreprise sociétaire. Dans ce cas, la transmission des droits sociaux ne saurait entraîner la transmission des pouvoirs de direction relatifs à la société. Ainsi les deux formes juridiques d'exploitation de l'entreprise présentent incontestablement une différence de structure. Il fallait donc choisir de les traiter ensemble ou de n'en retenir qu'une. Si l'étude de l'entreprise individuelle fait partie intégrante du champ de l'étude, en ce que la transmission de sa propriété entraîne celle de sa gestion, le questionnement demeurerait quant à l'entreprise sociétaire. L'approche patrimoniale de l'entreprise retenue par les techniques civilistes impose de n'appréhender la transmission de l'entreprise sociétaire que sous l'angle de la transmission de son capital représenté par les droits sociaux.

En effet, si la transmission des fonds ou des patrimoines affectés emportent transmission de la gestion de l'entreprise individuelle, celle des droits sociaux ne saurait emporter celle de l'entreprise sociétaire mais seulement la gestion de ces droits sociaux. Le disposant-dirigeant de l'entreprise sociétaire qui transmettrait les droits sociaux qu'il détient sur elle, ne peut attribuer au repreneur de ceux-ci la gestion de l'entreprise sociétaire. En effet, il revient exclusivement aux associés ou à certains organes de la société de lui en attribuer les pouvoirs de direction entraînant la gestion de l'entreprise sociétaire ou de les lui reprendre pour les

---

<sup>139</sup> V. sur ce point : *L'entreprise familiale : évolution et transmission*, *op.cit.*, V. n.b.p. n° 53, p. 8 : « Le modèle de Hugron reconnaît deux dimensions à ce processus, soit le transfert de la direction et celui de la propriété. Chacune de ces dimensions se divise elle-même en quatre étapes. Pour ce qui est du transfert de direction, les étapes sont les suivantes : l'incubation du ou des successeurs, le choix du prochain leader, le règne conjoint et l'étape du désengagement du prédécesseur. Pour ce qui est du transfert de propriété, on parle d'une première étape caractérisée par la fixation d'un mode de dévolution de la propriété, soit par le don de parts ou le rachat de parts par les héritiers. (...) »

<sup>140</sup> V. sur ces critères : Jean-Pierre BERTREL et Marina BERTREL, *Lamy Droit de l'entreprise 2012/2013*, *op.cit.*, p. 188, §380. V. n.b.p. n° 134.

<sup>141</sup> Cf. sur ce point : Michel GALIMARD, « La transmission de l'entreprise », *op.cit.*, §1. V. n.b.p. n° 131.

attribuer à une autre personne. Le disposant peut seulement y renoncer et non les transmettre. Ainsi, seules les stratégies relevant des organes de la société peuvent anticiper de manière plus ou moins coordonnée la transmission des pouvoirs des dirigeants de l'entreprise sociétaire ; mais, comme relevé ci-dessus, ces aspects ne ressortent pas des techniques civilistes de transmission. Dans la société unipersonnelle, l'anticipation de la transmission des pouvoirs de direction et donc, par ricochet, de la gestion de l'entreprise sociétaire, se rapproche considérablement de celle de l'entreprise individuelle puisque c'est la personne qui détient les droits sociaux qui désignera le gestionnaire. C'est d'ailleurs souvent la même personne qui assure la direction de cette société, ce qui l'en rapproche davantage encore des hypothèses de transmission de l'entreprise individuelle, outre l'interposition de la personne morale. Ici, l'utilisation de la technique civiliste permettra d'appréhender davantage la transmission des pouvoirs de gestion. La différence de structure entre entreprise individuelle et entreprise sociétaire emporte donc une différenciation de l'appréhension de leur gestion pendant l'opération de transmission. De plus, en pratique, il est très rare de transmettre l'intégralité des droits sociaux d'une société pluripersonnelle à une seule et même personne car il faudrait pour cela que les différents détenteurs des droits sociaux s'accordent tous en même temps pour transmettre leur participation à la même personne ; bien souvent, l'opération ne concernera qu'une fraction de ceux-ci. L'entreprise sociétaire n'est donc pas transmise dans son entier. Il aurait été possible d'exclure définitivement l'entreprise sociétaire du champ d'investigation de l'étude mais notre conception de l'anticipation dans la transmission des entreprises par le biais des techniques civilistes aurait été amputée, puisqu'un disposant détenant des droits sociaux peut mettre en œuvre ces techniques civilistes pour les transmettre par anticipation. De plus, ces droits sociaux seront rattachés au patrimoine d'une personne en tant qu'« objets de propriété » et devront, à ce titre, être gérés et transmis.

La transmission des seuls droits sociaux devait-elle ainsi être appréhendée ou, au contraire, écartée du champ de notre étude ? Le parti pris est ici de les retenir car, si la transmission de l'entreprise sociétaire ne se limite pas à la seule transmission des droits sociaux, la première participe incontestablement de la seconde. De surcroît, elle se révèle être le seul aspect que les techniques civilistes anticipatoires de transmission puissent appréhender. À ce titre, la transmission des participations ne pouvait être ignorée. Nous avons donc choisi une acception large des termes de « transmission d'entreprise ». Le propriétaire qui transmet est celui qui détient les biens ou patrimoines « représentatifs » de l'entreprise (en totalité, ou même

seulement partiellement s'il s'agit de droits sociaux) et leur gestion, que soit entraînée ou non la gestion de l'entreprise elle-même.

Ces précisions apportées, il est nécessaire de procéder au rappel des principales idées directrices ici présentées, ceci afin de formuler les questionnements qui guideront les développements suivants.

**23. Transmission de la propriété et de la gestion de l'activité de l'entreprise.** Comme exposé ci-avant, le temps est le support du phénomène juridique d'anticipation. La transmission de l'entreprise ou sa reprise s'inscrit dans le temps<sup>142</sup>. Les opérations de transmission d'entreprise ayant habituellement une durée d'une à deux années, la mise en œuvre du transfert de propriété du titre ne suffit pas, la transmission de la gestion de l'activité doit aussi être organisée. De plus, si l'opération de transmission s'étale sur plusieurs années, il faudra encore prévoir et organiser les modalités de gestion de l'entreprise pour ce temps intermédiaire de transmission et, par ailleurs, éviter toute vacance aux postes de direction. L'analyse de l'application des techniques civilistes à l'entreprise doit être précédée d'une recherche visant à déterminer comment elles l'apprécient. Peut-être cette recherche permettra-t-elle alors de préciser le concept d'entreprise. Mais au-delà, la confrontation de l'anticipation aux enjeux de la transmission du titre de propriété d'une part, de la gestion de l'activité de l'entreprise d'autre part, devra être menée. L'analyse de l'effectivité et de l'efficacité de l'application de ces techniques à l'entreprise permettra de prendre position sur l'opportunité d'y recourir et, à défaut, sur les nécessités de les mettre en adéquation ou, au contraire, de ne pas y recourir dans le cadre de l'anticipation de la transmission de l'entreprise.

De plus, le phénomène d'anticipation et l'opération de transmission ayant chacun un rapport indéniable au temps, il a été nécessaire de préciser ce rapport entre *temps* et *entreprise*. Le temps se présente comme un facteur de réalisation de la transmission, parfois même comme un facteur d'optimisation de l'opération. Il permet de s'adapter à toutes les situations de fait induisant une transmission de l'entreprise ; il est à la fois le support de l'anticipation et celui de la transmission. Si les techniques civilistes permettent de transférer tant le titre de propriété que la gestion de l'entreprise, l'anticipation permet d'aborder l'opération de transmission de

---

<sup>142</sup> Plusieurs phases viennent la jaloner : l'élaboration du projet de transmission ou de reprise, la recherche du repreneur ou de l'entreprise cible, la construction du plan de transmission/reprise, leur négociation, la recherche et la mise en place du financement, et la transmission effective. Cf. pour ces différentes étapes : Pierre-Yves TUAL, Sophie POTEILL et la Chambre du commerce et d'industrie (Paris), *op. cit.*, p. 15 et p. 37. V. n.b.p. n° 52.

deux manières ; en ressortent ainsi ses deux aspects : l'aspect constaté et l'aspect expectatif de l'anticipation ci-avant relevés<sup>143</sup>.

**24. La transmission anticipée et l'anticipation de la transmission de l'entreprise.** Il apparaît que certaines techniques civilistes anticipatoires de transmission permettent une réalisation par avance du transfert de propriété de l'entreprise, emportant celle de sa gestion. Ainsi seront transférés le titre de propriété du fonds, du patrimoine affecté ou des droits sociaux, et leur gestion. Le titre de propriété sera transmis de manière anticipée. L'entreprise est dans ce cas envisagée en tant qu'unité patrimoniale à transmettre d'un prédécesseur à un repreneur. La vision patrimoniale de l'entreprise prime. L'entreprise est l'objet de l'opération de transmission. Le droit civil permet alors de transférer la propriété de cette unité avant que le décès du chef d'entreprise n'intervienne ou avant qu'elle ne soit laissée à l'abandon. C'est ainsi que la transmission de l'entreprise sera anticipée.

D'autres techniques anticipatoires permettent de scinder l'entreprise aux fins de différer dans le temps la transmission de sa gestion de celle du titre de propriété qu'elle confère. Une entreprise ne pouvant survivre sans être gérée, c'est ici la gestion qui préside à l'organisation de l'anticipation. Le juriste use alors de l'anticipation afin d'assurer la continuité de l'exploitation de l'activité de l'entreprise au-delà de l'opération emportant sa transmission. En effet, se détachant de la vision patrimoniale, le juriste privilégie la prise en compte de la continuité de l'exploitation en érigeant *l'intérêt de l'entreprise* en critère d'opportunité du recours à la technique juridique. Or, la référence à son intérêt appelle une précision : l'intérêt général ressortant de la conservation des emplois et des richesses générés par l'entreprise se reporte sur l'entreprise. En effet, la poursuite de l'intérêt général à travers le prisme des entreprises conduit à travailler à la préservation de leur survie, voire à leur développement, afin que soient précisément conservés les emplois et les richesses générés. L'intérêt général participe alors à l'autonomisation de l'entreprise par rapport à l'homme. C'est d'ailleurs en ce sens qu'œuvre le droit de l'entreprise. Il préserve cet intérêt général en appréhendant l'entreprise « comme la réunion d'une cellule économique rassemblant des éléments matériels et d'une cellule sociale composée d'éléments humains, le tout étant tourné vers une activité économique durable »<sup>144</sup>. Les travaux relatifs à l'entreprise : ceux de DESPAX<sup>145</sup> d'abord, et

---

<sup>143</sup> Cf. §10.

<sup>144</sup> Daniel FASQUELLE et Marie-Alice FASQUELLE-LÉONETTI, *op. cit.*, p. 48, §102. V. n.b.p. n° 134.

<sup>145</sup> Cf. Michel DESPAX, *L'Entreprise et le Droit*, *op. cit.* V. n.b.p. n° 115.

ceux de HOUIN<sup>146</sup> en droit des entreprises en difficulté ensuite, distinguant le sort de l'homme du sort de l'entreprise, ont initié le détachement opéré entre eux. S'opère alors une « *distanciation* » entre l'entreprise et son propriétaire<sup>147</sup>, permettant à la première « d'affirmer son identité »<sup>148</sup>. Cette distinction ressort du phénomène plus général du détachement constaté entre l'homme et le patrimoine<sup>149</sup>. Le mouvement d'autonomisation des biens et des patrimoines par rapport à l'homme implique leur appréhension intrinsèque, sans regarder leur lien avec une personnalité juridique. Ce mouvement est d'autant plus marqué en ce qui concerne l'entreprise puisque son intérêt permet de la différencier plus facilement de l'homme qui l'abrite dans son patrimoine. Cela permet de l'appréhender plus facilement. Ainsi, le sort de l'entreprise, désormais différencié du sort de l'homme, préoccupe. Son intérêt est reconnu, ce qui la rapproche des personnes. Et sans aller jusqu'à sa personnification, le lien qu'elle entretenait avec la personnalité juridique de l'entrepreneur semble avoir laissé quelques empreintes. L'entreprise n'est pas un *sujet de droit* mais elle est plus qu'un simple *objet du droit*. Elle n'est donc pas qu'une simple unité patrimoniale. L'entreprise, jusque là en équilibre, considérée comme une simple unité, semble basculer et tend à se révéler en tant qu'entité. C'est ainsi que l'intérêt de l'entreprise, guidant l'opération de transmission, permettra la mise en place d'un schéma visant à l'anticiper ; l'anticipation de la transmission de l'entreprise complètera alors sa transmission anticipée.

La transmission du titre de propriété pouvant ainsi être anticipée et complétée par l'anticipation de la transmission de sa gestion, les deux aspects de l'anticipation seront approfondis : les aspects constaté et expectatif précités se confondant respectivement avec les

---

<sup>146</sup> Cf. Travaux préparatoires de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

<sup>147</sup> Daniel ALIBERT, « À la recherche d'une structure juridique pour l'entreprise individuelle », *In Dix ans de droit de l'entreprise*, avant-propos Jean-Marc MOUSSERON et Bernard TEYSSIÉ, Librairies techniques, 1978, p. 78.

<sup>148</sup> Daniel ALIBERT, *op. cit.*, p. 78.

<sup>149</sup> Marie-Hélène MONSÉRIÈ-BON, Grégory KALFLÈCHE, Francine MACORIG-VENIER et Jean-Gabriel SORBARA, avec la collaboration des doctorants de *l'institut Maurice Hauriou et du centre de droit privé des affaires* : Sophie ATSARIAS, Myriam CAZAJUS, Marie DAËRON, Mathilde DOLS, Marion DUEDRA, Hélène DURAND, Eugénie FABRIÈS-LECÉA, Amélie MAUREL, Hélène POUJADE, Jean-François GIACUZZO, Maxime BOUL, « Le dépassement des liens entre personne et patrimoine- analyse comparée droit privé/droit public », *In La personnalité juridique : traditions et évolutions - Journées des 24 et 25 novembre 2011*, sous la direction de Xavier BIOY, Les Travaux de l'IFR Mutation des Normes juridiques, n°14, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2013, p. 253, V. p. 261 *in fine*.

aspects temporel et fonctionnel de l'anticipation. L'aspect constaté ressort de la réalisation immédiate de la situation juridique de transmission, et ce par anticipation (d'où l'aspect temporel), tandis que l'aspect expectatif correspond à l'organisation préalable de la période de transmission, entre les deux situations juridiques d'avant-reprise et d'après-reprise (d'où l'aspect fonctionnel). L'aspect temporel ou constaté de l'anticipation sera en premier lieu analysé. La situation juridique, générée par l'anticipation, emporte l'anéantissement de la formation de celle qui était appelée à se présenter par la seule réalisation de l'évènement anticipé. Traduite dans le langage de la transmission d'entreprise, sera ici menée l'analyse de la formation par avance de la situation juridique de reprise. Quant à l'aspect fonctionnel ou expectatif de l'anticipation, il sera illustré au travers de techniques permettant d'organiser le cadre de gestion de l'entreprise pour le temps de l'opération de transmission qu'elle doit subir. Les techniques civilistes de transmission permettent d'organiser cette période de transition que subit l'entreprise en transmission. C'est donc ici le *présent* de l'opération de transmission qui sera analysé. Le droit civil offre en effet certaines techniques permettant de gérer l'entreprise en transmission. Cette analyse donnera l'occasion de mettre en exergue la division du temps de l'anticipation, division reflétée par la transmission différée de la gestion de l'activité de l'entreprise. Ainsi, la *transmission anticipée* devra être opposée à *l'anticipation de la transmission* et, si la première permet de transférer la propriété de l'entreprise (Partie I), la seconde offre les moyens de sa gestion et, par là, la transmission de son activité (Partie II).

Partie I : La transmission anticipée de la propriété

Partie II : L'anticipation de la transmission de l'activité



# PARTIE I – LA TRANSMISSION ANTICIPÉE DE LA PROPRIÉTÉ

**25. La transmission anticipée de la propriété par les libéralités.** La propriété est au cœur des techniques de transmission anticipée. Elle est l'un des fondements<sup>150</sup> de notre ordre juridique. Évoluant en droit français d'une conception collective vers une conception individualiste, la propriété individuelle n'a jamais cessé d'être renforcée. Cette individualisation du droit de propriété se reflète parfaitement en droit des successions et des libéralités où le disposantpropriétaire est tout puissant parmi les siens<sup>151</sup>. La liberté qui lui est accordée est inhérente au caractère permanent de la propriété qu'est l'exclusivité<sup>152</sup>. Lorsque le droit de propriété porte sur une entreprise, en assurer la stabilité est un facteur primordial de réussite de sa transmission, (notamment, du point de vue du repreneur qui ne saurait s'investir pleinement dans l'entreprise reprise sans avoir l'assurance de la conserver dans son patrimoine). L'anticipation doit être mise au service de la stabilité du droit de propriété du repreneur d'entreprise et de la sécurisation de l'opération de transmission. Les techniques anticipatoires que sont les libéralités seront analysées à travers le prisme de la garantie qu'elles confèrent aux repreneurs quant à cette stabilité, laquelle doit être assurée en vue de garantir la poursuite de l'activité.

Pour aliéner à titre gratuit les biens supports de l'exploitation de l'activité, le disposant peut user des libéralités. Il en existe deux sortes : les libéralités entre vifs et les libéralités à cause

---

<sup>150</sup> Le nombre d'ouvrages consacrés à la propriété en témoigne. L'une des œuvres majeures ayant contribué à l'évolution de la notion est l'étude contemporaine de Monsieur ZÉNATI. Cf. Frédéric ZÉNATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : Contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon, dactyl., 1981.

<sup>151</sup> Cf. sur ce point : Michel GRIMALDI, « Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », *op. cit.*, p. 2551, §9 *in fine*. V. n.b.p. n° 44.

<sup>152</sup> Cf. sur ce point : Émile SENNÉ, « « La propriété temporaire » : Un révélateur des caractères de la propriété », *Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif 2005*, n°4, p. 1821.

de mort. Cette dichotomie ramène à la distinction des deux formes d'anticipation : si les premières permettent d'avancer la date de réalisation du transfert de propriété par rapport au décès du *de cuius*, les secondes permettent seulement de préparer ce transfert en organisant par anticipation les futurs liens successoraux. Aussi, les libéralités entre vifs comme celles à cause de mort revêtent un caractère anticipatoire, mais ces développements ayant pour ambition d'illustrer *la transmission anticipée* et non *l'anticipation de la transmission*, les libéralités à cause de mort seront, *de facto*, laissées de côté. La *transmission anticipée* emporte un avancement dans le temps de la date du transfert de propriété qui ne serait intervenu, à défaut, qu'à l'ouverture de la succession ou au partage qui doit lui succéder.

**26. L'anticipation successorale au service de la prévention de l'indivision de l'entreprise.** La transmission de l'entreprise sera donc anticipée par rapport au moment du décès du chef d'entreprise. Il s'agit du premier repère temporel de l'anticipation, repère relatif à la vie de l'Homme qui s'inscrit dans le temps. Elle prend pour repères : la naissance, l'enfance, l'adolescence, la parentalité, la vieillesse, et enfin, le décès. La référence ici faite au « temps » ne saurait se satisfaire d'un seul repère chronologique. L'anticipation est révélée par une suite de faits ou d'actes juridiques positionnés sur l'échelle du temps. La décomposition temporelle proposée prendra deux points de repère, à partir desquels se manifeste le phénomène juridique d'anticipation : le moment où est mis en œuvre l'acte d'anticipation tout d'abord (soit l'acte constatant la libéralité), et celui de la survenance du fait redouté, à savoir le décès provoquant l'ouverture de la succession. Le décès rend nécessaire<sup>153</sup> le recours à l'anticipation, ici à l'anticipation successorale, pour éviter toute perturbation dans le fonctionnement de l'entreprise due à la survenance soudaine du décès du chef d'entreprise, puisque les évènements de la vie privée de l'homme interfèrent sur la poursuite de l'activité de l'entreprise. Le sort de l'entreprise, dont le chef d'entreprise décédé ne peut plus *de facto* poursuivre l'activité, prend ici, à l'instar du droit des entreprises en difficulté, une place prépondérante. Le temps doit être utilisé en faveur de la continuité de l'activité de l'entreprise.

---

<sup>153</sup> Selon Madame BUOT DE L'ÉPINE la nécessité fonde le recours à l'anticipation en droit civil (nécessité d'anticiper le décès du chef d'entreprise) ; elle explique ensuite qu'*a contrario*, c'est le risque qui engendre ce même recours en droit commercial. Cf. Muriel BUOT DE L'ÉPINE, *La notion d'anticipation en droit commercial*, th. Paris I, dactyl., 1976, p. IV et 82. V. aussi : Jean-Claude HALLOUIN, *L'anticipation – Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, op. cit., p. 206, dactyl. V. n.b.p. n° 35 ; Didier MARTIN, « La transmission de l'entreprise face au droit patrimonial de la famille », *In La transmission des entreprises – Enjeux et Perspectives*, op. cit, p. 44. V. n.b.p. n° 170.

Les libéralités permettent alors d'anticiper l'évènement futur du décès du chef d'entreprise et ses conséquences néfastes sur l'entreprise, engendrées par son intégration à la masse successorale soumise au régime de l'indivision. En effet, si certains biens ne souffrent pas de leur placement sous le régime juridique de l'indivision, tels qu'ils ne s'en trouvent pas dépréciés, l'entreprise n'est pas un objet à transmettre comme les autres. Elle nécessite réactivité et se trouve atteinte dans son fonctionnement lorsque les droits qu'elle génère au profit des personnes trouvent difficulté à s'appliquer avec fluidité. Les effets pervers de l'indivision ont, à de nombreuses reprises, été dénoncés<sup>154</sup>. Bien qu'il y ait eu des évolutions<sup>155</sup> quant à la gestion de l'indivision, notamment avec la loi du 23 juin 2006<sup>156</sup>, cette situation juridique reste aujourd'hui encore une « entrave [à] l'exploitation normale du fonds et peut provoquer une diminution de sa valeur, et même une perte complète si l'on doit arrêter l'exploitation. (...) La vie de l'entreprise ne se satisfait jamais d'une pluralité de décideurs »<sup>157</sup>. L'importance que les entreprises ont su conquérir sur le tissu économique local et national impose une volonté politique de stratégie économique tendant à préserver les entreprises et à favoriser leur survie dans les temps difficiles de leur évolution et, notamment, lors des opérations de transmission. Afin d'éviter le recours au droit de la faillite après l'échec d'une opération de transmission, l'anticipation permet d'agir dans le sens de la prévention.

L'anticipation successorale de la transmission de l'entreprise permet ainsi d'éviter cette situation juridique d'indivision ; elle la place dans une situation juridique immédiate et nouvelle. En vue de son décès, plus ou moins lointain, le disposant se détache, dans le *présent*, de certains de ses biens, afin que ses descendants ou ses proches puissent en profiter à leur tour, sans avoir à subir la situation d'indivision annoncée par l'ouverture de sa succession dans le *futur*. De part sa volonté, le chef d'entreprise déclenchera la transmission anticipée de son entreprise, mise en œuvre à l'aide d'une technique civiliste de transmission

---

<sup>154</sup> Cf. sur ce point : François FRULEUX, « Transmission d'entreprise – De l'innocuité relative du partage de succession », *JCP N 2006*, n° 15-16, 1165, p. 796, §2 ; Frédéric LUCET, « L'entreprise indivise à la merci des créanciers personnels de chaque indivisaire », *In Les activités et les biens de l'entreprise - Mélanges offerts à Jean DERRUPÉ*, Litec, 1991, p. 315, § 2 et 3 ; Jean-Philippe MABRU, « L'entreprise face à l'indivision successorale », *Dr. et Patr.* 1993, n° 2 – suppl., p. I et II.

<sup>155</sup> Ont notamment été assouplies les règles d'unanimité relative à l'indivision successorale, pour voir apparaître de plus en plus d'actes pouvant être réalisés par un héritier dans le cadre de la gestion d'une entreprise. De même, la notion d'actes n'entraînant pas acceptation a été élargie. Enfin les règles relatives à l'attribution préférentielle de l'entreprise ont été renforcées.

<sup>156</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités.

<sup>157</sup> Jean-Philippe MABRU, *op. cit.*, p. II.

anticipée des biens. La volonté permet alors d'engendrer l'anticipation successorale. Monsieur HALLOUIN précisait d'ailleurs que « la définition ordinaire de l'anticipation successorale repose (...) sur le pouvoir que la volonté individuelle a, au moyen du contrat, de modifier le déroulement de la succession de son auteur »<sup>158</sup>. Le prédécesseur usera des libéralités pour orienter le déroulement de sa succession et le sort de son entreprise.

**27. L'entreprise et les techniques civilistes de transmission anticipée.** Les libéralités sont d'ailleurs aujourd'hui largement utilisées pour organiser la transmission du patrimoine. Elles ont été instituées en vue de leur application aux biens compris dans le patrimoine du futur défunt comprenant essentiellement des biens mobiliers et immobiliers. Cependant, le législateur n'a pas proscrit leur applicabilité à la transmission des entreprises. Leur adaptation au milieu des affaires doit être évaluée.

Cependant, les techniques civilistes de transmission anticipée que sont les techniques des donations et des donations-partages ont été conçues afin de permettre la transmission par anticipation du patrimoine d'un disposant. La logique animant ces techniques procède donc d'une certaine globalité. Il s'agit en priorité de transmettre de manière anticipée tout le patrimoine du disposant, sans forcément que ne soient envisagés spécifiquement par la législation encadrant ces techniques les différents biens le composant. Issues du droit des libéralités, les donations subissent les effets incontestables du droit des successions. Techniques rattachées au droit patrimonial de la famille, elles ressortent de la sphère privée de la personne<sup>159</sup>. La transmission de l'entreprise ressort, au contraire, de la sphère professionnelle. La transmission de l'entreprise par libéralité implique alors un recoupement de ces deux sphères. Il faut en analyser les incidences et plus particulièrement leurs effets sur la continuité de l'activité de l'entreprise. En d'autres termes, il faut prendre position quant à l'adaptation ou à l'adaptabilité du droit des libéralités à la transmission avancée dans le temps

---

<sup>158</sup> Jean-Claude HALLOUIN, *L'anticipation – Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, op. cit. p. 217. V. n.b.p. n° 35.

<sup>159</sup> POTHIER écrivait que « la donation est du droit des gens » (*In POTHIER Robert Joseph (Œuvres de), Œuvres de Pothier : contenant les traités du droit français*, t. 11, n. éd., par André-Marie-Jean-Jacques DUPIN, Paris – C. Bechet Aîné Libraire et F.-M. Maurice, 1925, p. 136, sous « Donation entre-vifs »). BATIFFOL soulignait d'ailleurs les limites du droit de la famille en ces termes : il « est assez naturellement moins facile à élaborer que le droit patrimonial, parce que les états d'âme y occupent une place d'importance directe, alors qu'elle n'est qu'indirecte en matière patrimoniale » ; *In Henri BATIFFOL, « Existence et spécificité du droit de la famille », In Archives de philosophie du droit – Réformes du droit de la famille*, t. 20, Sirey 1975, p. 7, V. p. 14.

de la propriété de l'entreprise. La transmission sera-t-elle effective et efficace ? L'intégrité de l'unité qu'elle constitue sera-t-elle respectée ? Les besoins de sécurité, de rapidité et de flexibilité, inhérents au monde des affaires et donc plus spécifiquement à la vie de l'entreprise devront être respectés ; le fonctionnement de l'entreprise, quelle que soit sa forme juridique, devra être préservé pour conclure à la satisfaction procurée par ces techniques anticipatoires quant à l'objectif de préservation des activités des entreprises transmises et de sécurisation de la situation juridique de reprise.

Pour satisfaire à la réactivité nécessaire à l'opération de transmission, encore faut-il que l'entreprise y soit appréhendée tout en respectant son intégrité. Mais justement, la notion d'entreprise est une notion économique qui tend à être appréhendée par le droit des affaires ; qu'en est-il en droit civil ?

L'analyse de l'appréhension civiliste de l'entreprise par les techniques civilistes de transmission anticipée se révèle ainsi nécessaire : comment y est-elle envisagée, décrite, traitée ? Il convient de vérifier que ces techniques civilistes de transmission anticipée respectent l'intégrité de l'unité économique de l'entreprise, et permettent ainsi de concourir à l'optimisation de sa transmission.

L'étude de l'anticipation confrontée à la transmission des entreprises appelle une analyse intrinsèque de l'opération de transmission, pour mesurer les conséquences de l'anticipation de la transmission sur l'opération de transmission elle-même (Titre II). Cependant, la spécificité de l'étude ressort de son objet puisqu'il s'agit d'appréhender cette opération juridique lorsqu'elle est mise en œuvre à l'envers de l'entreprise. Qu'est-ce alors que l'entreprise en droit des libéralités et des successions ? Qu'est-ce que l'entreprise transmise, l'entreprise à transmettre (Titre I) ?

Titre I – La réception malaisée de l'entreprise par les techniques civilistes de transmission anticipée

Titre II – L'application prometteuse des techniques civilistes à la transmission anticipée de l'entreprise



## TITRE I – LA RÉCEPTION MALAISÉE DE L'ENTREPRISE PAR LES TECHNIQUES CIVILISTES DE TRANSMISSION ANTICIPÉE

**28. L'entreprise, notion juridique ?** L'entreprise ne connaît pas de définition juridique claire et arrêtée ; « c'est un phénomène économique qui prend la forme d'une institution, c'est-à-dire d'un organisme créé par la coutume ou par la loi, phénomène économique devant lequel le juriste doit se placer pour l'examiner sous l'angle de ses données juridiques et pour le faire entrer dans le cadre de la vie juridique »<sup>160</sup>. Notion en construction<sup>161</sup>, ou simple concept juridique, « l'entreprise transcende (...) les classifications juridiques »<sup>162</sup>, qui ne font référence qu'aux fonds et aux sociétés, « les rapports de pouvoirs, de domination qui [l'anime] échappent aux préceptes juridiques »<sup>163</sup>. La doctrine de l'entreprise<sup>164</sup> construit peu à peu cette notion, mais l'entreprise ne peut pour l'heure être qualifiée de notion juridique ni classée dans la catégorie des biens. De là, naît l'originalité de l'étude puisqu'il s'agit d'analyser l'opération juridique de transmission. Or les opérations de transmission concernent les objets de propriété pouvant être transmis, mais l'entreprise n'étant pas un objet du droit, l'examen parallèle de ce qu'est l'entreprise à transmettre ou l'entreprise transmise en droit des successions et des libéralités rencontre une première difficulté : la détermination des entreprises comprises dans leur champ d'application.

**29. L'entreprise en droit civil.** Cette référence au champ d'application ne doit pas porter à confusion. La délimitation corrélatrice implique forcément l'exclusion de certaines entreprises, car l'entreprise est considérée en droit civil de manière spécifique et différente de

---

<sup>160</sup> Joseph HAMEL, « 1<sup>o</sup> Introduction », *RIDC 1954*, vol. 6, n<sup>o</sup> 3, p. 554.

<sup>161</sup> SAVATIER dit de l'entreprise qu'elle est « une notion économique implantée en pleine construction juridique » : René SAVATIER, « Les aspects économiques du droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle », *Rev. éco. 1953*, Vol. 4, n<sup>o</sup> 1, p. 117

<sup>162</sup> Jean-Pierre BERTREL et Marina BERTREL, *op. cit.*, p. 190, §382. V. n.b.p. n<sup>o</sup> 134.

<sup>163</sup> Gérard LYON-CAEN et Antoine LYON-CAEN, « La « doctrine » de l'entreprise », *In Dix ans de droit de l'entreprise*, avant-propos Jean-Marc MOUSSERON et Bernard TEYSSIÉ, Librairies techniques, 1978, p. 602.

<sup>164</sup> V. sur ce point : Gérard LYON-CAEN et Antoine LYON-CAEN, *op. cit.*, p. 599 ; Jean PAILLUSSEAU, *La société anonyme : technique d'organisation de l'entreprise*, th. Rennes, Sirey, 1967 ; Claude CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, th. Rennes, Sirey, 1962 ; Michel DESPAX, *L'Entreprise et le Droit*, *op. cit.*, V. n.b.p. n<sup>o</sup> 115.

l'appréhension que peut habituellement en faire le droit commercial. La vision commercialiste place en effet l'entreprise au cœur de sa réglementation. Articulé autour de l'entreprise, le droit commercial présente la particularité d'être dédié à la régulation du marché des entreprises et des entrepreneurs. Il a tissé une si grande toile autour d'elle, que le droit civil n'avait que peu de place pour innover. Il le fait en matière de transmission anticipée, notamment en droit des successions, où l'entreprise est appréhendée en tant qu'unité patrimoniale, partie d'un tout, le patrimoine, attaché à la personne. La personne est la référence en droit civil, et les règles ne sont pas élaborées pour servir l'entreprise, mais davantage l'Homme qui la dirige. La personne supplante l'objet. Il est donc primordial d'analyser la vision civiliste de l'entreprise, qui se distingue quelque peu de la vision commercialiste<sup>165</sup>.

Les textes du Code civil n'appréhendaient que très peu l'entreprise. Cependant la loi de 2006<sup>166</sup> permet de constater une avancée considérable. C'est en effet l'un des objectifs phares de cette loi que de favoriser la transmission des entreprises par le biais des techniques civilistes. Heureusement, la jurisprudence avait fixé quelques principes directeurs et la doctrine s'intéressait déjà à certains aspects de l'application de ces techniques à l'entreprise. Le régime juridique de sa transmission par les techniques civilistes de transmission anticipée semble n'en être encore qu'au stade expérimental mais l'avenir semble prometteur. Analyser les techniques civilistes de transmission anticipée, à travers le prisme de l'entreprise, permettra de vérifier que l'objectif de préservation, promu par le droit commercial, est aussi pris en considération par le droit civil et est réalisable. En effet, le recours à l'anticipation aux fins de transmission de l'entreprise doit être guidé, comme explicité ci-avant, par l'objectif d'optimisation de sa situation juridique. Il faut vérifier que ces techniques orientées vers l'homme, ne le soient pas au détriment de l'entreprise ici envisagée en tant qu'unité patrimoniale.

**30. L'entreprise : Du contenant au contenu.** La pratique de l'usufruit, des donations et des donations-partages, ayant pour objet une entreprise, laisse apparaître certaines lignes directrices : l'entreprise est saisie par le droit des libéralités et des libéralités-partages. Comme en droit commercial, les deux formes juridiques d'exploitation y sont appréhendées, mais de manière partielle ou maladroite. Le droit civil tient ainsi une approche directe de l'entreprise, en appréhendant la forme juridique qu'elle peut revêtir. Il semble alors que

---

<sup>165</sup> Cf. §452.

<sup>166</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités.

l'entreprise soit avant tout une enveloppe. Cependant cette approche se révèle imparfaite, car impropre à envisager l'entreprise dans sa globalité. Mais le droit civil avait anticipé cette lacune : avant d'avoir identifié le contenant, l'encadrement juridique en avait apprécié le contenu. L'entreprise reste, avant tout, pour la législation civiliste encadrant ces techniques, un élément patrimonial à transmettre : l'unité patrimoniale qui sort du patrimoine du prédécesseur pour entrer dans celui du repreneur. Les règles civilistes avaient ainsi opéré une nécessaire systématisation de l'entreprise selon des critères propres, tout en s'inspirant de ses spécificités. Évoluant donc de ses composants à son enveloppe, la prise en compte de l'entreprise par le droit civil semble aujourd'hui plus avancée et le concept d'entreprise tend à être érigé en notion dont la définition se précise : l'entreprise est un contenant (I), elle a un contenu (II).

Chapitre I – L'approche directe : le contenant limitativement appréhendé

Chapitre II – L'approche indirecte : le contenu systématisé par la notion d'*état*



# Chapitre I – L’approche directe : le contenant limitativement appréhendé

---

**31. La reconnaissance initiale de la spécificité de l’entreprise par le droit des successions.** La plupart des techniques civilistes de transmission ne visent pas de manière spécifique l’entreprise. L’entreprise est en réalité un objet de libéralité comme les autres ; le législateur ne fait pas de distinction, que les biens donnés aient ou non une portée économique<sup>167</sup>, qu’ils soient statiques<sup>168</sup> ou bien dynamiques. L’entreprise n’étant pas spécifiquement régie par le droit des libéralités, le droit commun lui est appliqué, la doctrine et la jurisprudence s’occupant de transposer ces règles à l’entreprise. Le droit de l’entreprise prend ensuite le relais quant aux obligations de publicité relatives au transfert de propriété, permettant d’assurer la sécurité juridique et l’information dans le milieu des affaires. Ces techniques civilistes se révèlent plus ou moins adaptées, mais la reconnaissance de l’entreprise en droit civil a tout de même été initiée en droit des successions.

En effet, le droit des successions a, en premier lieu, pris en compte les spécificités de l’entreprise. L’origine de cette intégration tient à la nécessité de traiter de leur dévolution au sein de la succession. Le droit des successions, droit des personnes, a effectivement vocation à régir la situation juridique des biens des personnes décédées. Il comprend donc dans son champ d’action les entreprises de ces dernières. Puisque le droit des libéralités ne le prenait pas en considération de manière spécifique, le droit des successions se trouvait

---

<sup>167</sup> Joël MONNET, « La continuation de l’entreprise par un héritier », *In Etudes réunies par Jean-Claude HALLOUIN, Hervé CAUSSE et Joël MONNET, La location d’actions et de parts de SARL, La réforme du droit des successions et la transmission des entreprises, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales – Université de Poitiers, LGDJ, 2008, p. 75.* Ici l’auteur s’intéresse à « l’architecture du droit successoral », et relève qu’il « ne connaît pas de dispositions particulières à la succession à une entreprise ». Mais cette remarque peut pareillement être relevée quant au droit des libéralités et aux donataires-repreneurs.

<sup>168</sup> Paradoxalement, le législateur vise souvent dans ces dispositions les immeubles, mais pas les entreprises. Cependant, les premiers sont concernés par des dispositions concourant principalement à la réalisation de l’opposabilité du transfert de propriété. Le droit commun des libéralités n’a pas à encadrer l’opposabilité du transfert de propriété de l’entreprise, poursuivi par les règles spéciales du droit de l’entreprise. En effet, le droit commercial et le droit des sociétés assurent une publicité autonome de la cession de l’entreprise, que l’objet de la vente soit un fonds, un patrimoine affecté à une activité professionnelle, ou des droits sociaux. Enfin, le droit commun des contrats et des obligations assure l’opposabilité aux tiers des éléments cédés de l’entreprise lorsqu’elle sera représentée par un fonds libéral, artisanal ou agricole.

inéluclablement le seul à pouvoir organiser leur transmission. C'est ainsi que l'attribution préférentielle a permis de pallier, en droit des successions, l'absence de considération pour l'entreprise en droit des libéralités.

Cette reconnaissance de la spécificité de l'entreprise a précisément été initiée en droit des successions par l'institution de l'attribution préférentielle. En premier lieu reconnue afin de préserver l'unité économique des petites exploitations agricoles par le décret-loi du 17 juin 1938<sup>169</sup> qui initie le dispositif pour ces seules petites entreprises<sup>170</sup>, elle s'est ensuite démocratisée à l'ensemble des entreprises, corrélativement à leur expansion, les lois de 1961<sup>171</sup> et de 2006<sup>172</sup> venant en étendre le champ d'application<sup>173</sup>. Cependant, jusque là, l'entreprise n'était spécifiquement visée que dans sa forme individuelle exploitée en nom propre, et uniquement pour ce dispositif consacrant l'attribution préférentielle. Or la mise en

---

<sup>169</sup> Décret-loi du 17 juin 1938 tendant à assurer la protection du commerce français, modifiant les articles 822, 827 et 832 du Code civil.

<sup>170</sup> L'objectif du législateur était alors d'éviter les « inconvénients du morcellement de la propriété foncière qui entrave le progrès des méthodes de culture et aggrave l'exode rural » (Jean CHEVALLIER, « La loi du 19 décembre 1961 sur le maintien de l'indivision et l'attribution préférentielle », *JCP G* 1962, I, 1687, §2.). Ainsi, la spécificité de la petite entreprise agricole est-elle reconnue. L'exploitation de celle-ci donne lieu à un traitement privilégié dans les opérations de succession : un héritier peut se la faire attribuer, et les autres ne pourront en demander ni le rapport ni la réduction, en nature, alors de rigueur. Il semble que le texte n'ait visé que les exploitations agricoles de petite taille, car elles représentaient à l'époque la quasi-totalité des entreprises à transmettre. L'élaboration de cette institution n'a pas été aisée, Monsieur MARTIN l'exprime clairement : « Songeons qu'il aura fallu plus d'un siècle et demi pour commencer de la [l'entreprise agricole] soustraire à la désintégration successorale de la « machine à broyer le sol » que fut le Code civil ! Il faut seulement espérer que l'accélération de l'histoire permettra à toutes les entreprises de bénéficier plus vite d'une pleine reconnaissance successorale » (Didier MARTIN, « La transmission de l'entreprise face au droit patrimonial de la famille », *In La transmission de l'entreprise – enjeux et perspectives, op.cit.* V. n.b.p. n° 53, p. 43). Ses vœux seront exaucés.

<sup>171</sup> Loi n° 61-1378 du 19 décembre 1961 modifiant les articles 815, 832, 866, 2013 (3°) et 2019 du Code civil, les articles 790, 807, 808 et 831 du Code rural, et certaines dispositions fiscales.

<sup>172</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités.

<sup>173</sup> La loi du 19 décembre 1961 (Loi n° 61-1378) en étend le champ d'application à toute sorte d'entreprise, qu'elles soient agricoles et de plus grande taille, ou d'une autre nature, tant qu'elles conservent un caractère familial. La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités vient encore en élargir le champ d'application en supprimant le caractère familial de l'exploitation comme critère d'éligibilité à l'applicabilité de l'institution ; l'article 831 du Code civil la consacre aujourd'hui au profit de « toute entreprise, ou partie d'entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale » ; de même l'attribution préférentielle peut porter sur des droits sociaux selon l'alinéa 2 de ce même article, elle appréhende donc de manière indirecte l'entreprise sociétaire.

œuvre de ce mécanisme implique le recours à une technique de transmission, l'effet dévolutif du droit des successions y concourt, mais la notion d'anticipation ne saurait y être constatée. C'est en effet parce qu'il n'y a pas d'anticipation de la transmission de l'entreprise que l'on recourt *post mortem* à l'attribution préférentielle. L'entreprise apparaît alors bien plus tardivement dans les textes encadrant les techniques civilistes de transmission anticipée, et de manière plus ou moins incidente.

**32. La reconnaissance plus tardive par le droit des libéralités-partages.** À la différence des donations ordinaires qui peuvent être consenties au profit de tout un chacun, les donations-partages ont un champ d'application plus limité quant aux donataires. Ayant pour objectif de faciliter les opérations de transmission des entreprises à titre gratuit, le législateur les intègre spécifiquement, en les nommant, dans la législation d'alors relative aux partages d'ascendants. Il revient par là-même sur l'un des fondements du droit des libéralités-partages en permettant au tiers de participer à l'acte alors exclusivement réservé au cercle familial, aux fins d'acquisition de l'entreprise du disposant. Ainsi est initiée la reconnaissance de l'entreprise en droit des libéralités-partages à compter de la loi du 5 janvier 1988<sup>174</sup>. Le repreneur idéal n'étant pas toujours un membre de la famille, il a fallu autoriser le disposant à transmettre son entreprise à un tiers, à titre gratuit et de manière anticipée, par un dispositif de transmission globale de son patrimoine. Le législateur lui ouvre la voie des libéralités-partages<sup>175</sup> par l'article 1075-2 du Code civil.

La réglementation relative aux donations-partages vise dès lors, explicitement, l'entreprise. Ce n'est pourtant pas la volonté du législateur que de procéder à cette énonciation spécifique, il ambitionne seulement de limiter cette disposition dérogatoire aux seuls cas de reprises d'entreprises. L'entreprise devient un « objet » spécifique du droit des donations-partages. La législation civile va saisir en droit ce qu'est l'entreprise.

**33. L'approche spécifique de l'entreprise.** Une étude relative à l'anticipation et à la transmission des entreprises par le biais des techniques civilistes nécessite une analyse approfondie de ce qu'est l'entreprise transmise ou à transmettre au regard du droit instituant la

---

<sup>174</sup> Loi n° 88-15 du 5 janvier 1988 sur le développement et la transmission des entreprises.

<sup>175</sup> De là, ces dispositions spécifiques ont vu leur champ d'application s'étendre selon deux lignes directrices : faciliter toujours davantage l'accès du tiers à l'acte de donation-partage (sur lequel il conviendra de revenir Cf. §221) afin qu'il y recueille une entreprise, et élargir à toutes les entreprises le champ d'application par ce dispositif. Le panel des possibilités offertes au chef d'entreprise quant à la transmission anticipée de son bien à titre gratuit est de plus en plus large.

technique envisagée. Or, comme rappelé ci-dessus, le droit des libéralités-partages a été élaboré afin de servir la volonté de l'homme-disposant et non spécialement afin de favoriser la survie et le développement de l'entreprise ou la préservation de son activité. Les critères relatifs à l'entreprise, retenus au titre de ces techniques, en délimitent leur champ d'application. Quels sont ces critères du droit civil ? Permettent-ils de favoriser réellement la transmission des entreprises par la technique des donations-partages ? En d'autres termes, il s'agit de vérifier que l'objectif poursuivi par le législateur, lors de l'extension du champ d'application des donations-partages, peut être atteint par les critères retenus. Si certaines limites apparaissent, il faudra en comprendre l'origine et envisager l'opportunité de les dépasser. Les moyens de ce dépassement devront alors nécessairement être envisagés, et ses conséquences évaluées.

Depuis 1988, le tiers est donc éligible à la donation de l'entreprise individuelle. Mais le droit civil a désormais un temps de retard sur le droit des affaires ayant vu apparaître la nouvelle forme juridique d'exploitation de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée instituée par la loi du 15 juin 2010<sup>176</sup>. La réforme du 23 juin 2006 a permis une avancée considérable

---

<sup>176</sup> Loi n°2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. V. : Jean-François BARBIÈRI, « EIRL, un statut opportun pour l'entrepreneur et ses partenaires ? Réflexions liminaires », *BJS 2011*, n° 3, p. 227 ; Solange BECQUÉ-ICKOWICZ et Marie-Pierre DUMONT-LEFRAND, « Les contrats conclus par l'EIRL », *Cah. Dr. Ent. 2011*, n° 3, p. 29 ; Dominique COIFFARD et Jean PRIEUR, « Le patrimoine professionnel affecté : l'EIRL », *JCP N 2010*, n° 51-52, p. 68 ; Bruno DONDERO, « L'EIRL, ou l'entrepreneur fractionné », *JCP G 2010*, n° 25, p. 1274 ; Étienne DUBUISSON, « Risques de l'entreprise et protection de l'entrepreneur et de sa famille : de l'EURL à l'EIRL », *JCP N 2011*, n° 25-26, p. 18, et « Angoisse du praticien face à un entrepreneur individuel qui veut s'engager comme EIRL », *JCP N 2010*, n° 35, p. 30 ; Julien LAURENT, « Les mutations non translatives – À propos de l'EIRL », *Dr. et Patr. 2012*, n° 220, p. 48 et n° 219, p. 40 ; Raymond LE GUIDECC, « Le patrimoine affecté de l'EIRL et le droit des successions », *Deffrénois 2011*, n° 6, p. 599 ; Éric MALLETT, « Création de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *JCP N 2010*, n° 25, p. 3 ; Marie-Hélène MONSÉRIÈ-BON, « EIRL, EURL, quelques éléments de réflexion sur la loi numéro 2010-658 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *RJC 2010*, n° 5, p. 460 ; Stéphane PIEDELIÈVRE, « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée », *Deffrénois 2010*, n° 13, p. 1417 ; Frédéric ROUSSEL et Philippe VAN STEENLANDT, « Le chef d'entreprise face au dilemme de la protection de son patrimoine », *JCP N 2011*, n° 9, p. 49, et « La loi Novelli du 15 juin, le droit français de l'entreprise à l'heure du XXI<sup>ème</sup> siècle », *JCP N 2010*, n° 42, p. 31 ; Bernard SAINTOURENS, « L'instauration du statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée par la loi du 15 juin 2010 », *RTDcom. 2010*, n° 4, p. 681 ; Anne-Laure THOMAT-RAYNAUD, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : naissance d'une nouvelle catégorie de personne physique ? », *Dr. Fam. 2011*, n° 5, p. 22 ; Jocelyne VALLANSAN, « La volonté d'affectation des droits et des biens par l'EIRL », *Cah. Dr. Ent. 2011*, n° 3, p. 23.

quant à l'approche civiliste du concept d'entreprise, en intégrant indirectement au domaine de cette technique les entreprises exploitées sous forme de sociétés, permettant au tiers d'acquiescer au moyen de la libéralité-partage des droits sociaux. L'approche civiliste de l'entreprise prend pour point de repère les formes juridiques d'exploitation de l'entreprise pour l'appréhender. Y sont visées tant sa forme individuelle (Section I) que sa forme sociétaire (Section II).

## **SECTION I – L'ENTREPRISE INDIVIDUELLE À TRANSMETTRE, PARTIELLEMENT ENVISAGÉE**

**34. Une extension inachevée du dispositif.** À la différence de l'entreprise sociétaire implicitement comprise dans le champ d'application du dispositif au titre de la donation des droits sociaux, l'entreprise individuelle à transmettre est explicitement visée par l'article 1075-2 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil et ce, quelle que soit la nature de son activité, puisque le texte vise spécifiquement toute « entreprise individuelle à caractère industriel, commercial, artisanal, agricole ou libéral ». Par voie de conséquence, l'entreprise individuelle exploitée en nom propre peut être transmise au tiers par donation-partage.

Cependant, bien que le droit des successions et des libéralités ait évolué avec la réforme de 2006, il est rattrapé par le droit des affaires, comme il vient d'être suggéré, voyant par la loi du 15 juin 2010<sup>177</sup> la création du statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Le droit de la famille ne l'a pas encore consacré, puisque l'exploitation sous forme de patrimoine affecté à l'activité professionnelle n'est pas visée. Aussi convient-il de considérer l'opportunité d'une nouvelle extension du champ d'application des donations-partages comportant l'attribution d'une entreprise à patrimoine affecté au profit du tiers (§II). En effet, n'est actuellement visée que l'entreprise individuelle dans sa forme classique (§I).

### ***§I – L'intégration de l'entreprise individuelle***

**35. Les termes du législateur quant aux personnes.** Le législateur entend clairement faciliter la transmission des entreprises. Par la loi du 5 janvier 1988<sup>178</sup>, il élargit le champ d'application des partages d'ascendants au bénéfice des tiers pouvant désormais succéder au

---

<sup>177</sup> Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

<sup>178</sup> Loi n° 88-15 du 5 janvier 1988 sur le développement et la transmission des entreprises.

disposant quant à la reprise de l'entreprise qu'il possède. Le but de la mesure est de permettre aux tiers de bénéficier de la législation fiscale<sup>179</sup> avantageuse qui y correspond, lorsqu'ils acquièrent la propriété d'une entreprise à titre gratuit. Le texte précise que si les biens du disposant comprennent une entreprise individuelle, celui-ci peut en faire la distribution et le partage entre son ou ses héritiers « et une ou plusieurs autres personnes »<sup>180</sup>. L'entreprise individuelle peut désormais être transmise en intégralité à un tiers au sein d'une donation-partage.

**36. Les termes du législateur quant à l'entreprise.** Le texte délimite plus loin le champ d'application de cette mesure spécifique à l'entreprise. Ne peuvent être attribués à ce tiers que les « biens corporels et incorporels affectés à l'exploitation de l'entreprise »<sup>181</sup>. Aussi le tiers-donataire n'a-t-il vocation qu'à recevoir les éléments de l'entreprise et ne peut-il prétendre à être gratifié sur les biens personnels du *de cuius*, c'est-à-dire ceux non affectés à l'activité professionnelle. Cette disposition a pour ambition d'assurer le but poursuivi par la loi de 1988<sup>182</sup> : faciliter la transmission des entreprises à titre gratuit, tout en préservant les droits des héritiers présomptifs et leur qualité d'attributaire des biens du *de cuius*. L'attribution de l'entreprise individuelle à un tiers par donation-partage n'est qu'une entorse au droit commun, le but est seulement d'assurer la continuité de l'exploitation de l'activité qu'elle poursuit.

Cette limite participe du cadre de la transmission anticipée des entreprises par les techniques civilistes. Le législateur s'intéresse à l'affectation des biens pour définir le périmètre de la mesure dérogatoire. La notion d'affectation a connu un renouveau récent avec les techniques de la fiducie et du patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL). Mais en 1988, lorsque le législateur s'intéresse à l'entreprise individuelle, il ne l'avait pas encore définie aussi précisément. Qu'entendait alors le législateur lorsqu'il visait l'affectation ? Et quels biens sont susceptibles d'être affectés à l'entreprise de manière à ce que le tiers puisse en être gratifié ?

**37. L'affectation en 1988 : La délimitation des éléments pouvant être transmis au tiers repreneur.** En 1988, lors de l'institution de cette disposition dérogatoire, la notion d'affectation n'est pas légalement consacrée. Elle le sera, au sens juridique du terme, à

---

<sup>179</sup> Cf. en ce sens : Michel DAGOT, « Un cas particulier de donation-partage », *JCP N* 1988, I, p.107.

<sup>180</sup> Art. 1075-2 al. 1 *in fine* c.civ.

<sup>181</sup> Art. 1075-2 al. 2 c.civ.

<sup>182</sup> Loi n° 1988-15 du 5 janvier 1988 relative au développement et à la transmission des entreprises.

compter des lois instituant les techniques de la fiducie<sup>183</sup> et de l'EIRL<sup>184</sup>. À défaut de l'avoir à l'époque intégrée dans les textes, la notion d'affectation doit être entendue au sens large. Il convient donc de retenir l'affectation au sens comptable, qui permet d'affecter tous les biens utiles et non pas uniquement ceux nécessaires à la poursuite de l'exploitation de l'activité. Les juges du fond retiendront, le cas échéant, la date d'affectation comptable afin d'éviter que le disposant ne déshérite en nature ses héritiers réservataires. Cependant, sont visés tant les biens corporels qu'incorporels et aussi bien ceux de nature mobilière qu'immobilière. Un immeuble affecté à l'exploitation de l'entreprise individuelle peut donc être transmis au tiers-repreneur même s'il n'est pas compris dans le fonds. L'analyse exégétique qui suit permet de le démontrer.

Le tiers peut, à compter de 1988, se voir attribuer un fonds commercial, artisanal, agricole ou libéral dans un partage d'ascendant. Cependant, relativement aux fonds, le tiers attributaire reçoit dans son patrimoine les seuls éléments d'actifs que le disposant avait su accumuler et y intégrer. Le premier peut aussi recevoir du second l'immeuble dont il était propriétaire et qu'il aurait affecté à l'exploitation puisque ce sont tous « les biens affectés à l'exploitation de l'entreprise » qui peuvent être transmis à ce tiers.

**38. L'entreprise : le fonds, l'immeuble affecté et autres.** En effet, le législateur précise que si les biens du disposant « comprennent une entreprise individuelle »<sup>185</sup>, il peut les attribuer à un tiers-repreneur. Cette expression ne manque pas de choquer en droit des affaires, puisque l'esprit affairiste commande plutôt de penser que l'entreprise individuelle comprend certains biens, et non que des biens comprennent une entreprise. Cependant, l'expression ne fait pas de doute ; le législateur y vise les biens qui, rassemblés, permettent de poursuivre l'exploitation d'une activité. Il s'agit donc des fonds, lesquels peuvent être transmis au titre des « biens [qui] comprennent une entreprise individuelle »<sup>186</sup>. Mais qu'en est-il des autres éléments du patrimoine pouvant être rattachés à l'entreprise individuelle, mais n'étant pas constitutifs du fonds ? Plus particulièrement, il faut s'interroger sur la possibilité pour le disposant de donner au tiers-repreneur les contrats, les créances et les dettes, attachés ou générés par l'exploitation de l'activité de l'entreprise. En d'autres termes, il s'agit de savoir quelles sont les limites de la technique de transmission anticipée : est-elle limitée

---

<sup>183</sup> Loi n° 2007-211 du 19 février 2009 instituant la fiducie.

<sup>184</sup> Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

<sup>185</sup> Art. 1075-2 c.civ.

<sup>186</sup> Art. 1075-2 c.civ.

comme en droit commercial à la notion de fonds, ou voit-elle en l'entreprise individuelle plus que cela ?

Quant aux dettes en premier lieu, elles sont par nature exclues du dispositif. En effet, la *dette* ne peut être qualifiée de *bien*, on la surnomme même parfois « non-bien »<sup>187</sup>. Le tiers-repreneur n'est donc pas légalement appelé à reprendre les dettes professionnelles du disposant. Procédant d'une intention libérale, la donation-partage comprenant attribution au tiers d'une entreprise individuelle ne peut prévoir une contrepartie pécuniaire au profit du disposant. Cependant, le disposant et le tiers-repreneur pourront s'entendre pour que soient aussi « transmises » les dettes, quitte à renégocier un emprunt auprès de la banque créancière du disposant, qui deviendrait créancière du repreneur, ou à obtenir le consentement des créanciers en usant de la novation.

*A contrario*, la doctrine<sup>188</sup> qualifie juridiquement les créances de « biens ». La loi consacre cette même classification, notamment au regard de l'article 529 du Code civil qui dispose que ce sont des biens « meubles ». Le disposant peut ainsi transmettre les créances relatives à l'exploitation de l'entreprise individuelle au tiers-repreneur.

Le raisonnement relatif aux contrats est analogue, puisqu'il est admis<sup>189</sup> qu'ils puissent être qualifiés de biens. Ils peuvent donc être transmis au tiers dans la donation-partage. En ce qui concerne les contrats de travail, il ne s'agira plus d'une possibilité mais d'une obligation, puisqu'ils devront automatiquement être poursuivis par le repreneur-donataire, conformément à l'article L. 1224-1 du Code du travail, imposant que « tous les contrats de travail en cours (...) subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

---

<sup>187</sup> Marc BILLAU, *La transmission des créances et des dettes*, *op. cit.*, p.102 s., § 99. V. n.b.p. n° 416.

<sup>188</sup> Frédéric ZÉNATI, *Les Biens*, PUF, 1988, p. 14, §2 : « Ce qui est vrai des droits réels l'est tout autant des droits de créance ou droits personnels, qui doivent par conséquent être eux-mêmes considérés comme des biens » ; William DROSS, *Droit civil – Les choses*, LGDJ, 2012, p. 899, § 493s. : « la créance est tout à la fois perçue comme un lien et comme un bien ».

<sup>189</sup> Frédéric ZÉNATI, *Les Biens*, *op.cit.*, p. 20, §6 : « L'extension de la notion de bien semble atteindre le contrat. Dès lors que la substitution d'un tiers à l'une des parties ne s'analyse pas comme un transfert séparé de droits et obligations, mais comme une transmission globale du contrat (...), force est d'en déduire qu'il y a réification du contrat. La loi n° 85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises accrédite cette analyse en organisant une cession judiciaire des contrats de l'entreprise dans le cadre de la cession de l'ensemble des biens (art. 86) ». Voir aussi en ce sens : Marie-Hélène MONSÉRIÈ-BON, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, th. Toulouse, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1994.

Ainsi, le tiers-donataire-copartagé, attributaire de l'entreprise individuelle se verra-t-il transmis l'intégralité du fonds nécessaire à l'exploitation de l'activité, ainsi que tous les contrats et toutes les créances, voire même l'immeuble affecté et/ou les dettes, s'il en va de la volonté du disposant, afin qu'il puisse l'exploiter personnellement.

L'entreprise individuelle exploitée en nom propre peut donc bien être transmise à un tiers par donation-partage, mais il convient à présent d'appréhender l'extension du dispositif à l'entreprise individuelle exploitée sous forme de patrimoine affecté à l'activité professionnelle.

## ***§II – L'absence d'élargissement à l'entreprise individuelle à patrimoine affecté***

**39. L'entreprise individuelle à patrimoine affecté, actuellement exclue du champ d'application.** La création du statut d'EIRL et de la nouvelle forme juridique de l'entreprise individuelle qui peut désormais être un patrimoine autonome affecté à une activité, doit conduire à une réflexion quant au champ d'application du dispositif actuel de la donation-partage pouvant appeler un tiers à la reprise d'une entreprise. L'article 1075-2 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil précise que « si ses biens [(ceux du disposant)] comprennent une entreprise individuelle », il peut l'attribuer à un tiers. Ces biens peuvent constituer un fonds, bien constitué par un ensemble de biens, mais le texte ne vise pas directement les patrimoines. De même l'alinéa 2 se réfère toujours à un ensemble de « biens corporels ou incorporels » pouvant être transmis à ce tiers, mais non à un patrimoine. Bien entendu, les textes relatifs au statut d'EIRL traitent de sa transmission<sup>190</sup>, tant à titre gratuit qu'à titre onéreux, mais pas une quelconque possibilité d'application du dispositif relatif à la donation-partage comportant attribution de l'entreprise à un tiers-repreneur.

Le dispositif actuel ne comprend donc pas les entreprises individuelles exploitées en la forme juridique de patrimoine affecté, sauf à considérer que le patrimoine est un bien ; et si sur ce point, un rapprochement des deux notions peut être constaté, en ce que le régime juridique des patrimoines tend à s'aligner sur celui des biens, nous ne saurions en l'état actuel du Droit, prendre pour postulat que le patrimoine est un bien. Il faut en conclure que le disposant EIRL ne peut actuellement transmettre son patrimoine affecté à l'exploitation d'une activité à un tiers par donation-partage. Pourtant, à la différence de la transmission d'un fonds, qui

---

<sup>190</sup> Cf. Art. L. 526-16 et L. 526-17 c.com.

n'emporte pas de droit la transmission des contrats, des créances et des dettes relatives à l'exploitation de l'entreprise individuelle, la transmission du patrimoine affecté à l'activité procurerait cette possibilité de transmission groupée. Cela permettrait de rattacher d'office à la titularité du repreneur de l'entreprise à patrimoine affecté, toutes les dettes contractées dans le but d'exploiter l'activité puisqu'elles y sont précisément comprises.

Le droit civil doit une fois de plus prouver «son aptitude à l'évolution et au renouvellement»<sup>191</sup>. Pour convaincre du bien-fondé de cette opportunité, il convient de présenter les raisons de l'opportunité d'une telle extension (A). Il faudra ensuite en préciser le périmètre (B).

## **A – La justification de l'extension : un traitement égalitaire de toutes les entreprises**

**40. De la disparité relative à l'entreprise individuelle.** À l'origine limitée à l'entreprise individuelle, la donation-partage appelant un tiers a vu son champ d'application élargi aux sociétés<sup>192</sup>. Le périmètre des donations-partages emportant attribution d'une entreprise à un tiers pouvait donc concerner toute entreprise présente sur le marché. Le dispositif était applicable à toutes les formes juridiques d'exploitation de l'entreprise alors existantes en droit privé français, et ce depuis 2006<sup>193</sup>. Il ne peut actuellement être constaté qu'une injuste inégalité dans le traitement des entreprises à transmettre, notamment lorsque l'on compare les possibilités de transmission offertes à l'entrepreneur ayant décidé d'exploiter son entreprise en la forme individuelle ou sociétaire, aux possibilités de celui ayant décidé d'opter pour le nouveau statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Ce dernier ne peut, contrairement aux autres, choisir la donation-partage pour transmettre son entreprise à un tiers.

À toute inégalité, un révolté. L'objet de la transmission étant l'entreprise, quelle raison justifierait l'exclusion de l'entreprise exploitée sous forme de patrimoine affecté de ce champ d'application?

**41. Le patrimoine affecté à l'exercice d'une activité : Une nouvelle forme juridique pour l'entreprise.** Pour comprendre la nécessité d'une telle extension, il convient de revenir

---

<sup>191</sup> Didier MARTIN, « La transmission de l'entreprise face au droit patrimonial de la famille », *In La transmission de l'entreprise – enjeux et perspectives, op.cit.*, p. 43, V. n.b.p. n° 170.

<sup>192</sup> Cf. §45s.

<sup>193</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités.

sur la définition du patrimoine affecté. Le statut d'EIRL « permet la création d'un patrimoine professionnel séparé »<sup>194</sup> appelé patrimoine affecté. Selon le législateur, « tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale »<sup>195</sup>. Ainsi, ce patrimoine affecté n'a pas la personnalité juridique, il reste donc attaché à celle de son titulaire : l'entrepreneur (ou plus précisément l'*EIRL*). Le patrimoine affecté est un objet de propriété, ou du moins de titularité, qui peut être transmis.

Mais, toujours selon le législateur, ce patrimoine n'est pas un simple patrimoine, il est un « patrimoine affecté », et plus précisément, « un patrimoine affecté à une activité professionnelle ». Ainsi un second trait spécifique de ce patrimoine ressort : il est forcément créé pour être affecté à une activité. Cela implique qu'on ne saurait créer un patrimoine à des fins privées. Le seul motif de sa création est qu'il permette d'exercer une activité professionnelle.

Ce patrimoine est alors créé afin que l'EIRL exploite l'activité choisie comme l'entrepreneur individuel n'ayant pas opté pour ce statut exploite son entreprise individuelle. Il en ressort qu'au même titre que la société, le patrimoine affecté est une *technique d'organisation de l'entreprise*<sup>196</sup>. Représentant une entreprise, il paraît anormal que cette seule forme juridique d'exploitation soit exclue du dispositif.

**42. La nécessaire harmonisation des textes.** L'exploitation d'une activité par une seule personne est très répandue en France. À l'origine, celle qui désirait entreprendre seule ne pouvait user que de l'entreprise individuelle qu'elle exploitait en son nom. En 1985<sup>197</sup>, le législateur a voulu leur offrir un cadre d'exploitation plus sécurisé, en créant l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL). Mais cette dernière n'a pas su séduire l'entrepreneur qui lui a toujours préféré le cadre certes moins sécurisé mais bien plus flexible de l'entreprise individuelle<sup>198</sup>. Aujourd'hui, le législateur s'efforce de proposer un nouveau

---

<sup>194</sup> Cf. Dossier législatif relatif à la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée – Exposé des motifs.

<sup>195</sup> Cf. Art. L. 526-6 al. 1 c.com.

<sup>196</sup> Jean PAILLUSSEAU, *La société anonyme : technique d'organisation de l'entreprise*, op. cit., V. n.b.p. n° 164.

<sup>197</sup> Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée.

<sup>198</sup> Dans l'exposé de ces motifs relatif à la loi sur l'EIRL, le législateur justifie cette nouvelle forme d'exploitation : « Malgré les efforts du législateur pour simplifier les modalités de création et de fonctionnement

cadre juridique sécurisé à ces entrepreneurs en leur proposant de créer un patrimoine affecté. La flexibilité dans la gestion de son entreprise par l'EIRL tient aussi à l'absence de création d'une personnalité morale. En effet, cette facilité « va libérer la gestion du patrimoine affecté de toute une série de contraintes, propres aux sociétés, qui résultent essentiellement du respect de l'intérêt social. (...) L'entrepreneur gère, ici, son patrimoine professionnel dans son intérêt personnel »<sup>199</sup>. Essayant de concilier cadre juridique sécurisé, flexibilité et praticité de gestion de l'entreprise individuelle, le législateur et les praticiens s'attendaient à une envolée de l'utilisation de ce cadre qu'est le statut d'EIRL.

Lors de son étude d'impact en janvier 2010, le législateur prévoyait une utilisation accrue de ce nouveau statut, utilisation justifiée par « l'intérêt évident à opter pour le patrimoine d'affectation » au vu de la sécurité renforcée ainsi offerte à l'entrepreneur individuel. Il a estimé « à 100 000 le nombre d'EIRL pouvant être attendu fin 2012 »<sup>200</sup>. Le bilan est finalement moins optimiste, puis l'on relève qu'au « 30 septembre 2012, soit plus d'un an et demi après la mise en œuvre opérationnelle de ce nouveau statut, on ne recense que 11 387 EIRL »<sup>201</sup>, soit moins de 1 % des entreprises individuelles.

Même si le statut reste pour l'heure peu utilisé, il l'est tout de même, et pourrait se développer. Quoiqu'il en soit, certains entrepreneurs ayant choisi de l'adopter, il convient de leur assurer une égalité de traitement avec les autres entrepreneurs exploitant en nom propre, et de faciliter tout autant la transmission de leur entreprise.

L'extension de la donation-partage comprenant l'attribution de droits sociaux à un tiers est issue de la loi du 23 juin 2006<sup>202</sup> portant réforme des successions et libéralités, alors que la création du patrimoine affecté ressort de la loi du 15 juin 2010<sup>203</sup>. Ainsi la postériorité

---

de la société unipersonnelle, plus de la moitié des entreprises créées en 2008 l'ont été en nom propre : cette statistique montre l'attachement des entrepreneurs à ce statut. »

<sup>199</sup> Jean PRIEUR, « EIRL ou société : quels critères de choix? – Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL », *Droit et Patr.* 2010, n° 191, p. 64.

<sup>200</sup> In Etude d'impact de janvier 2010, réalisée en vue de l'adoption de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 sur l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

<sup>201</sup> In Avis n° 154, présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, de suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le « Projet de loi de finances pour 2013 : Développement des entreprises et du tourisme », déposé par Monsieur Antoine LEFÈVRE le 22 octobre 2012, II, B : « Un bilan encore modeste pour l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ».

<sup>202</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités.

<sup>203</sup> Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

de la création du patrimoine affecté implique la nécessité d'harmoniser les textes antérieurs à cette nouvelle technique d'organisation de l'entreprise. Une nouvelle forme juridique d'entreprise est née. Il convient de l'intégrer et d'élargir le champ d'application des donations-partages appelant un tiers à la reprise, à son intention. Il conviendra alors de procéder à une modification des textes et spécialement de l'article 1075-2 du Code civil afin de rendre effective cette extension.

## **B – L'extension du périmètre du dispositif**

**43. La définition de l'extension.** Avant d'analyser la portée pratique d'une telle extension du champ d'application de la donation-partage comportant attribution au tiers de l'entreprise à patrimoine affecté, il faut définir l'encadrement législatif qui permettrait de la consacrer.

Le but étant ici d'étendre le mécanisme de la donation-partage appelant un tiers à l'entreprise individuelle à patrimoine affecté, l'extension doit concerner la forme juridique de l'entreprise à attribuer. L'objet de l'extension, le patrimoine affecté, est au centre de la réflexion. C'est l'objet de l'opération de transmission anticipée que devrait dorénavant prendre en compte la technique des donations-partages.

Le législateur offre la possibilité à « tout entrepreneur individuel »<sup>204</sup> d'adopter le statut d'EIRL. Or l'entrepreneur individuel pouvant exploiter toute sorte d'activité, qu'elle soit commerciale, artisanale, agricole, industrielle ou libérale, le patrimoine affecté pourra lui-même l'être à l'exercice de toute sorte d'activité professionnelle. Les règles instituant la donation-partage comportant l'attribution d'une entreprise individuelle ou sociétaire à un tiers ne distinguant pas selon la nature de l'activité, il convient de suivre la même logique quant à l'extension du dispositif à l'entreprise exploitée sous forme de patrimoine affecté.

**44. Les conséquences de l'extension : la transmission anticipée du patrimoine affecté au tiers.** La transmission de l'entreprise à patrimoine affecté est déjà encadrée en dehors du droit des donations-partages. Cet encadrement juridique concerne indifféremment les transmissions à titre gratuit ou à titre onéreux, et celles opérées entre vifs ou à cause de mort. La transmission du patrimoine affecté doit être analysée à l'instar de la transmission du patrimoine social comme une transmission à titre universel<sup>205</sup>, et non comme une

---

<sup>204</sup> Cf. Art. L. 526-6 al. 1 c.com.

<sup>205</sup> Les dettes, attachées au patrimoine affecté, seront ainsi transférées dans le cadre de la transmission du patrimoine affecté, au nouvel entrepreneur à responsabilité limitée.

juxtaposition de transmissions à titre particulier des différents éléments composant l'entreprise individuelle. Aucune disposition du droit des successions ne s'oppose à la transmission de l'entreprise individuelle à patrimoine affecté par la voie de la donation-partage, sauf à considérer que le patrimoine professionnel n'est pas encore visé spécifiquement par les textes.

Avancer la date de la transmission du patrimoine affecté au profit d'un tiers par acte de donation-partage, permettrait de planifier la transmission de l'entreprise dont il pourrait poursuivre l'exploitation de l'activité, même en l'absence d'héritier repreneur. Par là-même, serait évité tout recours postérieur à une opération de transmission isolée. De même serait anticipée la transmission de l'entreprise et contournée la situation d'indivision résultant des successions non préparées. La donation-partage permettrait alors de régler la transmission de l'intégralité des patrimoines d'une personne, l'acte opérant à la fois sur le plan professionnel et sur le plan personnel. Un gain de temps serait associé à une économie de procédure pour le chef d'entreprise sortant.

Une harmonisation semble envisageable, telle celle réalisée par le législateur en 2006 lorsqu'il a étendu le dispositif aux droits sociaux, de sorte que désormais les entreprises sociétaires sont implicitement comprises dans le champ d'application des donations-partages comportant attribution au tiers-repreneur.

## **SECTION II – L'ENTREPRISE SOCIÉTAIRE TRANSMISE : LA MALADROITE EXTENSION DU DISPOSITIF AUX DROITS SOCIAUX**

**45. L'entreprise sociétaire transmise.** Lorsque le législateur a souhaité inclure les entreprises sociétaires dans le dispositif élaboré pour les entreprises individuelles, il a souhaité en faciliter la transmission. Cependant, l'entreprise a deux facettes : l'activité gérée et les capitaux à transmettre. Si la transmission de l'entreprise individuelle emporte généralement la transmission de la gestion de l'activité, il n'en est pas de même dans le cadre de l'entreprise sociétaire. En effet, il sera toujours possible de transmettre les droits sociaux représentatifs de son capital mais pas directement la gestion de l'entreprise assurée par les organes de direction, dont la désignation dépend de règles spécifiques au droit des sociétés et que le droit des successions et libéralités ne saurait maîtriser. En effet la désignation aux fonctions de direction revient aux différents organes sociaux, mais ne relève pas des participations

détenues. Aussi, le seul moyen d'action du législateur pour appréhender l'entreprise sociétaire dans le cadre d'une donation-partage a été de se référer aux droits sociaux permettant d'emporter, dans une certaine mesure, la transmission de l'entreprise sociétaire, tout au moins, de son capital social.

**46. L'extension du dispositif aux droits sociaux.** La loi de 2006<sup>206</sup> étend le champ d'application des donations-partages appelant un tiers à la reprise d'une entreprise aux « droits sociaux d'une société exerçant une activité à caractère industriel, commercial, artisanal, agricole ou libéral »<sup>207</sup>. Par l'extension aux droits sociaux, le législateur procède à un juste rééquilibrage des choses, respectant enfin le principe de l'indifférence de la nature des biens en droit des successions. L'idée est, qu'à défaut de repreneur familial, la transmission de l'entreprise à un tiers est préférable à la cessation d'activité. Il s'agit aussi de préserver les forces de production d'une éventuelle situation d'indivision entre différents héritiers qui n'auraient que faire de cette entreprise. Cette réforme a pour but de faciliter la transmission des entreprises en autorisant son anticipation.

**47. De l'élaboration législative d'un critère d'extension.** Le législateur a aussi, par cette extension et sous le couvert de favoriser les transmissions d'entreprises, souhaité transposer le dispositif créé pour l'entreprise individuelle à l'entreprise sociétaire. La transposition était problématique puisque la structure d'exploitation ne saurait entraîner une approche aussi globale de l'entreprise sociétaire. Devant cette différence de structure de l'entreprise, et afin de favoriser les seules transmissions d'entreprises conçues comme des outils professionnels des disposants, le législateur a établi un critère d'éligibilité à la transmission des droits sociaux appelant un tiers à la donation-partage : le disposant doit exercer une « fonction dirigeante »<sup>208</sup> dans la société dont les droits sociaux sont donnés. Cependant, le fonctionnement de l'entreprise sociétaire y semble mal appréhendé et la disposition maladroite.

La pertinence d'un tel critère d'éligibilité doit être évaluée. Pour cela, il faut préciser ce qu'est la « fonction dirigeante » qui semble englober des situations fort différentes. C'est seulement après que pourra être vérifiée l'adéquation du critère à l'objectif poursuivi par le législateur, à savoir favoriser la transmission des outils professionnels uniquement (§I). Enfin

---

<sup>206</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités.

<sup>207</sup> Art. 1075-2 c.civ.

<sup>208</sup> Cf. Art. 1075-2 al. 1 c.civ.

sera-t-il possible de conclure ou non au bien-fondé de ce critère et, le cas échéant, d'en proposer un autre (§II).

## ***§I – L'exercice d'une « fonction dirigeante » : un critère d'extension inadéquat***

**48. L'objectif du législateur : favoriser la transmission de l'outil professionnel.**  
L'opportunité de restreindre le champ d'application de la donation-partage, comprenant attribution d'une entreprise à un tiers, aux seuls droits sociaux dont le titulaire exerce, au moment de la conclusion de l'acte, une fonction dirigeante dans l'entreprise dont il souhaite donner ses titres, sera ici au cœur du débat. Au-delà de la volonté du législateur de ne promouvoir que l'anticipation de la transmission des outils professionnels, le niveau de satisfaction procuré par ce critère quant au but recherché doit être évalué. Il faudra alors s'interroger parallèlement sur l'opportunité du résultat induit.

Le législateur n'a pas entendu favoriser la transmission de tous les droits sociaux, mais uniquement de ceux représentatifs du capital social de la société se trouvant être le lieu d'exercice de leur activité professionnelle. Les rapports législatifs font état de cette ambition : l'extension ne doit pas aboutir à l'hypothèse dans laquelle « le disposant puisse transmettre à un tiers, par le biais de la donation-partage, des parts de sociétés sans lien avec son activité professionnelle »<sup>209</sup>. La mesure est d'ailleurs justifiée par l'inégalité que crée l'exclusion du champ d'application du dispositif favorisant l'accès du tiers à la reprise des droits sociaux, en invoquant la non-applicabilité conséquente du dispositif aux « entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée et [aux] entreprises agricoles à responsabilité limitée »<sup>210</sup>. Reconnaisant les limites de l'application pratique du dispositif à l'égard des entreprises individuelles, il affirme cependant que cette extension du dispositif serait « particulièrement bienvenue dans la mesure où un grand nombre d'entreprises, y compris familiales, sont aujourd'hui exploitées en société – à titre d'exemple, 42 % des quelque 870.000 entreprises artisanales sont exploitées sous cette forme. Elle facilitera leur transmission »<sup>211</sup>. L'extension a donc vocation à permettre la transmission des sociétés, principalement unipersonnelles dont,

---

<sup>209</sup> Cf. Rapport n° 343, t. I, de M. Le Sénateur Henri DE RICHEMONT fait au nom de la commission des lois, déposé le 10 mai 2006, *In Documents préparatoires au projet de loi portant réforme des successions et libéralités*, examen de l'article 19.

<sup>210</sup> Cf. Rapport précité, Examen de l'article 19.

<sup>211</sup> Cf. Rapport précité, Examen de l'article 19.

implicitement, l'associé unique serait aussi le dirigeant et l'exploitant. Si certains biens compris dans le patrimoine du disposant doivent ne pas revenir aux membres de sa famille, ce ne pourra être que pour faciliter la transmission d'une activité professionnelle.

En visant les droits sociaux, le législateur cherche à étendre aux sociétés le champ d'application du dispositif qui a été élaboré pour l'entreprise individuelle et qui permet, dans ce dernier cas d'en transmettre l'activité. Cependant, le support juridique d'exploitation qu'est la société est bien différent de celui de l'entreprise individuelle caractérisée par le fonds professionnel. Celui qui détient une entreprise individuelle détient directement dans son patrimoine les biens en supportant l'exploitation. Par contre, en ce qui concerne la société, une personne physique ne peut détenir que des droits sociaux, lesquels ne permettent pas d'exploiter l'activité.

Craignant le détournement du dispositif, souhaitant promouvoir l'accès du dispositif aux personnes qui transmettent leur outil professionnel et désireux « d'éviter une donation-partage d'un simple portefeuille de valeurs mobilières »<sup>212</sup>, le législateur édicte une condition d'accès à sa mise en œuvre : le disposant doit exercer une « fonction dirigeante » dans l'entreprise sociétaire transmise.

**49. Le critère législatif de la « fonction dirigeante », vecteur de transmission des droits sociaux.** La fonction dirigeante est celle exercée par un dirigeant. Le dirigeant de société est indiscutablement celui qui cumule les pouvoirs de gestion et de représentation en son sein mais il est plus largement être celui qui exerce un mandat social. Il « tient sa mission des associés qui le nomment pour agir (...) au nom de la société »<sup>213</sup>. Exerce une fonction dirigeante une personne qui a une influence sur la vie et sur l'activité de la société par l'exercice des pouvoirs liés à cette fonction. Sont ainsi visés les gérants de société (que ce soit celui d'une société civile professionnelle ou non, d'une SARL, d'une SCA ou d'une SNC), le président d'une SAS, le directeur général, les directeurs généraux délégués, le président du directoire et le directeur général unique d'une SA. Tous qualifiés de dirigeants, ils exercent *a fortiori* une fonction dirigeante.

---

<sup>212</sup> Cf. Rapport précité, Exposé général, II, B, 4, c).

<sup>213</sup> Fabrice FRANÇOIS, Elvire de FRONDEVILLE et Ambroise MARLANGE, *Dirigeant de société – Statut juridique, social et fiscal*, Delmas, 2<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 12, §01.13.

Il faut y ajouter tous ceux qui, par leurs fonctions, exercent des pouvoirs de direction ou de représentation. Il s'agit des administrateurs de sociétés anonymes<sup>214</sup>. « Animateur du conseil d'administration et (...) garant de la mécanique sociale »<sup>215</sup>, le Président du Conseil d'administration en est aussi. Les membres du directoire assument les mêmes fonctions que le directeur général ou que les directeurs généraux délégués et sont des mandataires sociaux qui gèrent la société au quotidien. Ils exercent eux aussi une fonction dirigeante<sup>216</sup>. Il en est de même du Président du directoire.

Quant aux membres du conseil de surveillance, ils n'exercent pas directement de pouvoir ni de gestion, ni de représentation. Ce conseil a pour mission de contrôler et de surveiller la gestion<sup>217</sup> de la société. Il s'agit d'un organe de contrôle *a posteriori* des actes effectués par les membres du directoire. Les membres du conseil de surveillance « n'encourent d'ailleurs aucune responsabilité, en raison des actes de gestion et de leur résultat »<sup>218</sup>. L'administration fiscale et la sécurité sociale considèrent que cette fonction ne peut revêtir la qualification d'activité professionnelle. Le Conseil d'Etat<sup>219</sup> reconnaît de plus qu'ils ne peuvent être ni qualifiés de dirigeant de droit ou de fait, ni présumés exercer une fonction de direction. Le conseil de surveillance ne gère pas la société, il « exerce le contrôle permanent de la gestion de la société »<sup>220</sup>. Ainsi, l'exercice d'un pouvoir de contrôle ne permet pas d'attribuer la qualité de « dirigeant » ou celle de « personne exerçant une fonction dirigeante ». La Cour de cassation l'a d'ailleurs confirmé par son arrêt du 12 juillet 2005<sup>221</sup> où elle refuse de qualifier

---

<sup>214</sup> V. sur ce point : Paul LE CANNU et Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 4<sup>ème</sup> éd., 2011, p. 458 § 687.

<sup>215</sup> Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 26<sup>ème</sup> éd., 2013, p. 320, §587.

<sup>216</sup> V. Paul LE CANNU et Bruno DONDERO, *op.cit.*, p.551, §813.

<sup>217</sup> Cf. Art. L. 225-68 c.com.

<sup>218</sup> Cf. Art. L. 225-257 c.com.

<sup>219</sup> CE : 31 mars 1993 : Selon cet arrêt, le conseil de surveillance est un organe exclusivement chargé d'une mission de contrôle, quelles que soient les prérogatives légalement dévolues par les dispositions statutaires. Ainsi, les membres de ce conseil ne peuvent, en cette qualité, être présumés exercer effectivement des fonctions de direction, de gestion ou d'administration.

<sup>220</sup> Cf. Art. L. 225-68 c.com.

<sup>221</sup> Com., 12 juill. 2005, pourvoi n° 03-14.045, *Bull. civ. 2005 IV*, n° 174, p. 187. V. Jean-Jacques CAUSSAIN, Florence DEBOISSY et Guillaume WICKER, Note sous Com., 12 juill. 2005, pourvoi n° 03-14.045, *JCP E 2005*, n° 50, p. 2163 ; Renée KADDOUCH, « L'incessibilité des actions du dirigeant d'une société en procédure collective » - Note sous Com., 12 juill. 2005, pourvoi n° 03-14.045, *LH PG 2005*, n° 182 ; Jean-Pierre LEGROS,

de dirigeant des membres du conseil de surveillance qui ne se sont pas comportés comme des dirigeants de fait. Il faut donc exclure les membres du conseil de surveillance du champ d'application de l'article 1075-2 du Code civil.

Quant au président du conseil de surveillance, il convoque le conseil et en surveille les débats<sup>222</sup>. Le seul pouvoir supplémentaire qui peut lui être reconnu est celui de convoquer son conseil. C'est une obligation liée à son statut et non un pouvoir de gestion qu'il est libre d'exercer. Son statut doit être aligné sur celui des membres du conseil de surveillance. Là encore, le président du conseil de surveillance ne peut être reconnu comme exerçant une fonction dirigeante.

Ainsi remarque-t-on que cette notion de « fonction dirigeante » relève de situations très différentes et parfois peu comparables. Sont visés à ce titre, le gérant, le directeur général, les directeurs généraux délégués, le président du directoire ou le directeur général unique, les membres du directoire, les administrateurs ainsi que le président du conseil d'administration. Il faut alors se demander si la réalité des situations visées par le législateur est ou non suffisante et pertinente quant à l'objectif poursuivi.

**50. Le principe de l'absence de lien entre la « fonction dirigeante » et la détention d'une participation.** Il n'est point besoin de rappeler que désormais, les dirigeants de société ou personnes exerçant une fonction dirigeante n'ont plus à détenir une part minimale de capital social, sauf si les statuts le leur imposent. Parallèlement, un dirigeant qui cèderait ses droits dans le capital social de la société qu'il dirige n'aura pas à démissionner de ses fonctions de direction, même si l'hypothèse ne trouvera que peu d'applications pratiques. La transmission des droits sociaux sera alors assurée, mais pas celle de l'outil professionnel.

---

« Inaccessibilité des actions et parts des dirigeants » - Note sous Com., 12 juill. 2005, pourvoi n° 03-14.045, *Dr. Soc. 2005*, n° 10, p. 26 ; Alain LIENHARD, « Inaccessibilité des actions des dirigeants et qualité de dirigeant des membres du conseil de surveillance » - Note sous Com., 12 juill. 2005, pourvoi n° 03-14.045, *D. 2005*, n° 30, p. 2071 ; François-Xavier LUCAS, « La neutralisation des dirigeants d'une société soumise à une procédure collective ne peut viser des membres du conseil de surveillance d'une société anonyme que s'ils se sont comportés comme des dirigeants de fait » - Note sous Com., 12 juill. 2005, pourvoi n° 03-14.045, *Rev. Soc. 2006*, n° 1, p. 162 ; Catherine MALECKI, « La gouvernance éclairée », *RLDA 2007*, n° 18 – sup., p. 21 ; Yann PACLOT, « La gouvernance dévoyée », *RLDA 2007*, n° 18 – sup., p. 18 ; Bernard SAINTOURENS, « Les membres du conseil de surveillance peuvent-ils être qualifiés de « dirigeants » selon le droit des procédures collectives ? » - Note sous Com., 12 juill. 2005, pourvoi n° 03-14.045, *BJS 2006*, n° 1, p. 22 ; Denis VOINOT, Note sous Com., 12 juill. 2005, pourvoi n° 03-14.045 et pourvoi n° 03-15.855, *Gaz. Pal. 2005*, n° 308, p. 28.

<sup>222</sup> Cf. Art. L. 225-86 c.com.

D'ailleurs, le dirigeant disposant qui souhaiterait quitter ses fonctions au moment de la donation de ses titres ne pourra pas davantage imposer à la société un successeur dans ses fonctions de direction ; tout au mieux pourra-t-il le recommander. Ainsi la réalisation de l'objectif législatif principal qui est de favoriser la transmission de l'outil professionnel n'est pas assurée. Le disposant pourra transmettre à un tiers par le biais des donations-partages les droits sociaux qu'il détient dans la société qu'il dirige sans forcément quitter ses fonctions de direction. Les droits sociaux détenus et transmis ne peuvent donc être qualifiés d'outil professionnel du dirigeant, puisque celui-ci continuera à percevoir des revenus issus de son travail, en s'étant défait de la titularité des droits sociaux que le législateur considérerait pourtant comme devant être qualifiés d'outil professionnel. La fraction de droits sociaux ainsi transmise sera détournée des héritiers au moyen d'une technique qui va à l'encontre des objectifs législatifs affichés. En effet, dans cette hypothèse, la continuité de l'activité de l'entreprise sociétaire ne paraît pas être perturbée et l'intervention du tiers à la donation-partage devient alors sans fondement.

**51. L'inadéquation du critère à l'objectif poursuivi par le législateur.** Le législateur a semble-t-il voulu privilégier l'anticipation de la transmission de la société lorsqu'elle représente pour le disposant le lieu d'exercice de son activité professionnelle. L'application de ce critère de « fonction dirigeante » laisse déjà entrevoir son inadéquation au regard des objectifs législatifs. En l'état, la technique des donations-partages comportant l'attribution de droits sociaux à un tiers a un champ d'application différent de celui envisagé par le législateur lors de l'extension du dispositif. À la lecture des textes, il semblerait qu'une confusion s'installe de telle sorte que l'entreprise sociétaire est assimilée à l'entreprise individuelle et, de là, le dirigeant d'une société assimilé lui-même à un chef d'entreprise individuelle. Le législateur participe à cette confusion en pensant promouvoir la transmission de l'outil professionnel, lorsqu'il subordonne l'utilisation de la technique comportant l'attribution de droits sociaux au tiers à l'exercice par le donateur d'une fonction dirigeante. Il met en place un traitement égalitaire de personnes qui sont dans des situations différentes, ce qui est d'autant plus paradoxal quant à l'objectif poursuivi, puisque le critère d'éligibilité retenu tient au statut des personnes alors que dans la disposition d'origine il ne visait que les biens constitutifs de l'entreprise.

Le choix du législateur a pour conséquence une restriction du champ d'application du dispositif, n'offrant alors un accès privilégié, à cet outil de transmission anticipée des droits sociaux, qu'aux seuls dirigeants de société ou personnes y exerçant une « fonction

dirigeante ». Ainsi, la législation a-t-elle pour conséquence de favoriser la situation des dirigeants dans le règlement de leur succession plus que de privilégier la continuité de l'activité de l'entreprise. Il faut alors en venir au constat que ce critère de « fonction dirigeante » est inadéquat pour atteindre l'objectif législatif de transmission anticipée de l'outil professionnel du disposant, ainsi que l'objectif du maintien de l'activité et des emplois au moyen de la transmission par anticipation de l'entreprise. Est-ce à dire qu'il est inopportun ou simplement insuffisant ? La recherche d'un nouveau critère permettra de répondre à cette question.

## ***§II – La détention minimale d'une minorité de blocage : le critère d'extension suggéré***

**52. Le choix du critère, guidé par la poursuite de l'activité de l'entreprise sociétaire.** Le critère d'éligibilité institué par le législateur ne paraît pas adapté. Il faudra alors se prononcer sur son maintien ou sur son remplacement, mais il apparaît qu'un critère doit impérativement limiter l'intrusion des tiers dans l'acte de famille. Le critère doit permettre de concilier les droits des héritiers quant à leur vocation à recevoir les biens composant le patrimoine du disposant et les enjeux de la transmission anticipée des entreprises. Le choix laissé au disposant de donner à un tiers ses droits sociaux semble ne pouvoir primer les droits des héritiers à recevoir ceux-ci en nature, uniquement lorsque la continuité de l'activité de son entreprise risque d'être mise à mal. Afin de déterminer le critère permettant d'obtenir l'équilibre entre les deux intérêts (B), il convient au préalable de redéfinir l'objectif qui devrait être pris en compte par le législateur (A).

### **A – La réorientation de l'objectif de l'extension**

**53. L'objectif à poursuivre : préserver l'activité de l'entreprise transmise.** Le législateur se place du point de vue du dirigeant sortant pour mettre en place l'extension du champ d'application de la donation-partage dans laquelle un tiers pourra être appelé à reprendre ses droits sociaux. Mais l'objectif de mise à disposition d'une technique supplémentaire d'anticipation de la transmission de l'entreprise en tant qu'outil professionnel du disposant est trop timide. La transmission de l'outil professionnel doit être favorisée. En effet, au-delà de sa valeur propre, cet outil représente une activité économique créatrice de richesses et d'emplois. À bien y réfléchir, ce n'est pas l'outil professionnel lui-même qui importe mais la continuité de l'activité économique sous-jacente.

Relativement à l'extension du champ d'application de la donation-partage appelant un tiers à la reprise de droits sociaux, privilégier la transmission de son outil professionnel ne semble pas la position la plus opportune. Cette immixtion du tiers dans la sphère familiale devrait davantage avoir une justification procédant de l'intérêt général. Elle peut être trouvée dans le maintien de l'activité et des emplois engendrés par une entreprise. La poursuite de l'objectif de continuité d'une activité semble devoir primer l'objectif individualiste de transmission d'un outil professionnel. Alors, bien que les changements de direction soient souvent des passages de vie délicats pour les entreprises, il apparaît que ce qu'il faut privilégier n'est pas la transmission de l'activité professionnelle du dirigeant, mais la transmission d'une activité économique ; celle-ci passe par la transmission de droits sociaux et peu importe qu'ils appartiennent ou non à une personne exerçant une « fonction dirigeante » dans le cadre de cette activité.

Il faut alors que la donation-partage comportant l'attribution de droits sociaux au tiers, comme celle de l'entreprise individuelle, serve cet objectif de maintien d'une activité économique. En ce sens, l'identification des facteurs de remise en cause de l'hypothèse de continuité d'une activité est à opérer. Dans le même temps, la détermination de ceux sur lesquels il est possible d'agir par anticipation, dans le cadre de la transmission d'une entreprise sociétaire par le biais d'une donation-partage, emportera la définition d'un critère d'extension pertinent.

#### **54. L'identification des causes de perturbation de réalisation de l'objectif.**

L'identification des facteurs de perturbation de l'hypothèse de continuité de l'activité, pouvant se présenter lorsqu'une entreprise sociétaire est transmise, permettra de se prononcer sur l'utilité de conserver ou non le critère législatif actuel et sur les éventuels nouveaux critères d'éligibilité au dispositif. L'effet dévolutif des successions, pouvant emporter l'attribution des droits sociaux à des héritiers désintéressés pourra avoir une incidence sur la continuité de l'activité. C'est cette configuration qu'il s'agira d'éviter au moyen de l'anticipation de la transmission des droits sociaux représentatifs de l'entreprise.

## **B – Le remplacement du critère d'extension**

**55. De la définition des risques à anticiper.** Il apparaît que l'activité de la société puisse être perturbée lorsque son fonctionnement est déstabilisé. Dans le cadre de la transmission de la société, deux événements se détachent : le départ d'un dirigeant ou d'une personne exerçant une fonction dirigeante et le bouleversement des participations. La définition précise de ces

risques permettra de mettre au point des critères d'éligibilité du tiers à la reprise de droits sociaux par acte de donation-partage.

L'analyse du critère législatif de la fonction dirigeante au regard de ces risques peut emporter deux types de constats : soit le critère d'extension permet de quelque manière que ce soit d'optimiser la transmission des entreprises sociétaires, c'est-à-dire, de produire un meilleur résultat que s'il n'existait pas, soit au contraire, il ne le permet pas. L'opportunité de conserver le critère légal d'extension apparaît contrariée (1°). *A contrario*, un autre critère pourrait favoriser la continuité de l'exploitation. La substitution des d'extension doit être envisagé (2°).

### 1°) L'inopportunité de conserver le critère existant

**56. Un critère favorisant l'anticipation du risque inhérent au départ du dirigeant.** Le départ d'un dirigeant ou d'une personne exerçant une « fonction dirigeante » peut fragiliser l'entreprise et en perturber le fonctionnement. En anticiper le départ n'est pas une solution en soi ; ce qui importe n'est pas le départ du dirigeant de ses fonctions (cet évènement est même d'un intérêt subsidiaire quant à la continuité de l'activité, sous réserve d'un départ brutal), mais le remplacement de ce dirigeant afin d'assurer la continuité de l'activité. C'est donc la reprise des fonctions de direction qu'il convient de prévoir, d'anticiper et de faciliter. L'idéal serait de pouvoir trouver un remplaçant à l'associé ou l'actionnaire dirigeant sur le départ, et surtout de faciliter ou d'assurer l'accès du premier à la fonction dirigeante que le second occupait. Dans cette hypothèse, la stabilité de l'entreprise serait privilégiée. Et s'il est admis qu'anticiper le départ d'un dirigeant (sa sortie) implique l'anticipation de son remplacement, il paraît plus judicieux que le législateur propose un outil performant de mise en œuvre de ce remplacement ; actuellement, il ne se positionne que quant au départ du dirigeant-disposant.

**57. L'anticipation du remplacement du dirigeant à préférer : des moyens d'action limités.** Cependant, le remplacement d'un dirigeant ou d'une personne exerçant une fonction dirigeante dans une société paraît bien difficile à anticiper par le biais d'une donation-partage. La nomination à cette fonction ne résulte pas d'une simple désignation du futur occupant de ce poste par le mandataire en fonction. Elle résulte généralement d'une investiture par les organes de la société. Les différentes règles de droit spécial des sociétés commandent que le directeur général<sup>223</sup>, les directeurs généraux délégués<sup>224</sup> et le Président du conseil

---

<sup>223</sup> Cf. Art. L. 225-51-1 al. 1 c.com.

d'administration<sup>225</sup> soient désignés par ce même conseil. De même, les membres et le Président du directoire sont nommés par les membres du conseil de surveillance<sup>226</sup>. En ce qui concerne les administrateurs de SA, ils sont nommés par les actionnaires<sup>227</sup>. Quant aux gérants de SARL, les associés le désignent<sup>228</sup>. Dans ces hypothèses, le dirigeant sortant n'aura aucune emprise sur la désignation de son successeur, sauf s'il détient la majorité pour influencer les résolutions d'assemblées de SA et de SARL emportant une telle désignation.

Il n'y a que dans la SNC où la qualité de gérant est automatiquement couplée à la qualité d'associé<sup>229</sup>, sauf à ce que les statuts en décident autrement. Ainsi, en transmettant les parts sociales de SNC, l'associé transmet aussi la fonction de direction. Mais tout associé étant gérant, le critère de la « fonction dirigeante » devient inopérant quant à l'exclusion de certaines transmissions de parts de SNC du champ d'application de la donation-partage appelant un tiers, puisque la transmission de l'activité professionnelle serait *de facto* assurée. Alors, si de manière surabondante, le critère ne permet pas d'identifier les transmissions à risque dans les SNC, il permet d'anticiper la transmission des parts sociales et immanquablement le remplacement du gérant-associé-disposant. Enfin, la SAS pourra présenter la même hypothèse, puisque les statuts auront pu prévoir une stipulation calquée sur les dispositions relatives aux SNC, mais le critère n'en reste pas moins inopérant, et l'anticipation du remplacement du dirigeant aussi peu facilitée, pour les autres formes de sociétés. Quels serait alors le moyen permettant d'anticiper le remplacement du dirigeant dans le cadre d'une transmission de droits sociaux ?

**58. Les contraintes imposées par le droit des sociétés.** La réflexion peut être menée. Le droit des donations-partages pourrait, par exemple, imposer au donateur de proposer un remplaçant à ses fonctions de direction auprès de la société ; mais au-delà du fait qu'il s'agisse déjà d'une pratique courante, imposer une telle obligation n'aurait que peu d'effets. Tout d'abord, le donateur peu intéressé par la continuité de son entreprise pourra facilement proposer un nom, sans conviction ni réflexion ou présélection, et la disposition n'aurait alors aucun intérêt. Ensuite, cette proposition ne permettra pas pour autant une désignation

---

<sup>224</sup> Cf. Art. L. 225-53 al. 1 c.com.

<sup>225</sup> Cf. Art. L. 225-47 al. 1 c.com.

<sup>226</sup> Cf. Art. L. 225-59 al. 1 c.com.

<sup>227</sup> Cf. Art. L. 225-18 al. 1 c.com.

<sup>228</sup> Cf. Art. L. 223-18 al. 2 c.com.

<sup>229</sup> Cf. Art. L. 221-3 c.com. En effet, selon cet article, tous les associés sont gérants, sauf stipulation contraire dans les statuts.

anticipée du remplaçant, puisqu'elle nécessitera toujours l'investiture par les organes de la société.

Comment aller plus loin sans entraver la libre cessibilité des droits sociaux du dirigeant-disposant ? Il est inenvisageable de subordonner la sortie du dirigeant de l'actionnariat à la désignation préalable d'un nouveau dirigeant. Outre le fait qu'une telle disposition contreviendrait à la libre cessibilité de ses titres, elle lui imposerait de quitter ses fonctions ou de conserver ses droits sociaux tout le temps de son mandat, ce qui n'est actuellement plus une obligation légale.

**59. Un critère surabondant à supprimer.** Les mécanismes spécifiques du droit des sociétés relatifs à l'investiture des dirigeants imposent de dissocier la sortie de l'actionnariat du départ d'une fonction dirigeante. Est exclu par là-même définitivement un quelconque critère lié à l'exercice d'une telle fonction en critère d'application d'une technique d'anticipation de la transmission de l'entreprise sociétaire. Le critère étant sans rapport avec l'objectif à poursuivre, il apparaît comme surabondant, et il n'y a pas lieu de le conserver. La définition d'un critère adéquat est préférable.

## 2°) L'intérêt d'une condition relative aux participations

**60. Le risque : le bouleversement de l'équilibre des participations.** Reste alors à travailler sur l'autre risque : le bouleversement de l'équilibre des participations lié à une transmission de droits sociaux. L'entrée d'un nouvel actionnaire ou associé peut être risquée, dans le sens où elle peut entraîner une modification des majorités au sein des assemblées d'associés et, ainsi, déstabiliser la politique sociétaire commandant la stratégie de continuité de l'activité jusque là adoptée. En effet, l'entrée d'un actionnaire ou d'un associé, désintéressé ou hostile, pourrait enrayer le fonctionnement de la société et, à terme, porter atteinte à la continuité de l'activité lorsqu'il reprend une part significative du capital social, lui permettant de bloquer la prise de certaines décisions en assemblée générale. Certains auteurs relèvent même que « les dissensions entre les associés peuvent provoquer des crises affectant l'existence même de la société »<sup>230</sup>. De même, lorsque l'héritier n'aura pas reçu l'agrément, les associés devront procéder au rachat des droits sociaux ou devront y faire procéder par la société, aux fins de diminution du capital social. Là encore, les majorités risquent d'être

---

<sup>230</sup> Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés, op. cit.*, p. 210, § 371. V. n.b.p. n° 215.

bouleversées, les votes en assemblées perturbés, et la continuité de l'activité troublée par un fonctionnement fragilisé de la société. Le disposant devrait pouvoir attribuer ses droits sociaux à un tiers dans la donation-partage lorsque la dévolution successorale aurait pour effet de modifier la répartition du capital social et/ou la stabilité de l'actionnariat de l'entreprise sociétaire. Il apparaît alors que la transmission d'une fraction significative du capital social peut bouleverser l'équilibre des participations. La transmission de ces fractions devrait en conséquence être facilitée par l'intermédiaire des donations-partages, aux fins de maintien de l'activité.

**61. Le tempérament apporté par la procédure d'agrément.** Cependant, un tempérament doit ici être relevé. En effet, dans de nombreuses sociétés, l'accès à la participation au capital est subordonné à l'agrément du candidat. La procédure d'agrément permet à la société de se protéger d'un éventuel bouleversement de l'équilibre des participations. Les associés filtrent ainsi l'entrée du tiers-donataire. Plusieurs sociétés sont de la sorte protégées : tel est le cas de la société civile<sup>231</sup>, de la SNC<sup>232</sup>, de la SCS<sup>233</sup>, de la SCA<sup>234</sup>, et de la SARL<sup>235</sup>, qui soumettent l'entrée d'un tiers dans leur capital social à l'accord unanime de tous les associés. Le risque de bouleversement de l'équilibre des participations reste *a contrario* davantage présent dans les sociétés anonymes<sup>236</sup> et les sociétés par actions simplifiées<sup>237</sup>, lorsque leurs statuts ne comprennent pas de clause d'agrément. La possibilité offerte au disposant d'attribuer les droits sociaux d'une SA ou SAS à un tiers par donation-partage lui permettra de s'assurer lui-même de la préservation de l'équilibre des participations.

De manière générale, la procédure d'agrément remplit son rôle en protégeant la société de l'intrusion de certaines personnes. Cependant, bien que le disposant puisse voter en faveur de l'agrément de son donataire, l'absence de condition relative à la participation dans le cadre de la technique examinée laisse place aux situations dans lesquelles le tiers-donataire proposé par l'associé-cédant serait confronté à un refus d'agrément. Si la procédure d'agrément permet

---

<sup>231</sup> Cf. Art. 1861 al. 1 c.civ.

<sup>232</sup> Cf. Art. L. 221-13 al. 1 c.com.

<sup>233</sup> Cf. Art. L. 222-8 c.com.

<sup>234</sup> Cf. Art. L. 226-1 al. 2 c.com., par renvoi à l'art. L. 222-8 c.com.

<sup>235</sup> Cf. Art. L. 223-14 al. 1 c.com. qui soumet les cessions de droits sociaux à des tiers étrangers à la société à la procédure d'agrément.

<sup>236</sup> Cf. Art. L. 228-23 al. 1 c.com.

<sup>237</sup> Cf. Art. L. 227-14 c.com.

une certaine protection de la société en cas de transmission des droits sociaux, elle reste l'une des conditions suspensives de réalisation de l'acte d'anticipation. Le droit civil est ici limité par le droit des sociétés. La donation-partage ne peut donc pleinement anticiper la réalisation de la transmission des droits sociaux. Elle reste cependant un outil permettant d'attribuer les droits sociaux d'un disposant à un tiers-repreneur, lorsque l'agrément sera obtenu. L'anticipation contribuera à une meilleure réactivité ; le fonctionnement de la société en sera d'autant préservé.

**62. La détermination du seuil de détention à risque.** Quant au seuil de détention à risque, il apparaît que la transmission d'un bloc de contrôle présente inévitablement le risque relatif au déséquilibre des participations. Cependant, la transmission d'une fraction de droits sociaux moins importante pourrait présenter le même danger. La détermination du seuil de détention des participations à risque est à opérer. Il apparaît qu'un seuil minimum de détention des droits sociaux représentant le capital social a déjà été reconnu par le droit des sociétés comme élément potentiellement perturbateur de la stabilité et de la cohésion de la masse des associés : la détention d'une minorité de blocage. Celui qui détient une minorité de blocage peut systématiquement s'opposer à l'adoption de certaines résolutions, notamment celles prises en assemblées générales extraordinaires, quitte à en abuser. Parmi ces risques politiques, l'abus du droit de vote est la crise qui peut être maîtrisée par la technique des donations-partages appelant un tiers. Fondée sur la théorie civiliste de l'abus de droit, la jurisprudence s'est attachée à en définir les contours, et considère que le minoritaire est coupable d'un abus de minorité si « son attitude [a] été contraire à l'intérêt général de la société en ce qu'il aurait interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci, et dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés », comme est venue le préciser la Cour de cassation dans l'arrêt Flandin<sup>238</sup> du 9 mars 1993. C'est en cela que la donation-partage de droits sociaux au tiers peut être utile dans un

---

<sup>238</sup> Com., 9 mars 1993, pourvoi n° 91-14.685, *Bull. 1993 IV*, p. 69, n° 101. V. Alain COURRET, « L'abus et le droit des sociétés », *Dr. et Patr. 2000*, n° 83, p. 66 ; Jérôme BONNARD, « Constitution et sanction de l'abus de minorité en droit des sociétés » - Note sous Com. 9 mars 1993, pourvoi n° 91-14.685, *Gaz. Pal. 1993*, n° 192, p. 17 ; Paul LE CANNU, « Le minoritaire inerte » - Obs. sous Com. 9 mars 1993, pourvoi n° 91-14.685, *BJS 1993*, n° 5, p. 547 ; Yann PACLOT, « Caractérisation et sanction de l'abus de minorité » - Note sous Com., 9 mars 1993, pourvoi n° 91-14.685, arrêt Flandin, *JCP G 1993*, n° 31, p. 326 ; Alain VIANDIER, « Caractérisation et sanction de l'abus de minorité » - Note sous Com. 9 mars 1993, pourvoi n° 91-14.685, *JCP E 1993*, n° 23, p.141 ; Michel RAYNAUD, « Abus de minorité » - Note sous Com. 9 mars 1993, pourvoi n° 91-14.685, *RJDA 1993*, n° 4, p. 253.

schéma d'optimisation de la transmission des entreprises. Elle empêcherait l'héritier désintéressé ou hostile de pratiquer « la tyrannie des faibles »<sup>239</sup>. Plus que l'abus de minorité, les changements de majorité au sein de la masse des associés peuvent entraîner une difficulté supplémentaire quant à la prise de décisions. Certaines décisions doivent être prises à une majorité qualifiée, qui pourrait être bloquée ; l'associé qui dispose d'une minorité de blocage peut alors entraver la prise de ces décisions, ralentir le fonctionnement de la société, et de manière incidente, fragiliser l'hypothèse de continuité de l'activité. La transmission d'une fraction du capital social représentant une minorité de blocage, sera synonyme de danger potentiel quant à la pérennité de l'activité.

**63. La transmission d'une minorité de blocage : le critère d'extension préconisé.** Afin de limiter ces déséquilibres de participations et de favoriser la stabilité du fonctionnement des sociétés en cas de transmission des droits sociaux, et de là, la continuité de l'activité, il convient de proposer au disposant détenant au moins une minorité de blocage, la possibilité d'user de la donation-partage appelant un tiers. Le champ d'application de cette technique devrait donc être subordonné à la détention d'une minorité de blocage par le disposant. Il en ressort que dans la SA et la SARL, le disposant pourra attribuer ses droits sociaux à un tiers lorsqu'il détiendra au minimum 33 % des actions ou parts sociales plus une. En effet, cette fraction du capital social représente une minorité de blocage, en ce qu'elle permet à l'héritier hostile de s'opposer à toute prise de décision en assemblées générales extraordinaires. L'héritier pourrait par exemple s'opposer systématiquement au changement de nationalité de la société<sup>240</sup>, à toute modification des statuts<sup>241</sup>, dont l'augmentation<sup>242</sup> ou la réduction du capital social<sup>243</sup> même lorsque cette opération éviterait la dissolution anticipée de la société<sup>244</sup>, à la fusion de la société<sup>245</sup>, ou encore à la scission de celle-ci<sup>246</sup>. Alors, si ces décisions ne sont pas directement liées la poursuite de l'activité, de telles prises de positions, systématiques,

---

<sup>239</sup> Cf. Alexis CONSTANTIN, « La tyrannie des faibles – De l'abus de minorité en droit des sociétés », *In Aspects actuels du droit des affaires - Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 213.

<sup>240</sup> Cf. Art. L. 225-97 al. 1 c.com.

<sup>241</sup> Cf. Art. L. 225-96 al. 1 c.com.

<sup>242</sup> Cf. Art. L. 225-129 al. 1 c.com.

<sup>243</sup> Cf. Art. L. 225-204 al. 1 c.com.

<sup>244</sup> Cf. Art. L. 225-248 al. 1 c.com. C'est le cas lorsque les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social.

<sup>245</sup> Cf. Art. L. 236-9 al. 1 c.com.

<sup>246</sup> Cf. Art. L. 236-17 al. 3 c.com.

entraîneraient un enrayement de la machine sociétaire. Le blocage pourrait se propager aux assemblées générales ordinaires et atteindre plus directement encore la poursuite de l'activité. Pour les SARL constituées avant le 3 août 2005 et restant soumises à l'ancienne législation, le disposant ne se voit reconnaître la possibilité d'user de cette technique que lorsqu'il détient 25% des parts sociales plus une. Dans la SAS, la SCS et la SCA, il conviendra de se référer aux statuts pour déterminer la minorité de blocage. Le disposant-détenteur d'une telle fraction pourra attribuer ses droits sociaux par donation-partage à un tiers. Enfin, dans la société civile et dans la SNC, tout associé pourra transmettre ses titres en usant de la sorte de la technique, peu important sa part de détention, chaque associé détenant une voix.

Nouveau critère, nouveau texte. Il convient alors de modifier en conséquence l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1075-2 du Code civil. Un alinéa supplémentaire devrait également être inséré afin d'édicter les différents seuils de détention permettant aux disposants d'accéder à cette technique d'attribution au tiers et de désignation anticipée du repreneur de droits sociaux.

De la sorte, la technique des donations-partages permettra au propriétaire d'une fraction de droits sociaux représentant une entreprise de désigner de manière anticipée son successeur dans cette qualité d'associé ou d'actionnaire. L'accession aux fonctions de direction serait favorisée lorsqu'un bloc de contrôle, au moins, serait transmis et la continuité de l'activité, préservée.

\*

\* \*

**64. Du contenant limité au contenu malaisément appréhendé.** L'entreprise transmise ou à transmettre n'est envisagée par les techniques civilistes de transmission anticipée qu'en tant qu'unité patrimoniale. Ces techniques sont en effet axées sur la propriété de l'entreprise. L'approche juridique qui en est faite est à ce stade cantonnée à la seule appréhension des supports juridiques d'exploitation de l'activité de l'entreprise.

Il en résulte que l'entreprise est ici intégrée par le droit civil uniquement au vu des formes juridiques d'exploitation qu'elle peut revêtir. Si la poursuite de l'activité de l'entreprise à transmettre doit être l'objectif poursuivi par l'anticipation dans la transmission, elle ne peut l'être qu'au travers du traitement juridique des supports matériels et immatériels de

l'entreprise qui subiront eux-mêmes l'opération de transmission. Actuellement, le législateur n'envisage les fonds, les droits sociaux, et bientôt les patrimoines affectés, qu'en tant qu'éléments du patrimoine du disposant. L'observateur doit se repositionner. Un nouveau regard doit être porté sur ces supports de l'entreprise, comme étant ceux permettant l'exercice de l'activité, afin d'appréhender cette dernière dans sa globalité.

Au-delà de la limitation actuelle du champ d'application du dispositif (relativement à l'exploitation sous forme de patrimoine affecté) et des imperfections induites par les critères de délimitation de ce champ d'application (relativement à la transmission des droits sociaux), une seconde limite apparaît. En effet, le dispositif, même s'il la vise parfois, n'a pas vocation à concerner l'entreprise que partiellement. Il permet la transmission de ses supports d'exploitation et non directement l'exploitation de l'activité. Ce constat n'appelle cependant pas de grande révolution, puisque les libéralités n'ont vocation qu'à transmettre des droits de propriété sur des biens constitutifs d'une entreprise. Cependant, l'approche de l'entreprise via ses formes juridiques n'est pas la seule approche que l'on puisse déceler lors de l'étude de ces techniques civilistes de transmission anticipée. Même si le législateur ne s'y réfère pas, au-delà du contenant, le contenu est saisi par la jurisprudence. Il doit en effet être examiné et détaillé afin que le partage successoral anticipé soit égalitaire à l'égard des héritiers du disposant-prédécesseur.

## Chapitre II – L’approche indirecte : le contenu systématisé par la notion d’état

---

**65. Du contenant délimité au contenu évalué.** L’approche directe de l’entreprise par les techniques civilistes, sous l’angle des diverses formes juridiques d’exploitation qu’elle peut emprunter, doit être complétée. Cette approche patrimoniale est limitée. Le contenant ainsi visé, il convient à présent de systématiser le contenu qui doit être évalué.

Les techniques retenues ont des critères propres d’évaluation des biens qui en sont l’objet. L’évaluation de l’entreprise est essentielle, que la transmission s’opère à titre gratuit ou à titre onéreux, et quelle que soit la technique de transmission mise en œuvre, qu’elle ressorte du droit civil ou du droit commercial. En effet, la détermination de la valeur permet tout d’abord de délimiter l’assiette des différentes impositions relatives à la mutation de la propriété. Elle sera ensuite au cœur des enjeux des négociations et des éventuels litiges postérieurs à la transmission, entre le repreneur et le prédécesseur ou ses héritiers. Or, l’évaluation « d’une entreprise ne relève pas d’une science exacte », et « aucune des très nombreuses méthodes proposées ne rend compte à elle seule de toutes les caractéristiques de l’entreprise et (...) leur nécessaire combinaison sera elle-même faite de manière subjective »<sup>247</sup>. Une réflexion doit ainsi être menée sur la *valeur de l’entreprise*.

Selon certains<sup>248</sup>, HAMEL « enseignait que la considération de la valeur réelle de la monnaie n’intéresse et ne doit intéresser que les économistes. Les juristes ne doivent pas s’occuper de la valeur réelle des éléments du patrimoine. Juridiquement la seule valeur qu’ils ont à retenir est la valeur nominale ». Or, ne retenir que la valeur nominale implique de ne pas tenir compte de l’inflation née de l’écoulement du temps. Cependant, au jour de l’acte d’anticipation de la transmission de l’entreprise, certains droits futurs, tel le droit à la réserve héréditaire fondé sur la valeur réelle des biens, ne peuvent être ignorés. Les variations de valeur des biens, entre la date de l’acte anticipatoire et celle de la naissance des droits futurs, pourront alors bousculer, au jour de leur naissance, la situation juridique créée par ledit acte,

---

<sup>247</sup> Patrice BONDUELLE, « L’état de l’entreprise donnée », *JCP N 1992*, n° 6, p. 25, §16. Sur les différentes méthodes d’évaluation : V. Jacques BRAVARD, *L’évaluation des entreprises*, Dunod, Coll. Dunod entreprise – Série « finance », 1974.

<sup>248</sup> Georges L. PIERRE-FRANÇOIS, *La notion de dette de valeur en droit civil – Essai d’une théorie*, th. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975, p. 22, §27.

et remettre en cause l'économie de la libéralité<sup>249</sup>. Ainsi, la valeur des biens doit être prise en compte lorsque sera mis en place l'acte anticipatoire. Le juriste doit veiller à déterminer au mieux, et si possible par anticipation, la valeur réelle<sup>250</sup> de l'entreprise dans le futur, ou du moins les éléments permettant de l'apprécier. À défaut, l'acte anticipatoire n'assurera pas complètement la sécurité juridique de l'opération de transmission de l'entreprise.

Cependant, l'entreprise est un concept juridique constitué « de données essentiellement économiques »<sup>251</sup>. Le droit a un temps de retard sur l'économie, puisque la notion économique est construite alors que la notion juridique n'est qu'en cours d'élaboration. Les techniques civilistes œuvrent dans le sens d'une systématisation. Elles recourent pour cela à une notion qui leur est spécifique : celle d'*état*.

**66. La notion d'*état*, critère d'évaluation spécifique aux techniques civilistes.** La notion d'*état* se trouve être la notion centrale des techniques civilistes de transmission anticipée. Au cœur du droit des libéralités, *l'état* permet de mesurer dans le temps le droit des héritiers réservataires. En effet, l'article 922 du Code civil visant à protéger leur réserve héréditaire détermine les modalités de calcul de l'indemnité de réduction lorsque des libéralités excessives auront été consenties par le disposant, de son vivant. Le texte préconise de retenir l'« état [des biens donnés] à l'époque de la donation et leur valeur à l'ouverture de la succession ». Lorsque la libéralité excessive a pour objet l'entreprise, *l'état de l'entreprise* permettra donc de déterminer le montant de l'indemnité de réduction due par le repreneur. De même, dans le cadre de l'action en rapport, l'article 860 du Code civil prescrit d'évaluer le bien en fonction de « son état à l'époque de la donation », aux fins de déterminer le montant de l'éventuelle indemnité de rapport. Or, ces indemnités de rapport et de réduction pourront sensiblement perturber la stabilité de la situation juridique de reprise de l'entreprise,

---

<sup>249</sup> Comme le souligne CATALA, « l'époque où l'évaluation des biens est matériellement réalisable s'est largement étalée dans le temps, et parallèlement se sont accentués les risques des fluctuations de valeurs propres à ruiner, avant même que le partage soit accompli, l'égalité des lots sur laquelle il repose » (Pierre CATALA, *op. cit.*, p. 37, §8), et ainsi les prévisions gouvernant l'acte d'anticipation qu'est la transmission de l'entreprise par donation ou donation-partage. Le juriste doit ainsi essayer de sécuriser l'instabilité ici engendrée en essayant de déterminer le plus justement possible la valeur réelle de l'entreprise, qui guidera la stabilité juridique de la situation des personnes ayant eu recours à l'acte d'anticipation.

<sup>250</sup> Cf. §212.

<sup>251</sup> Ces termes sont ceux qu'emploie un auteur relativement à la notion de « facteurs locaux de commercialité » qu'il qualifie de notion économique. Cf. Guy-Auguste LIKILLIMBA, « Les facteurs locaux de commercialité », *Gaz. Pal.* 2005, n° 214, p. 11.

notamment lorsque le repreneur ne disposera pas des fonds nécessaires pour en honorer le paiement, comme le constat ci-après<sup>252</sup> rapporté permet de l'envisager.

La notion *d'état* est par ailleurs au cœur de la technique du démembrement de propriété, autre technique civiliste présentant la notion d'anticipation sur laquelle il conviendra de revenir ultérieurement<sup>253</sup>. Guidant l'obligation de restitution à l'extinction de l'usufruit, *l'état* du bien démembre au jour de la constitution de ce droit réel sera comparé à son *état* au jour de la restitution, afin que les compensations financières induites par l'extinction des droits d'usufruit et de nue-propriété puissent être calculées au profit de leur titulaire.

**67. La systématisation de l'entreprise par la notion d'état.** Déterminer *l'état* d'un bien permettra de procéder à son évaluation. Le droit civil procède en ce sens à des classifications afin de définir ce qu'est *l'état de l'entreprise transmise* par anticipation. La systématisation à opérer présente deux volets successifs.

Ainsi, il conviendra de déterminer les éléments de référencement de la valeur du bien. Que l'entreprise soit l'objet d'une libéralité ou d'un démembrement de propriété, ces éléments de référencement doivent être déterminés en fonction des spécificités de l'entreprise. La législation ne proposant pas de tels critères, il faudra répertorier chaque élément constitutif de son *état*, soit ceux de *l'état des fonds*, de *l'état des patrimoines affectés*, ou de *l'état des droits sociaux*. CHAMPENOIS en recensait quelques uns : la destination du bien et l'« environnement économique »<sup>254</sup> par exemple. Monsieur BONDUELLE vise « les variations fortuites (...) qui affectent l'environnement extérieur de l'entreprise »<sup>255</sup>. CATALA précisait que « toute donnée matérielle ou juridique affectant la valeur de la chose [est] un élément de son état »<sup>256</sup>. Ces éléments constitutifs de *l'état de l'entreprise* déterminent l'assiette de calcul de l'indemnité de rapport ou de réduction. Il s'agit par là de réintégrer à la masse successorale, dont sont issues les parts réservataires et la quotité disponible, la valeur de l'entreprise telle qu'elle aurait été si elle avait été conservée par le disposant jusqu'à son

---

<sup>252</sup> Cf. §147.

<sup>253</sup> Cf. §223.

<sup>254</sup> Gérard CHAMPENOIS, Obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mai 1977, consorts Bret c. dame Bret, épouse Blanche, *Defrénois* 1977, I, p. 1600, n° 114.

<sup>255</sup> Patrice BONDUELLE, « L'état de l'entreprise donnée », *op. cit.*, p. 25, §9. V. n.b.p. n° 247.

<sup>256</sup> Pierre CATALA, « L'état du bien donné exploité sous forme sociale », *Etudes offertes à René RODIÈRE*, Dalloz, 1981, p. 55, §3.

décès. De même, ces calculs permettront d'opérer les compensations entre l'usufruitier et le nu-propiétaire.

Cependant, devront ensuite être apportés des correctifs, puisque *l'état de l'entreprise* a « vocation à changer, tous les jours, en fonction de l'activité de celui qui l'exploite. Tout le problème est là, et découle de l'imbrication des facteurs économiques généraux et des facteurs tenant à l'activité personnelle du donataire »<sup>257</sup>. La ventilation des *changements d'état* de l'entreprise impose de déterminer leur imputabilité, qu'ils se produisent dans le cadre des libéralités ou du démembrement de propriété.

Le constat relatif à *l'état* de l'entreprise individuelle ou de l'entreprise sociétaire n'est pas uniforme. Si l'aspect juridique présente de nombreuses imprécisions (Section I), l'aspect économique apparaît comme attractif (Section II).

## SECTION I – UN *ÉTAT* JURIDIQUEMENT INCERTAIN

**68. La ventilation des éléments caractéristiques de l'entreprise.** La notion strictement civiliste d'*état* n'est appréhendée ni par le droit commercial, ni par le droit des sociétés. En effet, issue du Code civil, cette notion n'a pas été intégrée dans le Code de commerce, puisqu'il s'agit d'une notion spécifique au droit des libéralités et du démembrement de propriété. Lorsque la libéralité ou l'usufruit a pour objet une entreprise, la transposition de la notion civiliste en droit des affaires s'avère nécessaire. En l'absence de points de repère précis, puisque l'entreprise, quelle que soit sa forme, pourra difficilement être comparée à un immeuble ou à tout autre bien statique, en vue desquels la notion d'*état* a été élaborée, il convient de référencer les différents éléments permettant de définir en droit civil l'*état* de l'entreprise. Après qu'aient été déterminés les différents éléments caractéristiques de l'entreprise, il faut encore les ventiler en deux catégories : ceux devant être retenus au titre de l'*état* de l'entreprise, et ceux devant en être exclus. Dans le cadre de l'action en rapport, la dichotomie s'opère entre les éléments rapportables et les éléments non rapportables. Cette ventilation permettra de déterminer l'assiette de l'indemnité de rapport. La précision des résultats amènera à la possibilité d'évaluer l'amplitude de l'anticipation dans la transmission des entreprises par donations ordinaires. Les mêmes éléments caractéristiques détermineront

---

<sup>257</sup> Michel DAGOT, « L'état, au jour de la donation, d'un office de notaire donné », *Defrénois* 1974, I, art. 30627, p. 593, § introductif.

l'assiette de l'indemnité de réduction, ainsi que les compensations à opérer entre le nu-propriétaire et l'usufruitier. Cependant la différence de structure de l'entreprise individuelle et de l'entreprise sociétaire impose de dissocier l'analyse des éléments caractéristiques de leur *état*.

**69. La dualité des formes juridiques de l'entreprise.** La détermination de l'*état de l'entreprise individuelle* à transmettre implique d'en délimiter les éléments constitutifs. Quant à l'entreprise sociétaire, elle ne sera pas directement transmise, puisque la transmission anticipée porte sur les droits sociaux qui la représentent. La différence de structure entre ces deux formes juridiques d'exploitation impose de traiter distinctement l'*état de l'entreprise individuelle* (§I) et l'*état de l'entreprise sociétaire* (§II).

### ***§I – L'incertitude relative à l'entreprise individuelle***

**70. Les deux statuts de l'entrepreneur individuel.** L'entreprise individuelle pouvant désormais revêtir deux formes juridiques, il faudra une fois encore, distinguer entre les éléments constitutifs de son *état* selon que l'activité est supportée par un fonds (A), ou par un patrimoine affecté à une activité professionnelle (B).

#### **A – Les éléments constitutifs de l'*état de l'entreprise individuelle* difficilement déterminés**

**71. De la différence de nature des éléments constitutifs de l'*état de l'entreprise individuelle*.** Lorsque l'on entend déterminer l'*état de l'entreprise individuelle* exploitée en nom propre, il faut en premier lieu, déterminer l'*état du fonds* qui supporte son exploitation. Il convient alors d'en répertorier tous les éléments constitutifs, sachant que la nature commerciale, agricole, artisanale, industrielle ou libérale du fonds importe peu. L'*état de l'entreprise individuelle* peut cependant ne pas se limiter à celui du fonds, puisqu'il est possible qu'un immeuble soit affecté à l'exploitation de son activité. Cet immeuble, support de l'activité, non compris dans le fonds, n'en reste pas moins un élément constitutif de l'*état de l'entreprise individuelle*. C'est ce que suggèrent les termes ci-avant analysés<sup>258</sup> se référant au patrimoine du disposant composé de « biens comprenant une entreprise individuelle ». Ceux-ci sont le fonds et d'autres biens compris dans ce patrimoine, affectés à l'exploitation d'une activité. Ils peuvent tous être transmis en bloc au tiers-repreneur dans le cadre de la

---

<sup>258</sup> Cf. §37.

donation-partage ; ce n'est pas que le fonds qui est concerné. Ainsi l'entreprise individuelle en droit civil est plus largement appréhendée que l'entreprise en droit commercial se résumant au seul fonds.

En second lieu il convient de ne pas limiter *l'état de l'entreprise individuelle* aux seules valeurs patrimoniales permettant l'exploitation de l'activité, puisqu'une partie des fruits que l'entreprise génère font partie de cet *état*. Dans le cadre des libéralités, et relativement à l'obligation au rapport du donataire ou à l'exercice de l'action en réduction, les fruits respectivement générés entre l'ouverture de la succession et le partage ou la mise en œuvre de l'action, et ceux générés à compter de l'extinction de l'usufruit dans le cadre de l'obligation en restitution de l'usufruitier, devront être comptabilisés. Doivent seuls être exclus de *l'état de l'entreprise individuelle* les fruits générés avant l'ouverture de la succession du prédécesseur ou son partage, et ceux générés avant l'extinction de l'usufruit. Cependant les mêmes éléments constitutifs doivent être retenus pour déterminer l'état de l'entreprise individuelle, que ce soit dans le cadre des libéralités ou du démembrement de propriété. Seules les dates d'appréciation relatives à la naissance de l'obligation au rapport ou à la restitution ou non des fruits sont à différencier selon la technique ou l'action mise en œuvre. La présentation des fruits à exclusion (1°) précèdera celle de l'ensemble des éléments constitutifs de *l'état de l'entreprise individuelle* (2°).

### 1°) Les éléments exclus

**72. La détermination des fruits de l'entreprise individuelle.** Selon l'article 856 du Code civil, « les fruits des choses sujettes à rapport sont dus à compter du jour de l'ouverture de la succession ». Les fruits de la chose donnée sont donc, par nature, exclus de l'obligation au rapport, sauf pour ceux générés à compter de l'ouverture de la succession. Transposer cette règle au rapport d'une entreprise individuelle implique de déterminer deux choses : il convient avant tout de savoir ce qui doit être qualifié de fruits d'une entreprise individuelle, puis de s'interroger sur leur nature pour déterminer leur régime juridique et définir l'assiette du rapport.

La détermination des fruits d'une entreprise individuelle suppose au préalable de préciser que l'entreprise n'étant pas reconnue comme un bien, elle ne peut *a fortiori* être un bien frugifère. Ce sont donc ses éléments constitutifs, les fonds, les immeubles et autres biens affectés à l'exploitation de l'activité qui sont des biens frugifères, et qui, regroupés vont produire les

« fruits de l'entreprise individuelle ». Ces mêmes éléments génèrent les bénéfices dont une partie seulement peut être qualifiée de fruit.

**73. Les bénéfices de l'entreprise individuelle, ventilés en fruits du fonds et autres revenus.** Que ces bénéfices soient industriels et commerciaux ou de nature civile importe peu, le raisonnement sera analogue. La définition des fruits est aujourd'hui bien établie : ils sont, sauf exception, ceux « qui émanent d'un autre bien [tout en assurant] (...) la conservation de la substance de la chose »<sup>259</sup> ; leur caractère périodique est indifférent<sup>260</sup>. Ils s'opposent aux revenus du travail<sup>261</sup>. Cependant, les bénéfices d'une entreprise individuelle sont les revenus à la fois du capital et du travail<sup>262</sup>. Il faut donc ventiler les bénéfices en deux catégories<sup>263</sup>. Si les revenus du capital peuvent bien être qualifiés de fruits, ceux du travail ne sont pas concernés. Quant au « capital », support d'exploitation d'une entreprise individuelle, il est généralement composé du fonds exploité, ainsi que des différents biens non compris dans le fonds, mais affectés à l'exploitation de l'activité, par exemple le local commercial ou professionnel.

DELALANDE proposait, lors de son étude sur *L'usufruit du fonds de commerce*<sup>264</sup>, de ventiler les bénéfices en trois parts : les revenus de l'immeuble affecté à l'activité, les revenus du capital, et les revenus du travail. Les deux premiers sont des fruits, au contraire du dernier ; il se dégage alors la part rapportable ou restituable des bénéfices. Ne pouvant être considérés

---

<sup>259</sup> Adeline GOUTTENOIRE-CORNUT, « La richesse des fruits », *Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif 2001-4*, p. 1225, §3.

<sup>260</sup> Cf. sur ce point : Edmond-Eugène THALLER, « Si les bénéfices de commerce sont ou ne sont pas des fruits », *Ann. Dr. com. 1896*, p. 194, §4 et §6 ; Adeline GOUTTENOIRE-CORNUT, « La richesse des fruits », *op. cit.*, p. 1225, §4 ; Frédéric ZÉNATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les Biens*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 201, §130, b).

<sup>261</sup> Stéphane PIEDELIÈVRE, « Fruits », *op. cit.*, p. 3, §15, V. n.b.p. n° 261 ; Edmond-Eugène THALLER, *op. cit.*, §3 : « Les gains de commerce sont le *produit du travail*. Le travail n'est pas une valeur susceptible d'engendrer des *fruits*. »

<sup>262</sup> Edmond-Eugène THALLER, « Si les bénéfices de commerce sont ou ne sont pas des fruits », *op.cit.*, p. 194, §17. THALLER précisait : « Sans un capital établi, cet enrichissement n'aurait pu être obtenu. Il est donc vrai de dire que cet enrichissement correspond à une pensée de fruit, mais pour partie seulement. Car l'autre partie du bénéfice provient du travail de l'individu, c'est-à-dire d'une cause personnelle, étrangère à toute notion d'usufruit. »

<sup>263</sup> Cf. sur ce point : Stéphane PIEDELIÈVRE, « Les fruits et les revenus en droit patrimonial de la famille », *Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif 1994*, p. 75, §2 : « on ne peut nier aujourd'hui qu'une partie importante des productions d'une chose frugifère est due tant au bien producteur qu'à l'activité humaine ».

<sup>264</sup> A.-L. DELALANDE, *L'usufruit d'un fonds de commerce*, th. Bordeaux, dactyl., 1922, p. 204.

comme des fruits, seuls les revenus du travail<sup>265</sup> sont à prendre en compte pour déterminer *l'état des fonds*, mais nous y reviendrons<sup>266</sup>.

Il convient dès à présent de s'intéresser à la nature de ces fruits, afin de déterminer le régime qui leur est applicable et de délimiter la partie des fruits à retenir au titre des éléments à rapporter en tant qu'éléments constitutifs de *l'état des fonds*.

**74. La part des bénéfices représentative des fruits de l'immeuble affecté.** La détermination de la nature des bénéfices, au regard de la qualification de fruit, permettra de trancher sur la part de ceux-ci devant être retenue ou non au titre de l'obligation au rapport du donataire, tant en ce qui concerne ceux générés au cours de l'année de la donation, que ceux générés au cours de l'année de l'ouverture de la succession. La part des bénéfices correspondant aux fruits de l'immeuble affecté à l'activité sont les loyers. Trois hypothèses sont envisageables. Premièrement, une partie des immeubles affectés à l'exploitation de l'activité de l'entreprise individuelle ne sont pas tous utiles à son exploitation et sont alors loués à des tiers. Dans ce cas, les loyers sont comptabilisés au titre des fruits de l'immeuble affecté. Deuxièmement, l'intégralité des immeubles affectés à l'activité est utilisée pour son exploitation. DELALANDE proposait une méthode d'évaluation de leurs fruits. Lorsque, affectés à l'activité de manière comptable ils ne donneront pas lieu à un loyer, il propose « de prendre pour terme de comparaison le prix de location payé pour des locaux analogues par les commerçants exerçant la même profession dans le quartier ou la région envisagés »<sup>267</sup>. Ici, même si le donataire ne perçoit pas de loyer, l'immeuble qui lui a été donné aurait à défaut de donation généré des loyers, qu'il convient de comptabiliser au titre des fruits générés par cet immeuble pour préserver l'égalité entre héritiers. Troisièmement, l'immeuble permettant l'exploitation de l'activité n'appartient pas à l'entrepreneur. Il dispose d'un bail affecté, soit par définition s'il exploite un fonds de commerce, soit par déduction s'il exploite un fonds d'une autre nature. Dans ce cas, l'immeuble ne génère pas de loyer, mais au contraire des charges. Cette dernière hypothèse ne ressort donc pas de la réflexion à mener au titre de la détermination des fruits de l'entreprise individuelle. Cependant, pour les deux premières propositions, la nature des loyers est établie ; il est communément admis qu'ils ont la nature

---

<sup>265</sup> Il conviendra alors de vérifier si ces revenus du travail doivent ou non être pris en compte dans l'évaluation de la valeur de l'entreprise rapportable.

<sup>266</sup> Cf. §76.

<sup>267</sup> A.-L. DELALANDE, *L'usufruit d'un fonds de commerce*, op. cit., p. 204. V. n.b.p. n° 264.

de fruits civils, et qu'ils s'acquièrent ainsi « jour par jour »<sup>268</sup>. Cette analyse tient généralement pour argument que ces fruits proviennent d'un contrat qui les a déterminés<sup>269</sup>, en compensation de la contrepartie fournie, en l'occurrence, de la mise à disposition du local. Devront être rapportés les loyers ou leur équivalent, courant du jour de l'ouverture de la succession à celui du partage ou de la mise en œuvre de l'action en réduction, et être restitués ceux générés à compter de l'extinction de l'usufruit, comme valeurs constitutives de l'état du fonds, et par voie de conséquence de l'état de l'entreprise individuelle.

#### **75. La part des bénéfices représentative des fruits du fonds et leur nature juridique.**

Une fois déduite des bénéfices la part représentative des fruits de l'immeuble affecté à l'activité, et celle correspondant aux revenus du travail<sup>270</sup>, la part représentative des fruits du fonds sera isolée. La nature juridique de cette partie des bénéfices n'est pas tranchée. DELALANDE soutenait qu'ils ne peuvent être qualifiés de fruits naturels et industriels, dans la mesure où le législateur, lorsqu'il les a consacrés, « n'a eu en vue, (...), que les fruits produits par la terre avec ou sans le concours de l'homme »<sup>271</sup> ; THALLER, au contraire, rapprochait les bénéfices de ces derniers. Selon lui, « [I]es bénéfices ne sont pas en définitive de nature plus variable que les produits directs de la terre »<sup>272</sup>. Deux arguments peuvent être avancés pour confirmer cette nature de fruits industriels des bénéfices représentant la part de produit du capital que sont les éléments corporels et incorporels représentatifs du fonds.

Tout d'abord, le texte précité relatif aux produits de la terre a une origine ancienne, puisqu'il a été codifié en 1804. Si, à l'époque, les fruits industriels provenaient en quasi-totalité de la terre, cela ne semble pas permettre pour autant d'exclure aujourd'hui de cette qualification les fruits des fonds professionnels. En effet, les fonds de terre représentaient à l'époque la plus grande part des richesses et n'étaient à l'esprit du législateur que les fonds agricoles. L'essor contemporain de la notion de fonds professionnel impose une interprétation renouvelée des textes, puisqu'à côté du fonds commercial, se sont développées les notions de fonds artisanal, puis de fonds libéral. Ainsi, si les bénéfices représentant la part de produit du capital des entreprises individuelles n'étaient point visés au jour de la création du Code civil, l'on ne

---

<sup>268</sup> Art. 586 c.civ

<sup>269</sup> Frédéric ZÉNATI- CASTAING et Thierry REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 196 et s., § 129, b). V. n.b.p. n° 260.

<sup>270</sup> Cf. §76.

<sup>271</sup> A.-L. DELALANDE, *L'usufruit d'un fonds de commerce, op. cit.*, p. 199. V. n.b.p. n° 264.

<sup>272</sup> Edmond-Eugène THALLER, « Si les bénéfices de commerce sont ou ne sont pas des fruits », *op.cit.*, p. 194, §4. V. n.b.p. n° 260.

saurait maintenir qu'ils ne peuvent l'être aujourd'hui. Les biens mobiliers et, notamment, les biens mobiliers incorporels prennent désormais, dans notre système socio-économique, une part aussi importante que les biens immobiliers. La transformation des richesses permet de penser que l'interprétation des textes du Code civil doit évoluer, parallèlement à l'évolution de notre société et à la matérialisation ou à la dématérialisation de ses richesses.

En outre, le principe d'égalité commandant de réserver un traitement similaire à des situations juridiques similaires, une harmonisation du régime juridique des fonds professionnels s'impose. Si le fonds agricole produit des fruits naturels et industriels, car tirés de la terre, il paraît assez incohérent de traiter les produits des autres fonds professionnels sous un régime juridique différent. Dans tous les cas, un bien frugifère (le sol pour l'agriculteur ; les stocks et les marchandises pour le commerçant ; le matériel d'exploitation pour le professionnel libéral ou artisanal), combiné à l'activité de l'homme (le travail de la terre pour l'agriculteur, les qualités marchandes pour le commerçant, et le savoir-faire pour le professionnel libéral ou pour l'artisan), entraînent la production par la chose frugifère. Les processus sont tout à fait similaires. Il convient d'uniformiser le régime juridique des fonds quelle que soit leur nature.

Dans un but de simplification du droit, mais aussi de traitement égalitaire des différents professionnels, il conviendra de converger vers une reconnaissance de la nature industrielle des bénéfices générés par l'exploitation d'un fonds quel qu'il soit. Mais il ne faut pas oublier que les parts de bénéfices correspondant au travail de l'homme, ou celle équivalentes aux revenus du capital, seront fortement variables, selon la nature de l'activité exploitée. En effet, la part « rémunération du travail » sera bien plus conséquente quant à la ventilation des bénéfices issus d'un fonds libéral ou artisanal, en comparaison de ceux issus d'un fonds commercial.

**76. L'exclusion de la rémunération du travail acquise au repreneur entre le jour de la donation et celui de l'ouverture de la succession.** Les bénéfices correspondant à la rémunération du travail, n'étant pas des fruits comme souligné précédemment, ils devraient être rapportables, même pour ceux générés entre la donation et le partage. L'estimation de la part des bénéfices, qui doit être assimilée à des revenus du travail, peut être réalisée par analogie à celle qui est attribuée à des gérants d'entreprises de même taille et de secteurs géographiques comparables. DELALANDE proposait de déterminer une « portion du bénéfice assimilable à un salaire qui doit revenir à l'exploitant »<sup>273</sup>.

---

<sup>273</sup> A.-L. DELALANDE, *L'usufruit d'un fonds de commerce*, op. cit., p. 206. V. n.b.p. n° 264.

Cependant, imposer au donataire-repreneur d'avoir à rapporter les revenus de son travail, du seul fait que ceux-ci proviennent de l'exploitation d'une entreprise donnée par son ascendant, semble placer ce dernier dans une situation inégale à celle des autres héritiers qui n'auront pas à justifier ni à rapporter à la succession les salaires qu'ils auront accumulés ou dépensés entre le jour de la donation et celui de l'ouverture de la succession. Il semble alors inopportun, et contraire à la volonté de privilégier la gestion dynamique des biens, d'imposer un tel rapport au donataire. Peut-il en être dispensé ? Les revenus du travail doivent-ils réellement faire parti de l'obligation au rapport ?

Il faut ici relever l'article 860 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil selon lequel le bien objet du rapport doit être envisagé dans son *état* au jour de la donation, soit avant que les bénéfices n'aient été générés puis reversés à titre de rémunération sur le compte personnel de l'exploitant. En conséquence ces revenus non générés au jour de la donation doivent être exclus des valeurs à rapporter. Si la notion de fruits ne permet pas de dispenser de rapport cette part de bénéfices correspondant à la rémunération de l'activité de l'homme, l'article 860 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil permet de les écarter<sup>274</sup>. Pour ceux générés à compter de l'ouverture de la succession, n'étant pas des fruits, ils n'ont pas à être rapportés.

---

<sup>274</sup> De plus, si le donataire décidait de ne pas exploiter personnellement l'entreprise, les salaires qu'il reverserait à un gérant devraient être qualifiés de charges de fonctionnement. Est-il alors possible de les soustraire des valeurs à rapporter ? L'article 852 du Code civil vise la dispense de rapport des « frais d'entretien », mais il n'est ici fait référence qu'à la cellule familiale (cet article vise expressément les « frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement... », soit rien qui n'ait à voir avec des frais de fonctionnement ou d'exploitation d'une entreprise. Il convient alors d'écarter cet article de notre raisonnement) ; l'article ne peut donc être appliqué à la dispense de rapport dans le cadre d'une entreprise. L'article 861 alinéa 2 du même code vise par contre les « dépenses nécessaires » que le donataire a faites afin de conserver le bien. Selon cet article, ces dépenses devront être déduites des sommes à rapporter. Cependant n'est ici visé que le rapport en nature, or doit être privilégié le rapport en valeur en vue de conserver l'allotissement anticipé recherché lors d'une transmission anticipée de l'entreprise. Les salaires ou la part de bénéfices correspondant aux salaires semblent, dans cette logique, rapportables à la succession. Cependant un argument ne ressortant pas des textes nous semble pouvoir être avancé : il s'agit de l'alignement des règles du rapport en valeur sur celles du rapport en nature, inscrit dans l'esprit du législateur au moment de l'institution en principe du rapport en valeur. Bien que les textes y relatifs ne renvoient pas à l'article 861 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil prescrivant que l'on doive tenir compte au donataire des dépenses nécessaires faites par lui en vue de la conservation du bien donné, le raisonnement par analogie au rapport en nature laisse à penser que cette prise en compte des dépenses effectuées par ce dernier devraient être comptabilisées à son crédit. La résultante en est, une fois encore, la dispense de rapport des sommes assimilées à la rémunération de son travail.

Il faut en conclure à l'absence d'obligation au rapport des salaires, ou valeurs tirées des bénéfiques équivalentes à un salaire<sup>275</sup>, et plus généralement à l'absence de rapport dû quant à l'intégralité des bénéfiques, la part correspondant aux fruits en étant dispensée comme vu précédemment, sauf pour ceux générés à compter de l'ouverture de la succession. Dès lors, devrait être rapportée la part des bénéfiques correspondant aux seuls fruits générés à compter de l'ouverture de la succession et jusqu'à l'exercice de l'action en réduction, ou jusqu'au partage dans le cadre de l'action en rapport. Cependant, ces calculs s'avèrent difficilement praticables, ce qui dissuade généralement les praticiens du droit d'y procéder, et ce au désavantage des cohéritiers du repreneur ainsi lésés. La mise au point d'un prorata de référence serait une solution envisageable. Il faut à présent repérer les éléments permettant de déterminer *l'état de l'entreprise individuelle*.

## 2°) Les éléments élus

**77. *L'état de l'entreprise individuelle, essentiellement résumé à l'état du fonds transmis.*** La détermination de *l'état de l'entreprise individuelle* impose de prendre en compte l'ensemble des éléments affectés à l'activité. Il s'agira du fonds qui supporte l'exploitation, et des autres biens affectés à l'activité dont les immeubles. La détermination de *l'état des immeubles* qui ressort de problématiques purement civilistes ne posera pas de difficulté particulière quant à la détermination de *l'état de l'entreprise individuelle*. La détermination de *l'état du fonds* sera *a contrario* plus complexe puisqu'il conviendra de retenir tous les éléments habituellement constitutifs des fonds, dont l'évaluation pose parfois quelques difficultés. Deux critères permettent de déterminer *l'état du fonds* : sa composition et sa destination.

**78. Les critères de détermination de *l'état des fonds* : la composition et la destination.** La composition du fonds est le critère prééminent de détermination. Mais depuis un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 31 octobre 1989<sup>276</sup>, la destination du bien donné est érigée en critère d'évaluation. Une vérification s'imposera alors : la destination du fonds a-t-elle été modifiée entre le jour de la donation ou de la constitution de l'usufruit, et

---

<sup>275</sup> Sauf à constater un salaire exorbitant en référence à une entreprise de même taille et opérant sur un secteur géographique comparable, où le rapport pourrait être exigé par les cohéritiers, les salaires ne doivent pas être rapportés.

<sup>276</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 oct. 1989, pourvoi n° 87-17.948, *Bull.* 1989, I, n° 338, p. 226.

celui de l'ouverture de la succession ou de l'extinction de l'usufruit ? Si c'est le cas, il faudra imputer la modification au donataire ou à l'usufruitier<sup>277</sup>.

La composition du fonds laisse cependant davantage de place à la réflexion. La définition du fonds de commerce étant élaborée de longue date, ses éléments constitutifs sont connus, bien que certains ne semblent que très partiellement appréhendés, telles les valeurs économiques<sup>278</sup>. Il ne s'agit pas de tous les reprendre, mais seulement ceux qui portent à discussion : le matériel et la clientèle.

**79. Le matériel, élément constitutif instable de l'état du fonds.** Le matériel doit bien évidemment être pris en compte au titre de l'état d'un fonds, comme constitutif de l'assiette de son évaluation. Il se révèle cependant de nature instable. Si la prise en compte de cet élément est incontestable, les calculs n'en seront pas pour autant facilités. Monsieur BONDUELLE nous en précise la cause : « Voici des biens qui en trois, cinq ou dix ans vont être à la fois comptablement amortis, physiquement usés et frappés d'obsolescence »<sup>279</sup>. Il propose en premier lieu de dispenser le donataire du rapport de ce matériel, en ce qu'il serait hors d'usage au jour de l'ouverture de la succession ou du partage, conformément à l'article 855 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, qui préconise d'exclure de l'obligation au rapport « le bien qui a péri par cas fortuit et sans la faute du donataire ». Il propose ensuite une alternative, à savoir la possibilité faire une distinction entre les éléments qui, par nature, se déprécient inéluctablement et ceux qui n'encourent pas cette même dépréciation. Pour ceux qui se déprécient, il explique qu'ils seront rapportables selon leur valeur au jour du partage et leur état à l'époque de la donation, et cela en vertu du mécanisme de la subrogation réelle imparfaite. Le rapport ne jouerait que pour les biens acquis en remplacement des biens

---

<sup>277</sup> Cf. §99s.

<sup>278</sup> V. sur ce point ; Frédéric BÉLOT, « Pour une meilleure protection des valeurs économiques », *LPA 2006*, n° 243, p. 6. L'auteur insiste ici sur l'importance que prennent les « biens incorporels dans l'économie contemporaine » : « L'immatériel envahit le patrimoine ». Ces valeurs économiques sont à rapprocher du *Goodwill*, qui ne tend lui aussi qu'à être parcimonieusement appréhendé par le droit. Il rappelle qu'il convient d'entendre par valeurs économiques « toutes les choses créées ou acquises par une personne qui lui permettent d'exercer son activité économique de la développer et d'accroître son chiffre d'affaires, et qui pourtant ne sont pas reconnues comme des biens par notre droit positif. Cette notion de valeur économique est par conséquent très large et comprend les travaux et l'expérience technique d'une entreprise (notamment son savoir-faire), ses études ou plans, ses publicités et concepts, mais aussi tous « les moyens techniques d'exploitation d'une activité commerciale ». Voilà autant d'éléments constitutifs des fonds ou des patrimoines sociaux, qui ne sont pas pour l'heure appréhendés par le droit positif.

<sup>279</sup> Patrice BONDUELLE, « L'état de l'entreprise donnée », *op. cit.*, p. 25, §19. V. n.b.p. n° 247.

dépréciés, en vertu des « deniers donnés » ou des « deniers produits de la cession du bien donné ». Toujours selon cet auteur, la « dépense » et l'« emploi » pourraient subir le même régime juridique quant au rapport, afin de ne pas atteindre l'équité entre cohéritiers, en regrettant que les cohéritiers ne profitent que des bonnes opérations, sans supporter les mauvaises.

La mise au point d'une règle objective ayant pour finalité de refléter la réalité ne semble pas envisageable. Chaque matériel doit être examiné au cas par cas, afin de l'inclure ou non dans l'obligation au rapport en valeur. Il en résulte une complexité certaine du calcul de l'indemnité de rapport correspondante à la libéralité d'entreprise excessive, complexité qui tend à fragiliser la situation juridique du repreneur en ce que ce calcul ne peut réellement être anticipé.

Selon la nature du fonds, d'autres éléments devront être retenus quant à la détermination de leur *état*. Il s'agira notamment du bail, des brevets, du nom commercial et de l'enseigne le cas échéant, et de bien d'autres éléments sur lesquels il n'y a pas lieu de revenir pour faire avancer notre réflexion. Le dernier élément constitutif qui semble réellement causer quelque difficulté ici est la clientèle.

**80. La difficulté à évaluer les faits du donataire-repreneur quant au développement de la clientèle.** La clientèle est un élément incontournable de la composition du fonds de commerce. Elle tend à se généraliser en tant qu'élément constitutif du fonds professionnel, à l'instar de la clientèle du fonds libéral consacrée postérieurement à celle du fonds de commerce. La clientèle est donc déterminante de l'*état* des fonds. Monsieur DAGOT propose une technique permettant d'évaluer les clientèles civiles. Essayant d'objectiver des critères de référencement et d'évaluation de la clientèle d'un office notarial, il propose de relever « le nombre réel moyen d'actes » réalisés par l'office notarial, tout en effectuant une « répartition des actes par grands secteurs d'activité »<sup>280</sup>. Monsieur BONDUELLE simplifie la démarche en prenant pour point de repère le « volume d'affaires qu'elle [la clientèle] procure à l'entreprise considérée »<sup>281</sup>. Selon lui, « quelle que soit l'activité exercée, nous devons ainsi ériger en unité de compte le nombre « d'actes », c'est-à-dire le nombre de prestations individualisées fournies et facturées au cours d'une année, dont les augmentations ou diminutions constitueront, à conjoncture égale, une variation d'état qui profitera ou sera

---

<sup>280</sup> Michel DAGOT, « L'état, au jour de la donation, d'un office de notaire donné », *op. cit.*, p. 595 et s., V. n.b.p. n° 257.

<sup>281</sup> Patrice BONDUELLE, « L'état de l'entreprise donnée », *op. cit.*, p. 25, §21. V. n.b.p. n° 247.

imputée au donataire, le chiffre d'affaires devant en principe être considéré comme un élément fortuit que le fonds subit passivement dans la mesure de la hausse générale du prix de ses produits, sauf l'effet de la variation du nombre « *d'actes* »<sup>282</sup>. Que la clientèle soit commerciale ou civile importe peu, il faudra objectiver les actes à prendre en compte.

Ensuite, il conviendra de ventiler entre la clientèle constitutive de *l'état du fonds commercial*, reçue par donation ou augmentée indépendamment des efforts du donataire-repreneur et celle créée par les efforts de ce dernier comme l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 24 avril 1974<sup>283</sup> l'impose. C'est spécialement cette évaluation qui est problématique. Les développements ultérieurement consacrés aux variations de valeur imputables ou non au donataire-repreneur ou à l'usufruitier-exploitant d'une entreprise l'illustreront<sup>284</sup>.

**81. L'absence de critères légaux de l'état de l'entreprise individuelle.** Cette présentation permet de constater l'absence de critères préétablis de définition de *l'état d'un fonds* et plus largement d'une entreprise individuelle. Ce sont pourtant ces critères qui en guident l'évaluation, et en conséquence le montant d'une éventuelle indemnité de rapport, de réduction ou de restitution. Il faut en conclure que l'anticipation ne peut être efficiente lorsque l'entreprise sera transmise par donation ordinaire. La détermination des éléments constitutifs de *l'état des droits sociaux* laisse encore plus perplexe.

## **B – L'état du patrimoine affecté, non discerné**

**82. La nature frugifère du patrimoine affecté.** Comme il a été vu précédemment, la détermination des éléments constitutifs de *l'état du patrimoine affecté* sujet à rapport, impose tout d'abord d'en exclure les fruits. Une réflexion sur les fruits du patrimoine affecté implique de reconnaître la nature frugifère du patrimoine affecté à l'activité, mais aussi la possibilité de le démembrement, puisque la notion de fruits est issue de cette technique juridique. Il sera procédé à cet examen plus loin, lorsque qu'il sera traité de l'anticipation de la transmission de

---

<sup>282</sup> Patrice BONDUELLE, « L'état de l'entreprise donnée », *op. cit.*, p. 25, §26. V. n.b.p. n° 247.

<sup>283</sup> CA Paris, 2<sup>e</sup> Ch., 24 avril 1974, *Bouillault c. Rossi*, *Juris-Data*, n° 153. C'est ainsi que la cour d'appel de Paris distinguait « parmi les plus-values entre celles qui sont imputables aux efforts personnels et aux mises de fonds du donataire, et celles qui procèdent de l'excellence de l'emplacement du fonds et de l'augmentation générale de la consommation ». Si l'analyse porte sur l'exploitation d'une entreprise individuelle, il conviendra plus loin de la transposer au fonds social. V. aussi : Patrice BONDUELLE, « L'état de l'entreprise donnée », *op. cit.*, p. 25, V. n.b.p. n° 247.

<sup>284</sup> Cf. §99s.

l'entreprise par la technique du démembrement de propriété<sup>285</sup>. Mais avant d'exclure les fruits du patrimoine affecté des valeurs à prendre en compte pour calculer une éventuelle indemnité de rapport, encore convient-il de les déterminer. Faut-il considérer que le patrimoine affecté produit lui-même des fruits, ou bien qu'ils le sont par chacun des biens frugifères qui le composent ?

Pour répondre à cette question, il convient de raisonner relativement à la nature du patrimoine affecté. Les règles relatives à sa transmission emportent une transmission universelle et non une simple juxtaposition de transmissions à titre particulier des différents éléments composant le patrimoine<sup>286</sup>. La qualification d'universalité de droit doit donc être reconnue au patrimoine affecté. En admettant que le démembrement lui soit applicable, l'on ne peut admettre que ses fruits soient le produit cumulé de ceux de chacun des éléments le composant. Il faut déduire de la qualification d'universalité qu'ils sont issus de la masse et non de ses composants individualisés. Que sont alors les fruits du patrimoine affecté ? Leur régime paraît emprunter à la fois à celui des fruits des fonds et à celui des fruits des droits sociaux.

**83. Les fruits non rapportables du patrimoine affecté.** La nature du patrimoine affecté permet de comparer ses fruits à ceux du patrimoine social. Les fruits de ce dernier sont en réalité ceux de l'actif social, le passif ne pouvant par définition être productif de fruits. Ce sont les revenus tirés de l'exploitation des biens compris dans le patrimoine, soit les bénéfices générés, qui devront recevoir la qualification juridique de fruits et ce, comme pour le patrimoine social, en partie seulement puisqu'il faudra en retrancher la part correspondant à la rémunération du travail.

L'attribution de ces fruits provient comme pour tous les fruits de leur détachement du bien frugifère. La législation spécifique au patrimoine affecté nous indique la solution : l'article L. 526-18 du Code de commerce dispose que « [l']entrepreneur individuel à responsabilité limitée détermine les revenus qu'il verse dans son patrimoine non affecté ». Le versement de revenus issus des bénéfices du patrimoine affecté dans le patrimoine non affecté permet de caractériser le détachement des fruits du patrimoine affecté. Tant que les sommes correspondant aux bénéfices sont encore inscrites sur les comptes bancaires dédiés au patrimoine affecté, les fruits ne sont pas détachés. Ils ne peuvent être qualifiés de fruits qu'au moment où l'entrepreneur individuel les prélève pour s'en constituer des revenus en les

---

<sup>285</sup> Cf. §242s.

<sup>286</sup> Cf. §136.

versant sur son compte personnel. C'est en effet le versement des bénéfices issus de l'exploitation de l'activité sous forme de patrimoine affecté, dans le patrimoine non affecté, matérialisé par les comptes bancaires non professionnels qui doit emporter le constat du détachement des fruits de la « chose ». Ces fruits ne sont pas rapportables, comme explicité ci-avant relativement aux fruits de l'entreprise individuelle classique<sup>287</sup>.

**84. Les éléments constitutifs de l'état du patrimoine affecté.** La détermination des éléments constitutifs de *l'état du patrimoine affecté* n'a pas encore été abordée du fait de son institutionnalisation récente. Les éléments constitutifs de son *état* sont, selon nous, les mêmes que ceux du patrimoine social. Comme explicité ci-après<sup>288</sup>, au-delà des simples biens composant le patrimoine social, le passif de la société joue aussi son rôle quant à la détermination de *l'état du patrimoine social*. Nous considérons que le même processus doit être suivi pour procéder à la *détermination de l'état du patrimoine affecté*. Ainsi devront être déterminés son actif et son passif.

La détermination de *l'état des titres sociaux* impose effectivement que *l'état du patrimoine social* soit prédéterminé, mais d'autres éléments intrinsèques aux droits sociaux doivent aussi être retenus.

## **§II – Les incertitudes relatives à l'entreprise sociétaire**

**85. L'absence de critères clairs.** La détermination de *l'état des droits sociaux* doit être distinguée de celle de *l'état du patrimoine social*. Cette dichotomie entraîne une autre, à savoir : la distinction entre les fruits des droits sociaux et ceux du patrimoine social<sup>289</sup> ou plus justement de l'actif social<sup>290</sup>. Quant à la détermination de l'indemnité de rapport ou de réduction, c'est bien *l'état des droits sociaux* qu'il faut retenir. En effet, les droits sociaux

---

<sup>287</sup> Cf. §72s.

<sup>288</sup> Cf. §96.

<sup>289</sup> Monsieur ZÉNATI met cette distinction en exergue, lorsqu'il s'attache à définir la nature juridique des dividendes : ils « sont les sommes d'argent versées aux associés par prélèvement sur le résultat net de l'exploitation de l'actif social (le bénéfice distribuable) décidé par les statuts ou par l'assemblée générale après clôture de l'exercice. Le bénéfice distribuable est un fruit de l'actif social ; il ne doit pas être confondu avec le dividende, qui est un fruit des droits sociaux ». In Frédéric ZÉNATI- CASTAING et Thierry REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 189, §124. V. n.b.p. n° 260.

<sup>290</sup> En effet, le passif ne saurait produire quelque fruit que ce soit.

sont l'objet de l'action en rapport. Aussi, seuls les fruits sont à exclure de l'obligation au rapport.

Comme précisé précédemment, les fruits n'ont pas à être rapportés, ni donc à être constitutifs de l'assiette de référence du calcul de l'indemnité de rapport, sauf en ce qui concerne ceux produits après l'ouverture de la succession. Or, l'acquisition des fruits dépend de leur nature juridique. En ce qui concerne la nature des fruits des droits sociaux, elle reste indéterminée en droit positif. Même si le régime en est fixé, l'imprécision juridique persiste (A). Ensuite, ce sont les éléments constitutifs de l'*état du titre social* qui n'ont été déterminés ni par la loi, ni par la jurisprudence, ni par la doctrine ; voilà donc la seconde source d'incertitude, ici relative à l'étendue de l'objet du rapport des droits sociaux (B).

## **A - L'incertitude quant aux fruits**

**86. L'indétermination de la nature des dividendes, fruits des droits sociaux.** L'évolution jurisprudentielle laborieuse reconnaît désormais que les dividendes sont les fruits des droits sociaux. Si elle tendait auparavant à seulement les assimiler à la catégorie juridique des *fruits*, elle leur reconnaît désormais cette qualification juridique, sans en préciser la nature. C'est là qu'apparaît une des causes de la non-maîtrise de l'anticipation par simple libéralité entre vifs. En effet, le donataire n'a pas à rapporter les fruits des biens qu'il a reçus, sauf en ce qui concerne ceux acquis entre le jour de l'ouverture de la succession et celui du partage. Or l'acquisition des fruits dépend juridiquement de leur nature. La jurisprudence ne la détermine pas clairement. La consistance de l'objet du rapport peut tout de même être anticipée puisque la jurisprudence en a fixé le régime. Cependant une prise de position sur la nature juridique des dividendes viendrait stabiliser leur traitement juridique.

**87. L'inadéquation de la classification habituelle des fruits aux dividendes.** Il convient alors de se référer au triptyque classique relatif aux fruits opérant distinction entre les fruits naturels, les fruits industriels et les fruits civils.

La qualification de *fruits naturels* doit, de prime abord, être écartée, puisqu'ils « ne se conçoivent pas autrement que comme le produit de biens corporels »<sup>291</sup>, que ne sont pas les droits sociaux. Il est alors tentant de les rapprocher des *fruits industriels*, et ce d'autant que le mode d'acquisition de ceux-ci est comparable à celui des fruits des droits sociaux. En effet, les fruits industriels s'acquièrent par la possession de la chose frugifère au moment où ils

---

<sup>291</sup> Frédéric ZÉNATI- CASTAING et Thierry REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 188, § 123. V. n. b.p. n° 260.

naissent<sup>292</sup>. Et la Cour de cassation<sup>293</sup>, déterminant les modalités d'acquisition des dividendes, précise qu'ils ne peuvent être détachés du bien frugifère et donc être acquis qu'après l'approbation des comptes sociaux, la constatation des sommes distribuables et la détermination de la part qui doit être attribuée à chaque associé. DEMOLOMBE précisait ainsi relativement au régime d'acquisition des *fruits industriels* : « l'usufruitier aurait droit à tous les fruits perçus ou réputés perçus pendant la durée de sa jouissance, et (...) il n'aurait droit qu'à ceux-là »<sup>294</sup>, faisant ainsi courir au nu-proprétaire et à l'usufruitier certaines chances de gains ou de pertes, suivant l'antériorité ou la postériorité de la date de la délibération constatant la mise en distribution des dividendes en assemblée générale, par rapport à l'extinction de l'usufruit. Ils subiraient alors « les chances du hasard »<sup>295</sup>. Il en est de

---

<sup>292</sup> Cf. Art. 585 c.civ.

<sup>293</sup> Com., 28 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.486, *Bull. 2006*, IV, n° 235, p. 258. V. Adeline CERATI-GAUTHIER, « Les dividendes sont toujours des fruits » - Note sous Com., 28 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.486, *RLDA 2007*, n° 13, p. 10 ; Anne CHARVÉRIAT, Note sous Com., 28 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.486, *Op. Fin. 2007*, n° 917, p. 33 ; Florence DEBOISSY et Guillaume WICKER, Note sous Com., 28 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.486, *JCP E 2007*, n° 11, p. 33 ; Jean-Pierre GARÇON, Note sous Com., 28 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.486, *JCP N 2007*, n° 10, p. 37 ; Deen GIBIRILA, « Le droit aux bénéficiaires en cas de cession des parts sociales » - Note sous Com., 28 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.486, *LH PG 2007*, n° 245 ; Alain LIENHARD, « Les dividendes n'existent pas juridiquement avant la décision de distribution » - Obs. sous Com., 28 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.486, *D. 2006*, Actu., n° 44, p. 3055 ; Éric PORNIN, Note sous Com., 28 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.486, *Dr. et Patr. 2007*, n° 165, p. 70 ; Thierry REVET, Note sous Com., 28 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.486, *RTDciv. 2007*, n° 1, p. 149 ; Isabelle RIASSETTO, Note sous Com., 28 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.486, *Banque et Droit 2007*, n° 111, p. 56 ; Renaud SALOMON, Obs. sous Com., 28 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.486, *D. 2007*, n° 19, chron., p. 1305.

<sup>294</sup> Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon. X – Traité de la distinction des biens - Tome 2*, éd. Auguste Durand et L. Hachette et Cie, 1861, p. 248, §281.

<sup>295</sup> Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon. X – Traité de la distinction des biens, op. cit.*, p. 249, §281 : « que l'usufruitier, qui meurt la veille de la récolte, n'a droit à aucune partie de cette récolte, et qu'il l'acquiert, au contraire, en totalité, s'il meurt le lendemain. Voilà la véritable analogie que nous devons suivre ». De la même manière : que la décision d'approbation des comptes postérieure à celle d'attribution des dividendes, soit antérieure à la fin du démembrement de propriété (ou antérieure à l'ouverture de la succession), et l'usufruitier y a droit (de même que le donataire n'aura pas à les rapporter à la succession). Ou encore que cette décision soit postérieure à la fin du démembrement de propriété (ou postérieure à l'ouverture de la succession), et l'usufruitier n'y aura pas droit (le donataire devra les rapporter, conformément à l'article 856 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil). Les dividendes ne doivent revenir à l'usufruitier que dans la mesure où il les a acquis pendant l'usufruit, lorsqu'ils ont recouvert une existence réelle par leur détachement, pendant ce temps, à l'instar du traitement des fruits industriels.

même quant au calcul des fruits à rapporter. Il faut se référer à la date de l'assemblée générale ayant adopté la résolution emportant l'affectation des bénéfices et vérifier son antériorité ou sa postériorité par rapport au partage. Cependant, ces *fruits* industriels sont traditionnellement issus de la terre<sup>296</sup>, et bien que l'auteur convenait déjà que cette provenance n'était plus de convenance<sup>297</sup>, il ne faut pas oublier que la doctrine assimile traditionnellement les fruits industriels à ceux issus directement de la chose frugifère, quitte à prendre « en compte l'activité humaine dans la création des richesses mais seulement comme simple auxiliaire du capital dans la production des fruits »<sup>298</sup>. Or ici, la chose frugifère est la fraction des droits sociaux, mais les dividendes ne sont pas directement issus de ceux-ci ; ils sont issus des bénéfices, eux-mêmes en partie fruits de l'actif social. Il ne serait donc pas exact de les qualifier de *fruits industriels*. Reste à les rapprocher des *fruits civils*.

C'est ce qu'a fait la Cour de cassation<sup>299</sup>, en précisant que les dividendes « participent de la nature des *fruits civils* auxquels il y a lieu de les assimiler », avant d'affirmer que les dividendes naissent de la décision d'affectation des résultats<sup>300</sup>, ce qui contrevient à la qualification de *fruits civils*, puisque ces derniers s'acquièrent « jour par jour »<sup>301</sup>. L'étendue de l'obligation au rapport des fruits des droits sociaux ne peut donc être assimilée à celle du rapport des fruits civils, puisque les repères temporels les gouvernant sont distincts.

---

<sup>296</sup> L'article 583 du Code civil le précise : ce « sont ceux qu'on obtient par la culture ».

<sup>297</sup> Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon. X – Traité de la distinction des biens*, op. cit., p. 246, §280. V. n.b.p. n° 294.

<sup>298</sup> Frédéric ZÉNATI- CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, op. cit., p. 196, § 129. V. n.b.p. n° 260.

<sup>299</sup> Cf. Civ., 21 oct. 1931 (Paul CORDONNIER, Note sous Civ. 21 oct. 1931, *D. 1933*, I, p. 100) et Civ. 7 juil. 1941, *D. 1941*, II, p. 370) : Les dividendes « participent de la nature des fruits civils auxquels il y a lieu de les assimiler, en ce qu'ils sont réputés s'acquérir jour par jour au cours de l'exercice social ». V. aussi : Messieurs ZÉNATI et REVET avancent un argument fort persuasif : « Il est clair qu'une société peut faire des bénéfices sans distribuer des dividendes, lesquels sont des créances qui n'existent pas tant que la société ne les a pas votées. Cette évidence impose la qualification de fruit civil, car on est bien en présence d'un revenu servi en contrepartie d'un capital mis à disposition, l'apport ». In Frédéric ZÉNATI- CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, op. cit., p. 190, § 124. V. n.b.p. n° 260.

<sup>300</sup> Cf. Com., 23 oct. 1990, pourvoi n° 89-13.999, *Bull. 1990*, IV, n° 247, p. 171 : Elle affirmera que « c'est la décision de l'assemblée générale de distribuer tout ou partie des bénéfices réalisés au cours de l'exercice sous forme de dividendes qui confère à ceux-ci l'existence juridique », pour exclure ceux-ci de l'actif successoral ; position qui semble davantage être liée à la spécificité de l'espèce qu'à une prise de position en la matière. V. Mireille MARTEAU-PETIT, Note sous Com., 23 oct. 1990, DGI contre Morin, pourvoi n° 89-13.999, *JCP N 1991*, n° 18, p. 97 ; Yves REINHARD, Note sous Com. 23 oct. 1990, pourvoi n° 89-13.999, *D. 1991*, II, p. 173.

<sup>301</sup> Art. 586 c.civ.

En effet, les fruits civils naissent du seul fait de l'écoulement du temps, tels les loyers générés quotidiennement par l'occupation du local dont la jouissance a été concédée. Si les dividendes devaient être qualifiés de fruits civils, il faudrait pour déterminer l'étendue de l'obligation au rapport, fictivement les étaler sur une année, pour déterminer au prorata ceux qui doivent être rapportés par le donataire : soit un prorata du volume total des dividendes perçus sur l'année, qui serait fonction de la durée de la période courant de l'ouverture de la succession jusqu'au partage. Si au contraire, ils s'acquièrent comme d'aventure<sup>302</sup> à une date certaine, il convient de la retenir pour déterminer s'ils doivent ou non être rapportés, selon l'antériorité ou la postériorité de leur détachement au jour de l'ouverture de la succession. La jurisprudence confirme que le régime juridique des dividendes n'est pas celui des fruits civils, puisqu'ils ne s'acquièrent qu'après délibération en assemblée générale<sup>303</sup>. Cette qualification juridique de *fruits civils* au traitement des dividendes reste donc à ce jour antinomique.

Ainsi naît le premier flou jurisprudentiel relatif au traitement juridique des dividendes. La Haute Cour réaffirme pourtant la nature frugifère des droits sociaux, tout d'abord à l'occasion d'un conflit portant sur une cession d'actions<sup>304</sup>, confirmant implicitement la qualification juridique de fruits des dividendes. C'est ensuite à l'occasion de conflits portant sur des cessions de parts sociales, qu'elle consacre explicitement la nature frugifère de ces droits sociaux et la qualification juridique de fruits des dividendes<sup>305</sup>. Parfois considérés comme « la

---

<sup>302</sup> Cf. §88s.

<sup>303</sup> Cf. §88s.

<sup>304</sup> Cf. Com. 5 oct. 1999, pourvoi n° 97-17.377, *Bull. 1999 IV*, n° 163, p. 137. V. Jean-baptiste SEUBE et Thierry REVET, « Classification des biens : nature des bénéfiques sociaux » - Note sous Com., 5 oct. 1999, pourvoi n° 97-17.377, *Dr. et Patr. 2007*, n° 161, p. 85 ; Raphaëlle BESNARD GOUDET, Note sous Com., 5 oct. 1999, pourvoi n° 97-17.377, *JCP E 2000*, n° 14, p. 612 ; Thierry BONNEAU, « Retour en arrière (ou révolution ?) : Les dividendes participant, à nouveau, de la nature de fruits (civils ?) » - Note sous Com., 5 oct. 1999, pourvoi n° 97-17.377, *Dr. Soc. 2000*, n° 1, p. 4 ; Didier GUÉVEL, Note sous Com., 5 oct. 1999, pourvoi n° 97-17.377, *Gaz. Pal. 2000*, n° 37, p. 5 ; Hervé LE NABASQUE, Note sous Com., 5 oct. 1999, pourvoi n° 97-17.377, *Rev. Soc. 2000*, n° 2, p. 286 ; Géraldine MORRIS-BECQUET, « De la nature juridique des dividendes » - Note sous Com., 5 oct. 1999, pourvoi n° 97-17.377, *D. 2000*, n°25, p. 552.

<sup>305</sup> V. sur ce point : Com., 5 déc. 2000, pourvoi n° 98-12.913, non publié au Bulletin : « les parts sociales étant par nature productrices de revenus, ce dont il résultait que les dividendes participant de la nature des fruits ». V. : Laurent LEVENEUR, Note sous Com., 5 déc. 2000, pourvoi n° 98-12.913, *CCC 2001*, n° 4, p. 15 ; Cf. Civ. 1ère, 17 fév. 2004, pourvoi n° 00-11.870, Inédit. La Cour y précise que : « si les dividendes participant de la nature des fruits, ils appartiennent, sauf convention contraire, aux personnes membres de la société au jour où l'assemblée générale décide de les distribuer ».

rémunération de la qualité d'associé »<sup>306</sup>, leur nature juridique reste à ce stade indéterminée. La problématique relative au caractère juridique de ces nouveaux fruits est complexe. La Cour de cassation préfère d'ailleurs à leur qualification juridique la détermination de leur régime juridique.

**88. Le régime juridique des « dividendes-fruits », élaboré par la jurisprudence.** Par une décision du 28 novembre 2006<sup>307</sup>, elle précise que « ces dividendes n'ont pas d'existence juridique avant l'approbation des comptes de l'exercice par l'assemblée générale, la constatation par celle-ci de l'existence de sommes distribuables, et la détermination de la part qui est attribuée à chaque associé ». Le cumul de deux décisions prises en assemblée générale permet donc de reconnaître l'existence des dividendes-fruits : la décision d'approbation des comptes et la décision postérieure d'affectation des résultats suivant la constatation de sommes distribuables. La notion de fruits apparaît quelque peu spécifique lorsqu'il s'agit d'examiner ceux des droits sociaux, puisqu'habituellement les fruits naissent de leur détachement du bien frugifère. Or ce bien frugifère que sont les droits sociaux ne permet pas à lui seul la création de dividendes. Ils doivent être détachés d'un autre bien frugifère : l'actif social. Une première spécificité relative aux dividendes est qu'ils ne sont pas des fruits comme les autres.

**89. La spécificité du détachement des dividendes.** Ces fruits ne s'acquièrent pas par le détachement du bien frugifère dont ils sont issus, à savoir des droits sociaux, des parts sociales ou des actions de société. Ils s'acquièrent par une décision collective (la décision d'affectation des résultats, prise en assemblée générale), qui emporte leur détachement d'un autre bien frugifère : de l'actif social. La part de bénéfices ainsi attribuée est convertie en dividendes. En effet, les bénéfices sont les fruits de l'actif social. Par décision d'affectation des bénéfices, tout ou partie de ceux-ci seront distribués sous forme de dividendes, qui sont eux-mêmes les fruits des droits sociaux. Ainsi, les dividendes, fruits des droits sociaux, sont issus des bénéfices, fruits de l'actif social. Il y a donc interposition de chose frugifère, dans le sens où les droits sociaux ne sont des biens frugifères que dans la mesure où ils permettent l'attribution des fruits d'un autre bien frugifère. La spécificité de leur nature en est la raison. Les droits sociaux, contrepartie des apports, sont des biens incorporels, représentant le capital social, qui emporte la titularité « de droits patrimoniaux (droits aux bénéfices et aux

---

<sup>306</sup> Yves REINHARD, Note sous Com. 23 oct. 1990, pourvoi n° 89-13.999, *D. 1991*, II, p. 173, V. 2°), §1.

<sup>307</sup> Cf. Com., 28 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.486, *Bull. 2006*, IV, n° 235, p. 258. V. Note 251, p. 99.

économies) ou extra-patrimoniaux (pouvoir de contrôle et de décision) »<sup>308</sup> au profit de l'associé envers la société, notamment des droits « dans la répartition des résultats, bénéfices, pertes, réserves, boni de liquidation »<sup>309</sup>, ainsi que le droit de vote et d'autres droits politiques. La fraction des droits sociaux détenue par un associé représente « la dette de la société à l'égard »<sup>310</sup> de ce dernier. Les droits sociaux confèrent ainsi des droits, mais aussi des obligations à l'associé qui en est titulaire. C'est là leur spécificité.

Les biens frugifères ne représentent habituellement que des valeurs positives. Il faut parfois les entretenir, mais par essence ils ne sont pas constitutifs d'obligations vis-à-vis d'un tiers, à l'instar des droits sociaux emportant certaines obligations vis-à-vis de la société. Or, les droits sociaux représentent eux-aussi, de manière directe, des valeurs positives, puisqu'ils représentent le capital social ; mais ils représentent aussi indirectement des valeurs négatives, en ce que l'évaluation des droits sociaux ne saurait se limiter au seul capital social, mais doit aussi se référer au patrimoine social, comme il conviendra de le préciser ultérieurement<sup>311</sup>. Les fruits des droits sociaux sont bien sûr générés par ces valeurs positives, mais la présence des valeurs négatives implique un régime juridique nouveau. Les semblent ainsi relever d'une catégorie juridique non encore nommée par le droit positif. Les droits sociaux ressortent d'une catégorie nouvelle de biens frugifères, non assimilables à l'une des catégories actuelles, en ce que leurs fruits ne peuvent être assimilés ni à des fruits naturels ou industriels, ni à des fruits civils. Les dividendes seraient ainsi des fruits *sui generis*. Nous proposons de nommer cette nouvelle catégorie : les « fruits par déclinaison ».

**90. Les dividendes : des fruits *sui generis*.** En effet les droits sociaux n'ont de vocation frugifère que parce qu'ils emportent des droits sur les fruits d'un autre bien frugifère : l'actif social produisant les bénéfices qui, distribués, prendront la qualification juridique de dividendes. Les fruits des droits sociaux ne sont que le résultat de la transformation des fruits de l'actif social ; ils ne naissent que de la déclinaison de droits.

Ces « fruits par déclinaison » voient tout de même leur régime juridique déjà ébauché, comme rappelé ci-dessus. Le cumul de décisions permet l'existence juridique des fruits et leur détachement du bien frugifère premier (l'actif social) pour devenir fruits du bien frugifère second (les droits sociaux). Leur acquisition est ainsi calquée sur celle des biens industriels,

---

<sup>308</sup> Deen GIBIRILA, *Droit des sociétés*, Ellipse, 4<sup>ème</sup> éd., 2012, p. 79, §128.

<sup>309</sup> Paul LE CANNU et Bruno DONDERO, *Droit des sociétés, op.cit.*, p. 130, §208. V. n.b.p. n° 214.

<sup>310</sup> Deen GIBIRILA, *Droit des sociétés, op. cit.*, p. 78, §126.

<sup>311</sup> Cf. §95 et 96.

puisque'ils ne peuvent être acquis que par leur détachement du bien frugifère premier, pour devenir fruits du bien frugifère second. Il faudrait ainsi compléter le projet de réforme du droit des biens<sup>312</sup> par des dispositions consacrant cette qualification juridique et ce régime juridique des dividendes-fruits<sup>313</sup>, afin de clarifier le traitement juridique des dividendes, tant dans le cadre du démembrement de propriété, que dans le cadre du rapport des donations excessives. Cette qualification juridique permettrait aussi de mettre fin à l'incertitude pesant sur la nature juridique exacte des dividendes. Il en résulterait une sécurisation de la situation juridique du donataire de droits sociaux. Le régime juridique des dividendes-fruits serait clarifié et les incertitudes balayées. Cette précision participerait de la clarification du droit et de son intelligibilité. Cependant, cette détermination de la part rapportable ne peut être anticipée puisque'elle est dépendante des décisions de la société, décisions que l'on ne saurait prévoir.

Nous concluons donc à l'absence de sécurisation de l'anticipation quant à la transmission de l'entreprise sociétaire par donation ordinaire. Au-delà de l'incertitude actuelle relative à la nature juridique des fruits des droits sociaux, l'absence de prise de position claire quant à la détermination des différents éléments constitutifs de *l'état des droits sociaux*, par les textes et par la jurisprudence, cause la plus grande instabilité de ces libéralités.

## **B - L'incertitude quant à l'état du titre social**

**91. La dichotomie relative à l'état du titre social.** La détermination de *l'état du titre social* ne peut se résumer à la systématisation de critères seulement relatifs au titre lui-même. En effet, conférant des droits patrimoniaux à l'égard de la société, la santé financière de celle-ci influence directement l'étendue des droits patrimoniaux de l'associé, conférés par les droits sociaux, à l'envers de la société. Il en résulte que la santé financière de la société et en conséquence, son *état* participent de la *détermination de l'état du titre social*. Il faut élire *l'état de l'entreprise sociétaire* (2°) en critère de détermination de *l'état du titre social* (1°).

---

<sup>312</sup> Cf. *Propositions de l'Association Henri CAPITANT pour une réforme du droit des biens*, Sous la direction de Hugues PÉRINET-MARQUET, Retranscription du Colloque de Paris du 12 novembre 2008, Litec, 2009, p. 81.

<sup>313</sup> De nouveaux articles doivent être insérés dans le Code civil, traitant respectivement de leur définition et institution, puis de leur acquisition. Devrait être inséré un article 854 *bis* traitant de leur définition qui pourrait être ainsi rédigé : « Les fruits par déclinaison sont les dividendes des sociétés, issus des droits sociaux, soit des parts sociales, soit des actions de société. » Devra être créé un article 856 *bis* qui stipulerait que « Les fruits par déclinaison sont acquis lorsque sont prises cumulativement la décision d'attribution des dividendes par l'assemblée générale, et la décision d'approbation des comptes annuels par cette même assemblée. »

## 1°) L'absence de précision relative aux éléments constitutifs de l'état du titre social

**92. Les éléments constitutifs de l'état du titre social.** Actuellement, ni les textes, ni la jurisprudence n'ont consacré de principe permettant de déterminer l'état des droits sociaux. Il faut se référer à la doctrine et à certaines décisions jurisprudentielles afin d'identifier les différents éléments constitutifs de leur état.

La proportion de détention du capital est l'un des éléments constitutifs de l'état des droits sociaux. En effet, le droit de vote attaché à chaque part ou action de société induit une influence plus ou moins forte sur la décision finale, selon la part de détention du capital social. La doctrine<sup>314</sup> insiste sur ce point. C'est en fait l'accès à la décision, conféré par la proportion de détention, qui accroît la valeur des droits sociaux considérés : l'« accès à la décision donne aux parts majoritaires une valeur proportionnellement supérieure à celle des minoritaires »<sup>315</sup>. Le Conseil Constitutionnel reconnaît cet élément constitutif de l'état du titre social : « le prix d'acquisition d'un ensemble d'actions donnant à un groupe d'acquéreurs le contrôle de la société (doit être) fixé en tenant compte de cet avantage spécifique »<sup>316</sup>. Les juridictions du fond ont, dans le même sens, élu la détention d'une minorité de blocage en élément constitutif de l'état du titre social, et affirmé le principe de supériorité de valeur d'une action détenue avec d'autres et conférant une minorité de blocage sur une action détenue dans une même société sans conférer une minorité qualifiée<sup>317</sup>. De la même manière, la souscription d'un minoritaire à un pacte d'associés ou d'actionnaires lui assurant l'accès à

---

<sup>314</sup> Cf. sur ce point : Paul LE CANNU et Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 343, § 533, V. n.b.p. n° 214 ; Michel GERMAIN et Véronique MAGNIER, *Traité de droit des affaires – Les sociétés commerciales*, t. 2, LGDJ, 20<sup>ème</sup> éd., 2011, p. 89, §1090s. ; Éric CEVAËR et Pierre-Emmanuel PERROT, « Donation en vue d'une installation professionnelle : les pièges à éviter », *JCP N 2010*, n° 7-8, p. 43, 1088, §19 ; Alain COURET, « La minorité de blocage a une valeur économique spécifique » - Note sous CA Paris, 2<sup>ème</sup> ch., sect. A, 2 juillet 2002, Mang c/ Mang, *BJS 2003*, n° 2, p. 217 ; Patrice BONDUELLE, « L'état de l'entreprise donnée », op. cit., p. 25, §29s., V. n.b.p. n° 247.

<sup>315</sup> Patrice BONDUELLE, « L'état de l'entreprise donnée », op. cit., p. 25, §29, V. n.b.p. n° 247.

<sup>316</sup> CC, 18 sept. 1986, Décision n° 86-217 DC, Cons. 48 ; *JO 19 sept. 1986*, p. 11294 ; *Recueil 1986*, p. 141.

<sup>317</sup> En effet, par cette décision du 2 juillet 2002, la cour d'appel de Paris précise que « la valeur de chaque action à l'intérieur [d'une fraction de détention d'] actions indivises qui constituent ensemble une minorité de blocage sur la totalité des actions composant l'actif social (...), est supérieure à celle de chaque action à l'intérieur d'un lot en nature [d'un certain nombre] d'actions (...) qui ne [conférerait] plus qu'une minorité non qualifiée », *RJDA 2003*, n° 34, p. 29.

la décision devrait conférer aux droits sociaux correspondant une valeur supérieure à celle qu'ils auraient sans l'adjonction de ce pacte. C'est ainsi que sont nées les notions de « prime de contrôle » et « prime de contrôle par la négative »<sup>318</sup>. Ainsi la détention d'un bloc de contrôle, d'une majorité ou d'une minorité qualifiée, ou encore l'alliance, donnant pour chacun un accès spécifique à la prise de décision dans la société, doit être considérée comme un élément permettant de déterminer l'*état des droits sociaux*.

Ce sont ensuite les accessoires du titre social qui sont à ériger en éléments constitutifs de l'*état des droits sociaux*. Nous faisons ici référence aux éventuels droits préférentiels de souscription accompagnant certaines actions de sociétés. Il convient, dès à présent, de préciser qu'ils ne sont pas des fruits. Ils seront soit considérés comme « une valeur de capital »<sup>319</sup>, soit comme un accessoire. Certains auteurs expliquent qu'ils « assortissent » les actions de préférence<sup>320</sup>. N'étant pas des fruits, ils sont rapportables. Ainsi devront-ils être retenus au titre des éléments constitutifs de l'*état des droits sociaux* donnés.

**93. La nature du titre, non déterminante de l'état du titre social.** *A contrario*, la nature du titre, action ou part sociale, n'est pas un élément constitutif de l'*état des droits sociaux*. L'arrêt de la Cour de cassation du 8 juillet 2009<sup>321</sup> indique que « la transformation de la société anonyme X. en société en nom collectif était sans incidence sur l'état des droits sociaux donnés ». Or, si un changement de nature est sans incidence sur la valeur des droits sociaux, il faut souligner qu'il en est tout autre des responsabilités rattachées : si la

---

<sup>318</sup> V. sur ce point : Alain COURET, « La minorité de blocage a une valeur économique spécifique », *op. cit.*, V. n.b.p. n° 314.

<sup>319</sup> Stéphane PIEDELIEVRE, « Fruits », *op. cit.*, §28. V. n.b.p. n° 261.

<sup>320</sup> Marie-Hélène MONSÉRIÈ-BON et Laurent GROSCLAUDE, *Droit des sociétés et des groupements*, Montchrestien, Coll. COURS, 2009, p. 416, §1184.

<sup>321</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juill. 2009, pourvoi n° 07-18.041, *Bull. civ. 2009 I*, n° 168. V. Anne RABREAU, « Successions : sort de la plus-value d'actions de société » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2009, pourvoi n° 07-18.041, *Deffrénois 2010*, n°2, art. 39059, p. 20 ; Chantal DONZEL-TABOUCOU, « Réduction des donations d'actions : aspects de droit des sociétés » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2009, pourvoi n° 07-18.041, *BJS 2009*, n° 12, p. 1080 ; Michel GRIMALDI, « En cas de donation de titres sociaux, l'état du bien donné s'entend, pour les besoins de la liquidation de la succession du donateur, de l'état du patrimoine social, et l'amélioration de cet état peut être imputé au donataire qui a la qualité d'associé majoritaire » - Obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juill. 2009, pourvoi n° 07-18.041, *RTDciv. 2009*, p. 762 ; Paul LE CANNU et Bruno DONDERO, « « L'activité » des actionnaires de holding » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2009, pourvoi n° 07-18.041, *RTDcom. 2009*, n° 4, p. 769 ; Mathieu STOCLET, « Plus-value imputable au gratifié et calcul de l'indemnité de réduction » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2009, pourvoi n° 07-18.041, *Deffrénois 2009*, n° 20, p. 2173.

transformation d'une société anonyme (où la responsabilité des actionnaires est limitée), en une société en nom collectif (où la responsabilité des associés est illimitée), n'a pas à être prise en compte quant à la détermination de *l'état du titre*, il faut en déduire que la Cour de cassation érige cette solution en principe. Cela s'explique par le fait que la transformation provient d'une décision de l'organe collégial, au sein duquel le pouvoir décisionnel des associés ou actionnaires ne saurait trouver leur individualité.

**94. La controverse relative au critère d'indisponibilité des titres.** Dans le même sens, l'indisponibilité des titres n'est pas un élément constitutif de *l'état des droits sociaux*. La Cour de cassation l'a affirmé dans sa décision du 6 février 2007<sup>322</sup>. Dans cette affaire, un actionnaire avait consenti au profit de son épouse une donation d'actions par acte notarié, en incluant une clause selon laquelle la donataire s'interdisait d'aliéner ou de nantir les titres, à peine de nullité des aliénations et des nantissements, et de révocation de la donation. Madame SCHILLER rappelle, lors de son analyse de cet arrêt, que la donataire se voyait ainsi privée « de l'une des prérogatives essentielles de l'associé, le droit patrimonial constitué par la plus ou moins value obtenue lors de la cession »<sup>323</sup>. Il était jusque là de jurisprudence constante que les limites à la disponibilité des titres, telles les clauses d'agrément, les clauses de préférence ou de préemption, entraînaient une décote du titre<sup>324</sup>, « due à l'absence de liquidité ».

---

<sup>322</sup> Com., 6 fév. 2007, pourvoi n° 05-12.939, *Bull. 2007 IV*, n° 24. V. : Soufiane JEMMAR, « L'évaluation fiscale des titres non cotés : incidence des clauses d'inaliénabilité » - Note sous Com., 6 fév. 2007, pourvoi n° 05-12.939, *LPA 2007*, n° 187, p. 11 ; Florence LEANDRI, « Donation d'actions : la clause d'inaliénabilité n'affecte pas la valeur vénale des biens », *RLDC 2007*, n° 37, p. 56 ; Jean-Luc PIERRE, Note sous Com., 6 fév. 2007, pourvoi n° 05-12.939, *Dr. Soc. 2007*, n° 5, p. 44 ; Sophie SCHILLER, « La limite apportée par le donateur à la liberté de disposer des titres donnés n'affecte pas leur valeur vénale réelle » - Note sous Com., 6 fév. 2007, pourvoi n° 05-12.939, Directeur général des impôts, *Rev. Soc. 2008*, n° 1, p. 184.

<sup>323</sup> Sophie SCHILLER, « La limite apportée par le donateur à la liberté de disposer des titres donnés n'affecte pas leur valeur vénale réelle », *op. cit.*, §4.

<sup>324</sup> V. sur ce point : Sophie SCHILLER, « La limite apportée par le donateur à la liberté de disposer des titres donnés n'affecte pas leur valeur vénale réelle », *op. cit.*, §5. Elle cite de nombreux arrêts : relativement à une clause d'agrément : Com. 1<sup>er</sup> avr. 1997, pourvoi n° 95-12.723, Inédit, RJF 7/1997, n° 752 ; *BJS 1997*, p. 731, § 231. V. relativement à un pacte d'actionnaires : Com. 8 juill. 1997, pourvoi n° 95-16.803, *Bull. 1997 IV*, n° 226, p. 196 ; RJF 12/1997, n° 1197. Dans cet arrêt le moyen arguait d'une décote des titres dues à « l'existence d'un pacte d'actionnaires prévoyant un droit de préemption affectant les possibilités de vente des titres » pour contester la « l'avis de mise en recouvrement du complément d'impôt résultant du redressement opéré par l'administration des Impôts ». La Cour rejette les prétentions du moyen, non pas parce qu'elle considère que l'indisponibilité n'entraîne pas de décote, mais parce que l'article 885 T bis du CGI impose de retenir la valeur

Dans cette affaire, l'administration remet en cause la valeur estimée des actions par les parties à 100 francs chacune, pour les réévaluer à près de 2500 francs. Après une action en recouvrement du service des impôts, la donataire engageait une action en dégrèvement afin de faire valoir l'indisponibilité des titres. La cour d'appel a statué en faveur de cette dernière en précisant que « la valeur d'un titre d'une société non cotée s'apprécie du point de vue de l'intérêt qu'en tire l'acquéreur ou le donataire ». Elle rappelle qu'en l'espèce, la donataire, actionnaire minoritaire, n'avait aucun pouvoir de décision dans la société et que les actions n'avaient vocation à rapporter que très peu de dividendes. Elle reprend enfin le principe jurisprudentiel antérieurement élaboré, en retenant à titre principal que la limite à la libre disposition des titres doit entraîner l'application d'une décote à leur valeur, « de sorte que les combinaisons de différents calculs, plus particulièrement des valeurs mathématique et de rentabilité proposées par l'administration apparaissaient purement théoriques et déconnectées de toute réalité pertinente ». La Cour de cassation censure la position de la cour d'appel au motif que « la limite apportée par le donateur à la liberté de disposer des titres donnés n'affecte pas leur valeur vénale réelle ». Un revirement de jurisprudence semble ainsi être opéré, puisque par là, la Haute juridiction édicte le principe selon lequel la disponibilité des titres n'est pas un critère à retenir au titre de l'évaluation des droits sociaux et ne serait donc pas un élément déterminant de leur *état*.

Cependant, Madame SCHILLER préconise de n'appréhender cette solution qu'avec de nombreuses réserves. Elle est, selon elle, en premier lieu contraire à la jurisprudence antérieure, pourtant rendue à l'occasion de problématiques similaires : « soit dans une déclaration de succession, soit dans une déclaration d'impôt de solidarité sur la fortune »<sup>325</sup>. Cette position jurisprudentielle revient ensuite à nier « une réalité économique reconnue par l'ensemble du monde économique », et est « contraire aux indications fournies par l'administration fiscale elle-même qui, dans son nouveau guide de l'évaluation des entreprises et des titres de sociétés daté de novembre 2006, considère qu'il « *est possible pour les titres*

---

boursière. Le Conseil d'Etat lui-aussi retient la décote des titres : CE 27 mars 1991, n° 81119, Dr. fisc. 1991, comm. 1705, concl. N. Chahib Nourai ; CE 11 avr. 1973, n° 81154, Dr. Fisc. 1974, comm. 830, concl. Delmas-Marsalet. V. sur la validation d'un abattement par la Cour administrative d'appel de Paris : CAA Paris, 27 fév. 2004, rôle n° 99PA02598. In Guillaume BZOWSKI, L'instrumentalisation fiscale du droit de propriété, th. Paris 2, dactyl., 2011, p. 193. La Cour de cassation d'ailleurs dans le même sens que le caractère « très minoritaire » de la participation entraîne une décote des titres : Com., 8 févr. 2000, pourvoi n° 97-17.307, Inédit.

<sup>325</sup> Sophie SCHILLER, « La limite apportée par le donateur à la liberté de disposer des titres donnés n'affecte pas leur valeur vénale réelle », *op. cit.*, §6. V. n.b.p. n° 322.

*affectés d'une clause d'agrément de retenir un abattement de 10% » »<sup>326</sup>. Effectivement, le bon sens suggère de retenir ces arguments pour admettre que l'indisponibilité des titres doit guider leur évaluation.*

Cependant, la Cour de cassation a récemment réaffirmé, par un arrêt du 11 septembre 2012<sup>327</sup>, inédit il est vrai, le même principe de non prise en compte de l'indisponibilité du bien donné dans le cadre d'une action intentée par l'Administration fiscale aux fins de redressement pour insuffisance de valeur déclarée. En l'espèce, il ne s'agissait pas de droits sociaux, mais d'une maison. La Cour de cassation censure dans cette affaire la cour d'appel pour avoir retenu que « l'acte de donation interdisant au donataire d'aliéner ou d'hypothéquer celui-ci, pendant la durée de l'usufruit de la donatrice, avait une incidence sur cette valeur et qu'il convenait d'appliquer un abattement de 10 % ». Elle affirme ensuite clairement que « la limite apportée par le donateur à la liberté d'aliéner un immeuble dont il se réserve l'usufruit n'affecte pas sa valeur vénale ».

Si la non-publication et la différence de nature du bien doivent être prises en compte, il semble tout de même que la position de la Cour de cassation, relativement à la prise en compte de l'indisponibilité du bien soumis à l'évaluation, soit en train d'évoluer. Les prochaines décisions permettront de confirmer ou d'infirmer le revirement de jurisprudence ainsi opéré.

Cependant *l'état des droits sociaux* ne saurait simplement ressortir de différents éléments constitutifs relatifs à ces titres ; il est également nécessaire de prendre en compte *l'état de l'entreprise sociétaire*, qui requiert lui-même la définition d'éléments constitutifs qui lui sont propres.

---

<sup>326</sup> Sophie SCHILLER, « La limite apportée par le donateur à la liberté de disposer des titres donnés n'affecte pas leur valeur vénale réelle », *op. cit.*, §6. V. n.b.p. n° 322. V. aussi : Direction générale des finances publiques, *L'évaluation des entreprises et des titres de sociétés*, [http://www.impots.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive\\_4166/fichedescriptive\\_4166.pdf](http://www.impots.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive_4166/fichedescriptive_4166.pdf), nov. 2006.

<sup>327</sup> Com., 11 sept. 2012, pourvoi n° 11-21.234, Inédit. V. Guillaume CHAUCHAT-ROZIER, « Absence d'incidence de l'interdiction d'aliéner sur l'évaluation des biens donnés » - Note sous Com. 11 sept. 2012, pourvoi n° 11-21.234, *RLDC 2012*, n° 98, p. 51 ; William DROSS, « L'inaliénabilité conventionnelle diminue-t-elle la valeur du bien qu'elle frappe ? » - Note sous Com. 11 sept. 2012, pourvoi n° 11-21.234, *RTDciv. 2013*, n° 1, p. 144 ; Jean-Pierre GARÇON, « La stipulation d'une clause d'interdiction d'aliéner peut-elle justifier une minoration de valeur ? » - Note sous Com. 11 sept. 2012, pourvoi n° 11-21.234, *JCP N 2012*, n° 51-52, p. 49. V. aussi : Olivier DEBAT, « La clause d'inaliénabilité et la réserve d'usufruit. Quelle incidence sur la valeur vénale ? », *RFN 2012*, n° 11, p. 27.

## 2°) La détermination préalable de l'état de l'entreprise sociétaire

**95. La détermination de l'état du titre social subordonné à la détermination de l'état de l'entreprise sociétaire.** Les juges du fond, conscients que la détermination de l'état des droits sociaux ne saurait exclusivement ressortir de l'état du titre social en lui-même, rendent des décisions tendant à prendre en compte l'état de l'entreprise sociétaire. Un jugement de première instance<sup>328</sup> en témoigne dans un premier temps à propos d'une mesure d'instruction sollicitée aux fins d'évaluation des droits sociaux. Le Tribunal imposait que soit rapportée la preuve de la conservation de la valeur des actions, sans expliquer comment analyser cette valeur, ni quels étaient les éléments constitutifs de la *détermination de leur état*. Dans un arrêt du 22 février 1982<sup>329</sup>, la cour d'appel de Paris confirme l'avis de l'expert juridique désigné en l'espèce aux fins d'évaluer des actions de société. Ce dernier établissait en éléments constitutifs des dites actions « l'ensemble des droits et prérogatives y attachées, notamment le droit aux bénéfices et aux réserves, le droit de vote, le droit de créance pour le montant nominal, le droit de négocier le titre ». Elle consacre par là-même ces différents éléments en *éléments constitutifs du titre social*, et annonce l'idée développée principalement par CATALA<sup>330</sup>, mais aussi par GOBIN<sup>331</sup>, selon laquelle l'état du titre social ne peut être défini sans prendre en compte l'état de l'entreprise sociétaire.

CATALA introduisit l'idée que la détermination de l'état des droits sociaux imposait de se référer au fonds social, puisque « la donation d'actions ou de parts a eu pour objet les biens mêmes de l'entreprise sociale et non pas les seuls titres qui dissimulent cette réalité »<sup>332</sup>. Selon lui, la valeur des droits sociaux dépend essentiellement de la vocation aux bénéfices qu'ils confèrent. Or, celle-ci ne ressortant pas du titre social lui-même, elle ne peut être décelée qu'au travers de « l'état des affaires sociales. La corrélation significative entre valeur

---

<sup>328</sup> TGI Boulogne-sur-Mer, 17 fév. 1978, *Cantard c/ Cantard*, In Nathalie PETERKA, « Successions », *J.-Cl. Civ. Code*, Fasc. Unique, Art. 858 à 863, §50.

<sup>329</sup> CA Paris, 2<sup>e</sup> Ch., A, 22 février 1982 ; Claude Gilbert c. Yves Gilbert et consorts Imbert et autre. Cf. Alain GOBIN, Obs. sous CA Paris, 2<sup>ème</sup> ch., Sect. A, 22 février 1982, Claude Gilbert c/ Yves Gilbert et consorts Imbert et autre, *JCP G 1983*, II, n° 19964.

<sup>330</sup> Pierre CATALA, « L'état du bien donné exploité sous forme sociale », *op. cit.*, p. 55, §10 : « l'état des parts est immuable tant que l'on ne touche pas au titre ». V. n.b.p. n° 256.

<sup>331</sup> Alain GOBIN, Obs. sous CA Paris, 2<sup>ème</sup> ch., A, 22 février 1982, Claude Gilbert c/ Yves Gilbert et consorts Imbert et autre, *JCP G 1983*, II, n° 19964 : « les attributs du titre social (...) seraient (restent) intacts puisque toujours attachés à l'action ».

<sup>332</sup> Pierre CATALA, « L'état du bien donné exploité sous forme sociale », *op. cit.*, p. 55, §10.

et « état » existe au regard de l'actif social ; elle n'existe pas au regard de l'organisation juridique des titres »<sup>333</sup>. Il explique que la prise en compte du fonds social, au-delà du titre social « instaure une sorte de transparence liquidative, grâce à laquelle on aperçoit que la donation d'actions ou de parts a eu pour objet les biens mêmes de l'entreprise sociale et non pas les seuls titres qui dissimulent cette réalité »<sup>334</sup>. Aussi, la valeur du titre social dépend directement de la valeur de l'entreprise, ou plus précisément de celle de son fonds social, assimilé à ce stade à l'actif social. Les affaires sociales sont l'un des paramètres à prendre en compte dans la détermination de *l'état du titre social*.

**96. L'état de l'entreprise sociétaire : De l'actif social au patrimoine social.** Cette conception a eu un écho auprès de la Cour de cassation qui semble se l'approprier dans sa décision du 8 juillet 2009<sup>335</sup>. Dans cette affaire, les parents avaient donné à leurs six enfants, par préciput, des actions d'une société anonyme. Par la suite, la société fut transformée en une société en nom collectif. Plus tard, une action en réduction fut intentée contre l'un des donataires. La Cour de cassation précisait à cette occasion, outre le fait que la transformation de la SA en SNC « était sans incidence sur l'état des droits sociaux donnés », « que ceux-ci devaient être évalués au jour de l'ouverture de la succession pour le cas où à cette date le passif grevant la société X... à l'époque de la donation avait disparu pour une cause étrangère aux gratifiés ». La doctrine en conclut alors à bon droit que « l'état du bien donné doit s'entendre, non pas de l'état des titres sociaux considérés en eux-mêmes, mais de l'état du fonds social, c'est-à-dire de l'état de l'entreprise exploitée en forme sociale »<sup>336</sup>. Les termes d'« actif social », initiés par CATALA sont ici repris par la Cour de cassation, et semblent s'ériger en *élément constitutif* de la *détermination de l'état des droits sociaux* donnés.

Cependant, selon nous, cet arrêt apporte plus qu'il n'en laisse paraître et devrait donner lieu à une analyse extensive, à savoir qu'au-delà de l'actif social, le patrimoine social pourrait être érigé en élément constitutif de *l'état des droits sociaux*. Si dans un premier temps, la Cour de cassation écarte le passif social des éléments déterminants, du fait qu'en l'espèce sa disparition provenait d'après les juges du fond « d'une cause étrangère au gratifié », elle

---

<sup>333</sup> Pierre CATALA, *op. cit.*, p. 55, §10.

<sup>334</sup> Pierre CATALA, *op. cit.*, p. 55, §10.

<sup>335</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juill. 2009, pourvoi n° 07-18.041, *Bull. 2009*, I, n° 168, §87. V. n.b.p. n° 321.

<sup>336</sup> Michel GRIMALDI, « En cas de donation de titres sociaux, l'état du bien donné s'entend, pour les besoins de la liquidation de la succession du donateur, de l'état du patrimoine social, et l'amélioration de cet état peut être imputé au donataire qui a la qualité d'associé majoritaire », *op. cit.*, p. 762. V. n.b.p. n° 321.

semble se raviser sur la fin de sa décision. Dans cette affaire, la Cour de cassation n'exclut pas explicitement le passif social<sup>337</sup> de la détermination de *l'état de l'entreprise sociale*, guidant la *détermination de l'état des droits sociaux* donnés. Elle impose dans sa solution à la cour de renvoi de rechercher l'imputabilité de la disparition de ce passif et, le cas échéant, de réévaluer les droits sociaux donnés. Il en ressort que la disparition du passif, comme tout autre élément constitutif de *l'état du bien*, ne doit être occultée que lorsqu'elle provient d'une cause étrangère au gratifié. Le passif devra *a contrario* être imputé au donataire s'il l'a augmenté par son fait. Il devra par symétrie profiter seul de l'augmentation de la valeur des parts si, par son fait, il a permis de l'effacer, conformément aux règles jurisprudentielles relatives à l'imputabilité des variations de valeurs, reprises plus bas<sup>338</sup>. La prise en compte du passif social au titre de la détermination de l'état des droits sociaux a d'ailleurs déjà été admise par la Cour de cassation, dans un arrêt antérieur daté du 19 avril 2005<sup>339</sup> où elle a admis que la valeur des titres a été déterminée « en tenant compte du passif réel de la société ».

Cette position a d'ailleurs récemment été consacrée par la Cour de cassation, dans sa décision du 24 octobre 2012, par laquelle elle précise explicitement que « pour la détermination de la valeur des parts sociales données, il y a lieu d'avoir égard du patrimoine social dont ces parts sont représentatives et il ne peut être tenu compte de la plus value que si elle résulte d'une cause étrangère au gratifié »<sup>340</sup>. Le patrimoine social, actif et passif, doit donc être pris en compte en tant qu'élément constitutif de *l'état* des droits sociaux.

---

<sup>337</sup> Le dernier attendu nécessite d'être reproduit, à propos de l'analyse de la cour d'appel sur la non-imputabilité aux donataires de la disparition de ce passif : « Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il lui était demandé, si les donataires n'avaient pas exercé une activité au sein de la société Faugier seulement parce que, devenus actionnaires majoritaires de cette société en raison de la donation des actions de la société X., ils représentaient cette dernière au sein des organes sociaux de la société Faugier, dans le but d'accroître la valeur des droits sociaux de la société X., de sorte que la disparition du passif grevant cette société et la plus-value prise par les biens donnés résultaient indirectement du travail qu'ils avaient fourni au sein de la société Faugier, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » ; *In Civ. 1<sup>ère</sup>*, 8 juill. 2009, pourvoi n° 07-18.041, *Bull. civ. 2009 I*, n° 168, *in fine*. V. n.b.p. n° 321.

<sup>338</sup> Cf. §97s.

<sup>339</sup> Com., 19 avr. 2005, pourvoi n° 03-19.890, Inédit. V. Jean-Philippe DOM, « De la valeur des parts sociales en cas de décès d'un associé » - Note sous Com., 19 avril 2005, pourvoi n° 03-19.890, *BJS 2005*, n° 11, p. 1246.

<sup>340</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 oct. 2012, pourvoi n° 11-21.839, *Juris-Data* n° 2012-023911. V. Estelle NAUDIN, « L'évaluation des parts sociales données dans les opérations de liquidation de la succession du donateur » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 oct. 2012, pourvoi n° 11-21.839, *Rev. Soc. 2013*, n° 4, p. 235 ; Alexandre PAULIN, « Réduction des

Reste à déterminer si les réserves sociales doivent être prises en compte dans la détermination de *l'état de l'entreprise sociétaire*, puisque la question est soulevée par certains auteurs<sup>341</sup>. Tout d'abord il faut préciser que si *l'état des droits sociaux* implique la prise en compte du patrimoine social, celui-ci comprend automatiquement les réserves. Aussi sommes-nous d'avis qu'elles doivent être retenues au titre de l'évaluation de *l'état de l'entreprise sociétaire*. Mais pour savoir s'il faut les retenir, deux conceptions peuvent être avancées. Il est de prime abord possible de penser que le donataire, par l'intermédiaire de son droit de vote aura une influence sur les décisions d'assemblées générales aboutissant à une mise en réserves, n'étant concernées que les réserves facultatives, puisque les réserves légales et statutaires sont automatiquement provisionnées. Cette conception permettrait de faire primer les objectifs du droit des successions et la volonté de récompenser l'héritier méritant, sur l'esprit du droit des sociétés. Il faudrait alors rechercher, pour les réserves facultatives, le sens du vote du donataire ou de l'usufruitier<sup>342</sup> pour vérifier s'il a soutenu ou non la mise en réserve des bénéficiaires, afin de comptabiliser ou non les réserves au titre de *l'état du patrimoine social*. À l'inverse en droit des sociétés, - et les décisions d'assemblées générales ne ressortent que du droit des sociétés -, l'assemblée générale est un organe autonome de la personne morale. Les résolutions adoptées ne sauraient être analysées en un cumul de décisions individuelles émanant des associés. La tenue de l'assemblée efface l'individualité de ses membres, et la décision adoptée doit être vue comme un résultat. Il en résulte que l'individualité de l'associé-donataire ne saurait être recherchée quant à son influence sur la décision de mise en réserves. Les réserves doivent ainsi bien être retenues au titre des éléments constitutifs de *l'état du patrimoine social*, subordonnant la détermination de *l'état du titre social*.

---

donations : calcul de la plus-value prise par des parts sociales » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 oct. 2012, pourvoi n° 11-21.839, *RLDC 2013*, n° 100, p. 53.

<sup>341</sup> Monsieur BONDUELLE, se référant à un cas où l'associé donataire détenait la majorité des droits sociaux, explique que « la constitution de réserves est une amélioration du patrimoine social décidée par le gratifié et dispensée de rapport » ; In Patrice BONDUELLE, « Itinéraire du partage – Rapport et réduction – Entreprise. Parts sociales », *JCP N 1995*, prat., n° 3372, p. 807, 2<sup>ème</sup> cas, §5.

<sup>342</sup> En effet, s'il appartient au nu-propriétaire de voter l'adoption d'une clause de mise en réserve, il revient à l'usufruitier de voter l'affectation. V. sur ce point : Jean PRIEUR, Sophie SCHILLER, Thierry REVET et Renaud MORTIER, « L'usufruit de droits sociaux – Quelle place pour la liberté contractuelle ? », *JCP N 2010*, n° 23, p. 32, §7.

L'*état de l'entreprise*, des biens qui la constituent ou des droits sociaux qui la représentent déterminés, le premier volet de la systématisation de l'évaluation de l'entreprise selon les techniques civilistes de transmission anticipée se referme. S'ouvre alors celui des correctifs, tout autant fondé sur la notion *d'état*. Après avoir établi une classification des éléments de détermination de l'*état de l'entreprise*, le droit civil appréhende son évolution : il répertorie les *changements d'état* qu'elle peut subir.

## SECTION II – UN *ÉTAT* ÉCONOMIQUEMENT ATTRACTIF

**97. Les *changements d'état*, facteur d'évaluation du bien transmis.** Si l'approche juridique a permis de constater que la systématisation de l'entreprise en droit civil est plus ou moins incertaine, l'approche économique paraît plus rassurante. En effet, l'entreprise n'est pas un bien statique, elle évolue et sa valeur en fait autant. Le temps qui s'écoule entre le jour de l'acte anticipatoire et celui de la naissance des droits futurs induit la prise en compte des *changements d'état* des biens donnés. Des fluctuations de la valeur des biens sont engendrées : les plus et moins-values. Les plus-values, considérées comme « un complément de richesse et d'utilité donné à une chose »<sup>343</sup>, ou comme « un accroissement de la chose »<sup>344</sup> sont déterminantes de l'évaluation de ce bien. Ces plus-values, et parallèlement les moins-values, doivent être ventilées. En effet, relativement à la technique des donations, leur ventilation permet de fixer l'assiette du calcul de l'indemnité de réduction et l'étendue de l'obligation au rapport de la libéralité excessive, afin que la valeur du bien telle qu'elle aurait été si le disposant avait conservé ce dernier dans son patrimoine tout en l'ayant entretenu, soit réintégrée respectivement à la masse successorale et à la masse partageable. En ce qui concerne la technique du démembrement de propriété, cette ventilation permet de mesurer l'étendue de l'obligation de restitution de l'usufruitier à l'égard du nu-propiétaire et de fixer l'assiette d'une éventuelle indemnité compensatrice lorsque le premier n'aura pas satisfait correctement à son obligation de conservation.

**98. Un traitement relativement uniformisé de l'imputabilité des *changements d'état*.** Si l'on peut relever un traitement relativement uniformisé de l'imputabilité des améliorations et des détériorations, par les règles relatives au droit des successions et des libéralités, et celles

---

<sup>343</sup> Edmond-Eugène THALLER, « Si les bénéficiaires de commerce sont ou ne sont pas des fruits », *op. cit.*, p. 194, §13. V. n.b.p. n° 260.

<sup>344</sup> Stéphane PIEDELIEVRE, « Fruits », *op. cit.*, §14. V. n.b.p. n° 261.

relatives à l'usufruit, il n'en demeure pas moins qu'il ne faut pas oublier que le schéma de transmission n'est pas le même, ce qui donne lieu à certains traitements différenciés des *changements d'état* du bien transmis selon la qualité des personnes (prédécesseur ou repreneur).

En effet, dans le cadre d'une donation, le repreneur est l'exploitant, alors qu'en mettant en œuvre un démembrement de propriété, l'exploitant est le prédécesseur selon le schéma anticipatoire de transmission retenu pour cette étude<sup>345</sup>. Cette qualité d'exploitant ne reviendra au repreneur qu'au jour de l'extinction de l'usufruit. Cependant, l'étude des *changements d'état* au regard de leur imputabilité à la personne de l'exploitant permet de constater un traitement relativement uniformisé de ceux-ci lorsqu'ils entraînent une dépréciation de l'entreprise. Au contraire, les *changements d'état* emportant une amélioration de l'entreprise relèvent d'un traitement différencié quant à la personne de l'exploitant mais d'un traitement uniformisé quant à l'exploitation.

**99. L'imputabilité des *changements d'état*, facteur de ventilation.** L'examen de l'incidence de ce traitement uniformisé ou différencié des améliorations et des détériorations, lorsque l'objet concerné par la technique de transmission est une entreprise, doit permettre de prendre position quant à l'opportunité de la systématisation de l'entreprise par ces techniques civilistes relativement à l'objectif d'optimisation de l'opération de transmission de l'entreprise par l'anticipation. Lorsqu'il s'agit d'envisager les *changements d'état* de la chose transmise, il faut analyser le comportement de celui qui en a la possession pendant le temps où se sont produites les améliorations ou les détériorations, afin de faire ressortir les principes directeurs gouvernant leur traitement juridique. Dans le cadre de la transmission de l'entreprise, l'exploitant est ce possesseur. La ventilation des *changements d'état de l'entreprise* en deux catégories (ceux imputables à l'exploitant et ceux non imputables) emportent un régime assurant la pérennité de l'entreprise, tout en la conciliant à la nécessité d'assurer la sécurité juridique relative à l'existence et à la préservation de droits extérieurs à l'entreprise, tels ceux issus de la situation successorale. Le traitement des améliorations imputables à l'exploitant permet de favoriser le développement de l'entreprise (§I). Néanmoins, l'équité prépondérante qui est au cœur du traitement des améliorations fortuites et des détériorations en privilégie une gestion relativement dynamique (§II).

---

<sup>345</sup> Cf. §242.

## ***§I – Le développement de l'entreprise favorisé par le régime des améliorations imputables à l'exploitant***

**100. Le traitement différencié des améliorations imputables à l'exploitant.** Que soient transmis une entreprise individuelle ou des droits sociaux, l'exploitant de la première ou le gestionnaire des seconds est indéniablement amené à prendre des décisions relatives à l'exploitation de l'activité ou à la conservation des droits sociaux et à l'exercice des prérogatives qu'ils génèrent. Il en résulte que ses faits vont avoir un impact sur l'entreprise transmise. Lorsqu'il aura contribué à améliorer *l'état des droits sociaux*, du patrimoine affecté ou du fonds, on ne peut que constater un traitement différencié selon la technique appliquée à l'entreprise : le démembrement de propriété ou la donation.

L'équité commanderait que reviennent à celui qui les a générés les bénéfices des améliorations qu'il aura initiées, mais ce n'est pas toujours le cas : les améliorations imputables à l'exploitant ne lui reviennent pas forcément ; elles sont accordées au bénéfice de l'exploitant-repreneur-donataire, mais sont déniées à l'exploitant-prédécesseur-usufrUITIER. La différence des droits futurs à naître – droit des héritiers d'une part, et droit du nu-proPRIÉTAIRE d'autre part – explique ce traitement différencié, mais un constat peut être avancé : les améliorations imputables à l'exploitant restent attachées à l'exploitation.

**101. Les améliorations imputables à l'exploitant, attachées à l'entreprise.** Elles sont transférées ou conservées au bénéfice de celui qui, *in fine*, exploitera l'entreprise transmise, c'est-à-dire du repreneur. Cela participe de la circulation des richesses, mais surtout de la préservation du développement de l'entreprise. Les améliorations apportées à l'entreprise doivent lui rester attachées. En effet, qu'il s'agisse des donations ou de l'usufruit, le régime des améliorations imputables à l'exploitant, repreneur dans le premier cas, prédécesseur dans le second, va contribuer au développement de l'entreprise, en ce qu'elles lui restent indissociablement liées. Lorsqu'elles sont imputables au donataire-repreneur-exploitant, il en conserve le bénéfice. Les améliorations restent soudées à ses droits sur l'entreprise reprise (A). Lorsqu'elles sont imputables à l'usufruitier-prédécesseur-exploitant, elles restent au bénéfice de celui qui *in fine* reprendra l'entreprise, soit au bénéfice du nu-proPRIÉTAIRE (B).

## **A – Les améliorations imputables au donataire-repreneur, conservées avec l'entreprise**

**102. Le droit du donataire-repreneur aux améliorations produites.** Selon l'article 855 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, l'obligation du donataire au rapport de la libéralité est annihilée lorsque « le bien (...) a péri par cas fortuit et sans la faute du donataire ». Cet article exonère donc le donataire de toute charge vis-à-vis de la succession en cas de perte de la chose par cas fortuit ou sans faute de sa part. *A contrario*, il est redevable des dépréciations de valeurs dues à ses faits et, par symétrie, est le seul bénéficiaire des améliorations produites. Ce traitement juridique des améliorations imputables au donataire a d'ailleurs été consacré par l'arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 2005<sup>346</sup>.

Dans cet arrêt, des époux avaient, de leur vivant, consenti à des donations en faveur de deux de leurs fils. Une première donation avait pour objet un terrain. Le second des fils gratifiés, avait reçu une maison sur laquelle il avait procédé à des travaux d'amélioration, et notamment, à sa viabilisation. Au jour de l'ouverture de la succession s'est posée la question de l'indemnité de rapport. Pour la calculer, la cour d'appel avait retenu la valeur de la maison au jour du partage, tout en accordant un abattement de 25%. Elle justifiait celui-ci en précisant que ce calcul permettait de prendre en compte les améliorations faites par le donataire. Par esprit d'égalité ou d'équité entre les réservataires, la cour avait aussi tenu compte des dépenses engagées par le gratifié de la maison, pour les déduire de sa valeur au jour du partage. Quelle était alors la date à retenir pour évaluer le bien induisant le rapport en valeur ?

La Haute Cour casse et annule l'arrêt de la cour d'appel, en motivant qu'il aurait fallu rechercher « la valeur des biens à l'époque du partage sur la base de leur état à l'époque de la donation ». C'est ainsi l'utilisation d'un double critère qui permettrait de maintenir l'équité et l'égalité entre les héritiers. Si elle ne consacre pas encore le fait que les plus ou moins values provenant d'évènements fortuits pèsent ou profitent à la succession, elle exprime clairement la règle selon laquelle les améliorations provenant du fait du donataire n'ont pas à profiter à la succession, mais seulement à ce donataire. Il est alors évident qu'*a contrario*, les dégradations ou moins-values provenant de son fait ne doivent pas non plus peser sur la succession.

---

<sup>346</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mai 2005, n° 03-11.133, *Bull. civ.2005 I*, p. 199, n° 237. V. aussi : Jérôme CASEY, « Rapport : la Cour de cassation rappelle comment évaluer les biens donnés » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mai 2005, pourvoi n° 03-11.133, *RJPF 2005*, n° 9, p. 26. V. aussi : Christian CAMPELS, « Dette de valeur – Dette de douleur », *RLDC 2005*, n° 20, p. 53.

**103. Une attribution conforme à l'esprit du droit des successions.** Cela est tout à fait conforme à l'esprit du droit des successions, qui pour préserver les droits des héritiers réservataires, entend apporter des correctifs à *l'état* du bien donné, afin d'envisager sa valeur telle qu'elle aurait été si le disposant l'avait conservé dans son patrimoine jusqu'à l'ouverture de la succession, et *a fortiori*, jusqu'au partage. Si le disposant avait effectivement conservé l'entreprise, le donataire-repreneur n'aurait pu contribuer à son amélioration, aussi ces améliorations ne peuvent être attribuées au bénéfice de la succession, mais doivent bien être conservées par le donataire-repreneur. Cette règle permet de préserver l'égalité entre héritiers. Le raisonnement *a contrario* relatif aux détériorations permet de cerner l'intérêt de ce principe relativement à l'égalité entre héritiers : s'ils n'ont pas à supporter individuellement un risque pesant sur la succession, à l'inverse ils n'ont pas à supporter en collectivité un fait imputable personnellement et individuellement à l'un d'entre eux uniquement. Tout à fait compréhensible quant aux détériorations, l'esprit est le même quant aux améliorations.

**104. Une attribution favorable à une gestion dynamique de l'entreprise.** Ce contexte assure une saine gestion de l'entreprise, en permettant au repreneur de récolter les fruits de son dynamisme entrepreneurial. En effet, seules les améliorations indépendantes de l'activité du gratifié devront être retenues<sup>347</sup> au bénéfice de la succession, afin d'« éviter que le donataire entreprenant ne soit pénalisé à proportion de son dynamisme lorsqu'il aura amélioré la chose donnée »<sup>348</sup>. À défaut, la règle appliquée « pénaliserait l'initiative et favoriserait la

---

<sup>347</sup> Alain DELFOSSÉ et Jean-François PÉNIGUEL, *La réforme des successions et des libéralités*, Litec, 2006, p. 110, § 254 : Messieurs DELFOSSÉ et PÉNIGUEL conforte notre position, en soutenant que seules les plus-values provenant « d'une cause étrangère au donataire profitent à la succession. En revanche, la succession ne bénéficie pas des plus-values qui sont liées à l'activité du donataire. Inversement, la succession n'a pas à souffrir des moins-values survenues par le fait ou la faute du donataire. Les moins-values étrangères à l'activité du donataire restent à la charge de la succession » ; Michel GRIMALDI, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz, 2011, p. 709, § 263.71 : Monsieur GRIMALDI confirme cette vision des choses : « la référence faite à l'état du bien à l'époque de la donation [quant à l'évaluation de l'indemnité de rapport] signifie que, pour évaluer le bien, on ne doit pas tenir compte des plus ou moins-values qui lui sont advenues depuis l'époque de la donation dès lors qu'elles sont imputables au gratifié. En revanche, on tiendra compte des améliorations et dégradations fortuites. » ; Pierre CATALA, *Les règlements successoraux depuis les réformes de 1938 et l'instabilité économique*, th. Montpellier, Sirey 1955, p. 147, § 104 : Monsieur CATALA exprime d'ailleurs avec finesse l'idée : « l'unique fonction du rapport est de permettre aux héritiers de récupérer la masse indivise, telle qu'elle eût été, abstraction faite de toute libéralité. On ne peut donc lui demander d'effacer la trace des vicissitudes qui, de toute façon, n'auraient pas épargné la chose donnée. »

<sup>348</sup> Pierre CATALA, « L'état du bien donné exploité sous forme sociale », *op. cit.*, p. 55, § 11. V. n.b.p. n° 256.

négligence »<sup>349</sup>. Ainsi le donataire ne supporte que les variations de valeur du bien liées à ses propres faits.

Le donataire repreneur et exploitant conserve donc le bénéfice des améliorations qu'il aura apporté à l'entreprise, à la différence de l'exploitant-usufruitier.

## **B - Les améliorations imputables à l'usufruitier-prédécesseur, transmises avec l'entreprise**

**105. L'obligation de restitution de l'usufruitier, fondement du régime des améliorations.** À la différence des donations, où les héritiers n'ont qu'un droit relatif à l'état de la chose donnée tel qu'antérieur à la donation, le nu-propiétaire a un droit de propriété futur au jour de la constitution de l'usufruit. Afin de préserver ce droit futur du nu-propiétaire à la propriété plénière du bien démembré, la loi impose à l'usufruitier de restituer le bien à l'extinction de l'usufruit. Le régime de l'obligation de restitution se révèle adapté à la bonne exploitation de l'entreprise durant la convention ayant initié le démembrement. Le régime des améliorations et des créations produites par l'usufruitier préserve le dynamisme nécessaire au développement de l'entreprise.

**106. Les améliorations de la chose par l'usufruitier, des modifications autorisées.** Durant le démembrement de propriété, et guidé par l'obligation de restitution, l'usufruitier doit conserver la substance de la chose soumise à son usufruit. Cette conservation implique-t-elle une absence totale de droit à modifier cette chose ? La « charge de conserver la substance est-elle principalement une interdiction d'innover (conserver) ou une obligation de sauvegarder l'essentiel (substance) »<sup>350</sup> ? En d'autres termes, il s'agit de savoir si l'usufruitier peut procéder à des améliorations, et de s'interroger sur le sort de ces améliorations.

Selon Monsieur ATIAS, la prise de position sur cette question nécessite un examen plus précis de l'obligation de conserver. Selon lui, « deux conceptions principales de la substance s'opposent : la matérielle et la fonctionnelle. Selon la première, la substance à conserver pourrait être la matière dont se compose la chose ou sa forme constitutive. Bien des changements de destination paraissent alors possibles ; la transformation d'un local d'habitation en local professionnel ne suppose pas toujours des aménagements de matière ou de forme. La conception fonctionnelle est plus restrictive : elle impose la conservation de « la

---

<sup>349</sup> Pierre CATALA, *op.cit.*, p. 55, §2. V. n.b.p. n° 256.

<sup>350</sup> Christian ATIAS, *Droit civil – Les biens*, 11<sup>ème</sup> éd., Litec, 2011, p. 188, §235.

manière d'être particulière de la chose », de « l'ensemble des principales qualités qui rendent la chose propre à tel usage ». Insensiblement, ces interprétations finissent par interdire les changements d'usage »<sup>351</sup>. Ainsi, si la conservation de la substance de la chose se limite à la conservation « matérielle de la chose », le changement de destination de celle-ci est autorisée. *A contrario*, si la conservation de la substance comprend la fonctionnalité de la chose, sa destination ne pourrait être modifiée. Monsieur ATIAS poursuit : « [l]e fondement de la charge de conserver la substance doit guider la recherche de l'interprétation préférable. Plusieurs dispositions du code incitent à laisser une certaine latitude de gestion à l'usufruitier. (...) Dans le Code civil, la directive majeure est la possibilité d'utiliser les biens. Aucune qualification juridique ne peut être conçue pour les stériliser. L'article 618 est en ce sens ; il n'appelle abus de jouissance que les dégradations ou défauts d'entretien. La déchéance ne devrait pas pouvoir être prononcée par le juge pour cause d'amélioration »<sup>352</sup>. Ainsi l'usufruitier pourrait-il procéder à des améliorations, sans que cela ne puisse lui être reproché.

**107. Les améliorations de la chose, non reprochées à l'usufruitier.** S'il était interdit à l'usufruitier de modifier la chose, il lui serait *a priori* interdit de l'améliorer. *A contrario* devrait-il remettre le bien dans *l'état* où il se trouvait au jour de la constitution de l'usufruit, avant de le livrer au nu-propiétaire.

La jurisprudence s'accorde à ne pas lui reprocher d'avoir amélioré la chose, d'autant plus lorsque l'absence d'amélioration aurait conduit à une dépréciation de cette chose. Sa restitution en son *état d'origine* fait alors place à sa restitution en son *état actuel*, lors d'améliorations initiées par l'usufruitier. La jurisprudence l'a précisé, notamment par un arrêt de la cour d'appel de Grenoble du 15 février 1961 que Monsieur ATIAS commente<sup>353</sup>. Il considère que ne peut être reproché à l'usufruitier l'adaptation de son mode de jouissance aux transformations des facteurs économiques et sociaux environnants.

Le nu-propiétaire ne saurait alors reprocher à l'usufruitier d'avoir amélioré le fonds, qu'il en ait développé la clientèle d'une manière ou d'une autre, qu'il en ait accru les moyens de production, ou qu'il ait augmenté le chiffre d'affaire de l'exploitation.

**108. Un régime favorable au développement de l'entreprise par l'usufruitier-prédécesseur.** Cette prise de position est assurément bénéfique quant à la gestion de

---

<sup>351</sup> Christian ATIAS, *Droit civil – Les biens*, *op. cit.*, p. 188 et 189, §235. V. n.b.p. n° 350.

<sup>352</sup> Christian ATIAS, *op. cit.*, p. 188 et 189, §235.

<sup>353</sup> V. relativement à cet arrêt, à son contenu et à son interprétation : Christian ATIAS, *op. cit.*, p. 189, §235.

l'entreprise en transmission. Les améliorations ne pouvant être reprochées à l'usufruitier, le prédécesseur exploitant pourra continuer son exploitation comme il l'a vraisemblablement toujours fait, en essayant de développer son entreprise, de bonifier son fonds ou son patrimoine affecté, et de la rendre plus compétitive. La « qualification de droit réel [de l'usufruit] ne doit pas interdire systématiquement les initiatives de l'usufruitier, dès lors qu'elles sont inspirées par la considération de l'utilité du bien »<sup>354</sup>. Ainsi l'usufruitier peut procéder à des améliorations. Selon Monsieur ATIAS, « la charge de conserver la substance impose seulement à l'usufruitier de ne pas apporter, au bien, de transformations inutiles, par caprice, ou inopportunes, par inexpérience »<sup>355</sup>. Mais cette « autorisation » de modifier le bien ne signifie pas pour autant qu'il pourra en revendiquer un bénéfice.

**109. Les améliorations de la chose, au bénéfice du futur repreneur.** Ce n'est pas parce que la jurisprudence assouplit le régime de l'obligation de conservation par l'usufruitier, qu'elle lui accorde d'en profiter ou d'en tirer un quelconque bénéfice. En effet, l'article 599<sup>356</sup> du Code civil dispose en son alinéa 2 que : « l'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée ». Ainsi, lorsque l'usufruitier prédécesseur s'engage par la convention emportant la constitution de l'usufruit réservé, son but reste l'exploitation du fonds. La rétention de l'usufruit lui permet de bonifier le bien, d'améliorer l'universalité, au bénéfice du repreneur. Cette logique est tout à fait adaptée à l'esprit de compétitivité imprégnant le monde de l'entreprise. Le prédécesseur aura alors pour but de transmettre au repreneur la chose dans le meilleur état possible. L'usufruitier-prédécesseur pourra continuer la gestion de son exploitation comme auparavant : avec la volonté de développer l'entreprise.

Le raisonnement sur le matériel d'exploitation permet d'illustrer ces propos. Le remplacement du matériel d'exploitation ne peut assurément être perçu comme une amélioration de la chose, mais davantage comme son entretien incombant à l'usufruitier. Mais qu'en est-il des acquisitions nouvelles ? Selon Monsieur CHAZAL, « les fruits perçus indemnisent, par avance, l'usufruitier pour les améliorations qu'il a réalisées »<sup>357</sup>. Toujours selon lui, en cas d'acquisition de nouveaux matériels d'exploitation, cela emporterait une

---

<sup>354</sup> Christian ATIAS, *Droit civil – Les biens, op. cit.*, p. 189, §235. V. n.b.p. n°350.

<sup>355</sup> Christian ATIAS, *op. cit.*, p. 187, §234.

<sup>356</sup> V. sur cet article : Jean AULAGNIER, « Transmettre : les vertus de l'article 599 du Code civil, de l'importance de l'utilité patrimoniale », *Dr. et Patr.* 2012, n° 218, p. 26.

<sup>357</sup> Jean-Pascal CHAZAL, « L'usufruit d'un fonds de commerce », *Deffrénois 2001*, n° 3, p. 167, §26.

« obligation alternative »<sup>358</sup> à la charge du nu-propiétaire : « ou bien rendre la chose à l'usufruitier, en considérant qu'elle n'est pas utile à l'exploitation du fonds ou bien, dans le cas contraire, la garder en versant une indemnité au bénéfice de l'usufruitier ». Ainsi, en cas d'amélioration du bien, l'usufruitier pourrait en revendiquer le bénéfice auprès du nu-propiétaire. L'auteur avance pour fondement l'alinéa 3 de l'article 599 du Code civil emportant droit d'enlèvement de l'usufruitier sur certains biens. DELALANDE avait adopté le même raisonnement et avait consacré ce même droit d'enlèvement au profit de l'usufruitier. Il précisait ainsi : « le nu-propiétaire est tenu de l'obligation de reprendre le fonds tel qu'il se trouve composé et doit compte à l'usufruitier de la plus-value ainsi procurée »<sup>359</sup>. Il adoptait le même fondement et proposait même l'utilisation de la théorie de l'enrichissement sans cause<sup>360</sup>. Il prenait aussi pour argument l'article 555 du Code civil assimilant l'usufruitier au tiers-posseur ayant amélioré le bien d'autrui, et pouvant prétendre, à ce titre, à une indemnité. Il en concluait à l'application de l'alinéa 3 de l'article 599 du même code, tant aux éléments corporels qu'incorporels du fonds de commerce que l'usufruitier y aurait apporté.

Une telle position peut être critiquée, car ces auteurs considèrent que les choses visées à cet alinéa 3 peuvent correspondre aux éléments corporels et incorporels composant un fonds de commerce. Mais que vise exactement cet alinéa 3 ? Il dispose que l'usufruitier « peut cependant, ou ses héritiers, enlever les glaces, tableaux et autres ornements qu'il aurait fait placer, mais à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état ». Sont ainsi visés les « glaces, tableaux et autres ornements ». Là encore, il convient de rappeler l'esprit dans lequel ces textes ont été élaborés. En effet, si le législateur y voyait l'application de la technique du démembrement de propriété à des biens mobiliers ou immobiliers statiques, certainement n'avait-il pas envisagé son application pratique à un fonds de commerce, à un fonds artisanal ou à un patrimoine affecté à une activité professionnelle. Ne ressortent de l'alinéa 3 de l'article 599 du Code civil, comme ouvrant droit à enlèvement par l'usufruitier, que les objets de décoration, d'amélioration esthétique éventuellement, et non une autre forme d'amélioration. L'usufruitier exploitant d'un fonds ou d'un patrimoine affecté, qui remplacerait le bandeau support de l'enseigne devant la boutique, pourrait enlever ce nouveau bandeau qu'il aurait fait installer spécialement lors de son exploitation, quitte à y replacer l'ancien, comme l'explique l'article. Il ne faut donc pas commettre une erreur d'interprétation

---

<sup>358</sup> Jean-Pascal CHAZAL, *op.cit.*, p. 167, §28.

<sup>359</sup> A.-L. DELALANDE, *L'usufruit d'un fonds de commerce, op. cit.*, p. 304, V. n.b.p. n° 264.

<sup>360</sup> A.-L. DELALANDE, *L'usufruit d'un fonds de commerce, op. cit.*, p. 307, V. n.b.p. n° 264.

quant au domaine de l'alinéa 3 de l'article 599 du Code civil. L'alinéa 2 du même article convainc du domaine d'application de cet alinéa 3 en disposant que « l'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée ». Ainsi, l'usufruitier ne peut-il « enlever » toutes les choses ayant contribué à améliorer la chose objet de la propriété démembrée. Et pour ce qu'il ne peut enlever, il n'a droit à aucune indemnisation. La jurisprudence a confirmé cette position, en excluant<sup>361</sup> sans ambiguïté l'application de l'article 555 du Code civil, consacrant le droit à indemnisation du tiers-possesseur ayant amélioré le bien d'autrui qu'il peut exercer à l'encontre du propriétaire. L'usufruitier n'est donc pas un tiers-possesseur : ni pendant sa jouissance, ni à sa cessation.

Ainsi, l'usufruitier-prédécesseur qui améliorera l'universalité qu'il exploite, le fera soit « dans la perspective d'en augmenter les revenus »<sup>362</sup>, soit afin d'en faire profiter son repreneur. Cette dernière option est tout à fait envisageable lorsque la constitution de l'usufruit est stipulée dans une donation au profit du nu-propriétaire-repreneur. L'intention libérale manifestée au jour de l'acte de donation de la nue-propriété anime la période de la convention initiant le démembrement, le démembrement et la transmission de la nue-propriété ressortant généralement d'une donation intrafamiliale, selon le schéma que nous avons retenu.

De plus, cette argumentation est renforcée par la théorie de l'universalité de fait. En effet, l'usufruitier acquéreur d'un nouveau moyen de production, d'un nouveau brevet ou d'une nouvelle licence, l'inclura dans le fonds ou le patrimoine qu'il exploite. Dès ce moment, ce nouveau moyen de production, ce nouveau brevet ou cette nouvelle licence fera corps avec le fonds exploité. Il ne saurait en être détaché, puisque l'obligation de restitution touche l'universalité en elle-même et dans sa globalité, et non individuellement les éléments la composant. Ainsi, que soit employée la théorie de l'universalité de fait ou non, l'article 599 du Code civil emporte appropriation des améliorations au nu-propriétaire.

Une limite doit cependant être relevée quant à l'utilisation du dispositif aux fins de transmission de l'entreprise. Si ce dispositif apparaît tout à fait adéquat lorsqu'est stipulée la constitution d'un usufruit aux fins de transmission de l'entreprise à titre gratuit en ce que l'opération est animée par l'intention libérale du prédécesseur à l'égard du repreneur, elle semble beaucoup moins adaptée à une transmission à titre onéreux. En effet, l'intention

---

<sup>361</sup> Cass. Req. 4 nov. 1885, *DP 1886. I*, p. 361.

<sup>362</sup> Jean-Pascal CHAZAL, « L'usufruit d'un fonds de commerce », *op. cit.*, p. 167, §28. V. n.b.p. n° 357.

libérale de l'usufruitier-prédécesseur ne pourrait plus être relevée, et sa gestion le temps du démembrement n'aurait alors pour but que de satisfaire à son obligation de conservation, à moins qu'il puisse être désintéressé des améliorations auxquelles il aurait concouru. En effet, si la convention ayant emporté la constitution de l'usufruit était conclue à titre onéreux, le régime actuel privilégierait le moindre effort de l'usufruitier-prédécesseur, encore temporairement exploitant. Une clause supplémentaire relative à la constitution de l'usufruit, spécifique aux désintéressements entre l'usufruitier et le nu-propiétaire, permettrait de pallier cet inconvénient.

Cependant, le régime des améliorations produites par l'usufruitier est à distinguer du régime des créations de choses nouvelles qu'il peut initier à l'occasion de l'exploitation du bien objet de l'usufruit.

**110. La création d'une chose nouvelle, acquise à l'usufruitier.** Si l'article 599 du Code civil précise que l'usufruitier ne peut demander indemnité au nu-propiétaire pour amélioration de la chose pendant la durée de l'usufruit, encore faut-il bien s'entendre sur le champ d'application de ce texte. En effet, les améliorations de la chose s'entendent de ses accroissements, mais aucunement de la création d'une chose distincte du fonds sur lequel elle a été élevée. La question n'a pas donné lieu à un lourd contentieux, mais la cour d'appel de Paris a tout de même eu à la traiter dans sa décision du 4 mars 1966<sup>363</sup>. Elle y précise que si l'article précité vise au titre des améliorations n'ouvrant pas droit à indemnité au profit de l'usufruitier « les constructions nouvelles s'ajoutant au fonds et en augmentant la valeur, encore faut-il que l'exécution de ces constructions n'ait pas eu pour résultat de créer une chose distincte du fonds sur lequel elles ont été élevées ». En l'espèce, la cour d'appel finit par trancher, et estime que le bien litigieux constitue « un bien totalement indépendant de l'objet de l'usufruit, qui n'a pas, à l'évidence, été acquis grâce au revenu de celui-ci, mais qui provient d'un capital propre à Ghika [l'usufruitière] et dont toutes les aliénations ultérieures demeurent possibles ».

Si cette précision mérite d'être relevée, la situation est peu envisageable dans le schéma de démembrement de propriété ici retenu, selon lequel le prédécesseur termine sa carrière de chef d'entreprise en qualité d'usufruitier, usufruit qu'il ne se sera de préférence accordé que temporairement. Son objectif sera davantage d'assurer la continuité de l'entreprise au travers

---

<sup>363</sup> CA Paris, 19<sup>ème</sup> ch., 4 mars 1966, *D. 1966*, somm. 86. Cf. sur ce point : Jean CABANAC, Note sous CA Paris, 19<sup>ème</sup> ch., 4 mars 1966, *Gaz. Pal. 1966*, II, p. 6 ; Jean-Denis BREDIN, « Usufruit. Améliorations et constructions nouvelles. Acquisition d'un bien indépendant », *RTD civ. 1966*, p. 835.

de l'exploitation du fonds donné en nue-propriété, plutôt que de créer un nouveau fonds distinct du premier, dont il se prétendrait créateur devant les tribunaux à l'extinction de l'usufruit, en vue de demander au nu-propiétaire qu'il aurait gratifié, une indemnité qu'il ambitionnerait d'obtenir. L'intention libérale accompagnant les stipulations relatives à la constitution de l'usufruit permettrait en outre d'éviter d'éventuels conflits entre usufruitier-prédécesseur et nue-propiétaire-repreneur.

À l'inverse, lorsque le démembrement de propriété aura été accordé par le prédécesseur dans un contrat emportant une transmission à titre onéreux, ce dernier pourra vouloir revendiquer la création d'un fonds distinct de celui dont il a cédé la nue-propriété, en vue d'obtenir une indemnité. Toute la question est alors de savoir quels sont les critères permettant de qualifier un fonds de « fonds nouveau, distinct et totalement indépendant du fonds objet de l'usufruit ». Si une activité distincte peut constituer l'un de ces critères, la preuve de l'existence du nouveau fonds semble indispensable. Ainsi, l'usufruitier demandant une indemnité devra avancer les différents éléments constitutifs de ce fonds nouveau. Ils devront être distincts de ceux du fonds qu'il détenait en usufruit ; l'usufruitier devra notamment justifier d'une clientèle nouvelle. Il en est de même quant au patrimoine affecté. Si l'usufruitier prouve la création en son sein d'un nouveau fonds professionnel, il devrait alors pouvoir recevoir une indemnité.

Ainsi, les améliorations effectuées par l'usufruitier-prédécesseur, hors la création de nouveaux biens, ne peuvent être revendiquées comme ouvrant droit à une indemnité pour enrichissement sans cause<sup>364</sup>, mais cela ne signifie pas pour autant qu'on ne peut lui reprocher les détériorations qui lui sont imputables.

Le régime des améliorations imputables à l'exploitant, qu'il soit le prédécesseur ou le repreneur, et que la transmission s'opère par une simple donation ou par une donation avec réserve d'usufruit, contribue au développement de l'entreprise et en assure une saine gestion et même une gestion dynamique. Ce régime privilégie l'accroissement des supports d'exploitation de l'activité et de là, le développement de l'entreprise. Le régime des améliorations fortuites et des détériorations ressort d'un autre objectif : celui d'assurer la conservation des droits nés ou à naître et d'assurer la sécurité juridique.

---

<sup>364</sup> L'application de l'article 555 du Code civil ouvrant droit au tiers à une indemnité en cas d'amélioration du fonds d'autrui bénéficiant de l'accession de plein droit ne trouve pas ici à s'appliquer, puisque l'usufruitier ne peut être qualifié de tiers possesseur, étant titulaire de l'usufruit sur le bien.

## **§II – La neutralité du régime des améliorations fortuites et des détériorations**

**111. La sécurité juridique recherchée.** Si le régime des améliorations imputables à l'exploitant prédécesseur ou au repreneur a pour résultat de favoriser la pérennité et le développement de l'entreprise transmise, le régime des améliorations fortuites et des détériorations n'emporte pas le même constat. Ce régime des détériorations et des améliorations fortuites est animé par la volonté du législateur d'assurer la sécurité juridique. Il poursuit cet objectif d'une part en préservant les droits futurs des héritiers et du nu-proprétaire (A), d'autre part en assurant la sécurité juridique de l'exploitant quant à l'étendue de sa responsabilité (B).

### **A – L'absence de droit de l'exploitant aux améliorations fortuites : la préservation de droits futurs**

**112. Une situation commune à l'exploitant-prédécesseur et à l'exploitant-repreneur.** L'analyse du traitement des améliorations fortuites permet de constater que les améliorations qui ne sont pas le fait de l'exploitant ne peuvent lui revenir. Le repreneur de l'entreprise se verra gratifié de celles-ci, ou au contraire évincé. Dans le cadre de l'usufruit, le repreneur est le nu-proprétaire ; son droit lui permet de recueillir les améliorations de la chose, indépendantes de l'activité de l'exploitant-prédécesseur. Au contraire, dans le cadre d'une donation, le donataire-repreneur ne peut prétendre à les recueillir seul, puisque si le bien était resté dans le patrimoine du disposant, elles reviendraient à la masse successorale à partager entre les différents héritiers. Ces améliorations ne peuvent ainsi être attribuées en intégralité au repreneur-exploitant sans que soit atteinte l'égalité du partage successoral. D'une manière générale, l'exploitant de l'entreprise en transmission ne saurait revendiquer les plus-values générées par les *changements d'état* qui ne lui sont pas imputables.

**113. Les améliorations fortuites au bénéfice du repreneur-nu-proprétaire : la préservation du droit futur à la propriété plénière.** Comme démontré ci-dessus<sup>365</sup>, l'exploitant usufruitier ne peut prétendre au bénéfice des améliorations auxquelles il aurait contribuées ou qu'il aurait générées. Il ne peut *a fortiori* tirer avantage de celles qui lui sont totalement extérieures. En conséquence, l'usufruitier-prédécesseur ne peut pas revendiquer le bénéfice des améliorations dites fortuites. Le repreneur nu-proprétaire dispose alors d'une

---

<sup>365</sup> Cf. §109.

situation tout à fait confortable, puisqu'il est assuré de l'attribution à son profit de toutes les améliorations de la chose pendant la durée de la convention ayant initié le démembrement. Là encore, le principe donne la faveur au développement de l'entreprise puisque le repreneur définitif a par conséquent le droit de revendiquer l'entreprise dans l'état où elle se trouvait au jour de la conclusion de la convention stipulant la constitution de l'usufruit, au mieux telle qu'elle est améliorée à l'extinction de cette convention. L'intégrité de l'entreprise est alors assurée de par le droit futur de propriété plénière (au jour de la stipulation du démembrement), devenu existant (au jour de l'extinction de l'usufruit).

**114. L'absence de droit de l'exploitant-donataire aux améliorations fortuites : la préservation du droit des héritiers.** Comme explicité ci-dessus, le droit des successions, protecteur du droit des héritiers, tend à corriger l'évaluation du bien donné de manière à ce que cette valeur soit au plus proche de celle qu'elle aurait été si le disposant avait conservé l'entreprise dans son patrimoine jusqu'à son décès. En conséquence, les améliorations non imputables au donataire doivent revenir à la succession. L'illustration de ce principe, tant dans son application relative aux fonds que dans celle relative aux droits sociaux, convainc de la conciliation opérée par le droit des successions entre la préservation des intérêts des héritiers et l'assurance d'une saine gestion des biens transmis.

**115. L'exemple des *changements d'état des fonds*.** Les *changements d'état des fonds* peuvent être classés en deux catégories : ceux relatifs à la composition du fond et ceux relatifs à sa destination. Les juges ont eu à déterminer l'imputabilité du *changement de destination* d'un terrain : il s'agissait de terrains agricoles devenus des terrains à bâtir<sup>366</sup>. Cette modification de la destination des terrains était en l'espèce due à une extension de la ville qui avait décidé de les rendre constructibles. La non-imputabilité de ce *changement d'état* au donataire fondait l'attribution de cette amélioration au bénéfice de la succession selon la Cour de cassation<sup>367</sup>. Plus tard, la Cour de cassation affirme le principe qu'« en cas de changement

---

<sup>366</sup> Des terrains agricoles avaient été donnés, puis suite à une extension de la ville, celle-ci avait décidé de les rendre constructibles. La destination avait ainsi changé, puisque ces terrains agricoles donnés étaient devenus des terrains à bâtir, avant l'ouverture de la succession. L'augmentation de la valeur de ces terrains était alors considérable.

<sup>367</sup> Dans son arrêt du 11 mai 1977 (Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mai 1977, pourvoi n° 75-14.144, Consorts Bret c. dame Bret, épouse Blanche, *Bull. civ.* 1977 I, n° 225, p. 178), la première chambre civile de la Cour de cassation précise que « la destination des biens à l'époque de la donation n'entre pas en ligne de compte pour la détermination de l'état », au motif que l'article 922 du Code civil précise qu'il convient d'évaluer le bien donné au « jour de l'ouverture de la succession ». La doctrine relevait la formule trop générale (Gérard CHAMPENOIS, Obs. sous

dans la destination du bien depuis la donation, il ne peut être tenu compte de ce changement que s'il résulte d'une cause fortuite ou étrangère à l'industrie du gratifié »<sup>368</sup>. La règle est simple et facilement transposable au rapport ou à la réduction d'une libéralité ayant pour objet une entreprise. Les plus-values sont à ventiler afin que ne soient rapportées que celles indépendantes de l'activité du repreneur-gratifié. Il en est de même pour les moins-values.

Le *changement de destination* d'un fonds peut être matérialisé par le développement d'une activité nouvelle, ou encore par la déspecialisation du bail commercial. Si le *changement d'état* procède de l'initiative ou de l'industrie du donataire-repreneur, il ne doit pas en être tenu compte lors de l'évaluation. Dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise individuelle, il apparaît que ces *changements de destination* ont toujours pour origine un fait du gratifié. Monsieur MATHIEU<sup>369</sup> propose l'établissement d'une présomption en faveur du gratifié. Monsieur GRIMALDI est du même avis, il précise en outre que l'établissement d'une présomption, selon laquelle « les plus-values [seraient] le fait du donataire exploitant (...) faciliter[ait] la tâche du juge (...) et (...) encourager[ait] les donataires à une gestion dynamique, en leur épargnant de devoir prouver que les plus-values sont dues à la qualité de leur gestion »<sup>370</sup>. La proposition semble logique. En effet, dans le cadre d'une

---

Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mai 1977, pourvoi n° 75-14.144, Consorts Bret c. dame Bret, épouse Blanche, *Deffrénois 1977*, I, p. 1600, n° 114) de la Cour de cassation. Il apparaissait en fait que la décision de la Cour de cassation, de ne prendre en compte que la destination actuelle du bien, provenait du fait que le changement de destination des terrains n'était pas imputable à la donataire. Monsieur CATALA parlait d'ailleurs de « demi-faux pas jurisprudentiel » (Pierre CATALA, *op. cit.*, p. 55, §7). À ce stade, le fait du gratifié n'était pas encore pris en compte par la Haute Cour, du moins au titre du principe contenu dans sa décision.

<sup>368</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 oct. 1989, pourvoi n° 87-17.948, *Bull. 1989*, I, n° 338, p. 226. En l'espèce, « le changement de destination des parcelles était due à l'initiative du donataire », « il ne pouvait donc en être tenu compte ». Elle précise l'année suivante que « la valeur rapportable doit être déterminée, compte tenu de plus-values du bien donné provenant d'une cause étrangère au gratifié » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 févr. 1990, pourvoi n° 88-16.193, *Bull. 1990 I*, n° 50, p. 36). Cette ventilation des *changements d'état du bien* entre celles ayant une cause fortuite et celles ayant pour cause « l'industrie du gratifié » est confirmée par la Cour de Cassation en 1997, elle y rajoute la notion « d'initiative » : « il ne peut être tenu compte de ce changement que s'il résulte d'une cause fortuite ou étrangère à l'industrie du gratifié ou à une initiative de ce dernier » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mai 1997, pourvoi n° 95-12.480, non publié au Bulletin).

<sup>369</sup> V. Michel MATHIEU, « Transmission de l'entreprise à un tiers par le moyen d'une donation-partage », *JCP N 1988*, Prat. 621 et *JCP N 1990*, Prat. 1424.

<sup>370</sup> Michel GRIMALDI, « En cas de donation de titres sociaux, l'état du bien donné s'entend, pour les besoins de la liquidation de la succession du donateur, de l'état du patrimoine social, et l'amélioration de cet état peut être imputé au donataire qui a la qualité d'associé majoritaire », *op. cit.*, p. 762, *in fine*. V. n.b.p. n° 321.

entreprise individuelle, l'exploitant est celui qui gère l'entreprise au quotidien. Par ses actes il influence la valeur du fonds. La plupart des *changements de destination* de l'entreprise proviennent directement de son fait. Par symétrie, une telle présomption devrait aussi concerner les moins-values comme étant, elles-aussi, le résultat du fait du donataire exploitant. Cependant, quelle nature devrait avoir cette présomption ? Simple, mixte ou irréfragable ? Quel devrait en être le domaine ?

Le raisonnement qui précède induit la réponse relative à la nature de cette présomption, puisqu'il s'agit seulement d'inverser le principe actuel. Si, en droit positif, le donataire exploitant se trouve confronté à une présomption simple édictant que les *changements de destination* ne sont pas de son fait, sauf à apporter la preuve contraire, il faudrait, dans le but de privilégier une gestion plus dynamique de l'entreprise, proposer d'ériger la présomption simple inverse : les changements de destination des fonds seraient présumés être de son fait, sauf à prouver le contraire. La présomption simple semble suffire, imposer tel ou tel mode de preuve ne semble pas ici nécessaire.

Quant au domaine de cette présomption, il ne semble pas falloir la généraliser à tous les *changements d'état*. En effet, le but est ici de privilégier une gestion dynamique de l'entreprise par le donataire exploitant. Si l'établissement d'une telle présomption relative aux *changements de destination* du fonds permettrait d'assurer à l'exploitant l'acquisition des plus-values corrélatives, il n'en est pas de même de tous les *changements d'état* de l'entreprise individuelle. En effet, les modifications relatives à la composition du fonds ne semblent pas lui être automatiquement imputables. S'il l'on prend l'exemple du fonds de commerce, la diminution de la clientèle n'est pas toujours de son fait. Elle peut être liée à l'installation d'un concurrent à proximité du lieu d'exploitation de l'entreprise individuelle. Elle peut encore provenir de travaux au voisinage de ce lieu qui en compliquent l'accès. Quant aux matériels d'exploitation, l'usure normale ne peut lui être imputée. Ainsi, établir un domaine trop large d'application de la présomption produirait le contre-effet de ce qui est recherché. Le but est d'assurer au donataire la récompense pour ses efforts tendant à améliorer le fonds. Si dans le même temps, l'intégralité des *changements d'état* devait lui être reproché, il y a fort à parier qu'ils les subiraient plus qu'il ne les provoquerait. Les lui imputer par présomption reviendrait à l'accabler, ce qui serait décourageant et peu logique du point de vue juridique. En effet, la présomption tend à établir en principe ce qui semble être la vérité ; elle est fondée sur les apparences. Et si les apparences laissent à penser que les *changements de destination* sont dus au fait du donataire exploitant, il n'en est pas de même des autres

*changements d'état*. Conférer un domaine trop large à la présomption ne respecterait pas la nature de l'institution, d'où la nécessité de la limiter aux seuls *changements de destination*.

Une réflexion similaire permet d'illustrer les *changements d'état* lorsque l'entreprise est exploitée sous forme sociétaire.

**116. L'exemple des *changements d'état des droits sociaux*.** La problématique est ici un peu différente, en ce que le repreneur-donataire de droits sociaux n'est pas forcément le gestionnaire de l'entreprise sociétaire. Il faut donc, dans un premier temps, déterminer l'imputabilité des faits ressortant de la qualité d'associé ou d'actionnaire emportant les *changements d'état* des droits sociaux. Si le donataire exerce une fonction dirigeante, il faudra, dans un second temps, s'interroger sur l'incidence ou non de cet exercice et trancher sur l'imputabilité ou non des actes de gestion ayant entraîné des variations de valeurs des droits sociaux. De plus, la détermination de *l'état de l'entreprise sociétaire* devra être réalisée, puisqu'elle est déterminante de *l'état des droits sociaux*, tel que précisé antérieurement<sup>371</sup>, et elle dépend notamment de la gestion de l'entreprise.

La direction de la société ou sa gestion peut incontestablement être à l'origine d'un changement *d'état de l'entreprise sociale*. Quant à l'incidence de l'exercice d'une fonction dirigeante sur *l'état de l'entreprise sociale*, les actes de gestion<sup>372</sup>, réalisés par le donataire-repreneur des droits sociaux, seront déterminants. Une distinction doit être faite selon que l'entreprise sociétaire est unipersonnelle ou pluripersonnelle. Dans les sociétés unipersonnelles, le repreneur de droits sociaux sera celui qui désigne le gérant. S'il décide d'exercer cette fonction, il exploitera personnellement l'activité au nom de la société. Ayant une maîtrise totale de la désignation du dirigeant, s'il s'y désigne, cette décision lui sera entièrement imputable. Responsable de sa propre désignation ou de celle du dirigeant de son choix, la personne à qui sera confiée la gestion de l'entreprise sociétaire aura été choisie par le repreneur des droits sociaux uniquement. Il apparaît ainsi que les *changements d'état* induits par le gestionnaire lui sont imputables. C'est aussi ce que remarque Monsieur GRIMALDI quant aux entreprises sociétaires pluripersonnelles, commentant l'arrêt de la Cour de cassation du 8 juillet 2009<sup>373</sup>. Il précise à cette occasion qu'« il convient d'imputer au donataire les résultats de la gestion sociale non seulement dans le cas où il l'a assumée personnellement en

---

<sup>371</sup> Cf. §95s.

<sup>372</sup> Ces actes de gestion sont ici entendus dans un sens large, ne sont pas uniquement visés les actes de gestion courante, mais sont plus largement visés tous les actes d'administration et de disposition.

<sup>373</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juill. 2009, pourvoi n° 07-18.041, *Bull.* 2009, I, n° 168, §87. V. n.b.p. n° 321.

qualité de dirigeant social, mais aussi dans celui où sa participation majoritaire lui permettait de la contrôler »<sup>374</sup>. Ainsi, l'exercice d'une fonction de direction est un élément à prendre en compte dans la détermination de l'évaluation du titre social. Le repreneur de droits sociaux qui occupe une fonction de direction dans l'entreprise reçue par donation, exerce vraisemblablement son activité professionnelle à ce poste et dans cette société. Il est alors normal que sa gestion soit prise en compte quant à la détermination des variations de valeur des droits sociaux.

CATALA proposait lui aussi la prise en compte du « double critère du pouvoir et de l'action »<sup>375</sup> pour imputer les plus ou moins-values au donataire. Il relevait à juste titre que « seuls peuvent se réclamer de la transparence liquidative les associés donataires qui détenaient la faculté de décider et qui l'ont effectivement utilisée pour transformer l'état de l'entreprise sociale ». Ainsi, l'associé qui détient à lui seul le pouvoir de décision (l'associé détenant le contrôle de la société), et qui oriente la prise de décision de l'assemblée par son seul vote, a effectivement agi seul. À lui seul doivent être imputées les plus ou moins-values correspondantes. Il allait donc plus loin que Monsieur GRIMALDI, puisqu'au-delà de l'imputabilité de la gestion, CATALA proposait l'imputabilité des décisions de l'assemblée générale des actionnaires au donataire-majoritaire.

Nous ne sommes cependant pas de cet avis puisque nous considérons que les décisions de l'assemblée générale doivent être prises en compte dans leur résultat, indépendamment de l'individualité des membres qui les composent. D'ailleurs, la Cour de cassation a récemment précisé l'exclusion de la fonction dirigeante des éléments caractéristiques de l'état des droits sociaux. Alors qu'un dirigeant tentait de faire valoir « son rôle décisif dans la création, le sauvetage de la faillite et le développement de la société » afin de percevoir la plus-value correspondante, la Haute Cour rappelle, en application de l'article 922 du Code civil emportant l'évaluation de la valeur du bien soumis à l'action en réduction, que le « co-gérant ne peut prétendre, quels que soient ses mérites et son implication personnelle, qu'à une rétribution par salaires, distribution de bénéfices, de primes, remboursements de comptes courants d'associé ou toute autre forme légale d'intéressement, la valorisation des parts profitant objectivement à tous les détenteurs du capital social »<sup>376</sup>. Elle fonde sa décision sur

---

<sup>374</sup> Michel GRIMALDI, Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, pourvoi n° 09-10.556, *RTDciv. 2010*, n° 3, p. 602 et Obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juill. 2009, pourvoi n° 07-18.041, *RTD civ. 2009*, p. 762.

<sup>375</sup> Pierre CATALA, *op. cit.*, p. 55, §16.

<sup>376</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 oct. 2012, pourvoi n° 11-21.839, *Juris-Data* n° 2012-023911. V. n.b.p. n° 340.

le principe de l'autonomie de la personne morale. Par conséquent, l'ancienne incertitude relative à l'éligibilité de la fonction dirigeante en critère d'évaluation des droits sociaux est éliminée. Il ne s'agit pas là d'un élément à retenir.

Enfin, si le changement relatif à la nature du titre n'a pas à être pris en compte puisque celle-ci n'est pas déterminante de l'état du titre social (comme précisé précédemment)<sup>377</sup>, il faudra *a contrario* retenir la variation de la fraction de détention du capital social. L'associé ou l'actionnaire majoritaire qui, par son fait (par la vente d'une fraction de ses droits sociaux), devient minoritaire ou qui risque de se faire contrer par un nouveau pacte d'associés, voit la perte de valeur corrélative de ses droits sociaux lui être imputée. De même, la conquête de la majorité ne peut être que de son seul fait ; il doit en retirer seul la plus-value générée.

Enfin, la jouissance doit être prise en compte. La Cour de cassation précise qu'il faut vérifier que le donataire ait joui des droits sociaux « en bon père de famille ». Elle reconnaît qu'il convient d'analyser la jouissance de ces titres entre le jour de la donation et celui du partage, afin de vérifier que le donataire n'en ait pas fait un usage atteignant leur valeur<sup>378</sup>.

Le régime des améliorations fortuites est ainsi mis au point afin de favoriser la protection des droits des héritiers dans la succession ou le droit du nu-proprétaire à la propriété plénière à l'extinction de l'usufruit. Le régime des détériorations relève d'avantage du principe d'équité.

## **B – Le traitement uniforme des détériorations, au service d'une gestion dynamique de l'entreprise**

**117. Les détériorations de la chose, ventilées en fonction de l'imputabilité.** Le traitement des détériorations relève d'une équité sans faille. L'exploitant n'est responsable qu'en cas de faute. Si les détériorations ne lui sont pas imputables, il n'a pas à en assumer la responsabilité. Au contraire, si les détériorations sont de son fait, il doit dédommager ceux qui voient en conséquence leurs droits atteints. Ce régime des détériorations ressort du démembrement de propriété, mais est transposable aux donations, comme les principes ci-dessus énoncés permettent de le constater. La ventilation à opérer est simple. L'usufruitier ou le donataire ne sera pas responsable des détériorations fortuites. Il sera *a contrario*, responsable des dégradations qu'il aura engendrées.

---

<sup>377</sup> Cf. §93.

<sup>378</sup> CA Paris, 2<sup>ème</sup> Ch., Sect. A, 22 fév. 1982, Claude Gilbert c/ Yves Gilbert et consorts Imbert et autres.

Si l'on prend l'exemple des fonds, DELALANDE a reconnu au nu-propiétaire la possibilité de ne « réclamer une indemnité que si la restitution [était] reconnue insuffisante eu égard à l'ensemble des éléments dont le fonds de commerce se compos[ait], et les dommages-intérêts doiv[ai]ent être calculés sur la dépréciation qu'il a[vait] subie par rapport à la valeur qu'il aurait dû présenter à la fin de l'usufruit entre les mains d'un commerçant avisé »<sup>379</sup>. Selon lui, l'usufruitier avait le droit de compenser les dégradations du fonds qui lui étaient imputables par les améliorations qu'il avait réalisées : « ce serait lui [l'usufruitier] rendre l'exploitation impossible, ou tout au moins l'obliger à administrer en mauvais commerçant, que d'exiger de lui qu'il conserve et restitue tous les mêmes éléments qu'il a reçus et que leur importance respective soit maintenue dans le même rapport pendant tout le cours de l'usufruit »<sup>380</sup>. Est de là pressentie la modification de l'obligation de conserver la substance lorsque l'usufruit est constitué sur un fonds de commerce. En effet, la conservation ne peut être stricte, ce qui nuirait à la bonne gestion du fonds. L'usufruitier doit pouvoir se prévaloir des améliorations pour s'exonérer d'une indemnité due pour dégradations. La corrélation entre les améliorations et les dégradations est inhérente à la gestion d'une universalité puisqu'il faut sans cesse la renouveler afin d'assurer la compétitivité de l'entreprise qu'elle supporte.

Mais lorsque les détériorations ne sont pas accompagnées d'améliorations, deux cas peuvent se présenter : soit la substance a été diminuée par cas fortuit, soit au contraire elle provient d'un fait imputable à l'usufruitier. Lorsqu'elle aura diminué par cas fortuit, l'article 607 du Code civil<sup>381</sup> exonère l'usufruitier d'avoir à réparer quelque préjudice que ce soit. Le texte dispose que « ni le [nu-] propriétaire, ni l'usufruitier, ne sont tenus de rebâtir ce qui est tombé de vétusté, ou ce qui a été détruit par cas fortuit ». Si au contraire, cette diminution de la substance est imputable à l'usufruitier, il sera responsable devant le nu-propiétaire.

**118. La responsabilité civile de l'usufruitier à l'égard du nu-propiétaire.** Dans ce dernier cas, l'usufruitier est redevable d'une indemnité de réparation à l'égard du nu-propiétaire. La jurisprudence œuvre en ce sens, notamment au travers de deux arrêts, dans lesquels la Cour de cassation précise que « l'usufruitier (...) est comptable de la perte éprouvée par le nu-propiétaire (...), sauf à lui, comme tout débiteur de corps certain, de

---

<sup>379</sup> A.-L. DELALANDE, *L'usufruit d'un fonds de commerce*, op. cit., p. 300, V. n.b.p. n° 264.

<sup>380</sup> A.-L. DELALANDE, *L'usufruit d'un fonds de commerce*, op. cit., p. 301, V. n.b.p. n° 264

<sup>381</sup> Cf. sur l'utilité de cet article : Marie-Paule LUCAS DE LEYSSAC, « L'article 607 du Code civil », *RTD civ.* 1978, p. 757.

justifier que la chose a péri par cas fortuit »<sup>382</sup>. Ce premier arrêt érige un principe. Le visa des articles 578 et 1384 du Code civil, placé en tête de l'arrêt en est d'ailleurs la marque. La Haute Cour affirme que l'usufruitier est responsable des faits ayant entraîné dépréciation de la chose soumise à usufruit, lorsqu'il n'en apportera pas la preuve contraire. La responsabilité de l'usufruitier à l'égard du nu-propiétaire est ainsi consacrée. C'est la marque des éventuelles relations entre le nu-propiétaire et l'usufruitier, généralement ignorées par la doctrine majoritaire prétendant que l'usufruit, droit réel, ne peut emporter de relations personnelles entre les propriétaires démembés<sup>383</sup>. L'exemple de la responsabilité prouve le contraire, qu'il s'agisse de la responsabilité délictuelle quand l'usufruit est d'origine légale, ou contractuelle quand il est né d'une convention. De même, le donataire engagera sa responsabilité délictuelle à l'égard des héritiers lorsqu'il aura engendré de telles détériorations. Ces responsabilités entraîneront alors l'obligation de réparation de l'usufruitier à l'égard du nu-propiétaire, ou du donataire à l'égard des héritiers.

**119. L'obligation à réparation des détériorations initiées.** Un arrêt ultérieur consacre cette obligation de réparation<sup>384</sup>, quitte à ce qu'elle soit honorée en recourant aux compagnies d'assurance. La Cour de cassation y consacre le principe de la responsabilité civile de l'usufruitier à l'égard du nu-propiétaire en cas de dégradation ou de détérioration du bien sujet à usufruit. Même si les cas d'espèces visent un démembrement de propriété constitué sur un immeuble, ce principe est transposable au démembrement d'une universalité de fait. Le prédécesseur-usufruitier est donc responsable devant le nu-propiétaire-repreneur des dégradations du fonds ou du patrimoine affecté qu'il a exploité, sauf à justifier d'un fait générateur du dommage ressortant du cas fortuit.

---

<sup>382</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 26 juin 1991, pourvoi n° 89-18.242, *Bull. civ. 1991 III*, n° 198, p. 115.

<sup>383</sup> Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Les biens*, Defrénois, 5<sup>ème</sup> éd., 2013, p. 272, §817 *in fine* ; Nadège REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., Hypercours, 2012, p. 390, § 521 et p. 398, §538 ; Sophie SCHILLER, *Droit des biens*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., Cours, 2011, p. 175, §249 ; François TERRÉ et Philippe SIMLER, *Droit civil – Les biens*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., Précis, 2010, p. 715, § 805 *in fine* ; Frédéric ZÉNATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les Biens*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 491, § 331.

<sup>384</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juill. 1995, pourvoi n° 93-14.443, *Bull. civ. 1995 I*, n° 319, p. 223 : « Mais attendu qu'après avoir retenu que l'usufruitière était responsable envers la nue-propiétaire de l'incendie, la cour d'appel a constaté que l'assurance souscrite par la première comportait une garantie contre les recours des voisins et des tiers ; qu'elle a estimé à bon droit que, la nue-propiétaire, victime de l'incendie, était un tiers par rapport à l'usufruitière, assurée responsable de ce sinistre et que dès lors le groupe Azur, subrogé dans ses droits et actions, était fondé à demander à l'assureur de l'usufruitière le remboursement de l'indemnité versée ».

Ce mécanisme de responsabilité est illogique quant au schéma de démembrement ici retenu. Le prédécesseur après avoir consenti à la donation de la nue-propriété de son fonds ou de son patrimoine représentatif de l'entreprise, devrait au jour de l'extinction de l'usufruit dédommager le nu-propiétaire en cas de dégradations lui étant imputables. N'est-ce pas là une peine bien lourde pour cet usufruitier-prédécesseur-donateur ? Se dépossédant déjà de sa pleine propriété, sa responsabilité civile pourra encore être engagée. L'insertion dans la convention emportant la transmission de la nue-propriété d'une clause exonérant l'usufruitier à l'égard du nu-propiétaire d'une éventuelle dépréciation du fonds devrait permettre d'éviter cet écueil. À défaut, l'usufruitier encourrait le risque d'avoir à verser une indemnité au nu-propiétaire. Cette hypothèse n'est cependant envisageable que dans le cadre du démembrement temporaire et à titre gratuit. En cas d'usufruit viager au profit du prédécesseur, reconnaître sa responsabilité civile à l'égard du nu-propiétaire pour dépréciation de l'universalité, revient à faire peser la charge de la dépréciation sur la succession, dont le donataire de la nue-propriété de l'universalité vient aux droits. *A contrario*, si l'usufruit est consenti à titre onéreux, la responsabilité civile de l'usufruitier permettra de dédommager le nu-propiétaire d'un prix éventuellement trop élevé qu'il aurait promis. En effet, au jour de la convention emportant la transmission de la nue-propriété, le nu-propiétaire consent à donner le prix à l'usufruitier en fonction de *l'état* de l'universalité à démembrement. S'il doit la récupérer en moins bon *état*, il subit un préjudice qui doit être réparé, sauf à prouver que l'usufruitier n'est pas responsable.

**120. De l'exonération de responsabilité au principe de subsidiarité quant à l'obligation de conservation.** Découlent de la jurisprudence précitée les cas d'exonération de responsabilité de l'usufruitier à l'égard du nu-propiétaire en cas de dépréciation par cas fortuit, ou du moins pour les faits non imputables à l'usufruitier. La jurisprudence a justement eu à trancher cette question en matière de fonds de commerce. En l'espèce, deux frères en étaient nus-propiétaires, l'usufruit revenant à leur père. Les enfants reprochaient à leur ascendant une dépréciation du fonds et demandaient une indemnité réparatrice. La Cour de cassation a eu à prendre position sur le domaine de la responsabilité de l'usufruitier. Selon elle, l'usufruitier et le nu-propiétaire étant en contact constant au moment de la dépréciation du fonds, le nu-propiétaire « n'ignorait rien de la marche de l'entreprise »<sup>385</sup>, il pouvait « obtenir toutes précisions sur les résultats de l'exploitation ». Il avait ainsi la possibilité de prendre « les mesures nécessaires pour enrayer la chute du fonds de commerce et pallier une

---

<sup>385</sup> Com., 28 janv. 1980, pourvoi n° 78-13.439, *Bull. civ.* 1980 IV, n° 41.

évolution qu'il ne pouvait ignorer ». Elle affirme ensuite qu'il ne saurait être reproché à l'usufruitier « d'avoir cessé son activité et d'avoir radié l'inscription du fonds du registre du commerce et du répertoire des métiers, puisque cette mesure s'imposait et était indépendante de la volonté de l'usufruitier ; qu'elle a pu en déduire que Roger Bailly n'avait commis aucune faute ». En constatant que le nu-propiétaire avait la possibilité d'être informé à tout moment de l'évolution de l'exploitation du fonds démembré, et en consacrant son pouvoir d'agir pour le préserver, la cour exonère l'usufruitier de bonne volonté de toute faute. L'usufruitier n'ayant pas la volonté de contribuer à la dépréciation du fonds mais la subissant seulement, il ne peut lui être reproché cet état de fait. L'usufruitier est ainsi exonéré de toute responsabilité quant à la non-exécution de son obligation de conservation. L'exonération de responsabilité ne peut provenir que « de la preuve d'une cause étrangère telle que la force majeure ou la faute de la victime »<sup>386</sup>. La cour précise que la mesure prise par l'usufruitier, ayant entraîné la disparition du fonds, « s'imposait et était indépendante de la volonté de l'usufruitier ». En l'espèce, l'évènement considéré était le décès de l'usufruitier (le père) ; et l'un des frères demandait à l'autre qui secondait le père dans la gestion, de l'indemniser au titre de sa qualité d'héritier. Si l'irrésistibilité peut ainsi être caractérisée, l'imprévisibilité du décès au jour de la constitution de l'usufruit peut l'être aussi. Ainsi l'usufruitier de par son décès se trouve bien dans un cas de force majeure, ce qui l'exonère de responsabilité si tant est que l'on puisse parler de la responsabilité d'une personne décédée... Sans l'affirmer, il semble que ce soit la force majeure qui puisse exonérer l'usufruitier de la responsabilité qu'il encourt lorsqu'il ne procède pas à la conservation de la substance de la chose, ici par la continuation de l'exploitation. En effet, comment l'usufruitier décédé aurait-il pu continuer à exploiter le fonds ?

Mais la portée de l'arrêt ne s'arrête pas là, puisque la Cour précise que le nu-propiétaire pouvait prendre toutes les mesures conservatoires pour enrayer la dépréciation du fonds. Monsieur ATIAS souligne « une certaine malléabilité de la substance du bien sujet à usufruit et [à] une relative association des deux parties à sa gestion »<sup>387</sup>. Selon lui, « il est clair, d'une part, que l'usufruitier est incité à prendre les mesures les plus favorables à l'entreprise et, d'autre part, que le nu-propiétaire est invité à s'entendre avec lui dans leur intérêt commun. La sauvegarde de la valeur et de la rentabilité des biens est manifestement l'objectif poursuivi. (...) [Cet arrêt] refuse de tenir le nu-propiétaire pour étranger à son bien pendant la durée de

---

<sup>386</sup> Matthieu POUMARÈDE, *Droit des Obligations*, Montchrestien, Coll. Cours, éd. 2012, 2012, p. 409, §969.

<sup>387</sup> Christian ATIAS, Obs. sous Com., 28 janvier 1980, pourvoi n° 78-13.439, *JCP 1980, II*, 19416.

l'usufruit ». Il souligne « l'analyse communautaire de l'usufruit » et précise l'objectif poursuivi par la Cour de cassation : « maintenir ou développer l'utilité des choses ». Il conclut à une « certaine mutabilité de la substance du bien sujet à usufruit et [à] la nécessité de la collaboration des partenaires ». Dans un de ses ouvrages, il affirme même qu'une « obligation de collaboration du nu-proprétaire et de l'usufruitier transparaît »<sup>388</sup>.

Ainsi, le nu-proprétaire, qui peut concourir à la conservation du bien, ne saurait reprocher à l'usufruitier de ne pas y avoir procédé s'il est empêché par un évènement constituant un cas de force majeure. Plus qu'une obligation de collaboration à la conservation de la substance de la chose, un principe de subsidiarité semble être érigé. En cas d'impossibilité pour l'usufruitier de conserver la substance de la chose, le nu-proprétaire informé doit s'y substituer.

Transposé aux entreprises, le régime des détériorations et des responsabilités assure une gestion sérieuse de l'entreprise tant par l'usufruitier que par le donataire.

\*

\*   \*   \*

**121. Les limites de l'anticipation : l'impossible détermination des *changements d'état futurs*.** Il est possible de ventiler les variations de valeur induites par les *changements d'état de l'entreprise*, imputables ou non au donataire-repreneur ou à l'usufruitier-prédécesseur. Ce régime présente un contexte favorable à la saine gestion des entreprises, voire à leur développement. Cependant, la ventilation ne saurait être anticipée. Bien que quelques règles aient été fixées par la jurisprudence, et d'autres proposées par la doctrine, une liste exhaustive précisant la ventilation de tous les *changements d'état* pouvant intervenir ne saurait être établie. De surcroît, il sera parfois bien difficile de déterminer l'origine certaine d'une plus ou moins-value. Ces *changements d'état* ne peuvent donc être anticipés, et leur imputabilité ne peut que partiellement l'être. En effet, ce ne sera qu'au jour de l'ouverture de la succession ou à l'extinction de l'usufruit, que pourront être examinées les causes de ces variations de valeurs et non dès le jour de la donation ou de la conclusion de la convention comportant la stipulation de la constitution de l'usufruit. Il est effectivement impossible, au jour de la mise en place de l'acte d'anticipation, de prévoir le déroulement des évènements du temps futur. L'anticipation est ainsi limitée par l'approche civiliste de l'entreprise. Une certaine insécurité

---

<sup>388</sup> Christian ATIAS, *Droit civil – Les biens*, 11<sup>ème</sup> éd., Litec, 2011, p. 187 et 188, n.b.p. n° 321 *in fine*.

juridique a été détectée mais l'encadrement actuel permet de la relativiser. L'encadrement de demain permettra peut-être de la neutraliser.

\*

\* \*

**122. L'entreprise en droit civil : un constat rassurant.** L'entreprise n'est pas un objet du droit, mais elle y est tout de même largement appréhendée. Les techniques civilistes de transmission en connaissent le contenant : les diverses formes juridiques pouvant être empruntées par les supports d'exploitation de son activité. Elles en intègrent le contenu en mettant au point la systématisation de l'entreprise transmise. L'analyse de l'approche de l'entreprise par les techniques civilistes met en exergue de nombreuses imperfections, mais les lignes directrices des règles juridiques qui les encadrent amènent tout de même à envisager leur applicabilité à l'entreprise. L'analyse de leur application permettra d'évaluer le niveau de satisfaction que procure l'anticipation de la transmission par leur biais, quant à l'objectif d'optimisation de l'opération de transmission.

## **TITRE II – L'APPLICATION PROMETTEUSE DES TECHNIQUES CIVILISTES À LA TRANSMISSION ANTICIPÉE DE L'ENTREPRISE**

**123. L'effectivité de l'anticipation des donations.** L'utilisation des donations dans la transmission anticipée des entreprises permet d'éviter la formation ultérieure de la situation juridique d'indivision à éviter<sup>389</sup>. L'anticipation est efficace en ce qu'elle permet un transfert immédiat de la propriété de l'entreprise. Elle entraîne donc la création d'une situation juridique nouvelle et immédiate, la reprise de l'entreprise, tout en annihilant la possibilité de formation de la situation juridique redoutée (l'indivision à l'ouverture de la succession). Cependant, si l'efficacité de la technique de transmission anticipée ne peut qu'être constatée, elle n'est pas forcément adaptée à l'entreprise. La technique des donations semble davantage se préoccuper du *présent* que du *futur*, poursuivant l'objectif de transmission immédiate de la propriété. Le sort de l'entreprise au jour de l'ouverture de la succession est négligé. Le *futur* pourra rattraper l'acte anticipatoire pour en annuler les effets. Néanmoins l'évolution récente de ces techniques permet de constater que les entreprises y sont parfois spécifiquement visées.

**124. L'analyse nécessaire de la sécurité juridique procurée par les donations.** La réforme des institutions civilistes du droit des successions et libéralités, par la loi du 23 juin 2006<sup>390</sup>, conduit à s'interroger sur l'opportunité de les utiliser dans le cadre de la transmission anticipée des entreprises. Les entreprises n'étant ni visées, ni exclues par la plupart des dispositifs légaux, nombre de libéralités d'entreprises restent réalisables, et l'anticipation y sera pourtant effective. Reste à savoir si elle est efficiente ; il convient de prendre position quant à son adéquation à la transmission anticipée et sécurisée des entreprises.

Le transfert immédiat de la propriété est le premier évènement d'une suite programmée par le processus de transmission par anticipation de l'entreprise. L'évènement anticipé étant le décès et la situation d'indivision qu'il annonce, les dispositions mises en place au jour de la libéralité le sont en fonction de cet évènement futur du décès. Au jour de la survenance du décès, l'acte de libéralité aura produit ses effets, de telle sorte que le règlement de la succession se déroulera dans un contexte nouveau. La volonté du prédécesseur rendue

---

<sup>389</sup> V. §26.

<sup>390</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités.

effective par la mise en œuvre de la libéralité permet d'encadrer le déroulement futur de sa succession. Y-a-t-il un contre-effet au jour de l'ouverture de la succession sur le droit de propriété de l'entreprise alors acquis au repreneur dès le jour de la libéralité ? Le rôle des volontés individuelles, intervenant dans la mise en œuvre des actes de donations et de donations-partages, quant à la protection du droit de propriété du repreneur et à la sécurité dans le temps de l'acte anticipatoire, devra être mis en perspective. L'ordre public successoral, qui a toujours su conserver son hégémonie doit être confronté à ce pouvoir de la volonté quant à l'objectif de transmission anticipée et sécurisée de l'entreprise par les libéralités.

**125. De l'adéquation des libéralités entre vifs à la transmission anticipée des entreprises ?** L'examen des différentes formes de libéralités entre vifs révèle que le droit des libéralités, même s'il a tendance à évoluer vers un contexte de plus en plus favorable à la transmission des entreprises, n'y est pas spécialement adapté. L'entreprise peut bien en faire l'objet, mais l'unité qu'elle est n'est appréhendée que du point de vue patrimonial et non dans sa globalité. Elle n'y est pas réellement détaillée. L'aspect humain est totalement laissé de côté ; de nombreux aspects sociétaires, aussi. Certaines de ces techniques se révèlent alors totalement inadaptées et devront être, de prime abord, éliminées. Il s'agit notamment des donations déguisées, des donations indirectes et des dons manuels<sup>391</sup>. Ces derniers ne sont pas praticables lorsqu'il s'agit de transférer une entreprise, de plus les conséquences fiscales graves que les premières peuvent engendrer, ne permettent pas de les comprendre dans le champ d'application des techniques efficaces de transmission anticipée des entreprises. Les libéralités, même limitées aux seules libéralités entre vifs sont encore très nombreuses, et il n'est pas ici question de faire une présentation exhaustive de l'application ou de l'applicabilité de ces différentes formes de donations à l'entreprise.

Certaines donations semblent pourtant permettre de réaliser de manière satisfaisante la transmission anticipée de l'entreprise (Chapitre I). Une technique se révèle par ailleurs tout à fait adéquate : il s'agit de la donation-partage, laquelle permet d'envisager le temps futur et de considérer l'entreprise dans sa structure et ses possibilités de développements. Les donations-partages permettent de prendre en compte l'évolution de l'*état de l'entreprise* (Chapitre II).

---

<sup>391</sup> Cf. Sur ces dangers liés au droit fiscal : Maurice COZIAN, « Vagabondage fiscal au royaume des libéralités », *In Études en l'honneur de André PONSARD – La Cour de cassation, l'Université et le Droit – André PONSARD, Un Professeur de droit à la Cour de cassation*, éd. Litec, 2003, p. 155.

Chapitre I – L’effet anticipatoire variable des donations

Chapitre II – L’adéquation de la donation-partage



# Chapitre I – L’effet anticipatoire variable des donations

---

**126. Les donations, vecteur du transfert anticipé de la propriété.** Dans son *Essai sur le don*, MAUSS expose une coutume pratiquée dans nos sociétés archaïques : « le présent reçu est obligatoirement rendu »<sup>392</sup>. Les libéralités mises à disposition par le droit positif n’ont pas cette vocation à engendrer une contrepartie. Le disposant donne, non en vue d’un retour, mais par la nécessité inéluctable due à son futur décès de trouver de nouveaux titulaires à la propriété de ses biens.

Les donations ordinaires permettent, par la manifestation des volontés du prédécesseur et du repreneur, de transmettre l’entreprise par anticipation. La propriété est immédiatement transférée du prédécesseur vers le repreneur. Le transfert se produit au jour de la donation, alors qu’il n’aurait, en l’absence d’anticipation, été constaté qu’au jour de l’ouverture de la succession et ce, grâce à l’effet rétroactif du partage ultérieur. En effet, le transfert ne s’opèrera réellement qu’au jour du partage. L’anticipation est produite et permet ainsi de conforter la classification des donations ordinaires au titre des techniques civilistes anticipatoires de transmission. Cependant, aucune règle spécifique ne vise l’entreprise sous quelque forme juridique qu’elle puisse revêtir.

**127. L’entreprise, un objet de libéralité comme les autres.** Comme exposé précédemment, la reconnaissance successorale de l’entreprise a été opérée, notamment au titre de l’attribution préférentielle<sup>393</sup>. Le droit des libéralités-partages<sup>394</sup> a initié cette reconnaissance par la loi de 2006<sup>395</sup>, mais elle n’est point partagée par le droit des libéralités, pour lequel l’entreprise est un objet comme les autres. Il en ressort que l’entreprise est transmise par libéralité comme un meuble ou comme un immeuble. Aucune règle spéciale ne tend à encadrer sa transmission par voie de libéralité. Pourtant, ne doit jamais être négligée la nécessité de préserver l’hypothèse de continuité de l’exploitation lorsqu’il s’agit de

---

<sup>392</sup> Marcel MAUSS, « Essai sur le don », In *Sociologie et anthropologie*, 1960, 10<sup>ème</sup> éd., PUF, 2003, p.148 : à propos de son étude avec Monsieur DAVY sur les formes archaïques du contrat.

<sup>393</sup> Le mécanisme de l’attribution préférentielle a permis au législateur d’introduire la notion d’entreprise en droit des successions, dès 1938. V. sur ce point §31s.

<sup>394</sup> V. §32.

<sup>395</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités.

transmettre une entreprise. Qu'en est-il alors des contre-effets de l'acte de donation ? Permet-il d'assurer cette hypothèse de continuité de l'exploitation, ou la néglige-t-il ?

**128. La nécessaire vérification de l'hypothèse de continuité de l'exploitation de l'entreprise.** Dans le cadre de l'anticipation, il faut s'attacher à préserver l'hypothèse de continuité de l'exploitation de l'activité de l'entreprise. Or, au jour de la donation, le déroulement inéluctable de l'ouverture future de la succession du disposant-prédécesseur n'est pas envisagé quant à ses effets sur les personnes et sur les biens. Le droit des donations ne s'intéresse pas à la situation juridique future issue du décès du disposant. À l'inverse, à l'ouverture de cette même succession, le droit des successions tient compte des libéralités antérieurement consenties. Certains de ses principes engendrent parfois la remise en cause de ces donations aux fins de faire respecter l'ordre public successoral commandant de protéger les droits des héritiers réservataires. La donation et l'ouverture ultérieure de la succession du disposant doivent ainsi être confrontées dans leurs effets réciproques sur les biens qui en sont l'objet. Afin de simplifier les propos et la démonstration, nous prendrons pour hypothèse que le donataire est un héritier réservataire du disposant.

Les donations solennelles ordinaires seront, en premier lieu, appliquées à la transmission anticipée des entreprises, puisqu'elles permettent d'avancer dans le temps la transmission de la propriété d'un bien par rapport à l'ouverture de la succession de son propriétaire. En second lieu, il conviendra de s'intéresser aux donations substitutives, qui présentent la même capacité, à laquelle il faut ajouter l'intérêt particulier de la possibilité de désigner par avance deux repreneurs successifs à la tête d'une seule et même entreprise. Il faudra alors envisager la possibilité de recourir à ces techniques dans le cadre de la transmission anticipée de l'entreprise. Si les donations ordinaires emportent un constat plutôt positif (Section I), il n'en est pas de même des donations substitutives (Section II).

## **SECTION I – L'UTILITÉ DES DONATIONS ORDINAIRES**

**129. De l'ordre public libéral à l'ordre public successoral.** Les donations permettent au chef d'entreprise qui le souhaite de transmettre, principalement dans le cadre familial, la propriété de son fonds, de son patrimoine affecté à une activité, ou de ses droits sociaux, représentatifs d'une entreprise. La donation ordinaire offre l'opportunité d'une transmission immédiate du titre de propriété et de la gestion de l'entreprise, quelle qu'en soit la forme juridique. C'est le premier repère temporel de l'anticipation de la transmission par donation.

Le second suit ; il s'agit du décès du prédécesseur entraînant l'ouverture et la liquidation de sa succession. Dès ce moment, les donations antérieurement consenties peuvent être remises en cause.

L'aspect temporel de l'anticipation se révèle. La première phase, courant du jour où l'acte de donation est souscrit à celui de l'ouverture de la succession, sera guidée par l'ordre public libéral. La phase ultérieure sera, quant à elle, soumise à l'ordre public successoral. Si la première période marque la prédominance de la volonté du disposant, la seconde marque celle de l'écoulement du temps, produisant inéluctablement ses effets, et contrariant parfois la volonté exprimée. Si l'on conclut à l'effectivité de l'acte d'anticipation que constitue la donation (§I), il ne faut pas occulter les insuffisances, somme toute limitées, qu'il recouvre (§II).

### ***§I – L'anticipation des effets de la succession : facteur de contrôle***

**130. De l'anticipation des effets au contrôle de la situation juridique future.** L'analyse systémique des anticipations produites par le transfert de propriété avancé dans le temps et par les règles du droit des libéralités, permet d'illustrer l'effectivité de l'anticipation. Il en ressort de nombreux effets du transfert de propriété, réalisés en l'absence d'anticipation par voie de succession, sont anticipés lorsqu'a été consentie une libéralité.

En l'absence d'anticipation, l'entreprise est soumise dès l'ouverture de la succession aux règles de l'indivision gouvernant la masse successorale. Suivent ensuite la liquidation de la succession et le partage. Ces trois temps des successions emportent des effets juridiques bien connus : la dévolution de la succession, la saisine des biens par les héritiers corrélative au dessaisissement du prédécesseur du fait du décès, l'allotissement de ceux-ci et leur jouissance des biens du défunt.

Lorsqu'est accomplie une donation ayant pour objet l'entreprise, la règle de la réintégration des biens à la masse successorale indivise est infléchie. Le but de l'anticipation successorale est de fixer par avance le règlement de la succession future<sup>396</sup>, en attribuant de manière anticipée l'entreprise au repreneur. Les effets de la libéralité sont immédiats. Ils permettent d'une part de constater la mise en place de la situation juridique nouvellement créée par le processus d'anticipation : la reprise effective et immédiate de l'entreprise, c'est-à-dire

---

<sup>396</sup> Cf. sur ce point : Jean-Claude HALLOUIN, *L'anticipation – Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, op.cit. , p. 216. V. n.b.p. n° 35.

concrètement la reprise de la direction de l'entreprise individuelle ou la gestion des droits sociaux et l'exercice des prérogatives qui leur est attaché. D'autre part, ils anticipent la formation de la situation juridique future, celle liée à l'ouverture de la succession ; ils en fixent le futur cadre. C'est en ce sens que l'anticipation permet un contrôle de la situation juridique future des personnes qui y recourent. Elle opère sur les effets de l'ouverture de la succession. Certains seront réellement produits par avance : il s'agit exclusivement d'effets concernant les biens ou les relations entre les personnes et les biens (A). D'autres, concernant strictement les personnes, ne peuvent être produits par avance ; des palliatifs seront alors de mise (B).

## **A – La transposition des effets anticipés de l'ouverture de la succession**

**131. Les effets entre les biens et les personnes.** La donation permet de produire, au jour où elle est contractée, certains effets qui, en son absence, ne seraient intervenus qu'au jour de l'ouverture de la succession. Ces effets anticipés concernent les rapports entre les personnes participant à l'acte de donation et les biens qui en sont l'objet. L'entreprise n'est donc pas envisagée en elle-même quant à son fonctionnement, mais seulement en tant qu'objet de droit induisant la création de liens juridiques entre cet objet et les personnes auxquelles il est attaché. La qualité des personnes est alors modifiée. Le chef d'entreprise devient prédécesseur et le candidat à la reprise devient repreneur. Sont ainsi anticipés le dessaisissement du disposant, de manière partielle l'allotissement des héritiers, et leur jouissance des biens objets des libéralités.

**132. Le dessaisissement anticipé : du statut de chef d'entreprise à celui de prédécesseur.** Quant au dessaisissement en premier lieu, selon l'article 938 du Code civil, l'acceptation de la donation entraîne le transfert immédiat de la propriété de son objet du donateur au donataire. L'acceptation émanant du second enclenche automatiquement le transfert du droit de propriété sur l'objet de la libéralité.

Le dessaisissement anticipé se dessine alors peu à peu. Il aurait dû se produire dans le *futur*, au jour du décès du disposant. Par le seul effet de cet événement, le bien entre dès lors automatiquement dans la masse successorale. À défaut d'anticipation, le disposant est maître de ses biens jusqu'à son décès. La donation implique à l'inverse l'abandon immédiat par le disposant de son droit de propriété sur l'objet de la libéralité, pour transférer le bien à une autre personne, en l'occurrence au repreneur. La donation implique donc le dessaisissement du disposant, un dessaisissement immédiat, de son vivant et pour le restant de sa vie. De ce

fait, entre le jour de la donation et celui de l'ouverture de la succession, la situation juridique des personnes est modifiée. Le chef d'entreprise devient un prédécesseur. La volonté des parties aura permis de modifier leurs situations juridiques dans le temps aux fins d'obtenir immédiatement des effets juridiques attendus dans le futur. Le dessaisissement est produit par avance, il est anticipé, et entraîne corrélativement l'acquisition anticipée et de vif de la qualité de prédécesseur par le disposant.

Matériellement, dans le cadre de la transmission de l'entreprise individuelle, certaines obligations seront mises à la charge du donateur. Cessant son activité, il devra procéder à sa radiation du registre sur lequel il s'était inscrit (registre du commerce et des sociétés, répertoire des métiers, ordre ou autre registre professionnel). Cette radiation marquera la cessation de l'activité du prédécesseur. Lorsque l'entreprise sera exploitée sous forme sociétaire, la transmission des droits sociaux sera matérialisée par l'inscription en compte du nom du repreneur et la radiation de celui du prédécesseur. Dans le cas où les statuts comprennent le nom des associés, l'associé donataire devra initier la modification statutaire, d'autant plus s'il était le dirigeant inscrit de la société. Ces régularisations administratives marqueront le dessaisissement anticipé du chef d'entreprise-donateur, et par là-même l'attribution anticipée de l'entreprise au profit du repreneur.

**133. L'allotissement partiellement anticipé : l'attribution immédiate de l'entreprise au repreneur.** En droit des successions, l'attribution d'un bien est corrélatrice à l'allotissement des héritiers. En l'absence d'anticipation successorale et malgré les effets déclaratif et rétroactif du partage (faisant remonter dans le temps et par fiction l'acquisition individualisée de la propriété des biens compris dans la masse successorale)<sup>397</sup>, ce ne sera matériellement qu'au moment du partage que sera procédé à l'individualisation de la propriété des biens indivis et leur attribution à l'un ou à l'autre des héritiers. En présence d'une libéralité, l'attribution du bien qui en est l'objet à l'un de ces héritiers, sera définitive dès le jour de la donation. Ainsi sera fixée par avance l'attribution de ce bien. Monsieur LEUCK en conclut au caractère attributaire de la donation : « le successible est assuré d'obtenir l'élément du patrimoine du défunt qui a fait l'objet de l'avancement d'hoirie, il échappe aux aléas du

---

<sup>397</sup> Cf. sur ce point : Art. 883 C.civ.

partage. C'est le rôle d'allotissement anticipé (...) »<sup>398</sup>. La remarque est d'autant plus vraie aujourd'hui que le législateur a consacré le principe du rapport en valeur<sup>399</sup>.

L'allotissement correspond effectivement au fait d'allotir, c'est-à-dire de « former des lots en vue d'un partage ; [de] constituer les divers lots à répartir entre les copartageants, avant leur attribution par le partage *stricto sensu* »<sup>400</sup>. Par une donation isolée, le disposant ne répartit pas l'ensemble de ses biens. En admettant qu'il en attribue un ou un ensemble, à un ou plusieurs de ses successibles, il ne fait qu'entamer l'allotissement. Les lots des autres héritiers ne sont pas encore composés. La donation permet un allotissement anticipé partiel. En l'absence d'une telle libéralité, l'allotissement ne débiterait qu'après l'ouverture de la succession, au moment de procéder au partage. La décision ne serait pas prise du vivant du prédécesseur, l'allotissement n'ayant en ce cas lieu que postérieurement à son décès. Ainsi, entre le jour de la donation et celui de l'ouverture de la succession, le donataire n'est plus considéré comme un successible potentiel mais est consacré en tant qu'alloti actuel d'une succession qui s'ouvrira dans le *futur*. La valeur de son lot n'est pas certaine, mais la nature des biens le composant est déjà déterminée ou déterminable. Quoi qu'il en soit, l'attribution de l'entreprise sera bien anticipée. Elle sera comprise dans le lot du donataire choisi par le prédécesseur. L'entreprise n'est pas en elle-même atteinte dans son fonctionnement par cet allotissement partiellement anticipé. Il ne s'agit que d'une garantie pour son repreneur de voir comprise l'entreprise dans la composition de son lot au jour de la finalisation de l'allotissement. Il en découle naturellement une jouissance anticipée.

#### **134. La jouissance anticipée : l'acquisition et l'opposabilité du statut de repreneur.**

S'agissant maintenant de la jouissance anticipée procurée par ces attributions anticipées, elle correspond pour le donataire d'une entreprise individuelle à la reconnaissance de la qualité

---

<sup>398</sup> André LEUCK, *De la nature juridique de l'avancement d'hoirie*, Préface Pierre VOIRIN, th. Nancy, Bibliothèque de droit privé, Tome LXXIX, éd. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967, p. 32, § 33.

<sup>399</sup> En effet, lorsque le principe du rapport en nature gouvernait, Monsieur LEUCK avait pu écrire que « L'idée d'avance sur la succession, contenue dans le terme d'avancement d'hoirie, est saisie sous son aspect négatif : l'avance signifie pour le gratifié une attribution provisoire et une restitution » (André LEUCK, *De la nature juridique de l'avancement d'hoirie*, *op. cit.*, p. 20, § 19) ; l'attribution induite par l'avancement d'hoirie cessait alors au jour de l'ouverture de la succession. Aujourd'hui l'affirmation n'est plus vraie, car désormais gouvernée par le rapport en valeur (institué par la loi du 23 juin 2006), l'attribution du bien donnée par libéralité en avancement de part successorale n'est plus remise en cause, le bien restera de la propriété du donataire, il n'aura plus à rendre le bien, mais seulement une indemnité équivalente de valeur.

<sup>400</sup> In Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 50 sous « Allotir ».

d'exploitant. Il bénéficie ainsi de tous les pouvoirs qui y sont attachés, notamment ceux permettant la direction de l'entreprise individuelle et l'exploitation de son activité. Il doit aussi répondre des obligations y attachées. Quelle que soit la forme juridique de l'entreprise individuelle, le repreneur doit s'inscrire auprès des registres professionnels et organismes d'affiliation habituels. Quant à la jouissance anticipée des droits sociaux, le repreneur n'est pas qualifié d'exploitant mais de gestionnaire de ceux-ci. À compter du transfert de propriété, il détient la qualité d'associé ou d'actionnaire, sous réserve des procédures d'agrément et d'opposabilité. La « jouissance anticipée de l'entreprise » par le repreneur dépend donc de la forme juridique de l'entreprise reprise.

**135. La jouissance anticipée des fonds, consolidée par l'opposabilité de la titularité de ses différents éléments.** S'agissant de l'entreprise individuelle, ce sont les transferts de propriété du fonds et des actifs de l'entreprise qui caractérise sa reprise par le donataire. Le transfert de propriété en cas de cession du fonds à titre onéreux pouvant être constaté dès l'échange des consentements, il faut en conclure de même pour les donations de fonds : l'acceptation de la donation par le donataire marque le transfert de propriété. Cependant certaines questions restent en suspens, notamment si l'acte de donation doit revêtir les mentions obligatoires de la cession de fonds de commerce lorsqu'il comprend un tel fonds. Puis il faudra s'intéresser aux formalités d'opposabilité permettant de sécuriser cette jouissance anticipée.

Concernant les mentions obligatoires de la cession de fonds de commerce, l'article L. 141-1 du Code de commerce limite le champ d'application de cette obligation au « vendeur » du fonds de commerce, ce qui exclut par définition le donateur du fonds. Il n'y a donc pas lieu de les insérer dans un acte de donation. Cependant, un état des éléments transmis accompagnera cet acte. Il n'en reste pas moins que certaines formalités devront être accomplies. Il en est ainsi de la publicité du transfert de propriété. Selon l'article L. 141-12 du Code de commerce, « toute vente ou cession de fonds de commerce (...), ainsi que toute attribution de fonds de commerce par partage ou licitation, est, (...), dans la quinzaine de sa date, publiée à la diligence de l'acquéreur sous forme d'extrait ou d'avis dans un journal habilité à recevoir les annonces légales (...), et au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (...) ». La donation n'est pas ici explicitement visée, mais une réponse ministérielle du 11 juin 1952<sup>401</sup> consacre l'application de ce texte aux donations de fonds de commerce. Bien entendu, cet acte

---

<sup>401</sup> Rép. min. : *JOAN Q 11 juin 1952*, p. 2825.

d'aliénation doit aussi être enregistré aux fins de paiement des droits de mutation<sup>402</sup>. Cependant cette solution ne saurait concerner les autres fonds. La jurisprudence s'est positionnée sur l'application ou non au fonds artisanal des dispositions relatives à la transmission du fonds de commerce. La chambre commerciale de la Cour de cassation prend position dans son arrêt du 29 octobre 1963<sup>403</sup>, en énonçant que l'article 3 de la loi du 17 mars 1909<sup>404</sup> (article retranscrit à l'article 141-12 précité) relatifs à la transmission anticipée des fonds de commerce, « n'est pas applicables aux fonds artisanaux », tout en visant spécifiquement les publications légales uniquement applicables aux cessions de fonds de commerce. Elles ne sauraient *a fortiori* être appliquées aux donations de tels fonds. Quant au fonds libéral, les juges n'ont pas encore eu à trancher sur l'applicabilité de l'article L. 141-12 du Code de commerce lors de sa vente, mais la conception du fonds libéral étant encore plus éloignée de celle du fonds de commerce que la conception du fonds artisanal, il semble peu vraisemblable que ces formalités lui soient applicables. Comme pour la cession des autres fonds, seules les formalités du droit commun assurant l'opposabilité du transfert de propriété devront être accomplies.

Enfin, concernant les exploitations agricoles, lors de la cession de l'entreprise exploitée à titre individuel, l'agriculteur cède les terres qu'il exploite et le matériel utilisé à cette fin. Il convient de respecter les formalités liées aux aliénations d'immeubles, formalités transposables aux donations et de recourir à l'acte notarié. En outre, pour la transmission à titre gratuit des fonds artisanaux, libéraux et agricoles, l'article 931 du Code civil impose que « Tous actes portant donation entre vifs » soient « passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats ». Il est de plus précisé qu'il en restera minute, sous peine de nullité. Cette formalité solennelle permettra d'assurer l'opposabilité de la transmission par voie de donation.

Il faut préciser qu'un état descriptif du fonds cédé sera joint à l'acte de donation, tout au moins pour en connaître l'étendue. Seront *a contrario* automatiquement transférés et continués les contrats de travail<sup>405</sup>, peu importe que le transfert intervienne à titre onéreux ou

---

<sup>402</sup> Cf. Art. L. 141-13 c.com.

<sup>403</sup> Com. 20 oct. 1963, *Bull. civ. 1963 IV*, n° 449.

<sup>404</sup> Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce.

<sup>405</sup> Art. L. 1224-1 c. trav. : « Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. »

à titre gratuit, entre vifs ou à cause de mort. Pour le bail commercial, si le principe de sa transmission en cas de vente du fonds de commerce est acquis, il semble qu'il en soit de même en cas de donation du fonds. L'article 145-16 du Code de commerce dispose que « sont (...) nulles, quelle qu'en soit la forme, les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail », « à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise ». Or, selon CORNU, l'acquéreur est le « bénéficiaire de l'acquisition (ex. acheteur, donataire, légataire) »<sup>406</sup>. Ainsi, que la transmission ait été conclue à titre gratuit ou à titre onéreux, entre vifs ou à cause de mort, la propriété commerciale est protégée, et elle sera transférée. Quant aux autres fonds, ils seront généralement assortis de baux professionnels, librement transmissibles. Parfois soumis à l'agrément du cessionnaire ou donataire par le bailleur, les formalités d'opposabilité de l'article 1690 du Code civil devront être respectées. Cet article, relatif « au transport des créances et autres droits incorporels »<sup>407</sup>, préconise « la signification du transport »<sup>408</sup> au débiteur, afin que soit opposable au tiers la cession de la créance ou de tout autre droit incorporel. Bien que cet article fasse partie de la législation concourant à réguler la transmission de la propriété par le contrat de vente, il permet aussi d'assurer l'opposabilité du transfert en cas de donation. Les créanciers de l'entreprise individuelle devront alors consentir à la transmission des créances et des contrats au nouveau repreneur. Les débiteurs seront informés de la transmission de la créance du prédécesseur au repreneur, auprès duquel ils devront désormais effectuer leurs paiements.

L'opposabilité du transfert de propriété d'un patrimoine affecté à une activité professionnelle est gouvernée par d'autres règles.

**136. La jouissance anticipée des patrimoines affectés, consolidée par la déclaration de transfert.** Lorsque l'entreprise individuelle sera exploitée sous forme de patrimoine affecté, il faudra se référer au Code de commerce, qui traite ensemble de sa cession à titre onéreux et de sa cession à titre gratuit. Selon l'article L. 526-17, I dudit code, le transfert de la propriété du patrimoine professionnel entre vifs n'entraîne pas sa liquidation. De plus, l'absence de novation dans la transmission des dettes<sup>409</sup> indique que la transmission du patrimoine affecté est une transmission universelle de patrimoine. Ainsi l'actif et le passif du patrimoine affecté

---

<sup>406</sup> Cf. Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 15, ss « Acquéreur ». V. n.b.p. n° 135.

<sup>407</sup> In *Code civil*, Livre III, Titre VI : « Chapitre VIII : Du transport des créances et autres droits incorporels ».

<sup>408</sup> Cf. Art. 1690 c.civ.

<sup>409</sup> Art. L. 526-17 III al. 3 c.com.

sont solidairement transmis au repreneur. Le maintien de l'affectation<sup>410</sup> en cas de transmission à une personne physique soutient cette position. Cependant, cette cession au profit d'une personne physique est subordonnée au dépôt d'une déclaration de transfert par le cédant ou donateur, soit l'ancien *EIRL*, dans un registre de publicité légale<sup>411</sup>. Cette publicité rendra opposable aux tiers la cession du patrimoine affecté. Un état descriptif<sup>412</sup> des éléments contenus dans le patrimoine affecté devra accompagner cette déclaration. Tous les « biens, droits, obligations et sûretés » qui y seront mentionnés seront rattachés à la titularité du repreneur au sein du patrimoine affecté et autonome. L'opposabilité du transfert de propriété de l'entreprise individuelle à patrimoine affecté est donc simplifiée par rapport à celle du transfert de la propriété de l'entreprise individuelle classique, dont se rapproche davantage par certains aspects l'opposabilité du transfert des droits sociaux.

**137. La jouissance anticipée des droits sociaux, consolidée par l'information de la société ou son acceptation du repreneur.** Si l'entreprise est exploitée sous forme de société, les titres de sociétés par actions vont être transférées de compte à compte, après signature d'un ordre de virement émanant du cédant. Le transfert de propriété s'opère au jour de l'inscription en compte<sup>413</sup>, portant au nom du cessionnaire la titularité des actions. Cette inscription emporte présomption de propriété. S'il s'avérait qu'aucun registre de transfert des titres n'ait été tenu, la jurisprudence reconnaît la possibilité à celui qui se prévaut de leur titularité d'en rapporter la preuve<sup>414</sup>.

---

<sup>410</sup> Art. L. 526-17 II c.com.

<sup>411</sup> Cf. Art. L. 526-17 II c.com.

<sup>412</sup> Cf. Art. L. 526-17 III c.com.

<sup>413</sup> Cf. Art. L. 228-1 al. 2 et R. 228-10 c.com.

<sup>414</sup> Cf. Com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-18.165, *Bull. civ. 2009 IV*, n° 66. V. Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés, op. cit.*, p. 406, note 139, V. n.b.p. n° 215 ; Thierry REVET, Note sous Com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-18.165, *RTDciv. 2010*, n° 1, p. 136 ; Louis D'AVOUST, « De l'utilité résiduelle du droit commun en matière de transfert d'actions et autres titres financiers », *Dalloz 2010*, n° 2, p. 123 ; Frédéric DANOS, « Le rôle de l'inscription en compte dans l'acquisition des titres financiers » - Note sous Com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-18.165, *Dr. et Patr. 2010*, n° 192, p. 34 ; Rémy LIBCHABER, « L'adage en fait de meubles, possession vaut titre étendu aux titres non inscrits en compte » - Note sous Com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-18.165, *BJS 2009*, n° 12, p. 1069 ; Henri HOVASSE, « La propriété d'actions en absence de comptes titres » - Note sous Com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-18.165, *Dr. Soc. 2009*, n° 7, p. 21 ; Matthieu DUBERTRET, « La propriété d'actions non inscrites en compte » - Note sous Com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-18.165, *Rev. Soc. 2009*, n° 3, p. 580.

Concernant la cession de parts sociales, le transfert de propriété s'opère dès l'échange des consentements, mais la jouissance de la qualité d'associé ne sera possible qu'à compter de l'opposabilité du transfert à la société. Il faut alors respecter les formalités de l'article 1690 du Code civil et signifier par acte d'huissier la cession ou obtenir l'acceptation par la société de cette cession par acte authentique. Le dépôt de l'acte de cession au siège social de la société contre remise par le gérant d'une attestation de dépôt permettra de rendre effective l'opposabilité de la cession de ces droits sociaux vis-à-vis de la société. À l'égard des tiers, la cession sera opposable à compter de la publicité de l'acte au registre du commerce et des sociétés. La jouissance anticipée, provenant de cette attribution anticipée, correspond à l'acquisition par le repreneur de la qualité d'associé ou d'actionnaire : aussi pourra-t-il bénéficier de tous les droits attachés à cette qualité, et devra-t-il en contrepartie en supporter toutes les obligations.

Il en ressort que l'anticipation partielle de l'allotissement procurée par la libéralité permet une réception effective, par le repreneur, de la propriété des différents supports juridiques « représentatifs » de l'entreprise transmise. L'allotissement partiellement anticipé, emporte attribution anticipée du bien, qui elle-même en engendre la jouissance anticipée. Mais qu'en est-il de la saisine, en principe uniquement effective au jour du décès ?

## **B – La substitution de personne, ersatz à l'impossible saisine anticipée**

**138. Des effets entre les personnes.** Si les effets relatifs aux relations entre les personnes et les biens peuvent être anticipés, on ne saurait transcrire cette effectivité de l'anticipation aux relations des personnes entre elles, engendrées par l'ouverture de la succession. L'anticipation par libéralité permet d'articuler les relations entre les biens et les personnes mais elle ne saurait produire le même effet quant aux relations entre les personnes entre elles, telle la saisine qui ne peut intervenir qu'à l'ouverture de la succession.

**139. L'impossible saisine anticipée en l'absence de décès.** La saisine<sup>415</sup> est l'investiture légale des héritiers à la continuation du défunt. Elle opère ainsi un transfert immédiat des

---

<sup>415</sup> La saisine est l' « investiture de la possession de l'hérédité qui, s'opérant de plein droit au jour du décès en faveur des héritiers ab intestat (appelés, C.civ. a. 724) ou (en l'absence d'héritier réservataire) au profit du légataire universel (C.civ. a. 1006), fonde le successeur saisi à exercer d'emblée les prérogatives attachées à sa qualité (not. à appréhender matériellement tous les biens de la succession) sans avoir à accomplir la moindre formalité, à la différence du successeur irrégulier qui doit demander l'envoi en possession ou des légataires (légataire universel en présence d'héritier réservataire, autres légataires) tenus de solliciter la délivrance de leur

créances et des dettes du défunt au profit des héritiers, qui n'ont pas de formalité à accomplir pour s'en prévaloir. Lors de l'ouverture de la succession, toutes les dettes du *de cuius* deviennent, par l'effet de la saisine, celles des héritiers acceptant purement et simplement la succession (sauf pour eux à invoquer l'alinéa 2 de l'article 786 du Code civil et à demander à être déchargés de leur obligation à une dette successorale qu'ils avaient « des motifs légitimes d'ignorer au moment de l'acceptation, lorsque cette dette aurait pour effet d'obérer gravement [leur] patrimoine personnel »). En effet, la saisine a vocation à permettre aux héritiers de procéder au règlement des affaires du *de cuius* après sa mort. Or, en cas de donation, le disposant est vivant ; il n'y a pas lieu à ce que ses successibles assurent la gestion de ses affaires, il peut lui-même s'en occuper. Comment cette absence de saisine anticipée se traduit-elle quant à la transmission d'une entreprise ?

**140. Le recours palliatif à la substitution de personne.** L'analyse doit en premier lieu être centrée sur l'entreprise individuelle exploitée en nom propre. La cessation de l'activité par le donateur, et la transmission de son fonds ou de ses actifs affectés à l'exploitation n'entraînent pas la transmission au donataire des charges et des dettes liées à l'activité et contractées par le donateur. Ces dernières peuvent lui être transmises, mais il ne s'agit pas d'un effet *de droit* ; une mention devra en faire part dans l'acte de donation. La saisine ne peut donc opérer transmission des créances et des dettes générées par l'exploitation du fonds ou attachées à celui-ci. Pour y pallier, le droit recourt au mécanisme de la substitution de personne.

**141. La continuité assurée auprès des partenaires.** Pour que soient transférées les créances du prédécesseur au repreneur en cas de donation, ce dernier devra procéder à une notification auprès des débiteurs en respectant les formalités de l'article 1690 du Code civil. En ce qui concerne les dettes, la novation sera de mise. Elle emportera substitution de l'obligation du donateur, éteinte par la nouvelle obligation du donataire. Les créanciers devront alors participer à cet acte pour emporter libération du prédécesseur<sup>416</sup>.

---

legs. » In Gérard CORNU, *op.cit.*, p. 842 sous « Saisine ». V. n.b.p. n° 135. N'intervenant qu'au jour du décès, il est alors impossible qu'elle soit produite antérieurement à ce dernier, et donc par anticipation.

<sup>416</sup> La cession de dette à titre particulier aura pu être définie comme « la convention par laquelle un débiteur, le cédant, transporte à une seconde personne, le cessionnaire, la dette qu'il a envers son créancier, sans que celui-ci y consente. En d'autres termes, la cession de dette, c'est la substitution du débiteur dans le même rapport d'obligation ». In Marc BILLAU, *La transmission des créances et des dettes*, LGDJ, 2002, p. 99, §96 ; V. aussi : Eugène GAUDEMET, *Le transport de dettes à titre particulier*, th. Dijon, dactyl., 1898 ; C. BOLZE, « Réflexions sur la cession de dette en droit français », In *Mélanges Guy FLATTET : Recueil des travaux offerts à M. Guy*

Lorsque l'entreprise est exploitée sous forme de patrimoine affecté, la novation est exclue. En effet, les dettes (et il en est de même pour les créances) sont rattachées au patrimoine et non à la personne qui en est titulaire. Par conséquent, la substitution du repreneur au prédécesseur sera automatique, sauf aux créanciers à s'y opposer individuellement.

Pour ce qui est de l'entreprise sociétaire, la transmission des droits sociaux n'emporte pas celle des comptes courants d'associés. À l'ouverture de la succession, les héritiers les appréhendent du fait de la saisine ; mais lors d'une donation, le compte courant reste attaché à la titularité du donateur-prédécesseur, sauf à annexer à la donation une convention qui emporterait transfert du compte courant d'associé. La substitution du donataire au donateur de droits sociaux nécessitera parfois l'obtention de l'agrément du premier par la société. Cette procédure marquera la reconnaissance par celle-ci de la substitution des personnes.

La saisine, quant à elle, ne saurait produire son effet antérieurement au décès du disposant. Elle ne peut être dite « anticipée ». Le mécanisme juridique appliqué est fort différent. La substitution prend le relais dans les libéralités, du rôle assuré par la saisine dans les successions. La donation crée ainsi une situation juridique nouvelle emportant allotissement anticipé, attribution anticipé, jouissance anticipée et substitution du prédécesseur par le repreneur, substitution qui permet d'assurer la continuité de l'exploitation à l'égard des partenaires de l'entreprise.

L'effectivité de la transmission de propriété est ainsi assurée de manière anticipée. L'évolution du droit des successions et des libéralités déjà relevée a permis la mise en place de certains moyens de protection de l'acte anticipatoire.

## ***§II – L'anticipation des risques : facteur de sécurité***

**142. La pérennité recherchée de l'entreprise.** Pour que l'anticipation de la transmission de l'entreprise soit maîtrisée et sa pérennité assurée, il faut pouvoir prévoir et encadrer par avance les situations juridiques de l'entreprise, du prédécesseur et du repreneur, et leurs évolutions. Si le droit des entreprises en difficulté distingue, depuis quelque temps déjà, les sorts de l'homme et de l'entreprise, il apparaît que les faits du premier interfèrent directement

---

*FLATTET, professeur honoraire à l'Université de Lausanne, diff. Payot, 1985, p. 58 ; Jacques GHESTIN « La transmission des obligations en droit positif français », In La Transmission des obligations - des IXe Journées d'études juridiques Jean DABIN, Centre de droit des obligations de Louvain-la-Neuve – 23 et 24 novembre 1978, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1980, p. 182).*

sur la pérennité de la seconde puisque le lien qui les unit ne peut être totalement rompu. Le droit des libéralités offre le moyen de le réguler. Il faut, dans cette optique, examiner la capacité du droit positif à permettre au disposant d'acquiescer la connaissance certaine, dès le jour de l'acte d'anticipation, des effets futurs engendrés par l'ouverture de sa succession sur la libéralité. Il apparaît alors que la libéralité pourra être remise en cause dès ce moment, par les biais des actions en rapport et en réduction. L'entreprise devra être évaluée, et le repreneur pourra être tenu de s'acquiescer d'une indemnité de rapport ou de réduction.

**143. Le futur imprévu devenu présent.** Au moment du décès, de nouvelles situations juridiques se dessinent. Le but de l'anticipation dans la transmission des entreprises par voie successorale est de maintenir le repreneur dans la situation juridique de reprise établie par la libéralité en vue du jour de l'ouverture de la succession et des opérations postérieures qu'elle engendre. Or, dans le cadre des donations ordinaires, l'ouverture de la succession créera une modification de la situation juridique du repreneur (A), modification qui entraîne une certaine insécurité puisque pouvant l'amener au paiement d'une indemnité envers les autres héritiers. Le législateur offre cependant aux prédécesseurs et aux repreneurs les moyens d'assurer la sécurité juridique de l'opération de transmission de l'entreprise par anticipation (B).

## **A – L'instabilité de la situation juridique de reprise**

**144. L'ouverture de la succession, cause de la formation d'une situation juridique nouvelle.** L'ouverture de la succession va engendrer de graves effets à l'égard du repreneur. Sa situation juridique sera modifiée. En effet, de nouveaux paramètres liés aux règles successorales vont le conduire devant une situation juridique nouvelle, situation dans laquelle il risque d'être confronté à une action en rapport ou en réduction, destinées respectivement à remettre en cause la libéralité excessive portant sur l'entreprise reprise ou à faire respecter la réserve héréditaire. Ces actions impliqueront, le cas échéant, le paiement d'une indemnité.

« Consentir une libéralité, c'est, en effet, *donner à la fois un bien et un rendez-vous*. Ce rendez-vous est fixé au jour de l'ouverture de la succession »<sup>417</sup>. Avant ce rendez-vous, l'ordre public libéral permettait par le biais de la volonté de l'homme de maîtriser les effets du temps sur la transmission de l'entreprise et d'anticiper certains effets redoutés liés aux mécanismes du droit des successions. L'objectif de transmission anticipée de l'entreprise semblait alors atteint. L'étude du temps successoral permettra maintenant d'analyser les effets

---

<sup>417</sup> Frédéric LUCET, « La remise en cause des transmissions de patrimoine », *Defrénois* 1995 n°4, art. 36012, p. 209, §3.

du décès sur la situation juridique formée à la suite de la libéralité ; elle s'en trouvera modifiée ; ainsi se forme la nouvelle situation juridique du repreneur.

**145. L'impact de l'ordre public successoral sur la stabilité de la reprise.** Selon CATALA, « les règles de la réserve sont d'ordre public et s'imposent aux parties. Elles marquent la prédominance de la succession légale sur la volonté du *de cuius* »<sup>418</sup>. C'est de là que naît une certaine inadéquation de la donation ordinaire à la transmission anticipée des entreprises. Le décès du disposant se présente comme un facteur de remise en cause de la reprise. En effet, la réalisation de ce fait juridique est aussi certaine que le moment où il se produira est incertain. L'absence de pouvoir de la volonté sur la date de réalisation de la situation successorale est la première cause d'insécurité des libéralités. Avec l'ouverture de la succession, les biens du *de cuius* changent de nature : ils acquièrent à cet instant le caractère successoral et sont dès lors soumis aux dispositions du droit des successions ; elles concernent aussi, dès lors, l'entreprise donnée.

Le droit des successions cherche « à concilier les droits personnels de l'héritier avec les prérogatives de l'ascendant »<sup>419</sup>. Pour y parvenir, ce droit aménage plusieurs cas de remise en cause des libéralités consenties antérieurement à l'ouverture de la succession. Cette logique de « rattrapage » contrarie l'économie de l'opération de transmission anticipée réalisée au moyen de la libéralité. Lors d'une transmission anticipée de l'entreprise, le principal effet recherché sera la sécurité de la situation juridique du repreneur. La technique de transmission doit permettre de lui assurer la stabilité de son statut. Toute hypothèse de remise en cause d'une libéralité fragilise cette stabilité, et par là-même la pérennité de l'entreprise.

Le droit des libéralités foisonne d'hypothèses<sup>420</sup> de remise en cause des libéralités. Leur exposé, transposé aux transmissions d'entreprises, permet d'évaluer les risques menaçant la pérennité et la stabilité de la reprise et se répercutant directement sur l'entreprise. Pour autant, il ne s'agit pas de présenter ces différentes hypothèses de manière exhaustive dans les développements suivants. Privilégiant ici la sécurité juridique du statut de repreneur, les remises en cause qu'il pourrait lui-même initier ne seront pas ici examinées. Il faudra

---

<sup>418</sup> Pierre CATALA, *Les règlements successoraux depuis les réformes de 1938 et l'instabilité économique*, th. Montpellier, Sirey, 1955, p. 20, § IX in fine.

<sup>419</sup> Pierre CATALA, *op. cit.*, p. 10, §II.

<sup>420</sup> Cf. La thèse de Marie-Lorraine HENRY faisant un état des différentes hypothèses de remise en cause des libéralités entre vifs, comme à cause de mort. In Marie-Lorraine HENRY, *La remise en cause des libéralités à caractère familial*, th. Paris 10, dactyl., 2007.

s'attacher à celles engagées par une personne autre que le donataire. Les incidences de l'ordre public successoral sur la situation juridique de reprise de l'entreprise par voie de libéralité seront au cœur de l'analyse. L'examen des conséquences de la réalisation de la situation successorale sur les situations juridiques des personnes et de l'entreprise engagées par la libéralité précédemment réalisée, doit être opéré. Deux facteurs de perturbation de la situation juridique du repreneur se détachent. Le premier est le risque de rapport ou réduction de la libéralité ; le second en est la résultante, à savoir le paiement par le repreneur de l'indemnité correspondante.

**146. Les risques de rapport et de réduction de la libéralité d'entreprise.** Si le principe du rapport en valeur participe de la stabilité de la situation du donataire, il ne saurait totalement la sécuriser, puisque hors les cas de donations hors part, ou d'obtention d'une renonciation anticipée à l'action en réduction, les cohéritiers du donataire peuvent, pour préserver l'égalité au sein de la cohérisée ou pour remplir leur part de réserve, agir en rapport ou en réduction.

On note tout d'abord que la volonté du disposant peut ainsi être battue en brèche. La situation du gratifié est effectivement stabilisée et protégée, mais uniquement dans son droit de propriété sur l'objet de la libéralité. Le principe du rapport commande que « tout héritier (...) doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt »<sup>421</sup>. Voilà la première remise en cause explicite de la volonté du *de cuius*. En effet, de son vivant, il a donné comme il a voulu, sans se préoccuper de l'avenir. Au jour de l'ouverture de la succession, le droit successoral reprend le dessus, et met en œuvre les règles permettant d'assurer l'égalité entre les héritiers. C'est le but du rapport des libéralités. Le disposant prévoyant aura dispensé son donataire du rapport, comme l'autorise le Code civil<sup>422</sup>, en consentant une donation hors part successorale.

Cette volonté du disposant sera ensuite remise en cause en cas d'action en réduction. Toute libéralité supérieure à la quotité disponible entraîne le droit de l'héritier réservataire à engager l'action en réduction. La loi de 2006<sup>423</sup>, à l'instar de la loi de 1971<sup>424</sup> pour le rapport, est venue consacrer le principe de la réduction en valeur. Cette action pourra le versement

---

<sup>421</sup> Cf. Art. 843 c.civ.

<sup>422</sup> Art. 843 c.civ.

<sup>423</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités.

<sup>424</sup> Loi n° 71-523 du 3 juillet 1971 modifiant certaines dispositions du code civil relatives aux rapports à succession, à la réduction des libéralités excédant la quotité disponible et à la nullité, à la rescision pour lésion et à la réduction dans les partages d'ascendants.

entraîner d'une indemnité due aux héritiers ou cohéritiers réservataires. Ses effets sur la condition financière et juridique du repreneur-donataire et sur son entreprise, représentent les mêmes dangers que ceux issus d'une action en rapport.

**147. Le possible paiement d'une indemnité par le repreneur.** En effet, « qu'il s'agisse de réduction ou de rapport, c'est toujours d'une remise de biens dans la masse de succession dont il s'agit »<sup>425</sup>. Cette remarque de BIGO fait ressortir toutes les menaces pour l'entreprise d'une action en rapport ou en réduction. Si le principe de l'égalité en nature, qui impliquait la restitution physique des biens à la masse successorale a laissé place à l'égalité en valeur<sup>426</sup>, laquelle induit aujourd'hui la seule restitution d'une somme d'argent (indemnité de rapport ou de réduction), le paiement de cette somme d'argent par le donataire pourra impacter sa situation de propriétaire de l'entreprise donnée.

Le montant de l'indemnité de rapport ou de réduction représente un danger quant à la stabilité de la situation juridique du repreneur. L'analyse des méthodes d'évaluation de l'entreprise<sup>427</sup> fait ressortir deux traits caractéristiques. Tout d'abord le législateur institue un certain cadre relatif aux modalités de calcul et de paiement de ces indemnités. Par ailleurs, il ne précise pas quels sont les éléments constitutifs de l'assiette de ses calculs ; il ne se réfère qu'à l'*état* des biens.

**148. La fragilisation de la situation de reprise.** Il en ressort que l'allotissement partiel produit par l'acte libéral devra parfois être révisé. L'absence de définition législative de l'*état de l'entreprise*, comme remarqué précédemment, complexifie l'évaluation de cette indemnité. Les parties ne peuvent alors avoir la certitude des différents éléments à retenir au titre de la détermination de l'*état de l'entreprise*, au jour futur de l'action en rapport ou en réduction ; l'acte d'anticipation s'en trouve fragilisé. Ce sont là les éléments perturbateurs de la sécurité de la transmission anticipée de l'entreprise par simple donation. En effet, le donataire de l'entreprise qui devra en rapporter la valeur à la masse successorale, pourra être contraint de recourir à l'emprunt pour désintéresser ses cohéritiers. Monsieur COLIN explicite les dangers d'un don manuel. Donation rapportable et don manuel sont distincts, mais les effets de leur rapport quant aux situations juridiques du repreneur et de l'entreprise sont comparables. Il argumente autour d'un cas d'espèce concret : « Grâce à son dynamisme, le fils développe

---

<sup>425</sup> André BIGO, *Relations du Rapport et de la Réduction dans les libéralités faites à un héritier réservataire acceptant*, th. Lille, SILIC, 1937, p. 8.

<sup>426</sup> Cf. §158.

<sup>427</sup> Cf. §66s.

l'affaire de son père qui devient un grand groupe. Le donateur meurt en 1975. Pour le partage, on réactualise le prix des actions qui sont estimées à 5 millions de francs. Le chef d'entreprise étant dans l'incapacité de payer à ses frères et sœurs leur part de plus-value, un administrateur judiciaire est nommé. Et, deux ans plus tard, l'affaire est mise en faillite. »<sup>428</sup>

Le paiement de l'indemnité peut déséquilibrer la situation juridique du donataire-repreneur, et de là, la pérennité de l'entreprise. L'anticipation par donation rapportable, caractérisée par l'absence de prévoyance quant aux actions en rapport des parties, implique l'absence corrélative de prévoyance du paiement d'une éventuelle indemnité de rapport. En résulte le danger d'un endettement conséquent, particulièrement lorsque l'entreprise est le bien de plus grande valeur du patrimoine du disposant, et ainsi, celui qui aurait normalement composé en priorité la masse successorale. Le rapport en valeur de l'entreprise engendrera alors une obligation financière lourde à la charge du repreneur-donataire.

Dans ce cas, soit l'héritier-repreneur disposera des fonds nécessaires pour désintéresser ses cohéritiers, soit, au contraire, devra-t-il s'endetter. Lorsque la valeur de l'entreprise aura considérablement augmenté entre le jour de la donation et celui de l'action, l'héritier-repreneur devra souvent recourir au crédit. Dans ce cas, deux hypothèses peuvent se présenter. Le financement de l'indemnité est accordé et la situation juridique de reprise est pérennisée. L'on pourra toujours discuter de l'égalité entre héritiers en conséquence menacée, puisque l'héritier-repreneur doit verser l'indemnité aux fins d'égalité en valeur, mais il doit concomitamment assumer le coût de l'endettement réalisé aux fins d'en honorer le paiement ; l'égalité ainsi rétablie sera à nouveau perturbée par le coût du crédit. Au contraire, ce financement peut être refusé. Si le repreneur opte pour le rapport en nature, il devra alors rapporter cette entreprise à la masse partageable. L'acte d'anticipation sera anéanti et l'indivision tant redoutée, arrivée. S'il opte *a contrario* pour le rapport en valeur, et qu'il n'obtient point de financement relativement au paiement de l'indemnité de rapport due, il sera obligé de revendre tout ou partie de l'entreprise. Là encore, soit l'acte d'anticipation sera anéanti et l'allotissement partiellement anticipé<sup>429</sup>, ruiné, soit la position de force du repreneur sera fragilisée par un morcellement de l'entreprise reprise et l'allotissement partiel, éclaté.

---

<sup>428</sup> Philippe COLIN, « La transmission d'entreprise don manuel ou donation-partage », *AJPI 1991*, p. 11.

<sup>429</sup> Cf. §133.

C'est donc l'impossibilité d'éliminer totalement le risque de rapport dû au jour du partage qui fragilise l'anticipation par donation ordinaire<sup>430</sup>.

L'instabilité de l'acte anticipatoire provient de l'impossible prévisibilité d'une indemnité de rapport ou de réduction que le repreneur verra éventuellement mise à sa charge, imprévisibilité provenant celle des *changements d'état* ci-dessus référencés<sup>431</sup>. Il en résulte que l'on ne peut conclure à une anticipation maîtrisée de la liquidation de la succession du donateur, anticipation qui pourtant assure la stabilité de la reprise par voie de libéralité.

**149. La cause : Une anticipation de la liquidation et non une liquidation anticipée.**

L'allotissement partiellement anticipé n'entraîne pas l'autonomie du droit de propriété du repreneur. En effet, le partage et la liquidation ne semblent pas suffisamment anticipés de telle sorte que la stabilité de la situation juridique du repreneur ne puisse être totalement maîtrisée. Cette stabilité est pourtant d'une importance cruciale, puisque l'autonomie du droit de propriété du repreneur sur l'entreprise reprise est requise dans un schéma de bonne administration des entreprises. C'est cette seule autonomie du droit de propriété du repreneur qui assurera la stabilité de son droit.

Or, on ne peut conclure à une anticipation maîtrisée du partage et de la liquidation, l'éventuelle indemnité de rapport ne pouvant être fixée avant la date du partage. Seule l'assiette de référence du montant de l'indemnité de rapport sera fixée dès le jour de la donation : il s'agit du bien qui en est l'objet. Viendront ensuite modifier cette valeur des indices permettant de prendre en compte les variations de la monnaie et les plus ou moins values non imputables au donataire. Un paramètre du calcul de l'indemnité de rapport est donc fixé dès le jour de la donation. L'acte de donation a produit une anticipation de la liquidation de la succession du donateur et non une liquidation anticipée de celle-ci qui, seule, pourrait garantir la stabilité de la reprise. Cependant la liquidation de la succession ne pouvant

---

<sup>430</sup> En effet, comme nous l'avons souligné plus haut, la dispense conventionnelle de rapport inhérente à la gratification hors part successorale ne ressort pas du cadre légal, mais uniquement du cadre conventionnel, ce qui ne saurait assurer une sécurité totale quant à l'exemption de rapport par le donataire. De plus, pour modérer ces propos, d'autres moyens conventionnels permettent de pallier ces imperfections légales si l'on se place du point de vue de l'entreprise et de la stabilité du droit de propriété du repreneur ; en effet, donateur et donataire pourront toujours anticiper le problème du paiement de l'indemnité de rapport ou de réduction via une assurance notamment. Cependant, comme explicitement souligné, ce n'est que la convention des parties qui permet de les pallier et non la loi, ce qui ne garantit pas la sécurité ici jugée nécessaire à la bonne transmission d'une entreprise.

<sup>431</sup> Cf. §97.

intervenir avant son ouverture, la réalisation par anticipation de liquidation s'avère impossible. L'anticipation de la liquidation s'avère, à défaut, permettre une meilleure organisation de la transmission.

La complexité des opérations d'évaluation, et les incertitudes les entourant ne peuvent qu'amener au constat que l'anticipation, bien qu'effective, n'est pas totalement sécurisée. Si l'acte de donation va bien avoir un impact sur l'opération de partage, en ce sens que des paramètres y seront définis par avance, l'on ne peut conclure à une anticipation optimale, mais le législateur propose tout de même des moyens juridiques permettant de stabiliser la situation juridique de reprise.

## **B - Les moyens juridiques de sécurisation**

**150. Des moyens légaux et des moyens conventionnels.** La libéralité, acte d'anticipation successorale, permet d'instituer le repreneur en cette qualité. Aussi convient-il de préserver son statut afin d'assurer la continuité, le développement et la pérennité de l'entreprise reprise. L'acte de donation se trouve renforcé par l'évolution de la législation relative au droit des successions et des libéralités : le législateur a institué des moyens légaux assurant la réalisation et la continuation de la volonté du disposant (2°). Il propose aussi des outils contractuels de protection permettant de lutter contre les risques de remise en cause de l'acte de donation (1°).

### 1°) Les moyens conventionnels de protection

**151. De la maîtrise des actions en rapport et en réduction.** Afin de préserver l'acte libéral dans le temps et de sécuriser la situation juridique du repreneur, donateur et donataire peuvent user de différents moyens contractuels de prévention des actions liées à l'inégalité instaurée par la libéralité. Le disposant peut tout d'abord dispenser son héritier du rapport du bien qu'il lui a donné. Il peut ensuite essayer d'obtenir de ses héritiers réservataires une renonciation anticipée à l'action en réduction.

**152. La dispense de rapport.** Tout d'abord, le législateur permet au disposant de dispenser son donataire du rapport de la libéralité. Cette modalité a pour but d'avantager le gratifié par rapport à ses cohéritiers. Le donataire pourra être dispensé de rapporter la valeur du bien reçu

à la masse successorale : il en va ainsi de l'héritier ayant été gratifié hors part successorale<sup>432</sup>. L'indemnité de rapport normalement due est alors purement supprimée. Il en ressort que le repreneur d'entreprise n'aura pas à s'endetter afin de pourvoir au paiement d'une telle indemnité. Cependant, cette dispense de rapport dû ne permet pas de conclure à une sécurité absolue pour le repreneur quant à la préservation de son statut. Les héritiers réservataires pourront toujours intenter une action en réduction contre la libéralité faite en dispense de rapport si elle dépasse la quotité disponible, et ainsi obtenir au profit de la masse successorale une indemnité de réduction comparable quant à ses effets sur le statut de repreneur, à l'indemnité de rapport susvisée. Pour y remédier, le législateur propose à ces héritiers réservataires de renoncer, de manière anticipée, à agir en réduction.

**153. La renonciation anticipée à l'action en réduction.** En effet, la réserve est considérée à la fois comme un élément protecteur des héritiers réservataires, et comme une source de rigidité et de blocage en matière de transmission successorale de l'entreprise. La loi de 2006<sup>433</sup> introduit une certaine dose de souplesse. Elle tend à « favoriser une transmission organisée du patrimoine, en fonction de sa composition – entreprise, maison de famille malaisément divisible, (...) »<sup>434</sup>. L'institution de la renonciation anticipée à l'action en réduction<sup>435</sup> contribue à élargir la quotité disponible ; elle permet d'écarter les règles du droit des successions relatives à la réduction des libéralités, lors des opérations de liquidation.

---

<sup>432</sup> Cf. Art. 843 al. 1 c.civ. L'héritier renonçant (Cf. Art. 845 c.civ.) et l'héritier institué (Cf. Art. 846 c.civ.) bénéficient de cette même dispense de rapport (sauf pour le premier à ce qu'une clause de la donation lui impose le rapport en cas de renonciation à la succession), mais elles ne sauraient ici être reprises puisqu'elles ressortent des dispenses légales et non des dispenses conventionnelles.

<sup>433</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités.

<sup>434</sup> Nathalie LEVILLAIN, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N 2006*, n° 45, p. 1951, §2.

<sup>435</sup> V. Art. 929 c.civ. et s. V. aussi : Isabelle DAURIAC, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *D. 2006*, n° 37, p. 2574 ; Géraldine DELAVAQUERIE, « Renonciation anticipée à l'action en réduction et rapport : une rime impossible? (Des relations entre la renonciation anticipée à l'action en réduction et le principe d'égalité entre héritiers) », *LPA 2012*, n° 182-183, p. 38 ; Alain DELFOSSÉ, « De la renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N 2006*, 1301, p. 1662 ; Jean-Michel MATHIEU, « « Je renonce donc... je transmets ». La renonciation comme mode d'optimisation de la transmission », *op. cit.*, p. 58, V. n.b.p. n° 97 ; Nathalie LEVILLAIN, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *op. cit.*, p. 1941 ; Jean-François PILLEBOUT, « À propos de la renonciation anticipée à l'action en réduction ; Une fâcheuse controverse », *JCP N 2008*, n° 11, p. 4 ; François SAUVAGE, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *AJDF 2006*, 355.

Selon Monsieur HALLOUIN, cette renonciation ne s'analyse pas en une « renonciation à la réserve mais simplement » en « une renonciation à agir en réduction »<sup>436</sup>. Ainsi, le renonçant réservataire conserve le droit à sa part de réserve et peut agir contre ceux qui ne sont pas bénéficiaires de sa renonciation, mais il s'interdit pour l'avenir d'agir en réduction soit contre la libéralité, soit contre le donataire, visé(s) dans l'acte de renonciation. C'est pour cela qu'il faut faire attention aux modalités de la renonciation anticipée. Elle peut viser le bien objet de la libéralité, et/ou porter sur tout ou partie de la réserve, ou encore être consentie au profit d'un bénéficiaire désigné. Lors du colloque organisé le 1<sup>er</sup> Avril 2011 à Montpellier sur « La disparition du chef d'entreprise »<sup>437</sup>, Madame DARMON<sup>438</sup> confiait qu'elle ne mettait en place que des renonciations visant explicitement des biens, craignant l'insécurité que pouvait représenter la renonciation à une partie de la réserve seulement. En effet, il est possible que la valeur des biens donnés, ainsi que la valeur des biens de la masse partageable, puissent varier entre le jour de la renonciation et celui de l'ouverture de la succession. La renonciation à une quote-part de la réserve pourrait alors devenir insuffisante. Pour une sécurité juridique optimale en matière de renonciation, il convient alors de préférer la mise en place d'une renonciation à l'action en réduction visant le « bien entreprise » directement. Lorsque la renonciation aura pour objet l'entreprise donnée et sera accordée au profit du repreneur, ce dernier verra son droit de propriété protégé, puisqu'une action en réduction ne pourra être ultérieurement intentée contre lui quant à l'entreprise reprise. Tous les effets néfastes liés à l'action en réduction seront ainsi anéantis. Ainsi, bien que le renonçant ne soit pas privé de son droit à remplir sa réserve, l'action ne pourra atteindre le repreneur dans son statut dans quelque mesure que ce soit.

Outre la souplesse<sup>439</sup> apportée au droit successoral, ce nouveau dispositif témoigne du courant de libéralisation dont il est empreint<sup>440</sup> : « l'ordre public successoral recule à présent en faveur

---

<sup>436</sup> Jean-Claude HALLOUIN, *L'anticipation – Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, *op.cit.*, p. 107. V. n.b.p. n° 35.

<sup>437</sup> Cf. *La disparition du chef d'entreprise : Anticiper, gérer, transmettre*, *op. cit.*, V. n. b.p. n° 53. p. 47.

<sup>438</sup> Notaire à Paris, membre du Groupe Monassier.

<sup>439</sup> A. DELFOSSÉ, « De la renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N 2006*, 1301, p. 1662, §4 : « la réserve a pu apparaître comme source de rigidité et de blocage dans certaines situations spécifiques (transmission d'une entreprise (...)) ».

<sup>440</sup> Patrice BONDUELLE, « Le pacte de famille, enfin ! », *Dr. et Patr. Fév. 2007*, n° 156, p. 46 : « À compter de 2007, les familles pourront accéder à la liberté et à la sécurité juridique que la nullité des pactes sur succession future leur refusait. »

de plus de liberté et donc de plus de volonté »<sup>441</sup>. De plus, cette renonciation permet de prendre en compte la spécificité de certains biens dans le traitement successoral. Cette innovation renforce l'optimisation de la transmission anticipée de l'entreprise, puisque désormais, l'action en réduction de la libéralité excessive ayant pour objet l'entreprise pourra être anéantie par anticipation. Elle sera contournée, évitée. Spécialement quant à l'entreprise, un auteur précise qu'un « des avantages important de la réforme (...) est qu'un dirigeant et ses héritiers présomptifs vont pouvoir, à l'avance, c'est-à-dire avant tout accident de santé du chef d'entreprise, envisager dans un climat de sérénité la suite de la direction des affaires »<sup>442</sup>. En effet, en obtenant aujourd'hui (au jour de la libéralité), la certitude que demain (au jour de l'ouverture de la succession), les héritiers réservataires ne remettront pas en cause la libéralité effectuée par le disposant, on s'assure de l'absence, dans le futur, d'une obligation au paiement d'une indemnité de réduction. Le donataire se voit ainsi conférer une sécurité renforcée quant à son droit de propriété. Si la propriété était déjà définitivement acquise, de par le principe nouveau de l'égalité en valeur, la renonciation anticipée à l'action en réduction permettra d'en assurer la stabilité, puisque le lien entre l'entreprise appropriée et le repreneur ne pourra plus être fragilisé. L'éventuel endettement est écarté. Cette évolution est salubre quant à la pérennité de l'entreprise transmise par voie successorale et par anticipation.

La renonciation anticipée à l'action en réduction contribue ainsi à renforcer la sécurité des libéralités<sup>443</sup> et à préserver la stabilité financière du repreneur. L'institution fraîchement établie contribue à la mise en adéquation du droit des libéralités aux enjeux du droit des affaires. Les seules failles à la sécurité renforcée procurée par les renonciations anticipées sont leurs possibles révocations, failles à relativiser puisque leur opportunité est judiciairement encadrée, et qu'elles sont limitées à des cas peu nombreux<sup>444</sup>. L'insertion d'une clause emportant renonciation à la révocation au sein même de la renonciation anticipée à l'action en réduction permettrait d'éliminer ce risque<sup>445</sup>.

---

<sup>441</sup> Isabelle DAURIAC, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », §2. V. n.b.p. n° 435.

<sup>442</sup> Damien BRAC DE LA PERRIÈRE, « Les pactes successoraux et la réserve héréditaire », *JCP N 2006*, n° 38, 1302, p. 1665, §3.

<sup>443</sup> Cf. sur ce point : Patrice BONDUELLE, « Le pacte de famille, enfin ! », *op. cit.*, p. 51. V. n.b.p. n° 440.

<sup>444</sup> Cf. Art. 930-4 c.civ.

<sup>445</sup> Bien qu'extrêmement encadrées, et limitées à des cas très particuliers, les praticiens recommandent l'insertion d'une clause, prévenant la possibilité de révoquer la renonciation « en cas d'aliénation des biens donnés ou légués par le bénéficiaire (...), aux termes de laquelle l'héritier réservataire renonce à exercer toutes poursuites

À côté de ces moyens conventionnels de protection de l'acte d'anticipation, favorisant la transmission anticipée et optimisée de l'entreprise par voie successorale, le législateur a aussi modifié et institué certaines règles successorales allant dans le même sens.

## 2°) Les moyens légaux de stabilisation

**154. Les évolutions législatives stabilisatrices.** Afin de renforcer la protection des libéralités, le législateur a modifié certaines règles successorales. Il a restreint le champ d'application des actions pouvant être intentées par les personnes. Il a aussi stabilisé les donations sur le plan patrimonial.

**155. La révocation de la libéralité pour cause de survenance d'enfant : Du principe à l'exception.** Pour ce qui est de la révocation des donations en premier lieu, l'irrévocabilité générale des contrats additionnée à l'irrévocabilité spéciale<sup>446</sup> des donations induisent le droit définitif du gratifié sur l'objet de la libéralité. Cependant persiste les cas de révocation prévus à l'article 953 du Code civil, à savoir : l'inexécution des conditions de la donation, l'ingratitude du gratifié, et le cas de survenance d'enfants. L'analyse ici menée consistant à examiner quelles sont les causes étrangères au donataire qui risqueraient de remettre en cause la reprise et son statut de reprenneur. Il convient de ne pas reprendre les deux premières, car elles ne se produisent que du fait du donataire, qu'il s'agisse de l'inexécution des conditions de la donation ou de son ingratitude à l'égard du donateur. Cependant, en ce qui concerne la révocation pour cause de survenance d'enfants, le donataire y est ici extérieur et en subira les conséquences. C'est cette cause qu'il convient de placer au centre des préoccupations relatives à la stabilité du droit de propriété du reprenneur. Pour cela, une évolution notable du droit des successions doit être relevée : avant la loi du 23 juin 2006<sup>447</sup>, l'ancien article 960 du Code civil consacrait le principe de la révocation de plein droit des donations, en cas de survenance d'enfant<sup>448</sup> ; le droit du donataire était donc plus ou moins précaire selon l'âge du donateur.

---

contre le tiers détenteur, dans l'éventualité où la libéralité serait réductible » ; *In* Nathalie LEVILLAIN, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *op. cit.*, §28. V. n.b.p. n° 434.

<sup>446</sup> *Cf.* Art. 894 et 953 c.civ.

<sup>447</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités.

<sup>448</sup> Il faut ici exclure les donations faites entre époux par contrat de mariage qui n'étaient pas soumises à cette révocation de plein droit en vertu d'une jurisprudence de la Cour de cassation. *Cf.* Cass. Req., 11 mai 1857 : *D.* 1857.275. Cependant, ces donations entre époux doivent être exclues de l'analyse ici menée, puisque la

Aujourd'hui, le contexte est totalement rénové, puisque le nouvel article 960 consacre le principe inverse : dorénavant la survenance d'un enfant n'aura plus pour effet d'emporter la révocation de plein droit de la libéralité antérieure ; elle ne pourra entraîner une telle révocation que dans l'hypothèse où l'acte le prévoyait : « cette révocation devient doublement facultative – puisque subordonnée à la stipulation d'une clause qui la prévoit et à une demande formée le moment venu – et sujette à renonciation »<sup>449</sup>. En effet, l'ancien article 965 du Code civil, qui prohibait la renonciation anticipée du donateur à révocation pour survenance d'enfant, la consacre désormais. La « très forte insécurité juridique »<sup>450</sup> du donataire se trouve alors annihilée. La libéralité est renforcée et le donataire, stabilisé dans son droit de propriété. L'évolution du droit de la famille favorise ainsi la sécurité des transactions.

Au-delà de cette inversion de principe, le législateur s'est aussi attaché à réduire le délai de prescription de l'action en réduction.

**156. La réduction du délai de prescription de l'action en réduction.** La durée de la prescription de l'action en réduction passe de trente ans à cinq ans, à compter de l'ouverture de la succession<sup>451</sup>. L'article précise que l'action est aussi ouverte aux héritiers réservataires dans les deux ans de la découverte de l'atteinte portée à leur réserve, sachant que l'action ne pourra être introduite plus de dix ans après l'ouverture de la succession. Ainsi, les risques d'actions en réduction sont amoindris. Cette réduction du délai de prescription est bénéfique quant à la stabilité du droit du donataire, et spécialement du donataire-repreneur, qui voit dorénavant son droit de propriété exposé moins longtemps à une éventuelle remise en cause.

Afin de sécuriser davantage encore le statut des héritiers vis-à-vis de la masse successorale, le législateur consacre une procédure de déclaration des créances successorales.

---

transmission d'entreprise envisagée dans cette étude est celle faite à une génération subséquente afin de favoriser la reprise d'entreprise entre des mains plus jeunes, favorisant ainsi la stabilité de la reprise sur une période plus longue et, par là, l'espérance de la pérennité voire d'un développement de cette entreprise.

<sup>449</sup> Michel GRIMALDI, « Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », *op. cit.*, p. 2551, § 5. V. n.b.p. n° 44.

<sup>450</sup> Marie-Hélène MORAND de JOUFFREY, « 95<sup>E</sup> Congrès des notaires de France – Marseille, 9-12 mai 1999 – Demain la famille, La remise en cause de l'anticipation successorale par la naissance et le prédécès d'un enfant », *JCP N 1999*, n°13, p. 555. Selon l'auteur, cette « très forte insécurité juridique » était accentuée par l'automatisme de l'effet rétroactif de la révocation.

<sup>451</sup> Cf. Art. 921 c.civ.

**157. L'institution de la procédure de déclaration des créances successorales.** Lorsque, lors de l'option successorale, l'héritier choisira d'accepter la succession à concurrence de l'actif net, les créanciers du défunt devront se soumettre à la procédure de déclaration des créances<sup>452</sup>. Cette procédure inspirée du droit des entreprises en difficulté, s'en trouve tout de même très éloignée. Les créanciers du *de cuius* devront dorénavant se faire connaître à la succession, afin de faciliter la connaissance du passif et son apurement. Tous les créanciers, chirographaires ou titulaires de sûretés, sont concernés<sup>453</sup>. Les seconds, même titulaires de sûretés publiées, ne voient pas ce délai courir à compter d'une réception de la notification d'un avis de mise en procédure judiciaire, comme c'est le cas pour les créanciers des entreprises en difficulté ; ce délai de déclaration est fixé à quinze mois à compter de la publicité de la déclaration d'acceptation à concurrence de l'actif net<sup>454</sup>.

« Mais la loi nouvelle va plus loin que la loi de sauvegarde des entreprises puisque l'absence de déclaration entraîne l'extinction de la dette. Cette sanction drastique n'est valable que pour les créances non assorties de sûretés »<sup>455</sup>. De plus, le droit du créancier à exiger le paiement de sa créance étant un droit personnel, l'extinction de la créance se justifie puisque le débiteur, soit le *de cuius*, étant décédé, le créancier non déclarant ne pourrait, après liquidation de la succession, faire valoir son droit contre l'héritier.

Cette sanction de la non-déclaration des créances successorales contribue à la sécurisation de la situation des héritiers dont l'héritier-repreneur de l'entreprise. Enfin, le législateur renverse un second principe puisque l'égalité en valeur prend la place de l'égalité en nature.

**158. La consécration du principe d'égalité en valeur entre les héritiers.** Autrefois, sous le coup de l'égalité en nature, le partage emportait restitution du bien antérieurement donné à la masse successorale, elle-même ensuite redistribuée entre les différents copartageants. Cette opération était inenvisageable quant à son application à l'entreprise. D'autant plus que si le rapport des droits sociaux n'impliquait pas l'abandon du statut de gérant ou de dirigeant qui pouvait être confié au donataire, le rapport de l'entreprise individuelle impliquait indubitablement l'abandon de la qualité d'exploitant, sauf à ce que la cohérence désigne ce dernier en tant que gérant pour le temps de l'indivision.

---

<sup>452</sup> Cf. Art. 792 c.civ.

<sup>453</sup> Cf. Art. 792 al. 1 c.civ.

<sup>454</sup> Cf. Art. 788 c.civ.

<sup>455</sup> Judith SEBILLOTTE-LEGRIS et Sandrine QUILICCI, « L'acceptation à concurrence de l'actif net », *JCP N 2006*, 1298, p. 1652, §18.

Le droit de la famille a aujourd'hui bien évolué, et l'objectif de conservation des biens dans les familles, ainsi que l'égalité en nature entre les héritiers ou successibles, ont laissé place à la circulation des richesses. La loi du 23 juin 2006<sup>456</sup> portant réforme des successions et libéralités, érige l'égalité en valeur en principe directeur du droit des successions<sup>457</sup>, faisant ainsi de l'égalité en nature une modalité subsidiaire de l'obligation au rapport. Cette égalité en valeur avait déjà été consacrée au seul profit des exploitations agricoles par le décret-loi de 1938<sup>458</sup>, afin d'en éviter le morcellement. Ce principe a ainsi été établi en vue de son application à des entreprises. Il a par la suite été généralisé, mais il avait pour but premier de préserver « les unités économiques et autres ensembles de biens dont le fractionnement entraînerait la dépréciation »<sup>459</sup>. L'égalité entre héritiers, un des piliers du droit successoral, devient alors une égalité purement comptable, et le dépouillement d'un descendant devient aisément réalisable. Si l'ancien principe d'égalité en nature commandait la remise matérielle de l'objet de la donation à la masse successorale, le nouveau principe d'égalité en valeur « écarte désormais l'idée d'une restitution matérielle à la masse des biens donnés ou légués »<sup>460</sup>. Ce nouveau principe permet d'assurer la continuité de l'effectivité de la volonté du disposant ; CATALA en concluait d'ailleurs que « la volonté du disposant conserve sa prépondérance »<sup>461</sup>. Le bien donné par lui restera entre les mains de celui qu'il a gratifié. La consécration du principe de l'égalité en valeur renforce le droit de propriété du repreneur. Le rapport en nature du fonds, du patrimoine affecté à l'activité professionnelle, ou des droits sociaux, est ainsi évité. Bien que l'action en rapport soit toujours envisageable, elle est dans une certaine mesure contournée, puisque même si elle est engagée, elle ne peut entraîner la dépossession du donataire-repreneur. L'application à l'entreprise de ce mode de rapport ou de réduction est alors bien plus envisageable. La forme de l'entreprise change cependant sensiblement les choses. Le bien objet de la libéralité n'est désormais plus envisagé que relativement à sa valeur afin de déterminer l'éventuelle indemnité de rapport ou de réduction

---

<sup>456</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités.

<sup>457</sup> Cf. Art. 826 c.civ. Il s'agit là de la consécration par la loi de la jurisprudence de la Cour de cassation dans l'arrêt Mulle de 1937 : Civ., 11 janv. 1937, *D. 1937*, I, p. 101. V. : Henri CAPITANT, François TERRÉ, Yves LEQUETTE, Obs. sous Civ., 11 janv. 1937, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 671.

<sup>458</sup> Décret-loi du 17 juin 1938 tendant à assurer la protection du commerce français.

<sup>459</sup> Cf. Art. 830 c.civ.

<sup>460</sup> Pierre CATALA, *Les règlements successoraux depuis les réformes de 1938 et l'instabilité économique*, op. cit., p. 142, § 98. V. n.b.p. n° 418.

<sup>461</sup> Pierre CATALA, op. cit., p. 142, § 98.

qu'il induit, mais il n'est plus question d'en réviser la titularité du droit de propriété. Ce dernier est très clairement consacré et seul le donataire peut désormais décider de s'en détacher sans craindre l'action d'un co-héritier qui fragiliserait son statut de propriétaire. La stabilité du droit de propriété du repreneur favorisera la pérennité de l'entreprise.

Aussi, l'égalité en valeur a-t-elle simplifié le traitement de l'entreprise en tant qu'objet d'une libéralité en avancement de part successorale, ou bien même hors part, lorsque celle-ci devra être soumise à la réduction. Il en ressort une protection renforcée du droit de propriété du donataire. Il n'est plus qu'éventuellement définitif (en l'absence d'action en rapport ou en réduction) ou même rétroactivement temporaire (lorsque l'une de ces actions aura été engagée). Il ne peut être remis en cause, à moins que le donateur ait imposé<sup>462</sup> au donataire le rapport en nature du bien, ou que ce dernier y consente par une aliénation ou en optant lui-même en faveur du rapport en nature<sup>463</sup>.

Ainsi, cette protection du droit de propriété du donataire paraît stabilisée. En cas d'indemnité de rapport due, la nature du dessaisissement de la propriété du bien donné sera modifiée : on passe d'un dessaisissement subi à l'époque du rapport en nature obligatoire à un dessaisissement « volontaire » en cas de vente pour cause d'endettement trop lourd, auquel peut conduire le paiement des indemnités de rapport dues en vertu de la libéralité ayant pour objet l'entreprise.

Les développements précédents illustrent la capacité de la technique des donations ordinaires à anticiper la transmission des entreprises. De nombreux aspects de la situation successorale future du chef d'entreprise pourront être avancés dans le temps par le biais de cette technique. La situation juridique de reprise paraît somme toute relativement sécurisée, mais les parties risqueront lorsqu'elles recourront à d'autres formes de libéralités, de ne pas assez prendre la mesure exacte de leurs engagements. Les donations substitutives présentent ce caractère de manière relativement marquée.

---

<sup>462</sup> Art. 858 al. 2 c.civ.

<sup>463</sup> Cette option est strictement encadrée par l'article 859 du Code civil ; elle est considérée produire des « effets redoutables pour les tiers » ; In Michel GRIMALDI, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz, 2011, p. 714, §263.150 s.

## SECTION II – LES LACUNES DE L’ANTICIPATION DANS LES DONATIONS SUBSTITUTIVES

**159. Les donations substitutives : un élargissement des techniques de transmission anticipatoires.** Si la transmission « répond à un souci plus ou moins avoué d’immortalité »<sup>464</sup>, les libéralités substitutives en sont la meilleure illustration puisqu’elles présentent « l’insigne avantage d’organiser [d’anticiper même] la transmission de biens au-delà d’une seule génération »<sup>465</sup> : au-delà de sa propre mort, le futur *de cujus* dispose au-delà de la mort de son premier donataire (le grevé) pour permettre une transmission de ses biens à un second (l’appelé). En réhabilitant les libéralités substitutives, anciennement substitutions fidéicommissaires et legs *de residuo*, le législateur consacrant par la loi de 2006<sup>466</sup> les libéralités graduelles et résiduelles<sup>467</sup>, avait pour ambition d’offrir « au disposant une plus grande liberté de choix dans l’expression de ses dernières volontés »<sup>468</sup>.

**160. L’applicabilité théorique des donations substitutives ayant pour objet une entreprise.** En recourant à ces techniques, le prédécesseur réalisera donc bien un acte d’anticipation<sup>469</sup> quant à la transmission de son entreprise : il désignera à la fois son repreneur

---

<sup>464</sup> Jean-François SAGAUT, « Les donations graduelles et résiduelles », *JCP N 2006*, 1388, §1.

<sup>465</sup> Jean-François SAGAUT, *op. cit.*, §20.

<sup>466</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités.

<sup>467</sup> V. sur les libéralités graduelles et résiduelles : Michel GRIMALDI, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », *JCP N 2006*, 1387 ; Marc NICOD, « Le réveil des libéralités substitutives : les libéralités graduelles et résiduelles du Code civil. – A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. Famille 2006*, n° 45, p. 14 ; « Libéralités graduelles et résiduelles : quelques difficultés d’application », *JCP N 2008*, n° 29, 1249, p. 39 ; Nathalie PETERKA, « Les libéralités graduelles et résiduelles, entre rupture et continuité », *D. 2006*, n° 37, p.2580 ; Marceau CLERMON et Pierre CENAC, « Les libéralités graduelles et résiduelles », *JCP N 2006*, n° 38, 1304, p. 1671 ; Jean-François SAGAUT, « Les donations graduelles et résiduelles », *op. cit.* ; Guillaume HUBLOT, « Réforme des successions : Libéralités résiduelles, graduelles : impacts civils et fiscaux », *op. cit.*, 1280, V. n.b.p. n° 97 ; Jérôme LEPROVAUX, Maxime DELEROT et Vanessa MERCIER, « L’impact de la réserve héréditaire sur la réalisation des libéralités graduelles et résiduelles », *Dr. et Patr. nov. 2005*, n° 175, p. 28.

<sup>468</sup> Cf. Rapport du Sénat n° 343 Tome I (2005-2006) de M. Henri DE RICHEMONT, fait au nom de la commission des lois, déposé le 10 mai 2006, sur le projet portant réforme des successions et libéralités, Examen de l’article 1048.

<sup>469</sup> Le prédécesseur réalisera bien un acte d’anticipation lorsqu’il procédera par libéralité substitutive, notamment par le biais de la libéralité graduelle, puisque le bien sera « inaliénable, indivisible et insaisissable entre les mains de l’héritier qui doit le rendre à l’appelé en totalité » (Jean-Marie AUGUSTIN, « Construire le mythe de temps :

et de manière plus ou moins efficace le successeur de ce repreneur<sup>470</sup>. Ces libéralités s'inscrivent dans le temps : « deux périodes successives sont à distinguer : - la première court du jour où le grevé acquiert ses droits jusqu'au jour où l'appelé peut à son tour exercer les siens : elle commence le jour de l'acte ou le jour du décès du disposant, selon qu'il s'agit d'une donation ou d'un legs, et s'achève le jour de la mort du grevé ; - la seconde court du jour où s'ouvrent les droits de l'appelé »<sup>471</sup>.

Contrairement à l'ancien régime, ces techniques concernent tout type de gratifié – héritiers réservataires ou présomptifs, successibles ou non successibles – autorisant ainsi la possibilité d'appeler un tiers à la famille à la reprise de l'entreprise. Comme pour les libéralités ordinaires, tout type de bien peut être concerné.

**161. Une application pratique risquée.** L'applicabilité théorique<sup>472</sup> de ces libéralités spéciales à l'entreprise ne fait pas de doute, mais reste à mesurer les conséquences d'une application pratique et à vérifier qu'elle n'entraînerait pas une certaine mise en danger de la pérennité de l'entreprise. En effet, ces libéralités ont pour objectif d'encadrer l'évolution des situations juridiques dès aujourd'hui et pour l'avenir. Cependant, comme le rappelle Monsieur OST, « nul ne saurait obliger par contrat ses enfants ou sa postérité »<sup>473</sup>. Lors de ces propos, il

---

Les substitutions fidéicommissaires et les majorats », *In Le temps et le droit, Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit, Nice 2000*, Editions Serre-Nice, 2002, p. 64).

<sup>470</sup> En effet, la mise en œuvre d'une libéralité résiduelle ne permet pas d'affirmer avec certitude que la seconde transmission s'opèrera, puisqu'est laissée au grevé la possibilité de disposer du bien objet de la libéralité.

<sup>471</sup> Michel GRIMALDI, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », *JCP N 2006*, 1387, §4. Voir en ce sens : Marie-Cécile FORGEARD, Richard CRÔNE et Bertrand GELOT, *Le nouveau droit des successions et des libéralités*, Préface de Philippe MALAURIE, Defrénois, 2007, p. 191, §331 : « La libéralité résiduelle, comme la libéralité graduelle, est une disposition en deux temps, d'abord au profit d'un « *premier gratifié* » puis, au décès de celui-ci, au profit d'un « *second bénéficiaire* » ».

<sup>472</sup> En effet, les articles 1048 et 1057 du Code civil visant respectivement les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles ne précisent pas quelles sortes de biens peuvent en être l'objet. Le premier vise les « biens ou droits qui en sont l'objet », le second, vise « ce qui subsistera du don ou legs fait » par libéralité. Ainsi paraissent pouvoir être compris tant les droits sociaux au titre des « droits qui en sont l'objet », que l'entreprise individuelle, universalité de fait, qui est un *amas* de biens et de droits. Reste en suspens la possibilité d'appliquer une telle libéralité à un patrimoine affecté qui ne peut être qualifié ni de *bien*, ni de *droit*, ni même de simple *amas de biens et de droits*. Sur ce dernier point, devra être attendue une modification des textes du législateur avant que l'on ne puisse conclure à l'applicabilité de telles techniques à l'entreprise exploitée sous forme de patrimoine affecté.

<sup>473</sup> François OST, *Le temps du droit, op. cit.*, p. 216. V. n.b.p. n° 12.

s'interroge sur « l'emprise de la règle sur l'avenir »<sup>474</sup> et, bien qu'il se réfère alors à un contrat bien plus large et de portée bien plus vaste qu'une simple libéralité substitutive, en faisant allusion au *Contrat social* de ROUSSEAU ou à la constitution adoptée par un Etat, telle celle de la V<sup>ème</sup> République, l'on ne peut éluder le fait que ces libéralités anticipent certes l'avenir mais semblent surtout fixer cet avenir, celui de ses protagonistes et celui de l'entreprise. Ne cachent-elles pas des inconvénients majeurs limitant l'anticipation de la transmission de l'entreprise ou imposant certaines contraintes non compatibles avec la gestion des entreprises ?

La confrontation de leurs régimes à l'objectif de transmission de l'entreprise semble fragiliser l'acte d'anticipation et entraîner la remise en cause de la stabilité de la reprise d'entreprise. L'absence de dispositions spécifiques laisse place à des inquiétudes réelles quant à sa pérennité : l'aspect temporel de ces techniques permet de mettre en lumière leurs faiblesses : une insécurité certaine (§I) et une absence d'avantages non négligeable (§II).

## ***§I – L'insuffisante protection de l'opération de transmission***

**162. Les principes directeurs des donations substitutives, freins à la sécurité de la transmission anticipée.** Les risques générés par l'application de la technique des donations substitutives à une entreprise sont tout d'abord repérés quant à la sécurité juridique de l'opération de transmission. En effet, les libéralités substitutives ont pour règle directrice la réalisation de conditions les subordonnant. Or, le propre de la condition de réalisation d'une opération est justement que l'on prévoit qu'elle doit se réaliser, tout en assimilant la possibilité de non-réalisation. Ainsi naît une première incertitude quant aux prévisions d'anticipation de l'opération de transmission de l'entreprise. De plus, un second principe directeur encadre ces donations : elles sont assorties de charges pour le premier des gratifiés. Une fois de plus, le risque patrimonial ressurgit, non plus par le poids qu'il impose au repreneur intermédiaire mais cette fois par les contraintes de gestion que dicte l'accomplissement de la charge par le gratifié.

Comme dans les propos précédents, il faut rappeler que l'objectif de l'anticipation est d'assurer la réalisation, dans de bonnes conditions, de la situation juridique anticipée. Or les risques précités ne permettent pas de conclure à la satisfaction attendue des techniques d'anticipation puisque, justement, la situation juridique projetée par l'acte d'anticipation ne

---

<sup>474</sup> François OST, *Le temps du droit, op. cit.*, p. 163. V. n.b.p. n° 12.

pourra être réalisée. Si les donations substitutives peuvent trouver leur intérêt dans certains schémas familiaux, notamment lorsqu'il s'agira d'assurer les conditions de vie d'un enfant handicapé, il faut avant de les appliquer aux entreprises s'interroger sur leur compatibilité au monde et aux techniques de gestion des entreprises.

**163. Les principes directeurs des donations substitutives, inadaptés à la stabilité de la reprise de l'entreprise.** Un constat d'incompatibilité s'impose. Tout d'abord, les prévisions du disposant et des acceptants ne seront pas toujours conformes à la réalité future des situations juridiques dont dépend la libéralité substitutive et la stratégie de reprise mise en place ne pourra alors aboutir (A). Ensuite, les charges qu'elles occasionnent seront parfois bien trop lourdes, de sorte que la stabilité du résultat recherché (acquisition de la propriété par le repreneur), ne semble pas infaillible. L'acte d'anticipation pourra alors être anéanti, ou du moins réduit dans sa portée (B).

#### **A – L'aléa dans la réalisation des conditions, source d'inexécution**

**164. Les conditions, facteur d'insécurité.** Le temps passe, s'écoule, pour ne jamais s'arrêter. Sur l'échelle chronologique se succède une multitude de faits et d'actes juridiques ; ils s'enchaînent les uns après les autres. La technique anticipatoire doit alors se positionner sur cette chronologie pour en aménager certains et en éviter d'autres. Lorsque la technique ne permet pas d'assurer la réalisation des événements telle qu'elle était prévue, on en déduit qu'elle est insécure. C'est ce que nous constatons ici au travers de la survenance aléatoire des conditions de réalisation des libéralités substitutives.

Ayant pour repère chronologique le futur décès d'une personne physique, les libéralités substitutives se découpent ainsi en plusieurs temps de vie, rythmés par la fréquence des décès. Leur temporalité intrinsèque se reflète par le mécanisme conditionnel qui leur est inhérent. La condition, « institution, destinée à permettre la réalisation d'opérations juridiques malgré un environnement incertain »<sup>475</sup>, est très clairement un facteur « d'incertitudes qui affectent les rapports de droit »<sup>476</sup>. Les libéralités résiduelles ou graduelles ont un caractère doublement conditionnel<sup>477</sup>.

---

<sup>475</sup> Philippe DEROUIN, « Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition », *RTD civ.* 1978, p. 1, §3.

<sup>476</sup> Philippe DEROUIN, « Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition », *op. cit.*, p. 1, §1. V. n.b.p. n° 476.

<sup>477</sup> Cf. sur ce point : Guillaume HUBLLOT, « Réforme des successions : Libéralités résiduelles, graduelles : impacts civils et fiscaux », *JCP N* 2006, n° 36, p. 1555, 1280, § 11 ; Com., 21 oct. 1969, *JCP G* 1970, II, 16518, note Maurice COZIAN ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 nov. 1971, pourvoi n° 70-11907, *Bull. civ.* 1971 I, n° 292, p. 250.

**165. La condition suspensive de la survie du second gratifié au premier.** La première condition tient à l'ordre des décès. Pour que l'acte d'anticipation soit pleinement effectif, encore faut-il que l'appelé survive au gratifié ; « l'appelé est propriétaire du bien faisant l'objet de la substitution fidéicommissaire sous condition suspensive du prédécès du grevé, ce dernier étant propriétaire sous la condition résolutoire du même évènement. »<sup>478</sup> Le législateur lui-même en convient<sup>479</sup> lors de l'élaboration de la loi du 23 juin 2006<sup>480</sup> et la doctrine le confirme. Monsieur NICOD précise à cet égard que « l'article 1056 du Code civil envisage la caducité des libéralités graduelles et résiduelles. En cas de renonciation ou de prédécès de l'appelé, il pose pour principe que « *les biens ou les droits qui en ont fait l'objet* » « *dépendent de la succession du grevé* » »<sup>481</sup>.

Ainsi, pour que l'acte d'anticipation soit effectif, encore faut-il que les événements se déroulent après la mort du *de cuius*, dans l'ordre où il les avait envisagés. En effet, « la libéralité graduelle ne peut avoir d'effet que si les décès ont lieu selon les prévisions du disposant »<sup>482</sup>. Pour que l'acte d'anticipation soit effectif et efficace, encore faut-il que les prévisions du disposant deviennent des prémonitions. *A contrario*, la seconde opération de transmission ne pourra être réalisée, faute de repreneur. Est ici mise en évidence la faille de la technique. Les événements la subordonnant ne pouvant être placés avec certitude sur l'échelle du temps, une chronologie différente de ceux-ci ruinera l'acte d'anticipation. Le repreneur premier deviendra le repreneur définitif, et le second repreneur désigné ne le sera jamais.

À côté de cette condition suspensive, une condition résolutoire renforce notre position quant à l'inopportunité de transmettre l'entreprise *via* une telle technique.

---

<sup>478</sup> Philippe DEROUIN, *op. cit.*, p. 1, §26. Monsieur DEROUIN tient ce discours à propos des anciennes substitutions fidéicommissaires permises mais il peut être transposé aux nouvelles libéralités substitutives.

<sup>479</sup> « L'abandon en jouissance semble seul possible car la libéralité graduelle fait l'objet, pour le second gratifié, d'une double condition suspensive du décès du premier gratifié et résolutoire de son propre prédécès. » *In* Rapport n° 343 Tome I de M. Henri DE RICHEMONT fait au nom de la commission des lois, déposé le 10 mai 2006 - Documents préparatoires à la loi portant réforme des successions et libéralités, commentaire sous l'article 1050 de la réforme.

<sup>480</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités.

<sup>481</sup> M. NICOD, « Le réveil des libéralités substitutives : les libéralités graduelles et résiduelles du Code civil. – A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. Famille 2006*, n° 45, p. 14, §13.

<sup>482</sup> Marie-Cécile FORGEARD, Richard CRÔNE et Bertrand GELOT, *Le nouveau droit des successions et des libéralités*, Préface de Philippe MALAURIE, Defrénois, 2007, p. 190, § 330.

**166. La condition résolutoire de la disparition du bien.** Cette condition résolutoire tient en la disparition du bien, antérieurement à la seconde transmission. En particulier, « il apparaît que la situation du second bénéficiaire peut être aisément compromise par l'action du premier »<sup>483</sup>. La disparition fortuite du bien entraînera le jeu de la condition résolutoire de la seconde transmission : que l'entreprise ou que tout autre bien brûle et l'objet de la libéralité aura disparu. Cependant ce risque de disparition est accentué dans les libéralités résiduelles, car si le grevé d'une libéralité graduelle est contraint à la conservation du bien aux fins de transmission, le grevé d'une libéralité résiduelle en conserve la libre disposition. Qu'il vende ou qu'il donne ce bien, et la seconde transmission ne pourra plus, là encore, être opérée.

Plus que lié à la spécificité de l'entreprise, il semble que ce soit l'anticipation en elle-même qui ne soit pas sécurisée dans les libéralités substitutives. Précisément quant à l'entreprise, les actions en rapport et en réduction pouvant être initiées par le poids des charges qu'elles comportent, viendront elles-aussi fragiliser la situation juridique de l'entreprise ou celle de son repreneur.

## **B – Le poids des charges, source d'anéantissement**

**167. Les charges, facteurs de remise en cause de la transmission anticipée.** Les libéralités substitutives ont cette particularité qu'elles sont assorties de charges pour le premier des gratifiés<sup>484</sup>. En effet, le cœur de l'institution est de lier l'avenir. Or, l'un des principes jurisprudentiels<sup>485</sup> attaché à la réserve, consacré par la loi de 2006<sup>486</sup> à l'article 912 du Code civil est que la réserve héréditaire doit être libre de toute charge ; et ces libéralités substitutives instaurent précisément deux sortes de charge : l'obligation de transmettre, commune aux libéralités graduelles et résiduelles, et l'obligation de conservation en nature spécifique aux premières.

Si la libéralité substitutive porte sur une entreprise, souvent le bien de plus grande valeur dans le patrimoine du prédécesseur, le premier repreneur verra alors la charge atteindre sa part de réserve en partie ou en totalité : il sera privé d'en disposer, et ne pourra transmettre l'entreprise qu'à l'appelé désigné par le donateur. Cependant l'article 1054 du Code civil précise que « la charge ne peut être imposée que sur la quotité disponible » ; il en ressort que

---

<sup>483</sup> M. NICOD, *op. cit.*, p. 14, §19.

<sup>484</sup> Obligation de transmission et/ou de conservation. Voir §2.

<sup>485</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 févr. 1977, *Bull. civ. 1977 I*, n°100.

<sup>486</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités.

le premier gratifié pourra demander le cantonnement de la libéralité pour retrouver la libre disposition de sa part de réserve, et ainsi réaliser le risque de d'anéantissement de l'opération de transmission anticipée.

**168. Le risque de l'action en cantonnement de la libéralité.** Le paradoxe de l'anticipation dans les libéralités substitutives est qu'il est impossible d'anticiper une éventuelle action en cantonnement. En effet, la constatation « que la charge pèse sur la part de réserve héréditaire du gratifié, n'aura lieu qu'*a posteriori*, au décès du disposant et après imputation des libéralités »<sup>487</sup> ; est ici mise en exergue l'impossibilité d'anticiper l'atteinte portée à la réserve, et par là-même la prévisibilité d'une éventuelle action en cantonnement qui pourra être initiée par le grevé. Ce cantonnement de la libéralité graduelle « prend la forme d'un partage, [et] a pour résultat d'individualiser deux masses de biens distincts : ceux dépendant de la réserve, sur lesquels le premier gratifié retrouve les droits de disposition les plus absolus, et ceux dépendant de la quotité disponible du disposant qui demeurent grevés de la clause *de residuo* »<sup>488</sup>. Le raisonnement est le même pour une libéralité graduelle. Il faut alors pouvoir diviser le bien pour pouvoir procéder à ce cantonnement<sup>489</sup>. L'entreprise est-elle divisible ? Il convient précisément de diviser notre raisonnement, selon la forme juridique adoptée pour l'exploiter.

**169. La divisibilité des droits sociaux, pour une anticipation limitée.** Lorsque l'entreprise sera exploitée sous forme sociale, la question sera vite éludée. Les droits sociaux seront divisés en deux catégories : ceux équivalents à la quotité disponible revenant au second gratifié et ceux atteignant la réserve, revenant à la libre disposition du premier gratifié. Ainsi, « l'effet de la donation graduelle n'est pas totalement remis en cause mais seulement limité »<sup>490</sup>. On en conclut à une division du traitement de l'unité économique, notamment lorsque le disposant aura transmis l'intégralité des droits sociaux représentant l'entreprise sociétaire unipersonnelle au repreneur-grevé. Le pouvoir décisionnel du grevé pourra être de moindre portée, et la dilution des participations pourra être emportée par la vente de la fraction correspondant à la part de réserve. Cependant l'acte anticipatoire survivra dans une

---

<sup>487</sup> Jérôme LEPROVAUX, Maxime DELEROT et Vanessa MERCIER, « L'impact de la réserve héréditaire sur la réalisation des libéralités graduelles et résiduelles », *op. cit.*, p. 29. V. n.b.p. n° 467.

<sup>488</sup> Marceau CLERMON et Pierre CENAC, « Les libéralités graduelles et résiduelles », *JCP N 2006*, n° 38, 1304, p. 1671, §22.

<sup>489</sup> Cf. sur ce point : Jean-François SAGAUT, « Les donations graduelles et résiduelles », *op. cit.*, §11.

<sup>490</sup> Jérôme LEPROVAUX, Maxime DELEROT et Vanessa MERCIER, « L'impact de la réserve héréditaire sur la réalisation des libéralités graduelles et résiduelles », *op. cit.*, p. 30. V. n.b.p. n° 467.

certaine mesure. L'opération reste donc envisageable dans le cadre d'une donation substitutive de droits sociaux. Elle se révèle bien plus périlleuse lorsqu'elle concerne un fonds.

**170. L'indivisibilité de l'entreprise individuelle, pour une anticipation anéantie.**

Lorsque l'entreprise est exploitée sous la forme individuelle, comment la diviser ? Une ventilation des différents éléments composant le fonds est-elle envisageable ? En raisonnant sur le fonds de commerce, il semble difficile d'isoler le nom, l'enseigne, la clientèle et les livres comptables, qui devront rester indisponibles et revenir d'office à l'appelé (pour que la transmission de l'entreprise à son profit soit réalisable), des stocks et des marchandises qui resteraient à la disposition du premier donataire afin qu'il puisse gratifier ses propres descendants. L'hypothèse est saugrenue, inenvisageable même, car la préservation de l'unité économique qu'est l'entreprise serait compromise. La nature même du *bien* « entreprise » contrevient à cette prise de position. Quant à une possible division de l'entreprise individuelle à patrimoine affecté, le raisonnement est le même. La division de l'entreprise individuelle paraît irréalisable.

Il faut en conclure à l'impossibilité matérielle de procéder à quelque cantonnement que ce soit, et « lorsque le cantonnement est matériellement impossible à réaliser, notamment parce que la libéralité ne comprend qu'un seul bien, il faut alors admettre que la sanction la plus appropriée est la nullité de la clause *de residuo* »<sup>491</sup>. Ainsi la volonté du disposant sera-t-elle anéantie. « La mise en œuvre de la réserve héréditaire conduit à relativiser nettement le caractère substitutif des libéralités graduelles et résiduelles, privant ainsi d'effet la volonté du disposant »<sup>492</sup>. C'est alors l'acte d'anticipation qui sera partiellement anéanti : « la donation graduelle dégénère en donation simple. La volonté du disposant de transmettre en deux temps ne produit aucun effet »<sup>493</sup>.

L'acte anticipatoire comporte dans le cas de l'entreprise individuelle un effet contre-productif dans les libéralités substitutives. Il faut en conclure à leur inadaptation à la transmission anticipée des entreprises, sauf à relever la possibilité pour le gratifié de renoncer par anticipation à l'action en réduction.

---

<sup>491</sup> Marceau CLERMON et Pierre CENAC, *op. cit.*, p. 1671, §23.

<sup>492</sup> Jérôme LEPROVAUX, Maxime DELEROT et Vanessa MERCIER, *op. cit.*, p. 28.

<sup>493</sup> Jérôme LEPROVAUX, Maxime DELEROT et Vanessa MERCIER, *op. cit.*, p. 30.

**171. L'antidote : la renonciation anticipée du grevé.** Pour contourner cette contradiction entre ordre public successoral et volonté du disposant et accorder la primauté à la seconde, le premier gratifié peut toujours consentir à une renonciation anticipée à l'action en réduction quant à sa part de réserve, ayant pour objet le bien donné par libéralité graduelle. Il renoncerait ainsi par anticipation à l'action en cantonnement<sup>494</sup>. Cependant, le législateur, au cours des débats parlementaires, a entendu sécuriser le dispositif de ces atteintes portées à la réserve et protéger les descendants du premier gratifié, en ce qu'ils sont sensés recevoir la part de réserve de leur parent. Le Sénat a alors imposé l'introduction d'une disposition selon laquelle la libéralité reçue par le premier gratifié ne peut atteindre sa part de réserve qu'« à la condition qu'elle bénéficie de plein droit à ses enfants nés et à naître, sans exception ni préférence »<sup>495</sup>. L'attribution de l'entreprise (ou de tout autre bien indivisible, d'ailleurs) par libéralité graduelle dépassant la quotité disponible du disposant, ne sera réalisable qu'en gratifiant un héritier réservataire au premier degré et un héritier réservataire de celui-ci au second degré.

Il en résulte une limitation de la volonté du disposant quant au choix de ses repreneurs successifs, limitation contraire au mouvement de libéralisation de cette volonté que le législateur cherche à promouvoir. Si l'anticipation y est certaine, elle sera triplement conditionnée (si l'on y rajoute les conditions ci-dessus exposées), ce qui complexifie la mise en place du processus anticipatoire. Et au-delà de cette limitation de la volonté, l'absence de renonciation anticipée de la part du grevé-repreneur concourra à la préservation du risque relatif à l'action en cantonnement de la libéralité graduelle excessive.

Ainsi le manque de sécurité lié à l'anticipation par les libéralités substitutives indique de ne pas les utiliser aux fins de transmission de l'entreprise. L'absence d'avantages procurés par l'anticipation renforce cette position.

---

<sup>494</sup> Jean-Michel MATHIEU, « *Je renonce donc... je transmets* ». La renonciation comme mode d'optimisation de la transmission », *op. cit.*, p. 58. V. n.b.p. n° 97

<sup>495</sup> Cf. Rapport du Sénat n° 343 Tome I (2005-2006) de M. Henri DE RICHEMONT, fait au nom de la commission des lois, déposé le 10 mai 2006, sur le projet portant réforme des successions et libéralités, Examen de l'article 1054.

## **§II – Le caractère inopportun de l’anticipation**

**172. Les contraintes inhérentes aux obligations générées par les charges.** La flexibilité semble être un paramètre primordial des règles de gestion d’une entreprise, afin de l’adapter aux évolutions du contexte économique et social dans lequel elle évolue. Cette flexibilité dans la gestion permet aussi d’assurer la compétitivité de l’entreprise. Les libéralités substitutives procurent-elles assez de flexibilité pour que l’entreprise puisse être gérée sagement et sereinement ?

Dans l’esprit du législateur, les libéralités substitutives ont été réintégrées en droit positif dans le but de permettre le renouvellement de la solidarité familiale<sup>496</sup>. Afin de conserver les biens dans les familles, le législateur institue l’inaliénabilité du bien objet de la libéralité graduelle, conséquence de l’obligation de conservation en nature supportée par le grevé. Si, dans le cadre de la gestion d’un immeuble, cette inaliénabilité ne semble pas poser de problème particulier, qu’en est-il lorsque celle-ci aura pour objet une entreprise ? Il semble que la flexibilité si nécessaire à la bonne gestion de l’entreprise soit ici rattachée aux abonnés absents. La présentation de l’applicabilité des charges à l’entreprise permettra de démontrer qu’elles sont inadaptées à l’assurance d’une bonne gestion de celle-ci.

Les deux types de charges relevées contribuent à limiter cette flexibilité. L’obligation de transmission, variable selon la libéralité substitutive mise en œuvre, va limiter ou annuler les effets de l’acte anticipatoire quant à l’efficacité de la reprise de l’entreprise (A). L’obligation de conservation en nature, propre aux libéralités graduelles, s’y révèle par ailleurs difficilement transposable (B).

### **A – L’intérêt limité de l’anticipation au regard de l’obligation de transmission**

**173. L’obligation de transmission imposée au repreneur-grevé.** En usant des libéralités substitutives, le disposant se conduit en patriarce : « Il exerce sur ses biens une puissance

---

<sup>496</sup> Le législateur vise explicitement l’opportunité qu’elles présentent pour la protection d’un enfant incapable. Ainsi les a-t-il remises au goût du jour, pour les voir s’appliquer à un bien immobilier à usage d’habitation ou un portefeuille de valeurs mobilières générant des revenus au profit d’un enfant incapable. Cf. sur ce point : Rapport n° 343 Tome I de M. Henri DE RICHEMONT fait au nom de la commission des lois, déposé le 10 mai 2006, *Documents préparatoires à la loi portant réforme des successions et libéralités*, commentaire sous art. 1048 c.civ.

privée et se conduit comme une espèce de souverain à l'égard de sa parenté »<sup>497</sup>. Avec les substitutions fidéicommissaires et le legs *de residuo*, « les biens transmis de degré en degré (étaient) immobilisés au profit des générations futures »<sup>498</sup>. C'est la raison qui avait conduit à leur prohibition. Aujourd'hui réhabilitées, elles offrent un nouveau rayonnement au droit de propriété qui ouvre au futur *de cuius* « le droit de disposer de ses biens à sa guise, même à titre gratuit et pour après sa mort »<sup>499</sup>. C'est ainsi que l'utilisation des libéralités substitutives matérialise l'anticipation.

Il faut alors étudier les conséquences sur les pouvoirs de gestion du repreneur intermédiaire (le grevé), de cette obligation d'avoir à retransmettre l'entreprise au repreneur définitif (l'appelé). Au-delà des aspects relatifs à la gestion de l'entreprise qui seront mentionnés, l'anticipation s'en trouve fragilisée (1°) ou inadaptée (2°).

### 1°) La faiblesse de l'anticipation dans les libéralités résiduelles

**174. Le rôle supplétif de la volonté du disposant-prédécesseur.** En usant de la libéralité résiduelle, le disposant cherche à dicter sa conduite au repreneur intermédiaire, non à la lui imposer. La volonté du disposant se présente en réalité comme « une volonté supplétive » de celle du grevé.

**175. L'anticipation limitée au risque de vacance à la direction de l'entreprise.** Le législateur a décidé de faire primer la liberté et la volonté du disposant sur celle de son enfant, qui ne pourra alors disposer à son gré du bien transmis, mais uniquement par testament<sup>500</sup>. La place laissée à une volonté se fait au détriment d'une autre ; le grevé ne pourra pas choisir son repreneur à cause de mort, il lui sera imposé par son prédécesseur.

L'intérêt de la technique est alors perçu quant à la transmission de l'entreprise individuelle en nom propre ou à patrimoine affecté : en cas de mort accidentelle du repreneur intermédiaire, ou à défaut d'avoir organisé de son vivant la transmission de l'entreprise reprise, sa direction sera tout de même assurée. Le disposant évite, par là, une éventuelle vacance future dans la direction de son entreprise et la période d'indivision corrélative. Quant à l'entreprise

---

<sup>497</sup> Jean-Marie AUGUSTIN, « Construire le mythe de temps : Les substitutions fidéicommissaires et les majorats », *In Le temps et le droit, op.cit.*, p. 63. V. n.b.p. n° 471.

<sup>498</sup> Jean-Marie AUGUSTIN, *op. cit.*, p. 66.

<sup>499</sup> Michel GRIMALDI, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », *op. cit.*, §2. V. n.b.p. n° 467.

<sup>500</sup> Art. 1059 al. 1 c.civ.

sociétaire, là encore, son fonctionnement en sera tout autant préservé, puisqu'il y aura continuité dans la personne de l'associé. Cependant lorsque la volonté du repreneur-grevé sera différente de celle du disposant, il pourra désigner de son vivant le repreneur de son choix.

**176. L'anticipation détournée, en cas de volonté divergente du repreneur-grevé.** En effet, l'article 1058 alinéa 2 du Code civil informe de la possibilité pour le grevé d'une libéralité résiduelle de disposer du bien qu'il a reçu : « lorsque les biens, objets de la libéralité résiduelle, ont été aliénés par le premier gratifié, les droits du second bénéficiaire ne se reportent ni sur le produit de ces aliénations ni sur les nouveaux biens acquis ».

Cet article consacre le droit de propriété plein et entier du grevé. Il peut en disposer librement, du moins entre vifs ; seul le legs est ici écarté. Si l'article semble davantage se référer aux actes de disposition à titre onéreux en visant le « produit » de ceux-ci, l'utilisation du terme « aliénation » nous indique que ce premier gratifié pourrait aussi en disposer à titre gratuit. Le grevé n'a que l'obligation de transmettre les « biens subsistants » à son décès. Il peut ainsi librement vendre ou donner l'entreprise qu'il aura reçue par libéralité résiduelle. Il reviendra ainsi sans plus de complication sur la volonté du prédécesseur, ce qui traduit la faiblesse des dispositions de l'acte anticipatoire quant à la seconde transmission anticipée par le disposant. Cependant, en cas de décès brutal du premier gratifié, la libéralité résiduelle ayant pour objet une entreprise permet d'assurer le risque de vacance dans la gestion et la direction de l'entreprise transmise.

Si la technique semble plutôt avantageuse, il n'en est pas de même des libéralités graduelles.

## 2°) L'anticipation inadaptée de la gestion dans les libéralités graduelles

**177. La force de la volonté du disposant-prédécesseur.** L'obligation de transmission des libéralités graduelles édictée à l'article 1048 du Code civil, n'est pas à l'instar de celle des libéralités résiduelles, aussi simple à détourner. Elle emporte de fait une amputation certaine du droit de propriété dont est titulaire le repreneur-grevé. Moins qu'un propriétaire à part entière, il sera un conservateur du bien reçu et à retransmettre. Qu'en est-il de la conservation de l'entreprise et de la propriété du repreneur-grevé ?

**178. La propriété amputée du repreneur-grevé.** L'obligation de transmettre élude le droit de propriété du grevé et un de ses corollaires les plus absolus : le droit de disposer. En choisissant la libéralité graduelle, le prédécesseur impose au premier repreneur les obligations de conserver l'entreprise en nature dans son patrimoine et de la retransmettre au second

repreneur déjà désigné<sup>501</sup>. Cette obligation de conservation, combinée à l'obligation de transmission, prive le premier gratifié du droit de disposer de l'entreprise ou du bien objet de la libéralité graduelle, à titre gratuit comme à titre onéreux, entre vifs aussi bien qu'à cause de mort. Il l'érige donc en propriétaire tronqué puisque cette propriété ne sera définitivement acquise dans ses pleins effets qu'au second gratifié. Quels sont alors les effets de cette propriété de l'entreprise dont on ne peut disposer ?

Dans le projet CATALA, les auteurs soutiennent que « si la propriété du grevé s'intercale, en quelque sorte, entre celle du disposant et celle de l'appelé, elle n'en est pas moins une propriété entière »<sup>502</sup>. Cela s'avérerait vrai puisque les auteurs préconisaient une obligation de conservation en valeur<sup>503</sup>. L'actuelle obligation de conservation en nature ne permet pas ce même constat. Il en ressort que le grevé-repreneur ne pourra se défaire de l'entreprise au bénéfice d'une personne autre que l'appelé, à qui il pourra tout de même concéder la jouissance par avance<sup>504</sup>.

---

<sup>501</sup> Art. 1048 c.civ.

<sup>502</sup> Jean CARBONNIER, Pierre CATALA, Jean de SAINT-AFFRIQUE et Georges MORIN, *Des Libéralités – Une offre de loi*, Préface de Jean CARRBONNIER, Defrénois, 2003, p. 88, sous commentaire de l'article 1039-1 proposé du Code civil.

<sup>503</sup> Dans l'*offre de loi*, texte initiant la réforme des successions et libéralités, les auteurs avaient proposé une obligation de simple conservation en valeur, et non de conservation en nature, et pensaient ainsi que l'institution serait assouplie (Cf. Jean CARBONNIER, Pierre CATALA, Jean de SAINT-AFFRIQUE et Georges MORIN, *Des Libéralités – Une offre de loi*, Préface de Jean CARRBONNIER, Defrénois, 2003, ss. Art. 1028, se référant à l'obligation de conservation en valeur dans la libéralité graduelle). L'une comme l'autre permettent d'éviter le jeu de la dépréciation monétaire et l'insécurité qui aurait rejailli sur l'appelé ; mais la conservation en valeur permettait au grevé de conserver la liberté de disposer, garantissant la circulation des richesses. Cela contrevenait dans le même temps à la conservation des biens dans les familles.

Or, il est admis que dans le cadre de ces deux dernières hypothèses, la volonté du disposant était d'attribuer précisément les biens objets du rapport ou de la réduction au gratifié. Dans le cadre des libéralités graduelles, la conservation en valeur aurait produit l'effet inverse : la volonté du disposant est toujours celle de gratifier définitivement le second donataire d'un bien précis ; la conservation en valeur aurait alors abouti à une possibilité de détournement de cette volonté du disposant en permettant au grevé de la contrarier et de ne retransmettre à l'appelé que l'équivalent du bien et non le bien lui-même. Le maintien du principe de la conservation en nature permet ainsi de protéger la volonté du disposant dans les libéralités graduelles et, par là même, la conservation de l'entreprise ou de tout autre bien dans les familles. C'est d'ailleurs là la motivation du législateur qui avance aussi le droit au maintien du statut fiscal avantageux. (Cf. Rapport du Sénat n° 343 Tome I précité, Note sous Art. 1049 c.civ.).

<sup>504</sup> Art. 1050 al. 2 c.civ.

Lorsque la libéralité graduelle concernera un immeuble, l'application de la technique sera aisée puisque le bien forme un tout indivisible. En ce qui concerne l'entreprise, matérialisée par un ensemble de biens corporels et incorporels, un patrimoine ou des droits sociaux, les inaliénabilités qui en résulteront doivent être examinées. Il s'agit de se prononcer sur la portée de l'interdiction générale de disposer. Quant à l'entreprise sociétaire, l'interdiction se répercutera sur l'ensemble des droits sociaux donnés ; quant à l'entreprise individuelle, elle concernera l'ensemble des biens corporels et incorporels qui compose le fonds ou le patrimoine affecté donné. Bien entendu le principe ne paraît pouvoir s'appliquer aux stocks et marchandises qui ont vocation à circuler et à générer ainsi le chiffre d'affaires dans le cadre d'un commerce, sans quoi l'activité serait bloquée et l'intérêt de la libéralité graduelle inexistant. Mais quel sera le sort des autres éléments du fonds de commerce ? La réponse appelle l'analyse parallèle de l'obligation de conservation en nature qui sera menée ci-dessous<sup>505</sup> et qui impose le constat d'un rôle passif du repreneur intermédiaire et donc, contre-productif quant à la gestion de l'entreprise.

**179. Des pouvoirs de gestion limités dans l'entreprise individuelle.** Dans le cadre des libéralités graduelles, le repreneur-grevé (premier donataire) verra son rôle limité à celui de simple conservateur, préservant l'entreprise jusqu'à sa mort afin qu'elle puisse être dirigée dans les meilleures conditions qui soient par le second gratifié (repreneur définitif). En plus de

---

<sup>505</sup> Cf. §182.

se voir éventuellement imposer de rendre compte de sa gestion<sup>506</sup>, le premier repreneur ne peut se voir reconnaître une liberté totale quant à la gestion de l'entreprise individuelle. Qu'elle soit exploitée sous la forme classique ou sous forme de patrimoine affecté, il pourra engager tous les actes de gestion courante, tel un simple administrateur de biens. La théorie des universalités, de droit ou de fait, le permet. Quant aux actes de gestion exceptionnels, par exemple des prises de garanties au profit des créanciers de l'entreprise, il convient de déterminer s'il peut les passer.

Sur ce point, Monsieur GRIMALDI explique qu'au « décès du grevé, l'appelé est (...) fondé, le cas échéant, à revendiquer les biens contre des tiers acquéreurs ou adjudicataires, et il les recueille libres de toutes charges, notamment de toute hypothèque qu'aurait pu consentir le grevé »<sup>507</sup>. Il faut donc comprendre que le repreneur intermédiaire (le grevé) pourra tout à fait constituer une garantie sur les biens grevés, mais que les créanciers ne sauraient la réaliser une fois la propriété acquise au repreneur définitif (l'appelé). Les garanties consenties par le repreneur intermédiaire (le grevé) n'auraient alors qu'un intérêt bien limité pour les créanciers

---

<sup>506</sup> Libre au disposant de le lui imposer, conformément à l'article 1052 du Code civil. Si le grevé n'a pas à rendre compte de sa gestion dans le cadre d'une libéralité résiduelle (art. 1060 c.civ.), il n'y est pas non plus soumis par le législateur dans le cadre d'une libéralité graduelle. Ce désengagement du législateur au profit du disposant lui laisse toute latitude puisqu'il appartient à ce dernier « de prescrire des garanties et des sûretés pour la bonne exécution de la charge » (art. 1052 c.civ.). Aussi pourrait-il procéder à la publication de la libéralité graduelle portant sur le bien qui en est l'objet, dans un journal d'annonce légale, puisqu'une telle formalité n'est prescrite que pour les biens immobiliers (art. 1049 al. 3 c.civ.). Cette publicité rendrait opposable la libéralité aux créanciers du grevé ainsi qu'au tiers-acquéreurs ayant contracté avec le grevé de mauvaise foi. Il assurerait en outre la gratification de l'appelé en ordonnant un inventaire et une évaluation des biens comme le prévoyait le Code civil (art. 1058 c.civ.) dans le cadre du legs universel. Il protégerait encore les droits du second bénéficiaire, en aménageant, dans le cadre d'une entreprise, le contrôle de la gestion du premier gratifié par un droit de regard sur les comptes au profit du second ou d'un tiers-expert (pour une meilleure cohésion familiale), et en prévoyant de confier l'administration anticipée de l'entreprise au second donataire ou à un tiers mandataire en cas de désordre ou de risque de dépréciation dû à une mauvaise gestion par le grevé.

Au demeurant, si le disposant décide de faire transiter l'entreprise par son enfant avant de l'attribuer à l'un de ses petits-enfants, c'est qu'il a confiance en ce premier pour en mener à bien la direction. Il pourrait sinon opter pour une autre technique de transmission, telle que la fiducie-gestion analysée ci-après. *A contrario*, si confiance absolue il y avait, le disposant n'aurait eu qu'à opter pour une libéralité résiduelle bien plus souple. À chaque chef d'entreprise d'évaluer alors la confiance qu'il doit avoir en son repreneur intermédiaire, mais de garder à l'esprit qu'il n'y a que lui qui soit habilité à prescrire les mesures qu'il jugera nécessaire, et d'être conscient que le législateur n'a pas souhaité s'exprimer sur ce point.

<sup>507</sup> Michel GRIMALDI, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », *op. cit.*, §6. V. n.b.p. n° 467.

et ce, d'autant que le grevé pourra à tout moment renoncer au bien dont il est gratifié au profit de l'appelé<sup>508</sup>.

Cependant, l'analyse doit être poursuivie quant à l'efficacité des garanties : est-ce à dire que si la garantie constituée sur un fonds ou sur un patrimoine affecté ne saurait être indéfectiblement réalisable, celles constituées sur les biens composant le fonds ou le patrimoine le seraient ? Une réponse négative semble s'imposer. Les prises de garanties ressortent des actes de disposition<sup>509</sup> ; c'est précisément ce genre d'acte qui est interdit au repreneur-grevé, le but étant que le repreneur définitif reçoive l'entreprise, soit les biens qui la composent libres de tout engagement. Il apparaît alors que ce genre d'engagements ne puisse être opposé au repreneur définitif. Il en ressort que le repreneur intermédiaire pourrait tout à fait constituer une garantie sur les biens composant le patrimoine affecté ou le fonds, support de l'activité de l'entreprise, mais ces garanties ne sauraient jouer que le temps de sa propriété. En effet, lorsque le créancier souhaitera réaliser sa garantie postérieurement à l'entrée en possession du second repreneur, celui-ci pourra lui opposer l'indisponibilité du bien provoquée par l'inaliénabilité imposée par le disposant au premier gratifié. C'est ici l'inaliénabilité imposée par le disposant au grevé dans le cadre de la libéralité graduelle, qui rend précisément ce bien indisponible, comme le précise l'article 900-1 du Code civil. Le créancier ne saurait alors réaliser sa sûreté. Au jour de la reprise par le repreneur définitif (l'appelé), les créanciers ne pourront lui opposer les garanties contractées par l'ancien entrepreneur-grevé. Faiblesse de la garantie ou inadaptation des libéralités substitutives aux reprises d'entreprises individuelles, l'on en conclut indubitablement que ce genre de garanties ne saurait satisfaire un créancier.

Le droit de propriété du repreneur-grevé s'en trouve « doublement » limité. « D'une part, et en fait, les tiers refuseront de traiter avec lui dans la crainte que leurs droits ne soient anéantis par l'ouverture des droits de l'appelé. D'autre part, et en droit, ses prérogatives peuvent se trouver limitées par des mesures que le disposant a prises dans l'intérêt de l'appelé ou que le juge permet à ceux-ci de provoquer »<sup>510</sup>. Les limites aux pouvoirs de gestion du repreneur intermédiaire, limites instaurées par le cadre législatif des libéralités graduelles sont évidentes.

---

<sup>508</sup> Cf. Art. 1050 al. 2 c.civ.

<sup>509</sup> Voir sur ce point : Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Séverine CABRILLAC et Philippe PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9<sup>ème</sup> éd., Litec, 2010, p. 556, § 743 quant au gage notamment et p. 690, § 917 quant à l'hypothèque, pour illustration.

<sup>510</sup> Michel GRIMALDI, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », *op. cit.*, §5. V. n.b.p. n° 467.

Le repreneur-grevé aura des difficultés à obtenir un prêt, sauf à proposer en garantie un bien personnel. À défaut d'une telle possibilité, le repreneur intermédiaire verra ses possibilités de contracter limitées, par l'inopposabilité future de ses prises de garanties envers les créanciers professionnels. Le crédit de l'entreprise serait alors forcément atteint ; il en ressort, sur ce point du moins, que les libéralités graduelles sont totalement inadaptées au milieu des affaires. La gestion sera donc moins aisée que celle d'un repreneur libre de toute charge successorale. En effet, comment pourrait-il trouver des fonds, afin de développer l'entreprise, si une hypothèque ne peut être prise sur l'immeuble affecté à l'exploitation de son activité ? La question reste en suspens et suppose avant de conclure aux contraintes imposées par l'obligation de transmission qu'il faut envisager l'application de l'institution à la transmission des droits sociaux.

**180. Une gêne variable pour le donataire de droits sociaux.** La gestion des droits sociaux n'entraîne pas la gestion de l'entreprise sociétaire. Les pouvoirs de gestion de l'associé ne peuvent ainsi être comparés à ceux de l'entrepreneur individuel. En effet, l'associé ne détient pas le pouvoir de gérer l'entreprise sociétaire. Aussi la flexibilité limitée ne rejaillira pas sur l'entreprise directement. Sa gestion n'en sera pas perturbée, celle-ci étant toujours confiée aux dirigeants désignés par les organes sociaux ou les statuts. Ceci nous amène à conclure à une meilleure adéquation de la technique aux transmissions anticipées de droits sociaux.

Cependant, il peut arriver que des garanties soient prises directement sur les titres. Ce sera notamment le cas dans les sociétés unipersonnelles dans lesquelles l'associé unique en est aussi le gérant. La prise de garantie sur les droits sociaux permet à l'associé unique-gérant d'obtenir les mêmes avantages que l'entrepreneur individuel mettant en gage tel ou tel bien composant son fonds ; elle sera cependant ici tout aussi inefficace que ne l'est une prise de garantie sur le fonds. Alors, bien que l'hypothèse ne soit pas des plus fréquentes, il faut revenir sur le constat précédent<sup>511</sup> puisque, parfois, la libéralité graduelle entravera la bonne gestion de l'entreprise sociétaire.

**181. La paralysie de l'entreprise engendrée par l'obligation de transmission.** L'obligation de transmission imposée dans les libéralités graduelles préjudicie donc à la bonne gestion de l'entreprise et par ricochet à sa pérennité. Le manque de flexibilité de cette technique est susceptible d'inciter le repreneur à l'inaction. Or « l'entreprise ne peut supporter

---

<sup>511</sup> En analysant l'action en cantonnement des libéralités, la divisibilité des droits sociaux avait amené à conclure à la possible application de la technique substitutive à la transmission anticipée des droits sociaux. Cf. §163s.

l'inaction »<sup>512</sup>. La technique nous semble ainsi inadaptée au milieu de l'entreprise. Enfin, il ressort dispositif que le disposant n'attribue réellement sa confiance qu'au second gratifié seul attributaire de la propriété assortie de tous ses effets. Bien que d'une redoutable efficacité quant à l'objectif de conservation de l'entreprise dans la famille, la technique ne saurait engendrer une anticipation satisfaisante. L'obligation de conservation, elle-aussi imposée à ce repreneur intermédiaire, va dans le même sens.

## **B – L'incertaine anticipation engendrée par l'obligation de conservation en nature**

**182. La rigidité de l'obligation de conservation en nature.** Après avoir hésité à imposer une obligation de conservation en nature, le législateur a finalement opté pour une obligation de conservation en valeur mise à la charge du grevé d'une libéralité graduelle. L'article 1048 du Code civil l'institue. CATALA relevait alors que « ce choix néfaste du législateur risqu(a)it de tuer dans l'œuf l'avenir des libéralités graduelles, car la conservation en nature est, de nos jours, un anachronisme absolu qui paralyse la vie des patrimoines, fussent-ils immobiliers »<sup>513</sup>. Bien que pensée pour les *biens statiques*, tels justement les immeubles, le législateur s'est rendu compte de la difficulté à appliquer une telle mesure aux *biens dynamiques*, sans pour autant les exclure du champ d'application de ces libéralités. Il vise seulement, spécifiquement, les portefeuilles de valeurs mobilières, pour lesquels il institue une règle dérogoire ayant pour objectif d'en faciliter la gestion : la subrogation.

Il n'en reste pas moins qu'un ensemble de droits sociaux n'est pas un portefeuille de valeurs mobilières ; alors si la comparaison peut être menée, comment appliquer concrètement une obligation de conservation en nature à des droits sociaux ? (1°). Ensuite, si le législateur ne vise que l'universalité de fait qu'est le portefeuille de valeurs mobilières quant au jeu du mécanisme de la subrogation réelle, il faut en conclure que ce mécanisme n'a pas à jouer pour les autres universalités que sont les fonds et les patrimoines affectés. Il convient alors de préciser ce qu'induit l'obligation de les conserver en nature quant à la gestion de l'entreprise (2°).

---

<sup>512</sup> Joël MONNET, « La continuation de l'entreprise par un héritier », *op. cit.*, p. 75. V. n.b.p. n° 167.

<sup>513</sup> Pierre CATALA, « La loi du 23 juin 2006, et les colonnes du temple », *Dr. Famille nov. 2006*, n° 43, §10.

## 1°) La substance de l'obligation de « conservation des droits sociaux » : le retour à un régime complexe

### **183. L'obligation assouplie quant à la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières.**

Il est possible de raisonner par analogie pour rapprocher le régime juridique des valeurs mobilières de celui des droits sociaux. Bien entendu, valeurs mobilières et droits sociaux ne sauraient être assimilés. Si la transmission d'un portefeuille de valeurs mobilières emporte transfert d'un élément patrimonial ayant vocation à seulement produire des revenus au bénéfice de son détenteur, la transmission de droits sociaux participe de la transmission de l'entreprise. Le législateur n'a ici visé que la première hypothèse, il n'en reste pas moins qu'il impose un traitement différencié aux divers titres pouvant représenter une société. Il permet par là une transmission différenciée de l'entreprise représentée par des valeurs mobilières, dont elles seules seraient réunies au sein d'un portefeuille. De plus, pour analyser la transmission d'un portefeuille de valeurs mobilières en une transmission d'entreprise, encore faut-il que ce portefeuille de valeurs mobilières regroupe un nombre d'actions représentant une part significative du capital social de la société en question, voire que sa transmission corresponde à une cession de contrôle. Est ainsi considérablement réduit le nombre de transmissions d'entreprises pouvant être opérées en pratique par transfert d'un portefeuille de valeurs mobilières. Si c'est le cas, l'article 1049 alinéa 2 du Code civil précise que lorsque la libéralité graduelle « porte sur des valeurs mobilières, la libéralité produit également son effet, en cas d'aliénation, sur les valeurs mobilières qui y sont subrogées ». Est ainsi consacré le principe de subrogation dans la gestion de l'universalité de fait qu'est le portefeuille de valeurs mobilières, nature consacrée par l'arrêt *Baylet*<sup>514</sup> de la Cour de cassation.

---

<sup>514</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov. 1998, pourvoi n° 96-18.041, *Bull. civ. 1998 I*, p. 217, n° 315. V. : Laurent AYNÈS, Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov. 1998, pourvoi n° 96-18.041, *D. 1999*, n° 12, p. 167 ; Dominique FIORINA, « Les pouvoirs et les obligations de l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov. 1998, pourvoi n° 96-18.041, *D. 1999*, n° 40, p. 633 ; Henri HOVASSE, « Pouvoirs de l'usufruitier sur le portefeuille de valeurs mobilières » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov. 1998, pourvoi n° 96-18.041, *JCP N 1999*, n° 7, p. 351 ; Frédéric-Jérôme PANSIER, Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov. 1998, pourvoi n° 96-18.041, *Gaz. Pal. 2000*, n° 58, p. 25 ; Sylvie ROUXEL, Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov. 1998, pourvoi n° 96-18.041, *JCP E 1999*, n° 9, p. 426. V. aussi : Hervé LÉCUYER, « Usufruit et portefeuille de valeurs mobilières », *Dr. et Patr. 2005*, n° 137, p. 57 ; Rémy LIBCHABER, « Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens ? », *Defrénois 1997*, I, 36464, p.65 ; Stéphanie ARNAUD, *L'usufruit des valeurs mobilières : variations sur les notions de propriété et d'associé*, th. Nice, dactyl., 2002 ; Carole FARGIER-BÉDARD, *L'usufruit des valeurs mobilières*, th. Paris 1, PU du Septentrion,

Le Sénat avait proposé cet amendement promouvant le mécanisme de la subrogation ; il justifiait que si la libéralité substitutive « devait être interprétée comme portant non pas sur le portefeuille mais sur les titres eux-mêmes, l'obligation de conserver le bien en nature pour que la libéralité produise son effet aurait pour conséquence d'empêcher toute gestion du portefeuille »<sup>515</sup>. Cette reconnaissance par le législateur de la nature d'universalité de fait du portefeuille de valeurs mobilières et du principe de subrogation le gouvernant permet d'en faciliter la gestion puisque le portefeuille est analysé comme une enveloppe dont les éléments sont interchangeable et aliénables<sup>516</sup>. La doctrine a d'ailleurs précisé qu'il ne fallait pas analyser l'aliénation des valeurs mobilières comprises dans le portefeuille comme un acte de disposition, mais un acte d'administration en facilitant la gestion<sup>517</sup>. Les mouvements internes ne sont donc que des actes d'administration<sup>518</sup>. L'interdiction d'aliéner induite par les libéralités graduelles n'a trait qu'au contenant et non aux éléments qui y sont contenus. Pour préserver la substance de ce portefeuille et éviter qu'il en soit vidé, la libéralité graduelle portera sur les valeurs mobilières subrogées à celles aliénées. Cette théorie de l'universalité de fait, combinée à une libéralité graduelle permet de conserver le portefeuille représentant une entreprise, dans la famille, tout en en permettant une saine gestion et la transmission sur trois générations (celle du disposant, celle du premier donataire, et celle du second). Cependant cette facilité de gestion se révèle peu utile lorsque le repreneur-grevé exploitera l'entreprise en ayant une fonction de direction. En effet, si l'entreprise est conçue comme un outil de travail, il est peu vraisemblable que le donataire souhaite se défaire d'une partie de ses titres pour en acquérir d'autres. Cette précision apportée, il faut maintenant tenter d'analyser ce qu'est l'obligation de conserver des droits sociaux.

---

2002 ; Anne RABREAU, *L'usufruit de droits sociaux*, Bibliothèque du droit de l'entreprise, th. Poitiers, Litec, 2006.

<sup>515</sup> Rapport du Sénat n° 343 Tome I (2005-2006) de M. Henri DE RICHEMONT, fait au nom de la commission des lois, déposé le 10 mai 2006, sur le projet portant réforme des successions et libéralités, Examen de l'article 1049.

<sup>516</sup> Pour une analyse de la portée de la fonction d'enveloppe d'une universalité de fait, Cf. Aude DENIZOT, *L'universalité de fait*, LGDJ 2008, §262s, p. 178.

<sup>517</sup> M. STORCK, « Le portefeuille de valeurs mobilières et le régime de la communauté réduite aux acquêts », *Mélanges AEDBF-France, t.III*, Banque éditeur, 2001, p. 329 : « si elle [l'aliénation] intervient dans le cadre d'un portefeuille de valeurs mobilières, cette aliénation devient un acte courant, un acte d'administration correspondant à un arbitrage opéré dans la gestion de cet ensemble ».

<sup>518</sup> S. PIÉDELIÈVRE, *Universalité et gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières*, Droit et Patrimoine, Mai 2000, p. 96 : « à partir du moment où l'idée d'universalité est retenue, on se trouve en présence d'actes de gestion et non plus d'actes de disposition ».

**184. La difficile transposition de l'obligation aux droits sociaux.** Lorsque l'entreprise est exploitée sous forme sociale, le grevé devra conserver l'intégralité des droits sociaux qu'il aura reçus. En effet, l'obligation de conservation entraînant l'inaliénabilité des biens qui en sont l'objet frappera individuellement chacune des parts sociales ou des actions que le disposant aura transmises au repreneur-grevé. Cependant comme suggéré ci-avant<sup>519</sup>, la conservation en nature des droits sociaux ne peut se limiter à la seule conservation en nature du nombre des droits sociaux reçus. Il faut encore que leur valeur soit, elle aussi, conservée ; il faut, comme précisé antérieurement<sup>520</sup>, se référer à *l'état du patrimoine social*.

La technique présente un aspect paradoxal puisque pour respecter cette obligation de conservation en nature, le grevé devrait conserver la valeur des droits sociaux ; mais les textes précisent aussi que si la chose périt, le repreneur-grevé ne sera pas tenu de transmettre le bien. Ainsi, à la seule lecture des textes, le grevé pourrait gérer en toute impunité l'entreprise recueillie sans être inquiété d'une quelconque responsabilité même s'il entraînerait la perte totale de sa substance. Puisque la substance peut naturellement s'amenuiser pour disparaître, en qualifiant la perte de valeur de l'entreprise de perte de substance, le repreneur-grevé échappera à ses obligations de conservation et de transmission. Le but n'est pas ici de diaboliser les repreneurs, mais simplement de mettre en lumière le paradoxe qu'impliquerait l'application d'une libéralité graduelle à une entreprise exploitée sous forme sociale. Restera alors au disposant la possibilité d'imposer au gratifié, outre la conservation du nombre de droits sociaux transmis, la conservation du patrimoine social correspondant.

Pour écarter ce paradoxe, il convient d'estimer que la conservation des droits sociaux induit une conservation du patrimoine social. Il faut une fois de plus se reporter aux règles régissant rapport et réduction ci-dessus analysées, pour en conclure que la technique est parfaitement inadaptée à la transmission de l'entreprise et à sa transmission anticipée.

Reste à discuter de la notion de conservation des fonds et des patrimoines affectés.

## 2°) La substance ignorée de l'obligation de conservation en nature des fonds et des patrimoines affectés

**185. L'incertitude relative à l'objet de l'obligation de conserver en nature le fonds.** Le législateur a fait preuve du silence le plus absolu quant à l'application aux fonds de la

---

<sup>519</sup> Cf. §92s.

<sup>520</sup> Cf. §96.

technique des libéralités substitutives. Bien que n'en interdisant pas l'applicabilité, il n'indique en rien ce que serait l'obligation de conserver un fonds, qu'il soit de commerce, artisanal, agricole ou libéral. Lorsqu'il s'agira de l'exploitation en nom d'un fonds de commerce, universalité de fait, seront en présence divers biens corporels et incorporels constitutifs de cette entreprise. Cependant le législateur ne la visant pas expressément, il convient de penser que l'universalité en elle-même ne pourra être regardée.

Devra-t-on considérer que la libéralité porte sur l'universalité de fait que constitue le fonds et raisonner par analogie à ce qui est consacré pour le portefeuille de valeurs mobilières ? Ou, au contraire, considérer que dans le silence de la loi, l'obligation de conservation en nature ne portera pas sur le fonds lui-même mais sur les éléments qui le composent ?

Dans un premier temps, le silence du législateur tend à faire penser qu'il ne faudrait pas appliquer la subrogation autorisée pour le portefeuille de valeurs mobilières à un fonds de commerce. De plus, si le portefeuille, comme le fonds, sont des universalités de fait, leur contenu est totalement différent. Un portefeuille n'est composé que de biens mobiliers incorporels<sup>521</sup>, alors qu'un fonds de commerce est un ensemble de biens mobiliers corporels et incorporels. La subrogation dans le portefeuille de valeurs mobilières paraît justifiée, car portant sur des biens de même nature. Mais cela suffit-il à exclure la théorie de l'universalité quant au fonds dans le cadre d'une libéralité graduelle ? La conséquence serait bien sûr lourde, l'obligation de conservation ne viserait plus dès lors l'enveloppe (le fonds), mais chacun des éléments qui la composent, ainsi assortis individuellement d'une inaliénabilité. Il paraît impossible d'appliquer cette obligation de conservation, qui sous-entend l'interdiction d'aliéner, sur l'ensemble des éléments du fonds de commerce, comme par exemple sur les marchandises ou sur les stocks, qui ont justement vocation à circuler et à générer le chiffre d'affaires. L'on pense alors à ventiler l'obligation de conservation : conserver l'obligation de conservation en nature sur les autres biens composant le fonds et transformer celle-ci en obligation de conservation en valeur en ce qui concerne les marchandises et les stocks. Cette ventilation paraît dénuée de bon sens et surtout de fondement légal. En effet, que devra

---

<sup>521</sup> Il faut tout de même préciser, par souci d'exhaustivité, que les valeurs mobilières ont été considérées comme un bien corporel selon la théorie de la scripturalisation défendue par le Professeur Martin. Cf. D.R. MARTIN, *La théorie de la scripturalisation*, D. 2004, chr. 1702. « L'idée est que la valeur mobilière n'existe que par l'écriture qui la constate, écriture, qui, étant indissociable de son support, ne peut être que matérielle. » Cf. Aude DENIZOT, *L'universalité de fait*, op. cit., §136 in fine.V. n.b.p. n° 516.

ensuite faire le repreneur-grevé face au matériel devant être renouvelé ? Il paraît donc plus judicieux de retenir la théorie de l'universalité.

**186. De la logique à appliquer l'obligation à l'universalité.** Si l'obligation de conservation porte sur l'enveloppe que constitue le fonds, le repreneur-grevé n'aura à conserver que le fonds lui-même et non les différents éléments le composant. Il pourra ainsi en modifier sa substance pour le rendre dans le meilleur *état* possible à l'appelé. Comment alors conserver le fonds – universalité de fait ?

En analysant de plus près cette obligation de conservation, elle n'est en fait que le corollaire de l'obligation de donner imposée par le disposant au grevé, au profit de l'appelé. Or en droit français, l'obligation de donner ne peut avoir un corps certain, d'où l'accessoire qu'est cette obligation de conserver, s'analysant en une obligation de faire. Cette obligation de conserver « a pour objet de faire en sorte que la chose soit remise en bon état »<sup>522</sup>, ici au second donataire. L'entreprise devra donc être remise en bon état à l'appelé. Il se peut bien sûr qu'elle ait été détériorée, voire qu'elle ait péri, mais si cela provient d'un fait extérieur au conservateur, cette détérioration ne saurait lui être reprochée. Il ne s'agit là que d'une obligation de moyen, comme le précise l'alinéa 2 de l'article 1137 du Code civil. Cette obligation de moyen induite par la libéralité graduelle est de plus affirmée à demi-mot dans l'article 1049 du même code, qui précise que « la libéralité ainsi consentie ne peut produire son effet que sur des biens ou des droits identifiables à la date de la transmission et subsistants en nature au décès du grevé ». Il ne faut donc pas y voir une possibilité pour le grevé de transformer la libéralité graduelle en libéralité résiduelle, par le biais d'une obligation de conservation qui ne serait que facultative, mais comme une obligation de moyen, laissant toute latitude à l'aléa qui risque de vider la libéralité de sa substance. Bien entendu, la faute ou la mauvaise foi<sup>523</sup> du grevé seront retenues lorsqu'il n'aura pas satisfait à cette obligation de moyen. Aussi, le premier donataire devra-t-il faire preuve de prudence et de vigilance pour remettre l'entreprise au second dans le meilleur *état* possible. Il ne saurait en revanche être tenu pour responsable et redevable, à l'égard de l'appelé, de faits qui lui sont extérieurs. Ceci

---

<sup>522</sup> Christian LARROUMET, *Droit civil – Les obligations – Le contrat*, Tome III, 5<sup>ème</sup> édition, Economica, 2003, §59, sur les obligations de conserver.

<sup>523</sup> La mauvaise foi du grevé sera pareillement retenue dans le cadre d'une libéralité substitutive comme l'expose les travaux CARBONNIER-CATALA dans l'*Offre de loi* précitée : « (...) l'obligation qu'a le premier gratifié de transmettre ce dont il n'aura pas disposé à titre onéreux doit être exécutée de bonne foi. C'est pourquoi il devra répondre des actes accomplis dans le dessein de frustrer le gratifié en second de ses droits ».

implique une paralysie de la gestion, le repreneur-grevé étant bloqué devant les grandes décisions de gestion de son entreprise, de peur que celles-ci ne lui soient imputables. Alors, bien évidemment, la transmission ne s'opérant qu'à sa mort, il ne supportera pas directement les méfaits de sa mauvaise gestion, mais risque de ruiner l'héritage de ses héritiers qui verront l'appelé intenter une action en désintéressement sur le patrimoine de ce nouveau *de cuius*, aux fins de contrer la dépréciation de la substance qu'il aura engendré.

**187. La nécessité d'un choix exprimé.** Pour plus de pertinence, il conviendrait que le législateur établisse clairement que cette obligation de conservation en nature ne vise pas chacun des éléments composant le fonds mais qu'elle vise l'enveloppe que constitue cette universalité de fait, à supposer qu'il soit bénéfique dans le cadre de la transmission de l'entreprise individuelle, de recourir à cette technique.

Or, l'universalité de fait n'est autre qu'un « ensemble de biens constitutifs d'un bien »<sup>524</sup>. Et d'après l'analyse de Monsieur ZÉNATI, si « l'universalité doit avoir une cohésion qui requiert un maintien dans le groupement de chacun de ses éléments », cette « cohésion de l'universalité est menacée en permanence soit par une initiative de son propriétaire qui est libre d'en dissocier tel bien qui lui plaira, soit par les initiatives des créanciers qui, à l'occasion de leurs poursuites, ne saisiront que certains biens de l'universalité qui s'en trouvera dévalorisée »<sup>525</sup>. L'analyse est favorable au repreneur-grevé, qui pourra donc jouir pleinement de son pouvoir de direction de l'entreprise, et prendre les décisions les plus à même de conserver l'universalité. Il pourra par exemple décider de vendre du matériel pour le renouveler et améliorer les capacités de production de l'entreprise. L'interdiction d'aliéner ne touchera donc pas l'ensemble des biens composant l'universalité, mais seulement l'universalité de fait elle-même. Il faudra alors veiller à ce que le grevé ne vide pas le fonds de sa substance par le biais de cette théorie de l'universalité de fait. Une obligation de subroger des biens en remplacement des éléments aliénés serait bienvenue, à l'instar de ce qui est prévu pour le portefeuille de valeurs mobilières. Une fois de plus, seront applicables à cet instant les règles relatives au rapport et à la réduction des libéralités ordinaires pour analyser la conservation réalisée par le repreneur-grevé.

Cependant, une modification des textes en faveur d'une meilleure gestion des fonds au travers d'une libéralité graduelle n'est pas spécialement à préconiser. Il semble préférable que le

---

<sup>524</sup> Cf. Frédéric ZÉNATI, *Les Biens, op.cit.*, p.53 sur les universalités. V. n.b.p. n° 188.

<sup>525</sup> Frédéric ZÉNATI, *ouv. précité.*

législateur les exclut de leur champ d'application. Le constat est similaire en matière de conservation en nature du patrimoine affecté.

**188. L'obligation de conservation en nature du patrimoine affecté.** Si la conservation en nature du fonds est déjà problématique, celle du patrimoine affecté est similaire, si tant est qu'une telle libéralité soit aujourd'hui réalisable. Ici, la subrogation saurait incontestablement jouer, du fait de la nature d'universalité de droit que recouvre la notion de patrimoine affecté. Sa gestion sera donc bien plus simple que celle d'une universalité de fait, en cas de libéralité graduelle. Pèsera donc sur le grevé l'unique obligation de le retransmettre. Cependant, à l'instar de la conservation en nature des droits sociaux induisant la conservation en valeur du patrimoine social, il semble que la conservation en nature du patrimoine affecté induise une conservation en valeur de celui-ci. Ainsi les dettes ne devront pas être aggravées, et les biens composant l'actif devront au mieux être subrogés en cas d'aliénation. Comment alors assurer une retransmission effective de l'entreprise à patrimoine affecté, sachant qu'elle peut être dépréciée sans qu'il en soit tenu rigueur au grevé, mais tout en limitant son droit à diminuer sa valeur ?

Le paradoxe ressort et les problèmes de gestion non encore reconnus incitent à déconseiller l'application de cette technique à une entreprise, quelle qu'en soit la forme.

**189. L'inadéquation des libéralités substitutives à la transmission anticipée de l'entreprise.** Ces traits caractéristiques des libéralités substitutives témoignent de leur inadéquation à opérer la transmission anticipée de l'entreprise de manière optimisée. Le manque de flexibilité de ces techniques et leurs conséquences sur la gestion de l'entreprise par le premier gratifié, ainsi que l'insécurité qui en découle quant aux conditions de reprise par le second, nous font dire qu'il est préférable que le législateur écarte les entreprises, sous ses différentes formes d'exploitation, du champ d'application de ces libéralités. Il semble que l'atteinte portée par les charges imposées par les libéralités substitutives à la liberté de gestion des entreprises, entrave la sécurité de leur transmission anticipée et à leur pérennité.

\*

\* \*

**190. D'un constat contrasté relatif à l'anticipation dans les donations.** Les libéralités, fondées sur l'intention libérale du disposant, mettent en lumière l'importance de sa volonté, notamment lorsqu'il entend transmettre son entreprise. L'aspect temporel de l'anticipation en découle. En effet, les libéralités ordinaires illustrent la relativité de l'acte anticipatoire dans le temps : si une première période donne toute sa vigueur à la volonté du disposant (du jour de la donation jusqu'à celui de son décès) impulsée par la force de l'ordre public libéral, une seconde période sonne le glas de l'ordre public successoral répressif de cette même volonté, qui peut en anéantir les effets notamment dans le cadre des libéralités substitutives. Ainsi, si dans un premier temps la volonté du disposant et celle de l'héritier-repreneur emportent l'efficacité de l'acte d'anticipation, force est de constater qu'au décès du premier, le second verra sa situation juridique fragilisée. La donation est ainsi un acte du *présent*, ayant certains effets dans l'*avenir*. C'est en ce sens qu'il s'agit d'un acte d'anticipation. Néanmoins, l'absence d'anticipation par les parties des effets produits lors de l'ouverture de la succession sur la situation juridique créée par l'acte anticipatoire et l'interférence des diverses autres volontés dans le second temps de la donation (celui postérieur à l'ouverture de la succession), avaient permis de souligner les faiblesses de l'institution, bien que la loi et la convention permettent finalement de sécuriser l'institution.

Quant aux libéralités substitutives, les lacunes de l'acte anticipatoire n'ont pu être constatées. L'écoulement du temps et la réalisation trop incertaine des événements juridiques dans cet espace-temps compromettent la sécurité de la situation juridique du second repreneur. De plus leur régime juridique implique une situation peu avantageuse pour le repreneur intermédiaire. Les obligations de conservation et de transmission lui incombant entravent la bonne gestion de l'entreprise, et révèlent le peu d'intérêt à appliquer la technique à l'entreprise. La pérennité de l'entreprise, but de l'acte d'anticipation, est menacée par ce dernier.

Néanmoins, le recours à ces techniques est généralement dû à un manque de cohésion entre les différents membres de la famille. Ce qui ne sera pas le cas lorsque le disposant aura pu mettre au point avec le concours de ceux-ci une donation-partage, technique qui consacre quelques règles dérogatoires spécifiques à l'entreprise.

## Chapitre II – L'adéquation de la donation-partage

---

**191. La donation-partage : un acte d'anticipation de la transmission des biens.** Pour certains auteurs<sup>526</sup>, l'acte de donation-partage ne peut être qualifié d'acte d'anticipation, en ce sens que la donation-partage ne réalise pas l'anticipation de la succession mais la neutralise. Ils soutiennent que le partage étant intégralement réalisé au jour de l'acte, il n'aura plus à intervenir après le décès du *de cuius*. Il faut alors distinguer l'acte d'anticipation de la succession et l'acte d'anticipation de la transmission. Si la donation-partage ne réalise pas une anticipation de la succession, qui ne saurait être ouverte avant le décès du disposant, elle n'en anticipe pas moins la survenance et reste, à ce titre, un acte d'anticipation de la transmission des biens puisque le transfert de propriété sera avancé dans le temps : du jour du partage induit par l'ouverture de la succession à celui de la donation. Elle est aussi, pour partie, un partage anticipé. La donation-partage est donc bien un acte d'anticipation, initié par le disposant qui « arbitre des siens, (...) usera de son influence afin d'éviter que ces attributions ne portent atteinte à la paix des familles. (...) Ainsi un père de famille qui veut faire lui-même la répartition de son patrimoine peut, en utilisant la technique des libéralités-partages, attribuer à chacun de ses enfants ou petits-enfants, le bien qui semble lui convenir le mieux »<sup>527</sup>. La donation-partage permet au prédécesseur de désigner son repreneur, tout en procédant au partage des biens composant son patrimoine. De plus, le dispositif fiscal de faveur accompagnant le dispositif juridique fait de la technique des donations-partages une concurrente redoutable sur le marché des techniques civilistes de transmission anticipée des entreprises.

**192. Le régime fiscal de faveur de la reprise de l'entreprise.** Aujourd'hui, l'incitation fiscale à la transmission d'entreprise à titre gratuit est remarquable. En effet, aux côtés des allègements fiscaux prévus en cas de donation intrafamiliale, la fiscalité confiscatoire de la

---

<sup>526</sup> V. en ce sens : Michel GRIMALDI, « De l'équité du défunt dans ses volontés », Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ et Christine CHOAIN (éds), *Les enjeux de la transmission entre générations – Du don pesant au dû vindicatif*, Préface de Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ et Conclusion de Laurent LEVENEUR, Presses Universitaires du Septentrion, 2005, p. 115, §1 : « la donation, qui soit anticipe la transmission successorale, soit la neutralise en vidant par avance la succession de sa substance ».

<sup>527</sup> In Étienne RIONDET, Hervé SÉDILLOT, *Transmission du patrimoine – Testament, Donation, Autres mécanismes*, 15<sup>e</sup>éd., 2007, Delmas, p. 231.

transmission au tiers<sup>528</sup> a laissé place à un régime de faveur<sup>529</sup>. Lorsque la donation-partage sera assortie d'un engagement de conservation souscrit par le tiers-repreneur, les droits dont il sera redevable seront encore plus réduits<sup>530</sup>. Le législateur s'efforce ainsi de promouvoir la donation-partage comme technique de transmission de l'entreprise à titre gratuit, que ce soit au sein du cercle familial ou en dehors. Le tiers peut désormais bénéficier d'une imposition à taux réduit, et cumuler cet avantage avec le crédit de paiement des droits de donations qu'il avait autrefois bien du mal à obtenir<sup>531</sup>. Ce régime fiscal de faveur est d'autant plus

---

<sup>528</sup> En effet, le tiers était alors redevable de droits de mutations s'élevant à 60% de la valeur des biens transmis. Les imperfections avaient été soulevées par Monsieur le sénateur Henri de Richemont : « Selon le Jurisclasseur, cette possibilité semble avoir connu peu, sinon pas du tout, d'application en pratique, les inconvénients de sa mise en œuvre étant manifestes : donation de l'entreprise à un tiers, plus ou moins éloigné ou étranger à la parenté, charges de soultes importantes si l'entreprise constitue le seul bien dont il est disposé. Toutefois, les mesures fiscales prises en faveur de la transmission d'entreprise à compter de 2004 pourraient changer la situation. » Cf. Rapport n° 343 précité.

<sup>529</sup> En cas d'attribution de l'entreprise, en sa forme individuelle ou sociale par donation-partage à un tiers, celui-ci peut bénéficier d'une exonération de 75% de la valeur taxable de l'entreprise, et d'une réduction proportionnelle du montant des droits de donation contre un engagement de conservation. Cf. Art. 787 B CGI pour l'exonération relative à la donation de droits sociaux, et Art. 787 C CGI pour celle relative à l'entreprise individuelle.

<sup>530</sup> Avec la réforme de 2004, la donation-partage attribuant une entreprise à un tiers devient bien plus réaliste : le coût de la transmission à la charge de ce tiers passe ainsi de 60% à 7,5%<sup>530</sup>, si la donation est effectuée avant les 70 ans du donateur, notamment lorsque le tiers-repreneur sera une personne physique. Pour revenir sur le cas théorique de l'attribution d'une entreprise à une personne morale par donation-partage, le procédé sera bien sûr très complexe, mais aussi très coûteux, puisque ce qui relance aujourd'hui l'institution est la possibilité pour le tiers de bénéficier de l'exonération de 75 % de la valeur de l'entreprise. Mais il ne faut pas oublier que cet avantage est accordé sous la condition incontournable que le donataire exploite personnellement l'entreprise individuelle pendant trois années à compter de la transmission. L'hypothèse est donc irréaliste en cas d'attribution d'une entreprise individuelle. Elle sera par contre envisageable en cas d'attribution d'une société, puisque la détention de la qualité d'associé d'une société de personne (Cf. Art. 885 O bis CGI, par renvoi de l'Art. 787 B CGI) pendant deux années permet l'obtention de l'avantage précité.

<sup>531</sup> Pour obtenir ce crédit, les immeubles affectés à l'exploitation de l'entreprise devaient être compris dans la donation-partage. Se posait alors la question de savoir si les biens devaient être attribués au donataire de l'entreprise ou pouvaient être attribués à d'autres donataires, sans perdre le bénéfice du crédit de paiement. Se posait aussi la question de savoir si l'attributaire de l'entreprise devait obligatoirement exploiter celle-ci dans ces immeubles, toujours pour ne pas perdre cet avantage. De plus le donataire devait obligatoirement exploiter personnellement l'entreprise (ce qui est toujours le cas s'il veut bénéficier de l'exonération de 75 % de la valeur taxable). Mais il devait aussi s'abstenir d'apporter des modifications au mode d'exploitation de son entreprise pour ne pas perdre le bénéfice du crédit de paiement, ce qui est aujourd'hui permis contre engagement de

remarquable, que l'Administration fiscale admet le maintien de cette exonération et la réduction qui y est attachée en cas de versement d'une soulte, cas très fréquent lorsque l'entreprise est attribuée à un tiers.

Le coût fiscal de l'opération de transmission étant décisif dans le choix de la technique utilisée par les prédécesseurs et les repreneurs, le constat de l'encouragement du législateur quant à la transmission anticipée de l'entreprise par donation-partage s'impose. Dans le même sens, la sécurité juridique procurée convainc de l'adéquation de la technique à l'opération de transmission anticipée de l'entreprise.

**193. De l'adéquation des donations-partages à la transmission anticipée des entreprises.** La donation-partage est un acte complexe : acte dit d'autorité, elle est à la fois un acte de partage<sup>532</sup> et un acte de transmission. De nature successorale, elle a un objet répartiteur : des biens du futur défunt entre ses différents héritiers afin d'éviter les conflits liés à un partage *post mortem*. Lorsqu'elle comprendra une entreprise, le disposant y désignera son repreneur. La donation-partage a ainsi vocation à anticiper la transmission de son entreprise, qui n'aurait dû intervenir qu'après son décès. Le disposant évite, par cet acte, que son entreprise se retrouve dans une situation incertaine au jour de l'ouverture de sa succession. Le chef d'entreprise décidera alors que l'âge de la retraite est arrivé et qu'il est temps de transmettre son entreprise à l'héritier le plus compétent ou à une personne de son entourage, qu'il pressent dans le rôle de repreneur. À l'inverse des autres techniques du droit des libéralités entre vifs, la donation-partage semble adaptée à la transmission anticipée de l'entreprise. Peut-être est-ce, justement, parce qu'elle anéantit l'opération de partage de la succession *post mortem*, ce que ne permettent pas les simples donations.

Il convient alors de vérifier cette adéquation de la technique à l'objectif de transmission anticipée de l'entreprise. Pour cela, il faut envisager l'application de la technique aux différentes formes juridiques qui peuvent être conférées à l'entreprise, afin de vérifier en quoi les règles du droit commun des donations-partages ne contreviennent pas ou, au contraire, favorisent la réalisation de l'opération de transmission anticipée et optimisée de l'entreprise. Des règles spécifiques à l'entreprise ont été élaborées ; l'analyse de leur objectif permettra de

---

conservation des titres de la société à laquelle sont apportés les biens composant l'entreprise individuelle reçue par donation-partage en cas d'apport en société, comme le précise l'article 404 GD de l'Annexe III du Code général des impôts.

<sup>532</sup> V. sur ce point : Michel GRIMALDI, « Les conditions de validité du partage d'ascendant », *Defrénois* 1992, n° 15-16, p. 929

se prononcer sur leur bien fondé ou sur une éventuelle amélioration ; enfin, une position pourra être prise sur l'opportunité de transmettre les entreprises par anticipation par le biais de cette technique.

Les évolutions du droit commun de la donation-partage ont abouti à créer un climat favorable à la transmission de l'entreprise (Section I). La reconnaissance de ses spécificités, qui y est fermement amorcée, traduit la volonté du législateur d'encourager la transmission des entreprises par voie de donation-partage et annonce une adéquation parfaite de la technique à l'objectif de sa transmission anticipée (Section II).

## **SECTION I – LES PRINCIPES CIVILISTES CONCOURANT À LA MAÎTRISE DE LA TRANSMISSION**

**194. La structure de la technique, adaptée à la transmission anticipée de l'entreprise.** Le droit commun des donations-partages, même s'il n'a pas été élaboré en vue de son applicabilité à l'entreprise, laisse apparaître un contexte favorable quant à l'objectif de sa transmission anticipée. Une libéralisation certaine de la volonté du disposant est mise en exergue par l'analyse de l'institution, ce qui permet au prédécesseur de choisir avec plus de latitude son repreneur ; c'est à la suite de ce choix que l'acte de donation-partage lui permet de le désigner et de l'instituer. Grâce à cette désignation, le prédécesseur assure le transfert immédiat de la propriété et de la gestion de l'entreprise, tout en conférant au repreneur la sécurité de sa situation juridique. Alors que les simples donations ne permettent pas d'assurer une sécurité optimale, la donation-partage semble permettre d'atteindre cet objectif. Ainsi, les principes civilistes gouvernant le droit des libéralités-partages n'offrent que des avantages du point de vue de la transmission anticipée de l'entreprise. Le prédécesseur pourra instituer son repreneur (§I), qu'il soit l'un de ses héritiers ou même un tiers (§II).

### ***§I – L'institution du repreneur favorisée***

**195. La désignation du repreneur choisi.** Une fois son choix arrêté, le disposant pourra transmettre la propriété de son entreprise par donation-partage. Les possibilités de désignation des donataires-repreneurs se sont multipliées au fil des réformes et de l'évolution des règles qui l'encadrent. Ce « véhicule » de la volonté s'est diversifié et sait aujourd'hui se montrer adapté aux besoins de la transmission anticipée de l'entreprise (A). Cela favorise la

désignation du repreneur par le disposant et lui permet, de surcroît, d'attribuer immédiatement son entreprise (B).

## **A – L'élargissement du choix du repreneur**

**196. L'extension du domaine de la volonté du disposant-prédécesseur.** Le droit de la donation-partage s'est assoupli quant aux potentialités de désignation des donataires, notamment lorsque le chef d'entreprise souhaitera transmettre son entreprise dans le cercle familial. L'élargissement de ses successibles lui permet de gratifier l'un de ses proches, impliqué dans l'activité de l'entreprise, et de l'instituer en repreneur à titre gratuit par ce dispositif d'anticipation global de la transmission de son patrimoine. La consistance de ces différents élargissements et assouplissements seront présentés afin de mettre en lumière les conséquences directes et les opportunités qu'ils présentent quant à la désignation anticipée du repreneur d'une entreprise.

Autrefois limitée à l'attribution de biens aux seuls descendants, la donation-partage permet aujourd'hui de désigner un ascendant ou un collatéral. Au-delà, la réforme de 2006 prend en compte l'allongement de la durée de la vie humaine et consacre le rapprochement des générations plus éloignées, en instituant les donations-partages transgénérationnelles, permettant ainsi la transmission directe des biens à un descendant de descendant ; elle s'efforce aussi d'adapter le droit des successions et libéralités afin qu'il reflète la réorganisation actuelle de la cellule familiale : elle organise alors les donations-partages conjonctives permettant la désignation d'un enfant par alliance en tant que donataire.

**197. Du partage d'ascendant à la donation-partage : l'ouverture au repreneur-collatéral et aux ascendants.** À l'origine, l'institution prenait le nom de « partage d'ascendant » ; le disposant ne pouvait alors transmettre ses biens, par cette technique, qu'à ses seuls descendants. Déjà, sous la loi de 1971<sup>533</sup>, la loi disposait : « Les père et mère et autres ascendants peuvent faire, entre leurs enfants et descendants, la distribution et le partage de leurs biens »<sup>534</sup>. Par la loi du 23 juin 2006<sup>535</sup>, le disposant peut enfin désigner l'un quelconque de ses héritiers présomptifs à l'attribution de ses biens dans l'acte de donation-partage. En effet, le nouvel article 1075 du Code civil en son alinéa premier dispose que : « Toute personne peut faire, entre ses héritiers présomptifs, la distribution et le partage de ses

---

<sup>533</sup> Cf. Loi n°71-523 du 3 juillet 1971 modifiant certains articles du Code civil, art. 12.

<sup>534</sup> Art. 1075 al. 1 anc. C.civ.

<sup>535</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités.

biens et de ses droits. » Ainsi, le disposant pourra toujours désigner son enfant ou, à défaut, l'un de ses petits-enfants en tant que repreneur de l'entreprise, mais aussi l'un de ses autres héritiers présomptifs. En l'absence de descendance, il pourra ainsi gratifier, par acte de donation-partage, ses héritiers présomptifs *ab intestat* : « selon sa situation, cela désigne (...) les ascendants privilégiés et les collatéraux privilégiés, puis les ascendants ordinaires et les collatéraux ordinaires »<sup>536</sup>.

Le disposant aura alors toute latitude pour désigner en tant que repreneur, un frère ou une sœur, un cousin ou une cousine, qui se serait investi dans l'exploitation ou le développement de son entreprise. La loi de 2006<sup>537</sup> transforme ainsi le partage d'ascendant en une donation-partage désormais ouverte à d'autres qu'aux seuls descendants. Dans le même temps, il consacre les libéralités-partages transgénérationnelles, ce qui développe davantage encore le panel des repreneurs potentiels.

**198. Les donations-partages transgénérationnelles : la désignation d'un petit-enfant-repreneur.** La donation-partage transgénérationnelle<sup>538</sup>, modifiant l'ordre successoral légal, est instituée par l'article 1075-1 du Code civil, qui dispose que : « Toute personne peut également faire la distribution et le partage de ses biens et de ses droits entre des descendants de degrés différents, qu'ils soient ou non ses héritiers présomptifs. » Le disposant peut désormais répartir ses biens entre ses enfants et ses petits-enfants. Cependant, pour rendre ce procédé effectif, le partageant doit recueillir le consentement de ses enfants « dépossédés » au profit de leurs enfants, d'où l'importance d'une bonne entente familiale<sup>539</sup>. Le chef d'entreprise pourra ainsi, par donation-partage, décider du partage de ses biens entre ses enfants et, concomitamment, attribuer son entreprise à l'un de ses petits-enfants. Cette

---

<sup>536</sup> Jean-Claude HALLOUIN, « Les nouvelles possibilités d'anticipation successorale », *In Etudes réunies par Jean-Claude HALLOUIN, Hervé CAUSSE et Joël MONNET, La location d'actions et de parts de SARL, La réforme du droit des successions et la transmission des entreprises, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales – Université de Poitiers*, LGDJ, 2008, p. 107.

<sup>537</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités.

<sup>538</sup> V. Stéphanie ARNAUD, Sébastien GINON et Frédéric PETIT, « Quelques aspects spécifiques de la donation-partage transgénérationnelle », *JCP N 2012*, n° 29, p. 33 ; Fabrice LUZU et Nathalie LE GALL, « Transmettre sur plusieurs générations », *Dr. et Patr. 2012*, n° 217, p. 50 et *RLDC 2012*, n° 95, p. 75 ; Estelle NAUDIN et Marc IWANESCO, « La donation transgénérationnelle, une alternative à la donation par le nu-propriétaire de la nue-propriété », *JCP N 2012*, n° 49, p. 51.

<sup>539</sup> Monsieur LE GUIDEC souligne que « l'arrangement de famille ainsi proposé suppose une famille intergénérationnelle unie et confiante ». : *In Raymond LE GUIDEC, op.cit.*, V. n.b.p. n° 97, p. 1489.

nouvelle modalité présente plusieurs intérêts quant à la transmission de l'entreprise et à son anticipation. Présupposant un arrangement entre différentes générations sur la répartition des biens du partageant, ce dispositif a pour but de favoriser le dynamisme économique<sup>540</sup>, en encourageant la transmission des biens aux générations ayant de plus longues périodes d'activité devant elles. Le disposant peut en effet éviter de transmettre temporairement l'entreprise à son enfant pour l'attribuer directement à l'un de ses petits-enfants, en début d'activité professionnelle. Au-delà d'une double reprise ainsi effacée, facteur de risques quant à la pérennité de l'entreprise transmise, celle-ci pourra désormais être placée entre des mains plus dynamiques et pour une période plus longue, entraînant ainsi une politique de direction plus stable.

De plus, le dispositif est particulièrement intéressant quant à l'avantage fiscal qu'il confère. En effet, la donation-partage transgénérationnelle disposant par souches tend à considérer que la troisième génération, recevant directement de la première, est censée avoir reçu le bien de son « auteur direct »<sup>541</sup>, soit de la génération intermédiaire. Le coût fiscal est alors optimisé, puisque divisé par deux : d'une double imposition engendrée par deux transmissions successives qui étaient nécessaires avant cette modalité, la donation-partage transgénérationnelle aboutit à une imposition unique. Le coût de la transmission de l'entreprise est avantageux, notamment lorsque le but recherché est la conservation des biens dans les familles. Le prix d'une taxation est économisé, alors qu'elle était parfois imposée pour quelques années d'exploitation seulement par la génération intermédiaire. Sachant que le coût fiscal est un élément des plus importants dans le choix de la technique de transmission, l'avantage conféré ici ne peut qu'être relevé en tant qu'atout du droit commun de la donation-partage quant à la transmission anticipée d'une entreprise.

Enfin, si la direction d'une entreprise nécessite justement l'intervention de la génération intermédiaire, le dispositif conserve sa pertinence et reste tout à fait adapté. En stipulant une clause de réserve d'usufruit au profit du partageant et une clause de réversion d'usufruit au profit de son enfant, ce dernier aura vocation à reprendre la direction de l'entreprise avant

---

<sup>540</sup> Cf. Rapport n° 2850 de Monsieur Sébastien HUYGHE sur le projet de loi portant réforme des successions et libéralités : « Ces dispositions compléteront utilement les mesures fiscales déjà adoptées par le Gouvernement sous la présente législature - incitations qui ont déjà rencontré une forte adhésion des particuliers - afin d'encourager la transmission de biens aux plus jeunes générations et, par ce biais, de promouvoir le dynamisme économique ainsi qu'une répartition plus équilibrée du capital entre les différentes générations. »

<sup>541</sup> Cf. Rapport n° 2850, *op. cit.*

l'accès à ces fonctions par la troisième génération. L'entreprise sera ainsi d'abord dirigée par le chef d'entreprise, puis par son enfant, avant de revenir à l'enfant de l'enfant. Comme le soulignent Monsieur BERGER et Madame RICHE, ce mécanisme permet « à l'ascendant une mutation directe qu'il peut en toute hypothèse faire au profit de ses petits-enfants, mais avec la garantie, dans ce cas particulier, que l'allotissement direct qu'il envisage ne bouleverse pas le règlement de la succession de son propre enfant »<sup>542</sup>. En effet, le repreneur intermédiaire pourra réintégrer la disposition de son ascendant dans son acte personnel de donation-partage et ce, au profit du donataire désigné par le disposant originaire : « l'allotissement du petit-enfant est en quelque sorte « recyclé » dans la succession de son propre parent »<sup>543</sup>. Les conflits entre petits-enfants, concernant leurs parts de réserve dans la succession de la génération intermédiaire, sont ainsi annihilés, du moins en partie, de sorte que les effets néfastes relevés au titre des libéralités n'entraînant pas partage sont ici évités.

**199. Les donations-partages conjonctives<sup>544</sup> : la désignation d'un enfant par alliance repreneur.** Enfin, la loi de 2006<sup>545</sup> institue les donations-partages conjonctives<sup>546</sup>. Même si cette modalité n'est pas la plus utilisée, elle doit être ici relevée en ce qu'elle participe de la libéralisation de la volonté du disposant, libéralisation au service de la désignation d'un repreneur d'entreprise par anticipation. Selon l'article 1076-1 du Code civil, « en cas de donation-partage faite conjointement par deux époux, l'enfant non commun peut être alloti du chef de son auteur en biens propres de celui-ci ou en biens communs, sans que le conjoint puisse toutefois être codonateur des biens communs ». La donation-partage n'est ainsi dite conjonctive que lorsqu'elle est faite par des époux communs au profit d'un enfant commun. Cependant, le texte autorise la donation des biens communs par l'un des époux au profit de

---

<sup>542</sup> Pierre BERGER et Rosa RICHE, *La fiscalité des nouvelles donations*, JCP N 2006, n°38, 1305, p. 1675, §20.

<sup>543</sup> Pierre BERGER et Rosa RICHE, *Les nouvelles donations-partages*, JCP N 2006, n°38, 1303, p. 1667, §20.

<sup>544</sup> V. Fabrice LUZU et Nathalie LE GALL, « Transmettre dans les familles recomposées ou l'art du compromis », JCP N 2012, n° 26, p. 31 ; Nicole PETRONI-MAUDIÈRE, « Transmettre dans les familles recomposées : aux enfants, au nouveau conjoint », LPA 2012, n° 182, p. 72 ; Vivien ZALEWSKI, « Familles recomposées et transmission », JCP N 2013, n° 19, p. 43.

<sup>545</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités.

<sup>546</sup> Cette nouvelle disposition est justifiée « par le souci de prendre en compte l'existence d'un plus grand nombre de familles « recomposées », ainsi que l'évolution démographique - l'allongement de l'espérance de vie conduisant à faire cohabiter au sein des familles un plus grand nombre de générations ». In Rapport de l'Assemblée nationale n° 2850 sur le projet de loi portant réforme des successions et libéralités, présenté par M. le Député Sébastien Huyghe, art. 19.

son propre enfant. Cette donation<sup>547</sup>, participant de l'acte de donation-partage conjonctive, sera simplement ordinaire à l'égard de cet enfant non-commun. L'époux commun en biens pourra alors attribuer un bien commun à son propre enfant<sup>548</sup>.

Le dispositif offre ainsi une nouvelle possibilité au disposant quant à l'extension du champ d'application de ses donataires éventuels. Si l'époux commun en biens peut privilégier l'attribution d'un des biens communs à son propre enfant, cela permet aussi à son conjoint de privilégier l'attribution de ce bien commun à celui-ci. Cette nouvelle donation-partage conjonctive permettra indirectement au disposant d'attribuer l'entreprise commune à l'enfant de son conjoint. Mais au-delà de cette extension du champ d'application des libéralités-partages, d'autres intérêts sont à relever quant à la transmission anticipée des entreprises. En effet, le chef d'entreprise, partageant ce statut avec son nouveau conjoint, peut, par le biais de la donation-partage conjonctive, attribuer l'entreprise à l'enfant de son conjoint qu'il aura préalablement préparé à la reprise. Si le disposant pouvait déjà gratifier l'enfant de son conjoint au titre de tiers<sup>549</sup> et ainsi le préparer à l'exploitation ou à la direction de son entreprise, il faut relever toute l'importance de cette nouvelle disposition du point de vue de la fiscalité, puisque désormais l'enfant non commun peut bénéficier de la taxation en ligne directe<sup>550</sup>. En tant que tiers, il ne pouvait bénéficier que de la taxation entre personnes non-parentes, bien plus élevée<sup>551</sup>.

---

<sup>547</sup> Le but du législateur est ici de simplifier les démarches des donateurs, en leur permettant d'inclure dans un seul et même acte de donation-partage, des attributions à leurs enfants communs ou à leurs enfants propres.

<sup>548</sup> L'Assemblée nationale a édicté une condition préalable à la réalisation d'une donation-partage conjonctive : l'existence de deux enfants communs. La condition permet ici d'éviter d'éventuelles dérives. Le législateur cherche simplement à favoriser la simplicité pour la « nouvelle famille ». Cf. Rép. min. n° 12920, JOAN Q, 11 mars 2008 : « Toutefois, la libéralité-partage conjonctive, laquelle porte indistinctement sur les biens des époux, nécessite que les époux aient au moins deux enfants communs. En effet, dans la mesure où l'enfant non commun ne peut être alloué que du seul chef de son auteur, la libéralité-partage consentie, qui est conjonctive à l'égard des enfants communs, est ordinaire à l'égard des enfants non communs. Par conséquent, l'article 1076-1 du Code civil précité ne peut recevoir application lorsque les époux n'ont pas d'enfants communs. »

<sup>549</sup> En effet, le disposant pouvait dès la loi du 5 janvier 1988 allouer un tiers à la famille de son entreprise, comme il sera précisé au paragraphe suivant.

<sup>550</sup> Cf. Art. 778 bis CGI : « La donation-partage consentie en application de l'article 1076-1 du Code civil est soumise au tarif en ligne directe sur l'intégralité de la valeur du bien donné. »

<sup>551</sup> En effet en 2009, en ce qui concerne les droits applicables à une donation en ligne directe, l'abattement par part est fixé à 156 359 €, et le tarif applicable fonction de la fraction de part nette taxable varie entre 5% et 40%, alors qu'entre non-parents, l'abattement est limité à 1564 € par part, et le tarif applicable est de 60% de la fraction nette taxable.

La libéralisation de la volonté du disposant peut au travers de ces illustrations être constatée. Au-delà de ce contexte favorable à la transmission anticipée des entreprises, issu du droit commun de la donation-partage, l'intérêt présenté par la technique est qu'elle rend le transfert de propriété immédiatement effectif.

## **B – La consécration du repreneur**

**200. L'effectivité de la reprise.** L'acte de donation-partage permet d'éviter tant l'indivision de l'entreprise ainsi qu'un partage *post-mortem* précipité ou conflictuel. Tout son intérêt est qu'elle permet de transférer immédiatement l'entreprise du vivant du disposant. Les supports juridiques de l'entreprise (le fonds, le patrimoine affecté ou les droits sociaux), deviendront propriété du repreneur au jour de la donation-partage<sup>552</sup>. Ainsi, plus que de désigner, la donation-partage permet de transférer la propriété par avance, sur l'échelle du temps, au repreneur-donataire ; la transmission est ici réellement anticipée, le transfert de propriété étant réalisé au jour de l'acte de donation-partage, alors que sans l'accomplissement de cet acte juridique, il ne serait intervenu qu'au jour du décès par l'effet rétroactif du partage *post mortem*. La donation-partage concernera, soit une entreprise individuelle, et en sera alors transférée la propriété (du fonds ou du patrimoine affecté et leur gestion), soit une entreprise sociétaire en ce qu'elle comportera attribution de la propriété des droits sociaux ; dans ce second cas, le transfert de la gestion sera limité puisqu'il concernera seulement la gestion des droits sociaux et, non celle de l'entreprise sociétaire.

**201. Le transfert de l'exploitation de l'entreprise individuelle.** L'entreprise peut être exploitée sous les deux formes d'universalité aujourd'hui reconnues. Elle sera matérialisée juridiquement par une universalité de fait. Ce sera le cas lorsque le disposant transmettra une entreprise individuelle classique, ou par une universalité de droit ; il s'agira alors de l'entreprise exploitée sous forme de patrimoine affecté. Lorsque le disposant-prédécesseur transmettra son entreprise individuelle classique, c'est le fonds et tous les éléments qu'il comprend qui vont entrer dans le patrimoine du donataire, afin qu'il puisse exploiter l'activité. Sont ainsi transférés les moyens d'exploitation, et uniquement ceux-ci ; les dettes du prédécesseur resteront à sa charge. Le repreneur reçoit alors un actif net et continue l'exploitation du prédécesseur. Une solidarité certaine entre le prédécesseur et le repreneur est mise en place, notamment vis-à-vis des dettes fiscales et des loyers ressortant du bail commercial ; mais hors ces cas, c'est en débutant l'exploitation de l'activité que le repreneur

---

<sup>552</sup> Il faut pour cela que les donataires y consentent le même jour, ce qui sera fréquemment le cas.

commencera à contracter des dettes professionnelles. Il ne reçoit donc que les moyens d'exploitation de l'activité.

La logique est similaire pour la transmission de l'entreprise individuelle exploitée sous forme de patrimoine affecté. Dans ce cas, sera transmise une universalité de droit : le patrimoine affecté à l'exploitation de l'activité reprise. Là encore, la propriété et la gestion de l'entreprise sont transmises par la transmission du patrimoine affecté, à celui qui en détient nouvellement la titularité. À l'inverse de la transmission du simple fonds, le repreneur reprendra à sa charge les dettes contractées par le prédécesseur. Plus que les moyens d'exploitation, l'intégralité de l'exploitation est ici transmise.

Ainsi, sauf à avoir constitué un usufruit réservé au donateur, et sauf à ce que le donataire confie la gestion de l'entreprise individuelle à un tiers, c'est normalement lui qui l'assumera personnellement en son nom propre et ce, soit sur l'intégralité de son patrimoine, soit dans la limite du patrimoine affecté à l'activité professionnelle. Il aura alors respectivement le statut d'entrepreneur individuel, ou d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Il devra dans un cas comme dans l'autre, assumer toutes les obligations incombant à un entrepreneur : les obligations comptables, fiscales et administratives. Les risques entrepreneuriaux seront transférés de la tête du prédécesseur sur celle du repreneur. En cas de défaillance de l'entreprise individuelle, le repreneur sera le débiteur soumis à la procédure collective, soit au titre de son patrimoine unique, soit au titre de son patrimoine affecté à l'activité professionnelle. Il en va différemment de la transmission de droits sociaux.

**202. Le double effet anticipatoire de la donation-partage de droits sociaux.** Lorsque des droits sociaux sont transmis, deux possibilités sont envisageables : soit est transmise l'intégralité des droits sociaux représentatifs du capital social, soit n'est transmise qu'une fraction de ceux-ci. Les deux hypothèses doivent être examinées, mais une distinction préliminaire peut être opérée. En effet, lorsque la transmission a pour objet l'intégralité des droits sociaux représentatifs du capital social, elle est à rapprocher de la transmission de l'entreprise individuelle, la transmission des droits sociaux d'une société unipersonnelle entraînant, le plus souvent, la transmission corrélatrice du pouvoir de direction à l'associé unique. Le transfert de blocs de contrôle dans les sociétés pluripersonnelles permet d'atteindre le même résultat. Dans ce cas, on peut considérer que l'exploitation est transmise en même temps que les droits sociaux en admettant que le repreneur de ceux-ci se désigne en assemblée, dirigeant de la société. *A contrario*, lorsque ne sera transmise qu'une fraction des droits sociaux représentatifs du capital social, il n'y aura pas transmission de l'entreprise

sociétaire et, *a fortiori*, de sa gestion. N'étant pas transmise, sa gestion ne peut l'être par ce biais. La transmission de la propriété des droits sociaux n'entraînera que le transfert de leurs prérogatives.

**203. La transmission d'une fraction du capital social : le transfert de droits et de pouvoirs dans la société.** La transmission d'une fraction des droits sociaux emporte attribution à son nouveau titulaire de la qualité d'associé. Il sera ainsi doté de tous les pouvoirs et de toutes les obligations. Le donataire pourra indirectement participer à la gestion de l'entreprise sociétaire, par le biais de la participation à l'assemblée générale, « qui demeure un organe décisionnel important de la société »<sup>553</sup>. Cependant, cet accès du repreneur de droits sociaux aux assemblées ne sera possible qu'à condition d'une éventuelle procédure d'agrément ne l'ait pas bloqué. Le disposant aura au préalable vérifié qu'un tel obstacle puisse être surmonté, mais la gestion transférée se limite ici à celle des droits sociaux. La transmission de l'outil professionnel ne saurait être constatée. Ces transmissions de droits sociaux se rapprochent davantage d'une transmission de biens que d'une transmission d'entreprise. L'exploitation ne sera pas transférée, elle continue à être menée par la société. Par contre, la transmission de l'intégralité des droits sociaux ou d'un bloc de contrôle permettra au repreneur l'accès aux fonctions de direction et, par là, l'accès à la gestion de l'entreprise sociétaire.

**204. La transmission de la société unipersonnelle ou d'un bloc de contrôle : le possible accès du repreneur aux fonctions de direction.** Lorsque les droits sociaux seront transmis en totalité à une seule et même personne, dans le cadre de la transmission d'une société unipersonnelle, l'hypothèse pourra être rapprochée de la transmission d'une entreprise individuelle quant à la personne qui en assurera la gestion. Généralement l'exploitant de la société unipersonnelle sera son associé ou actionnaire unique, et dans de nombreuses sociétés unipersonnelles, il sera aussi le dirigeant. De même, lorsqu'une majorité ou un bloc de contrôle est transmis, le donataire détiendra le pouvoir de se désigner, en assemblée, aux fonctions de direction de l'entreprise sociétaire. Le repreneur de droits sociaux pourra alors se positionner afin d'assumer en tout ou en partie la gestion de l'entreprise sociétaire. C'est ici la multiplicité des organes dont est dotée l'entreprise sociétaire et leurs attributions, qui différencie la nature de la transmission de droits sociaux de celle d'un fonds ou d'un patrimoine affecté.

---

<sup>553</sup> Deen GIBIRILA, *Droit des sociétés*, Ellipse, 4<sup>ème</sup> éd., 2012, p. 389, §677.

L'effectivité de la reprise, issue de la désignation par l'acte anticipatoire de donation-partage, est ainsi vérifiée. Il s'agit alors d'examiner la stabilité de la situation juridique du repreneur, nouvellement créée. La volonté du disposant ayant produit son effet, elle doit perdurer pour pouvoir conclure à l'opportunité de transmettre l'entreprise par la technique de la donation-partage. Les développements suivants se proposent de procéder à cette analyse.

## **§II – La stabilité recherchée, profitable à la reprise**

**205. Les risques limités des donations-partages.** Après le temps instantané du transfert de propriété, vient celui bien plus long de sa conservation. Comme cela a été souligné lors de l'étude des donations ordinaires ou substitutives, le moment critique est celui où surviendra l'évènement susceptible de remettre en cause l'économie de la libéralité : le décès du disposant ouvrant les actions qui tendent à la protection de la réserve et à l'égalité entre héritiers. Ici, la donation-partage présente tout son intérêt quant à la transmission anticipée de l'entreprise, puisqu'elle provoque un partage du vivant du disposant, lorsque tous les héritiers réservataires y auront consenti. Lesdites actions ne sont pas totalement neutralisées, mais les risques qu'elles induisent s'en trouvent fortement limités (A). Cependant, quelques cas de survivance des actions de remise en cause doivent être relevés, bien que le droit commun de la donation-partage propose désormais les moyens juridiques de les atténuer ou de les neutraliser (B).

### **A – Les risques majeurs maîtrisés**

**206. La maîtrise des risques liés à l'hégémonie de l'ordre public successoral.** En matière de libéralité, l'intervention de l'ordre public successoral devient inéluctable. Les règles relatives à l'égalité entre héritiers et à la protection de la réserve doivent être observées. Cependant, le droit successoral établit de plus en plus de dispositions permettant de les éviter. Des outils juridiques permettent de les contourner les actions de remise en cause de l'acte de donation-partage, ou mieux encore de les anéantir.

Le droit des libéralités-partages profite des évolutions du droit des libéralités pour contourner les actions de remise en cause et, comme il a été précédemment exposé<sup>554</sup>, un certain renouveau issu de la loi de 2006<sup>555</sup> permet d'assurer la sécurité juridique du repreneur quant à

---

<sup>554</sup> Cf. §129s.

<sup>555</sup> Art. 1078 c.civ.

la conservation de son statut : il s'agit du principe de l'égalité en valeur, remplaçant l'ancienne égalité en nature et de la consécration de la renonciation anticipée à l'action en réduction. En effet, lorsque la donation-partage n'est pas acceptée, ses effets sont limités à ceux d'une donation ordinaire et ces règles permettent de la sécuriser, comme précédemment exposé.

Quant à la donation-partage directement, elle permet surtout de neutraliser les futures actions de remise en cause de l'attribution.

**207. La consolidation de l'acte de donation-partage, facteur de sécurisation.** À côté des évolutions récentes du droit des libéralités et des successions sur lesquelles il conviendra de revenir ci-après, la consolidation de l'acte de donation-partage permet de fixer dans le temps, les valeurs partagées. L'acceptation de la donation par les donataires parfait l'acte de donation-partage<sup>556</sup>. Cette acceptation doit émaner de chaque héritier réservataire : il faut que « tous les « héritiers réservataires » vivants ou représentés au décès de l'ascendant aient reçu un lot dans le partage anticipé et l'aient expressément accepté »<sup>557</sup>, pour que la donation-partage produise pleinement ses effets. Les différentes acceptations aboutiront alors à la consolidation de l'acte de donation-partage, qui dans ce cas, revêt un aspect non négligeable : elle garantit la fixité des valeurs. La consolidation de l'acte est un facteur de neutralisation des variations de valeurs.

**208. L'effet de la consolidation : le gel des valeurs.** La consolidation a pour principal effet de produire le partage anticipé, mais surtout de geler la valeur des biens transmis. En effet, pour ce qui est de la date d'évaluation à retenir, il faut appliquer à l'entreprise l'article 1078 du Code civil, commandant de retenir la valeur du bien au jour de la donation-partage « pour l'imputation et le calcul de la réserve ». Lorsque la donation-partage est complète et consolidée, les règles des donations ordinaires relatives au calcul de la réserve commandant de retenir la valeur du bien au jour de l'ouverture de la succession ou du partage, sont écartées. Les « modifications ultérieures de valeur ne l'affectent pas. Si elle a été faite de

---

<sup>556</sup> En effet, selon l'article 1075 du Code civil, la donation-partage est soumise « aux formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs ». L'article 932 du même Code prescrit l'acceptation expresse du donataire.

<sup>557</sup> Art. 1078 c.civ. Pour produire son plein effet, l'article précise aussi que la donation-partage ne doit pas comprendre une « réserve d'usufruit portant sur une somme d'argent ».

manière équilibrée, la donation-partage a ainsi une grande stabilité juridique »<sup>558</sup>. Comme le relève Monsieur HALLOUIN, « celui qui reçoit l'entreprise sait désormais qu'il travaille pour lui, mais aussi qu'il travaille à ses risques et périls »<sup>559</sup>. La sécurité nécessaire au monde des affaires est assurée. Au côté contexte favorable que présente le droit commun des donations-partages, la consolidation de l'acte participe de la stabilité du statut de repreneur.

**209. L'exclusion de l'action en complément de part pour cause de lésion et de l'action en rapport.** Même si l'action en réduction reste possible<sup>560</sup>, un partage équilibré permet d'en éliminer le risque. La renonciation anticipée à l'action en réduction y contribue aussi. Les règles gouvernant la donation-partage offrent des moyens de sécurisation non négligeables : sont exclues les règles relatives à la lésion<sup>561</sup> et celles relatives au rapport<sup>562</sup>. Le but du rapport étant la reconstitution de la masse à partager, et la donation-partage étant un partage, le rapport n'a plus lieu d'être. L'obligation au rapport des biens donnés par donation-partage irait à l'encontre de la nature même de l'institution. La Cour de cassation a d'ailleurs consacré cette position, en première chambre civile, par un arrêt du 16 juillet 1997<sup>563</sup>, en affirmant clairement le principe : « les biens qui ont fait l'objet d'une donation-partage ne sont pas soumis au rapport qui n'est qu'une opération préliminaire au partage en ce qu'il tend à constituer la masse partageable ». Ainsi, les plus ou moins-values générées entre le jour de la donation et celui du partage ne sont plus rapportables, ce qui favorise une gestion dynamique de l'entreprise par le repreneur.

Cependant, la sécurité n'est pas absolue, et les quelques sources d'insécurité résiduelles doivent être relevées ; il conviendra de réfléchir aux possibilités de les supprimer.

## **B – La survivance de risques mineurs**

**210. Des cas de remises en cause de l'acte de donation-partage.** Au-delà de cette sécurisation de l'acte de donation-partage qui semble sans faille, il convenait d'approfondir nos recherches. En effet, la sécurité apparente ainsi présentée ne doit pas occulter certaines

---

<sup>558</sup> Jean-Claude HALLOUIN, *L'anticipation – Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, *op.cit.*, p. 107. V. n.b.p. n° 35.

<sup>559</sup> Jean-Claude HALLOUIN, *op. cit.*, p. 107. V. n.b.p. n° 35.

<sup>560</sup> Cf. Art. 1077 c.civ.

<sup>561</sup> Cf. Art. 1075-3 c.civ. Cet article exclut clairement l'action en complément de part de l'héritier réservataire pour cause de lésion, lorsqu'il aura accepté une libéralité-partage.

<sup>562</sup> L'article 922 du Code civil n'est pas applicable en cas de donation-partage.

<sup>563</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juill. 1997, n° 95-13.316, *Bull. civ. 1997 I*, n° 252, p. 168.

hypothèses de remise en question de l'acte de donation-partage, ou plus loin la stabilité du statut de repreneur du donataire. Quelles sont les sources de cette insécurité ? Quels en sont les enjeux, et peut-on y pallier ou les éliminer ?

L'analyse fait ressortir une insécurité toute relative provenant, d'une part, de la recherche d'une égalité parfaite entre héritiers et des conséquences de cette recherche pouvant entraîner un effet contre-productif et, d'autre part, d'hypothèses qui semblent se produire assez rarement en pratique. Il s'agit d'abord de la réévaluation des soultes (1°), et ensuite des cas d'omission ou de passivité d'un enfant (2°).

### 1°) Le risque maîtrisé de la réévaluation des soultes à paiement différé

**211. Le versement parfois incontournable d'une soulte.** Lorsque l'entreprise sera l'objet de la libéralité-partage, et attribuée à l'un des héritiers, elle représentera bien souvent la plus grande valeur du patrimoine du disposant. Aussi, aux fins de préservation de l'égalité entre héritiers et, surtout, de protection de la réserve, le repreneur-donataire devra généralement désintéresser ses cohéritiers réservataires au moyen du versement d'une soulte. Les risques qu'elle induit devront être repérés, et l'égalité instaurée entre les héritiers devra être mesurée. Lorsque la soulte ne sera pas immédiatement payée, elle devra être réévaluée. La dette de somme d'argent se transforme alors en dette de valeur pour redevenir, après la réévaluation, une dette de somme d'argent. Une première réflexion doit ainsi être portée sur l'approche juridique de la notion de valeur.

**212. Dette de somme d'argent et dette de valeur.** Si l'on considère, dans un premier temps, que « la valeur est la substance économique des biens parce qu'elle existe en soi et qu'elle présente un caractère de stabilité »<sup>564</sup> et, dans un second temps, que « si l'instrument de mesure est faussé, si la monnaie n'exprime plus la valeur réelle qu'elle devrait traduire, il est normal de rechercher celle-ci au-delà de son expression monétaire pour en assurer la permanence »<sup>565</sup>, il faut alors mettre au point un mécanisme permettant de réajuster cet « instrument de mesure », de manière à ce que la soulte, plus tardivement reçue par le donataire-copartageant-non-repreneur, corresponde dans son patrimoine aux droits auxquels il

---

<sup>564</sup> Catherine KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français – Essai sur les biens, la propriété et la possession*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2009, p. 57, §75.

<sup>565</sup> Pierre RAYNAUD, « Les dettes de valeur en droit français », *In Allocutions prononcées à l'occasion de la remise de l'ouvrage - Mélanges offerts à Jean BRETHER DE LA GRESSAYE*, éd. Bière, 1967, p. 611, §1.

pouvait prétendre au jour de l'acte de donation-partage. La dette du gratifié-repreneur devient alors une dette de valeur et non pas seulement une dette de somme d'argent. La dette de valeur est l'instrument permettant l'équité au sein de la cohérie<sup>566</sup>, mais aussi au sein des partages ; elle assure la conservation de la substance des droits des parties dans le temps. C'est aussi pour éviter les nuisances de l'érosion monétaire sur la valeur de la masse successorale que la loi de 1971<sup>567</sup> a mis en place ce mécanisme des dettes de valeurs et aussi pour neutraliser le jeu de la libéralité, soit qu'elle soit à rapporter, soit qu'elle soit à réduire. Ce mécanisme est transposé aux hypothèses de soultes à paiement différé. Ces dettes de valeurs font entrer le facteur temporel dans le rétablissement de l'égalité à l'ouverture de la succession et dans le partage<sup>568</sup>. Comme le souligne RAYNAUD, une fois l'évaluation réalisée, la dette de valeur cesse de l'être pour devenir une dette de somme d'argent<sup>569</sup> que le repreneur devra payer : la soulte dont le paiement a été différé.

Le législateur a règlementé la réévaluation des soultes à paiement différé, mais une inégalité semble ressortir, comme dans le cadre du financement du paiement des indemnités de rapport, de réduction, ou compensatrice entre usufruitier et nu-propiétaire.

**213. Le risque d'une action en revalorisation de la soulte à paiement différé.** Selon l'article 1075-4 du Code civil, les règles relatives à la réévaluation des soultes de l'article 828 du même code applicables au partage, le sont au partage anticipé opéré par la donation-partage. Ainsi, sauf convention contraire entre les parties ou dans la donation-partage, « lorsque le débiteur d'une soulte a obtenu des délais de paiement et que, par suite de circonstances économiques, la valeur des biens qui lui sont échus a augmenté ou diminué de plus du quart depuis le partage, les sommes restant dues augmentent ou diminuent dans la même proportion (...) »<sup>570</sup>.

Lorsque le repreneur d'entreprise par donation-partage voit mise à sa charge une soulte à paiement différé, le gel de la valeur de l'entreprise obtenu par la libéralité-partage est remis en

---

<sup>566</sup> Bernard VAREILLE, *Volonté, rapport et réduction*, Préface Pierre SPITÉRI, PUF, 1988, p. 40, §48.

<sup>567</sup> Loi n° 71-523 du 3 juillet 1971, modifiant certaines dispositions du Code civil relatives aux rapports à succession à la réduction des libéralités excédant la quotité disponible et à la nullité, à la rescision pour lésion et à la réduction dans les partages d'ascendants.

<sup>568</sup> Cf. sur ce point : Jean PATARIN, « L'impossible perfection, ou les vicissitudes de l'égalité dans le partage », *In Mélanges offerts à André COLOMER*, Litec, 1993, p. 335.

<sup>569</sup> Pierre RAYNAUD, *op.cit.*, p. 611, §21.

<sup>570</sup> Art. 828 c.civ.

cause par le paiement différé. Le facteur de réévaluation n'est pas l'inflation elle-même, mais les effets de l'inflation sur la valeur du bien donné, ici l'entreprise reprise. Il faut opérer une ventilation entre les plus ou moins-values engendrées par les circonstances économiques et celles imputables au repreneur-donataire-copartagé. Le système complexe des réévaluations relatives aux donations ordinaires ci-dessus décrit, qui avait été écarté par l'acte de donation-partage, est réhabilité par l'option pour la modalité du paiement différé de la soulte. Outre la complexité de l'opération, ce sont surtout les incertitudes actuelles qui y sont intimement liées qui posent problème. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 9 mars 2011<sup>571</sup> l'illustre.

Cet arrêt consacre l'application de l'article 828 du Code civil à la réévaluation des soultes à paiement différé dues en vertu d'une donation-partage. Il a surtout vocation à préciser le moment de la réévaluation. La cour d'appel de Montpellier avait déclaré irrecevable la requête d'une donataire-copartagée en revalorisation de sa soulte à paiement différé, dans sa décision du 3 septembre 2009, au motif que l'action en réduction ne pouvait être intentée avant le décès de l'ascendant qui avait fait le partage. La Cour de cassation précise alors que « l'action en revalorisation d'une soulte (...) est étrangère à l'action en réduction ». Ainsi, cette action en revalorisation peut être introduite avant le décès du disposant. De la sorte, le donataire pourra voir mis à sa charge une soulte bien plus importante que celle déterminée dans l'acte de donation-partage. Son obligation au paiement de la soulte alourdie risque alors de remettre en cause son statut de repreneur, notamment s'il ne dispose pas des fonds nécessaires. Aussi est-il été judicieux de procéder à un paiement immédiat de la soulte.

#### **214. L'égalité du partage altérée par le financement du paiement différé de la soulte.**

Si l'on admet que le paiement différé n'est pas recommandé pour assurer la stabilité du statut de repreneur, il convient de prévoir un financement immédiat de ces soultes, soit au jour de la donation-partage, soit dans un laps de temps si court qu'il ne peut donner lieu à réévaluation.

---

<sup>571</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 mars 2011, pourvoi n° 09-71.101, *Bull. civ. 2011 I*, n° 53. V. Julie GALLOIS, « Il ne faut pas confondre revalorisation avec réduction » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 mars 2011, pourvoi n° 09-71.101, *RLDC 2011*, n° 82, p. 60 ; Michel GRIMALDI, « L'action en revalorisation d'une soulte ou d'une indemnité de réduction est étrangère à l'action en réduction » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 mars 2011, pourvoi n° 09-71.101, *RTDciv. 2011*, n° 3, p. 575 ; Vivien ZALEWSKI, « Ce que n'est pas une action en réduction : une action en paiement d'une soulte ou d'une indemnité liée à la réduction d'une libéralité faite à un successible » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 mars 2011, pourvoi n° 09-71.101, *RJPF 2011*, n° 6, p. 34.

Le repreneur qui ne disposera pas des fonds nécessaires devra alors se tourner vers un établissement de crédit, afin de trouver la somme nécessaire au paiement de cette soulte. Mais qui dit crédit, dit taux d'intérêt ; dans ce cas, le repreneur-copartagé devra assumer la charge de ce crédit. L'égalité rétablie par la soulte s'en trouve émoussée. Ceci étant, il convient de préciser que la stabilité du statut de repreneur procurée par l'acte de donation-partage n'en sera pas pour autant fragilisée.

L'insécurité semble au contraire bien plus présente lorsqu'un enfant aura été omis ou restera passif face à l'acte de donation-partage.

## 2°) L'insécurité liée à l'omission ou à la passivité d'un enfant

**215. Le risque du retour au droit commun des libéralités.** La sécurité jusqu'ici assurée par les donations-partages semble tenir essentiellement à la règle du gel des valeurs au jour de l'acte. Or, la prise en compte de cette date d'évaluation est subordonnée à la condition incontournable que la donation-partage ait été expressément acceptée par tous les héritiers réservataires<sup>572</sup>. Aussi, lorsqu'un enfant restera passif face à l'acte de donation-partage ou, pire, lorsqu'un héritier réservataire aura été omis, il conviendra de revenir au droit commun des libéralités et d'évaluer le bien au jour de l'ouverture de la succession en cas d'action en réduction.

Les enjeux de ce retour à la règle de droit commun quant à l'évaluation de l'indemnité de réduction doivent être compris. Leur appréhension permettra de conclure à l'opportunité ou non d'écarter cette règle dans le cadre spécifique de l'attribution de l'entreprise par donation-partage. Avant de présenter les pistes d'évolution susceptibles de sécuriser cette situation dans le cadre de la donation-partage d'entreprise (b), il convient de présenter ces deux hypothèses de retour à la règle du droit commun des libéralités (a).

### *a) Le retour de principe à l'évaluation du bien au jour de l'ouverture de la succession*

**216. La passivité d'un héritier réservataire.** En cas de passivité d'un enfant, les conditions imposées par l'article 1078 du Code civil instituant la règle de l'évaluation au jour de la donation-partage ne sont plus remplies, puisque tous les héritiers réservataires n'auront

---

<sup>572</sup> Cf. Art. 1078 c.civ. D'autres conditions sont précisées à cet article : tous les héritiers réservataires doivent avoir reçu un lot dans ce partage anticipé, et aucune réserve d'usufruit portant sur une somme d'argent ne doit avoir été prévue.

pas expressément accepté ce partage anticipé. Aussi, en présence d'un héritier réservataire passif, l'article 1077-1 du même code lui reconnaît le droit d'agir en réduction « s'il n'existe pas à l'ouverture de la succession des biens non compris dans le partage et suffisants pour compléter sa part de réserve ». Cette action lui permettra soit de compléter sa part<sup>573</sup>, lorsqu'au jour du décès, la consistance du patrimoine du disposant ayant fluctué, son lot non accepté ne remplira plus sa part réservataire. Il en ressort qu'un héritier réservataire peut choisir de rester passif jusqu'au décès du disposant, en espérant que son lot ait à être complété. Il va ainsi anticiper sur la valorisation du patrimoine du disposant entre le jour de la donation-partage et le jour de l'ouverture de la succession. Il pourra remettre en cause toute l'économie de la donation-partage. Aucun moyen juridique ne permet à ce jour de le contraindre à accepter ou de l'écarter.

Il faut bien ici remarquer le vide juridique. Le législateur a bien pallié la passivité d'un enfant dans le règlement d'une succession<sup>574</sup>, par le biais de la désignation d'un mandataire qui représentera l'héritier inerte, mais la solution ne saurait être transposée à la passivité d'un héritier réservataire quant à l'acceptation d'une donation-partage. En effet, seul l'héritier réservataire est titulaire de son droit, dans la succession, à obtenir la part de réserve qui lui est due ; Madame FLOUR souligne la nature subjective<sup>575</sup> de ce droit à réserve. Il est d'ailleurs inconcevable de laisser un représentant décider en ses lieu et place. En misant sur la valorisation d'un bien compris dans un lot autre que le sien, il pourrait obtenir une part de réserve plus conséquente.

Lorsque l'entreprise aura été attribuée par anticipation à un repreneur lors de l'acte de donation-partage, l'héritier réservataire passif pourra intenter une action en réduction contre la donation de l'entreprise attribuée à ce repreneur. Pour le calcul de sa part de réserve, il faudra prendre en compte la valeur de l'entreprise au jour de l'ouverture de la succession. Ainsi, l'action en réduction retrouve sa place et fragilise le statut de repreneur du donataire de l'entreprise.

---

<sup>573</sup> Aujourd'hui cette action est enfermée dans un délai légal de 5 ans à compter de la mort du disposant, comme le précise l'article 921 du Code civil. Cette disposition a pour but de sécuriser le partage, ce qui participe à l'objectif d'optimisation de la transmission de l'entreprise, puisque les remises en cause de la donation-partage comprenant l'entreprise seront enfermées dans un délai relativement court.

<sup>574</sup> Cf. Art. 841-1 c.civ.

<sup>575</sup> Cf. en ce sens : Yvonne FLOUR, « De l'égalité des héritiers dans la loi », Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ et Christine CHOAIN, *op.cit.*, p. 99.

**217. L'omission d'un enfant.** En ce qui concerne l'omission d'un enfant, trois hypothèses sont envisageables : l'enfant aura sciemment été omis soit sciemment par le partageant, soit ce dernier ne connaissait pas l'existence du premier, soit enfin aura-t-il été omis parce qu'au jour de la donation-partage il n'existait pas encore. L'apparition d'un nouvel héritier réservataire provoquait autrefois l'annulation<sup>576</sup> du partage d'ascendant. Aujourd'hui, il n'en est plus de la sorte ; cet héritier réservataire omis pourra agir en réduction, de manière à compléter ou à composer sa part héréditaire, que ce soit parce qu'il n'avait pas été conçu au moment de l'acte<sup>577</sup> ou parce qu'il n'y avait pas été appelé<sup>578</sup>.

La réserve de ce nouvel héritier ne pouvant être remise en cause, la situation paraît bloquée. Les effets sont identiques, lorsque l'action en réduction touchera le lot du repreneur, il faudra une fois de plus prendre en compte la valeur de l'entreprise au jour de l'ouverture de la succession pour le calcul de sa part réservataire.

**218. L'effet néfaste de l'absence d'acceptation d'un héritier réservataire.** La valeur de l'entreprise donnée, dans un cas comme dans l'autre, aura certainement évolué entre la date de l'ouverture de la succession et celle de la donation-partage, que ce soit dans le sens d'une valorisation ou d'une dévalorisation. Pour éviter le retour de l'entreprise en indivision, le gratifié pourra toujours désintéresser financièrement l'héritier omis ou passif, grâce au nouveau principe de la compensation en valeur<sup>579</sup>. Cependant, le transfert des risques de l'exploitation de l'activité, recherché par l'acte de donation-partage permettant de sécuriser le statut de repreneur, est ici anéanti, puisqu'à tout moment en pareilles hypothèses, le repreneur pourra se voir imposer le paiement d'une soulte à l'un de ses co-héritiers.

L'économie de l'acte de donation-partage est battue en brèche. Les praticiens ont d'ailleurs souligné le problème quant à la transmission anticipée des entreprises : « Tous les professionnels ont pourtant l'expérience de cas où à l'évidence l'intérêt de la famille passerait par la conclusion d'une donation-partage incluant, le cas échéant, l'entreprise familiale ; mais le projet ne peut aboutir parce que contre toute logique l'un des enfants s'y oppose. Il est dommageable de constater que la solution rationnelle ne peut être mise en place et que le sort

---

<sup>576</sup> L'annulation pour omission d'un enfant, lorsqu'il n'y avait pas les biens suffisants pour remplir l'omis de ses droits, est abandonnée au profit de l'action en réduction par la loi du 3 juillet 1971.

<sup>577</sup> Cf. Art. 1077-2 al. 3 c.civ.

<sup>578</sup> Cf. Art. 1077-1 c.civ.

<sup>579</sup> Le gratifié devra indemniser cet héritier réservataire, et rétablir l'égalité en valeur (Cf. Art. 924 c.civ.), soit en nature (Cf. Art. 924-1 c.civ.). V. sur ce point : §158.

d'une entreprise peut indirectement dépendre de la bonne ou mauvaise volonté de l'un des enfants »<sup>580</sup>.

Il faut bien reconnaître ici les limites de la donation-partage, qui outre la répartition, a pour finalité de fixer les valeurs, les droits de l'héritier réservataire ne pouvant être bafoués. Il ne reste alors au disposant qu'à être bien conscient de ce risque et à faire preuve de vigilance pour éviter l'omission ou le refus d'acceptation d'un de ses héritiers réservataires.

La transmission des entreprises étant au cœur des économies locales, la nécessité de favoriser leur transmission anticipée ne devrait-elle pas gouverner l'institution d'une règle spéciale en matière de donations-partages, dérogeant au retour de l'évaluation au jour de l'ouverture de la succession en cas de passivité voire d'omission d'un enfant, lorsqu'une entreprise serait comprise dans un tel acte ?

*b) De l'institution d'une règle dérogatoire visant à sécuriser la transmission anticipée de l'entreprise*

**219. Des pistes de réflexion.** Si l'on considère que la stabilité d'une entreprise, voire son évolution<sup>581</sup>, est primordiale, il faut chercher à contrecarrer le pouvoir dévastateur de l'héritier récalcitrant ou omis. Peut-on imaginer l'institution d'une règle spéciale ne permettant pas à l'héritier réservataire de bloquer le jeu de la donation-partage ? Deux pistes peuvent être explorées. Dans les deux cas, il s'agit d'écarter l'héritier réservataire récalcitrant mais cela ne peut concerner un héritier omis ou non encore conçu. En effet, l'idée est ici de préserver le sort de l'entreprise lorsqu'un héritier agira dans son seul intérêt personnel au détriment de l'intérêt commun des membres de sa famille, et de la conservation de l'entreprise au sein de celle-ci. L'enfant omis ou non conçu n'étant par définition pas appelé à l'acte de donation-partage, il ne peut lui être reproché de contrevenir à cet intérêt commun<sup>582</sup>, puisqu'au moment de l'acte il ne pouvait y participer.

La première piste consiste à s'interroger sur le terrain de l'indignité de l'héritier récalcitrant. La sanction de l'héritier récalcitrant serait la perte de sa vocation héréditaire. Est-il possible et

---

<sup>580</sup> Cf. Pierre BERGER et Rosa RICHE, « Les nouvelles donations-partages », *JCP N 2006*, n°38, 1303, p. 1667, §25.

<sup>581</sup> L'évolution et la productivité doivent bien sûr être encouragées d'un point de vue économique, étant généralement les moteurs de la création d'emplois.

<sup>582</sup> Nous entendons par les termes « d'intérêt commun des membres de la famille » celui de préserver l'entreprise au sein de la famille, entre les membres concourant ou appelés à l'acte de donation-partage.

juste de taxer d'indignité l'héritier faisant prévaloir son intérêt individuel sur l'intérêt commun des membres de sa famille ? Une telle piste doit rapidement être écartée. En effet, l'article 726 du Code civil, définissant les cas d'indignité, ne vise que les héritiers ayant été condamnés à des peines criminelles pour avoir attenté à la vie du disposant. Ainsi, une simple volonté contraire de l'héritier récalcitrant ne saurait être assimilée aux faits visés par l'article précité ; de plus, la condamnation par un tribunal de cet héritier à des peines criminelles ferait ici défaut. Cette sanction serait donc inappropriée, et même abusive.

La seconde piste consiste à établir une règle dérogatoire au retour à l'évaluation au jour de l'ouverture de la succession. Il est possible d'envisager de créer une règle dérogatoire relative à l'évaluation des biens donnés subordonnant l'évaluation de la part de réserve de l'héritier réservataire récalcitrant. Monsieur HALLOUIN exprime aussi cette idée mais dans une autre perspective<sup>583</sup> : « Pour faciliter la transmission [des entreprises], il faut, comme pour l'enfant handicapé pouvoir créer des inégalités plus fortes que la normale »<sup>584</sup>. Une telle disposition favoriserait indirectement la transmission des entreprises, en sécurisant le statut de repreneur du donataire-copartagé. Si la part de réserve de l'héritier récalcitrant est respectée et si l'intérêt de la famille et l'intérêt de l'entreprise familiale requièrent la mise en place des modalités de la donation-partage, le pouvoir d'un seul héritier réservataire de remettre en cause la volonté commune de tous les autres membres de la famille paraît exorbitant. De plus, il risque de mettre en péril la conservation de l'entreprise au sein du patrimoine familial, voire la pérennité de l'entreprise qui devra alors parfois subir à nouveau une opération de transmission.

**220. Proposition d'une règle dérogatoire.** La règle spéciale proposée est, qu'en cas de donation-partage comprenant l'attribution à un héritier de l'entreprise du disposant, la date d'évaluation à retenir pour le calcul de la réserve et son imputation est celle de la donation-partage, même lorsque l'un seulement des héritiers réservataire n'y a pas consenti.

Cependant, cette règle dérogatoire devrait ainsi être conditionnée :

- l'héritier réservataire récalcitrant doit être le seul héritier réservataire à ne pas avoir accepté la donation-partage ;
- la donation-partage doit remplir sa part de réserve ;

---

<sup>583</sup> Celle d'ouvrir la donation-partage au tiers aux fins de reprise de l'entreprise.

<sup>584</sup> Jean-Claude HALLOUIN, *L'anticipation – Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, op.cit., p. 107. V. n.b.p. n° 35.

- la donation-partage doit enfin prévoir l'attribution de l'entreprise individuelle ou des droits sociaux du disposant à un autre héritier réservataire ou à un héritier présomptif.

Ces trois conditions cumulées, le refus d'acceptation de l'héritier réservataire récalcitrant contreviendrait alors à l'intérêt commun des membres de la famille, c'est-à-dire à l'attribution définitive de l'entreprise dans le cercle familial<sup>585</sup> et à la conservation des biens en son sein.

Cette proposition permettrait de stabiliser le repreneur dans son statut et le mettrait à l'abri de toute réévaluation de l'entreprise aux fins du calcul de la part de réserve d'un cohéritier récalcitrant. Le gel des valeurs serait conservé, permettant d'assurer un transfert définitif des risques de l'exploitation. L'intérêt commun des membres de la famille semble devoir primer l'intérêt personnel d'un seul de ses membres. La continuité d'une entreprise permet de justifier la primauté de cet intérêt commun sur l'intérêt personnel.

Cette règle dérogatoire et spécifique à la transmission anticipée de l'entreprise par donation-partage ne serait pas la première. En effet, le législateur a déjà depuis longtemps pris en compte la spécificité de l'entreprise, afin d'en faciliter la transmission par donation-partage ; c'est précisément les dispositions qu'il faut maintenant examiner.

## **SECTION II – LA REPRISE PAR UN TIERS FAVORISÉE PAR LES DISPOSITIONS DÉROGATOIRES**

**221. Le tiers, invité à l'acte de famille.** En visant spécifiquement l'entreprise, le législateur autorise le tiers à entrer dans le cercle familial, comme nous avons pu le voir lorsqu'il a été question d'aborder l'approche directe de l'entreprise<sup>586</sup>. Cependant, la réflexion à mener est ici différente, car s'il s'agissait alors d'analyser la prise en compte de l'entreprise par le droit civil, l'étude a maintenant pour ambition d'illustrer en quoi les règles des donations-partages, spécifiques à l'entreprise, favorisent leur transmission anticipée.

**222. La délimitation de l'accès du tiers à la reprise par donation-partage.** Cette invitation du tiers à l'acte de donation-partage est tout d'abord déconcertante et pourrait en premier lieu être analysée comme une intrusion puisqu'au regard des enjeux et de l'évolution du droit de la famille, le tiers a toujours été exclu de l'affaire de famille que représentait

---

<sup>585</sup> Il faudrait effectivement que l'entreprise soit obligatoirement conservée au sein de la famille ; à défaut la passivité de l'héritier réservataire serait totalement compréhensible.

<sup>586</sup> Cf. §33.

l'ancien partage d'ascendants. Cette ouverture, initiée par le souci d'assurer la continuité de l'exploitation des activités économiques, a été progressive. En permettant au disposant de désigner un tiers comme attributaire de son entreprise, le législateur en facilite la transmission et plus particulièrement son anticipation. Au-delà du cercle familial, le chef d'entreprise peut encore procéder par donation-partage pour trouver un repreneur. La donation-partage devient alors le vecteur civiliste du transfert de propriété du fonds ou des droits sociaux<sup>587</sup>, représentatif(s) de l'entreprise.

Afin de toujours davantage favoriser l'accès du tiers à la reprise d'entreprises par les donations-partages, le législateur n'a de cesse que d'assouplir les conditions de désignation (§I), ce qui facilite d'autant le choix du disposant. Par ailleurs, afin de proposer les meilleures conditions de reprise possibles à ce tiers et afin d'adapter cet outil de transmission aux différents cas d'espèce, le législateur offre à ce tiers différentes modalités de reprise (§II).

### ***§I – La dénaturation du droit des libéralités-partages***

**223. La mise en adéquation du droit des donations-partages à l'accès du tiers à la reprise.** Ces développements tendent à démontrer que la technique de la donation-partage est un instrument qui mérite d'être vulgarisé et promu auprès des chefs d'entreprises quant à la flexibilité qu'elle offre dans l'anticipation de la transmission des entreprises, anticipation essentielle pour atteindre l'objectif de continuité des activités économiques. La désignation d'un tiers en tant qu'attributaire d'une entreprise n'est pas une disposition originaire des donations-partages, mais instituée par la loi du 5 janvier 1988<sup>588</sup>. Les réformes postérieures n'auront de cesse d'assouplir les conditions de cette désignation. Il en ressort une vraie volonté du législateur de favoriser l'anticipation. Au fil des législations, la dénaturation de l'institution est remarquable ; autrefois subordonnée à la présence de deux enfants (A), il est désormais possible d'attribuer une entreprise à un tiers par donation-partage, en présence d'un enfant unique (B).

---

<sup>587</sup> Il conviendra d'y ajouter la possibilité de transférer par cette technique la propriété du patrimoine affecté.

<sup>588</sup> Loi n°88-15 du 5 janvier 1988 relative au développement et à la transmission des entreprises.

## **A – L’ancienne condition restrictive de l’existence de deux enfants du prédécesseur – Le dispositif détourné**

**224. L’ouverture de l’acte au tiers.** L’ancien article 1075 alinéa 3 du Code civil<sup>589</sup>, issu de la loi du 5 janvier 1988<sup>590</sup>, offrait déjà aux disposants la possibilité d’attribuer une entreprise à un tiers par donation-partage. En effet le texte disposait que : « Si leurs biens comprennent une entreprise individuelle à caractère industriel, commercial, artisanal, agricole ou libéral, les père et mère et autres ascendants peuvent, (...), en faire sous forme de donation-partage, la distribution et le partage entre leurs enfants et descendants et d’autres personnes ». Ainsi s’est vue consacrée la possibilité d’appeler un tiers à une donation-partage en cas d’attribution d’une entreprise individuelle.

Il s’agit là d’une spécificité de l’opération de transmission de l’entreprise. En effet, ce n’est que parce qu’une entreprise individuelle fait partie du patrimoine du disposant que l’on admet qu’il puisse l’attribuer à un tiers par acte de donation-partage. L’objectif était ici de permettre un plus grand nombre de transmissions d’entreprises par le biais de cette technique transmissive et, surtout, de les faciliter en faisant « bénéficiaire tout repreneur à titre gratuit d’une entreprise des avantages fiscaux de la donation-partage, dès lors que la transmission peut effectivement prendre la forme d’une telle donation-partage »<sup>591</sup>. Ainsi, un chef d’entreprise sans enfant, souhaitant conserver son entreprise dans le patrimoine familial, pouvait déjà procéder par donation-partage pour gratifier un collatéral, ou un proche qui aurait participé activement au développement de son entreprise.

La donation-partage, institution destinée à régler par avance la succession d’un parent entre ses enfants, est révolutionnée par la loi du 5 janvier 1988 sur le développement et la transmission des entreprises, puisqu’elle permet à un tiers d’être appelé à une donation-partage comprenant une entreprise individuelle. Cette loi permet au tiers de participer à une opération confidentielle, qui ne se déroule normalement qu’entre membres d’une même famille. La dénaturation est d’autant plus grande que la loi ne précise si le tiers doit être une

---

<sup>589</sup> Selon l’ancien article 1075 alinéa 3 du Code civil, il fallait, comme aujourd’hui, que les biens corporels et incorporels affectés à l’exploitation de l’entreprise entrent dans cette donation-partage, et que celle-ci n’attribue à ces héritiers présomptifs autres que réservataires, ou tiers, que la propriété de tout ou partie de ces biens ou leur jouissance.

<sup>590</sup> Loi n° 1988-15 du 5 janvier 1988 relative au développement et à la transmission des entreprises.

<sup>591</sup> Michel DAGOT, « Un cas particulier de donation-partage », *JCP N 1988*, I, p.107, §2.

personne physique, laissant ainsi la possibilité à une personne morale d'entrer dans les affaires de famille.

**225. L'assimilation du tiers à l'enfant.** Déjà en 1988, les textes précisait que le partage d'ascendant faisant intervenir un tiers attributaire de l'entreprise devait se dérouler « dans les mêmes conditions et avec les mêmes effets ». Le tiers-donataire devait donc être traité comme un successible, c'est-à-dire qu'il pouvait se prévaloir des mêmes droits et devait répondre aux mêmes obligations. Il était traité comme les propres enfants du disposant. Pourtant, les esprits étaient gênés par le fait qu'un étranger à la famille puisse prétendre aux mêmes privilèges qu'un héritier réservataire, comme par exemple la possibilité de se prévaloir de la réduction en valeur. La doctrine<sup>592</sup> l'avait relevé. Aujourd'hui, le principe étant la réduction en valeur, le cas de conscience a disparu. Le tiers-donataire, devant être traité comme un successible, peut, dès lors, indemniser ses codonataires au moyen d'une soulte. Cette soulte est traitée comme celles versées entre codonataires successibles : elle n'est donc pas soumise aux droits de mutation à titre onéreux<sup>593</sup>.

Cependant la loi du 5 janvier 1988<sup>594</sup> subordonnait l'attribution d'une entreprise à un tiers par donation-partage à la présence de deux descendants et ce, jusqu'en 2006. L'ancien article 1075 alinéa 3 du Code civil précisait qu'en présence d'une entreprise dans le patrimoine des disposants, les ascendants pouvaient prévoir « la distribution et le partage entre leurs enfants et descendants et d'autres personnes ». Il devait, en effet, y avoir au moins deux descendants pour attribuer, par donation-partage, l'entreprise à un tiers. Toutefois, le tiers devant être traité comme un successible, la doctrine en avait conclu que, bien qu'il faille constater l'existence de deux enfants au moins, il suffisait qu'un seul soit appelé en concomitance avec le tiers, pour que la donation-partage soit valable et produise ses effets<sup>595</sup>.

La donation-partage est, dès lors, détournée de sa vocation première : la répartition qui doit normalement régler une situation entre plusieurs frères et sœurs, peut désormais régler la répartition des biens d'un disposant entre l'un de ses enfants uniquement (pourvu qu'il en

---

<sup>592</sup> Bernard MAUBRU, « La donation-partage avec soulte : un mode de transmission de l'entreprise individuelle », *JCP N 1989*, I, p. 17, §1.

<sup>593</sup> Ce point a d'ailleurs été confirmé à l'époque lors des questions de l'Assemblée nationale par le Ministre de l'économie et des finances. Cf. Rép. Quest. Écrite n° 307 : J.O. déb. Ass. Nat. 19 septembre 1988, p. 2593.

<sup>594</sup> Loi n° 1988-15 du 5 janvier 1988 relative au développement et à la transmission des entreprises.

<sup>595</sup> Cf. sur ce point Georges MORIN, « L'ouverture de la donation-partage à des personnes n'ayant pas la qualité d'enfants ou de descendants du disposant », *Defrénois 1988*, art. 34152, p. 145, §6.

existe plusieurs) et un parfait étranger. La loi du 23 juin 2006<sup>596</sup> ne fera qu'accroître cette tendance, faisant du détournement une dénaturation, puisqu'elle assouplit encore les possibilités de désignation d'un tiers-repreneur d'entreprise, par le biais d'une donation-partage : l'opération est désormais possible en cas d'enfant unique.

## **B – La condition ramenée à l'existence d'un seul enfant – Le dispositif dénaturé**

**226. Un partage sans copartageants naturels.** Le nouvel article 1075-2 du Code civil va renforcer cette dénaturation et, par là-même, servir l'objectif d'anticipation de la transmission des entreprises. Il précise que le disposant peut prévoir une donation-partage « entre le ou les donataires visés [aux articles 1075 et 1075-1] et une ou plusieurs autres personnes ». La condition de l'existence d'une pluralité d'enfants ayant été supprimée, cela laisse clairement entendre qu'une donation-partage est désormais possible entre un fils unique et un tiers lorsqu'elle comprend une entreprise.

Si la notion de donation est bien présente, qu'en est-il de celle de partage ? Rappelons que le partage est une opération qui met fin à une situation d'indivision. La donation-partage est censée prévenir cette situation d'indivision, mais où devait-il y avoir indivision entre un enfant unique et un étranger à la famille ?

**227. Un partage sans intervention d'un héritier naturel.** Pour aller plus loin encore, et pousser le droit successoral dans ses retranchements, on sait que la donation-partage prend vie par l'acceptation d'un seul donataire<sup>597</sup>. L'acceptation du seul tiers, étranger à la famille, devant être traité comme tout autre descendant, suffirait donc à permettre la mise en œuvre des stipulations de la donation-partage, même si l'intégralité de ses effets ne peut être procurée. On constate ainsi que la donation-partage est détournée de sa vocation première, puisque là où l'acte n'aurait pas été possible ni envisageable sans l'intervention du tiers, il le devient. La sécurité de l'anticipation ne sera pas des plus assurées, mais la théorie juridique permet de mettre en lumière le paradoxe que crée l'anticipation dans cette technique civiliste.

On peut constater les atteintes portées au droit successoral mais il faut admettre que le procédé est remarquable du point de vue de l'optimisation de la transmission de l'entreprise et de l'anticipation de cette opération. La donation-partage ayant pour origine la répartition des

---

<sup>596</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités.

<sup>597</sup> Cf. Civ., 8 décembre 1948, aff. Gougay, *D. 1949*, p. 145, note Henri LALOU.

biens des parents entre leurs enfants, a évolué vers l'acte de répartition des biens d'un disposant entre les différents membres de sa famille. Aujourd'hui, il faut bien reconnaître la dénaturation de cette institution puisqu'elle permet d'aboutir à l'attribution à un tiers de biens représentatifs de l'entreprise du disposant, tout en ignorant totalement certains membres de la famille. Plus encore, la donation-partage, vue comme un acte d'autorité parentale, « exprime à présent l'autorité d'un propriétaire maître du partage de ses biens »<sup>598</sup>.

Si Monsieur LÉCUYER démontre dans l'une de ses études que le droit patrimonial de la famille et le droit de l'entreprise « pourraient servir les mêmes intérêts, et notamment œuvrer dans l'intérêt de la famille, immédiatement pour le droit patrimonial de la famille, médiatement, pour le droit de l'entreprise »<sup>599</sup>, on observe qu'ils œuvrent aussi tous deux dans l'intérêt de l'entreprise. La remarque ci-dessus rapportée permet de le constater vis-à-vis du droit de la famille, et il n'y a point lieu de le démontrer vis-à-vis du droit de l'entreprise.

Ainsi, il est clair que la donation-partage offre de plus en plus de possibilités au chef d'entreprise quant à la désignation de son repreneur. La souplesse relevée est réellement au cœur de la disposition dérogatoire, puisque relative à l'intégration des personnes lorsqu'elle touche les conditions de désignation du tiers repreneur à la reprise de l'entreprise, elle ressort aussi des modalités de reprise proposée au prédécesseur et au repreneur.

## ***§II – La spécialisation du droit des libéralités-partages***

**228. La multiplicité des hypothèses de transmissions engendrées par les modalités de reprise.** Selon l'alinéa 2 de l'article 1075-2 du Code civil instituant les modalités de la donation-partage de l'entreprise individuelle ou de droits sociaux à un tiers, « cette libéralité est faite sous réserve que les biens corporels et incorporels affectés à l'exploitation de l'entreprise ou les droits sociaux entrent dans cette distribution et ce partage, et que cette distribution et ce partage aient pour effet de n'attribuer à ces autres personnes que la propriété ou la jouissance de tout ou partie de ces biens ». Ainsi la donation-partage peut emporter attribution au tiers de tout ou partie de la propriété de l'entreprise (A), c'est-à-dire en transmettre de manière couplée tout ou partie des capitaux constitutifs de l'entreprise et de leur gestion, ou bien sa seule propriété ou encore la seule jouissance de celle-ci, à savoir sa gestion uniquement (B).

---

<sup>598</sup> Michel GRIMALDI, *op. cit.*, p. 2551. V. n.b.p. n° 44.

<sup>599</sup> Hervé LÉCUYER, « Entreprise et famille », *op. cit.*, V. n.b.p. n° 130.

## **A – Les désaffectations comme modalité de transmission**

**229. La possibilité de désaffecter certains biens ou de diviser les participations.** Le disposant ayant la possibilité de ne transmettre au tiers qu'une partie « de la propriété des biens corporels ou incorporels affectés à l'exploitation de l'activité »<sup>600</sup>, le tiers ne recevra pas forcément la totalité de l'entreprise. Le texte précise que les personnes autres que les héritiers présomptifs peuvent recevoir cette entreprise en « tout ou partie ». Cela implique que le donateur pourra se réserver une partie des biens affectés à l'exploitation de l'entreprise ou une fraction des droits sociaux. Il pourra aussi les attribuer à un autre donataire ou conserver un bien particulier, comme l'immeuble où est exploitée l'entreprise, et ainsi percevoir un loyer qui lui assurera un complément de retraite.

La donation-partage au tiers de « tout ou partie » de l'entreprise recouvre alors trois acceptions, dont deux sont reconnues par le législateur (l'entreprise exploitée en la forme individuelle classique et celle exploitée sous la forme sociétaire), et une troisième qu'il devrait reconnaître dans un souci d'harmonisation du droit des successions et libéralités et du droit de l'entreprise (l'entreprise exploitée sous forme de patrimoine affecté). Nos précédents propos avaient pour base de réflexion la transmission de la totalité de l'entreprise par le disposant, soit selon la forme, le fonds dans son entier avec la totalité des biens le composant ou bien l'intégralité des droits sociaux détenus, ou encore le patrimoine affecté dans son entier. Le législateur proposant de ne transmettre au tiers qu'une « partie de ces biens », il convient de réfléchir aux opportunités qu'une telle modalité offre, afin de parfaire notre avis sur l'adéquation de la technique à la transmission anticipée des entreprises.

**230. La donation-partage d'une partie de l'entreprise individuelle au tiers.** La donation-partage d'une partie de l'entreprise individuelle au tiers implique la transmission à titre particulier de l'un des éléments ou de certains des éléments composant le fonds constitutif de l'entreprise transmise, ou encore d'un bien non compris dans le fonds mais affecté à l'exploitation de l'activité.

Le législateur permet ainsi au disposant de transmettre au tiers seulement certains des éléments affectés à l'exploitation de l'entreprise individuelle. Les biens nécessaires à l'exploitation de l'activité seront transmis en vue d'assurer la pérennité de l'entreprise. À défaut, l'exploitation de l'activité risquerait de s'enrayer, la survie de l'entreprise individuelle et la constatation de l'existence du fonds pourraient être menacées, et l'acte d'anticipation,

---

<sup>600</sup> Cf. Art. 1075-2 al.2 c.civ.

remis en cause. Les biens qui ne sont qu'utiles mais pas nécessaires pourront être écartés de la transmission de l'universalité de fait.

Une telle organisation de la transmission du patrimoine permet de transmettre l'intégralité du fonds à un tiers, tout en attribuant, à l'un de ses héritiers, un des éléments que le disposant avait antérieurement affecté à l'activité de l'entreprise, tel un immeuble (bien qu'il n'ait assurément jamais été compris dans le fonds, ce dernier ne pouvant comprendre les immeubles). L'héritier louera l'immeuble où est exploitée l'activité au tiers-repreneur, ce qui permet au disposant d'assurer la continuité de son entreprise, tout en gratifiant l'un de ses héritiers et en lui assurant des revenus. Cette possibilité participe de l'objectif poursuivi par le législateur de conservation des biens dans les familles, que prend en compte le droit des successions et libéralités.

Cette opération combinée à un démembrement de propriété de l'immeuble attribué à l'héritier permettra au disposant de se réserver l'usufruit de l'immeuble qu'il pourra alors louer au repreneur. De la même manière, le disposant pourra décider de ne transmettre au tiers qu'une partie des droits sociaux ou de la fraction de droits sociaux qu'il détient.

**231. La donation-partage d'une partie des droits sociaux ou d'une fraction de ceux-ci au tiers.** À l'instar de l'entreprise individuelle, le disposant peut désormais attribuer au tiers une fraction seulement des droits sociaux, représentatifs d'une entreprise, qu'il détient. Il en ressort la possibilité de diviser les participations.

La survie du dispositif déjà subordonnée à la détention d'une fraction minimale de droits sociaux représentatifs du capital, préconisée antérieurement<sup>601</sup>, implique que le disposant détienne, dès l'acte de donation-partage, une partie du capital social assez importante qui lui permette d'en attribuer une fraction à l'un de ses héritiers et, l'autre partie, au tiers. L'intérêt est alors de conserver le titre d'associé ou d'actionnaire dans le patrimoine familial. Dans le même temps, la participation serait diluée, ce qui ne favorise pas forcément le fonctionnement de la société. Cependant, un disposant majoritaire pourra instaurer un équilibre des pouvoirs entre ce tiers qu'il « faut » faire entrer dans la société et son héritier.

**232. Pour une donation-partage d'une partie du patrimoine affecté au tiers.** Concernant la transmission du patrimoine affecté, il sera ici soutenu, comme précédemment, que l'extension de la donation-partage d'entreprise au tiers doit être étendue à cette nouvelle forme juridique.

---

<sup>601</sup> Cf. §48s.

Est-il possible de n'attribuer au tiers qu'une partie du patrimoine affecté ? Il semble que cette modalité devrait permettre au disposant de désaffecter certains biens du patrimoine affecté à l'exercice de l'activité professionnelle, préalablement à l'acte de donation-partage. Cette désaffectation partielle impliquerait que le disposant procède à une déclaration de désaffectation du ou des biens qu'il souhaite détacher. Il devra y procéder avant le dépôt de la déclaration de transfert. Une telle désaffectation serait cependant inopposable aux créanciers du patrimoine affecté détenant une créance née antérieurement au dépôt de cette déclaration. Dans ce cas la désaffectation serait bien entendu limitée aux seuls biens non nécessaires à l'exercice de l'activité, sans quoi le patrimoine ne permettrait plus à lui seul d'assurer la poursuite de l'activité et l'institution serait dénaturée<sup>602</sup>. Seuls les biens utiles à la poursuite de l'activité ou même ceux qui ne le sont pas pourraient ainsi être désaffectés. Peu avantageuses du point de vue du développement de l'entreprise et du maintien des moyens de production, ces désaffectations pourraient tout de même avoir un intérêt : permettre au disposant de récupérer certains biens afin de les réattribuer à ses héritiers.

**233. La souplesse de la modalité permettant d'optimiser la transmission de l'entreprise.** La modalité consistant à ne transmettre qu'une partie de l'entreprise confère une certaine souplesse au dispositif, tout en offrant l'opportunité de la transmission de l'entreprise alliée au respect des droits des héritiers réservataires. L'acte anticipatoire de transmission peut ainsi être davantage verrouillé. La situation juridique de reprise pourra être stabilisée au mieux et, par conséquent, la pérennité de la reprise favorisée. L'optimisation poursuivie par l'anticipation pourra plus facilement être atteinte.

En outre, cette première double modalité permettant au disposant d'attribuer au tiers tout ou partie de son entreprise n'est pas la seule possibilité conférée par le dispositif légal. Le disposant pourra aussi limiter l'attribution au tiers à la seule jouissance de l'entreprise et ne lui en confier ainsi que la gestion.

## **B – La transmission optimisée par la dissociation de la gestion**

**234. La possibilité de réserver ou de ne confier que la gestion de l'entreprise.** Le disposant peut aussi n'attribuer à ce tiers que « la propriété ou la jouissance » des biens représentatifs de l'entreprise à transmettre. Il s'agit dans ce cas d'un outil particulièrement avantageux du point de vue de la gestion patrimoniale de l'entreprise, qui permet d'isoler la

---

<sup>602</sup> V. sur les possibilités d'affectation et de désaffectation : Deen GIBIRILA, « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée après les textes de décembre 2010 », *BJS 2011*, n° 3, p. 234.

transmission du capital de la transmission du pouvoir, ou la transmission de la propriété de la transmission de la gestion de l'entreprise. En effet, en attribuant uniquement la propriété de l'entreprise à un tiers, le disposant pourra continuer à gérer son entreprise et en percevoir les fruits. Plus encore, en attribuant uniquement la jouissance de l'entreprise à ce tiers, il peut en attribuer la propriété à l'un de ses enfants sans lui laisser le poids de sa gestion. L'entreprise sera alors conservée au sein de la famille. Enfin, pourra n'être confiée au tiers qu'une jouissance temporaire, ce qui permettra de préparer un enfant à la reprise de l'entreprise en lui transmettant, dans un premier temps, seulement la propriété.

### **235. « La jouissance ou la propriété » visées par le législateur : les droits démembés.**

Les techniques juridiques permettant au disposant d'attribuer au tiers la jouissance de l'entreprise doivent en premier lieu être énoncées. Il faut pour cela rappeler la définition de la « jouissance », afin de comprendre celle qui est ici visée par le législateur. Selon le premier sens relevé par CORNU dans son dictionnaire, la jouissance est l'ensemble « des bénéfices et avantages divers attachés à la possession (au sens large) d'un bien ou d'un patrimoine »<sup>603</sup>. La problématique se trouve alors reportée sur le sens des termes « la possession d'un bien ou d'un patrimoine » ; la « possession » est définie dans le même ouvrage comme le « pouvoir de fait consistant à exercer sur une chose des prérogatives correspondant à un droit réel autre que la propriété (ex. à se comporter en usufruitier ou en bénéficiaire d'une servitude) avec l'intention de s'affirmer titulaire de ce droit (*animus*) »<sup>604</sup>.

La possession étant un droit réel différent de la propriété, il convient de s'interroger sur le champ d'application de cette possession et les droits qu'elle vise aux titres des « droits réels autres que la propriété ». Quels sont ces autres droits réels ?

Toujours selon le même dictionnaire, le droit réel est un « droit qui porte directement ou indirectement sur une chose (*jus in re*) et procure à son titulaire tout ou partie de l'unité économique de cette chose, ex. la propriété est le droit réel le plus complet »<sup>605</sup>. Y sont cités à titre d'illustration : l'usufruit, la servitude, l'usage, le droit de suite, le droit de préférence, l'accessoire, et l'affouage réel. Selon Messieurs ZÉNATI-CASTAING et REVET<sup>606</sup>, « la nomenclature des droits réels », qu'ils soient principaux ou accessoires, serait ainsi composée : de l'usufruit (le plus complet), du droit d'usage (usufruit personnel) et du droit

---

<sup>603</sup> Cf. Gérard CORNU, *op.cit.*, p. 520, ss « Jouissance », 1. V. n.b.p. n° 135.

<sup>604</sup> Cf. Gérard CORNU, *op.cit.*, p. 696, ss « Possession », 2. V. n.b.p. n° 135.

<sup>605</sup> Cf. Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 780, ss « Réel », « droit réel ». V. n.b.p. n° 135.

<sup>606</sup> Frédéric ZÉNATI- CASTAING et Thierry REVET, *Les Biens, op. cit.*, p. 459 et s., § 297 et s., V. n.b.p. n° 260.

d'habitation (usufruit personnel portant sur une habitation), des servitudes (droits réels immobiliers), du droit du preneur à bail (comportant le droit de suite, le droit d'usage et le droit au fruit), du droit du preneur à bail emphytéotique ou à construction, de la concession immobilière, de l'hypothèque, de l'antichrèse, du gage et du nantissement.

Parmi ces droits réels existants en droit français, il semblerait que seul le louage et l'usufruit soient à retenir au titre des techniques applicables aux droits sociaux, au fonds, et bientôt aux patrimoines affectés. Cependant, le louage implique le paiement d'un prix<sup>607</sup>. Aussi, le disposant ne peut par donation-partage mettre à disposition du tiers la jouissance de l'entreprise par l'intermédiaire d'un contrat de bail. La technique de la donation, subordonnée à l'intention libérale, ne peut être conciliée avec celle de la location, dénuée de gratuité. Ainsi, n'est visé, au titre de la « jouissance » que peut donner le disposant au tiers-repreneur d'une entreprise, que l'usufruit, la nue-propiété étant elle aussi visée mais au titre de la « propriété ». Le disposant pourra indifféremment donner l'usufruit ou la nue-propiété de son fonds, de ses droits sociaux ou de son patrimoine affecté au tiers, et se réserver l'autre ou encore la donner à un descendant. Voilà, les différentes modalités offertes au disposant souhaitant donner son entreprise dans le cadre de la donation-partage. En offrant la possibilité d'appeler un tiers à la reprise d'une entreprise, et en combinant cette possibilité au démembrement de propriété, le dispositif vise un maximum de situations d'espèce.

**236. De la situation de l'héritier-nu-propiétaire de l'entreprise.** Le disposant pourra par cette technique du démembrement de propriété, gratifier son héritier de la nue-propiété de l'entreprise, ce qui permettra éventuellement de remplir tout ou partie de sa part de réserve. Cette possibilité est tout à fait pertinente dans le cadre d'une donation-partage, acte participant du processus global d'anticipation de la transmission du patrimoine du disposant. Cet héritier aura bien sûr vocation à retrouver la propriété plénière de l'entreprise, soit au décès de l'usufruitier, soit au terme de la convention d'usufruit annexée à l'acte de donation-partage. Cette seconde hypothèse sera ici retenue, car présentant une meilleure vocation anticipatoire. Le temps du démembrement de propriété, l'héritier sera nu-propiétaire ; il obtiendra la pleine propriété et la gestion corrélative à l'extinction de l'usufruit. Il sera nu-propiétaire du fonds, des droits sociaux, ou du patrimoine affecté.

Un tel montage permet de décomposer l'opération de transmission de l'entreprise en deux temps, en instituant une période transitoire pendant laquelle l'entreprise sera démembrée afin

---

<sup>607</sup> Cf. Art. 1709 c.civ.

d'en confier la gestion à un tiers, tout en prévoyant la passation de pouvoir à l'héritier pressenti par le disposant lors de la réunion de la pleine propriété à son profit. Au-delà de l'intérêt fiscal lié à la réduction de l'assiette taxable induite par le démembrement de propriété, l'attribution de l'usufruit portant sur une entreprise, par donation-partage à un tiers, participe de l'anticipation de la transmission de l'entreprise.

Ainsi la donation-partage comportant attribution des supports juridiques de l'entreprise au tiers présente différentes possibilités d'anticipation. Le disposant pourra alors user de la flexibilité de la technique pour optimiser au mieux la transmission anticipée qu'il organise. Cette flexibilité participe de l'adéquation de la technique à la transmission anticipée des entreprises.

\*

\* \*

**237. L'adéquation de la donation-partage à l'objectif d'optimisation de la transmission anticipée de l'entreprise.** En définitive, la technique des donations-partages permet au disposant de désigner le repreneur de son entreprise. Cette technique favorise l'anticipation du départ du chef d'entreprise et la transmission anticipée de son bien ; le législateur semble aussi la promouvoir en tant que technique de désignation anticipée des repreneurs d'entreprises. En effet, il ne cesse d'élargir son champ d'application.

Le droit commun des donations-partages crée un contexte favorable à la transmission anticipée des entreprises ; les dispositions spécifiques en font une technique adéquate de transmission à titre gratuit. La donation-partage a su prendre en compte les spécificités de l'entreprise. C'est cette combinaison du droit commun au droit spécial des donations-partages d'entreprises, qui de notre point de vue, permet de faire passer les donations-partages du rang de technique adaptée, à celui de technique adéquate à la transmission anticipée de l'entreprise. Au-delà de la pérennité de la désignation du repreneur, c'est la pérennité même de l'entreprise qui tend à être assurée. L'anticipation produite par la mise en œuvre de l'acte de donation-partage est ainsi sécurisée et satisfait aux enjeux de la transmission des entreprises.

\*

\* \*

**238. L’opportunité de l’anticipation de la transmission de la propriété par les techniques civilistes.** Pour analyser les incidences de l’application des techniques civilistes à la transmission anticipée des entreprises, il a fallu comprendre quelle était l’approche de l’entreprise en droit civil. Le droit civil se rapproche tout d’abord de la vision commercialiste, puisqu’il appréhende les diverses formes juridiques d’exploitation de l’entreprise, à l’exception de l’entreprise individuelle à patrimoine affecté dont le législateur civil ne semble pas encore s’être actualisé, du moins en droit des libéralités et libéralités-partages. Le concept civiliste de l’entreprise se détache quelque peu de l’approche commercialiste lorsqu’après avoir étudié le contenant, le droit civil en appréhende le contenu. Se référant aux notions qui lui sont propres *d’état* et de *changements d’état*, le droit civil a une approche uniquement patrimoniale de l’entreprise, et plus large que celle recouvrant l’acception du droit commercial. C’est particulièrement vrai en ce qui concerne l’entreprise individuelle qu’il n’assimile pas seulement au fonds, mais à tous les éléments affectés à l’exercice de l’activité de ladite entreprise. Le concept d’entreprise se trouve ainsi précisé et se rapproche un peu plus d’une notion.

Quant à l’application des techniques qu’il a fallu envisager après l’appréhension de l’objet, le constat est assez mitigé. Si les donations ordinaires permettent une anticipation effective, les donations substitutives sont à bannir. La rigidité dont elles sont empreintes ne permet pas d’assurer la poursuite de l’activité de l’entreprise. La donation-partage se présente *a contrario* comme une technique adéquate à la transmission anticipée de la propriété de l’entreprise. Par une approche spécifique, le dispositif en permet la transmission anticipée au sein de l’opération globale de transmission des biens du disposant. De surcroît, en plus d’assurer comme les donations, l’effectivité de la transmission, elle en assure la sécurité et permet une certaine modularité dans la gestion de l’entreprise transmise. La technique offre ainsi la possibilité de traiter des deux aspects de la transmission de l’entreprise : en anticiper le transfert de propriété et permettre l’organisation de sa gestion qu’il convient à présent d’analyser à travers le prisme de l’anticipation.

## PARTIE II – L’ANTICIPATION DE LA TRANSMISSION DE L’ACTIVITÉ

**239. La transmission de l’activité dissociée de la transmission de la propriété de l’entreprise.** Si la transmission anticipée de l’entreprise a été examinée ci-avant, il s’agit maintenant d’analyser l’anticipation de sa transmission. Le concept d’anticipation se trouve ici empreint des notions de prévision et de stratégie. Les actes du *présent* emporteront des effets de droit dans le *futur* ; ils peuvent aussi emporter des effets de droit immédiats, tout en ayant pour objectif la production d’effets futurs recherchés et indispensables pour parfaire l’opération envisagée. *Présent* et *avenir juridiques* seront à nouveau mis à contribution pour illustrer et déchiffrer ce qu’est l’anticipation en droit. Le point de départ du raisonnement est que l’entreprise, vue comme une unité, est en fait un agrégat formant un tout qui, à la différence du patrimoine d’AUBRY et RAU, est divisible. Ainsi, est-il possible de dissocier le titre de propriété de l’entreprise des prérogatives qu’il emporte, de manière à différer dans le temps la transmission de l’un d’eux au repreneur.

À la différence des développements précédents, l’évènement anticipé n’aura pas le même objet. Si l’on a envisagé plus tôt l’anticipation du retrait involontaire du chef d’entreprise, maintenant, son retrait volontaire est au centre de l’analyse. L’évènement anticipé n’est plus le décès mais le départ à la retraite. Ici l’anticipation ne recouvrera pas la part d’incertitude dont elle était empreinte dans les propos précédents, car si la date du décès ne pouvait être connue au jour de l’acte d’anticipation, celle du départ à la retraite prévue dans le *futur*, fera entièrement partie du mécanisme et sera fixée dans le *présent*. La situation que l’anticipation cherche à éviter ou à contourner n’est plus l’indivision de l’entreprise liée à une situation post-successorale non préparée. Son but est davantage d’organiser la transmission des pouvoirs relatifs à l’entreprise. La transmission des capitaux de l’entreprise pouvant être anticipée par les techniques ci-avant présentées, il reste à comprendre comment le droit civil appréhende la transmission de l’activité de l’entreprise ou dans le cadre de la transmission des

droits sociaux, des pouvoirs y afférents. La progressivité de la transmission pourra être gérée, et l'anticipation permettra d'adapter l'outil juridique de transmission au cas d'espèce.

L'anticipation permet surtout d'effectuer des choix relatifs aux modalités d'exploitation de l'activité de l'entreprise et à la personne de l'exploitant. L'activité est habituellement transmise avec l'entreprise lorsqu'aucun acte anticipatoire n'aura été accompli, mais l'anticipation œuvre surtout dans le sens d'une dissociation temporaire de la transmission de l'activité de celle de la propriété. Elle permet de réaliser à certaines transmissions qui n'auraient pu l'être à défaut, voire de les sécuriser davantage. Cette dissociation est aussi le résultat naturel de l'application des techniques civilistes d'anticipation de la transmission à l'entreprise. En effet, le démembrement de propriété et le mandat à effet posthume, lorsqu'ils auront pour objet une entreprise, engendreront cette dissociation. La fiducie offrirait les mêmes avantages si elle pouvait être appliquée à l'entreprise, mais nous y reviendrons. Par le biais de ces techniques, le prédécesseur peut tout d'abord entendre continuer à exploiter l'activité pendant encore quelque temps. Il peut être enclin à transmettre les capitaux de l'entreprise par le biais d'une donation-partage par exemple, afin que soit institué le futur repreneur, mais ne pas être encore prêt à renoncer à l'exploitation, soit par nécessité (il a besoin de ses revenus professionnels), soit par désir. L'anticipation permet d'adapter la transmission de l'activité, c'est-à-dire la passation des pouvoirs entre le prédécesseur et le repreneur. Selon la forme juridique d'exploitation de l'entreprise, les pouvoirs à transmettre ne seront pas les mêmes. À envisager la forme individuelle, que ce soit l'entreprise individuelle exploitée en nom propre ou celle exploitée sous la forme d'un patrimoine affecté, les pouvoirs à transmettre entre le prédécesseur et le repreneur sont ceux conférant la gestion de l'activité de l'entreprise. Quant à l'entreprise sociétaire, si certaines clauses permettent d'ériger le cessionnaire des droits sociaux en dirigeant de la société transmise, l'analyse doit se limiter à la transmission des pouvoirs qui assortissent les droits sociaux transmis, emportant dans un sens large la transmission d'une part au moins de l'entreprise sociétaire, ou plus précisément d'une part des capitaux subordonnant le fonctionnement de l'entreprise sociétaire et, *in fine*, l'exploitation de l'activité. Ainsi l'anticipation permet d'agir sur la transmission des pouvoirs de gestion de l'activité de l'entreprise individuelle ou sur ceux inhérents aux droits sociaux.

**240. La poursuite de l'activité, critère justifiant la dissociation.** Cependant le démembrement de propriété reste en pratique peu utilisé aux fins de transmettre l'entreprise individuelle. Il est davantage pratiqué lorsqu'il s'agit de l'entreprise sociétaire, mais il n'est

pas pour autant théorisé d'un point de vue doctrinal. La fiscalité semble au premier abord attrayante puisque celle de la transmission de la propriété de l'entreprise est assez avantageuse, mais la fiscalité de l'entreprise en transmission est à améliorer<sup>608</sup> dans le sens où elle ne permet pas aujourd'hui d'accompagner toutes les transmissions d'entreprises. Une étude globale portant sur le démembrement de propriété tant de l'entreprise individuelle que de l'entreprise sociétaire s'imposait. De plus, la mise en adéquation de l'institution à l'objectif de poursuite de l'activité, qui est le paramètre central du positionnement de cette étude, laisse augurer d'une technique performante d'anticipation de la transmission de l'activité d'une entreprise.

Certaines techniques juridiques permettent ainsi d'isoler la transmission de la propriété de l'entreprise de celle de sa gestion, le but étant justement d'organiser cette gestion. Deux problématiques sont au cœur des réflexions : comment anticiper la gestion de l'entreprise en transmission ? Et comment anticiper la transmission de la gestion de l'entreprise ? Ainsi anticipation et gestion doivent être confrontées et combinées pour être optimisées. L'anticipation est généralement inhérente à toute opération de gestion ; « le positionnement de l'anticipation au centre des disciplines de la gestion est pour le moins aussi évident que sa discrétion conceptuelle. En effet, quelle est la raison d'être d'une organisation, sinon son devenir »<sup>609</sup>. Voilà en quoi l'anticipation est consubstantielle aux modes de gestion de l'entreprise, organisation qui n'a de raison d'être que parce qu'elle sera encore demain. Il convient en conséquence de repérer les techniques emportant cette dissociation des éléments constitutifs de l'entreprise (propriété et gestion). De là, une réflexion devra être initiée quant aux modalités de cette dissociation afin d'analyser ses effets à l'égard des prédécesseurs et des repreneurs et pour vérifier que les techniques civilistes sont suffisamment adaptées à l'anticipation de la transmission de l'entreprise. Il faudra le cas échéant, préconiser des évolutions.

**241. Le résultat : la transmission différée de l'activité.** Deux possibilités sont alors envisageables si l'on entend dissocier la transmission de l'activité de la transmission de la propriété de l'entreprise. En effet, la transmission de l'activité peut soit être différée dans le temps, soit être anticipée ; si elle est différée, c'est alors la transmission de la seule propriété

---

<sup>608</sup> Cf. sur ce point : Marc IWANESCO, Démembrement de propriété et Technique de transmission patrimoniale, th. Toulouse – 2010, Dactyl, p. 209 s. : « Actifs professionnels – Le piège fiscal des donations en nue-propriété ».

<sup>609</sup> Philippe GABILLIET, *op.cit.*, p.14. V. n.b.p. n° 16.

qui est anticipée, mais l'organisation de la gestion de l'entreprise en attendant sa transmission doit être organisée. C'est en ce sens que la transmission différée de l'activité participe de l'anticipation de la transmission de l'entreprise. Ces situations correspondent aux besoins du chef d'entreprise sortant et du repreneur. Le prédécesseur peut souhaiter conserver pour un temps la gestion de l'entreprise individuelle ou l'exploitation de son activité, ou l'exercice des pouvoirs conférés par les droits sociaux. Il peut aussi être frappé si vite d'un quelconque sort qu'il doit cesser immédiatement toute exploitation ou gestion, alors qu'il aspirait à transmettre son entreprise à un proche officieusement désigné parce que non encore apte à devenir repreneur. Il faut alors que l'anticipation porte sur l'évolution des situations juridiques de l'entreprise, du prédécesseur et du repreneur, et ce, relativement à la période courant du début de l'incapacité du prédécesseur jusqu'au moment où le repreneur pourra effectivement assurer la gestion de l'entreprise individuelle ou des droits sociaux représentatifs de l'entreprise sociétaire. Le schéma organisationnel de l'anticipation de la transmission de l'entreprise conduit à distinguer deux temps : un premier caractérisé par l'attribution de la propriété ou de la gestion de l'activité et comportant une période de gestion organisée, et un second constatant la finalisation de l'opération de transmission (caractérisé par le transfert de l'élément manquant) et marquant la reprise pleine et effective par le repreneur.

Il s'avère que le démembrement de propriété et la location assortie d'une promesse de vente emportent la dissociation recherchée. Ce sont des instruments à la fois « de dissociation de la propriété d'un bien et de son exploitation » et « d'anticipation de la transmission d'un bien »<sup>610</sup>. Ces techniques, à l'origine civilistes, ont été progressivement transposées au monde des affaires. Si le démembrement de propriété du fonds ou du patrimoine affecté à l'activité professionnelle permet, lorsque le prédécesseur se réserve temporairement l'usufruit, de ne transmettre au repreneur que le titre de propriétaire, les locations emportent l'effet inverse. En ce sens, la location-gérance assortie d'une promesse de vente offre au prédécesseur la possibilité de confier la gestion de l'entreprise au repreneur, avant de lui en transmettre le titre de propriété, qui sera généré par la levée de l'option. Il en est de même des droits sociaux, qu'il s'agisse de leur démembrement ou de leur location. Les protagonistes de l'opération de transmission de l'entreprise choisissent, en y recourant, de différer dans le temps la transmission de la propriété des titres ou leur gestion. L'étude voyant son champ d'investigation limité aux techniques civilistes de transmission, ne sera ici abordée que la

---

<sup>610</sup> Henri HOVASSE, « Les alternatives au démembrement de propriété », *JCP N 2012*, n° 36, p. 41, §2.

technique du démembrement de propriété afin de la confronter aux différents supports juridiques que peut revêtir l'entreprise.

Si la constitution d'un usufruit autorise la conservation de la gestion de l'entreprise, d'autres techniques juridiques offrent la possibilité de la confier temporairement à un tiers. Le mandat à effet posthume présente cette opportunité. Institué en vue de privilégier la gestion des biens du défunt, il se révèle comme un outil intéressant de gestion de l'entreprise en transmission. On pourrait aussi recourir à la fiducie, technique de gestion fondée sur la propriété, si une réforme l'adaptait à la transmission de l'entreprise. Par le biais de ces deux institutions, le repreneur choisi par le prédécesseur et temporairement inapte à gérer l'entreprise sera(it) remplacé le temps nécessaire par un tiers-gestionnaire. À terme, il récupèrera(it) la gestion de l'entreprise et sera(it) ainsi consacré en tant que repreneur plein propriétaire, entier et définitif.

L'anticipation favorise ainsi l'emprise des personnes sur l'organisation de la passation des pouvoirs de gestion relatifs à l'activité de l'entreprise. La transmission des pouvoirs peut être retardée si le prédécesseur utilise la technique du démembrement de propriété en se réservant l'usufruit. Au contraire, la situation inverse peut se présenter : le prédécesseur qui n'est plus en mesure d'exploiter l'entreprise, alors que le repreneur n'y est pas encore prêt, doit trouver une personne compétente pour pallier ces indisponibilités. Dans ce cas, l'anticipation participe de l'organisation de la transmission des pouvoirs. Elle crée une phase transitoire pendant laquelle ils seront confiés à un tiers assurant l'exploitation de l'activité de l'entreprise individuelle ou la gestion des droits sociaux avant qu'ils ne reviennent au repreneur. Le démembrement de propriété permet d'opérer une rétention de la gestion par le prédécesseur (Titre I), l'intervention d'un tiers intermédiaire assurant la gestion permettra au contraire d'opérer une transmission d'entreprise à un repreneur inapte au moment de la mise en œuvre du transfert de propriété (Titre II).

Titre I – Anticipation et conservation de la gestion par le démembrement

Titre II – Anticipation et transmission de l'activité : l'intervention d'un intermédiaire



## TITRE I – ANTICIPATION ET CONSERVATION DE LA GESTION PAR LE DÉMEMBREMENT

**242. Le démembrement emportant rétention de la gestion par l'usufruitier-prédécesseur.** Institué autrefois pour assurer principalement la subsistance des veuves, dénommées « vieilles dames usufruitières, aux mains débiles et inexpertes »<sup>611</sup> par le doyen CARBONNIER, l'usufruit offre aujourd'hui de nouvelles perspectives. À l'origine, les biens dont la propriété était démembrée<sup>612</sup> étaient ceux issus de la succession d'un époux et qui, de droit, revenaient à son décès à ses héritiers en nue-propriété, et au conjoint survivant en usufruit aux fins d'assurer les moyens matériels de sa subsistance. Il y avait donc dissociation des droits de nue-propriété et d'usufruit entre de nouvelles personnes. Aujourd'hui, il est possible de modifier la finalité de l'institution et ainsi de l'adapter aux opérations de transmission. En effet, l'usufruit peut être constitué en cours de vie, le propriétaire acceptant de consentir à un tiers, l'usufruit ou la nue-propriété de son bien. Sont ainsi au cœur de l'étude les seuls démembrements initiés « par la volonté de l'homme »<sup>613</sup> ; le démembrement ne saurait ici naître que de la convention emportant le transfert à titre gratuit ou à titre onéreux de la nue-propriété. Permettant à l'usufruitier de se constituer des revenus liés à la jouissance de la chose pour un temps, « l'intérêt économique »<sup>614</sup> de la technique n'est plus à démontrer. Ayant pour domaine de prédilection « la matière immobilière »<sup>615</sup>, la technique du démembrement de propriété est généralement utilisée dans le cadre de la transmission de l'entreprise pour attribuer à titre gratuit les actifs immobiliers<sup>616</sup> aux descendants du chef

---

<sup>611</sup> Jean CARBONNIER, *Droit civil – Tome 3 – Les Biens*, PUF, 15<sup>ème</sup> éd., 1992, p. 187, §102.

<sup>612</sup> Nous n'entendons dans ces développements par les termes de « démembrement de propriété » que celui emportant la constitution d'usufruit.

<sup>613</sup> Cf. Art. 579 c.civ.

<sup>614</sup> Laurent AYNÈS, « Propos introductifs – Les caractères de l'usufruit », *Dr. et Patr.* 2005, n° 137, p. 42.

<sup>615</sup> Marie-Anne RIBEYRE, Introduction du Dossier « Démembrement : entre doutes et opportunités », *Dr. et Patr.* 2005, n° 137, p. 41.

<sup>616</sup> Jean-Christophe KUNTZ, Démembrer une propriété pour transmettre, *Economica*, 2006, p. 36 ; Roger IMBERDIS, « Démembrement du droit de propriété d'un immeuble – Un cas de métempsychose comptable », *JCP E* 2010, n° 5, p. 25 ; Bruno PAYS, « Travaux immobiliers et démembrement de propriété », *Ann. Loyers* 2012, n° 7, p. 1048 ; Bertrand SAVOURÉ, « Opportunités du démembrement de la propriété immobilière », *Dr. et Patr.*

d'entreprise ou encore comme substitut d'un bail commercial au profit de la société d'exploitation<sup>617</sup>. Mais elle peut être appliquée à l'entreprise, directement et ce, à titre gratuit comme à titre onéreux. Or, il n'y a pour l'heure aucune étude globale traitant de l'application de la technique du démembrement de propriété à l'entreprise, dans le cadre de l'anticipation de sa transmission. Pourtant, d'un point de vue théorique, le démembrement de l'entreprise est envisageable.

Stipulée dans le contrat de vente ou de donation, une clause peut générer la constitution de deux sortes d'usufruits<sup>618</sup> ayant pour objet les biens affectés à l'exploitation de l'entreprise : au profit du repreneur ou du prédécesseur. Cependant, l'hypothèse selon laquelle le prédécesseur constituerait un usufruit, en retenant à son profit la nue-propriété, ne ressort pas du sujet puisqu'il s'agit dans ce cas d'utiliser la technique afin de pallier l'incapacité temporaire du chef d'entreprise et non de transmettre l'entreprise. Est *de facto* écarté le schéma emportant rétention de la nue-propriété par le prédécesseur. Il faut alors envisager l'unique hypothèse selon laquelle le prédécesseur devient usufruitier et transmet la nue-propriété des divers supports juridiques d'exploitation de l'entreprise. « Intermède entre deux propriétés »<sup>619</sup>, l'objectif du démembrement est, dans un premier temps, de dissocier l'usufruit emportant la gestion du bien démembré de sa nue-propriété, afin de reconstituer, dans un second temps, la propriété plénière des supports juridiques représentatifs de l'entreprise individuelle sur la tête du repreneur. Le démembrement de propriété offre alors l'opportunité au prédécesseur, de se réserver pour un temps la gestion de l'entreprise tout en choisissant son repreneur, en lui attribuant la nue-propriété du fonds, du patrimoine affecté ou des droits sociaux. L'usufruit doit être constitué pour une durée déterminée ; la gestion de l'entreprise sera alors livrée à son extinction au nu-propiétaire-repreneur. Il en résulte que la transmission de la gestion de ces biens est différée. Le nu-propiétaire et l'usufruitier, respectivement

---

2005, n° 137, p. 79 ; Judith SEBILLOTE-LEGRIS et Sandrine QUILICI, « Entreprise, indivision et démembrement de propriété », *JCP N* 2006, n°38, 1299, p. 1654.

<sup>617</sup> Nicole PETRONI-MAUDIÈRE, « L'usufruit temporaire », *LPA* 2011, n° 99, p. 38.

<sup>618</sup> De nombreux schémas de démembrement sont envisageables ; cette technique est modulable, elle emporte « possibilité d'adapter les conventions en usufruit à toutes sortes de situations » (Michel CHAUVIN, « Démembrement de propriété », *Droit et Pat.* 1998, n° 62, p. 58), et une certaine « plasticité » (Rémy LIBCHABER, « L'usufruit de créances existe-t-il ? », *RTD civ.* 1997, p. 615, §22) des droits réels qu'elle engendre. Le prédécesseur pourra décider de transmettre l'usufruit ; il peut aussi se réserver l'usufruit, ou transmettre de manière isolée l'un et l'autre. Ajouté à cela les réversions d'usufruit, ainsi que la distinction de transmission à titre gratuit ou à titre onéreux, et les opportunités offertes par la technique en seront démultipliées.

<sup>619</sup> Christian ATIAS, *Droit civil – Les biens*, 11<sup>ème</sup> éd., Litec, 2011, p. 189, §235.

repreneur et prédécesseur, se voient reconnaître une situation juridique immédiate par l'attribution de ces qualités, et une situation juridique future : celle de *futur propriétaire plénier* ou de *tiers*. Quant à la situation juridique future, l'acquisition de la qualité de entrepreneur est anticipée, en ce qu'elle est attribuée au futur entrepreneur par avance sur son entrée en fonction. En effet, le nu-propriétaire est, dès la conclusion de la convention emportant le démembrement, le entrepreneur officiel futur. Cette qualité de entrepreneur est donc anticipée en premier lieu, tel que cela avait été envisagé au titre de notre réflexion sur le thème des libéralités<sup>620</sup> relativement à sa désignation anticipée. En effet, le démembrement ne se suffisant pas à lui-même, il sera automatiquement allié à une technique de transmission de la propriété, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Cette dernière modalité n'est certes pas fréquemment pratiquée mais elle n'est pas prohibée, et elle présente l'avantage pour le entrepreneur d'acquérir une entreprise à moindre coût et pour le prédécesseur de prolonger pour un temps son activité professionnelle et, en conséquence, de conserver les revenus périodiques correspondant aux fruits, ci-avant déterminés<sup>621</sup>. De plus, le démembrement permet d'organiser et d'aménager par anticipation la période transitoire induite entre la constitution et l'extinction de l'usufruit. C'est cette situation juridique immédiate qui doit retenir l'attention en ce qu'elle présente un enjeu spécifique : la détermination des droits de l'usufruitier-prédécesseur de jouir des différents supports juridiques de l'entreprise, et donc de gérer l'entreprise individuelle ou les droits sociaux, pour un temps encore. Grâce à l'anticipation, le prédécesseur peut retarder l'extinction de son droit. *A contrario*, le entrepreneur anticipe la préservation de son droit futur à la propriété plénière, en surveillant la gestion de l'usufruitier.

**243. L'anticipation nécessaire de l'organisation de la gestion transitoire de l'entreprise.** Les moyens doivent être donnés à l'usufruitier et au nu-propriétaire de protéger leurs intérêts respectifs quant à l'entreprise démembrée. Sa conservation doit être assurée, c'est-à-dire que doi(ven)t être préservé(e)s la continuité de l'exploitation de l'entreprise individuelle ou le maintien de l'existence des droits sociaux, et leur valeur. Il faut alors vérifier que ces mécanismes n'entraînent pas l'inutilisation ou la disparition du bien démembré. L'étude ayant centré en son cœur l'objectif de poursuite de l'activité comme résultat devant être recherché par les techniques d'anticipation de la transmission et de transmission anticipée de l'entreprise, il fallait confirmer que cet outil permet de pérenniser la

---

<sup>620</sup> Cf. §134.

<sup>621</sup> Cf. §72s.

poursuite de l'activité. Les fonds et les patrimoines affectés représentatifs d'entreprises ont pour spécificité d'être des *biens dynamiques*, qui nécessitent souplesse et adaptation du dispositif aux mécanismes de gestion des entreprises. L'entreprise transmise doit effectivement pouvoir être gérée sainement ; sa survie en dépend et la technique du démembrement de propriété semble apporter une réponse intéressante de ce point de vue. Cependant une première distinction doit être faite selon que le démembrement porte sur un fonds ou sur des droits sociaux. Une réflexion doit ensuite être menée sur la possibilité ou non de démembrer un patrimoine affecté.

Si la transmission d'un fonds s'analyse juridiquement en une transmission cumulée de la propriété et de la gestion de l'entreprise individuelle, la transmission des droits sociaux n'entraîne pas celle de la gestion de l'entreprise sociétaire. En effet, les pouvoirs du nu-propriétaire et de l'usufruitier de droits sociaux, ne peuvent être supérieurs à ceux d'un associé qui n'est en rien un organe de gestion de l'entreprise sociétaire. Aussi, les premiers, titulaires de droits réels, ne peuvent, de par les prérogatives conférées, entendre gérer la société. Soumis tant aux règles du droit commun de l'usufruit qu'à des règles spéciales instituées par le législateur relativement au démembrement de la propriété de droits sociaux, l'encadrement légal de la technique pourrait paraître complet, mais les points d'incertitude restent nombreux. Il faudra alors évaluer l'adaptabilité de la technique de démembrement aux objectifs d'anticipation de la transmission des droits sociaux. Tout l'enjeu de l'anticipation est ici d'organiser la transmission de la propriété des titres et leur gestion pendant la durée de l'usufruit. L'anticipation opère ici de manière originale puisque le démembrement produisant une démultiplication des droits réels, l'usufruitier et le nu-propriétaire jouiront de ceux-ci concomitamment. Cependant, la certitude des résultats que doit ici produire l'anticipation ne peut être affirmée et initie des questionnements. Un contentieux relatif à la gestion de droits sociaux démembrés pourrait naître entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, du fait des incertitudes actuelles, ce qui contreviendrait à la pacification de la transmission du capital de l'entreprise sociétaire. Le bon fonctionnement de la société serait ainsi entravé et la continuité de l'exploitation pourrait être perturbée. L'interrogation appelle l'analyse.

Quant à la possibilité de démembrer le patrimoine affecté à l'activité professionnelle, la doctrine admet que le patrimoine peut être démembré<sup>622</sup>, la jurisprudence également<sup>623</sup>.

---

<sup>622</sup> Cf. sur ce point : Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon. X – Traité de la distinction des biens*, op. cit., p. 233, §262, V. n.b.p. n° 294 ; Jean-Louis BERGEL, Marc BRUSHI et Sylvie CIMAMONTI, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques GHESTIN – Les biens*, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2010, p. 299, §251 ; Alfred KREIG, « Usufruit »,

Pourtant, le Code civil ne consacre pas expressément l'usufruit d'une universalité de fait au profit du conjoint survivant en ne visant que « l'usufruit de la totalité des biens existants »<sup>624</sup>. Cependant l'article 612 du même code suggère la possibilité de démembrer un patrimoine, en précisant que « l'usufruitier, ou universel, ou à titre universel, doit contribuer avec le propriétaire au paiement des dettes »<sup>625</sup>. Or, la possibilité de qualifier un usufruitier « d'usufruitier universel » implique qu'il détienne un usufruit sur le patrimoine du *de cuius*, seulement sur une partie de celui-ci s'il existe des héritiers réservataires, mais sur sa totalité s'il n'en existe pas. Dans ce dernier cas, l'usufruit sera donc constitué sur l'intégralité du patrimoine. On en déduit qu'il est possible de le démembrer. De plus, l'inadéquation actuelle des dispositions législatives à la pratique contemporaine du démembrement de propriété conforte notre position. En effet, alors que, selon les textes, le démembrement ne peut s'appliquer qu'aux choses<sup>626</sup>, qui sont par essence des biens matériels, la pratique consacre le

---

*Rép. Droit civil*, 1990, §246 ; Raymond LE GUIDE et Gérard CHABOT, *Rép. Droit civil*, « Successions (1<sup>o</sup> dévolution) », 2009, §328s. ; Frédéric ZÉNATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les Biens, op. cit.*, p. 484, §321. V. n.p.b. n<sup>o</sup> 383.

<sup>623</sup> Com. 18 avr. 1989, pourvoi n<sup>o</sup> 87-16.082, *Bull. civ. 1989 IV*, n<sup>o</sup> 124, p. 83 ; CA Bordeaux, ch. civ., 10 janv. 2012, rôle n<sup>o</sup> 11/00225.

<sup>624</sup> Cf. Art. 757 c.civ.

<sup>625</sup> Il s'ensuit, que lorsque le patrimoine du défunt lui survit, avant qu'il n'intègre le patrimoine de ses héritiers, l'héritier en usufruit devra en assumer les dettes, selon sa proportion de détention des droits indivis sur le patrimoine du défunt. La « masse de biens » existants, associée à des dettes, constituent un patrimoine qui peut donc être démembré. Ainsi le législateur n'avoue qu'à demi-mot la possibilité de démembrer un patrimoine, sans viser expressément le patrimoine affecté à l'activité professionnelle.

<sup>626</sup> En effet, selon l'article 578 du Code civil, instituant le démembrement de propriété, seules peuvent en être l'objet les « choses ». La chose, en droit, n'est pas définie par le législateur. Elle « sert à définir le bien », c'est « une notion cadre », qui « s'éclaire à travers la notion de bien » (Frédéric POLLAUD-DULIAN, « Le patrimoine et les biens qui le composent », *In Propositions de l'Association Henri CAPITANT pour une réforme du droit des biens*, Sous la direction de Hugues PÉRINET-MARQUET, Retranscription du Colloque de Paris du 12 novembre 2008 Litec, 2009, p. 21). Elle est pour la doctrine : un « objet matériel considéré sous le rapport du Droit ou comme objet de droits » (Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 154, sous « Chose » V. n.b.p. n<sup>o</sup> 135). Les choses, susceptibles d'appropriation (« Le passage à la propriété fait de la chose un bien, si, du moins, elle en est susceptible » : Frédéric POLLAUD-DULIAN, « Le patrimoine et les biens qui le composent », *In Propositions de l'Association Henri CAPITANT pour une réforme du droit des biens*, Sous la direction de Hugues PÉRINET-MARQUET, Retranscription du Colloque de Paris du 12 novembre 2008 Litec, 2009, p. 25), et donc de démembrement, ne sembleraient ainsi être pour le Code civil, que les biens matériels. Il en résulte alors que les textes du Code civil ne reflètent plus la réalité du droit et de la pratique, puisqu'il est communément admis que le

démembrement des droits sociaux, qui sont eux des biens immatériels. Dans le même sens, si à l'origine l'usufruit ne concernait que les biens, il peut désormais<sup>627</sup> porter sur un ensemble de biens, tel que le consacre la jurisprudence *Baylet*<sup>628</sup> relativement aux portefeuilles de titres. Ainsi l'usufruit peut-il aujourd'hui porter sur une universalité de fait. De la sorte, est-il admis qu'il puisse notamment porter sur un fonds de commerce. Mais, si de l'universalité de fait à l'universalité de droit il n'y a qu'un pas, et que les textes sont devenus obsolètes dans le sens où le champ d'application réel du démembrement est plus large que celui défini par la loi, peut-on pour autant considérer qu'il puisse comprendre un patrimoine, par exemple le patrimoine fiduciaire ou le patrimoine affecté à l'activité professionnelle ? S'il est *a priori* impossible de d'affirmer que le patrimoine est un bien ou une chose, la tendance actuelle du droit positif, emportant alignement<sup>629</sup> du régime des patrimoines sur celui des biens, conduit à conclure à l'applicabilité du démembrement de propriété au patrimoine affecté à l'activité professionnelle.

L'adaptabilité de la technique à la gestion de ces *biens dynamiques* que sont les fonds, les patrimoines affectés et les droits sociaux, devra être examinée, notamment quant à son degré de souplesse, nécessaire à la bonne gestion des entreprises, que certaines techniques civilistes ne semblent pas présenter<sup>630</sup>. En d'autres termes, il faudra identifier la capacité du

---

démembrement peut porter sur des droits sociaux, qui sont des biens par nature incorporels, et qui ne peuvent ainsi être qualifiés de *choses*.

<sup>627</sup> Le projet de réforme du droit des biens proposé par l'Association Henri CAPITANT envisage d'ailleurs d'étendre le champ d'application de l'usufruit à un ensemble de biens, dans l'objectif de mettre en conformité loi et pratique (Pierre BERGER, « Les usufruits spéciaux », *In Propositions de l'Association Henri CAPITANT pour une réforme du droit des biens*, Sous la direction de Hugues PÉRINET-MARQUET, Retranscription du Colloque de Paris du 12 novembre 2008 Litec, 2009, p. 82, sous « L'usufruit des biens formant un ensemble (art. 602).

<sup>628</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov. 1998, pourvoi n° 96-18.041, *Bull. 1998, I*, n° 315, p. 217, arrêt *Baylet*. V. n.b.p. n° 514.

<sup>629</sup> En effet, l'intransmissibilité issue de la théorie de l'unicité du patrimoine mise au point par Aubry et Rau, ayant été partiellement remise en cause, puisque le patrimoine affecté peut être transmis tant entre vifs qu'à cause de mort, à titre onéreux ou à titre gratuit, les obstacles au démembrement du patrimoine semblent n'être que formels. De plus, le phénomène de multiplication des patrimoines (V. en ce sens 9<sup>ème</sup> Colloque IFR Mutations juridiques, Toulouse, 24 et 25 novembre 2011, « Table ronde autour des liens entre personne et patrimoine » sous la direction du Professeur Marie-Hélène MONSÉRIÈ-BON, *In La personnalité juridique : Traditions et évolutions*, *op. cit.*, V. n.b.p. n° 149), accompagne l'alignement du régime des patrimoines sur celui des biens. Le patrimoine d'affectation est dans la loi traité comme un bien, un « objet de propriété » qui peut être transmis, vendu, pourquoi ne pourrait-il pas être démembré ?

<sup>630</sup> C'est notamment le cas des donations et des libéralités, à l'exception de la donation-partage.

démembrement de propriété à assurer l'anticipation de la transmission de l'entreprise, mais sans en négliger la pérennité.

#### **244. L'adéquation de la technique à la gestion de l'entreprise en transmission.**

Toujours temporaire, au mieux viager, le démembrement conventionnel<sup>631</sup> offre des avantages considérables puisqu'il allie flexibilité<sup>632</sup> et traitement fiscal privilégié<sup>633</sup>. Le démembrement de propriété s'inscrit « dans une logique d'optimisation de la transmission patrimoniale. Le disposant va volontairement créer un démembrement de propriété afin, le plus souvent, d'atténuer la taxation de la transmission »<sup>634</sup>. Mais ce régime est bien connu, et si son adéquation peut être discutée, doivent être traitées en priorité les problématiques purement juridiques. Cependant, à regarder du côté de la pratique, si la possibilité de démembrer les fonds professionnels ne fait pas de doute, il est peu utilisé. La complexité apparente du régime du démembrement des fonds n'en serait-elle pas la raison ? Pourtant, en plus d'assurer l'objectif qu'est leur transmission, la souplesse de l'institution paraît tout à fait prédisposée à préserver la pérennité de l'entreprise. Or c'est là-même l'enjeu des stipulations initiant le démembrement, centré sur les modalités de gestion des biens qui en sont l'objet : l'organisation et la répartition des droits et des obligations entre l'usufruitier et le nu-propriétaire quant à l'entreprise transmise.

Le point de vue civiliste suppose, en premier lieu, d'envisager l'application du démembrement à l'entreprise individuelle et de vérifier l'adéquation de la technique au milieu des affaires. Il est alors paru nécessaire de présenter les effets de la constitution d'un usufruit sur l'entreprise, soit plus précisément sur un fonds ou sur un patrimoine affecté représentant une entreprise individuelle. Le point de vue affairiste se révèle ensuite incontournable, puisqu'il est celui qui permet de vérifier la capacité de la technique à être appliquée à une

---

<sup>631</sup> L'on oppose ici le démembrement conventionnel au démembrement légal. Le démembrement dit conventionnel est celui emportant la constitution d'un usufruit par le biais de stipulations intégrées dans un acte transférant l'usufruit ou la nue-propriété d'un bien à un tiers.

<sup>632</sup> De nombreux schémas de démembrement sont effectivement envisageables sur un seul et même bien. Le propriétaire peut décider de se réserver la nue-propriété, ou au contraire l'usufruit. Il peut aussi aliéner la propriété entière de son bien, en confiant la nue-propriété et l'usufruit à deux personnes distinctes.

<sup>633</sup> En effet, seule la mutation de la nue-propriété est imposée, sachant que la valeur de la nue-propriété est très inférieure à la valeur de la propriété plénière, d'où l'effet de levier fiscal opéré par le démembrement de propriété.

<sup>634</sup> Franck ÉLIARD, en collaboration avec Robert BROCHARD, *Démembrement de propriété : usufruit et quasi-usufruit*, Ellipses, 2008, p. 10, §110 *in fine*.

entreprise. C'est de l'opportunité de telles stipulations dont il est ici question. L'examen de cette applicabilité emportant l'anticipation de la transmission de l'activité permet de procéder à cette vérification et de cibler les opportunités qu'elle offre. En ce qui concerne l'entreprise sociétaire, la pratique du démembrement des droits sociaux est courante, mais de nombreuses zones d'ombre subsistent. Il a alors paru intéressant de confronter la technique à l'objectif de poursuite de l'activité. La prise en compte des besoins liés au milieu des affaires semble possible puisque les aménagements conventionnels relatifs au contrat emportant la constitution d'un usufruit sont encadrés par des règles très souples. L'étude du démembrement de l'entreprise individuelle (Chapitre I) précèdera celle du démembrement des droits sociaux (Chapitre II).

Chapitre I – L'opportunité du démembrement à l'entreprise individuelle

Chapitre II – La dualité des effets du démembrement de des droits sociaux

# Chapitre I – L’opportunité du démembrement de l’entreprise individuelle

---

**245. L’applicabilité théorique du démembrement à l’entreprise.** L’utilisation du démembrement dans le cadre de l’anticipation de la transmission de l’entreprise individuelle permet de gérer la répartition des prérogatives emportant les pouvoirs de gestion de l’entreprise en transmission entre le prédécesseur (l’usufruitier) et le repreneur (le nu-propiétaire). La spécificité de l’objet auquel il s’applique permet de constater qu’il est un outil adapté, en théorie, à l’opération envisagée. Des freins ont été ciblés et levés afin d’ajuster la technique à l’entreprise individuelle. L’étude de l’applicabilité du démembrement à l’opération envisagée permettra de confronter les contraintes respectives du droit civil et du droit des affaires, et de vérifier qu’une conciliation est envisageable.

**246. L’intérêt du démembrement de l’entreprise individuelle.** Le contrat emportant la constitution de l’usufruit sur un fonds ou sur un patrimoine affecté permet d’encadrer la gestion de l’entreprise dans le cadre de sa transmission par anticipation. La constitution d’usufruit peut ainsi répondre à certains besoins et s’adapter à de nombreux schémas de reprise. Une préférence pourra être avancée pour le contrat de location-gérance, dont le statut spécialisé pourra être préféré, mais le démembrement de propriété offre l’opportunité d’isoler totalement les risques d’exploitation entre le prédécesseur et le repreneur, ce que ne permet pas le contrat de location-gérance ; il conviendra d’y revenir. En outre, comme la location-gérance, le démembrement se présente comme un outil de gestion de l’entreprise. En effet, on peut imaginer que le repreneur de l’entreprise ne puisse la gérer pendant les premiers temps, une stipulation pourrait emporter une réversion temporaire d’usufruit au profit d’un tiers gestionnaire, qui assurerait la période transitoire de gestion entre l’extinction de l’usufruit du prédécesseur et la reprise effective de l’entreprise par le repreneur à l’extinction de cet usufruit. Or, ce schéma n’est pas envisageable en recourant à location-gérance puisque sa mise en œuvre présuppose l’exploitation pendant deux années par le loueur. Le nu-propiétaire (le repreneur définitif temporairement indisponible à l’extinction de l’usufruit du prédécesseur) n’aura pas à justifier de cette condition. Enfin, la stipulation d’un usufruit peut être comprise aussi bien dans une donation de nue-propiété ou plus largement dans une donation-partage que dans une vente emportant le transfert de la seule nue-propiété.

Cependant, la situation juridique immédiate et intermédiaire de propriété démembrée donne lieu à la création d'une multitude de droits et d'obligations induits par la chose et imputables aux personnes. L'étude de leur critère de répartition et l'articulation des droits de l'usufruitier avec ceux du nu-propiétaire ressort de celle du contrat emportant le démembrement dont l'adéquation à l'entreprise doit ici être envisagée. La gestion de l'activité de l'entreprise est au cœur de la technique. Il faut jauger sa capacité à assurer la poursuite de l'exploitation et à envisager la globalité de l'entreprise afin de vérifier l'adéquation de l'institution à l'opération de transmission.

**247. La pérennité de l'exploitation recherchée.** Les effets du démembrement, gouvernés par la stipulation d'une réserve d'usufruit, lorsqu'elle a pour objet l'entreprise individuelle, permettent de constater la présence du phénomène d'anticipation dont est empreinte la technique et contribuant au bon déroulement de l'opération de transmission. En effet, la volonté de démembrer traduit la volonté du propriétaire de désigner son successeur au bien en lui en consentant la nue-propiété. Il envisage le *temps présent* en ce qu'il n'entend pas se déposséder totalement du bien dont il démembrer la propriété, et le *temps futur*, celui débutant au terme de l'usufruit stipulé dans la convention qui réalisera sa volonté transmissive. Par le biais de stipulations conventionnelles, il renonce à sa propriété plénière et actuelle, pour consentir à la partager et à la transformer en propriété démembrée. La convention est le marqueur du rôle créateur des effets juridiques issus de sa volonté<sup>635</sup>. Ayant pour objectif de transmettre l'entreprise qu'il aura parfois créée et/ou développée, mais ne voulant pas immédiatement s'en détacher, sa volonté est de la pérenniser. Par ailleurs, le nu-propiétaire qui attend l'extinction de l'usufruit entend lui aussi être assuré de récupérer l'entreprise qu'il pourra continuer d'exploiter. La constitution d'un usufruit conventionnel, non transmissive, aura alors pour objectif d'articuler les droits et les obligations de l'usufruitier et du nu-propiétaire en vue d'assurer l'objectif qu'ils se sont assignés : la pérennité de l'entreprise en transmission. Il résulte de l'analyse que le démembrement permet de conserver et de pérenniser les supports d'exploitation de l'activité (Section I), ce qui concourt à sa poursuite (Section II).

---

<sup>635</sup> Cf. sur ce point : François TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris 1955, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957.

## SECTION I – LE MAINTIEN DES MOYENS DE PRODUCTION ASSURÉ

**248. L’anticipation de l’extinction de l’usufruit.** À la différence de la donation-partage qui anticipe le décès du disposant, le démembrement anticipe un événement qu’il crée : l’extinction de l’usufruit. Le démembrement opère une sorte d’artifice juridique impliquant la création de cet événement futur à anticiper. C’est là une de ses spécificités. Le concept d’anticipation est précisé, puisque si elle peut concerner un événement certain et futur sur lequel elle n’a aucune emprise (le décès), elle peut aussi en créer un dans le *présent*, qui se produira dans le *futur*. Cependant il faut réguler cette période transitoire séparant le *présent* du *futur*. C’est ce que permettent les stipulations dédiées à la constitution de l’usufruit.

**249. Les obligations de l’usufruitier et du nu-propiétaire.** Elles anticipent, dès la conclusion du contrat emportant le démembrement de propriété de l’entreprise individuelle, le moment de la reconstitution de sa propriété plénière. Aussi, les stipulations devront délimiter la gestion de la chose dont la propriété plénière sera à terme reconstituée. Seront ainsi encadrés les rapports juridiques des personnes entre elles, et ceux des personnes aux biens démembres, pour toute la durée de l’usufruit. C’est ainsi leurs droits et leurs obligations qui y sont précisés. L’analyse de ces derniers permet de vérifier l’adéquation de la technique aux nécessités induites par la gestion de l’entreprise pendant cette période, et partant, son adéquation à l’opération de transmission envisagée. En effet, les obligations de l’usufruitier et du nu-propiétaire doivent concourir au maintien des moyens de production de l’entreprise individuelle, sans quoi l’opération de transmission ne serait pas correctement anticipée.

**250. La conservation de la substance identifiée dans les moyens de production de l’entreprise.** De nombreuses obligations liées à la constitution et à l’extinction de l’usufruit visent à assurer la conservation du bien soumis au démembrement, en vue de sa réception en pleine propriété par le nu-propiétaire. Transposées à l’entreprise, ces obligations contribuent à préserver les moyens de production de l’entreprise. En effet, le prédécesseur initie la constitution de l’usufruit en vue de transmettre l’entreprise au repreneur, ce qui ne saurait être possible que si les moyens de production ont été conservés. *A contrario*, le repreneur consent à la donation ou à la vente de la nue-propiété, que ce soit à titre gratuit ou à titre onéreux, dans le but de réceptionner l’entreprise qu’il a vocation *in fine* à diriger. Dans ces deux hypothèses mais notamment dans la seconde, il doit donc être assuré du maintien de la substance de l’entreprise. Les règles légales et jurisprudentielles encadrant l’usufruit sont

d'ailleurs élaborées en vue de la conservation de la substance du bien démembré, substance principalement constituée par les moyens de production dans le cadre de l'entreprise individuelle. Les obligations de l'usufruitier et du nu-propiétaire concourent ainsi à la préservation de cette substance. Certaines d'entre elles garantissent le maintien des moyens de productions (§I), d'autres se présentent comme les moyens du maintien de leur substance (§II).

### ***§I – Les garanties du maintien***

**251. Les obligations de l'usufruitier : garanties du maintien des moyens de production.** Les obligations immédiates de l'usufruitier à la constitution de l'usufruit sont l'obligation de fournir caution, et celle de faire un inventaire. À l'extinction de l'usufruit, il devra rendre la chose telle qu'il l'a reçue. S'il « reçoit » une entreprise individuelle, l'usufruitier devra notamment reconstituer les stocks.

**252. L'obligation de donner caution de jouir en bon père de famille.** L'article 601 du Code civil impose tout d'abord à l'usufruitier de donner « caution de jouir en bon père de famille ». Cette obligation est une première garantie pour le nu-propiétaire qu'il retrouvera le bien en bon état d'usage. Cependant, le texte précise que l'acte constitutif de l'usufruit peut l'en dispenser et que ne sont notamment pas tenus à cette obligation le vendeur et le donateur se réservant l'usufruit. Or, dans l'hypothèse retenue, c'est précisément le prédécesseur (vendeur ou donateur) qui aura initié le démembrement en se réservant l'usufruit. Il est alors peu probable que le prédécesseur s'oblige dans l'acte constitutif à fournir cette caution, sauf à ce que les négociations d'une vente aboutissent à l'imputabilité au vendeur d'une telle obligation. Par ailleurs, l'obligation est sans intérêt dans ce schéma du démembrement. En effet, elle avait pour origine la volonté d'imposer à l'usufruitier survivant d'user et de jouir du bien comme l'ancien propriétaire plénier, mais dans notre schéma il y a identité entre le constituant et l'usufruitier. Cependant, même s'il ne fournit pas caution d'avoir à bien se comporter, l'usufruitier-prédécesseur devra jouir du bien démembré en bon père de famille ; nous reviendrons sur cette obligation ultérieurement<sup>636</sup>. Par contre, même si l'usufruitier ne donne caution, il doit faire établir un inventaire.

**253. L'obligation de faire dresser un inventaire.** L'article 600 du Code civil impose à l'usufruitier l'obligation de faire dresser un inventaire « des meubles et un état des immeubles

---

<sup>636</sup> Cf. §286.

sujets à l'usufruit », avant d'entrer en jouissance. Tous les éléments constitutifs du fonds, ou du patrimoine affecté doivent alors être répertoriés et évalués. L'objectif de cette disposition est de préserver la substance du bien pour le terme de la convention. Cet inventaire est « la mémoire de la créance de restitution »<sup>637</sup>. Il procure une preuve de *l'état* dans lequel le bien était au jour de la constitution de l'usufruit, utile à son extinction en cas de litige entre propriétaires démembres. Cette obligation manifeste l'anticipation, en ce qu'elle organise la stabilité et la sécurité de la situation juridique future des parties. L'usufruitier est responsable de sa gestion, et devient redevable, dans le *futur*, de la remise de la chose dans le même *état*. L'objectif de transmission de l'entreprise est ainsi affiché et l'acceptation de la convention traduit la volonté de l'usufruitier de préserver le bien, de le conserver, pour *in fine* le remettre au nu-propiétaire. Cette obligation emporte celle d'avoir à maintenir la substance du bien objet de l'usufruit. Dans le cadre de l'entreprise individuelle, doivent être maintenus les moyens de production nécessaires à l'exploitation de l'activité<sup>638</sup>, dont le matériel d'exploitation. Il doit donc pour le jour de l'extinction de l'usufruit reconstituer les stocks et les marchandises.

**254. L'obligation de reconstituer les stocks à l'extinction de l'usufruit.** Quant au droit de l'usufruitier sur les éléments composant le fonds de commerce démembré, la question s'est posée de savoir s'il détenait un usufruit sur l'universalité ou un quasi usufruit sur les éléments qui la composent. La jurisprudence avait consacré la mutation de l'usufruit portant sur des choses consommables en un quasi usufruit<sup>639</sup>. C'est le cas des marchandises qui « bien que non consommables en elles-mêmes, [le] deviennent (...) au regard de l'exploitation commerciale »<sup>640</sup>. L'usufruitier-prédécesseur en est donc le propriétaire plénier, à charge de rendre une quantité et une qualité équivalente au nu-propiétaire au jour de l'extinction de l'usufruit. La Cour de cassation avait pourtant considéré antérieurement que l'usufruit

---

<sup>637</sup> Michel CHAUVIN, « Démembrement de propriété », *Droit et Pat.* 1998, n° 62, p. 58, v. p. 61.

<sup>638</sup> Dans le cadre du démembrement des droits sociaux, il faut maintenir la quantité, et la valeur des droits sociaux démembrés ; dans ce cas, l'aspect patrimonial prend le dessus sur l'aspect économique. La poursuite de l'activité n'est pas la raison première de l'obligation de faire dresser un inventaire dans le cadre du démembrement des droits sociaux, cependant, le maintien du nombre et de la valeur des titres permettra de maintenir le poids politique, permettant d'influencer un minimum la poursuite de l'activité par le biais des votes en assemblées.

<sup>639</sup> Com. 18 nov. 1968, *Bull.* 1968, IV, n° 324 : L'usufruitier « avait sur les marchandises se trouvant dans le fonds et destinées, par leur nature, à être vendues, un quasi-usufruit lui permettant de les aliéner ».

<sup>640</sup> Franck ÉLIARD, en collaboration avec Robert BROCHARD, *Démembrement de propriété : usufruit et quasi-usufruit*, Ellipses, 2008, p. 50, §218.

constitué sur un fonds de commerce était constitutif d'un droit d'usufruit sur l'universalité de fait, et non d'un quasi-usufruit sur chacun des éléments la composant<sup>641</sup>. Selon nous, si l'usufruit est constitué sur l'universalité, il entraîne la seule impossibilité d'en disposer, et non celle de disposer des biens qui la composent. C'est pourquoi la Haute juridiction oblige l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières à remplacer les titres aliénés<sup>642</sup>. Le quasi-usufruit entraîne un effet similaire, à savoir l'obligation de rendre en fin d'usufruit, une somme de valeur égale à la valeur du bien qui y est soumis. Il semble que la Cour de cassation ait procédé à un raccourci lorsqu'elle affirme la mutation de l'usufruit sur le fonds de commerce en un quasi-usufruit sur les marchandises qui le composent. Si l'un comme l'autre entraîne l'obligation de restituer le bien susceptible d'aliénation par l'usufruitier, il semble que l'usufruit emporte un remplacement de ce bien en nature, et au plus tard, avant qu'il ne soit remis au nu-propiétaire. Le quasi-usufruit n'oblige qu'à une compensation en valeur, à compter de son extinction. Ainsi, en cas de « hausse considérable des prix, le résultat de cette règle [du quasi-usufruit] est que le fonds peut, en fin d'usufruit, être dégarni de marchandises »<sup>643</sup>. Il en ressort que le régime du quasi-usufruit sur les stocks est avantageux pour l'usufruitier, mais pas pour le nu-propiétaire. Si cela n'est pas gênant en cas de donation de la nue-propiété, en cas de vente le régime est moins justifié.

La position actuelle de la Cour de cassation n'est donc pas des plus favorables quant au maintien des moyens de production, mais elle permet cependant d'y contribuer. Ces obligations constitutives des garanties du maintien des moyens de production sont accompagnées d'un moyen permettant d'y parvenir : l'obligation de conservation du bien démembré mis à la charge de l'usufruitier.

## ***§II – Les moyens du maintien***

**255. Des obligations de conservation de la substance de la chose.** Détenant la possession matérielle du bien, l'usufruitier en jouit au quotidien, il est donc normal que lui revienne l'obligation de conserver le bien démembré. Cette obligation lui est imposée par l'article 578 du Code civil, selon lequel il doit « conserver la substance de la chose » objet du

---

<sup>641</sup> Cass. Req., 26 février 1894, *D.* 1995, 1, 102.

<sup>642</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov. 1998, pourvoi n° 96-18.041, *Bull. civ.* 1998 I, p. 217, n° 315. *Cf.* n.b.p. n° 514

<sup>643</sup> Louis VOGEL, *Du droit commercial au droit économique*, *Traité de droit des affaires* G. RIPPERT / R. ROBLOT, Tome 1, LGDJ, 19<sup>ème</sup> éd., 2010, p. 421, §471.

démembrement. Cependant, à l'examen de la pratique et de la jurisprudence relative au démembrement de propriété, il apparaît que l'obligation de conservation incombe aussi au nu-propiétaire, au moins en partie. Cette dernière provient de la communauté d'intérêt<sup>644</sup> présidant à la conservation de la chose. Selon PROUDHON, usufruitier et nu-propiétaire doivent être considérés « comme deux communiens (sic) qui se trouvent forcément en rapport d'intérêts dans la même chose, quoique sous différents aspects »<sup>645</sup>. CARBONNIER préconisait d'ailleurs de « réorganiser les rapports entre usufruitier et nu-propiétaire dans le sens d'une communauté »<sup>646</sup>. Il est suivi en cela par les instigateurs du projet de réforme du droit des biens qui proposent de consacrer cette idée. Monsieur TARRADE invite à l'insertion d'un article 577 dans le Code civil ainsi rédigé : « La conservation des biens objets de l'usufruit est une obligation d'intérêt commun pour le propriétaire et l'usufruitier »<sup>647</sup>. Cette recommandation trouve sa source dans la pratique actuelle du démembrement de propriété. Il en ressort des obligations personnelles d'entretien de la chose à la charge de l'usufruitier et du nu-propiétaire, poursuivant l'objectif de maintien des moyens de production (A). Certaines obligations entraînent un concours des propriétaires démembreés, toujours dans le même objectif (B).

## **A – Les obligations de conservation de l'usufruitier et du nu-propiétaire : le concours officieux au maintien**

**256. Les obligations personnelles de conservation.** Leurs intérêts étant communs, ils veilleront tout deux à cette conservation de la substance de la chose. Cependant, ils n'auront pas les mêmes armes pour la poursuivre. L'usufruitier se voit conférer la principale partie de cette obligation de conservation de la substance. Le nu-propiétaire n'a qu'un rôle secondaire.

**257. La conservation étendue de la substance par l'usufruitier.** L'usufruitier a un intérêt personnel à la conservation de la substance de la chose démembreée : la continuité de son usufruit est subordonnée à l'existence du bien. Si la chose disparaît, la propriété démembreée

---

<sup>644</sup> V. Claire SERLOOTEN, « L'intérêt commun, fondement de l'évolution de l'usufruit des droits sociaux », *Rev. Soc.* 2013, n° 1, p. 7.

<sup>645</sup> Jean-Baptiste-Victor PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation, et de superficie*, éd. V. Lagier, 1824, p. 7, §7.

<sup>646</sup> Jean CARBONNIER, *Droit civil – Tome 3 – Les Biens*, PUF, 15<sup>ème</sup> éd., 1992, p.188, §103.

<sup>647</sup> Pierre TARRADE, « Le régime général de l'usufruit », *In Propositions de l'Association Henri CAPITANT pour une réforme du droit des biens*, Sous la direction de Hugues PÉRINET-MARQUET, Retranscription du Colloque de Paris du 12 novembre 2008 Litec, 2009, p. 71, v. p. 74.

aussi<sup>648</sup>. Alors bien qu'il ait tout intérêt à en conserver la substance, le législateur n'a pas entendu laisser à l'usufruitier toute latitude. En effet, l'usufruit implique l'existence de la nue-propriété. Aussi l'institution prévoit-elle les mécanismes de sa protection. Le législateur impose à l'usufruitier de conserver la substance de la chose<sup>649</sup> et de l'entretenir. Le Code civil vise les « réparations d'entretien »<sup>650</sup>, mais ces termes semblent réservés aux seuls biens immobiliers. Ils doivent plus largement être entendus comme imposant une obligation d'entretien de la chose à la charge de l'usufruitier. Qu'est-ce alors que l'entretien d'un fonds ou d'un patrimoine affecté ? Il faut comprendre que l'usufruitier doit en maintenir la consistance. Il résulte de la combinaison de cette obligation d'entretien à l'obligation de « jouir en bon père de famille »<sup>651</sup> que « cette manière de jouir implique nécessairement une attitude active d'entretien et de conservation »<sup>652</sup>. Étant des universalités, la fongibilité de leurs éléments constitutifs permet de faire jouer le mécanisme de la subrogation, afin de remplacer les éléments devenant désuets (il faudra alors remplacer le matériel d'exploitation<sup>653</sup> ou l'outillage), ou nécessitant une rotation (tels les stocks).

Il doit surtout en conserver la substance, et c'est là que se retrouvent les principales limites à l'autonomie de gestion de l'usufruitier. En effet, cette obligation à la conservation de la substance de la chose, en vue de sa « restitution » ou remise au nu-propriétaire recouvre des aspects particuliers quant à son application au fonds de commerce : l'usufruitier doit continuer l'exploitation du fonds selon les mêmes modalités. Il ne doit pas transformer la chose<sup>654</sup>. Il ne doit pas non plus adopter un mode de jouissance<sup>655</sup> en contrariété avec ses obligations d'entretien et de conservation de la substance. C'est ainsi que la jurisprudence trace les contours de la conservation de la substance de la chose, comme cela a été examiné antérieurement.

Quant au patrimoine affecté à l'activité professionnelle, nous pensons que l'obligation de le conserver s'aligne sur celle des universalités de fait, à un détail près : pour conserver la

---

<sup>648</sup> Art. 617 c.civ.

<sup>649</sup> Art. 578 c.civ.

<sup>650</sup> Art. 605 c.civ.

<sup>651</sup> Cf. §286.

<sup>652</sup> Frédéric ZÉNATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les Biens, op. cit.*, p. 492, §334. V. n.bp. n° 383.

<sup>653</sup> Cf. sur ce point : Jean-Pascal CHAZAL, « L'usufruit d'un fonds de commerce », *op. cit.*, p. 167, §10. V. n.b.p. n° 357.

<sup>654</sup> Cf. Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 déc. 1968, *Bull. 1968 III*, n° 532.

<sup>655</sup> Cf. Soc., 24 janv. 1963, *Bull. civ. 1963 V*, n° 100.

substance du patrimoine affecté, encore faut-il ne pas en aggraver le passif. Le ratio de proportionnalité actif/passif devra alors être calculé en début d'usufruit, afin de vérifier qu'il n'a pas varié en fin d'usufruit. À défaut, des compensations devront être opérées.

Cette obligation légale de conservation dépasse bien sûr l'intérêt personnel de l'usufruitier pour rejoindre celui du nu-propiétaire. L'exemple du renouvellement du bail des locaux ou des terres consenti à l'exploitant commerçant, professionnel libéral ou agriculteur permet d'illustrer cette convergence d'intérêts et d'obligations de conservation de l'usufruitier et du nu-propiétaire.

**258. De la conservation par l'usufruitier à la conservation par le nu-propiétaire, l'exemple du renouvellement du bail.** Quant au bail rural en premier lieu, la qualification du caractère personnel du droit du preneur issu du bail rural avait été reconnue par la Cour de cassation dans une décision du 6 décembre 1956<sup>656</sup>. Il en résulte que seul celui ayant contracté le bail peut en obtenir le renouvellement. Dans le cadre du schéma du démembrement de propriété ici retenu au titre de l'anticipation de la transmission des entreprises, le preneur étant l'ancien usufruitier, le repreneur (ancien nu-propiétaire) ne l'a pas contracté. N'ayant pas ce droit à caractère personnel issu du contrat de bail rural, le repreneur ne saurait en demander le renouvellement. Seule la passation d'un nouveau bail rural permettrait au repreneur de se prévaloir du droit des baux ruraux. Quant au bail commercial, Messieurs REVET et ZÉNATI affirment que l'usufruitier « se voit expressément refuser le droit au renouvellement du bail »<sup>657</sup> en vertu de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 4 du décret du 30 septembre 1953<sup>658</sup> selon lequel « le droit au renouvellement ne peut être invoqué que par les locataires, leurs cessionnaires ou ayants droit ». Il faut ici préciser qu'ils retiennent un schéma de démembrement selon lequel l'ancien propriétaire plénier ne deviendrait pas devenu usufruitier (comme nous le préconisons au sein de ces développements), mais se réserverait la nue-propiété. En vertu de cet article, et suivant l'application préconisée du démembrement de propriété selon laquelle le prédécesseur se réserverait l'usufruit, il pourrait se prévaloir du droit au renouvellement en tant que locataire inscrit dans le bail commercial. Mais ce serait occulter l'Ordonnance de codification du 18 septembre 2000<sup>659</sup> qui a modifié le texte pour ne conférer ce droit qu'au

---

<sup>656</sup> Civ., 6 déc. 1956, *D.* 1956, I, p. 134

<sup>657</sup> Frédéric ZÉNATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les Biens*, PUF, p. 510 et 511, §345g. V. n.b.p. n° 383.

<sup>658</sup> Décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleur et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal.

<sup>659</sup> Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du Code de commerce.

seul « propriétaire du fonds »<sup>660</sup>. C'est alors que le prédécesseur devenu usufruitier ne pourra pas se prévaloir du droit au renouvellement durant le démembrement de propriété, n'étant pas actuellement reconnu propriétaire. Le repreneur pourra donc exiger le renouvellement du bail commercial en vertu de sa qualité de propriétaire du fonds de commerce. Plus qu'il ne le pourra, il le devra, afin de permettre à l'usufruitier de continuer à jouir du bien. En effet, l'obligation du nu-propriétaire aux grosses réparations<sup>661</sup> suggère son obligation de conservation à l'égard de la chose, lorsqu'il a la maîtrise de cette conservation. Obligé à la conservation, il devra veiller à demander le renouvellement du bail supportant l'exploitation de l'activité.

De plus, le bail commercial étant librement cessible, une clause qui en limiterait la cessibilité serait nulle<sup>662</sup>. Seule est tolérée en jurisprudence la clause subordonnant la cession du bail commercial à l'agrément du cessionnaire par le bailleur<sup>663</sup>, qui ne peut d'ailleurs refuser l'agrément qu'en justifiant d'un motif légitime, à défaut de quoi le recours au juge permettrait d'obtenir des dommages et intérêts<sup>664</sup>. Cet assouplissement jurisprudentiel du régime légal permet de rapprocher le régime du bail commercial de celui du bail professionnel. En effet, il est d'usage d'insérer dans ce dernier une clause en subordonnant la cession à l'agrément du bailleur. La transmission des fonds libéraux devra donc être accompagnée de l'obtention de l'agrément du nu-propriétaire-repreneur par le bailleur au jour de la constitution de l'usufruit, à défaut de quoi la cession du bail professionnel ne serait pas opposable au bailleur par le

---

<sup>660</sup> Cf. Art. L. 145-8 al. 1<sup>er</sup> c.com.

<sup>661</sup> Cf. Art. 605 al. 2 c.civ.

<sup>662</sup> Cf. Art. L. 145-15 c.com.

<sup>663</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 juin 2002, pourvoi n° 00-20.806, *Bull. civ. 2002 III*, n° 124, p. 109. V. Marie-Pierre DUMONT-LEFRAND, « De l'incidence de la reconduction tacite d'un bail commercial sur l'obligation de garantie solidaire du cessionnaire de bail » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 juin 2002, pourvoi n° 00-20.806, *AJDI 2002*, n° 11, p. 762 ; Pierre-Yves GAUTIER, Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 juin 2002, pourvoi n° 00-20.806, *RTDciv. 2002*, n° 4, p. 830.

Mamadou KEITA, « Incidence de la tacite reconduction du bail sur la clause de solidarité entre cédant et cessionnaire d'un bail commercial » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 juin 2002, pourvoi n° 00-20.806, *JCP E 2003*, n° 21, p. 908 ; Jacques LAFOND, « Cession de bail commercial et clause de solidarité », *JCP E 2004*, n° 30, p. 1190 ; Jacques MESTRE et Bertrand FAGES, Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 juin 2002, pourvoi n° 00-20.806, *RTD.civ. 2003*, n° 3, p. 498 ; Christine QUÉMENT, « La clause de garantie solidaire se poursuit pendant la tacite reconduction » - Obs. sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 juin 2002, pourvoi n° 00-20.806, *Rev.Loy. 2002*, n° 830, p. 496.

<sup>664</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 juin 2011, pourvoi n° 10-16.233, Inédit. V. Philippe-Hubert BRAULT, « Refus d'agrément du bailleur et sanction » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 juin 2011, pourvoi n° 10-16.233, *Loyers et copropriété 2011*, n° 10, p. 20.

repreneur. Il en est de même quant au bail rural issu de la loi du 5 janvier 2006<sup>665</sup> permettant l'insertion d'une clause autorisant la cession du bail hors cadre familial. Selon l'article L. 418-4 du Code rural et de la pêche maritime, la cession du bail rural est possible après information du bailleur.

Il ne reste alors que la problématique relative au bail rural ancienne génération, dominant pourtant toujours largement la pratique. Ce bail est par principe incessible<sup>666</sup>, sauf à obtenir l'agrément du bailleur et au profit uniquement du conjoint, du partenaire ou d'un descendant majeur du preneur. *A contrario*, en cas de décès du preneur, il est transmissible de droit aux mêmes personnes mais aussi aux ascendants ayant participé à l'exploitation pendant au moins cinq ans, en cas de décès de ce dernier<sup>667</sup>. Cependant la situation juridique induite par cette dernière hypothèse est l'antithèse d'une transmission anticipée. Et la cession aux seuls membres de la famille subordonnée à l'agrément du bailleur limite les hypothèses de transmission de l'entreprise agricole. Sauf à avoir adopté le bail rural issu de la loi de 2006, le chef d'entreprise ne pourra donc pas transmettre son exploitation agricole, excepté à un cercle de repreneurs très limité, à moins qu'il ne se fasse consentir au profit du repreneur un nouveau bail par le bailleur, ce qui somme toute est assez aisé en pratique.

Ainsi, lorsque le nu-proprétaire est le seul à pouvoir conserver la chose, il devra y concourir, mais plus généralement, si l'usufruitier a le pouvoir et le devoir d'agir sur la chose, pour que sa substance en soit conservée, le nu-proprétaire détient le contrôle de la modification de sa substance.

**259. La conservation limitée de la substance par le nu-proprétaire.** Ayant vocation à la pleine propriété, le nu-proprétaire en attente ne l'obtiendra que lorsque le bien existera à l'extinction de l'usufruit. Afin d'y parvenir, le nu-proprétaire a le droit de contribuer à sa conservation en cas d'inertie de l'usufruitier. N'étant pas en possession de la chose, le nu-proprétaire se voit déchargé de la conservation de sa substance. En même temps, il conserve le pouvoir de surveiller la chose entre les mains de l'usufruitier. La jurisprudence lui consacre un « droit général de surveillance sur la chose »<sup>668</sup>. Le nu-proprétaire n'a pas un droit de

---

<sup>665</sup> Loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole.

<sup>666</sup> Cf. Art. L. 411-35 c.rur. Le dernier alinéa de cet article précise d'ailleurs qu'il s'agit d'une disposition d'ordre public.

<sup>667</sup> Cf. Art. L. 411-34 c.rur.

<sup>668</sup> CA Aix-en-Provence, 4<sup>ème</sup> ch. C, 9 nov. 2006, rôle n° 2006/440, RG n° 03/12011, et CA Aix-en-Provence, 1<sup>ère</sup> ch. C, 10. déc. 2009, rôle n° 09/02655.

regard direct sur la gestion de l'usufruitier, mais seulement le droit de vérifier qu'il en a bien conservé la substance. La Cour de cassation a déterminé les moyens matériels de cette vérification : il a le droit d'obtenir des informations<sup>669</sup> sur la chose, notamment sur sa consistance et sur sa valeur. Le nu-proprétaire d'un fonds ou d'un patrimoine affecté devrait alors pouvoir se faire communiquer les livres comptables ou les résultats d'audit<sup>670</sup>. De manière plus générale, il doit pouvoir obtenir communication de toute information relative à des faits ou à des actes susceptibles de déprécier la consistance ou la valeur du fonds ou du patrimoine affecté.

Le nu-proprétaire peut ensuite pallier les insuffisances de l'usufruitier : il se voit reconnaître le droit de concourir à la conservation. Il peut notamment « accomplir des actes conservatoires dans l'intérêt commun, pouvant même troubler la jouissance de l'usufruitier, si celui-ci reste inactif »<sup>671</sup>. En effet, les actes conservatoires ont pour ambition de préserver la substance des biens, ou les droits, en vertu desquels ils sont pris. POTHIER expliquait qu'ils pouvaient être passés « par celui qui a un droit en espérance »<sup>672</sup> ; le nu-proprétaire a un droit de propriété plénière en espérance. Cela illustre l'idée de complémentarité des rôles de l'usufruitier et du nu-proprétaire. La conservation de la substance est confiée à l'usufruitier, cependant, le nu-proprétaire le seconde, lorsque ce dernier n'y aura pas satisfait. Plus encore, le nu-proprétaire peut contraindre l'usufruitier à les réaliser, ou lui demander le remboursement des actes qu'il aurait passé à sa place<sup>673</sup>.

Cette complémentarité des rôles des propriétaires démembrés quant à la conservation de la chose n'était pourtant pas évidente, d'autant que les cas de concours entre usufruitier et nu-proprétaire sont très limités.

---

<sup>669</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov. 1998, pourvoi n° 96-18.041, *Bull. civ. 1998 I*, p. 217, n° 315. Dans l'affaire *Baylet*, la nue-proprétaire l'était en indivision ; sa demande avait alors pour but l'information tendant à ce qu'elle demande le partage. L'état d'indivision semble cependant inopérant quant à la portée du droit à l'information pouvant ainsi être conféré à tout nu-proprétaire. Cf. n.b.p. n° 514.

<sup>670</sup> Relativement à des droits sociaux, le nu-proprétaire devrait pouvoir demander à l'usufruitier communication des procès-verbaux d'assemblées ayant adopté des délibérations pouvant influencer la consistance ou la valeur des droits sociaux, comme par exemple les délibérations emportant augmentation de capital, si la convention avait attribué à l'usufruitier le pouvoir de voter en assemblée générale extraordinaire, bien que d'ordinaire ce pouvoir revienne au nu-proprétaire.

<sup>671</sup> CA Aix-en-Provence, 4<sup>ème</sup> ch. C, 9 nov. 2006, n° 2006/440, RG n° 03/12011.

<sup>672</sup> In Œuvres de POTHIER, *op. cit.*, p. 9, sous « Acte conservatoire ». V. n.b.p. n° 189.

<sup>673</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 mars 1962, *Bull. civ. 1962 I*, n° 175.

## **B – Le concours légal au maintien des moyens de production**

**260. La non-consécration d'un concours de l'usufruitier et du nu-proprétaire.** La loi ne consacre pas un principe général de concours de l'usufruitier et du nu-proprétaire pour modifier la situation juridique du bien objet des droits réels démembés. Cette absence de principe général est à notre sens le marqueur du démembrement. En effet, l'usufruitier et le nu-proprétaire n'ont pas besoin du concours l'un de l'autre pour agir en vertu de leur propriété, celles-ci étant indépendantes. Cette indépendance rend le concours superflu. Au contraire, la loi organise les rôles des propriétaires démembés, de manière à ce qu'ils se complètent quant à leurs obligations vis-à-vis de la chose. Cependant, il n'en est pas moins vrai que la propriété démembée implique la coopération de deux personnes physiques, certaines modifications de la situation juridique du bien nécessitent leur concours.

**261. Le cas légal de concours, garant de la sécurité juridique.** Ainsi, le législateur a consacré le concours de l'usufruitier et du nu-proprétaire sur quelques points de droit spécifiques. Il est obligatoire pour permettre à un tiers d'acquérir un droit sur le bien démembé.

Il en est ainsi en matière de bail rural ou commercial. Qu'il s'agisse de le consentir ou de le renouveler, l'usufruitier qui mettra la chose à la disposition du tiers locataire doit requérir l'accord du nu-proprétaire. Le concours des propriétaires démembés est ainsi consacré, par la loi quant au droit de donner à bail<sup>674</sup>, et par la jurisprudence quant à celui de le renouveler<sup>675</sup>. La reconnaissance de la propriété commerciale à laquelle on peut assimiler la

---

<sup>674</sup> Art. 595 al. 4 c.civ.

<sup>675</sup> Cf. sur ce point : Civ. 3<sup>ème</sup>, 24 mars 1999, pourvoi n° 97-16.856, *Bull. civ. 1999 III*, p. 54, n° 78 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 nov. 1980, pourvoi n° 79-13.035, *Bull. civ. 1980 III*, n° 176, CA Toulouse, 31 juill. 2012, n° 11/05985, ch. Sect. 1, SARL Module c/ C. V. Jean BERNARD DE SAINT AFFRIQUE, Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 24 mars 1999, pourvoi n° 97-16.856, *JCP N 2000*, n° 19, p. 814 ; Jean-Denis BARBIER, Obs. sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 24 mars 1999, pourvoi n° 97-16.856, *Gaz. Pal. 1999*, n° 181, p. 28 ; Philippe-Hubert BRAULT, Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 24 mars 1999, pourvoi n° 97-16.856, *JCP E 1999*, n° 40, p. 1589 ; Pascal MENDEK, « Renouvellement du bail commerciale : l'accord du nu-proprétaire » - Obs. sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 24 mars 1999, pourvoi n° 97-16.856, *RLDA 1999*, n° 16, p. 28 ; Jean-François PILLEBOUT, « Contraire à l'esprit de la loi : le renouvellement d'un bail commercial nécessiterait le concours du nu-proprétaire » - Obs. sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 24 mars 1999, pourvoi n° 97-16.856, *JCP N 1999*, n° 27, p. 1081.

propriété de fonds ruraux, et des nombreux avantages<sup>676</sup> qu'elles confèrent à leurs bénéficiaires, justifie ce cas de concours.

Cependant, le législateur conscient des conflits d'intérêts pouvant survenir entre propriétaires démembrés, offre une alternative au concours du nu-propiétaire. L'usufruitier, à défaut d'avoir obtenu l'accord du nu-propiétaire, pourra se tourner vers les juridictions du fond afin d'obtenir une autorisation. À défaut de concours ou d'autorisation judiciaire, le bail contracté par l'usufruitier avec le tiers encourt la nullité, nullité relative ouverte au nu-propiétaire. La Cour de cassation en donne la raison : « la conclusion d'un bail commercial sur des lieux destinés à un autre usage constitue en elle-même une altération de la substance de la chose soumise à usufruit »<sup>677</sup>. La nature de ces actes, contrevenant au respect de l'obligation de conservation, justifie ce cas de concours. L'usufruitier ne peut donc donner seul à bail le local dans lequel est exploitée l'activité, ce qui permet de préserver le lieu d'exploitation, moyen primordial d'exploitation des entreprises. C'est là le seul cas de concours légal, mais la jurisprudence complète la liste.

**262. Les cas jurisprudentiels de concours.** La jurisprudence a notamment conclu à la nécessité du concours en cas de demande en expropriation d'un immeuble. Dans un arrêt de la troisième chambre civile du 19 juillet 1984<sup>678</sup>, la Cour de cassation décide que la demande ayant pour but l'expropriation d'un immeuble ne peut émaner du seul nu-propiétaire. Elle précise tout d'abord que « seul celui qui a la pleine propriété peut requérir l'emprise totale et que, lorsque la nue-propriété et l'usufruit sont séparés, cette réquisition ne peut émaner du nu-propiétaire sans le consentement de l'usufruitier ». La Cour estime donc que la demande en expropriation est une action réservée au propriétaire plénier. À défaut de propriété plénière, et aux fins de retrouver la libre disposition de la chose, les propriétaires démembrés n'y ont pas accès individuellement. Ainsi, ni le nu-propiétaire, ni l'usufruitier, seuls, ne peuvent se voir accordée une telle demande. La Cour complète que « l'accord du nu-propiétaire et de

---

<sup>676</sup> En effet, le bail commercial offre un statut spécial au locataire ; il bénéficie notamment du droit au renouvellement du bail, ou à défaut d'une indemnité d'éviction. En consentant un bail commercial, le bailleur dispose du bien, c'est-à-dire de l'immeuble, qui restera indisponible un certain temps, voire qui entraînera une charge importante imputable à celui qui en détiendra la propriété plénière en cas de non-renouvellement. Or, c'est le nu-propiétaire qui a vocation à la récupérer. Aussi, en fin d'usufruit, lorsque le bail commercial sera toujours en cours, le nu-propiétaire devra respecter les obligations du bailleur commercial, voilà pourquoi son concours est nécessaire.

<sup>677</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 4 juin 1975, pourvoi n° 74-10.777, *Bull. civ. 1975 III*, n° 194.

<sup>678</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 juill. 1984, pourvoi n° 83-70.164, *Bull. civ. 1984 III*, n° 148.

l'usufruitier s'imposait pour requérir l'emprise totale du tènement immobilier ». On en conclut qu'il faut que la propriété plénière soit recomposée, au moins artificiellement, afin d'engager une expulsion. Nu-propiétaire et usufruitier n'ont en effet pas d'emprise directe sur la chose quant à sa disposition, que ce soit pour la donner ou pour la récupérer, ils doivent agir ensemble. La disposition de la chose ressort de la seule pleine propriété.

La jurisprudence exige explicitement qu'ils concourent pour disposer de la chose dans sa matérialité, c'est-à-dire pour en attribuer la propriété plénière à un tiers. En effet, même les autorisations judiciaires ne peuvent contrarier la volonté contraire de l'un des titulaires de droits réels démembrés : le « juge de l'exécution ne peut ordonner (...) la vente forcée de la pleine propriété de biens meubles ou immeubles grevés d'usufruit, contre la volonté du nu-propiétaire »<sup>679</sup>, et en sens inverse il ne peut « ordonner la vente de la pleine propriété d'un bien grevé d'usufruit contre la volonté de l'usufruitier »<sup>680</sup>.

Ainsi doit-on en conclure que le législateur ou à défaut le juge, exigent leur concours pour tous les actes et toutes les actions concernant la pleine propriété du bien. Les liens de l'usufruitier et du nu-propiétaire sont ainsi organisés aux fins de respecter l'indépendance de leur propriété démembrée, tout en permettant les opérations nécessitant la détention de la propriété sous sa forme plénière afin de modifier la situation juridique du bien, notamment quant aux actes de disposition.

Ainsi présenté le premier aspect caractérisant le démembrement de l'entreprise individuelle, il convient à présent de s'intéresser à l'autre objectif poursuivi par les parties : leur contribution au maintien de l'exploitation de l'activité.

## ***SECTION II – LA POURSUITE DE L'ACTIVITÉ SAUVEGARDÉE***

**263. La complémentarité des statuts de l'usufruitier et du nu-propiétaire.** Si l'indépendance des rapports de l'usufruitier et du nu-propiétaire est bien réelle, en ce qu'ils détiennent tous deux un droit réel d'usufruit ou de nue-propiété sur la chose, il ne faut pas en

---

<sup>679</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 18 nov. 2009, pourvoi n° 08-19.875, *Bull. civ. 2009 III*, n° 255. V. : Gilles PAISANT, Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 18 nov. 2009, pourvoi n° 08-19.875, *RTDcom. 2010*, n° 1, p. 214 ; Guy RAYMOND, Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 18 nov. 2009, pourvoi n° 08-19.875, *CCC 2010*, n° 2, p. 39.

<sup>680</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 janv. 2006, pourvoi n° 04-13.789, *Bull. 2006 I*, p. 22, n° 23.

conclure à « un mur d'indifférence »<sup>681</sup>. Au-delà de leur indépendance dans leurs rapports à la chose ou aux tiers, le fait que leurs droits soient issus d'une convention à laquelle ils participent tous deux, emporte une certaine complémentarité de leurs statuts. L'anticipation instaure ainsi des rapports juridiques entre l'usufruitier et le nu-propiétaire ; il ne peut donc être soutenu que leurs droits sont totalement indépendants. En effet, des droits personnels réciproques, et par conséquent des obligations personnelles réciproques naissent entre eux de par la convention. Cette complémentarité est issue de la communion d'intérêt qui préside à la constitution de l'usufruit.

**264. L'intérêt commun à la poursuite de l'activité.** Ce qui semble rapprocher l'usufruitier et le nu-propiétaire en cas de démembrement conventionnel est leur intérêt commun à la conservation de la substance de la chose. Tous deux souhaitent conserver leurs droits réels démembrés intacts et pour cela, ils doivent s'assurer de la conservation du bien qui en est l'objet. Ils ont donc un intérêt commun à la survie du bien démembré et à la préservation de sa substance : l'usufruitier pour le *présent* et le *futur proche*, le nu-propiétaire pour le *futur plus éloigné*.

Lorsque le démembrement porte sur l'entreprise individuelle, la motivation commune de l'usufruitier et du nu-propiétaire à la conservation de la chose, est qualifiée dans la volonté commune qu'ils ont d'assurer la poursuite de l'activité. En effet, le prédécesseur anticipe par le biais du démembrement le fait qu'à terme l'activité sera poursuivie par le repreneur, qui lui-même attend de pouvoir reprendre l'entreprise. Dans le même temps, le prédécesseur entend se réserver la possibilité de continuer à exploiter l'activité pour un temps, et ainsi d'en tirer des revenus ; pour le repreneur, il s'agit de s'assurer l'acquisition du titre de propriété du fonds, du patrimoine affecté ou des droits sociaux, ce qui implique que l'activité ait été poursuivie et maintenue jusqu'à la reprise. La poursuite de l'activité est donc le point de rencontre des intérêts personnels respectifs du prédécesseur à la continuation de l'exploitation d'une part et, du repreneur à la reprise ultérieure de l'activité d'autre part, tout en préservant l'intérêt collectif tenant en la préservation d'une entité économique productive de richesses et parfois d'emplois. Il y a donc une « communauté d'intérêts »<sup>682</sup> entre l'usufruitier et le nu-propiétaire.

---

<sup>681</sup> Pierre TARRADE, « Le régime général de l'usufruit », *In Propositions de l'Association Henri CAPITANT pour une réforme du droit des biens*, Sous la direction de Hugues PÉRINET-MARQUET, Retranscription du Colloque de Paris du 12 novembre 2008 Litec, 2009, p. 71, v. p. 73.

<sup>682</sup> V. Alain LE BAYON, « L'usufruit de parts sociales », *Rev. Soc.* 1973, p. 435, §30.

**265. Les moyens de la poursuite de l'activité.** L'usufruitier est d'ailleurs « incité à prendre les mesures les plus favorables à l'entreprise et, (...) le nu-proprétaire est invité à s'entendre avec lui dans l'intérêt commun »<sup>683</sup> ; d'une manière générale, « la sauvegarde de la valeur et de la rentabilité des biens est manifestement l'objectif poursuivi »<sup>684</sup>. Les effets du démembrement et les droits et les obligations non encore abordés contribuent à sauvegarder la poursuite de l'activité. On remarque que la continuité de direction est une conséquence directe de la stipulation emportant la constitution de l'usufruit (§I). De plus, certaines obligations favorisent ce même résultat tout en contribuant à la pérennisation de l'exploitation (§II).

### ***§I – La continuité de direction préservée***

**266. L'anticipation de la transition entre le prédécesseur et le repreneur.** Deux volets du démembrement de propriété de l'entreprise individuelle permettent de concourir à la continuité de direction. Tout d'abord l'identité de gestionnaire est maintenue pour tout le temps de la convention emportant le démembrement de propriété (A). C'est ensuite la reconstitution de la propriété plénière qui permet le relai entre le prédécesseur et le repreneur (B).

#### **A – Le maintien temporaire de l'identité de gestionnaire**

**267. L'identité de gestionnaire maintenue par la rétention de l'usufruit.** Les principes directeurs du démembrement de propriété, couplés à l'esprit d'entreprise, permettent le maintien temporaire de l'identité de gestionnaire, qui assurera la continuité de la direction de l'entreprise. En matière d'usufruit, l'usufruitier a un intérêt tout particulier à la jouissance du bien : la perception des fruits, bien qu'il ait la charge de son entretien. Transposé à l'entreprise, il en ressort que l'exploitation poursuit un but principal : la réalisation de profits, à défaut de quoi il conviendrait de la requalifier d'association. C'est en effet « dans le but de créer que le commerçant réunit les biens nécessaires à l'exploitation et les engage dans l'entreprise »<sup>685</sup>. Aussi, la jouissance de l'entreprise emporte la perception de fruits, tout en mettant à la charge de l'usufruitier les dépenses nécessaires à son entretien. Il en résulte que l'usufruitier conserve la qualité d'exploitant (1°), et d'entrepreneur (2°).

---

<sup>683</sup> Christian ATIAS, Obs. sous Com., 28 janvier 1980, pourvoi n° 78-13.439, *JCP 1980, II*, 19416.

<sup>684</sup> Christian ATIAS, *op. cit.*, 19416.

<sup>685</sup> A.-L. DELALANDE, *L'usufruit d'un fonds de commerce, op. cit.*, p. 22, V. n.b.p. n° 264

## 1°) La qualité d'exploitant retenue

**268. L'obligation de livraison, anéantie par la rétention de l'usufruit.** Le démembrement de propriété entraîne traditionnellement l'obligation de livraison, reconnue comme imputable au nu-proprétaire. Cela vient de l'origine de l'institution, qui avait pour ambition première d'assurer la survie matérielle du conjoint survivant. Les enfants héritiers ne se voyaient attribuer que la nue-proprété des biens dont ils héritaient. Cette obligation avait donc pour but d'assurer la remise de la chose objet du démembrement, parfois détenue par les héritiers du défunt, au conjoint survivant. Mais le schéma du démembrement est ici différent, puisque initié par le propriétaire plénier se réservant l'usufruit. L'usufruitier est donc déjà en possession de l'objet de propriété démembrée. En inversant le mécanisme du démembrement, comme ici envisagé, le prédécesseur, passant du statut de propriétaire plénier à celui d'usufruitier, est à la fois débiteur et créancier de l'obligation de livraison. La remise matérielle de la chose n'a plus lieu d'être, puisque le propriétaire plénier devenant usufruitier en est déjà en possession. L'obligation de livraison de la chose à soi-même ne peut être considérée comme une obligation juridique existante ; elle est annihilée. En mettant en œuvre le démembrement de propriété tout en se réservant l'usufruit, l'usufruitier-prédécesseur cherche effectivement à continuer l'exploitation de l'entreprise individuelle. L'institution est alors quelque peu dénaturée par le schéma de démembrement retenu en ce qu'il vide de son objet l'une des obligations principales du nu-proprétaire ; mais quant à la transmission de l'entreprise, il induit une simplification de l'opération.

Cette obligation reste cependant attachée à la qualité du nu-proprétaire. Bien que dispensé de livraison, il devra tout de même assurer le respect des obligations qui y sont liées, à savoir notamment le respect de la jouissance paisible de la chose par l'usufruitier. Le nu-proprétaire-repreneur s'engage en effet pour la durée de l'usufruit à faire en sorte de ne pas nuire à la jouissance de l'usufruitier. L'usufruitier tient donc un droit personnel à l'égard du nu-proprétaire, celui d'exiger de lui qu'il ne porte pas atteinte à son droit de jouissance. En outre, l'usufruit est un droit réel et l'usufruitier tient en cela un droit qui est aussi autonome.

**269. L'usufruit, un droit de propriété autonome.** Si la nue-proprété est classiquement assimilée à la propriété et l'usufruit à une charge ou à un simple droit réel, nous pensons qu'il n'en est rien. Bien que le nu-proprétaire ait vocation à récupérer la pleine propriété, il ne peut être considéré comme seul propriétaire ; usufruitier et nu-proprétaire sont à égalité quant à la propriété plénière le temps du démembrement : ils ne peuvent ni l'un, ni l'autre, prétendre en

être titulaires, ni ne peuvent disposer de la chose ; ils peuvent seulement disposer de leurs droits démembrés. Selon Monsieur ZÉNATI, si « la propriété exprime le règne de la volonté du sujet sur les choses, l'usufruit (...) apparaît comme ayant une consistance différente »<sup>686</sup>. Il faut ajouter qu'il en est de même de la nue-propriété. Usufruit et nue-propriété ont tous deux une consistance différente l'un de l'autre ; ils ont aussi chacun, une consistance différente de celle de la pleine propriété.

De notre point de vue, l'usufruit et la nue-propriété ne sont ni l'un, ni l'autre, des propriétés plénières, mais sont bien des propriétés. Il est tout d'abord admis que l'usufruit n'est pas une propriété, qui plus est plénière ; Messieurs ZÉNATI et REVET qualifient d'ailleurs l'usufruitier de « non-propriétaire »<sup>687</sup>. Il est vrai qu'il n'est pas propriétaire plénier, mais pas moins que le nu-propriétaire. Cependant l'usufruit est, selon nous une propriété. DEMOLOMBE enseignait que le démembrement est productif d'un bien incorporel<sup>688</sup> : l'usufruit. Il en est de même quant à la nue-propriété. Selon MASSON, « l'usufruitier est un propriétaire, un propriétaire viager »<sup>689</sup> ; il qualifie l'usufruit de « petite propriété »<sup>690</sup>. L'idée est que la propriété peut n'être que partielle. La chambre des Requêtes de la Cour de cassation<sup>691</sup> a affirmé en 1861 que le droit d'usufruit est « une véritable propriété ». La preuve en est : le titulaire de l'usufruit peut exercer l'action en revendication, action réservée aux seuls propriétaires<sup>692</sup>. Il peut aussi engager l'action en revendication de son usufruit<sup>693</sup> ; c'est là encore la Cour de cassation qui l'a affirmé en 2004<sup>694</sup>. Plus encore, l'usufruit étant une propriété, l'usufruitier peut l'améliorer, et a de plus en plus tendance à être récompensé pour cela par les juridictions<sup>695</sup>. Ainsi, en cas d'accroissement de la valeur de la chose, l'usufruitier

---

<sup>686</sup> Frédéric ZÉNATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : Contribution à la théorie du droit subjectif*, *op.cit.*, p. 441, §325. V. n.b.p. n° 150.

<sup>687</sup> Frédéric ZÉNATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les Biens*, PUF, p. 481, §316. V. n.b.p. n° 383.

<sup>688</sup> V. sur ce point : Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon. X – Traité de la distinction des biens*, *op. cit.*, p. 187 et 188, §219. V. n.b.p. n° 294.

<sup>689</sup> Pierre MASSON, *op. cit.*, p. 124.

<sup>690</sup> Pierre MASSON, *op. cit.*, p. 114, *in limine*.

<sup>691</sup> Cf. sur ce point : Cass. Req. : 6 mars 1861, *DP 1865, I*, 417 ; *Code civil 2010*, Litec, n.1, sous art. 578 c.civ.,

<sup>692</sup> Cf. sur ce point : Jean-Philippe LÉVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd., Dalloz, 2002, p. 322, §243.

<sup>693</sup> Cf. sur ce point : Frédéric ZÉNATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p. 494, §336. V. n.b.p. n° 383.

<sup>694</sup> Civ., 3<sup>ème</sup>, 7 avr. 2004, n° 02-13.703, *Bull. civ. 2004 III*, p. 78, n° 85.

<sup>695</sup> Cf. sur ce point : Pierre MASSON, *op. cit.*, p. 207, *in fine*.

aurait un droit à cette valeur produite, comme un plein propriétaire. L'usufruit « forme une valeur économique »<sup>696</sup>, comme toute propriété. Une réinterprétation de l'article 578 du Code civil en convaincra.

Tout d'abord, le nu-propriétaire n'est pas le propriétaire de l'article 578 du Code civil. Il ne saurait être assimilé à un propriétaire plénier, et bien que le législateur le nomme souvent « propriétaire », nous pensons qu'il faut y voir une simple facilité de langage, ou du moins qu'il n'entend pas par là que le nu-propriétaire est un propriétaire plénier. Lorsqu'il dispose que « l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même (...) », on en conclut trop souvent que l'usufruitier ne peut être propriétaire, puisqu'il ne peut que jouir des choses « dont un autre a la propriété ». Il convient de revoir l'interprétation de ce texte : lorsque le législateur parle de la « propriété d'un autre » sur une chose, il se réfère au propriétaire plénier existant avant l'opération de démembrement. En fait, « l'usufruitier jouit des choses dont un autre avait la propriété plénière ». La preuve en est que le législateur utilise le terme de « choses », donc d'objets non appropriés<sup>697</sup>. De plus, l'« autre » de l'article 578 du Code civil ne peut être propriétaire d'une *chose*, mais seulement d'un *bien*, puisque la propriété implique le changement d'état de la *chose* en *bien*. La notion de *bien* induit effectivement l'idée d'appropriation<sup>698</sup>. Par la constitution du démembrement de propriété, le *bien* redevient une *chose*, *chose* que le démembrement transforme en *nouveau bien*, dont la propriété est démembrée. De là sont organisés la nue-propriété et l'usufruit. L'usufruit est le droit de jouir de ce *bien* dont un autre détenait la propriété plénière. D'ailleurs, dans la suite de l'article, l'usufruitier, intime le législateur, « jouit de la chose comme le propriétaire lui-même ». Là encore, le temps employé par le législateur n'est pas à comprendre au premier degré. L'usufruitier ne peut jouir de la chose comme le propriétaire, puisque ce dernier en est précisément privé. L'usufruitier doit donc en jouir comme l'ancien propriétaire plénier en jouissait. Dans cet article 578 du Code civil, le terme de « propriétaire » ne désigne pas le nu-propriétaire, mais simplement l'ancien propriétaire, qui peut devenir ou non *propriétaire démembré*, en se réservant ou non l'usufruit ou la nue-propriété de la chose. Au moment de la constitution de l'usufruit, le processus opère

---

<sup>696</sup> Cf. sur ce point : Pierre MASSON, *op. cit.*, p. 199.

<sup>697</sup> Cf. sur la distinction *biens/choses* : Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon X - Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation, Tome 1<sup>er</sup>*, Ed. A. DURAND et HACHETTE, 1861, p. 6, §8-9.

<sup>698</sup> Hervé LÉCUYER, « Redéfinir et définir les biens ? », *JCP G déc. 2007*, HS n° spécial, p. 50.

une redéfinition de la propriété, une fusion interne entraînant la désappropriation du *bien*, devenant ainsi une *chose*. De là, naît la propriété démembrée.

Usufruit et nue-propriété apparaissent alors comme de nouvelles formes de propriétés, complémentaires dans le sens où elles ne peuvent exister l'une sans l'autre, mais aussi totalement indépendantes quant aux droits qu'elles confèrent à leur titulaire. Véritables droits réels, les droits d'usufruit et de nue-propriété sont distincts et isolés l'un de l'autre : l'usufruitier n'a aucune emprise sur la nue-propriété, et pareillement pour le nu-propiétaire quant à l'usufruit. Ce sont des droits réels<sup>699</sup> distincts et individuels. Ils existent à l'égard de tous. Ils sont absolus quant aux prérogatives qu'ils confèrent à leur titulaire. En retenant la jouissance du bien, l'usufruitier-prédécesseur se réserve un droit autonome. Il continuera à exercer l'activité en toute indépendance. Il poursuivra l'exploitation.

**270. La qualité d'exploitant retenue.** En se réservant l'usufruit du fonds ou du patrimoine affecté, le prédécesseur s'en réserve la jouissance. Or leur jouissance correspond à leur exploitation, le but étant d'en percevoir les fruits. Aussi l'usufruitier conservera la qualité d'exploitant de l'entreprise individuelle, qualité qu'il détenait avant l'opération de démembrement. Un arrêt du Conseil d'Etat<sup>700</sup> consacre d'ailleurs implicitement la qualité d'exploitant de l'usufruitier d'un fonds de commerce. Les auteurs en ont déduit que « seul (l') usufruitier est en principe l'exploitant unique du fonds »<sup>701</sup>. Pour le patrimoine affecté, il devrait en être de même ; l'usufruitier jouira de celui-ci et par là, aura cette qualité d'exploitant du patrimoine démembré.

---

<sup>699</sup> Cf. sur ce point : Pierre MASSON, *op. cit.*, p. IX ; Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon X - Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, *op. cit.*, p. 360, §464. V. n.b.p. n° 699.

<sup>700</sup> CE, 28 avr. 2006, n° 278857, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> s.-s., min. c/ Mmes Cousin et Soulard, *RJF* 7/06, n° 887 : Qu' « en cas de démembrement de propriété, ceux des indivisaires qui ont seulement la qualité de nus-propiétaires ne peuvent être regardés comme co-exploitants du fonds que si est établie leur appartenance à une société de fait constituée avec le ou les usufruitiers ». Ici, le Conseil d'État consacre presque explicitement l'attribution de la qualité d'exploitant à l'usufruitier, puisqu'il n'entend attribuer cette même qualité au nu-propiétaire, uniquement lorsque ce dernier s'associe à l'usufruitier quant à l'exploitation du fonds.

<sup>701</sup> François SÉNERS, « À quelles conditions le co-propiétaire indivis d'un fonds de commerce qui est seulement nu-propiétaire a-t-il la qualité d'exploitant ? » - Note sous CE, 28 avr. 2006, n°278857, *BDCF* 2006, n° 7, 91, p. 47. V. aussi : Louis VOGEL, *Du droit commercial au droit économique, Traité de droit des affaires G. RIPPERT / R. ROBLOT, Tome 1*, LGDJ, 19<sup>ème</sup> éd., 2010, p. 425, §475.

Pourvu de cette qualité, l'usufruitier se voit attribuer le statut d'administrateur<sup>702</sup> du fonds ou du patrimoine. Il doit accomplir tous les actes d'administration<sup>703</sup>, c'est-à-dire les actes conservatoires et les actes de gestion courante, notamment et plus largement tous les actes permettant le fonctionnement de l'entreprise individuelle au même titre que l'exploitant en nom propre non démembré : commandes, livraisons, contrats, embauches et licenciements. Mais son rôle d'administrateur ne s'arrête pas là. Le démembrement portant sur une universalité, l'usufruitier y trouve la libre disposition des biens composant le fonds ou le patrimoine, tout en ayant l'obligation de les préserver. Il pourra alors disposer, grâce au jeu de la subrogation, des éléments composant le fonds ou le patrimoine affecté, que ce soit au titre de son obligation d'entretien (il procédera alors au remplacement du matériel d'exploitation), ou au titre de l'exploitation directe du fonds. Il pourra par exemple aliéner les marchandises<sup>704</sup>. C'est d'ailleurs cette subrogation qui confère une liberté de gestion à l'usufruitier, et qui « favorise une gestion dynamique de l'universalité en [lui] garantissant une marge de manœuvre étendue (...). En effet, l'exploitation des universalités suppose, dans la majorité des cas, une fluctuation de ses éléments »<sup>705</sup>. C'est ce principe de subrogation qui permet d'assurer la bonne gestion de l'entreprise individuelle par l'usufruitier.

En outre, le rôle de l'usufruitier ne se cantonne pas à celui de simple administrateur, il gère le fonds ou le patrimoine comme bon lui semble, tant qu'il ne porte pas atteinte à sa substance. La jurisprudence a affirmé que l'usufruitier « peut, sans le consentement du nu-propiétaire, donner à bail un fonds de commerce »<sup>706</sup>. Parallèlement, bien que par principe, il ne puisse consentir un bail commercial sans le consentement du nu-propiétaire<sup>707</sup> au vu des effets

---

<sup>702</sup> Sur ce point, même les auteurs les plus réfractaires à la théorie du démembrement de propriété, ne voyant souvent qu'une charge en l'usufruit, s'accordent à reconnaître à l'usufruitier ce statut d'administrateur du bien objet du démembrement. Cf. Frédéric ZÉNATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 492, § 334. V. n.b.p. n° 383.

<sup>703</sup> Le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil précise en son article 1<sup>er</sup> que « constituent des actes d'administration les actes d'exploitation ou de mise en valeur du patrimoine ».

<sup>704</sup> Cf. sur ce point : Jean-Pascal CHAZAL, « L'usufruit d'un fonds de commerce », *op. cit.*, §11. V. n.b.p. n° 357.

<sup>705</sup> Frédérique JULIENNE, *L'usufruit à l'épreuve des règlements pécuniaires familiaux*, Th. Lyon – 2005, Préface Philippe DELMAS SAINT HILAIRE, PUAM, 2009, p. 160, §215.

<sup>706</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 1986, pourvoi n° 85-10.548, *Bull. 1986 I*, n° 282, p. 269.

<sup>707</sup> Cf. sur ces points : Georges MORIN, note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 1986, pourvoi n° 85-10.548, *D. 1987*, p. 141 ; V. aussi §261.

conférés par le statut de la propriété commerciale qui risquerait de contraindre le nu-propriétaire dans ses droits futurs, la jurisprudence semble admettre quelques dérogations.

En effet, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a précisé par un arrêt du 2 février 2005 que l'autorisation pouvait être donnée à l'usufruitier de « conclure seul un bail commercial ». La décision était lourdement motivée. Tout d'abord, « le bail commercial envisagé obéissait à la nécessité d'adapter les activités agricoles à l'évolution économique et à la réglementation sur la protection de l'environnement ». Ensuite, « il ne dénaturait ni l'usage auquel les parcelles étaient destinées, ni leur vocation agricole ». Enfin, il ne portait pas « atteinte aux droits des nus-propriétaires dans la mesure où le preneur s'engageait en fin de bail à remettre les lieux dans leur état d'origine ». La Cour de cassation concluait ainsi que le bail consenti « ne portait pas atteinte à la substance de la chose »<sup>708</sup>. La substance de la chose et les droits du nu-propriétaire étaient préservés mais au-delà, le bail assurait la mise en conformité des lieux. C'est certainement ce qui a motivé la décision de la Cour de cassation. Cette décision laisse aussi penser que l'usufruitier peut être autorisé à passer tous les actes nécessaires à la poursuite de l'activité, en toute légalité même si la loi prévoit que le nu-propriétaire aurait dû y concourir. Ainsi les pouvoirs de gestion de l'usufruitier sont assez larges pour lui permettre une saine exploitation de l'activité. L'usufruitier-prédécesseur se voit donc conférer une gestion quasi autonome du fonds ou du patrimoine affecté qu'il exploite. En tant qu'exploitant, il doit satisfaire à certaines obligations.

**271. L'obligation d'immatriculation.** L'usufruitier qui assume la gestion directe d'un fonds de commerce acquiert la qualité de commerçant. Il doit s'inscrire au Registre du commerce et des sociétés ou sur les autres registres professionnels, puisque son statut d'exploitant le lui impose<sup>709</sup>. Cette obligation est transposable à l'usufruitier d'un patrimoine affecté, qui devra aussi donner mention de son statut auprès de ces mêmes registres. Quant au

---

<sup>708</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 2 fév. 2005, pourvoi n° 03-19.729, *Bull. civ. 2005 III*, p. 26, n° 30. V. : Hugues PÉRINET-MARQUET, « Usufruit, usage et habitation : Pouvoirs d'appréciation du juge » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 2 fév. 2005, pourvoi n° 03-19.729, *JCP N 2005*, n°49, p. 2016 ; Thierry REVET, Note sous Civ, 3<sup>ème</sup>, 2 fév. 2005, pourvoi n° 03-17.729, *RTDciv. 2005*, n° 4, p. 804 ; Marie-Pierre DUMONT-LEFRAND, « Conclusion d'un bail commercial par l'usufruitier d'une exploitation agricole », Obs. sous Civ, 3<sup>ème</sup>, 2 fév. 2005, pourvoi n° 03-17.729, *AJDI 2005*, n°9, p. 653 ; Véronique BARABÉ-BOUCHARD, « Le droit de l'usufruitier de donner à bail commercial des parcelles agricoles » - Note sous Civ, 3<sup>ème</sup>, 2 fév. 2005, pourvoi n° 03-17.729, *JCP N 2005*, n° 23, p. 1077.

<sup>709</sup> En effet, pour les commerçants par exemple, soit les personnes effectuant des actes de commerce à titre de profession habituelle (ce que fera l'usufruitier-commerçant), l'article L. 123-1 du Code de commerce impose l'inscription au registre du commerce et des sociétés.

nu-propiétaire, il doit, lui aussi être inscrit en tant que propriétaire non exploitant. En effet cette inscription subordonnera le droit au renouvellement du bail commercial<sup>710</sup>, bail dont la titularité est subordonnée à la propriété du fonds de commerce. L'usufruitier et le nu-propiétaire devront donc concourir afin de conclure le bail aux fins d'exploiter l'activité, et aussi être tous deux inscrits au registre du commerce et des sociétés pour prétendre au renouvellement de ce dernier.

Exploitant du fonds, réel professionnel, l'usufruitier se voit aussi attribuer la qualité d'entrepreneur.

## 2°) La qualité d'entrepreneur maintenue

**272. La rétention des profits et des risques d'exploitation.** Au-delà de la qualité d'exploitant, l'usufruitier conserve aussi celle d'entrepreneur. Cette âme d'entrepreneur de l'usufruitier-prédécesseur s'apprécie à deux égards : quant à l'accession aux profits générés par l'exploitation, et quant au transfert des risques liés à celle-ci.

---

<sup>710</sup> Cf. Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 juin 2005, pourvoi n° 04-11.322, *Bull. civ. 2005 III*, n° 129 et Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 mars 2008, pourvoi n° 05-20.200, *Bull.civ. 2008 III*, n° 41. V. : David ARTEIL, « L'immatriculation au registre du commerce et des sociétés des copreneurs à bail commercial » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 juin 2005, pourvoi n° 04-11.322, *JCP N 2006*, n° 8, p. 410 ; Philippe-Hubert BRAULT, Obs. Sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 juin 2005, pourvoi n° 04-11.322, *Loyers et copropriété 2005*, n° 10, p. 16 ; Marie-Pierre DUMONT-LEFRAND, « Immatriculation au RCS d'un copreneur non exploitant et application du statut » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 juin 2005, pourvoi n° 04-11.322, *AJDI 2005*, n° 12, p. 902 ; Cécile LE GALLOU, « Résiliation du bail et inscription au RCS : encore une application ! » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 juin 2005, pourvoi n° 04-11.322, *RLDC 2005*, n° 19, p. 13 ; Yves ROUQUET, « Immatriculation au RCS du propriétaire non exploitant et application du statut » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 juin 2005, pourvoi n° 04-11.322, *D. 2005*, n° 27, p. 1851 ; Et Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 mars 2008, pourvoi n° 05-20.200, *Bull.civ. 2008 III*, n° 41. V. Adeline CERATI-GAUTHIER, « Du nouveau sur l'exigence d'immatriculation du locataire au registre du commerce et des sociétés » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 mars 2008, pourvoi n° 05-20.200, *Ann. Loy. 2008*, n° 7, p. 1619 ; Marie-Pierre DUMONT-LEFRAND, « Démembrement de la propriété du fonds de commerce et immatriculation » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 mars 2008, pourvoi n° 05-20.200, *AJDI 2008*, n° 7, p. 579 ; Marina FILIOL DE RAIMOND, « Démembrement de la propriété d'un fonds de commerce » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 mars 2008, pourvoi n° 05-20.200, *RLDA 2008*, n° 26, p. 20 ; Gwendoline LARDEUX, « Bail commercial et démembrement de propriété : où les notions fondamentales du droit civil agacent les impératifs du droit commercial » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 mars 2008, pourvoi n° 05-20.200, *Rev. Cont. 2008*, n° 3, p. 829 ; Joël MONÉGER et Pierre Étienne KENFACK, « Baux commerciaux, immatriculation des locataires au RCS ou au RM » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 mars 2008, pourvoi n° 05-20.200, *JCP E 2009*, n° 3, p. 17 ; Thierry REVET, « Natures juridiques respectives de la nue-propiété et de l'usufruit » - Note sous Com. 22 janv. 2008, pourvoi n° 06-20.766 et Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 mars 2008, pourvoi n° 05-20.200, *RTDciv. 2008*, n° 3, p. 512.

**273. L’accession aux profits de l’entreprise.** L’usufruitier a le droit de percevoir les fruits<sup>711</sup>. En tant qu’exploitant d’un fonds de commerce, il a droit à une part de rémunération correspondant à son travail. Les bénéfices issus du fonds exploité seront ventilés en plusieurs catégories<sup>712</sup>, telles que décrites par DELALANDE. Selon lui, les bénéfices recouvrent la qualification de rémunération des différents facteurs de production de l’entreprise individuelle exploitée en nom propre d’une part, et la part de profit, d’autre part. Ainsi, les revenus des facteurs de production sont des fruits (il en est ainsi d’un éventuel loyer généré par l’immeuble affecté au fonds et loué par l’entrepreneur-usufruitier à un tiers). À l’inverse la rémunération du travail n’est pas un fruit. Enfin, le « résidu ainsi isolé sera le profit recherché »<sup>713</sup>, à savoir la part de revenus résultant du « fait de conditions favorables, sociales ou économiques, auxquelles le commerçant est étranger »<sup>714</sup>. C’est spécialement la perception de ce profit par l’usufruitier qui en fait un réel entrepreneur. En effet, « la réalisation des bénéfices constitue (...) le but même de toute exploitation »<sup>715</sup> et « le profit apparaît également comme une indemnité contre les risques courus par le commerçant, non pas contre ceux auxquels sont exposés ses biens (...), mais contre les risques qu’il court personnellement, en s’exposant lui-même aux déchéances qui seraient la conséquence d’une exploitation malheureuse »<sup>716</sup>.

En ce qui concerne les fruits du patrimoine affecté, ils correspondent selon nous à l’intégralité des revenus produits par le patrimoine. Il convient de les différencier des revenus générés par la vente des éléments composant le patrimoine affecté (hors le cas des stocks et marchandises permettant de générer les revenus du patrimoine), et qui devront revenir au nu-propiétaire en tant que produits du patrimoine, puisque dans ce cas, la substance de ce dernier sera atteinte. Ce produit devrait normalement être utilisé par l’usufruitier aux fins de remplacer le bien aliéné, par l’effet de la subrogation inhérente à l’universalité de droit, à défaut il doit revenir au nu-propiétaire.

Ainsi, l’usufruitier a bien l’âme d’un entrepreneur : il a l’ambition de percevoir des profits, et assume en contrepartie les risques liés à l’exploitation.

---

<sup>711</sup> Art. 582 c.civ.

<sup>712</sup> A.-L. DELALANDE, *L’usufruit d’un fonds de commerce, op. cit.*, p. 195s., V. n.b.p. n° 264

<sup>713</sup> A.-L. DELALANDE, *op. cit.*, p. 206.

<sup>714</sup> A.-L. DELALANDE, *op. cit.*, p. 197.

<sup>715</sup> A.-L. DELALANDE, *op. cit.*, p. 194.

<sup>716</sup> A.-L. DELALANDE, *L’usufruit d’un fonds de commerce, op. cit.*, p. 196 et 197, V. n.b.p. n° 264

**274. La conservation de l'intégralité des risques liés à l'exploitation.** En ce qui concerne le passif, il convient de distinguer les charges des dettes. Si la dette est « le rapport d'obligation considéré du côté passif »<sup>717</sup>, les charges correspondent aux « dépenses incombant à (...) une personne ; [la charge est un] poids financier inhérent à une situation »<sup>718</sup>. Les charges sont des dettes, mais les dettes ne sont pas toutes des charges. Le Code civil utilise les deux termes. Il distingue cependant entre deux types de charges : les « charges usufruituaires » et les « charges sur la propriété ».

En ce qui concerne les charges sur la propriété, que l'entreprise soit exploitée en nom propre ou sous forme de patrimoine affecté, le Code civil dispose respectivement dans ses articles 609 et 612, que leur paiement incombe au nu-propriétaire, bien que l'usufruitier puisse s'y substituer pendant le temps de l'usufruit, à charge de restitution. Ces charges sont celles ayant pour but de maintenir la substance de la chose dont la propriété a été démembrée. Dans ce cas, la loi organise une répartition des charges : l'usufruitier « supporte la part des dettes qui correspond à la valeur de sa jouissance, c'est-à-dire les intérêts du capital »<sup>719</sup> et le nu-propriétaire assume celles relatives à la part de capital.

Quant aux charges usufruituaires (celles liées à la jouissance), elles doivent être entièrement assumées par l'usufruitier<sup>720</sup>. Il s'agit des charges de fonctionnement de l'entreprise. Monsieur CHAZAL précise que « toutes les charges d'exploitation courantes, celles qui ont une propension à se renouveler, doivent être assumées par l'usufruitier »<sup>721</sup>. Selon DELALANDE, « le nu-propriétaire (...) demeure (...) absolument étranger aux obligations que l'usufruitier contracte et ne lie aucun rapport, ni avec ses créanciers, ni avec ses débiteurs »<sup>722</sup>. L'usufruitier doit en conséquence payer toutes les factures correspondant aux biens et aux services concourant à l'exploitation de l'entreprise, à la réalisation et à la continuité de l'activité. Il en est ainsi des factures d'eau et d'électricité, mais aussi de toutes les factures provenant de fournitures de marchandises et de services permettant d'exploiter le fonds. Il assume aussi les impôts liés au chiffre d'affaires qu'il génère en exploitant l'activité.

---

<sup>717</sup> Gérard CORNU, *op. cit.*, p.340, sous « dettes », n.1. V. n.b.p. n° 135.

<sup>718</sup> Gérard CORNU, *op. cit.*, p.340, sous « charge », n.2. V. n.b.p. n° 135.

<sup>719</sup> Alfred KRIEG, « Usufruit », *Rép. Droit civil*, 1990, §405.

<sup>720</sup> Cf. Art. 608 c.civ.

<sup>721</sup> Jean-Pascal CHAZAL, « L'usufruit d'un fonds de commerce », *op. cit.*, p. 167, §19. V. n.b.p. n° 357.

<sup>722</sup> A.-L. DELALANDE, *L'usufruit d'un fonds de commerce*, *op. cit.*, p. 269 *in fine*, V. n.b.p. n° 264.

Toutes ces charges sont celles de l'activité, il en supporte ainsi les risques. Ceci est vrai tant pour le fonds que pour le patrimoine affecté.

À la différence du locataire-gérant qui partage la responsabilité des dettes d'exploitation avec le loueur pendant six mois à compter de la publication du contrat de location-gérance, en vertu de l'article L. 144-7 du Code de commerce, l'usufruitier assume seul toutes les dettes d'exploitation sans en partager la responsabilité avec le nu-proprétaire, à défaut de texte spécial en matière d'usufruit.

Il reste à préciser ce qu'il en est en matière d'obligations aux dettes contractées antérieurement à la constitution de l'usufruit, quant à leur répartition entre le nouvel usufruitier et le nouveau nu-proprétaire. Il faudra aussi clarifier ce qu'il advient de l'imputabilité des dettes à l'extinction de l'usufruit. Il faut alors distinguer entre usufruit d'un fonds et usufruit d'un patrimoine affecté.

**275. Les dettes antérieures à la constitution de l'usufruit et l'obligation aux dettes à l'extinction de l'usufruit.** Les dettes générées en contrepartie de l'exploitation en nom propre d'une entreprise individuelle, il faut distinguer selon les périodes d'exploitation. L'ancien propriétaire plénier qui avait contracté des dettes en son nom, s'en voit imputer la charge. En l'occurrence, l'ancien propriétaire plénier devenu usufruitier, continue à les assumer. Quant au sort des dettes générées par l'usufruitier durant l'exploitation, elles le sont en son nom et lui sont donc personnellement imputables. Cependant, le fonds ne lui appartenant pas en pleine propriété (ou ne lui appartenant pas, pour les tenants de la conception classique de la propriété démembreée), le droit de gage général de ses créanciers professionnels doit être reporté sur son patrimoine personnel. Ces derniers ne pourront atteindre le fonds directement, tout au mieux son usufruit, mais en aucun cas le patrimoine du nu-proprétaire ; l'indépendance des personnalités juridiques y oblige. L'usufruitier peut consentir des garanties sur son usufruit<sup>723</sup>, mais quoi qu'il en soit, ces dettes lui sont personnellement rattachées, et ne sont aucunement rattachées au fonds.

Si l'entreprise est exploitée sous forme de patrimoine affecté, toutes les dettes sont contractées par l'entrepreneur individuel, dans la limite du patrimoine affecté. Le droit de gage général des créanciers y restera limité et ce, quel que soit le titulaire du patrimoine. Ce droit des créanciers est ainsi limité aux éléments composant le patrimoine, c'est-à-dire

---

<sup>723</sup> A.-L. DELALANDE, *L'usufruit d'un fonds de commerce*, op. cit., p. 271s., V. n.b.p. n° 264 : Il reconnaît la possibilité à l'usufruitier-exploitant d'un fonds de consentir un nantissement de cet usufruit.

généralement au fonds et parfois à l'immeuble affecté à l'exploitation de l'activité, sans qu'ils puissent atteindre le patrimoine personnel de l'usufruitier. L'ancien propriétaire plénier devenant usufruitier procèdera à ces paiements, avant de s'attribuer le résidu de fruits. Attachées au patrimoine lorsque l'usufruit s'éteindra, l'ancien nu-propiétaire devenu plein propriétaire devra entièrement assumer les dettes ainsi contractées, à l'exception de celles conclues expressément *intuitu personae*.

L'usufruitier, en tant qu'exploitant de l'entreprise individuelle est donc, pour le temps de l'usufruit, débiteur des différentes obligations contractées lors de son exploitation. Ainsi, assume-t-il tous les risques nouvellement créés. L'usufruitier de l'entreprise individuelle est donc à la fois exploitant et entrepreneur. Il supporte les risques et bénéficie des profits. Véritable gestionnaire, propriétaire de l'usufruit de l'entreprise, il doit cependant faire en sorte de ne pas nuire au droit futur du nu-propiétaire actuel, auquel il devra restituer l'entreprise au terme de l'usufruit. C'est ainsi qu'au-delà de la continuité relative à la direction, ou autrement dit de l'identité de gestionnaire assurant la poursuite de l'activité pendant le démembrement, le démembrement anticipe l'organisation du passage de relais entre le prédécesseur-usufruitier et le nu-propiétaire-repreneur.

## **B – L'effectivité du relais**

**276. La transmission de la qualité d'exploitant.** La transmission de la qualité d'exploitant du prédécesseur-usufruitier au nu-propiétaire-repreneur se produit au moment de la reconstitution de la propriété plénière du fonds ou du patrimoine affecté sur la tête de ce dernier. L'exécution de l'obligation de restitution de la chose de l'usufruitier à l'égard du nu-propiétaire permet la reconstitution de la propriété plénière et la finalisation de l'opération de transmission par anticipation (2°). Cependant avant de constater ce passage de témoin, encore faut-il que le premier coureur aille à la rencontre du second. La technique du démembrement, emportant la constitution de droits réels successifs permet cette transmission du témoin emportant le transfert de la qualité d'exploitant (1°).

### 1°) Les droits réels successifs emportant la transmission de la qualité d'exploitant

**277. L'articulation temporaire des pouvoirs du nu-propiétaire et de l'usufruitier : entre indépendance et complémentarité.** « L'indépendance de situation entre les droits de

l'usufruitier et du nu-propiétaire nierait en fait la dépendance des relations personnelles qui se nouent aussi entre [nu-]propriétaire et usufruitier et que l'on trouve dans certaines dispositions légales ou dans certains arrêts »<sup>724</sup>. S'il y a bien indépendance entre les propriétés démembrees, l'on dénote aussi une sorte de complémentarité entre l'usufruitier et le nu-propiétaire ; leur statut en témoigne. Par ailleurs, si l'indivision implique une concurrence des indivisaires dans leurs droits sur la chose, il n'en est rien des propriétaires démembrees, le démembrement ne pouvant être assimilé à une indivision<sup>725</sup> entre le nu-propiétaire et l'usufruitier. Leurs droits respectifs entraînent l'exercice de droits distincts sur la chose et non pas l'exercice de droits concurrents.

**278. Les droits distincts des propriétaires démembrees.** Les droits de l'usufruitier et ceux du nu-propiétaire sont distincts ; ils sont aussi inégaux<sup>726</sup>, car « à contenu variable »<sup>727</sup> : la convention instituant l'usufruit permet de moduler l'attribution des droits sur la chose entre le nu-propiétaire et l'usufruitier. Ces deux propriétés (ou droits réels) portant sur le même bien, le démembrement emporte la création de fonds contigus<sup>728</sup> et indépendants<sup>729</sup>. Cette indépendance quant à la chose se manifeste tant dans les rapports des propriétaires démembrees l'un vis-à-vis de l'autre, que dans leurs rapports avec les tiers.

Les propriétaires démembrees sont tout d'abord indépendants l'un vis-à-vis de l'autre dans leurs rapports à la chose. L'absence d'obligation du nu-propiétaire à l'égard de l'usufruitier quant aux grosses réparations en témoigne. Selon l'article 605 du Code civil, l'usufruitier est tenu aux réparations d'entretien de la chose, le nu-propiétaire, aux grosses réparations. Le texte ne fait pas naître des obligations réciproques entre l'un et l'autre vis-à-vis de la chose, tel que l'usufruitier puisse contraindre le nu-propiétaire à exécuter les grosses réparations. La

---

<sup>724</sup> Jean-Louis BERGEL, Marc BRUSHI et Sylvie CIMAMONTI, *op. cit.*, p. 297, §250.

<sup>725</sup> Cf. sur ce point : Cass. Req., 27 juillet 1869, *DP 1871*, I, 170 ; Code civil 2010, 109<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2009, Sous art. 578 c.civ., n. 4. Cf. Civ. 2<sup>ème</sup>, 18 oct. 1989, *Bull. Civ. 1989 II*, n° 192 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 7 juill. 1993, *Bull. civ. 1993 III*, n° 112 ; Franck ÉLIARD, en collaboration avec Robert BROCHARD, *Démembrement de propriété : usufruit et quasi-usufruit*, Ellipses, 2008, p. 35, §200 ; Jean AULAGNIER, *Usufruit et nue-propiété dans la gestion de patrimoine*, Maxima, 1994, p. 22.

<sup>726</sup> Cf. sur ce point : Christian ATIAS, *Droit civil – Les biens*, 11<sup>ème</sup> éd., Litec, 2011, p. 177, §220.

<sup>727</sup> Pierre MASSON, *op. cit.*, p. 203, *in fine*.

<sup>728</sup> Cf. sur ce point : Pierre MASSON, *op. cit.*, p. 205.

<sup>729</sup> Cf. sur ce point : Jean-Louis BERGEL, Marc BRUSHI et Sylvie CIMAMONTI, *op. cit.*, p. 287, §242 ; Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon X - Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, *op. cit.*, p. 184, §216. V. n.b.p. n° 699.

jurisprudence affirme leur indépendance vis-à-vis de leurs obligations quant à la chose<sup>730</sup>. Les droits réels des propriétaires démembres sur leur chose sont donc bien distincts ; cette position jurisprudentielle traduit même leur autonomie<sup>731</sup>. Les droits réels démembres n'emportent pas la création de droits personnels et opposables entre les propriétaires démembres quant à la réparation de la chose.

Par ailleurs, l'indépendance des droits de l'usufruitier et du nu-propiétaire se traduit aussi dans leurs rapports avec les tiers. Par exemple, la convention passée par l'un des propriétaires démembres ne peut entraîner la substitution de l'un par l'autre auprès de ce tiers ou dans les actions contre ce tiers. La jurisprudence l'a déjà affirmé en matière de bail : lorsque l'usufruitier loue le bien objet de son usufruit, seul un rapport d'obligations est créé entre l'usufruitier et le tiers-locataire. La distinction des droits du nu-propiétaire et de l'usufruitier emporte l'impossibilité pour le nu-propiétaire d'agir contre ce tiers. La Cour de cassation affirme que ce dernier ne peut se substituer à l'usufruitier dans l'action contre le tiers-locataire<sup>732</sup>. Cela marque bien la distinction de leurs propriétés et des situations juridiques qui en découlent. Enfin, lorsque des droits similaires leurs sont accordés, ils auront des domaines d'intervention distincts.

**279. Des droits similaires aux domaines d'intervention différents.** La distinction précédemment relevée, quant à leur droit respectif de disposer, s'applique pareillement aux droits pécuniaires sur la chose : l'un a droit aux fruits, l'autre aux produits. Les fondements des droits d'accession à ces revenus des propriétaires démembres sont différents : l'usufruitier accède aux fruits en vertu du droit d'accession de l'article 547 du Code civil qui dispose que les fruits appartiennent « au propriétaire par droit d'accession ». C'est donc ce droit d'accession du propriétaire qui lui permet de récolter les fruits de la chose. *A contrario*, le nu-propiétaire détient l'exercice du droit d'accession quant aux produits de la chose, et à tout ce qui s'y unit ou s'y incorpore, en vertu de l'article 555 du Code civil.

Ainsi, pendant la durée de l'usufruit, sont organisés les rapports respectifs à la chose de l'usufruitier et du nu-propiétaire, le passage de relais est marqué par l'extinction de l'usufruit

---

<sup>730</sup> Cf. sur ce point : Civ. 3<sup>ème</sup>, 10 juill. 2002, pourvoi n° 00-22.158, non publié ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 30 janv. 1970, *Bull. civ. 1970 III*, p. 60, n° 83 ; Cass. Req. 10 déc. 1900. V. Henri CAPITANT, François TERRÉ, Yves LEQUETTE, Obs. sous Cass. Req., 10 déc. 1900, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 469.

<sup>731</sup> Cf. sur ce point : Pierre MASSON, *op. cit.*, p. 206, *in mitius*.

<sup>732</sup> Cf. *Code civil 2010*, Litec, Art. 578 c.civ., n.9 : Civ. 16 nov. 1948, *D. 1949*, 26.

qui emporte la constitution de nouveaux droits réels. Ces droits réels ont été anticipés au jour de la constitution de l'usufruit en des droits réels futurs.

**280. L'anticipation de la constitution d'un nouveau droit réel futur.** Si le démembrement de propriété emporte la constitution de nouveaux droits réels immédiats, que sont la nue-propriété et l'usufruit tel qu'il a été vu plus haut, la durée de l'usufruit étant conventionnellement limitée, l'acquisition des qualités d'usufruitier et de nu-propriétaire n'est que temporaire. La durée déterminée du droit d'usufruit implique qu'une place soit faite à de nouveaux droits réels, lors de l'arrivée du terme. Aussi, le démembrement fait naître des droits réels futurs, emportant attribution à venir de statuts définitifs. L'acte de constitution anticipe aussi le déroulement de la période initiée par l'extinction de l'usufruit. C'est elle qui marque l'étape ultime de l'attribution de la propriété plénière. Est ainsi envisagé le statut futur du propriétaire actuel : devenant usufruitier pour une durée limitée, l'extinction de l'usufruit marquera son total détachement de la propriété du bien ; pour lui, on ne peut définitivement pas parler de droit réel futur, mais de l'absence de droit réel futur. Son statut futur, selon notre schéma<sup>733</sup> de démembrement, est celui de « futur non-propriétaire », de tiers par rapport à la chose. Dans le même sens, l'extinction de l'usufruit va renforcer le statut du nu-propriétaire. S'il acquiert au jour de la constitution de l'usufruit le statut de *propriétaire en devenir*, il acquiert à son terme celui de *propriétaire plénier et définitif*. Il obtient donc un *droit réel futur de pleine propriété*. Cependant, en attendant cette consécration, les propriétés démembrées emportent l'articulation des pouvoirs de gestion du nu-propriétaire et de l'usufruitier quant à la chose. Des stipulations conventionnelles pourront les aménager.

**281. L'acquisition des qualités de propriétaire plénier du fonds et d'exploitant par le repreneur à l'extinction de l'usufruit.** La technique du démembrement, si elle est utilisée pour l'opportunité que présente la dissociation de l'avoir et du pouvoir, l'est aussi en vue de leur réunion. C'est l'évènement qui est anticipé, c'est aussi celui qui traduit la finalisation de l'opération de transmission de l'entreprise. Le repreneur déjà titulaire des capitaux en trouvera enfin l'utilité. En effet, à l'extinction de l'usufruit, le prédécesseur, qui s'était jusque là réservé la jouissance de l'universalité, et donc sa gestion, devra s'en détacher. Le nu-propriétaire la récupèrera et devra l'assurer. Obtenant par là le statut de propriétaire plénier du fonds ou du patrimoine affecté, il se verra attribuer la qualité d'exploitant. La pleine effectivité de la transmission de l'entreprise sera constatée. Le repreneur gèrera le fonds ou le

---

<sup>733</sup> Selon le schéma que nous avons retenu, le propriétaire se réserve l'usufruit.

patrimoine ; en plus de le posséder, il assumera l'exploitation à ses risques et périls. L'exécution de l'obligation de restitution marquera cette transition.

## 2°) La finalisation de l'opération de transmission par anticipation

**282. L'extinction de la charge, rejetée.** L'usufruit n'est pas une charge. Si l'Administration qualifie l'usufruit de « charge momentanée »<sup>734</sup>, il semble que cela soit inexact. Pour exister, la charge doit être acceptée. Elle se présente notamment dans les donations avec charges et oblige personnellement le donataire envers un de ses codonataires. C'est donc la charge qui donne naissance à l'obligation personnelle imputable à la personne. Dans le démembrement de propriété, ce n'est pas l'usufruit qui oblige l'usufruitier à la restitution de la chose, ni même la nue-propriété, le nu-proprétaire n'étant pas obligé aux grosses réparations envers l'usufruitier. L'usufruit et la nue-propriété sont des droits réels, comme exprimé ci-dessus, ils ne sauraient obliger celui qui n'en est pas titulaire. Au contraire, c'est la convention initiant le démembrement qui oblige personnellement les titulaires l'un envers l'autre et non l'usufruit ou la nue-propriété directement. De plus, en matière de « charge », on recherchera son imputabilité, alors que dans le cadre de l'usufruit, il convient de rechercher sa titularité. L'usufruit ne saurait donc être analysé en une charge.

**283. L'extinction d'un droit réel, validée.** L'usufruit conventionnel s'éteint par une substitution de droits réels. Lorsque l'usufruit s'éteint, les propriétés démembrées sont refondues pour laisser place au retour de la pleine propriété. L'arrivée du terme entraîne l'extinction d'un droit réel : « le propriétaire reprend *ipso jure* son plein pouvoir sur la chose ; il ne tient rien de l'usufruitier dont le droit est éteint d'une manière absolue »<sup>735</sup>. Le nu-proprétaire n'acquiert pas par suite l'usufruit ; l'usufruit s'éteint, et le nu-proprétaire, de fait, (re)trouve la pleine propriété. L'une des propriétés démembrées s'éteignant et l'autre ne pouvant lui survivre, elles disparaissent toutes les deux, pour que leur soit substituée la propriété plénière. À l'extinction de l'usufruit, le *bien redevient* une *chose*, sur laquelle s'éteignent respectivement les deux droits réels précités. Puis, il redevient un *bien*, dont la propriété plénière est reconnue à l'ancien nu-proprétaire. Ainsi s'opère davantage une substitution de droits que l'extinction d'une charge. Une fusion interne se produit, entraînant

---

<sup>734</sup> Cf. sur ce point : Henri FROT, *Le démembrement de la propriété et la réunion de la nue-propriété et de l'usufruit*, th. Paris – 1904, Ed. V. GIARD et E. BRIÈRE, 1904, p. 26 à 29. L'auteur y reproduit un passage de l'instruction 432, §5, de l'Administration.

<sup>735</sup> Henri FROT, *op. cit.*, p. 28, *in mitius*. L'auteur y cite DEMANTE.

l'anéantissement de la propriété démembrée au profit du renouveau de la propriété plénière. Cependant, en constituant l'usufruit par le biais d'une convention, l'usufruitier se rend débiteur de l'obligation de restitution de la chose à l'égard du nu-propiétaire au terme de la convention.

**284. L'obligation de restitution, marqueur de l'effectivité de la transmission.** La remise matérielle de la chose par l'usufruitier au nu-propiétaire fait de ce dernier un plein propriétaire. Au terme de l'usufruit conventionnellement déterminé, le nu-propiétaire est créancier d'un droit personnel à l'égard de l'usufruitier : ce dernier a l'obligation de restituer au premier la chose. L'extinction de l'usufruit emporte cette obligation de remise de la chose. La remise du fonds ou du patrimoine affecté à l'activité professionnelle marquera l'investiture du chef d'entreprise-repreneur et l'effectivité de la transmission de l'entreprise entre ses mains. À compter de cette date, le repreneur deviendra l'exploitant du fonds ou du patrimoine affecté. Cette obligation est à la charge de l'usufruitier, mais encore faut-il qu'il soit vivant pour y satisfaire. Ainsi en est-il le débiteur lorsque la convention aura institué un usufruit à durée déterminée et que l'usufruitier survivra au terme. *A contrario*, cette obligation sera transférée à ses héritiers.

**285. L'objet de la restitution : le fonds ou le patrimoine, dans l'état où il a été reçu.** Par la convention instituant l'usufruit, l'usufruitier s'engage à transmettre à terme, la possession et la jouissance du fonds ou du patrimoine au nu-propiétaire. L'objet de la restitution est l'universalité envisagée, et corrélativement ses différents éléments constitutifs. L'usufruitier doit restituer la chose dans *l'état* où il l'a reçue à la constitution de l'usufruit ; son *état* au jour de la constitution de l'usufruit sera celui à retenir pour connaître l'objet de l'obligation de restitution, « c'est-à-dire avec un contenu équivalent, ce qui oblige à faire remploi du produit de l'aliénation »<sup>736</sup> des éléments composant l'universalité démembrée. Il devra ainsi reconstituer les stocks et les marchandises, ou en rendre la valeur lorsqu'ils auront été évalués dans un *état estimatif* annexé à l'inventaire.

Cette obligation de restitution a ainsi vocation à permettre au repreneur la réception d'un fonds en parfait état de fonctionnement. L'usufruitier doit donc au minimum rendre le fonds au nu-propiétaire dans *l'état* où il se trouvait à la constitution de l'usufruit. Il ne devra pas l'avoir détérioré, et c'est ce à quoi tendent les obligations d'entretien et de conservation précédemment citées. D'autres obligations permettent d'assurer la pérennité de l'exploitation.

---

<sup>736</sup> Frédéric ZÉNATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, op. cit., p. 485, §321. V. n.b.p. n° 383.

## §II – La pérennité de l'exploitation recherchée

**286. L'obligation de jouir en bon père de famille.** La recherche d'une certaine pérennité de l'exploitation de l'activité est issue de l'obligation de jouir en bon père de famille. Comme il a été remarqué plus tôt, l'usufruitier doit normalement donner caution de jouir en bon père de famille. Même si nous avons remarqué que dans le schéma de démembrement ici adopté, cette obligation semblait superflue, il n'en reste pas moins que l'usufruitier doit tout de même jouir du bien selon cette modalité. À défaut, l'usufruitier encourrait sa responsabilité s'il causait des dégradations à l'objet de l'usufruit de manière intentionnelle ou en n'ayant pas pris les précautions qu'un bon père de famille aurait prises. Transposée à l'exploitation du fonds de commerce ou du patrimoine affecté, il semble que l'obligation de jouir en bon père de famille implique d'entretenir le fonds ou le patrimoine affecté et, sans avoir à reprendre les développements précédents, cela implique aussi d'exploiter le fonds, à défaut de quoi il se déprécierait et n'aurait pas été entretenu. De même, la jouissance en bon père de famille implique de respecter la destination du fonds, dont celui compris dans le patrimoine affecté.

**287. L'obligation d'exploiter.** L'obligation d'entretenir transposée à un fonds implique d'en maintenir la valeur. Or la valeur d'un fonds « ne se maintient que par l'exploitation »<sup>737</sup>. Si l'exploitation cesse du jour au lendemain ou n'est plus que partiellement mise en œuvre, le fonds ne tardera pas à perdre de sa valeur, les clients préférant se tourner vers une boutique plus fréquemment ouverte ou les marchandises ayant périclité parce qu'elles n'ont pas été vendues à temps par exemple. Aussi, l'obligation d'entretenir la chose, ainsi que l'obligation d'en jouir en bon père de famille imposent que l'usufruitier continue d'exploiter le fonds ou le patrimoine affecté<sup>738</sup>, comme le locataire-gérant a l'obligation d'exploiter le fonds en bon père de famille. L'usufruitier devra dans le même esprit, veiller au respect de la législation dans le cadre de l'exercice de l'activité et honorer les engagements pris envers les tiers, tout au moins pour sauvegarder la renommée de l'entreprise qui fait une part de sa valeur. Dans le même sens, l'usufruitier devra veiller « au respect des contrats en cours »<sup>739</sup> et recourir au même mode d'exploitation, comme doit le faire le locataire-gérant dans le cadre de son obligation d'exploitation.

---

<sup>737</sup> Louis VOGEL, *Du droit commercial au droit économique, Traité de droit des affaires G. RIPPERT / R. ROBLOT – Tome 1*, LGDJ, 19<sup>ème</sup> éd., 2010, p. 421, §471 ; V. aussi : Franck ÉLIARD, *Démembrement de propriété : usufruit et quasi-usufruit*, Ellipses, 2008 ; p. 50, §218.

<sup>738</sup> Cf. sur ce point : Frédéric ZÉNATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les Biens*, p. 318, §277. V. n.b.p. n° 383.

<sup>739</sup> Bruno PAYS, « Clientèles et fonds de commerce », *Ann. Loyers. 2012*, n° 23, p. 407, v. p. 410.

Cette obligation d'exploitation, inhérente à la technique du démembrement de propriété, concourt à assurer la pérennité de l'activité. Cette obligation d'exploitation incombant à l'usufruitier permet de s'assurer que le démembrement pourra permettre la poursuite de l'exploitation de l'activité. Mais au-delà de l'obligation d'exploiter, l'usufruitier doit respecter la destination du fonds.

**288. L'obligation de respecter la destination.** En s'engageant par la convention initiant le démembrement, l'usufruitier s'oblige à passer tous les actes conservatoires nécessaires à la préservation la substance de la chose et s'interdit la passation de certains actes sur celle-ci : il ne peut en disposer sans encourir la nullité de l'acte de disposition<sup>740</sup>. Par substance, il convient de se référer à l'essence de ce qu'est la chose : « la substance ne se rapporte pas uniquement à la matière. La substance est ce qui individualise une chose, ce qui la définit. (...) ce qui fait qu'une chose est ce qu'elle est »<sup>741</sup>. L'usufruitier doit la sauvegarder. Il sera considéré comme l'avoir fait « même si la matière qui la compose subit des altérations, à partir du moment où sa finalité est respectée »<sup>742</sup>. Afin de conserver la substance du fonds, l'usufruitier doit le gérer conformément à sa finalité. Il doit alors respecter la destination de la chose<sup>743</sup>, c'est-à-dire la jouissance et la forme qui lui ont été attribuées par l'ancien propriétaire plénier<sup>744</sup>. En l'occurrence, l'usufruitier étant l'ancien propriétaire plénier, cette destination du fonds à respecter est celle qu'il lui aura donnée. Mais « lorsqu'à la suite d'un changement des circonstances économiques et techniques, la fixité de la destination du bien serait illusoire : le bon père de famille [pourrait] lui-même affecter son bien à un nouvel usage »<sup>745</sup>. En cas de circonstances affectant le fonds, l'usufruitier a alors le droit de modifier la destination du fonds, afin de la faire perdurer<sup>746</sup>.

---

<sup>740</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 23 mai 2002, pourvoi n° 00-17.604, *Bull. civ. 2002 III*, p. 94, n° 106, sur la nullité relative de l'échange d'un bien par l'usufruitier sans l'accord du nu-propiétaire.

<sup>741</sup> Jean-Pascal CHAZAL, « L'usufruit d'un fonds de commerce », *op. cit.*, p. 167, §13. V. n.b.p. n° 357.

<sup>742</sup> Jean-Pascal CHAZAL, *op. cit.*, p. 167, §13.

<sup>743</sup> Cf. sur ce point : Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon X - Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation, op. cit.*, Ed. A. DURAND et HACHETTE, 1861, p. 194, §225. V. n.b.p. n° 699.

<sup>744</sup> Cf. sur ce point : Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon X - Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation, op. cit.*, p. 194, §225. V. n.b.p. n° 699.

<sup>745</sup> Christian ATIAS, *Droit civil – Les biens*, 11<sup>ème</sup> éd., Litec, 2011, p. 189, §235.

<sup>746</sup> C'est ce qui ressort d'un arrêt de la cour d'appel de Grenoble du 15 février 1961 à propos d'un usufruit constitué sur un bien immobilier. La cour précise : « si l'usufruitier doit jouir de la chose soumise à son usufruit en bon père de famille suivant l'usage auquel elle a été destinée et à charge d'en conserver la substance, on ne

Ce respect de la destination de la chose reflète l'obligation purement personnelle de l'usufruitier envers le nu-propiétaire, qu'entraîne l'extinction de l'usufruit, à savoir l'obligation de restitution. La conservation de la substance de la chose marque l'anticipation, au sein de l'institution du démembrement de propriété, de l'obligation finale de restitution. En effet, à l'extinction de l'usufruit, l'usufruitier doit rendre la chose dans l'état où elle se trouvait au moment de sa constitution. Pour rendre la même chose, encore faut-il ne pas l'avoir modifiée<sup>747</sup>. Ainsi, le respect de la destination du fonds ou du patrimoine affecté permet la poursuite de l'activité de l'entreprise considérée.

Toutes ces obligations imputables principalement à l'usufruitier, mais aussi au nu-propiétaire sont selon nous les raisons pour lesquelles prédécesseur et repreneur pourront envisager le schéma transmissif comportant un démembrement de propriété.

\*

\*   \*

**289. Conclusion sur l'adéquation du démembrement de propriété à l'entreprise individuelle.** Ainsi, le démembrement des universalités permet-il l'anticipation de la transmission de l'entreprise individuelle, en en dissociant temporairement le capital de la gestion. L'anticipation permet la mise en place d'une période transitoire pendant laquelle la gestion est conservée par le prédécesseur, temps qu'il pourra mettre à profit pour former le repreneur. L'anticipation est ici maîtrisée par la convention stipulant le démembrement de propriété, dont l'analyse a permis de constater l'adéquation de la constitution d'un usufruit à l'anticipation de la transmission de l'entreprise. Il en ressort, par ailleurs, une contractualisation certaine du démembrement de propriété, contractualisation considérée par certains comme « l'avenir de l'usufruit »<sup>748</sup>.

---

saurait faire grief à celui-ci d'adapter sa jouissance aux transformations que des facteurs économiques et sociaux sans intervention des usufruitiers et des nus propriétaires ont fait subir à la substance de la chose. [L'usufruitière] n'a fait qu'adapter sa jouissance des lieux à une évolution qui a transformé une zone rurale en zone urbaine ; l'autorisation donnée de modifier le bâtiment en magasin en est la suite nécessaire », *In* CA Grenoble, 15 fév. 1961, *D.* 1961, II, p. 674.

<sup>747</sup> CA Aix-en-Provence, 24 juin 1982, *RDI* 1983, 323, note Jean-Louis BERGEL : « l'usufruitier doit entretenir l'immeuble de telle sorte qu'il puisse le restituer à la fin de l'usufruit dans l'état où il se trouvait à l'ouverture de l'usufruit ».

<sup>748</sup> Pierre CATALA, « Successions – Droit du conjoint successible », *J.-Cl. Droit civil*, Art. 756 à 767, fasc. 10, §51.

Le démembrement des droits sociaux ressort d'une logique différente en ce que la gestion de l'entreprise sociétaire n'est pas concernée par le dispositif. Procédant d'une logique davantage patrimoniale, le démembrement des droits sociaux permet de dissocier le titre de propriété que l'associé détient des droits et des obligations qui lui sont attachés. Même si les aménagements contractuels sont envisageables relativement au démembrement des fonds ou des patrimoines affectés représentatifs de l'entreprise individuelle, ils sont davantage utilisés dans le démembrement des droits sociaux, démembrement qui après analyse laisse ressortir un certain paradoxe.



## Chapitre II – La dualité des effets du démembrement des droits sociaux

---

**290. L'utilisation pratique du démembrement des droits sociaux.** La constitution d'un usufruit sur des parts ou actions de société est une technique juridique utilisée avantageusement dans le cadre des sociétés civiles immobilières aux fins de transmission du patrimoine immobilier, mais le démembrement peut aussi être directement appliqué aux sociétés d'exploitation. L'intérêt économique n'est plus à démontrer. Permettant de dissocier dans le temps la transmission de l'avoir et du pouvoir, le démembrement des droits sociaux se présente comme une technique d'anticipation de la transmission du capital de l'entreprise sociétaire, l'usufruitier-prédécesseur se réservant temporairement la jouissance des droits sociaux et les revenus qu'ils procurent (les dividendes). Si le régime des dividendes est aujourd'hui défini, leur nature juridique est incertaine ; cette remarque vaut d'ailleurs pour l'ensemble du régime juridique relatif au démembrement des droits sociaux.

**291. Un régime juridique d'exception.** En effet, l'encadrement légal est succinct et l'encadrement jurisprudentiel demeure timide. Il en résulte un régime juridique plus qu'incertain et peu sécurisé. Très éloigné du régime général de l'usufruit de droit commun, « les dispositions spécifiques au démembrement de propriété portant sur des droits sociaux créent justement un régime d'exception et autorisent une liberté que les parties sont libres ou non d'exploiter »<sup>749</sup>. Les règles relatives au démembrement des droits sociaux laissent une large latitude aux parties tant dans la convention initiant le démembrement que dans les statuts. L'institution est flexible. Il faut alors s'interroger sur les avantages et les inconvénients que présente la technique, tant vis-à-vis du fonctionnement de l'entreprise sociétaire que des droits et des obligations des personnes qui le mettent en œuvre.

**292. Les biens et les personnes.** L'examen de la situation juridique de l'entreprise et des personnes qui entendent transmettre tout ou partie des droits sociaux d'une société, permet de faire le point sur ce régime. Le croisement du droit des biens et du droit des sociétés est à l'honneur. Il en résulte une certaine dualité des effets. Certains permettent d'atteindre une certaine neutralité. En effet, si la démultiplication des droits réels sur les titres créent un

---

<sup>749</sup> Bruno DONDERO, « Répartition des pouvoirs en cas de démembrement des droits sociaux... et reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier ? » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *D.* 2009, n° 11, p. 780, §16.

certain bouleversement dans l'organisation et le fonctionnement de la société, l'anticipation que procure la technique permet de rétablir l'équilibre. En ce qui concerne les personnes, c'est un peu différent, afin de sécuriser leur situations, un soin tout particulier sera attendu lors de la rédaction des clauses relatives au démembrement des droits sociaux. Si la situation juridique de l'entreprise dont les droits sociaux sont démembrés paraît avantageuse (Section I), la situation juridique des prédécesseurs et des repreneurs de droits sociaux laisse plus perplexe (Section II).

## **SECTION I – LA SITUATION JURIDIQUE STABILISÉE DE L'ENTREPRISE**

**293. La jurisprudence, régulatrice de la situation juridique de l'entreprise sociétaire dont les titres sont démembrés.** La quasi-totalité du régime de la situation juridique de l'entreprise sociétaire lors du démembrement de certains des titres représentatifs de son capital provient de la jurisprudence. La loi n'encadrant cet aspect du démembrement de propriété que relativement parcimonieusement, la convention des parties tente d'y pourvoir, les clauses statutaires le régulent. C'est ainsi le contrat de société qui pourra anticiper la transmission des droits sociaux par le biais du démembrement de propriété. Cependant, les statuts ne peuvent anticiper tous les conflits qui pourraient résulter d'une telle situation. Il revient à la jurisprudence de les régler, ce qu'elle fait tout en préservant l'intérêt social. Dans le même sens, elle encadre les clauses statutaires et les régule. Il apparaît alors que la plupart des aménagements statutaires poursuivent les mêmes objectifs : organiser le fonctionnement et la protection de la société. Seront ainsi présentés en premier lieu ces aménagements statutaires organisationnels (§I). Quant à la protection du fonctionnement de la société, notamment par le biais des actions en justice, le constat est que l'encadrement jurisprudentiel pourrait évoluer vers une meilleure défense de l'intérêt social (§II).

### ***§I – La liberté d'anticiper l'organisation de la société***

**294. Le phénomène de contractualisation du démembrement de droits sociaux.** Hormis quelques règles d'ordre public consacrées en la matière, la répartition des prérogatives et des obligations attachées à la qualité d'associé est laissée à l'appréciation des parties et/ou de la société. Il en résulte un phénomène de contractualisation du démembrement des droits sociaux

en plein essor. Ce dernier participe d'ailleurs de l'anticipation de la transmission de l'entreprise ; en effet, le contrat permet « d'opérer une modification de l'ordre juridique (...). La volonté contractuelle est toute entière tournée vers le futur »<sup>750</sup>. Les cocontractants cherchent alors à organiser le leur ; ils mettent en place des garde-fous. La loi institue des domaines de compétence exclusive<sup>751</sup> propres aux statuts, quant à l'aménagement de certaines prérogatives.

Ces clauses sont nombreuses et variées. Les « principes fondamentaux de l'usufruit »<sup>752</sup> sont les seules limites à l'imagination des juristes. Il ne s'agit pas ici d'en établir un catalogue, mais davantage de procéder à leur classification afin de comprendre les objectifs qu'elles poursuivent et leur rôle quant à l'anticipation de la transmission de l'entreprise. L'analyse fait ressortir principalement deux types de clauses relatives à l'organisation de la société. Elles tendent généralement soit à améliorer le fonctionnement des assemblées d'associés (A), soit à préserver la cohésion de l'actionnariat (B).

## **A – L'anticipation du fonctionnement des assemblées d'associés**

**295. Les clauses, vecteurs de l'anticipation.** Certaines clauses ont pour but d'anticiper le fonctionnement des organes de la société pour le temps du démembrement des droits sociaux représentatifs de son capital. Elles ont pour ambition d'organiser l'intervention de l'usufruitier et du nu-proprétaire au sein des assemblées (1°). Par ailleurs, le régime juridique du démembrement des droits sociaux emporte une cohabitation de principe des propriétaires démembrés au sein des assemblées (2°).

---

<sup>750</sup> Alain SÉRIAUX, « Le futur contractuel », *In* Association française de philosophie du droit, Paris II – Colloque – 3 – 4 et 5 novembre 1983 – Paris, *Le droit et le futur*, PUF, 1985, p. 77, §5.

<sup>751</sup> Les alinéas 4 des articles L. 225-110 du Code de commerce et 1844 du Code civil relatifs à la répartition du droit de vote permettent aux seuls statuts d'y déroger ; aussi tout aménagement de l'attribution de ce dernier devra obligatoirement ressortir d'une clause statutaire, et non d'une clause de la convention constatant la constitution de l'usufruit. À l'inverse, l'article L. 225-140 alinéa 4 du Code de commerce relatif au droit préférentiel de souscription dispose que la règle légale est supplétive et qu'il pourra y être dérogé par « convention des parties » ; un éventuel aménagement de son attribution et de son exercice devrait alors ressortir du domaine exclusif des stipulations contractuelles.

<sup>752</sup> « Indivision, nue-proprété et usufruit des actions », *J.-Cl. Soc. Traité*, fasc. 1795, p. 11, §31.

## 1°) L'ambivalence des clauses de représentation

**296. La prohibition des clauses de représentation permanente.** Pour simplifier l'organisation de la répartition du droit de vote, il est parfois inséré une clause statutaire organisant la représentation du nu-proprétaire par l'usufruitier ou inversement. La représentation permanente du nu-proprétaire par l'usufruitier est interdite depuis le célèbre arrêt *De Gaste*<sup>753</sup> faisant respecter le droit du nu-proprétaire de participer aux assemblées comme en dispose l'article 1844 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil au profit de l'associé. Cette solution a d'ailleurs été confirmée par la Haute juridiction sanctionnant par la nullité une clause stipulant que « l'usufruitier représente valablement le nu-proprétaire pour toutes les décisions sociales quel qu'en soit l'objet »<sup>754</sup>, au motif que le nu-proprétaire était privé de son droit de participer. En sens inverse, le droit inviolable de l'usufruitier au vote de l'affectation des

---

<sup>753</sup> Com. 4 janv. 1994, pourvoi n° 91-20.256, *Bull. civ. 1994 IV*, n° 10, p. 8. V. : Laurent AYNÈS, « Usufruit, droit d'usage », *Rev. Soc. 1999*, n° 3, p. 593 ; Patrice BONDUELLE et Benjamin TOLUB, « La répartition du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-proprétaire », *Dr. et Patr. 1994*, n° 21, p. 20 ; Anne CHARVÉRIAT, « Attribution du droit de vote à l'usufruitier », *Op. Fin. 2005*, n° 830, p. 35 ; Benjamin COHEN, « Retour sur la répartition conventionnelle du droit de vote entre titulaires de droits sociaux démembrés », *Op. Fin. 2008*, n° 1008-1009, p. 32 ; Maurice COZIAN, « Du nu-proprétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ? », *JCP E 1994*, n° 28-29, p. 339 ; Jean-Jacques DAIGRE, « Un arrêt de principe : Le nu-proprétaire de droits sociaux ne peut pas être totalement privé de son droit de vote » - Note sous Com. 4 janv. 1994, pourvoi n° 91.20.256, *BJS 1994*, p. 259 ; Jean DERRUPÉ, « De l'ineptie de refuser à l'usufruitier la qualité d'associé », *Defrénois 1997*, 36514, p. 290 ; « Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou actions », *Defrénois 1994*, p. 1137 ; Jean-Pierre GARÇON, « La situation des titulaires de droits sociaux démembrés (à propos des arrêts de la Chambre commerciale du 4 janvier 1994 et de la troisième Chambre civile du 2 mars 1994 de la Cour de cassation) » - Note sous Com., 4 janv. 1994, pourvoi n° 91-20.256 et Civ. 3<sup>ème</sup>, 2 mars 1994, pourvoi n° 91-21.296, *JCP N 1995*, n° 7, p. 269 ; André GUENGNANT, « L'attribution du droit de vote en cas de démembrement de la propriété d'actions et de parts sociales » - Obs. sous Com. 4 janv. 1994, pourvoi n° 91-20.256, *JCP E 1994*, n° 12, p. 131 ; Marie-Hélène MONSÉRIÈ-BON et Laurent GROSCLAUDE, « Usufruit de droits sociaux : le droit des sociétés rattrapé par le droit civil » - Note sous Com., 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16.694, *Dr. et Patr. 2004*, n° 128, p. 42 ; Alain PIETRANCOSTA, « Usufruit de droit des sociétés », *Dr. et Patr. 2005*, n° 137, p. 63 ; Jean PRIEUR, Sophie SCHILLER, Thierry REVET et Renaud MORTIER, « L'usufruit de droits sociaux – Quelle place pour la liberté contractuelle ? », V. n.b.p. n° 342 ; Laurent ROSE, « Droit de vote et démembrement des titres sociaux. Peut-on priver le nu-proprétaire de ses droits de vote ? », *Gaz. Pal. 2001*, n° 243, p. 7 ; Éloïse TUROT, « Usufruitier de titres de participation : actionnaire ou pas ? », *Op. Fin. 2013*, n° 1215, p. 20.

<sup>754</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 13 juill. 2005, pourvoi n° 02-15.904, *Bull. civ. 2005 II*, n° 194, p. 172. V. : Paul LE CANNU, « Le droit fondamental de l'associé de participer aux décisions collectives » - Note sous Civ. 2<sup>ème</sup>, 13 juill. 2005, pourvoi n° 02-15.904, *BJS 2006*, n° 2, p. 217 ; Laurent GROSCLAUDE, Note sous Civ. 2<sup>ème</sup>, 13 juill. 2005, pourvoi n° 02-15.904, *RJC 2006*, n° 1, p. 37.

bénéfices, consacré par l'arrêt *VH Holding*<sup>755</sup>, impose de proscrire les clauses de représentation permanente de l'usufruitier par le nu-proprétaire.

**297. L'admission de principe des clauses de représentation ponctuelles circonstanciées.** En ce qui concerne les clauses de représentation ponctuelle, étant comme les premières au croisement du droit des biens et du droit des sociétés, leur validité doit être examinée. En effet, on peut imaginer que les statuts contiennent une clause prévoyant que le nu-proprétaire ou l'usufruitier se représenteront respectivement en cas de besoin. En premier lieu, elles doivent exclure la représentation de l'usufruitier par le nu-proprétaire concernant les résolutions emportant l'affectation des bénéfices, à défaut de quoi elles subiraient les effets de la jurisprudence *VH Holding*. Cependant, leur validité doit pouvoir être admise dans les autres cas, aucun principe de prohibition n'ayant été édicté. Madame KADDOUCH reconnaît cette possibilité pour ce dernier de représenter l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires<sup>756</sup>.

---

<sup>755</sup> Com. 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16.694, *Bull. civ. 2004 IV*, n° 70, p. 71. V. Jean-Jacques CAUSSAIN, Florence DEBOISSY et Guillaume WICKER, Note sous Com. 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16.694, *JCP E 2004*, n° 42, p. 1629 ; Florence DEBOISSY et Guillaume WICKER, Note sous Com. 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16.694, *JCP E 2004*, n° 37, p. 1378 ; Paul LE CANNU, Note sous Com. 31 mars 2004, Monsieur Hénaux et autres contre J. Filliette, veuve Hénaux et autres, pourvoi n° 03-16.694, *RTDcom. 2004*, n° 3, p. 542 et *Rev. Soc. 2004*, n° 2, p. 317 ; Didier PORACCHIA, Note sous Com., 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16.694, *Dr. et Patr. 2004*, n° 128, p. 110 ; Jean-Philippe DOM, « L'arrêt « Hénaux » : retour sur le démembrement de propriété des droits sociaux » - Note sous Com., 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16.694, *Lexbase Hebdo 2004*, n° 122 ; Laurent GROSCLAUDE, « Démembrement de droits sociaux et aménagements du droit de vote des associés : de la liberté aux fers » - Note sous Com., 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16694, *Dr. Fam. 2005*, n° 3, p. 37 ; Henri HOVASSE, Note sous Com. 31 mars 2004, Monsieur Hénaux et autres contre J. Filliette, veuve Hénaux et autres, pourvoi n° 03-16.694, *JCP N 2004*, n° 26, p. 1043 ; Sébastien JAMBORT, « Le droit de vote, prérogative essentielle de l'usufruitier d'actions et de l'actionnaire » - Note sous Com., 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16694, *LPA 2004*, n° 213, p. 11 ; Renée KADDOUCH, « Un arrêt de principe : l'usufruitier ne peut être totalement privé de son droit de vote » - Note sous Com., 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16.694, *LPA 2004*, n° 247, p. 5 ; Maurice-Antoine LAFORTUNE, Note sous Com., 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16.694, *Gaz. Pal. 2004*, n° 130, p. 7 ; Alain LIENHARD, « Pas de dérogation au droit de vote de l'usufruitier » - Obs. sous Com., 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16.694, *D. 2004*, n° 16, p. 1167 ; Marie-Hélène MONSÉRIÈ-BON et Laurent GROSCLAUDE, « Usufruit de droits sociaux : le droit des sociétés rattrapé par le droit civil » - Note sous Com., 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16.694, *Dr. et Patr. 2004*, n° 128, p. 42 ; Anne RABREAU, Note sous Com., 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16.694, *JCP N 2004*, n° 39, p. 1433 ; Thierry REVET, Note sous Com., 31 mars 2004, Société VH Holding, pourvoi n° 03-16694, *RTDciv. 2004*, n° 2, p. 318.

<sup>756</sup> Renée KADDOUCH, « L'usufruit des droits sociaux, technique de transfert du droit de vote », *BJS 2004*, n° 2, p. 189, II, A, *in fine*.

À l'inverse, les clauses qui emporteraient la possibilité pour l'usufruitier de représenter le nu-propiétaire de manière ponctuelle ne semblent pas au premier abord prohibées à condition qu'elles préservent le droit du nu-propiétaire d'y participer. Leur qualification de clause de représentation n'est certainement pas des plus adaptées. En effet, la représentation implique l'absence physique du représenté, ce qui ne peut être admis à l'égard du nu-propiétaire au regard de son droit de participer. Cependant, elle emporterait la possibilité pour l'usufruitier de voter en lieu et place du nu-propiétaire lorsque ce dernier ne pourrait se rendre en assemblée, sans avoir à octroyer au premier l'intégralité du droit de vote. Une rédaction soignée, combinant au terme de « représentation » la conservation expresse du droit de participer au nu-propiétaire, devrait permettre la mise en œuvre de ces clauses de représentation ponctuelle.

**298. La légalité des clauses de représentation ponctuelle au regard du droit des sociétés.** Leur légalité doit être analysée du point de vue du *droit des sociétés*. Tout d'abord, la représentation en assemblée d'un associé implique obligatoirement qu'un mandat spécial et écrit<sup>757</sup> soit présenté. Si le nu-propiétaire peut effectivement mandater l'usufruitier, le mandat ne devrait pouvoir être mis en œuvre dans les sociétés anonymes (SA), un actionnaire ne pouvant s'y faire représenter que par un autre actionnaire ou par son conjoint<sup>758</sup>. La qualité d'actionnaire de l'usufruitier étant en suspens, on ne peut affirmer qu'il puisse y représenter le nu-propiétaire. En ce sens, le Comité juridique de l'ANSA refuse d'ailleurs d'en admettre la validité<sup>759</sup>. Seule la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier permettrait de valider la possibilité d'une telle représentation. En attendant, ce genre de clauses ne peut conduire qu'à une anticipation mal maîtrisée, au vu du risque d'annulation judiciaire qu'elles présentent. Dans les SARL, les règles de représentation sont plus souples. Si la représentation d'un associé doit par principe être assurée par son conjoint ou par un autre associé, les statuts peuvent y déroger pour autoriser la représentation par « une autre personne »<sup>760</sup>. Dans ce cas, le nu-propiétaire, dit « associé », pourra se faire représenter par l'usufruitier. Dans les sociétés en nom collectif, les sociétés civiles, et les sociétés par actions simplifiées, aucune règle spéciale n'étant édictée, ces clauses statutaires seront aussi licites. *A contrario*, la légalité des clauses de représentation ponctuelle de l'usufruitier par le nu-propiétaire n'est

---

<sup>757</sup> Cf. Art. L. 225-106 al. 2 c.com. Il s'agit d'une règle d'ordre public : Cf. Art. L. 225-106 al. 6 c.com.

<sup>758</sup> Cf. Art. L. 225-106 al. 1<sup>er</sup> c.com.

<sup>759</sup> Comité juridique ANSA, 1<sup>er</sup> fév. 1989, n° 79. V. en ce sens : Jacques MESTRE et Dominique VELARDOCCIO, *Lamy Sociétés Commerciales*, éd. 2013, 2013, p. 1818, §3742 *in fine*.

<sup>760</sup> Cf. Art. L. 223-28 al. 3 c.com.

pas à discuter, puisque la qualité d'associé étant acquise au nu-proprétaire, les règles spéciales du droit des sociétés seront respectées.

Ainsi, les clauses de représentation ponctuelle auront un domaine d'application assez larges, puisqu'elles seront par principe admises, sauf en ce qui concerne la représentation du nu-proprétaire par l'usufruitier dans les SA, si les droits inviolables de participer du nu-proprétaire en assemblées et de voter l'affectation des bénéfices de l'usufruitier y sont expressément préservés. Dans le même temps, le régime juridique créé emporte une cohabitation de principe de l'usufruitier et du nu-proprétaire au sein des assemblées.

## 2°) La cohabitation de principe de l'usufruitier et du nu-proprétaire au sein des assemblées

**299. La cohabitation induite.** En autorisant la représentation du nu-proprétaire par l'usufruitier, tout en combinant cette représentation permanente à l'obligation de convoquer les nus-proprétaires à toutes les assemblées générales aux fins de préserver leur droit d'y participer, la jurisprudence encourage la cohabitation des titulaires des droits réels démembrés au sein des assemblées.

Cette collaboration organisée par le droit des sociétés est encore plus présente lorsque l'on analyse de plus près le texte de droit commun, c'est-à-dire l'article 1844 alinéa 3 du Code civil. En accordant à l'usufruitier l'unique droit de voter l'affectation des bénéfices, le Code civil ne lui ouvre que les portes de l'assemblée générale annuelle, et uniquement pour une décision très précise en son sein. Or, le nu-proprétaire devra donc aussi participer à cette même assemblée, pour y voter les autres résolutions, telle l'approbation des comptes sociaux ou des conventions réglementées. Le législateur oblige ainsi les propriétaires démembrés à cohabiter lors de ces assemblées, intervenant à tour de rôle selon la résolution dont le vote est proposé. La jurisprudence précédemment citée, validant la licéité des clauses de représentation des nus-proprétaires par les usufruitiers lorsqu'est précisé que les premiers doivent obligatoirement être convoqués, contribue à cette même cohabitation.

Ainsi, est mise en exergue la vocation de la structure sociétaire à rassembler les différentes personnes qui y sont intéressées. Cette situation de cohabitation imposée par la loi, parfois même par les statuts et validée par la jurisprudence, favorisera les échanges entre les propriétaires démembrés. Mais, au-delà de l'organisation des assemblées d'associés,

l'anticipation contractuelle peut aussi avoir pour objectif d'assurer la cohésion de l'actionnariat.

## **B – L'anticipation de la cohésion de l'actionnariat**

**300. La cohésion favorisée par l'anticipation statutaire.** Afin d'assurer la cohésion de l'actionnariat, trois types de clauses relatives aux titulaires de droits sociaux démembrés peuvent être insérées dans les statuts : les clauses d'agrément, les clauses d'inaliénabilité et les clauses de préemption<sup>761</sup>. À défaut de précisions légales, les dernières pourront indifféremment être comprises dans les statuts où dans la convention initiant le démembrement, instituant un droit de préemption au profit du nu-propiétaire ou de l'usufruitier pour la cession de leurs droits démembrés. Si leur validité peut susciter la discussion lorsqu'elles sont contenues dans les statuts<sup>762</sup>, en ce qu'elles limitent la libre négociabilité des titres représentatifs du capital des sociétés par actions, elles sont aujourd'hui relativement insérées dans les statuts. Elles permettront alors aux actionnaires concernés d'augmenter leur participation dans la société. Dans le cadre du démembrement de propriété, elles assureront au nu-propiétaire la réception anticipée des pleins pouvoirs liés aux droits sociaux et à l'usufruitier le moyen d'accéder au capital de manière perpétuelle. Elles pourront aussi privilégier le maintien des équilibres dans la composition de l'actionnariat, lorsque l'un des propriétaires démembrés entendra se retirer. Intégrées dans la convention emportant la constitution de l'usufruit, ces clauses de préemption auront une portée moins importante, en ce qu'elles donnent seulement lieu à des dommages et intérêts entre les propriétaires démembrés lorsqu'elles ne sont pas respectées. En effet, la Cour de Cassation a précisé par une décision du 7 mars 1989<sup>763</sup> que le droit de préférence compris dans une stipulation extra-statutaire ne donnait lieu qu'à une obligation de faire, dont l'inexécution se résout en dommages et intérêts au regard de l'article 1142 du Code civil.

Aussi, le droit de préemption aura-t-il bien plus de portée lorsqu'il sera compris dans le pacte statutaire, puisque la cession, en violation d'une clause statutaire, emportera au contraire la nullité de la cession. Cependant, lorsque l'objectif ne sera plus de maintenir l'équilibre des

---

<sup>761</sup> V. Philippe REBATTET, « Les aspects juridiques de la convention de démembrement dans le cadre d'une opération de démembrement immobilier », *RTDImm.* 2012, n° 4, p. 14.

<sup>762</sup> *Lamy Sociétés commerciales* 2013, p. 2270, §4757.

<sup>763</sup> Com., 7 mars 1989, pourvoi n° 87-17.212, *Bull. civ.* 1989, IV, n° 79. V. en ce sens : Jacques MESTRE et Dominique VELARDOCCIO, *Lamy Sociétés Commerciales*, éd. 2013, 2013, p. 2271, §4757.

participations, mais de protéger la société contre l'entrée d'un tiers, il faut alors recourir à la procédure d'agrément.

**301. Des clauses d'agrément à insérer.** Quant à la procédure d'agrément, qui prévient « l'immixtion d'un tiers étranger au groupe initial »<sup>764</sup>, constitue un mécanisme de protection de la stabilité de la masse des associés. Imposée par la loi à l'égard de tout nouvel entrant, dans les SARL<sup>765</sup>, les SNC<sup>766</sup> ou les sociétés civiles<sup>767</sup>, elle peut aussi être d'origine statutaire dans les SA<sup>768</sup>, les SCA<sup>769</sup> ou les SAS<sup>770</sup>. Les héritiers ont parfois droit à un traitement privilégié puisqu'ils ne sont pas concernés par la procédure d'agrément, sous réserve des sociétés où *l'intuitus personae* est plus fort. Dans cette hypothèse, les statuts peuvent soumettre l'entrée des héritiers à la procédure d'agrément, tel dans les SARL<sup>771</sup>, les SNC<sup>772</sup>, les sociétés civiles<sup>773</sup> et dans les SAS où la liberté statutaire permet d'intégrer ce genre de clause. La procédure d'agrément est *a contrario* prohibée dans les sociétés de capitaux, où les actions sont, par principe, librement cessibles. En effet, que ce soit dans une SA<sup>774</sup> ou une SCA<sup>775</sup>, la stipulation statutaire imposant l'agrément ne peut s'appliquer à une cession d'actions au profit d'un conjoint, d'un ascendant ou d'un descendant.

Cependant, les dispositions légales instituant la procédure d'agrément ne visent que les cessions de droits sociaux en pleine propriété. Est-ce à dire qu'elles concernent aussi les

---

<sup>764</sup> Alain LE BAYON, « L'usufruit de parts sociales », *Rev. Soc.* 1973, p. 435, §11.

<sup>765</sup> Art. L. 223-14 al. 1 c.com.

<sup>766</sup> Art. L. 221-13 al. 1 c.com.

<sup>767</sup> Art. 1861 al. 1 c.civ.

<sup>768</sup> Art. L. 228-23 al. 1 c.com.

<sup>769</sup> Art. L. 226-1 c.com., par renvoi à l'article L. 228-23 c.com.

<sup>770</sup> Art. L. 227-1 c.com., par renvoi à l'article L. 228-23 c.com.

<sup>771</sup> Cf. Art. L. 223-13 al. 2 c.com. : « Toutefois, les statuts peuvent stipuler que le conjoint, un héritier, un ascendant ou un descendant ne peut devenir associé qu'après avoir été agréé dans les conditions prévues à l'article L. 223-14. (...)».

<sup>772</sup> Cf. Art. L. 221-15 al. 2 c.com. : « S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier ou seulement avec les associés survivants, ces dispositions sont suivies, sauf à prévoir que pour devenir associé, l'héritier devra être agréé par la société ».

<sup>773</sup> Cf. Art. 1870 al. 1 c.civ. : « La société n'est pas dissoute par le décès d'un associé, mais continue avec ses héritiers ou légataires, sauf à prévoir dans les statuts qu'ils doivent être agréés par les associés ».

<sup>774</sup> Art. L. 228-23 al. 3 c.com. à propos de la clause d'agrément : « Cette clause est écartée en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession, soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant ».

<sup>775</sup> Cf. Art. L. 226-1 c.com., par renvoi à l'article L. 228-23 c.com.

cessions de droits sociaux en nue-propriété ou en usufruit de droits sociaux ? Une réponse négative s'impose. Lorsque l'on se réfère à « la cession de titres en nue-propriété », il ne faut voir ici qu'un abus de langage, puisqu'il s'agit en fait d'une simple « cession de la nue-propriété des titres ». Même si le droit positif se borne à refuser la nature de propriété à l'usufruit tout en la reconnaissant à la nue-propriété, on ne peut pas considérer que la transmission de cette dernière assimilée à une transmission de propriété doit emporter la mise en œuvre de la procédure d'agrément. En effet, la nue-propriété et l'usufruit de droits sociaux sont des droits réels. Leur cession s'analyse donc en une cession de droits réels et non en une cession de titres. Or, il vient d'être rappelé que la procédure d'agrément est uniquement mise en œuvre dans le cadre d'une cession de droits sociaux. La loi ne vise pas les droits réels constitués sur ceux-ci, mais les titres directement. Il faut en conclure que la procédure d'agrément n'est pas applicable à la transmission de l'usufruit et de la nue-propriété de parts sociales ou d'actions de sociétés.

Il en résulte que les sociétés ne sont pas protégées contre l'entrée d'une tierce personne non désirée dans la société qui pourrait acquérir la nue-propriété ou l'usufruit des titres. Ce tiers, dont l'entrée dans la société n'aura pas été contrôlée, pourra alors prendre part à la vie de la société et s'immiscer dans les affaires sociales. Il sera donc prudent de rédiger les statuts en conséquence. Aussi, serait-il préférable, lorsque l'agrément est légal, qu'une clause soit insérée dans les statuts pour soumettre les cessions de nue-propriété ou d'usufruit des titres à la procédure d'agrément. De même, lorsque l'agrément n'est que statutaire, il vaudrait mieux qu'il vise spécifiquement les cessions en propriété démembrée. Bien entendu, le domaine de ces précisions statutaires sera limité à celui réservé par la loi à la procédure d'agrément des cessions en pleine propriété quant aux personnes devant être agréées. Ainsi, au vu des prohibitions précitées justifiées par l'ouverture du capital de certaines sociétés, l'agrément ne pourra concerner les héritiers attributaires du seul usufruit ou de la seule nue-propriété de droits sociaux.

Étant plus qu'une simple ratification d'une cession de droits sociaux, la procédure d'agrément permet surtout de filtrer l'entrée dans la société de nouvelles personnes. La transmission de l'usufruit ou de la nue-propriété de droits sociaux à une tierce personne entraîne l'entrée dans la société d'un tiers. Leur soumission à la procédure d'agrément paraît donc tout à fait envisageable dans l'objectif de maîtriser la composition de la masse des actionnaires ou des associés. Dans le même esprit de cohésion de l'actionariat, pourront être prévues, au côté de ces clauses d'agrément, des clauses d'inaliénabilité des droits sociaux démembrés.

**302. Les clauses d'inaliénabilité à préciser.** L'inaliénabilité est définie comme la « qualité (juridique) d'un bien (ou d'un droit) qui ne peut valablement être l'objet d'une aliénation »<sup>776</sup>. Les clauses statutaires d'une SAS peuvent comprendre des stipulations comprenant une inaliénabilité des titres. Leur insertion dans le pacte statutaire poursuit deux objectifs : garantir la stabilité du capital de la société et renforcer la cohésion de l'actionnariat. Une telle insertion permet de « souder entre eux les actionnaires qui sont privés par les statuts du droit de se retirer de la société en cédant leurs titres (...). (Elle) peut également permettre d'éviter des prises de contrôle internes qui ne seraient pas opportunes »<sup>777</sup>. Comme précédemment, lorsque de telles clauses seront stipulées, elles concerneront uniquement les cessions des actions et non les droits réels portant sur celles-ci, sauf à ce qu'un champ d'application élargi y soit précisément mentionné. Les stipulations statutaires devront donc préciser qu'il n'est pas possible de constituer un droit réel sur les titres de capital, à défaut de quoi la clause d'inaliénabilité pourrait être contournée par une cession temporaire de la nue-propriété des actions.

Ainsi, l'insertion de clauses statutaires spécifiques permet d'anticiper la transmission (procédure d'agrément) ou l'impossibilité de transmettre (clauses d'inaliénabilité) le capital de l'entreprise sociétaire tout en sauvegardant le déroulement des assemblées d'associés. Elles anticipent aussi la préservation de la cohésion de l'actionnariat, en vue d'assurer la continuité du fonctionnement de ces assemblées, et ainsi de la société. L'insertion de telles clauses permettra de verrouiller les lacunes des procédures légales ou de stipulations classiques. Cependant, l'étude de la situation juridique de l'entreprise sociétaire dont les droits sociaux sont démembrés, appelle une analyse complémentaire des moyens de sa protection.

## ***§II – La protection du fonctionnement de l'entreprise sociétaire à renforcer***

**303. L'usufruitier et le nu-propriétaire, acteurs de la préservation de l'intérêt social.** Les associés interviennent dans la vie de la société par le biais des assemblées, au côté des organes de gestion, et s'il y en a, des organes de contrôle. Mais les associés peuvent aussi agir en dehors de ces assemblées aux fins de réguler le fonctionnement de la société ; pour cela, ils

---

<sup>776</sup> Gérard CORNU, *op.cit.*, p. 474, sous « inaliénabilité ». V. n.b.p. n° 135.

<sup>777</sup> Jacques MESTRE et Dominique VELARDOCCIO, *Lamy Sociétés Commerciales*, éd. 2013, 2013, p. 1988, §4187.

mettront en œuvre leur droit d'agir en justice. Les actions issues de la qualité d'actionnaire ou d'associé sont nombreuses ; il faut alors trancher sur la titularité des actions habituellement réservées à l'associé, en cas de démembrement des droits sociaux. Si les statuts peuvent encadrer le premier aspect, ci-avant étudié, il semble que l'attribution des actions en justice ressorte de la jurisprudence. Un constat a été dressé quant à la répartition entre l'usufruitier et le nu-propiétaire de droits sociaux, relativement à ces actions en justice : de manière implicite une certaine prohibition jurisprudentielle du cumul des droits à agir entre usufruitier et nu-propiétaire est instaurée. Après une réflexion sur l'opportunité de ce principe jurisprudentiel à demi-mot prononcé (A), nous en démontrerons l'illégitimité et justifierons du bien fondé de la reconnaissance au profit des propriétaires démembrés d'une certaine concurrence dans l'exercice des actions en justice issues de la qualité d'associé (B).

## **A – La répartition jurisprudentielle illégitime des actions en justice**

**304. La prohibition jurisprudentielle apparente du cumul.** À l'analyse de la jurisprudence relative aux droits à agir en justice habituellement conférés aux associés, il semblerait que la reconnaissance de la titularité de l'action<sup>778</sup> au profit de l'un des propriétaires démembrés, prohibe cette même reconnaissance au profit de l'autre. Cette exclusion réciproque doit être considérée, il faut juger de son opportunité et de sa légitimité.

**305. La jouissance, comme fondement illégitime de l'attribution au seul usufruitier de l'action en responsabilité contre les dirigeants.** L'action en responsabilité contre les dirigeants illustre ce principe de non-concurrence : la Cour de Paris<sup>779</sup> s'est prononcée en faveur de la recevabilité d'une action *ut singuli* mise en œuvre par un usufruitier d'actions. Selon elle, la titularité de cette action est à rattacher à la jouissance du droit de vote et non à la qualité d'associé ; c'est alors que le nu-propiétaire, privé par les statuts de tout droit de vote, ne peut l'engager. Monsieur LE BAYON relevait alors une méconnaissance « de la nature profonde de cette action : c'est une action en responsabilité ouverte à la société et dirigée contre les dirigeants »<sup>780</sup>. En effet, l'action sociale, action en responsabilité, vise avant tout à protéger la société ; elle est, selon les textes<sup>781</sup>, détenue par un ou plusieurs associés. La

---

<sup>778</sup> V. Arthur MILLERAND, « La maîtrise des actions en justice en présence d'usufruit sur droits sociaux dans les sociétés commerciales », *Dr. Soc.* 2013, n° 4, p. 2.

<sup>779</sup> CA Paris, 19 juill. 1935, *DH* 1935, II, p. 561.

<sup>780</sup> Alain LE BAYON, « L'usufruit de parts sociales », *Rev. Soc.* 1973, p. 435, §19.

<sup>781</sup> Cf. Art. 1843-5 c.civ.

contradiction jurisprudentielle est d'autant plus flagrante que la reconnaissance de la qualité d'associé au nu-proprétaire est, au moins officieusement, admise. Selon nous, la Cour de cassation aurait certainement une vision plus souple du dispositif, puisque les textes ne subordonnent la titularité de l'action qu'à la seule titularité de la qualité d'associé. Les juges du fond ont ajouté à la loi et la Cour de cassation pourrait donc valider la recevabilité de l'action du nu-proprétaire. Elle précise seulement que celui qui a cédé ses titres n'a pas le droit d'exercer l'action sociale<sup>782</sup> ; et il est improbable qu'elle reconnaisse une cession de titres en un démembrement de propriété des droits sociaux ; aussi la position des juges du fond nous paraît infondée.

Il semble ensuite que l'intérêt social puisse justifier un tel dédoublement de la titularité du droit à agir. En effet, le nu-proprétaire, même privé de tout droit de vote, se voit reconnaître le droit de participer aux décisions collectives ; il sera donc informé sur l'état des affaires sociales, au moins autant que l'usufruitier<sup>783</sup>, et tout aussi bien placé dans la société pour exercer l'action. De même, les propriétaires démembres pourront avoir la même motivation à engager l'action individuelle : là où le mal ne toucherait qu'une seule personne associée en pleine propriété, il pourrait causer des dommages à deux personnes dans le cadre du démembrement. La rupture d'égalité pourrait avoir lieu quant à l'indemnité à laquelle l'action donnerait lieu. En effet, si le dommage atteint les deux propriétaires démembres, il serait illogique que le dirigeant soit redevable d'une indemnité dont le montant serait le double de celle due à un associé en pleine propriété. Il faudra alors établir un régime de répartition des indemnités pour éviter la double peine. L'équilibre en apparence altéré par l'opération de démembrement de propriété, serait rétabli. En établissant un domaine concurrent, d'ailleurs recommandé<sup>784</sup>, la société serait mieux protégée contre les fautes commises par ses dirigeants.

**306. L'attribution illégitime au profit du seul nu-proprétaire, de la demande en nomination d'un commissaire aux comptes, fondée sur la qualité d'associé.** Quant à la demande en justice de nomination d'un commissaire aux comptes, les associés ou actionnaires

---

<sup>782</sup> Cf. Com., 26 janv. 1970, pourvoi n° 67-14.787, *Bull. civ. 1970 IV*, n° 30, p. 31. V. Jean GUYÉNOT, Note sous Com., 26 janv. 1970, pourvoi n° 67-14.787, *D. 1970*, II, p. 643 ; Yves GUYON, Note sous Com., 26 janv. 1970, pourvoi n° 67-14.787, *JCP G 1970*, II, n° 16385 ; Roger HOUIN, Note sous Com., 26 janv. 1970, pourvoi n° 67-14.787, *RTDcom. 1970*, p. 431.

<sup>783</sup> Cf. §325s.

<sup>784</sup> Marie-Hélène MONSÉRIÈ-BON et Laurent GROSCLAUDE, « Usufruit de droits sociaux : le droit des sociétés rattrapé par le droit civil », *Dr. et Patr. Juill./Août 2004*, n° 128, p. 42, *in fine*.

de sociétés peuvent s'adresser aux juges<sup>785</sup>. Selon ces derniers, la titularité de cette action est accordée au nu-proprétaire, à raison de sa qualité d'associé<sup>786</sup>. Les tribunaux n'ont pas eu à se prononcer sur la titularité de cette action au profit de l'usufruitier, mais en adoptant un raisonnement *a contrario*, et à défaut d'avoir ici retenu la jouissance des droits sociaux en critère d'éligibilité à la titularité de l'action, il convient d'en conclure, qu'à défaut de reconnaissance de la qualité d'associé de l'usufruitier, ce dernier ne pourrait l'enclencher. Les juges ne pourront accorder la titularité d'une seule et même action réservée à l'associé, sur deux fondements différents. De la sorte, il semble qu'ils procèdent à une répartition des différentes actions attachées à la qualité d'associé entre usufruitier et nu-proprétaire.

Cependant, une titularité concurrente serait ici aussi légitime, bien que la désignation effective du commissaire aux comptes par le juge complique légèrement le fonctionnement de la société. Cette demande en désignation d'un commissaire aux comptes a pour objectif « de contrôler l'utilisation de l'argent d'autrui »<sup>787</sup>. Les juges du fond opèreront alors un contrôle d'opportunité avant de procéder à quelque nomination que ce soit, en analysant les « raisons de surveiller spécialement la gestion »<sup>788</sup>. Ainsi, que l'un ou l'autre des propriétaires démembrés intente l'action, le juge sera garant de l'obstruction aux demandes infondées. Si la recevabilité de cette demande est admise concurremment, la mise en place de la mesure sera justifiée quel qu'en soit l'initiateur. Le but de la mesure sera respecté et l'intérêt de la société s'en trouvera mieux protégé.

**307. L'indétermination relative aux autres actions.** La problématique se pose de la même manière quant aux autres droits d'agir des associés. Sur la demande en désignation d'un expert de gestion, les juridictions du fond ont eu à se prononcer sur le droit à agir du nu-proprétaire. Deux arrêts<sup>789</sup> ont été rendus et se trouvent être totalement contradictoires en ce que leurs motivations sont « strictement identiques mais les solutions adoptées exactement

---

<sup>785</sup> Cf. Art. L. 221-9 al. 3 c.com.

<sup>786</sup> CA Paris, 22 janv. 1971.

<sup>787</sup> Paul LE CANNU et Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 326, §509. V. n.b.p. n° 214.

<sup>788</sup> Paul LE CANNU et Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, op.cit., p. 326, §511. V. n.b.p. n° 214.

<sup>789</sup> CA Versailles, 19 déc. 1989 (V. Paul LE CANNU, « Expertise de gestion : les actions en nue-proprété et les opérations de gestion relevant de l'assemblée générale extraordinaire » - Note sous CA Versailles, 19 déc. 1989, *BJS* 1990, p. 182, n° 48) et CA Paris, 14<sup>ème</sup> ch. B, 27 mai 1988, *Dr. Soc.* 1988, p. 783 et *BJS* 1988, p. 783, n° 247.

inverses. (...) Le critère utilisé par les magistrats est donc celui du droit de vote »<sup>790</sup>. Or, ce qui justifie habituellement la recevabilité de l'action formée par un associé en pleine propriété, outre sa qualité d'associé, est l'atteinte portée à l'intérêt social ou la présomption d'irrégularité d'une ou plusieurs opérations de gestion déterminée(s). Cette action a pour but de protéger l'intérêt social, et plus les personnes s'en soucient, mieux il est protégé. Nous plaidons donc en faveur d'une reconnaissance de ce droit à agir au profit des deux propriétaires démembrés.

La problématique de la demande en désignation d'un administrateur provisoire ou d'un expert in futurum est un peu différente, puisque, toute personne pouvant justifier d'un intérêt légitime peut agir ; l'action est donc ouverte aux deux propriétaires démembrés. Quant à la demande de mise sous séquestre de droits sociaux, habituellement réservée aux associés, elle est accordée à chaque fois qu' « il convient d'assurer la conservation des droits des parties »<sup>791</sup>. Ainsi peuvent-ils tous deux y prétendre si la conservation de leur droit le justifie. Il en est de même quant aux demandes en désignation d'un contrôleur de gestion, d'un enquêteur-conciliateur ou d'un mandataire ad hoc.

Ainsi, au gré des espèces se présentant devant les juridictions, les fondements qu'elles adoptent pour trancher sur la titularité de l'usufruitier ou du nu-proprétaire à agir sont variés. Tantôt se réfèrent-elles à la jouissance des droits sociaux, tantôt à l'attribution de la qualité d'associé, tantôt encore, la question ne s'est-elle pas encore posée. Si la répartition actuelle semble infondée, et la concurrence de l'usufruitier et du nu-proprétaire justifiée par l'intérêt social, il convient encore de préciser quelle doit être la représentativité des droits sociaux démembrés, afin de fonder cette concurrence.

## **B – La concurrence non concomitante des actions à privilégier**

**308. La représentativité des droits sociaux, guidant l'articulation de la répartition des actions.** Avant de trancher sur l'articulation de la mise en œuvre des actions en justice attachées à la qualité d'associé entre l'usufruitier et le nu-proprétaire et sur le principe de concurrence qui semble le plus adapté, il convient de s'interroger sur la représentativité des droits sociaux démembrés dans le capital social, représentativité qui ouvrira ou non, bien

---

<sup>790</sup> Anne RABREAU, *L'usufruit de droits sociaux*, Bibliothèque du droit de l'entreprise, th. Poitiers 2001, Litec, 2006, p. 275, §293.

<sup>791</sup> Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 201, §412. V. n.b.p. n° 215

souvent, le droit à agir. En effet, certaines actions initiées par les associés requièrent la représentation par un ou plusieurs d'entre eux d'une certaine quotité du capital social. En ce qui concerne la demande en justice de nomination d'un commissaire aux comptes par exemple, si le droit commun des sociétés commerciales ouvre cette possibilité à tout associé<sup>792</sup>, les textes<sup>793</sup> spécifiques aux SARL et aux SAS offrent le droit d'agir à un ou plusieurs associés, représentant « au moins le dixième du capital social ». Qu'en est-il alors de la représentativité des droits sociaux démembrés quant à la quotité exigée ? Deux options paraissent envisageables. Le premier postulat est que le démembrement n'opère pas dépréciation des droits sociaux quant à la représentativité du capital social. Le second postulat prend le contre-pied : le démembrement ferait échec à la comptabilisation du nombre total d'actions détenues en nue-propriété, pour ne les prendre en compte qu'en partie.

**309. L'indifférence du mode de propriété quant à la représentativité des droits sociaux dans le calcul des quotités.** Selon Madame RABREAU, qui s'était elle aussi interrogée sur cette question au sein de son étude sur *L'usufruit de droits sociaux*<sup>794</sup>, la problématique est qualifiée de « superflue si l'on s'attache, en amont, à identifier entre usufruitier et nu-propriétaire lequel a vocation à bénéficier de telle ou telle action ». En admettant qu'une telle répartition soit envisageable, elle permettrait de comptabiliser dans leur intégralité le nombre de droits sociaux détenus en nue-propriété ou en usufruit, sans avoir à les évaluer par rapport à la forme de la propriété plénière. Cependant cette position est contraire au principe de concurrence ici prôné comme protégeant au mieux l'intérêt social.

Quant à la représentativité des droits sociaux démembrés, la loi ne distinguant pas, il ne devrait y avoir lieu à quelque calcul qui soit. C'est ce qu'a admis la Cour de Paris<sup>795</sup> quant à la représentativité des droits du nu-propriétaire, sans s'expliquer plus en avant sur l'influence du démembrement quant à la réunion de cette quotité. Il semble ainsi falloir assimiler les titres détenus en nue-propriété à ceux détenus en pleine propriété. Est-ce à dire qu'il convient également d'y assimiler les parts sociales et actions de société détenues en simple usufruit ?

---

<sup>792</sup> Cf. Art. L. 221-9 al. 3 c.com.

<sup>793</sup> Cf. Art. L. 223-35 al. 3 c.com. pour les SARL et L. 227-9-1 al. 4 c.com. pour les SAS.

<sup>794</sup> Anne RABREAU, *L'usufruit de droits sociaux*, Bibliothèque du droit de l'entreprise, th. Poitiers 2001, Litec, 2006.

<sup>795</sup> CA Paris, 22 janv. 1971, « SARL Nic et Line et Masé c/ Jourde ». V. Yves GUYON, Note sous CA Paris, 22 janv. 1971, *D.* 1971, II, p. 517 ; Jean ROUSSEAU, Note sous CA Paris, 22 janv. 1971, *JCP G* 1971, II, n° 16937.

Si l'on s'en réfère à la prise en compte de la représentativité des droits sociaux détenus en usufruit lors de votes en assemblées, il apparaît qu'ils soient comptabilisés comme ceux détenus en pleine propriété. Il serait alors invraisemblable d'établir deux régimes distincts. Cette *représentativité* des droits sociaux est donc indépendante de la forme de propriété. La question de la représentativité des droits sociaux ainsi tranchée, il faut préciser ce que l'on entend par le principe de concurrence du droit à agir de l'usufruitier et du nu-proprétaire.

**310. La concurrence des actions à privilégier dans l'individualité.** Si la concurrence entre usufruitier et nu-proprétaire des actions attachées à la qualité d'associé est ici promue, elle ne doit pas être confondue avec leur concomitance ; il convient en effet d'établir un principe de non-concomitance. Pour une même demande, nu-proprétaire et usufruitier des mêmes droits sociaux ne sauraient cumuler leur représentativité afin d'atteindre la quotité exigée à la mise en œuvre d'une action. À défaut de quoi une rupture d'égalité entre associés en pleine propriété et associés ne détenant qu'un droit de propriété démembrée ne pourrait être évitée. Selon nous, rien ne s'oppose à ce qu'ils puissent agir concurremment, mais ils ne pourront le faire que séparément. Madame RABEAU parle d'une « absence [nécessaire] de cumul des participations en nue-propriété et en usufruit »<sup>796</sup>.

Ainsi, peut-on conclure au besoin actuel de préciser le régime des actions en justice par la voie légale, le régime jurisprudentiel étant pour le moins lacunaire et peu légitime. Cette répartition actuelle des actions en justice ne participe pas non plus de la meilleure protection qui soit de la société, aussi ne peut-on que réclamer une intervention législative.

La situation juridique de l'entreprise sociétaire peut donc être appréhendée au travers de ces deux aspects : tout d'abord des clauses statutaires contribuant à anticiper le fonctionnement des assemblées d'associés, puis, relativement à l'absence d'anticipation, de l'attribution légale des actions en justice des propriétaires démembrés. L'examen de la situation juridique des personnes permettra de parfaire notre opinion quant à l'opportunité de recourir au démembrement de propriété dans le cadre de l'anticipation de la transmission de l'entreprise sociétaire.

---

<sup>796</sup> Anne RABEAU, *op.cit.*, p. 270, §286.

## SECTION II – LA SITUATION JURIDIQUE DES PRÉDÉCESSEURS ET REPRENEURS, À PRÉCISER

### 311. L'imprécision des statuts des propriétaires démembres de droits sociaux.

L'usufruit, comme la nue-propriété sont des droits réels. Leurs titulaires détiennent donc des droits directs sur la chose objet du démembrement et non des droits personnels l'un à l'encontre de l'autre. La réalité domine la personnalité dans l'essence du droit d'usufruit. Cependant, lorsque le démembrement procède d'une convention, les propriétaires démembres se voient reconnaître à côté de ce « statut réel », un « statut personnel »<sup>797</sup>. Naissent de là des obligations réciproques (le nu-propriétaire a par exemple l'obligation de remettre la chose à l'usufruitier). Mais le statut personnel des propriétaires démembres est renforcé en matière de démembrement des droits sociaux, puisque aux côtés des droits et des obligations issus du démembrement, demeurent ceux issus de la qualité d'associé ; il s'agira notamment d'organiser les droits politiques et les droits patrimoniaux.

**312. Un croisement difficile du droit des biens et du droit des sociétés.** Cependant, si la loi explicite quelques règles de base dans la législation spécifique au droit des sociétés, il faut pour le reste, transposer la législation du droit des biens aux mécanismes propres au droit des sociétés<sup>798</sup>. Et lorsque ni la convention ni les statuts ne précisent la répartition des droits et des obligations attachés à la qualité d'associé, la jurisprudence y pourvoit. Cependant, les droits sociaux ressortent d'une catégorie particulière de biens totalement différents des immeubles

---

<sup>797</sup> Ce statut personnel a d'ailleurs été mis en évidence par Madame RABREAU dans sa thèse. Anne RABREAU, *L'usufruit de droits sociaux*, Bibliothèque du droit de l'entreprise, th. Poitiers – 2001, Litec, 2006.

<sup>798</sup> C'est notamment le cas des droits pécuniaires. Les textes du droit des sociétés n'en définissent pas la répartition. Le retour au droit commun de l'usufruit s'impose alors : l'usufruitier n'a droit qu'aux fruits (Art. 582 c.civ.). Sont très classiquement qualifiés de fruits des droits sociaux les dividendes. Les autres droits pécuniaires issus de parts sociales ou d'actions de société devront alors être attribués au nu-propriétaire, il en va notamment des réserves qualifiées par de nombreux auteurs de produits. Quant aux dividendes, une question demeure en suspens lorsque l'on commence à introduire des notions comptables pour comprendre une institution civiliste appliquée à des biens ressortant du droit des sociétés. En effet, certains auteurs distinguent la répartition des dividendes selon qu'ils ressortent de bénéfices courants ou exceptionnels, pour attribuer ces derniers au nu-propriétaire. Le bénéfice dit exceptionnel est en effet généré par « la cession d'un élément d'actif », et « doit donc être considéré comme un produit », et non plus comme un fruit ; et si le fruit doit revenir à l'usufruitier, le produit, lui, doit revenir au nu-propriétaire. Bien que la Cour de cassation ne se soit pas prononcée à ce sujet, il faut bien reconnaître la pertinence de l'argumentation. Ainsi, il semble nécessaire de reconnaître au nu-propriétaire le droit aux dividendes issus de résultats exceptionnels.

pour lesquels l'institution a été pensée, et leur transposition est souvent mal aisée. Aussi, la jurisprudence vient-elle préciser le cadre légal. Cet ensemble de règles de droit, légales et prétoriennes, s'attache à définir la répartition des droits pécuniaires et politiques attachés aux droits sociaux. Bien que les textes s'y référant soient établis depuis les lois de 1966<sup>799</sup> et 1978<sup>800</sup>, le contentieux auquel ils donnent lieu a commencé à s'étoffer à compter des années 1980<sup>801</sup>.

**313. Un encadrement partiel.** On remarque alors que la jurisprudence n'a que très peu édicté de principes directeurs. Lorsqu'elle le fait, c'est généralement pour transposer les principes fondamentaux du droit des biens en droit des sociétés et ceci, dans l'unique but de préserver les droits d'usufruit et de nue-propriété. Aussi, la loi et la jurisprudence ne s'accordent-elles qu'à définir les droits fondamentaux de l'usufruitier et du nu-propiétaire de droits sociaux. Sont alors laissées pour compte les spécificités inhérentes au droit des sociétés. Il en ressort un encadrement minimaliste de la substance des droits d'usufruit et de nue-propriété (§I) et une incertitude certaine provenant des règles spécifiques du droit des sociétés (§II).

### ***§I – L'encadrement conservatoire de la substance***

**314. Un encadrement légal minimaliste, un encadrement jurisprudentiel conservatoire.** L'encadrement légal spécifique au démembrement des droits sociaux est plus que minimaliste. Il concerne en priorité la répartition du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-propiétaire. Cette répartition légale qui est supplétive de volonté, se trouve être, après intervention de la jurisprudence, élevée par certains aspects au rang de règle d'ordre public, sur laquelle il conviendra de revenir (A). De manière précise sont aussi fixés les droits de l'usufruitier et du nu-propiétaire de droits sociaux, relativement au droit à l'information de l'associé et au droit préférentiel de souscription (B).

---

<sup>799</sup> Loi n° 66-537 du 24 juill. 1966 sur les sociétés commerciales.

<sup>800</sup> Loi n° 78-9 du 4 janv. 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil.

<sup>801</sup> Cf. Bibliographie de Jurisprudence, Anne RABREAU, *L'usufruit de droits sociaux*, Bibliothèque du droit de l'entreprise, th. Poitiers – 2001, Litec, 2006.

## **A – Le droit de voter et le droit de participer, strictement encadrés**

**315. La substance des droits d’usufruit et de nue-propriété des droits sociaux, préservée.** Transposer la substance de ce que sont l’usufruit et la nue-propriété dans leur application aux droits sociaux n’est pas chose aisée. Les droits sociaux conférant des pouvoirs politiques et des droits pécuniaires, il a donc fallu répartir ceux revenant à l’associé entre l’usufruitier et le nu-propiétaire. Quant aux droits pécuniaires, si l’associé a droit aux dividendes, la répartition des autres droits financiers est plus malléable ; il conviendra d’y revenir. Mais pour l’heure, la répartition des droits politiques est l’enjeu de la transposition des règles issues du droit des biens en droit des sociétés. Le cadre légal et jurisprudentiel actuel s’est attaché à consacrer au profit du nu-propiétaire et de l’usufruitier de droits sociaux certains droits fondamentaux jusque là indissociables de la qualité d’associé. Bien que le cadre légal soit davantage supplétif de volonté que d’ordre public, la jurisprudence a eu l’occasion de parfaire cette transposition. Il en ressort qu’au minimum le droit de nue-propriété portant sur des titres de société voit sa substance assimilée au droit de participer aux décisions collectives (1°). Le droit d’usufruit correspond *a minima* au droit de voter l’affectation des bénéfices (2°).

### 1°) Le droit de participer, substance résiduelle de la nue-propriété des droits sociaux

**316. Le droit de l’associé de participer aux décisions collectives.** Le droit de participer aux décisions collectives est un droit inviolable de l’associé et d’ordre public, consacré par le droit commun des sociétés<sup>802</sup>, et par la jurisprudence<sup>803</sup>. Il lui permet d’assister aux assemblées, et d’y prendre la parole afin d’orienter le vote qui s’y déroulera<sup>804</sup>. Ainsi, dans

---

<sup>802</sup> Art. 1844 al. 1<sup>er</sup> c.civ.

<sup>803</sup> Com. 9 fév. 1999, pourvoi n° 96-17.661, *Bull. civ. 1999 IV*, n° 44, p. 36 : SCA Château d’Yquem. V. : Jean-Pierre BERTEL, « Droit des affaires et de l’entreprise, sociétés » - Obs. sous Com. 9 fév. 1999, pourvoi n° 96-17.661, SCA du Château D’Yquem contre Chizelle et autres, *Dr. et Patr. 2000*, n° 78, p. 96.

<sup>804</sup> Cf. sur ce point : Paul LE CANNU, Note sous Com., 22 fév. 2005, pourvoi n° 03-17.421, « Droit de vote de l’usufruitier : le retour de l’arrêt *de Gaste* », *Rev. Soc. 2005*, n° 2, p. 353, §15 ; Didier PORACCHIA, Obs. sous Com., 22 fév. 2005, pourvoi n° 03-17.421, *Dr. et Patr. 2005*, n° 137, p. 102.

toute société, l'associé se voit généralement<sup>805</sup> conférer un tel droit. Il pourra participer à toutes les assemblées, dont l'assemblée annuelle. Il en est de même quant aux actionnaires qui pourront alors participer tant aux assemblées ordinaires qu'extraordinaires<sup>806</sup>.

Quant aux propriétaires démembres, la Cour de cassation n'a consacré ce droit qu'au profit des nus-propriétaires, elle en fait la substance minimale de leur droit de nue-propriété, en cherchant un fondement mêlé de droit des biens et de droit des sociétés, lors de l'examen des clauses de représentations du nu-propriétaire par l'usufruitier. En effet, l'impact de ces clauses sur les droits réels démembres a été mesuré. En édictant une représentation de l'usufruitier par le nu-propriétaire ou inversement, les droits d'usufruit ou de nue-propriété sont atteints dans leur substance, notamment lorsque la clause ne préserve pas au profit du nu-propriétaire le droit de participer aux assemblées, droit dont la teneur doit être précisée.

**317. Le droit de participer, droit inviolable du nu-propriétaire.** Dans l'arrêt *De Gaste*<sup>807</sup>, comme il a été vu ci-avant<sup>808</sup>, la Cour de cassation avait eu à examiner la licéité d'une clause emportant représentation du nu-propriétaire donateur par l'usufruitier donataire des droits sociaux du désormais célèbre groupement forestier « de la Genevraie ». Pour débouter les usufruitiers de leur action en justice contre le gérant nu-propriétaire qui avait annulé « l'article 7 des statuts du groupement forestier instituant la représentation du nu-propriétaire par l'usufruitier, qui avait seul le droit de participation et de vote à toutes les assemblées générales, même extraordinaires ou modificatives des statuts, quelle que soit la nature de la décision à prendre », la cour d'appel de Caen avait motivé sa décision en précisant qu'il pouvait être dérogé à la répartition légale. La Cour de cassation censure l'arrêt d'appel parce qu'en l'espèce le droit de participer aux assemblées avait été attribué au seul usufruitier. La Cour n'affirme pas clairement que ce droit de participer à toutes les assemblées ne peut être attribué à l'usufruitier, elle motive sa décision sur un fondement du droit commun des sociétés, à savoir l'article 1844 du Code civil, et précise qu'« aucune dérogation n'est prévue concernant le droit des associés et donc du nu-propriétaire de participer aux décisions collectives tel qu'il est prévu à l'alinéa 1 dudit article ». C'est ainsi la privation du droit du

---

<sup>805</sup> Ne sont bien entendus pas ici visés les droits sociaux dépourvus de droit de vote, telles les actions à dividende prioritaire sans droit de vote, les actions au porteur non inscrites en compte ou encore, notamment, les actions de préférence dont le droit de vote a été supprimé.

<sup>806</sup> Sur le droit des actionnaires de participer aux assemblées générales extraordinaires, l'article L. 225-113 du Code de commerce le consacre explicitement.

<sup>807</sup> Com. 4 janv. 1994, pourvoi n° 91-20.256, *Bull. civ. 1994 IV*, n° 10, p. 8. V. n.b.p. n° 753.

<sup>808</sup> Cf. n.b.p. n° 753.

nu-propritaire de participer aux assemblées qui fonde la censure de l'arrêt d'appel par la Cour de cassation. Et si alors, la question pouvait se poser de savoir si la règle était limitée aux seules sociétés civiles, l'arrêt du 13 juillet 2005, permet d'en élargir la portée.

**318. La dissociation du droit de voter et du droit de participer.** À l'examen de ce même type de clause dans le cadre d'une société en nom collectif, la Cour de cassation confirme par son arrêt du 13 juillet 2005<sup>809</sup>, les motivations de l'arrêt de la cour d'appel quant à avoir réputé non écrit « l'article 13 des statuts de la SNC », qui « privait Mme Y... (nu-propritaire) de ses droits fondamentaux d'associé », car une telle clause ne saurait « avoir pour effet de priver le nu-propritaire du droit de participer aux décisions collectives ». Par conséquent, la règle édictée dans le cadre des sociétés civiles s'applique aussi aux sociétés commerciales, telles les sociétés en nom collectif. Le fondement est d'ailleurs là encore l'article 1844 du Code civil.

Ce droit du nu-propritaire est enfin réaffirmé par l'arrêt du 2 décembre 2008<sup>810</sup>. Par cet arrêt, la Cour de cassation valide les statuts qui stipulaient que « le droit de vote appartenait à

---

<sup>809</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 13 juill. 2005, pourvoi n° 02-15.904, *Bull. civ. 2005 II*, n° 194, p. 172. V. : Paul LE CANNU, « Le droit fondamental de l'associé de participer aux décisions collectives » - Note sous Civ. 2<sup>ème</sup>, 13 juill. 2005, pourvoi n° 02-15.904, *BJS 2006*, n° 2, p. 217 ; Laurent GROSCLAUDE, Note sous Civ. 2<sup>ème</sup>, 13 juill. 2005, pourvoi n° 02-15.904, *RJC 2006*, n° 1, p. 37.

<sup>810</sup> Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, Inédit. V. : Nicolas BORGA, « Droit de vote et sanction éventuelle de l'usufruitier de droits sociaux » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *RLDA 2009*, n° 37, p. 10 ; Marie-Laure COQUELET, « Pas de droit de vote pour le nu-propritaire si les statuts l'ont expressément prévu » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *Dr. Soc. 2009*, n° 3, p. 22 ; Bruno DONDERO, « Répartition des pouvoirs en cas de démembrement des droits sociaux... et reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier ? » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *D. 2009*, n° 11, p. 780 ; Dominique FIORINA, « Aménagement statutaire des pouvoirs de l'usufruitier de parts sociales » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *Defrénois 2009*, n° 15, p. 1608 ; Jean-Pierre GARÇON, « 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 » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *JCP N 2009*, n° 23, p. 35, 1197 ; Paul LE CANNU, « La nudité du nu-propritaire » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *Rev. Soc. 2009*, n° 1, p. 83 ; Alain LIENHARD, « Démembrement de droits sociaux : vote abusif de l'usufruitier » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *D. 2009*, n° 1, p. 12 ; François-Xavier LUCAS, « Usufruit de droits sociaux et portée de la faculté de déroger à la répartition légale du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-propritaire » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *Rev. Cont. 2009*, n° 3, p. 1154 ; Marie-Christine MONSALLIER-SAINT MLEUX, « L'exercice abusif du droit de vote de l'usufruitier de droits sociaux » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *JCP G 2009*, n° 22, p. 31 ; Marie-Hélène MONSÉRIÈ-BON, « Encore et toujours le démembrement de propriété... » - Note sous Com., 2 déc. 2008, Société

l'usufruitier pour les décisions ordinaires et extraordinaires et précisaient que dans tous les cas les nus-proprétaires étaient obligatoirement convoqués aux assemblées générales »<sup>811</sup>. La convocation entraînant le droit d'assister à ladite assemblée, était ainsi assuré le droit du nu-proprétaire d'y participer. La préservation de ce droit du nu-proprétaire de participer aux décisions collectives permet alors de valider la licéité des statuts. Ce droit constitue la substance principale de la nue-proprété de droits sociaux. Il correspond au droit d'être convoqué, de recevoir les informations préalables à la tenue des assemblées et à la possibilité pour le nu-proprétaire de s'exprimer dans toutes les assemblées<sup>812</sup>. Il ne comprend pas le droit de vote, l'arrêt précité l'en dissocie clairement. En effet, cette substance du droit de nue-proprété sur titres est limitée au seul droit de participer, car même pour les décisions risquant de porter atteinte à la substance des droits sociaux, le nu-proprétaire ne peut revendiquer le droit de voter qui lui a été statutairement retiré.

**319. L'exclusion du droit de voter les résolutions affectant la substance des droits sociaux.** En effet, dans cet arrêt du 2 décembre 2008, relatif à une société civile, un usufruitier avait pris part au vote relatif à la fusion-absorption de la société dont les titres étaient démembrés, au sein de son assemblée. Même si l'usufruitier s'y était opposé, la cour refuse d'annuler la délibération sur le fondement d'une quelconque atteinte portée aux droits du nu-proprétaire. Ce dernier soutenait qu'il aurait dû prendre part à ce vote, alors qu'en l'espèce, il

---

Plastholding contre Rapeaud, pourvoi n° 08-13.185, *RTD com.* 2009, n° 1, p. 167 ; Renaud MORTIER et Henri HOVASSE, « Usufruit de droits sociaux ; Droit commun de l'usufruit de droits sociaux » - Obs. sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, Civ. 2<sup>ème</sup>, 13 juill. 2005, pourvoi n° 02-15.904, et Com., 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16.694, *Act. Prat.* 2009, n° 105, p. 10 ; Didier PORACCHIA, « Les associés : prérogatives non financières des associés » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *Dr. et Patr.* 2009, n° 181, p. 102 ; Anne RABREAU, « L'exercice abusif du droit de vote par l'usufruitier de droits sociaux » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *JCP E* 2009, n° 18, p. 38 ; Thierry REVET, « Rebondissement dans la condition de l'usufruitier de parts sociales : il serait un associé et peut être doté d'un droit de vote universel dont la seule existence ne porte pas atteinte à la substance des parts » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *RTDciv.* 2009, n° 1, p. 137 ; Isabelle RIASSETTO, Quentin URBAN et Michel STORCK, « Démembrement de droits sociaux » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *Banque et Droit* 2009, n° 123, p. 49 ; Antoine TARDOS, « L'usufruit des droits sociaux de la propriété démembrée à la propriété ébranlée » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *LPA* 2009, n° 51, p. 8 ; Stéphane VALORY, « L'usufruitier de droits sociaux peut se voir attribuer l'intégralité du droit de vote, sous réserve du droit du nu-proprétaire de participer aux décisions collectives » - Obs. sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *RJPF* 2009, n° 2, p. 31.

<sup>811</sup> Cf. Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, Inédit.

<sup>812</sup> V. en ce sens : Jacques MESTRE et Dominique VELARDOCCIO, *Lamy Sociétés Commerciales*, éd. 2013, 2013, p. 103, §227.

était revenu à l'usufruitier, puisque ce vote entraînait une diminution de la substance des droits sociaux, qui étaient nouvellement dilués dans le capital de la société absorbante et qu'ainsi devait être caractérisée l'atteinte portée à la substance de ses titres, atteinte contraire à l'article 578 du Code civil prescrivant à l'usufruitier de conserver la substance du bien objet du démembrement. Cependant, à défaut d'avoir caractérisé l'atteinte portée par l'usufruitier à la substance des droits sociaux, la Cour de cassation refuse de valider ce raisonnement, tenant pour substance principale du droit de nue-propriété portant sur des droits sociaux, le seul droit de participer aux assemblées. Ainsi, même lorsque le vote semble porter atteinte à la substance des parts ou actions de société, il ne saurait lui être attribué automatiquement. Le droit des sociétés ne permet donc pas au nu-propiétaire de faire annuler une délibération qui porterait atteinte à la substance des droits sociaux sur lesquels il détient un droit réel. Seul un abus de droit de vote emporterait la possibilité d'atteindre cet anéantissement<sup>813</sup>. On pourrait alors penser que le droit des biens offrirait au nu-propiétaire un recours contre l'usufruitier pour l'atteinte portée à la substance de la chose lorsque le sens du vote de l'usufruitier emporterait une décision dépréciant les droits sociaux démembrés, tel qu'il en résulte de l'affaire précitée, mais ce serait oublier qu'ici le droit des biens est croisé au droit des sociétés et que le premier semble se révéler inopérant. En effet, une décision d'assemblée ne peut être regardée que dans sa globalité comme nous l'indiquions précédemment<sup>814</sup>. Mais ne peut-on pas justifier cette position en admettant que le vote de l'usufruitier ne portait pas atteinte à la substance des titres ?

En effet, cette solution étonne car il semblerait qu'elle confère le droit à l'usufruitier de porter atteinte à la substance de l'objet sur lequel l'usufruit est constitué alors qu'il a pour principale obligation de la conserver. Mais l'atteinte à la substance est-elle réellement constituée ? Le questionnement est légitime, car si nous relevons au titre des différents éléments constitutifs de l'*état des droits sociaux*, et donc de leur substance, le critère de la part de détention<sup>815</sup> dans le capital social, ce critère ne concerne que la fraction de droits sociaux détenue dans le capital de la société considérée. Or, en l'espèce, le nu-propiétaire avançait une dilution de la participation due à l'opération de fusion. La société dans laquelle les parts étaient détenues avait été absorbée par une autre société reprenant le nom de la première. Cependant, les nouvelles parts sont celles de la seconde société et non celles de la société initiale. Si la

---

<sup>813</sup> V. en ce sens : Jacques MESTRE et Dominique VELARDOCCHIO, *op. cit.*, V. n.b.p. n 759.

<sup>814</sup> V. p. 119, §96, spéc. p. 121 *in fine*.

<sup>815</sup> Cf. §91s.

participation induisait la majorité dans la première société, l'opération de fusion-absorption entraînait le changement de position puisqu'elle la transformait en participation minoritaire dans la seconde société. Mais, la nature du titre n'ayant pas à être prise en compte au titre de la substance de l'état des droits sociaux<sup>816</sup>, doit-on considérer que la modification de la position et de la participation dans le capital d'une entreprise sociétaire doit être maintenue en proportion en cas de transformation de société ? Rien n'est moins certain. De plus, il n'est pas reconnu en l'espèce que la substance des droits sociaux ait été atteinte. D'ailleurs, le pourvoi attaquait l'usufruitier sur le fondement de l'abus du droit de vote et non sur celui de l'atteinte à la substance des droits sociaux. De surcroît, la position majoritaire dans une société ne confère pas spécialement aux droits sociaux une substance supérieure à une position minoritaire dans une autre société. En conséquence, si la décision de la Cour de cassation se justifiait au regard de l'impératif de sécurité juridique du droit des sociétés, elle est aussi motivée en droit des biens. La détention de l'usufruit de droits sociaux étant en pratique acquise à de nombreux prédécesseurs ayant transmis la nue-propiété des titres à leur descendance, on pouvait craindre un « triomphe inquiétant de la gérontocratie »<sup>817</sup>, puisque semble succéder aux « vieilles dames usufruitières aux mains débiles et inexpertes »<sup>818</sup>, « une foule de vieux chefs d'entreprises trop expérimentés à l'esprit peut-être plus toujours aussi habile »<sup>819</sup>. Cependant, la Cour de cassation, outre le fait qu'elle applique le droit des sociétés en le mêlant au droit des biens, assure la sécurité juridique en évitant le déclenchement « de procès en cascades, car la clause attribuant tout le droit de vote à l'usufruitier est très fréquente. (...) Il n'était pas opportun de permettre leur annulation. Il n'était pas bienvenu de compromettre l'équilibre des pouvoirs au sein des sociétés françaises. Il n'était pas sein d'encombrer nos tribunaux des demandes de nus-proprétaires ingrats, qui ne se satisfont plus de ce que l'usufruitier leur a donné »<sup>820</sup>.

Toujours est-il que la Cour de cassation se cantonne à affirmer l'attribution de ce droit de participer au seul nu-propiétaire. Elle ne s'est, en tout état de cause, pas prononcée sur la symétrie de ce droit en cas de démembrement de propriété au profit de l'usufruitier. Bien qu'elle n'ait pas encore reconnu sa qualité d'associé qui seule confère le droit de participer

---

<sup>816</sup> Cf. §93.

<sup>817</sup> Jean PRIEUR, Sophie SCHILLER, Thierry REVET et Renaud MORTIER, « L'usufruit de droits sociaux – Quelle place pour la liberté contractuelle ? », *op. cit.*, §15. V. n.b.p. n° 342.

<sup>818</sup> Jean CARBONNIER, *Droit civil – Tome 3 – Les Biens*, PUF, 15<sup>ème</sup> éd., 1992, p. 187, §102.

<sup>819</sup> Jean PRIEUR, Sophie SCHILLER, Thierry REVET et Renaud MORTIER, *op. cit.*, §14. V. n.b.p. n° 342.

<sup>820</sup> Jean PRIEUR, Sophie SCHILLER, Thierry REVET et Renaud MORTIER, *op. cit.*, §15.

(Art. 1844 al. 1<sup>er</sup> c.civ.), il ne faut pas déduire de la jurisprudence actuelle qu'il ne puisse se voir reconnaître tôt ou tard ce droit de participer aux décisions collectives et concomitamment ou postérieurement la qualité d'associé. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point<sup>821</sup>. N'est en effet consacré au profit de l'usufruitier comme droit inviolable que celui de voter l'affectation des bénéfices.

## 2°) Le droit inviolable de l'usufruitier de voter l'affectation des bénéfices

### **320. La répartition légale supplétive du droit de vote entre propriétaires démembés.**

Le droit de vote est certainement le droit le plus sacré de l'associé. Traduisant l'influence que l'associé ou l'actionnaire aura dans la société, son attribution est l'un des enjeux majeurs du démembrement de propriété. La répartition du droit de vote de l'associé entre usufruitier et nu-propriétaire devient l'enjeu principal de l'anticipation dans le démembrement de propriété.

Le droit commun et le droit spécial des sociétés n'édicte pas la même répartition. Le premier<sup>822</sup> opère une répartition matérielle du droit de vote, réservant au seul usufruitier le droit de voter l'affectation des bénéfices, et celui-là seulement. Le second<sup>823</sup> opère une répartition organique : à l'usufruitier le droit de voter dans les assemblées ordinaires, et au nu-propriétaire celui de voter dans les assemblées extraordinaires. Les deux textes se rejoignent en ce qu'ils emportent l'attribution du droit de voter l'affectation des bénéfices à l'usufruitier<sup>824</sup> mais ils se distinguent aussi, car le second « attribue à l'usufruitier beaucoup plus de droits (...) (en effet), les assemblées générales ordinaires ne sont pas seulement compétentes pour déterminer l'affectation des résultats. Elles peuvent décider également, pour ne citer que des décisions relatives à des droits financiers, de la mise en distribution des réserves libres et de la fixation des dividendes (*C.com.*, art. L. 232-12) »<sup>825</sup>. L'usufruitier est davantage reconnu en tant qu'acteur de la vie des sociétés dans les sociétés commerciales, spécialement dans les sociétés anonymes et dans les sociétés en commandite par actions. Cette répartition du Code de commerce respecterait l'attribution classique des prérogatives entre usufruitier et nu-propriétaire : l'usufruitier se voit conférer la gestion des utilités de la

---

<sup>821</sup> Cf. §317s.

<sup>822</sup> Art. 1844 al. 3 c.civ.

<sup>823</sup> Art. L. 225-110 al. 1<sup>er</sup> c.com.

<sup>824</sup> En effet, le vote de l'affectation des bénéfices se fait en assemblée générale ordinaire.

<sup>825</sup> Jean PRIEUR, Sophie SCHILLER, Thierry REVET et Renaud MORTIER, « L'usufruit de droits sociaux – Quelle place pour la liberté contractuelle ? », *JCP N 2010*, n° 23, p. 32, §3.

chose par son droit de voter en assemblée générale ordinaire, et le nu-proprétaire, la gestion de la substance de la chose, par celui de voter en assemblée générale extraordinaire.

Cette attribution massive du droit de vote au nu-proprétaire en droit commun des sociétés laisse à penser que lui est réservée une place prépondérante dans la société, ce qui ne manque pas de choquer puisque le nu-proprétaire est généralement cantonné à un rôle passif en droit commun de l'usufruit. Alors qu'il se positionne plus habituellement en conservateur de son droit futur de propriété plénière, il semble que le particularisme des droits sociaux l'appellerait à une collaboration plus accrue quant à leur gestion. Il est vrai que le risque de dépréciation des droits sociaux est plus important que celui de dépréciation d'un immeuble par exemple, mais l'imputabilité de cette dépréciation ne saurait être automatiquement attachée à la gestion des droits sociaux par l'usufruitier. Le risque entrepreneurial gouvernerait donc la nécessité d'une intervention du nu-proprétaire afin de le limiter. Ainsi naît la nécessité d'une collaboration des propriétaires démembés à la gestion des droits sociaux. L'anticipation en est le vecteur, les statuts, le moyen.

**321. La licéité des clauses d'attribution intégrale du droit de vote à l'usufruitier.** Outre la réserve du droit de voter l'affectation des bénéfices au profit de l'usufruitier qu'il faudra préciser et qui induit une restriction de la liberté statutaire, le pacte sociétaire peut organiser n'importe quelle répartition de ce droit de voter en assemblée. S'il apparaît que cette répartition ne puisse de prime abord ressortir que d'une clause statutaire, il est aussi envisageable que les statuts puissent contenir une clause laissant « le choix aux intéressés de procéder eux-mêmes à cette répartition »<sup>826</sup>. Cette possibilité de renvoi n'est pas à négliger lorsque l'on rappelle que les droits de vote de l'usufruitier doivent être « statutairement limités aux décisions concernant l'affectation des bénéfices »<sup>827</sup> pour que soient maintenus certains avantages fiscaux, telle l'application de l'article 787 B du Code général des impôts, emportant l'abattement de 75 % des droits de mutation contre un engagement de conservation. Cependant, les clauses d'attribution de l'intégralité du droit de vote à l'usufruitier sont autorisées lorsqu'elles préservent le droit nu-proprétaire de participer.

---

<sup>826</sup> « Indivision, nue-proprété et usufruit des actions », *J.-Cl. Soc. Traité*, fasc. 1795, p. 10, §28. V. dans le même sens : Jean-Pierre GARÇON, « La situation des titulaires de droits sociaux démembés (à propos des arrêts de la Chambre commerciale du 4 janvier 1994 et de la troisième Chambre civile du 2 mars 1994 de la Cour de cassation) », *JCP N 1995*, p. 269, §24.

<sup>827</sup> Henri HOVASSE, « De la liberté statutaire dans les SAS : comment démembérer des actions sans constituer un usufruit ? », *Dr. Soc. 2006*, n° 12, p. 1.

L'arrêt de la Cour de cassation du 2 décembre 2008<sup>828</sup> valide en ce sens les statuts qui stipulent que « le droit de vote appartenait à l'usufruitier pour les décisions ordinaires et extraordinaires et précisait que dans tous les cas les nus-proprétaires étaient obligatoirement convoqués aux assemblées générales »<sup>829</sup>. En effet, l'encadrement légal engendrant un partage des pouvoirs, seul les aménagements contractuels permettront de différer totalement la transmission des pouvoirs de gestion des droits sociaux dans leur intégralité. Le seul droit sacré du nu-proprétaire étant le droit de participer aux assemblées, une clause attribuant dans le respect de ce principe l'intégralité du droit de vote ou le « droit de vote universel »<sup>830</sup> à l'usufruitier permet d'aboutir au schéma préconisé dans le cadre de l'anticipation recherchée.

Cependant, d'autres répartitions du droit de vote sont envisageables. Il n'y a pas lieu d'en établir la liste. En revanche la Cour de cassation consacre le vote cumulatif<sup>831</sup>. Ce dernier implique un concours des propriétaires démembrés : ils s'uniront pour l'exercer ensemble, ce qui renforcera leur communauté d'intérêts<sup>832</sup>. S'en différenciant, le droit de vote double peut constituer « une source de difficulté lorsque cette situation [celle entre les propriétaires démembrés] se détériore et lorsque la répartition du capital social ne permet pas de dégager la majorité requise pour l'adoption de telle ou telle décision »<sup>833</sup>. De plus, dans le cadre du droit de vote double, il doit être réservé dans son entier à l'usufruitier quant aux décisions relatives à l'affectation des bénéfices.

**322. La consécration du droit inviolable de l'usufruitier de voter l'affectation des bénéfices.** Bien que les deux textes précités consacrent l'attribution du droit de voter les bénéfices à l'usufruitier, leur dernier alinéa<sup>834</sup> précise le caractère supplétif de la disposition en laissant aux statuts la possibilité d'y déroger. Les statuts pourraient ainsi conférer ce droit au nu-proprétaire. Cependant, la jurisprudence a érigé cette règle supplétive en règle d'ordre public, puisqu'il ressort des décisions de la Cour de cassation que l'usufruitier ne peut en être

---

<sup>828</sup> Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, Inédit. V. n.b.p. n° 810.

<sup>829</sup> Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, Inédit. V. n.b.p. n° 810.

<sup>830</sup> Thierry REVET, « Rebondissement dans la condition de l'usufruitier de parts sociales : il serait un associé et peut être doté d'un droit de vote universel dont la seule existence ne porte pas atteinte à la substance des parts » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *RTDciv.* 2009, n° 1, p. 137.

<sup>831</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 2 mars 1994, pourvoi n° 91-21.696, Inédit.

<sup>832</sup> Cf. §264.

<sup>833</sup> Jean-Pierre GARÇON, *op.cit.*, *JCP N* 1995, p. 269, §26.

<sup>834</sup> Art. 1844 al. 4 c.civ. et L. 225-110 al. 4 c.com.

privé. Elle l'affirme en 2004 dans l'arrêt *VH Holding*<sup>835</sup>, aussi dit *Hénaux*, en précisant que le droit de voter l'affectation des bénéfices est la transposition du droit de l'usufruitier d'user de la chose et d'en percevoir les fruits. La motivation de la Cour de cassation est d'ailleurs fondée sur l'article 578 du Code civil définissant selon elle, « les prérogatives essentielles » de l'usufruit. Aussi, le principe contenu dans cet arrêt, bien qu'il ait été exprimé dans le cadre d'une société commerciale (une SCA), est-il de portée générale puisque la Cour de cassation prend le soin de préciser que le droit de voter l'affectation des bénéfices constitue la consistance principale du droit réel d'usufruit portant sur des droits sociaux. La portée ne peut donc en être limitée aux seules sociétés commerciales ; cela impliquerait un traitement différencié des droits sociaux en fonction de la forme de société.

### **323. La liberté de l'usufruitier quant au vote concernant l'affectation des bénéfices.**

De plus, une décision récente vient préciser que l'usufruitier peut voter comme bon lui semble l'affectation des bénéfices quitte à ne plus en être le bénéficiaire, sans encourir quelque qualification de donation indirecte. En effet, un arrêt de la Cour de cassation du 18 décembre 2012<sup>836</sup> consacre cette position en motivant sa décision sur un double fondement. La décision

---

<sup>835</sup> Com. 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16.694, *Bull. civ. 2004 IV*, n° 70, p. 71 : « Mais attendu qu'ayant retenu que la clause litigieuse, en ne permettant pas à l'usufruitier de voter les décisions concernant les bénéfices, subordonnait à la seule volonté des nus-proprétaires le droit d'user de la chose grevée et d'en percevoir les fruits, alors que l'article 578 du Code civil attache à l'usufruit ces prérogatives essentielles ». V. n.b.p. n° 728, p. 302.

<sup>836</sup> Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *Juris-Data* n° 2012-029941. V. Gilles DEDEURWAEDER, « Modification de la répartition des droits à dividendes et donation indirecte » - Note sous Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *RJC* 2013, n° 3, p. 243 ; Léa FAULCON et Wanda HANNECART-WEYTH, « « *Canada Dry* » pour les sociétés civiles. Modifier la répartition des bénéfices au profit des nus-proprétaires n'est pas une donation » - Note sous Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *Juris-Data* n° 2012-029941, *RJPF* 2013, n° 3, p. 10 ; Jean-Pierre GARÇON, « L'insertion d'une clause statutaire de répartition inégale des bénéfices peut-elle être qualifiée de donation indirecte ? » - Note sous Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *Juris-Data* n° 2012-029941, *JCP N* 2013, n° 4, p. 47 ; Bernard HATOUX, « Distinction de la société et des associés ou confusion des genres interdites » - Note sous Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *RJDA* 2013, n° 5, p. 347 ; Henri HOVASSE, « Modification de la répartition des droits à dividendes et donation indirecte » - Note sous Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *Dr. Soc.* 2013, n° 3, p. 22 et *JCP E* 2013, n° 5, p. 19 ; Hervé LE NABASQUE, « Démembrement de propriété, renonciation aux dividendes et donation indirecte : la Cour de cassation rappelle les règles du jeu » - Note sous Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *Juris-Data* n° 2012-029941, *Rev. Soc.* 2013, n° 4, p. 203 ; Michel LEROY, « Donation indirecte et répartition des bénéfices » - Note sous Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *Gaz. Pal.* 2013, n° 53-54, p. 7 ; Renaud MORTIER, « Se départir de droits à résultats n'est pas donner ! » - Note sous Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *RFN* 2013, n° 2,

d'attribuer un pourcentage, quel qu'il soit, des dividendes distribués aux nus-proprétaires ne peut être analysée en une donation indirecte des usufruitiers au profit des nus-proprétaires. En effet, cette décision d'affectation, à laquelle les premiers doivent prendre part, ne ressort pas de leur seul fait, mais procède d'une « décision collective ». Jusqu'à la décision emportant l'affectation des bénéfices en distribution de dividendes, l'on ne peut considérer que ces derniers existent, ainsi, ne peut-il être constaté une donation faite par les usufruitiers<sup>837</sup>, à

---

p. 31 ; Philippe NEAU-LEDUC, « L'assemblée générale qui modifie la répartition des bénéfices entre les associés d'une société civile ne permet pas de caractériser une donation indirecte » - Note sous Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *RTDcom. 2013*, n° 1, p. 165 ; Alexandre PAULIN, « Pas de donation indirecte sans dividende » - Note sous Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *RLDC 2013*, n° 101, p. 56 ; Didier PORACCHIA et Julien GASBAOUI, « Droit aux bénéfices, perception des dividendes et donation » - Note sous Com. 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *BJS 2013*, n° 3, p. 176 ; Olivier ROUMÉLIAN, « Une répartition inégalitaire des bénéfices sociaux n'est pas une donation indirecte ! » - Note sous Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *Gaz. Pal. 2013*, n° 58-59, p. 12 ; Mathieu LE TACON, « Répartition inégalitaire des bénéfices : distribuer n'est pas donner » - Note sous Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *RDF 2013*, n° 17, p. 44.

<sup>837</sup> Dans le même sens, mais relativement au droit d'accession du nu-proprétaire sur un immeuble édifié par l'usufruitier pendant l'usufruit, la Cour de cassation confirme l'absence de donation indirecte de l'usufruitier au profit du nu-proprétaire, et l'absence d'« enrichissement pour la nue-proprété qui n'entrera en possession des constructions qu'à l'extinction de l'usufruit » en justifiant que « l'accession n'a pas été opérée immédiatement au profit du nu-proprétaire du sol ». Ainsi la donation indirecte ne peut-elle être constatée avant l'acquisition de quelque droit que ce soit, relativement à un immeuble ou à des droits sociaux. Cf. : Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 sept. 2012, pourvoi n° 11-15.460, *Bull. civ. 2012 III*, n°128. V. William DROSS, « À quel moment le nu-proprétaire acquiert-il la propriété des constructions édifiées par l'usufruit ? » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 sept. 2012, pourvoi n° 11-15.460, *RTDciv. 2013*, n° 1, p. 148 ; Dominique FIORINA, « Le régime juridique des constructions édifiées par l'usufruitier » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 sept. 2012, pourvoi n° 11-15.460, *Deffrénois 2012*, n° 23, p. 1187 ; Jean-Pierre GARÇON, « La construction par l'usufruitier sur un terrain dont il a donné la nue-proprété peut-elle s'analyser comme une donation indirecte ? » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 sept. 2012, pourvoi n° 11-15.460, *JCP N 2012*, n° 51-52, p. 50 ; Séverin JEAN, « L'accession immobilière différée à la fin de l'usufruit », Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 sept. 2012, pourvoi n° 11-15.460, *LH PG 2012*, n° 504 ; Sylvie LEROND, « Construction édifiée par un usufruitier sur le terrain du nu-proprétaire et donation indirecte » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 sept. 2012, pourvoi n° 11-15.460, *Gaz. Pal. 2013*, n° 53-54, p. 37 ; Vincent PERRUCHOT-TRIBOULET, « Exigibilité des droits d'enregistrement et accession immobilière différée de l'usufruit » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 sept. 2012, pourvoi n° 11-15.460, *RLDC 2013*, n° 102, p. 76 ; Thierry REVET, « Jusqu'à la cessation de l'usufruit, l'usufruitier est propriétaire des constructions qu'il édifie » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 sept. 2012, pourvoi n° 11-15.460, *RTDciv. 2012*, n° 4, p. 751 ; Benjamin TRAVELY et Fabrice COLLARD, « La construction édifiée par l'usufruitier sur le terrain du nu-proprétaire n'est pas une donation indirecte » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 sept. 2012, pourvoi n° 11-15.460, *RFN 2013*, n° 1, p. 22 et *JCP G 2012*, n° 48, p. 2141 ; Philippe VAN STEENLANDT, « Construction par l'usufruitier sur le terrain démembré : une efficacité confirmée » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 sept. 2012, pourvoi n°

défaut d'existence des dividendes lors de l'adoption de la résolution emportant l'attribution d'une partie de ceux-ci aux nus-proprétaires. Enfin le paiement des dividendes en numéraire ne semble pas une modalité obligatoire.

### **324. L'option de l'usufruitier quant à la perception des dividendes en numéraire.**

Enfin, plus encore que la simple affectation des bénéfices en une distribution de dividendes, il est laissé à l'usufruitier la libre maîtrise de la nature de ses fruits. Un arrêt du 3 mars 2009, il est vrai non publié, consacre tout de même le droit de l'usufruitier d'opter<sup>838</sup> entre le paiement de ces dividendes en numéraire ou en actions nouvelles. En l'espèce, l'intégralité du droit de vote était attribuée à l'usufruitier, ce qui privait le nu-proprétaire du droit d'opter, bien que l'option ait une conséquence directe sur la substance des droits sociaux. En effet, l'option pour un paiement en numéraire provoque indéniablement une dilution du capital détenu par les titulaires de cette option. Cependant, la prise de décision de l'affectation des bénéfices et de l'option quant au paiement des dividendes avaient été adoptée au sein de la même assemblée, l'usufruitier y ayant voté. Mais avait été vérifiée la possibilité pour le nu-proprétaire d'espèce de faire valoir son choix auprès de l'usufruitier qui seul avait la possibilité de voter. Enfin, même si l'usufruitier avait voté en faveur d'un paiement des dividendes en actions, celles-ci auraient constituées ses fruits dont il aurait été le seul titulaire, quitte à devoir compenser une certaine dette de prix avec ses fonds personnels. Aussi, les nus-proprétaires n'ont-ils à « émettre aucune prétention ni lors de l'exercice de l'option ni sur les actions qui ont pu être ainsi obtenues »<sup>839</sup>. Certains proposent d'insérer des clauses statutaires afin d'éviter toute discussion, qui stipulerait que « la propriété des droits sociaux distribués à titre de dividendes revient en totalité à l'usufruitier »<sup>840</sup>. Quoi qu'il en soit, cette prise de

---

11-15.460, *JCP N 2013*, n° 4, p. 51 ; Jean-Baptiste SEUBE et Thierry REVET, « Les constructions réalisées par l'usufruitier et le fisc » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 sept. 2012, pourvoi n° 11-15.460, *Dr. et Patr. 2012*, n° 220, p. 97 ; Antoine TARDOS, « L'accession différée en matière d'usufruit : vers la qualité de propriétaire de l'usufruit constructeur ? » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 sept. 2012, pourvoi n° 11-15.460, *D. 2012*, n° 42, p. 2871. V. aussi : Jean-Christophe BOUCHARD, « Démembrement de propriété et donation indirecte : le Cour de cassation censure l'administration », *Op. Fin. 2013*, n° 1211, p. 27 ; Hugues PÉRINET-MARQUET, « Usufruit », *chron., JCP N 2013*, n° 18, p. 25 et « Droit des biens », *chron., JCP G 2013*, n° 15, p. 740.

<sup>838</sup> Com., 3 mars 2009, pourvoi n° 07-20.515, Inédit. V. : Henri HOVASSE, « Démembrement et option de paiement du dividende en actions » - Note sous Com., 3 mars 2009, pourvoi n° 07-20.515, *JCP E 2009*, n° 14, p. 41 et *Dr. Soc. 2009*, n° 5, p. 22.

<sup>839</sup> Henri HOVASSE, *op.cit.*, §2.

<sup>840</sup> « Usufruit de droits sociaux », *Dictionnaire Permanent Droit des affaires*, p. 4496-5, §28.

position dans l'arrêt de 2009, traduit le pouvoir régulateur de la Cour de cassation, et notamment son rôle protecteur des droits, ici du droit de jouir de l'usufruitier.

Il en résulte que l'insertion, dans les statuts ou par renvoi de ceux-ci dans la convention initiant le démembrement des droits sociaux, de clauses relatives à l'organisation du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-proprétaire permet d'encadrer le déroulement des assemblées et d'assurer l'effectivité de la prise des décisions collectives par l'intervention programmée des propriétaires démembrés, lorsque seront respectés les droits inviolables du nu-proprétaire et de l'usufruitier de droits sociaux. Le droit de vote est certes la prérogative prépondérante de l'associé, mais la loi et la jurisprudence s'attachent à définir la répartition d'autres de ses droits fondamentaux entre les titulaires de droits réels sur les droits sociaux.

## **B – Le contrôle du droit à l'information et du droit préférentiel de souscription**

**325. La stabilité d'autres droits politiques.** La répartition des pouvoirs politiques entre l'usufruitier et le nu-proprétaire ne se limite par à la répartition du droit de vote. En effet, l'associé ou l'actionnaire ont notamment le droit d'être informés sur les affaires sociales, et ce principalement pour pouvoir voter en conséquence de la gestion menée par les dirigeants (1°). Pour les actionnaires, la titularité d'un droit à la fois politique en ce qu'il permet d'obtenir une plus grande participation dans le capital social et corrélativement pécuniaire, est attribuée : celle du droit préférentiel de souscription (2°).

### 1°) Le droit à l'information démultiplié

**326. Le droit à l'information de l'actionnaire, encadré.** Il convient ici de s'intéresser en premier lieu aux sociétés anonymes, puisque la législation l'encadrant est celle qui explicite au mieux le droit à l'information des propriétaires démembrés. Ensuite le raisonnement pourra être élargi aux autres formes de sociétés.

Tout d'abord, la législation relative aux sociétés anonymes assure à tout actionnaire un vote en assemblée, « en toute connaissance de cause », et afin « de porter un jugement informé sur la gestion et la marche des affaires de la société »<sup>841</sup>, avant d'adopter les résolutions proposées. Cependant, l'article qui pourvoit à ce droit d'information ne le consacre qu'au profit de « l'actionnaire ». Or, n'est actuellement considéré comme actionnaire que le seul nu-

---

<sup>841</sup> Art. L. 225-108 al. 1 c.com.

propriétaire des actions. Cependant, la législation spécifique au démembrement des actions des sociétés anonymes, affirme qu'un « droit de communication des documents » appartient tant à l'usufruitier qu'au nu-propriétaire<sup>842</sup>. La société devra les informer, sur demande, autant l'un que l'autre. Aussi, comme l'actionnaire en pleine propriété, l'usufruitier et le nu-propriétaire pourront se voir communiquer la liste des actionnaires<sup>843</sup>, les feuilles de présence des assemblées<sup>844</sup>, la liste des administrateurs ou encore les comptes annuels<sup>845</sup>. Quant à ces documents, les dispositions spécifiques relatives au droit de communication emportent une certaine égalité entre les deux propriétaires démembres. Les textes ne précisant pas que seul l'usufruitier ou le nu-propriétaire votant aurait droit à la communication de ces documents, il faut en conclure qu'ils peuvent se les faire communiquer, qu'ils en aient besoin pour procéder à l'adoption ou au rejet d'une résolution, ou que ce soit à titre purement informatif.

Au-delà, les droits de communication de l'usufruitier et du nu-propriétaire sont plus larges, puisqu'ils peuvent, sur le fondement de l'article L. 238-1 du Code de commerce, contraindre la société à leur communiquer les pièces nécessaires à leur vote en assemblée, en usant du droit d'enclencher une procédure d'injonction de faire auprès du président du tribunal<sup>846</sup>, au titre des « personnes intéressées ». Ainsi pourront-ils se faire communiquer le rapport du conseil d'administration ou du directoire, lorsqu'ils devront se prononcer sur le vote d'une augmentation de capital<sup>847</sup> ou celui relatif à des droits préférentiels de souscription<sup>848</sup>.

**327. Un droit de communication de tout document à l'usufruitier ou au nu-propriétaire d'actions, votant.** Et d'ailleurs plus largement par l'article L. 238-1 du Code de commerce, tout usufruitier ou nu-propriétaire d'une société par actions, et non seulement d'une SA, puisque l'article est applicable à toutes les sociétés commerciales. En consacrant la possibilité de demander en injonction de faire, il vise « la production, la communication ou la transmission » de divers types de documents. Ainsi, tout intéressé, dont l'usufruitier ou le nu-

---

<sup>842</sup> Art. L. 225-118 c.com.

<sup>843</sup> Art. L. 225-116 c.com.

<sup>844</sup> Art. L. 225-117 c.com.

<sup>845</sup> Art. L. 225-115 c.com.

<sup>846</sup> Art. L. 238-1 al. 1er *in fine* c.com.

<sup>847</sup> Par renvoi de l'article L. 238-1 alinéa 1 du Code de commerce aux articles L. 225-129, L. 225-129-5, L. 225-129-6, L. 225-135, L. 225-136, L. 225-138 du même code.

<sup>848</sup> Par renvoi de l'article L. 238-1 alinéa 1 du Code de commerce aux articles L. 225-177 et L. 225-184 du même code.

propriétaire de parts sociales de SNC<sup>849</sup> ou de SARL<sup>850</sup>, pourra obtenir communication du rapport de gestion, de l'inventaire, des comptes annuels, des textes de résolutions proposées, le rapport du commissaire aux comptes, les comptes consolidés et le rapport de gestion du groupe s'il en existe.

Bien entendu, relativement à cette demande en injonction de faire, pour être une personne intéressée, encore faut-il que l'usufruitier ou le nu-propriétaire en question soit la personne habilitée à voter la résolution nécessitant la communication de tel ou tel document. Aussi, le vote étant forcément réparti, de manière légale ou statutaire, entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, reviendra-t-il à la société, ou à défaut d'exécution volontaire par celle-ci, au juge, de rechercher quelle est la répartition de ce droit de vote dans la société concernée.

**328. Un fondement plus fragile dans les sociétés civiles.** Dans les sociétés civiles enfin, l'encadrement légal relatif au droit à l'information des associés usufruitiers ou nus-propriétaires trouve un fondement bien plus discutable. En effet, le droit à l'information des associés de sociétés civiles en propriété démembrée peut être recherché dans la législation spécifique aux parts sociales indivises. C'est alors l'article 1873-11 du Code civil qui consacre au profit de chaque indivisaire la possibilité « d'exiger la communication de tous documents relatifs à la gestion » de la société. C'est ensuite l'article 1873-16 du même code qui dispose que l'article 1873-11 notamment est applicable aux conventions passées entre usufruitiers et nus-propriétaires de parts sociales indivises, ce qui laisse sous-entendre qu'ils peuvent eux aussi se faire communiquer tout document relatif à la gestion. Mais il semble que le recours à l'injonction de faire permettra davantage à l'usufruitier ou au nu-propriétaire de parts sociales de société civile d'aboutir à l'exécution de ces communications.

**329. Le droit à l'information de l'associé, démultiplié.** Aussi, pour conclure sur ce droit à l'information, il faut tout d'abord remarquer dans les SA, qu'avec les règles spécifiques au démembrement des actions, le droit de communication est ouvert pour certains documents précités, tant à l'usufruitier qu'au nu-propriétaire, qu'ils prennent part au vote pour lesquels ces documents sont nécessaires ou non. Il y a alors une démultiplication certaine de ce droit à communication, droit fondamental de l'associé. Quant à la communication d'autres documents, ou des documents relatifs à la gestion de la société dans les autres formes de sociétés civiles ou commerciales, s'il semble que l'usufruitier ou le nu-propriétaire ait à voter

---

<sup>849</sup> Par renvoi de l'article L. 238-1 alinéa 1 du Code de commerce à l'article L. 221-7 du même code.

<sup>850</sup> Par renvoi de l'article L. 238-1 alinéa 1 du Code de commerce à l'article L. 223-26 du même code.

la résolution pour laquelle il demande la communication de tel ou tel document, l'on peut aussi envisager qu'il soit une « personne intéressée », seulement au titre de la conservation de son droit d'usufruit ou de nue-propriété, et que la seule vocation conservatoire puisse justifier son intérêt à agir en injonction de faire. Si une telle position semble pouvoir être adoptée devant une juridiction, l'on en conclut une fois de plus à une démultiplication du droit à l'information.

De manière plus précise encore est fixé le régime de la répartition des pouvoirs du nu-propriétaire et de l'usufruitier d'actions quant au droit préférentiel de souscription.

## 2°) Le droit préférentiel de souscription, encadré

**330. De l'encadrement jurisprudentiel, puis légal, du droit préférentiel de souscription.** En ce qui concerne les augmentations de capital, les choses ne peuvent être plus claires quant au droit préférentiel de souscription. La jurisprudence est venue combler le silence de la loi et la guider, puisque l'article L. 225-140 du Code de commerce, applicable aux seules sociétés anonymes, est issu d'une règle élaborée par la Cour de cassation ; elle en a d'abord précisé la nature<sup>851</sup> ; c'est l'« élément nouveau se joignant de plein droit et nécessairement, par accession ou accroissement, à l'action ancienne, mais comme une fraction provenant du démembrement de celle-ci »<sup>852</sup> ; elle l'attribue alors au nu-propriétaire. C'est ensuite un jugement du Tribunal civil d'Orléans<sup>853</sup> qui en précise le régime juridique en cas de démembrement des actions ; puis dans la même affaire, la Cour de Paris<sup>854</sup> institue le principe de substitution du nu-propriétaire inactif par l'usufruitier. Cette jurisprudence a été instituée en règle légale, à l'article précité, par la loi de 1966<sup>855</sup> : le droit de souscription appartient au nu-propriétaire, mais en cas d'inaction de sa part, l'usufruitier pourra le faire valoir à sa place. Lorsque l'un ou l'autre apporte des fonds nouveaux pour mettre en œuvre ce droit préférentiel de souscription, les actions acquises par son biais appartiennent en propre et en pleine propriété à l'apporteur, que ce soit l'usufruitier ou le nu-propriétaire. Le législateur

---

<sup>851</sup> Cass. Req., 12 juill. 1880 (*DP 1882*, I, p. 36), et Cass. Req., 29 juin 1903 (*DP 1904*, I, p. 591).

<sup>852</sup> Jean LEBLOND, « Des droits respectifs du nu-propriétaire et de l'usufruitier dans les bénéfices, les réserves, les remboursements et amortissements de capital, ainsi que dans les augmentations de capital en numéraire ou par incorporation de réserves », *Gaz. Pal.* 1956-2, p. 1.

<sup>853</sup> T. civ. Orléans, 16 mars 1943, *JCP G 1943*, III, n° 2453.

<sup>854</sup> CA Paris, 5 juin 1950, *Gaz. Pal.* 1950, II, p. 96.

<sup>855</sup> Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

institue ainsi une règle de substitution de personne quant au droit de participation de l'actionnaire démembré dans le capital social ; c'est aussi un exemple de la complémentarité des rôles des nus-proprétaires et usufruitiers relevée plus haut<sup>856</sup>. Ce droit préférentiel de souscription s'intègre parfaitement à la structure du démembrement de propriété, puisque les actions nouvelles que le nu-proprétaire peut en conséquence acquérir, seront soumises à usufruit, sauf acquisition par le nu-proprétaire au moyen d'apports de fonds nouveaux. C'est aussi un moyen pour l'usufruitier d'accéder de manière perpétuelle au capital de la société concernée, en pleine propriété et de manière définitive ; dans ce dernier cas, les actions nouvelles sortent du champ d'application des stipulations contractuelles. Cependant, ces dispositions ne sont pas d'ordre public, aussi la convention des parties relative au démembrement de propriété, ou les statuts pourront y déroger.

C'est d'ailleurs ce que propose Monsieur GENTILHOMME, lorsqu'il émet la possibilité d'insérer une stipulation statutaire emportant « l'exercice du droit au nu-proprétaire, lequel s'engage statutairement à fournir les deniers nécessaires pour permettre l'augmentation du capital »<sup>857</sup>. La vocation de cette clause est de définir l'étendue des droits réels démembrés, et d'anticiper la répartition des pouvoirs entre usufruitiers et nus-proprétaires.

Quoi qu'il en soit, les règles sont fixées en matière de droit préférentiel de souscription, comme en ce qui concerne le droit à l'information des associés ou actionnaires comme vu ci-avant. Cependant, si le droit des biens permet de fixer de manière stable certaines règles encadrant le démembrement des droits sociaux, certaines spécificités du droit des sociétés ne semblent pas encore avoir pu être appréhendées.

## ***§II – Les incertitudes relatives au droit des sociétés***

**331. Les spécificités du droit des sociétés, difficilement appréhendées par le droit des biens.** Si comme il vient d'être démontré, le droit des biens a pu être transposé en droit des sociétés en ce qui concerne la consistance minimale des droits d'usufruit et de nue-propriété lorsqu'ils portent sur des droits sociaux, certaines spécificités du droit des sociétés ne sont pas encore appréhendées. Elles concernent tant les prérogatives financières de l'associé (A) que sa prérogative politique majeure, à savoir l'attribution de la qualité d'associé (B).

---

<sup>856</sup> Cf. p. 266, §259.

<sup>857</sup> Rémy GENTILHOMME, « Démembrement de titres et opérations sur le capital social », *Droit et Pat. Avril 1996*, p. 41, précisément p. 45.

## A - L'aspect financier

**332. La situation juridique quant aux droits et obligations patrimoniaux dans la société.** Quant à l'aspect financier en premier lieu, en tant que détenteurs de droits sur les droits sociaux, usufruitier et nu-propiétaire recueillent dans leur statut, certains droits et obligations patrimoniaux relativement à la société. Les clauses statutaires pourront répondre à l'autre enjeu majeur du démembrement de propriété (aux côtés de l'attribution du droit de vote), à savoir l'attribution des droits pécuniaires. Elles peuvent organiser l'attribution et la mise en œuvre de la répartition des impôts et des charges issus de leur propriété démembrée, de même que l'imputabilité de la participation aux pertes. En effet, quant aux charges fiscales<sup>858</sup>, l'usufruitier est classiquement redevable au titre de l'impôt sur le revenu, puisque c'est lui qui jouit du bien et est censé en percevoir les revenus ; le nu-propiétaire devra s'acquitter des plus-values, « sauf si le prix est partagé entre usufruitier et nu-propiétaire »<sup>859</sup>. Quant à la participation aux pertes, seul le nu-propiétaire en est tenu, en vertu de la qualité d'associé qui lui est officieusement conférée. Il est alors tout à fait envisageable, dans le souci d'assurer une certaine égalité entre les propriétaires démembrés, que les statuts ou plus probablement la convention ayant initié le démembrement, définissent par anticipation la répartition des charges et des impôts liés aux droits sociaux<sup>860</sup>.

Cependant la multiplicité des clauses pouvant être insérées dans les statuts ou dans la convention emportant la constitution de l'usufruit n'est pas l'objet de la réflexion portée. Si elles doivent être recommandées dans un schéma de bonne anticipation, en ce qu'elles permettront de définir le statut des propriétaires démembrés, et de neutraliser les risques de recours en cas de conflit entre l'usufruitier et le nu-propiétaire quant à la répartition des droits et obligations, il faut se concentrer sur les lacunes de la législation actuelle, et les conséquences de celles-ci dans la pratique actuelle du démembrement de propriété des droits sociaux, lorsque ces aspects ne seront pas traités par quelque clause que ce soit. L'incertitude quant à l'aspect financier concerne tant le droit aux réserves (1°), que celui au *boni* de liquidation (2°).

---

<sup>858</sup> Cf. sur ce point : Rémy GENTILHOMME et Jean-Paul LOUVEAU, « La taxation à l'impôt sur le revenu du nu-propiétaire de droits sociaux ou l'art fiscal de tondre un œuf... », *JCP N* 1997, n° 13-14, I, p. 477, §II ; Suzel CASTAGNÉ, *op. cit.*, p. 1, §61s.

<sup>859</sup> Rémy GENTILHOMME et Jean-Paul LOUVEAU, *op. cit.*, p. 477, §II.

<sup>860</sup> Suzel CASTAGNÉ, « L'usufruit et la nue-propiété des actions dans la société par actions simplifiées », *Dr. Sociétés* 1996, n°6, p. 1, §60 et 66.

## 1°) Le droit aux réserves distribuées, non défini

**333. Des réserves... À leur distribution.** Les réserves, à la différence des dividendes ne sont pas qualifiées de fruits, mais de produits. Elles participent de l'accroissement de la chose, qui doit revenir au nu-proprétaire. Quant à la qualification des distributions de celles-ci, deux acceptions sont envisageables : soit ce sont des fruits puisque distribuées, soit elles restent des produits de par leur origine. Si la première option était retenue, il en ressortirait que le nu-proprétaire ne pourrait matériellement jamais appréhender ces distributions de réserves, les fruits revenant à l'usufruitier. À l'inverse, selon la seconde, elles reviendraient au nu-proprétaire. Il faut donc prendre position quant aux droits des propriétaires démembrés sur ces distributions de réserves.

Elles peuvent en réalité ressortir de deux qualifications juridiques : soit il s'agit d'un partage partiel d'actif<sup>861</sup> revenant au nu-proprétaire, soit encore la distribution des dividendes sera lissée sur l'année, et s'analysera ainsi en un fruit revenant à l'usufruitier. Selon un auteur, « si les réserves sont distribuées ultérieurement, il en résulte une distribution d'une fraction du capital social et l'usufruitier ne peut prétendre qu'à la jouissance de ce capital. (...) Par contre, si les réserves sont utilisées pour constituer ou pour compléter les dividendes annuels, elles reprennent leur caractère de fruits périodiques, c'est-à-dire de revenus, et appartiennent à l'usufruitier seul »<sup>862</sup>. Comment alors distinguer l'une de ces distributions de l'autre ? Un principe ayant vocation à trancher, selon les cas, doit être recherché quant aux droits des propriétaires démembrés de les percevoir.

**334. L'indécision jurisprudentielle.** La cour d'appel de Lyon s'est prononcée, mais la réponse laisse pour le moins perplexe : « Les réserves ainsi distribuées reviennent à l'usufruitier, soit que l'on considère que la décision de la société a pour effet de faire perdre aux réserves leur caractère de capital, soit que l'on considère qu'il s'agit d'un quasi-usufruit, l'usufruitier retrouvant alors le droit d'exercer son droit de jouissance sur les sommes ainsi

---

<sup>861</sup> Le partage partiel d'actif implique en effet une atteinte à la substance du patrimoine social, répercutée sur la substance des droits sociaux. Aussi, le partage partiel d'actif est un produit, qui ne peut donc que revenir au nu-proprétaire.

<sup>862</sup> Jean LEBLOND, « Des droits respectifs du nu-proprétaire et de l'usufruitier dans les bénéfices, les réserves, les remboursements et amortissements de capital, ainsi que dans les augmentations de capital en numéraire ou par incorporation de réserves », *Gaz. Pal.* 1956, II, p. 1. L'auteur commente ici un arrêt de la Cour de cassation du 14 mars 1977 (Cass. Req., 14 mars 1877, *DP.* 1977, I, p. 353).

distribuées, même s'il a la charge de les restituer en fin d'usufruit »<sup>863</sup>. La Cour nous laisse dans l'incertitude : les dividendes de réserves sont soit des fruits revenant de droit à l'usufruitier, soit des produits dont il pourra jouir ; dans ce dernier cas, l'usufruit des droits sociaux emporterait un quasi-usufruit sur ces dividendes de réserves, obligeant l'usufruitier à les restituer à l'extinction de l'usufruit. Portée devant la Haute juridiction, l'affaire ne permettra pas de prendre position, puisque la Cour de cassation précise seulement que la mise en réserve systématique des bénéfices par l'usufruitier ne constitue pas une donation indirecte au profit du nu-propiétaire<sup>864</sup>. L'imprécision jurisprudentielle implique de chercher des solutions du côté de la doctrine.

---

<sup>863</sup> CA Lyon, 1<sup>ère</sup> ch. B, 16 oct. 2007, rôle n° 06/03323, Juris-Data n° 2007-355093. V. Henri HOVASSE, « Mise en réserve des bénéfices et donation indirecte » - Note sous CA Lyon, 1<sup>ère</sup> ch. B, 16 oct. 2007, rôle n° 06/03323, Juris-Data n° 2007-355093, *JCP E* 2008, n° 20, p. 1647 ; Renaud MORTIER, « Usufruitier de parts : mettre en réserve n'est pas donner au nu-propiétaire » - Note sous CA Lyon, 1<sup>ère</sup> ch. B, 16 oct. 2007, rôle n° 06/03323, Juris-Data n° 2007-355093, *Dr. Soc.* 2008, n° 6, comm.. 123.

<sup>864</sup> Com., 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *Bull. civ.* 2009, IV, n° 19. V. Philippe NEAU-LEDUC, « La décision d'affecter en réserve des bénéfices ne peut constituer une donation » - Obs. sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806 et pourvoi n° 07.21-807, *Rev. Cont.* 2009, n° 3, p. 1185 ; Daniel GUTMANN, « Démembrement des parts d'une société civile immobilière : la mise en réserve des bénéfices ne constitue pas une donation indirecte des usufruitiers aux nus-propiétaires » - Obs. sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *BGFE* 2009, n° 3, p. 13 ; Stéphane TORCK, « La mise en réserve du bénéfice par l'usufruitier ne constitue pas une donation au nu-propiétaire » - Note sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *BJS* 2009, n° 7, p. 699 ; Véronique BARABÉ-BOUCHARD, « Droits sociaux démembrés : l'absence de donation indirecte résultant d'une mise en réserve réitérée des bénéfices » - Note sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *D.* 2009, n° 22, p. 1512 ; Jean-Baptiste SEUBE et Thierry REVET, « Droits réels : usufruit des parts sociales et sort des dividendes mis en réserve » - Note sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *Dr. et Patr.* 2009, n° 182, p. 89 ; Stéphane VALORY, « La mise en réserve des bénéfices par l'usufruitier de parts sociales n'est pas constitutive d'une donation indirecte au profit des nus-propiétaires » - Obs. sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *RJPF* 2009, n° 6, p. 34 ; Jean-Pierre GARÇON, « En présence d'un démembrement des titres, l'affectation répétée des bénéfices en réserves peut-elle constituer une donation indirecte ? » - Note sous Com. 10 fév. 2009, DGFP contre Cadiou, pourvoi n° 07-21.806, *JCP N* 2009, n° 20, p. 38 ; Vincent CORNILLEAU, « Associés usufruitiers : mettre en réserve n'est pas donner » - Note sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *RFN* 2009, n° 5, p. 30 ; Philippe EMY, « Retour sur la nature juridique des dividendes : l'usufruitier qui vote une mise en réserve des bénéfices ne consent aucune donation au nu-propiétaire » - Note sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *Lexbase Hebdo* 2009, n° 344 ; Thierry REVET, « Le bénéfice n'étant pas un fruit des parts sociales, quid à l'égard de l'actif social » - Note sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *RTDciv.* 2009, n°2, p. 348 ; Marie-Hélène MONSÉRIÈ-BON, « Affectation des résultats de société et libéralité » - Note sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *RTDcom.* 2009, n° 2, p. 394 ; Claude CHAMPAUD et Didier DANET, Note sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *RTDcom.* 2009, n° 2, p. 357 ; Renaud MORTIER, « Pour la Cour de cassation

**335. L'insécurité latente des palliatifs doctrinaux.** Monsieur TERRÉ propose de s'en tenir à « la volonté exprimée par les organes sociaux »<sup>865</sup>, afin de déterminer la qualification juridique de ces réserves. L'assemblée générale devrait, pour chaque distribution de réserves, préciser si cette distribution doit s'analyser en une distribution de fruits ou de produits.

De même, des clauses peuvent encore instituer les modalités de report des droits de l'usufruitier sur les réserves distribuées, par une stipulation précisant que l'usufruitier exercera « son usufruit dans le cadre d'un quasi-usufruit », ou encore qu'il « sera procédé à un partage des sommes distribuées », en prenant pour « clé de répartition le barème fiscal (...) »<sup>866</sup>. Dans la SAS uniquement, les statuts peuvent aménager encore davantage les droits pécuniaires, puisqu'ils peuvent organiser la qualification ou l'attribution de tel ou tel revenu à l'un ou l'autre des propriétaires démembrés. Madame CASTAGNÉ l'illustre en proposant une clause qui détermine « en fonction de leur nature et de leur origine quels sont les résultats sociaux qui constituent des fruits revenant à l'usufruitier ou des produits attribués au nu-propriétaire »<sup>867</sup>. Avec la SAS, tout devient possible, les obstacles s'effacent, de telle sorte que les droits autrefois réservés au nu-propriétaire peuvent être aujourd'hui attribués à l'usufruitier, et inversement.

Il s'agit de solutions intéressantes, mais qu'en est-il de toutes les sociétés déjà constituées, et de celles dont les statuts ne seront pas modifiés de telle sorte que les assemblées resteront muettes sur ce point ? Ainsi, l'absence de qualification juridique certaine des réserves distribuées ne peut que laisser entrevoir l'insécurité juridique latente existante. Cette insécurité ne concerne pas que le droit aux réserves distribuées, mais aussi le droit au *boni* de liquidation.

---

aussi, mettre en réserve n'est pas donner » - Note sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *Dr. Soc. 2009*, n° 4, p. 25 ; Sylvie LEROND, Luc JAILLAIS et Grégory DUMONT, « Démembrement des parts sociales de société civile : quel traitement civil et fiscal (première partie) » - Obs. sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *Op. Fin. 2009*, n° 1020, p. 24 ; Henri HOVASSE, « Usufruit de droits sociaux : mise en réserve des bénéfices et donation indirecte » - Note sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *JCP N 2009*, n° 11, p. 28 et *JCP E 2009*, n° 12, p. 26 ; Isabelle RIASSETTO, « Dividendes » - Note sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *Banque et Droit 2009*, n° 124, p. 58.

<sup>865</sup> François TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris 1955, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957, p. 144 et 145, §156.

<sup>866</sup> « Usufruit de droits sociaux », *Dictionnaire Permanent Droit des affaires*, p. 4496-1, §29.

<sup>867</sup> Suzel CASTAGNÉ, *op.cit.*, p. 1, §56.

## 2°) Le droit au *boni* de liquidation, mal interprété

**336. Une réversion d'usufruit sur le *boni* de liquidation ?** Quant au *boni* de liquidation, si l'on vient à en débattre, c'est que la société aura été dissoute et que le patrimoine social aura été liquidé. L'atteinte à la substance des droits sociaux sera alors clairement constatée. Ils sont d'ailleurs appelés à disparaître rapidement n'attendant que la radiation de la personne morale au registre du commerce et des sociétés. Il en résulte une perte de la chose sur laquelle l'usufruit était constitué. C'est là une des causes d'extinction de ce droit conformément aux dispositions de l'article 617 du Code civil qui édicte que « l'usufruit s'éteint par la perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est établi ». Mais en attendant cette radiation, les titres existent et n'ouvrent alors de droits qu'au *boni* de liquidation, qui comprend « les bénéfices mis en réserve et les plus-values constatées sur les divers biens appartenant à la société »<sup>868</sup>. Ce *boni* ne peut ainsi être qualifié de « fruit » mais seulement de « produit », substance résiduelle du capital constituant la chose sur laquelle est constitué l'usufruit. Il doit donc revenir au nu-propiétaire. Si l'on peut envisager que le droit d'usufruit s'applique jusqu'à la disparition des droits sociaux sur ce *boni*, ce ne peut être que pour le temps courant du partage subséquent à la dissolution de la société et jusqu'à sa radiation.

Cependant, la doctrine majoritaire à tendance à affirmer qu'en cas de dissolution de la société l'usufruit doit se reporter sur ce *boni* de liquidation. Selon cette conception, le démembrement survit à la société, alors que précisément la disparition des droits sociaux devrait entraîner l'extinction de l'usufruit. Les tenants de cette position arguent d'une décision de la Cour de cassation du 8 mars 1988<sup>869</sup> qui précise effectivement qu'à la dissolution de la société, « l'usufruit ne pourrait s'exercer que selon des modes différents » sur une autre chose ressortant d'un partage en nature ou sur la valeur de ce *boni* directement.

**337. L'impossible survie de l'usufruit à la disparition des droits sociaux.** Mais attention aux généralités trop hâtives. En l'espèce, la dissolution de la société n'était pas due à une cause fortuite ou à une défaillance de l'entreprise. Elle n'était pas le fait de l'écoulement du temps ayant entraîné « la perte totale de la chose » visée par le texte<sup>870</sup>. En effet, en l'espèce la dissolution de la société était imputable au fait des nus-propiétaires et à leur décision de ne pas proroger la société, décision motivée par leur volonté de priver les usufruitiers de leur

---

<sup>868</sup> Jacques MESTRE et Dominique VELARDOCCIO, *Lamy Sociétés Commerciales*, éd. 2013, 2013, p. 843, §1670.

<sup>869</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 mars 1988, pourvoi n° 86-11.144, *Bull. civ. 1988 I*, n°67, p. 44.

<sup>870</sup> Cf. Art. 617 c.civ.

jouissance. La perte de la chose ne relevait donc pas d'un cas fortuit ou de circonstances étrangères aux usufruitiers ou aux nus-proprétaires, mais était précisément le résultat du comportement des nus-proprétaires tenant en leur abstention.

Convention initiant le démembrement mal rédigée<sup>871</sup> ou habileté d'enfants mal intentionnés, la décision de prorogation de cette société est revenue à ces derniers, nus-proprétaires, qui s'y sont refusés. Dans ce cas précis, l'usufruit devait survivre à la société comme si une réversion d'usufruit ne visait pas la personne appelée à succéder à l'usufruitier mais le bien dont l'usufruit en était l'objet. Cette situation particulière ne saurait de notre point de vue être retenue pour conclure de manière générale qu'en cas de dissolution de la société l'usufruit doit se reporter sur le *boni* de liquidation. Cet effet doit être limité aux hypothèses où les nus-proprétaires ont concouru à « la perte totale » des droits sociaux en s'abstenant d'en conserver la substance, conduisant la société à sa dissolution, entraînant *de facto* et *in fine*, la disparition des droits sociaux. Et encore, saurait-on vraiment l'affirmer ?

En effet, la Cour de cassation n'explique pas cette survie du droit d'usufruit. Elle précise seulement qu'en l'espèce, la société dont les droits sociaux étaient démembreés voyait son terme arriver et qu'« à partir de cette date, l'usufruit ne pourrait s'exercer que selon des modes différents ». Elle n'édicte donc pas le fait que l'usufruit doit être reporté sur le *boni*, bien qu'elle le suggère fortement, car sur quoi d'autre pourrait-il porter si ce n'est sur celui-ci ? Cependant, la motivation de l'arrêt invite à la réflexion. En effet, la Haute juridiction n'édicte pas un principe nouveau et uniquement applicable au démembrement des droits sociaux. Elle prend simplement en compte la convention ayant initié le démembrement pour conclure que l'usufruit ne devait pas être limité à la durée de la société, en conséquence de quoi, lorsque celle-ci disparaît, le droit doit être reporté. Outre le fait qu'elle ne précise pas pendant combien de temps l'usufruit devait être reporté sur le *boni*, elle justifie son raisonnement sur le fondement de l'article 599 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil. Ce dernier édicte le principe selon lequel « le propriétaire ne peut, par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier ». En s'abstenant de voter la prorogation de la société, les nus-

---

<sup>871</sup> En effet, les parents s'étaient réservé l'usufruit des parts de la société en viager, alors que la fin du contrat de société approchait. Ainsi, l'objet de l'usufruit avait vocation à disparaître avant les usufruitiers. La donation de la nue-proprété des parts sociales avait été faite en 1980 ; l'extinction du contrat de société, à défaut de renouvellement, était prévue pour la fin d'année 1985. Il ne saurait être soutenu que procédait de l'intention libérale des parents la prévision de mourir moins de cinq ans après la donation. Leur intention libérale, manifestant la volonté de se réserver l'usufruit du bien en viager, - et non pour une durée courant jusqu'à la fin initiale du contrat de société -, était subordonnée au renouvellement de ce dernier.

propriétaires ont justement nuit aux droits de l'usufruitier, ce que soutenait d'ailleurs ce dernier en l'espèce et ce que reconnaît la Cour de cassation.

**338. L'extinction de l'usufruit par anticipation sur la radiation.** Ainsi, le débat n'est pas tranché, ni par la loi, ni par la jurisprudence. Il convient de prendre position, conformément aux arguments ci-dessus développés. Le *boni* de liquidation étant la contrepartie des droits d'associés sur la chose objet du démembrement, il représente la contrepartie de sa substance directement. À ce titre, les textes relatifs au démembrement de propriété commandent de le qualifier de « produit » et non pas de « fruit », qui de fait ne saurait revenir à l'usufruitier. En cas de perte totale de la chose, indépendamment des faits des propriétaires démembres, le nu-propriétaire a vocation à récupérer le *boni* de liquidation. L'usufruit s'éteint au plus tard à la radiation de la société, mais l'atteinte portée à la substance des droits sociaux par la dissolution de la société implique de constater une « perte totale » de la chose. Les droits sociaux existent en tant qu'enveloppe, mais ils n'ont plus aucune consistance. Leur survie temporaire ne peut entraîner un droit pour l'usufruitier à percevoir le capital qu'ils représentent. De plus, le *boni* de liquidation étant partagé entre les associés, il ne restera *boni* que peu de temps. Comme nous l'avons précisé, il doit revenir au nu-propriétaire. Ainsi entre la perception du *boni* de liquidation et la radiation de la société constatant la perte des droits sociaux, ces derniers ne seront que des coquilles vides. Il faut en conclure que le droit d'usufruit s'éteint par anticipation au jour du partage postérieur à la liquidation de la société.

Nous regrettons une fois de plus l'absence de règle précisant le régime juridique du démembrement quant à la distribution des réserves et du *boni* de liquidation. Nous pensons que la prise de position quant à la reconnaissance ou non de la qualité d'associé permettrait de préciser les règles qui ne l'ont jusque là été. Une meilleure sécurisation du cadre de gestion des droits sociaux par les *propriétaires démembres* en résulterait. Nous proposons donc de justifier la reconnaissance d'un statut *sui generis*, induit par celui de *propriétaire démembre*, à savoir la qualité d'*associé-propriétaire démembre*.

## **B – L'aspect politique : l'attribution non définie de la qualité d'associé**

**339. La situation juridique quant aux droits politiques dans la société.** Quant aux prérogatives politiques, y sont habituellement catalogués le droit à l'information et le droit de vote, conférés par la qualité d'associé, antérieurement examinés, mais la qualité d'associé

porte à discussion : « Être ou ne pas être associé... »<sup>872</sup>, le droit positif ne prend guerre parti, il est « sur cette question très incertain, et pour tout dire, schizophrène »<sup>873</sup>. La doctrine est partagée entre reconnaître l'usufruit comme une simple charge ne pouvant conférer la qualité d'associé et un démembrement de la propriété conférant cette nature au droit d'usufruit et emportant dès lors l'attribution de la qualité d'associé à l'usufruitier. La Cour de cassation hésite à trancher et ne consacre actuellement qu'implicitement cette qualité au profit du nu-propiétaire. Nous remettons en question les arguments qui justifient cette attribution exclusive. Il faudra ensuite justifier de la possibilité de reconnaître cette qualité d'associé à l'usufruitier, au côté de sa reconnaissance au nu-propiétaire qui se devrait d'être plus affirmée.

En l'état actuel du droit positif, certains auteurs<sup>874</sup> proposent, dans les SAS, dont l'encadrement est très souple, d'insérer une clause statutaire attributive de la qualité d'associé. L'absence de prise de position quant à l'attribution de cette qualité, incite à la prudence, et si ce genre de clause n'est pas encore prohibé, nous ne saurions la recommander dans le cadre de la mise en place d'une anticipation maîtrisée. L'attribution de la qualité d'associé ne semble pas pouvoir relever de la seule volonté des parties, puisque les qualifications transcendent les volontés individuelles, le juge n'étant pas tenu par les qualifications données par les parties. En recourant à cette clause, les parties au contrat de société s'exposeraient à la voir déclarée non écrite. Aussi, ne peut-on conclure à une anticipation sécurisée, qui plus est, qui ne concernerait que la SAS.

Il faut ici, pour justifier de la possibilité de reconnaître la qualité d'associé au profit de l'usufruitier (2°), revenir en premier lieu sur les arguments généralement prônés comme faisant obstacle à cette reconnaissance (1°).

### 1°) Les insuffisances des arguments refusant la qualité d'associé à l'usufruitier

**340. L'insuffisance des arguments doctrinaux opposés à la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier.** Le débat doctrinal entre partisans et opposants à la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier est vif. Madame RABREAU<sup>875</sup> en a

---

<sup>872</sup> François-Xavier LUCAS, « Être ou ne pas être associé », *BJS 2011*, n° 12, p. 941.

<sup>873</sup> Jean PRIEUR, Sophie SCHILLER, Thierry REVET et Renaud MORTIER, « L'usufruit de droits sociaux – Quelle place pour la liberté contractuelle ? », *JCP N 2010*, n° 23, p. 32, § 17 *in fine*.

<sup>874</sup> Paul LE CANNU et Bruno DONDERO, *Droit des sociétés, op. cit.*, p. 79, §127. V. n.b.p. n° 214.

<sup>875</sup> Anne RABREAU, *L'usufruit de droits sociaux*, Bibliothèque du droit de l'entreprise, th. Poitiers 2001, Litec,

analysé les arguments un à un. Elle conclut ainsi : « Le paradoxe est ici à son comble : alors que les juges rechignent à reconnaître la qualité d'associé à l'usufruitier, ils affirment haut et fort qu'il ne peut être privé de tout droit de vote là où le nu-proprétaire, coiffé de la qualité d'associé peut, quant à lui, être privé de ce droit essentiel de l'associé (...) »<sup>876</sup>.

Le premier argument consistant à ne consacrer cette qualité qu'au profit du nu-proprétaire tient à l'imputabilité des apports en société : est associé celui qui procède à l'apport ; ce serait le nu-proprétaire. L'on ne peut admettre cet argument : tout d'abord, le cessionnaire de droits sociaux en pleine propriété est un associé, mais il n'a pas procédé aux apports. Alors s'il récupère par le biais de l'acquisition des droits sociaux, cette qualité d'apporteur, il faut tout de même en conclure que ce n'est pas le fait de procéder à l'apport qui emporte attribution de cette qualité. De plus, il est tout à fait possible qu'un propriétaire plénier décide de procéder à un démembrement, et se réserve dans le même temps, l'usufruit ; le nu-proprétaire ne sera donc pas l'apporteur. Le critère de l'apport, qui est certes caractéristique de la qualité de fondateur d'une société, ne l'est en aucune manière de la qualité d'associé, et cet argument doit être écarté.

Pour d'autres, la qualité d'associé doit être attribuée à la personne qui court le « risque de perte en capital »<sup>877</sup> ; selon Madame LEDAN, ce serait le cas du nu-proprétaire<sup>878</sup>. Il supporterait la perte du capital ; l'usufruitier lui, ne perdrait que la perception des fruits. Deux contre-arguments doivent être avancés. Tout d'abord, dans l'hypothèse qu'il convient d'envisager, où le démembrement de propriété serait constitué à titre onéreux, la cause de l'engagement de l'usufruitier ne pourrait être caractérisée que par la volonté de jouir du bien dont la propriété est démembrée, c'est-à-dire principalement aux fins de perception des dividendes. Aussi, le risque encouru par l'usufruitier ne serait plus celui d'un manque à gagner, mais une véritable perte en capital, le capital qu'il avait prévu de constituer par le biais de la perception des fruits, espoir ayant motivé son engagement. Ainsi, les risques encourus par l'usufruitier et le nu-proprétaire, même s'ils ont un objet différent, auront les mêmes conséquences : une perte de capital, substance d'une chose, ou fruits de celle-ci. Certains pointeront du doigt l'abus de langage, en ce que le capital perdu par le nu-proprétaire est celui représentatif de la consistance du bien, soit le capital qui fait l'essence, la

---

2006.

<sup>876</sup> Anne RABREAU, *op. cit.*, p. 173, §168.

<sup>877</sup> Jessica LEDAN, « Nouveau regard sur la notion d'associé », *Dr. Soc. Oct. 2010*, p.7, §10 et §15.

<sup>878</sup> Jessica LEDAN, *op. cit.*, p.7, §21.

substance du bien. Il est vrai que l'usufruitier perd davantage les revenus générés par ce bien, mais il perd aussi ce capital, substance du bien, en ce qu'il ne pourra en jouir pour l'avenir en jouir. Mais une véritable perte en capital (substance de la chose) est aussi décelable vis-à-vis de l'usufruitier.

En second lieu, s'il est vrai que le nu-propiétaire ne pourra agir contre l'usufruitier en cas de perte totale ou partielle de la chose, par cas fortuit ou pour une circonstance extérieure aux faits de l'usufruitier, il pourra lui tenir rigueur des pertes qui lui sont imputables, comme en témoigne l'obligation de l'usufruitier de dresser un inventaire<sup>879</sup>, utile dans le cadre l'obligation en restitution de ce dernier au profit du nu-propiétaire. Il en ressort au final que le risque de perte en capital, ou de perte de la substance de la chose, est partagé entre le nu-propiétaire et l'usufruitier ; le premier assume le risque de perte par cas fortuit, le second, le risque de perte pour mauvaise gestion.

Quant à la participation aux pertes dans les sociétés à risque illimité, qui du nu-propiétaire ou de l'usufruitier doit y participer en cours de vie sociale<sup>880</sup> ? Selon Monsieur GODON, c'est à l'associé nu-propiétaire d'y répondre. Ainsi, le nu-propiétaire est le seul à devoir participer aux pertes, puisque c'est une obligation légale de l'associé, et que l'associé est le nu-propiétaire. Le cercle vicieux est enclenché ; si la qualité d'associé était attribuée à l'usufruitier, lui seul devrait donc participer aux pertes sociales, ou y participer de manière conjointe si cette qualité était dédoublée. Cette obligation du nu-propiétaire de participer aux pertes a donc pour seule origine la reconnaissance jurisprudentielle fragile de la qualité d'associé au nu-propiétaire. Voilà donc un argument qu'il n'est possible de retenir pour trancher le débat relatif à l'attribution de la qualité d'associé.

Enfin l'argument qui nous semble le plus solide est celui issu de l'article 1844-5 alinéa 2 du Code civil, qui dispose que : « l'appartenance de l'usufruit de toutes les parts sociales à la même personne est sans conséquence sur l'existence de la société ». Certains auteurs en concluent alors que l'usufruitier ne saurait être un associé<sup>881</sup>. En effet, il résulte de cet article que si la réunion de l'usufruit de toutes les parts sociales en une seule main ne conduit pas à la dissolution de la société, seule la réunion en une seule main de leur nue-propiété y peut y

---

<sup>879</sup> Cf. Art. 600 c.civ.

<sup>880</sup> Pour exemple, la situation se présentera précisément en cas de reconstitution obligatoire des capitaux propres, dans une société anonyme ou dans une société à responsabilité limitée.

<sup>881</sup> Jean-Louis BERGEL, Marc BRUSHI et Sylvie CIMAMONTI, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques GHESTIN – Les biens*, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2010, p. 317, §276.

conduire. Il y aurait en conséquence un associé unique en situation illégale, lorsque la réunion de toutes les parts en une seule main, ne s'opèrerait qu'en pleine propriété ou en nue-propriété. La réunion en une seule main de l'usufruit de toutes les parts sociales n'étant pas illégale, seul le nu-propiétaire serait en conséquence le véritable associé. En effet, seule son unicité constituerait une atteinte au principe de la pluralité nécessaire d'associés.

Nous procédons à une analyse différente de ce texte. En admettant que l'usufruitier et le nu-propiétaire soient tous deux associés, la réunion en une seule main de l'usufruit de toutes les parts sociales ne serait pas plus prohibée. En effet, tout d'abord, cette situation prendrait fin à l'extinction de l'usufruit ; de plus, l'usufruitier ne serait pas le seul associé, puisqu'il le serait au côté des différents nus-propiétaires lui ayant concédé l'usufruit de leurs droits sociaux. À l'inverse, lorsqu'une seule et même personne détiendrait tous les titres en nue-propriété, l'usufruit étant réparti entre différentes personnes, ils seraient plusieurs associés le temps du démembrement ; ce n'est qu'à l'extinction des différents usufruits que la société tomberait sous le coup de l'illégalité, puisque c'est sur le nu-propiétaire que repose la vocation à devenir propriétaire plénier. Selon nous, ce texte a été mal interprété : il prévient sur le long terme la survenance d'une cause de dissolution de la société, mais le choix du législateur d'orienter l'alinéa 2 vers les usufruitiers plutôt que vers les nus-propiétaires ne tient pas au statut des *propriétaires démembrés* pendant le démembrement, mais à leur statut à l'extinction de la convention en permettant la constitution. Cette disposition est une sorte de garde-fou contre la dissolution de la société, mais ne peut selon nous, en aucune manière, permettre une interprétation de quelque prise de position du législateur quant à l'attribution ou non de la qualité d'associé à l'usufruitier.

Les arguments légaux et doctrinaux ainsi revus, il convient à présent de s'intéresser à la jurisprudence française, puis européenne.

**341. Les incertitudes soulevées par la jurisprudence française et communautaire quant à l'attribution de la qualité d'associé à l'usufruitier.** Les dernières jurisprudences s'y référant sont plus problématiques quant à notre démonstration de l'absence d'obstacle à la reconnaissance de la qualité d'associé au profit de l'usufruitier. En effet, la Cour de cassation<sup>882</sup>, semble indiquer que l'usufruitier ne saurait être dit associé ; mais à y regarder de

---

<sup>882</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 nov. 2006, pourvoi n° 05-17.009, *Bull. civ. 2006 III*, n° 236, p. 200. V. : Denis-Gilles BRELET, Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 nov. 2006, pourvoi n° 05-17.009, *JCP N 2007*, n° 48, p. 33 ; Franck ROUSSEL, « Quelles conséquences doivent être tirées de la cession par un copreneur solidaire associé d'une société à laquelle il a mis à disposition les biens loués de la nue-propriété de ses parts ? » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 nov. 2006, pourvoi n°

plus près, les Hauts magistrats s'en tiennent à une analyse bien moins précise, et ne prohibent pas la reconnaissance du statut d'associé-usufruitier. Jugeant d'un conflit en matière de bail rural, ou les preneurs détenaient des parts sociales en nue-propiété seulement, la Cour de cassation précise que « quelle que soit l'étendue du droit de vote accordé à l'usufruitier par les statuts, (...) l'information (...), qui faisait figurer [l'usufruitière] au nombre des associés, était de nature à induire en erreur les bailleurs et à justifier la résiliation des baux ». Les juges du fond s'appuyaient sur l'article L. 411-37 alinéa 3 du Code rural, qui institue en cause de résiliation des baux ruraux « les omissions ou irrégularités », mais seulement celles « de nature à induire le bailleur en erreur ». L'on en déduit qu'inscrire le seul usufruitier au nombre des associés serait une irrégularité *de nature à induire le bailleur en erreur*. Mais les précisions font défaut. Est-ce à reconnaître l'impossibilité pour l'usufruitier d'être qualifié d'associé ? Nous ne le pensons pas ; la Cour peut tout aussi bien vouloir exprimer que l'irrégularité est constituée par l'absence de la mention d'usufruitier précédant la qualité d'associé ; elle ne nie pas expressément la possibilité de reconnaître en l'usufruitier un associé, mais seulement celle d'y voir un associé en pleine propriété ; la mention « associé-usufruitier » aurait, selon nous, donné lieu à une position différente. Cette première jurisprudence ne nous convainc pas quant à la prohibition de la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier.

La principale incertitude provient ensuite de la jurisprudence communautaire et de la jurisprudence administrative française. En effet, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) affirmait en 2008 que l'usufruit n'emportait pas « statut d'associé » ; elle qualifiait *a contrario* le rapport de droit entre le nu-propiétaire et la société, de « rapport d'associé »<sup>883</sup>. La CJCE prend ainsi position quant à l'attribution de la qualité d'associé, mais

---

05-17.009, *JCP N* 2007, n° 35, p. 38 ; Yann PACLOT, « L'usufruitier des parts sociales est-il un associé ? » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 nov. 2006, pourvoi n° 05-17.009, *JCP E* 2007, n° 35, p. 43 ; François-Xavier LUCAS, Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 nov. 2006, pourvoi n° 05-17.009, *Rev. Cont.* 2007, n° 2, p. 422 et *Dr. Soc.* 2007, n° 2, p. 15 ; Paul LE CANNU, Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 nov. 2006, pourvoi n° 05-17.009, *Defrénois* 2007, n° 9, p. 676 ; Bruno DONDERO, Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 nov. 2006, pourvoi n° 05-17.009, *Rev. Soc.* 2007, n° 2, p. 319 ; Samuel CREVEL, Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 nov. 2006, pourvoi n° 05-17.009, *Rev. Dr. rur.* 2007, n° 350, p. 37 ; Bernard PEIGNOT, « Des effets de la cession de la nue-propiété des parts sociales d'une société d'exploitation détenues par un co-preneur, sur le sort du bail rural mis à la disposition de la société » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 nov. 2006, pourvoi n° 05-17.009, *Rev. Loy.* 2007, n° 873, p. 35.

<sup>883</sup> CJCE, 22 déc. 2008, Aff. 48/07, 4<sup>ème</sup> ch., Belgique c/ Les Vergers du Vieux Tauves SA, v. pt. 33 et pt. 34.

cette solution ne doit pas être généralisée puisqu'elle est rendue en considération de la seule applicabilité ou non du régime fiscal communautaire applicable aux sociétés mères et filiales.

La jurisprudence administrative française a eu à se prononcer sur la même problématique, et en a elle-aussi conclu à l'attribution de la qualité d'associé au nu-proprétaire<sup>884</sup>. Quant à leur motivation, et spécialement celle de la CJCE, le début de sa décision informe sur sa portée, qui semble se cantonner au domaine de la fiscalité. En effet, la mise en oeuvre de ce régime est subordonnée à une participation de la société-mère dans le capital de la société-filiale. L'Administration belge faisait valoir l'absence de détention de la participation dans le capital telle que définie dans la directive emportant applicabilité du régime susmentionné<sup>885</sup>, à savoir une détention de parts en pleine propriété, qui ne peut donc être satisfaite par une détention en seul usufruit. Elle en profite ensuite pour statuer sur l'attribution de la qualité d'associé, qui ne saurait découler que de la seule participation dans le capital social. Mais outre le fait que la qualité d'associé ne saurait être réduite à la seule participation dans le capital, la décision de la CJCE est contestable sur ce point, puisqu'elle affirme que le nu-proprétaire « détient des parts dans le capital ». Or le nu-proprétaire ne détient pas réellement les parts dans le capital ; s'il peut s'en voir attribuer à terme la propriété plénière, il n'en a pas la disposition, puisque son droit de disposition est limité à la nue-propriété des parts. De plus, la détention est partagée entre lui et l'usufruitier au mieux, réservé à l'usufruitier au pire. Cette affirmation de la CJCE fondant l'attribution de la qualité d'associé au seul nu-proprétaire est ainsi contestable. Elle ne saurait justifier l'attribution de la qualité d'associé à l'un seulement des *propriétaires démembrés* ; elle est guidée par la loi fiscale, dont les objectifs ne peuvent être rapprochés de la loi civile.

Enfin, la jurisprudence française, reconnue officieusement comme attribuant la qualité d'associé au nu-proprétaire, est loin d'avoir une position officielle, et semble tout autant indécise que la doctrine sur ce point. Mais avant de présenter les prémices de la reconnaissance de la qualité d'associé au profit de l'usufruitier convient-il de remarquer qu'un dédoublement de cette qualité est envisageable en droit positif.

---

<sup>884</sup> Cf. TA Paris, 1<sup>ère</sup> ch., sect. 1, 8 juill. 2009, n<sup>os</sup> 04-17286 et 08-3363.

<sup>885</sup> CJCE, 22 déc. 2008, Aff. 48/07, 4<sup>ème</sup> ch., Belgique c/ Les Vergers du Vieux Tauves SA, pt. 13 : « cette réclamation a été rejetée, l'administration des contributions directes faisant valoir que le fait de détenir l'usufruit des parts concernées ne permet pas de prétendre à la déduction prévue à l'article 202 du CIR 1992 ; celle-ci ne pouvant être accordée qu'au détenteur des parts en pleine propriété ».

## 2°) D'une reconnaissance initiée de la qualité d'associé au profit de l'usufruitier

**342. Du nu-proprétaire seul associé implicite du droit positif, à la possibilité de démultiplier la qualité d'associé.** En effet, il faut en premier lieu préciser que la qualité d'associé peut être démultipliée. Actuellement, cette qualité n'est reconnue qu'implicitement au profit du nu-proprétaire par la jurisprudence. Reconnaissance initiée par l'arrêt *De Gaste*<sup>886</sup>, puis réaffirmée<sup>887</sup>, elle renvoie à la possibilité de reconnaître cette même qualité à l'usufruitier. Étant tous deux titulaires de droits démembrés, ils devraient, selon nous, se partager cette même qualité. Il faut alors justifier de l'aptitude de l'usufruitier à la recevoir. Avant d'entrer dans le débat, une précision est nécessaire : la qualité d'associé ou d'actionnaire peut être démultipliée, l'indivision en témoigne, puisque la jurisprudence reconnaît cette qualité à chacun des co-indivisaires de parts sociales<sup>888</sup>. Il s'agit d'une exception au principe d'indivisibilité<sup>889</sup> des droits sociaux ; ce même texte renvoie à deux exceptions : l'indivision des droits sociaux, et leur démembrement. Les textes<sup>890</sup> consacrent d'ailleurs le droit à communication, comme relevé ci-avant, au profit tant des propriétaires d'actions indivises, que d'actions démembrées, soit au profit de l'associé-indivisaire, de l'associé-nu-proprétaire, et implicitement mais clairement de l'associé-usufruitier. La loi elle-même, en accordant à chacun, des droits similaires à ceux de l'associé, consacre implicitement la possibilité d'accorder à l'usufruitier la qualité d'associé ; d'où l'insuffisance chronique des arguments doctrinaux qui y sont opposés, ci-dessus relevés. De plus la jurisprudence française récente semble évoluer vers la reconnaissance de la qualité d'associé au profit de l'usufruitier, ou tout du moins ne la dément-elle pas.

<sup>886</sup> Com. 4 janv. 1994, pourvoi n° 91-20.256, *Bull. civ. 1994 IV*, n° 10, p. 8. V. n.b.p. n° 753.

<sup>887</sup> Com. 22 fév. 2005, pourvoi n° 03-17.421, Inédit. V. : Jean-Pierre GARÇON, « Société civile immobilière (SCI) : L'usufruit peut se voir attribuer la totalité du droit de vote » - Note sous Com., 22 fév. 2005, pourvoi n° 03-17.421, *JCP N 2005*, n° 42, p. 1720 ; Jean-Jacques CAUSSAIN, Florence DEBOISSY et Guillaume WICKER, Note sous Com. 22 fév. 2005, pourvoi n° 03-17.421, *JCP E 2005*, n° 27, p. 1165 ; Renée KADDOUCH, « Conditions de l'attribution statutaire de la totalité du droit de vote au seul usufruitier » - Note sous Com. 22 fév. 2005, pourvoi n° 03-17.421, *JCP E 2005*, n° 25, p. 1067 ; Paul LE CANNU, « Droit de vote de l'usufruitier : le retour de l'arrêt *de Gaste* » - Note sous Com., 22 fév. 2005, pourvoi n° 03-17.421, *Rev. Soc. 2005*, n° 2, p. 353, §15 ; Didier PORACCHIA, Obs. Sous Com., 22 fév. 2005, pourvoi n° 03-17.421, *Dr. et Patr. 2005*, n° 137, p. 102.

<sup>888</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 fév. 1980, pourvoi n° 78-12.513, *Bull. civ. 1980 I*, n° 49.

<sup>889</sup> Cf. Art. L. 228-5 c.com. V. sur ce point : Renée KADDOUCH, « L'usufruit des droits sociaux, technique de transfert du droit de vote », *BJS 2004*, p. 189.

<sup>890</sup> Cf. Art. L. 228-118 c.com.

**343. Les prémices de la reconnaissance jurisprudentielle française de la qualité d'associé de l'usufruitier.** La Cour de cassation a, selon nous, entamé la reconnaissance de la qualité d'associé de l'usufruitier dès 2008<sup>891</sup>. En effet, elle impute tout d'abord à un usufruitier un fait habituellement imputable à un associé : un abus de droit de vote. Et si l'abus de droit de vote doit plus généralement être attaché à l'auteur du vote plus qu'à la qualité d'associé, il n'en reste pas moins que cette imputabilité fait encourir à l'usufruitier les mêmes responsabilités que celle d'un associé. La Haute cour reprend alors les critères classiques de qualification de l'abus de droit de vote. Elle précise, et la formule mérite d'être reproduite, que la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision, puisqu'elle a statué « sans expliquer en quoi l'usufruitier aurait fait du droit de vote que lui attribuaient les statuts un usage contraire à l'intérêt de la société, dans le seul dessein de favoriser ses intérêts personnels au détriment de ceux des autres associés ». Elle assimile par là clairement l'usufruitier à l'un des associés. Dans le même sens, un arrêt de la Cour de cassation de 2011<sup>892</sup>, là encore non publié, semble une fois de plus emporter assimilation de l'usufruitier à l'associé, en précisant de l'usufruitière qu'elle avait été privée « dans la répartition des bénéfices d'une somme qui n'a profité qu'aux autres associés ». Ainsi, sans explicitement lui attribuer cette qualité, la cour semble promouvoir une telle reconnaissance.

Un autre indice du glissement de la jurisprudence française vers la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier transparait dans un arrêt inédit de 2009<sup>893</sup>. Le demandeur y désignait l'usufruitier sous les termes d' « associé usufruitier ». Le mutisme de la Haute cour sur ce point, dans son attendu de principe, ne peut que faire conclure à la volonté de la Cour de cassation de ne pas encore prendre position sur cette question de droit ; cela traduit son malaise face au principe qu'elle a jusque là officieusement consacré, à savoir reconnaître la qualité d'associé au profit du seul nu-propriétaire. L'absence de démenti dans cet arrêt révèle pour nous la survenance prochaine de la reconnaissance de cette qualité au profit de l'usufruitier.

---

<sup>891</sup> Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, Inédit. Cf. p. 297, n.b.p. n° 810.

<sup>892</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 16 nov. 2011, pourvoi n° 10-19.538, Inédit. V. Bruno DONDERO, « L'usufruitier est (peut-être) un associé... » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 16 nov. 2011, pourvoi n° 10-19.538, *BJS 2012*, n° 2, p. 103 ; Henri HOVASSE, « Préjudice individuel n'est pas préjudice personnel » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 16 nov. 2011, pourvoi n° 10-19.538, *Dr. Soc. 2012*, n° 1, p. 26 ; Renaud MORTIER, « Retour sur la qualité d'associé de l'usufruitier » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 16 nov. 2011, pourvoi n° 10-19.538, *Dr. Soc. 2012*, n° 5, p. 15.

<sup>893</sup> Com., 31 mars 2009, pourvoi n° 08-14.053, Inédit.

L'usufruitier est donc, tout autant que le nu-proprétaire, apte à demander la reconnaissance de son statut d'associé. L'insuffisance des théories contemporaines s'opposant à cette consécration, couplée à la montée en puissance du rôle, des pouvoirs et de la protection de l'usufruitier de droits sociaux nous conduit à conclure au statut, en devenir, d'associé de l'usufruitier, en attendant une consécration jurisprudentielle prochaine.

**344. Avantages et inconvénients de la reconnaissance du statut d'associé au profit de l'usufruitier.** Bien entendu, la reconnaissance du statut d'associé au profit de l'usufruitier emportera certaines conséquences. La plus dérangeante en pratique tient à la fiscalité. En effet, seule la qualité d'associé emporte taxation des dividendes perçus ; l'Administration exonérait jusqu'à présent l'usufruitier de ces contributions, puisque n'ayant pas la qualité d'associé. À compter de cette reconnaissance, ces contributions seront recouvrables auprès de l'associé-usufruitier. Le législateur fiscal, pour préserver l'attraction du dispositif devra intervenir pour l'exonérer.

Quant aux avantages de cette reconnaissance : tout d'abord, elle permettrait d'harmoniser les règles de droit et la pratique aujourd'hui courante, selon laquelle dans les assemblées d'associés ou d'actionnaires, le rôle de l'usufruitier se rapproche bien plus de celui d'un associé que le rôle du nu-proprétaire (n'intervenant que de manière très exceptionnelle, et qui présenterait un moindre *affectio societatis*). De plus, l'usufruitier intervient dans les assemblées générales, et prend part à la vie de l'organe social. Aussi, s'il n'est pas associé, à quel titre peut-il intervenir dans la société ? Il n'est pas, d'office, mandataire du nu-proprétaire. Il ne le représente aucunement, comme peut le faire le conjoint dans les sociétés anonymes sans avoir à justifier de la qualité d'associé<sup>894</sup>, et il intervient en son nom propre pour voter. En droit positif, la possibilité pour un tiers de voter dans les assemblées n'est reconnue que s'il représente un associé plein propriétaire ou un ou plusieurs associés indivis. Pourtant l'usufruitier intervient dans ces assemblées, non en représentation d'un autre associé, mais bien en son nom. Est-ce à dire que le démembrement de propriété ouvre la porte des assemblées d'associés et surtout le droit d'y voter, à des tiers ? Ce serait alors donner une bien grande force au droit des biens qui bafouerait sans vergogne les principes fondamentaux du droit des sociétés. Parce que seul un associé, ou l'un de ses représentants, peut voter dans les assemblées générales, nous devons précisément reconnaître à l'usufruitier cette qualité, sans quoi il faudrait admettre que les institutions civilistes puissent profondément modifier la nature des institutions créées par le droit des sociétés.

---

<sup>894</sup> Art. 225-106 I c.com.

**345. Vers un statut d'associé-propriétaire démembré.** Ainsi, de nombreux éléments permettent de constater l'incertitude entourant l'attribution de la qualité d'associé, tant à l'égard de l'usufruitier que du nu-propriétaire, et de conclure à l'élaboration d'un régime nouveau encadrant le statut des propriétaires démembrés de droits sociaux. Lentement, législation et jurisprudence permettent de construire les statuts de l'usufruitier et du nu-propriétaire de droits sociaux. L'on remarque alors, comme relevé ci-avant que le nu-propriétaire recueille au travers de son statut, certaines des prérogatives fondamentales de l'associé, notamment le droit de participer. Il en est de même pour l'usufruitier, qui se voit attribuer exclusivement le droit de voter l'affectation des bénéfices. D'autres règles permettent de répartir ou de démultiplier certaines prérogatives relatives au statut d'associé, comme, respectivement le droit préférentiel de souscription et le droit à l'information. Le statut de chacun des propriétaires démembrés de droits sociaux semble ainsi en cours d'élaboration, de sorte que se mettent en place, petit-à-petit, le statut d'usufruitier de droits sociaux et de nu-propriétaire de droits sociaux. Que seraient-ils si ce n'est les statuts respectifs d'associé-usufruitier et d'associé-nu-propriétaire ?

\*

\* \*

**346. Conclusion sur l'encadrement légal et jurisprudentiel de l'anticipation de la gestion des droits sociaux dans le fonctionnement de la société : la souplesse privilégiée.**

Ce qui ressort principalement de l'analyse précédente est que l'application du démembrement de propriété aux droits sociaux est très souple. La jurisprudence n'intervient en fait que pour consacrer quelques droits spécifiques et inviolables : le droit de l'usufruitier de voter l'affectation des bénéfices et le droit du nu-propriétaire de participer aux décisions collectives. Comment expliquer cette absence d'initiative tranchée du législateur quant à l'encadrement de la gestion des droits sociaux démembrés ? La majorité des dispositions légales étant supplétives de volonté quant à l'organisation de cette anticipation, il faut en conclure qu'il privilégie la souplesse de l'institution. Ainsi, les statuts de la société et la convention initiant le démembrement pourront se charger d'organiser la répartition des prérogatives des propriétaires démembrés et de les anticiper.

Le démembrement de droits sociaux se révèle être d'application plus souple que le démembrement de biens ordinairement soumis à usufruit, tels les immeubles. Si l'insécurité juridique ressort par certains aspects, c'est davantage la flexibilité de l'institution qui doit être remarquée. Les cadres légal et jurisprudentiel se limitent à la protection de droits

fondamentaux. Le reste est laissé à l'appréciation des parties au contrat de société ou à la convention emportant la constitution de l'usufruit.

\*

\* \*

**347. De l'adéquation relative du démembrement de propriété à anticiper la transmission de l'entreprise.** Après l'étude du démembrement de l'entreprise individuelle et des droits sociaux représentatifs de l'entreprise sociétaire, il apparaît que l'objectif premier consistant en une sécurisation ou en une optimisation de la poursuite de l'activité, par le biais du recours aux mécanismes transmissifs et organisationnels anticipatoires, peut être atteint. Si le régime juridique du démembrement de propriété, tant de l'entreprise individuelle que des droits sociaux, n'apparaît pas comme parfait, il se trouve être relativement adapté aux objectifs poursuivis, à savoir permettre l'anticipation de la transmission de l'entreprise. Bien que la technique soit issue du droit civil, elle permet de poursuivre les objectifs du droit des affaires et de satisfaire à ses enjeux. La souplesse de gestion peut être aménagée par le biais de stipulations conventionnelles ou statutaires. La situation juridique de l'entreprise est ainsi stabilisée dans le cadre de l'opération de transmission qu'elle a à subir, et sa pérennité, favorisée. Il se trouve par ailleurs que la situation juridique des prédécesseurs et des repreneurs est relativement confortable, ou tout du moins pourrait pleinement l'être, si l'encadrement législatif et jurisprudentiel était davantage avancé. La convention permet tout de même d'articuler leurs pouvoirs autour du bien concerné, toujours dans l'objectif de poursuite de l'activité.

Lorsque le prédécesseur n'aura pas la possibilité de continuer l'exploitation, mais que le repreneur ne sera pas encore en mesure de poursuivre l'activité, d'autres techniques, issues elles-aussi du droit civil, pourront permettre la transmission de l'entreprise. Elles impliquent de manière inhérente la notion d'anticipation en ce qu'elles sont, elles-aussi, des techniques d'anticipation de la transmission de l'entreprise. Complémentaires au démembrement de propriété, elles seront mises en œuvre lorsque le prédécesseur, souhaitant se retirer, programmera la reprise de son entreprise : il fera pour cela appel à un tiers gestionnaire temporaire.

## TITRE II – ANTICIPATION ET TRANSMISSION DE L'ACTIVITÉ : L'INTERVENTION D'UN INTERMÉDIAIRE

**348. L'anticipation de la transmission de l'activité par le recours au tiers intermédiaire.** Anticiper le transfert de la gestion suppose d'anticiper la période transitoire entre le début et la fin de l'opération de transmission. Parfois, elle se déroulera sur une longue période. C'est le cas lorsque le chef d'entreprise se réserve l'usufruit, lui permettant ainsi de conserver, pour un temps encore, la gestion de son entreprise. Outre les *avoirs* qui ne procèdent que de la transmission par actes juridiques, celle des *pouvoirs* implique leur passation concrète entre le prédécesseur et le repreneur, matérialisée par la cessation de leur exercice par le premier et leur mise en œuvre par le second. L'acte juridique qui a vocation à sécuriser cette période doit préciser la répartition de leurs pouvoirs ou organiser une éventuelle vacance lorsque le prédécesseur et le repreneur ne se trouvent pas aptes au même moment à procéder à cette transmission. Ils doivent alors recourir à un tiers intermédiaire.

Le mandat posthume et la fiducie sont des techniques-institutions qui offrent précisément la possibilité de recourir à un tiers pour lui confier la gestion de certains biens. Le premier permet de pallier une vacance de direction et d'anticiper la transmission de la gestion de l'entreprise, puisque les textes la visent spécifiquement. La seconde n'est pas encore adaptée mais elle présente de nombreux avantages. Une réforme permettrait de l'intégrer dans l'opération de transmission de l'entreprise et spécialement d'anticiper le transfert de sa gestion. Monsieur WITZ souligne l'intérêt du recours à des « intermédiaires de transmission »<sup>895</sup> comme pour « assurer la conservation et l'essor du patrimoine donné ou légué »<sup>896</sup> par exemple. Ce peut aussi être « un moyen juridique qui soit de nature à protéger le gratifié contre sa prodigalité ou son inexpérience »<sup>897</sup>.

---

<sup>895</sup> Il s'agit de termes qu'il emprunte à CAILLEMER. V. Robert CAILLEMER, *Les origines et le développement de l'exécution testamentaire*, th. Lyon – 1901, A. Rey, 1901.

<sup>896</sup> Claude WITZ, *La fiducie en droit privé français*, th. Strasbourg 3 – 1979, Préface Dominique SCHMIDT, *Economica*, 1981, p. 58, §60.

<sup>897</sup> Claude WITZ, *op.cit.*, p. 57, §59.

**349. La gestion ou la propriété, comme fondements des techniques de gestion par le tiers.** Cependant la fiducie et le mandat à effet posthume doivent être différenciés<sup>898</sup>. Le mandat ne permet d'organiser que l'anticipation de la transmission de la gestion tandis que la transmission de la propriété sera assurée par l'effet dévolutif de la succession. La fiducie permettrait de gérer ce second aspect dans les opérations à titre onéreux comme à titre gratuit, tout en l'anticipant. De plus, le mandat est fondé sur la gestion de biens pour autrui, et emporte la dissociation du titre de propriété du bien et de sa gestion. À l'inverse, la fiducie, fondée sur la propriété, emporte une propriété intermédiaire et temporaire.

Ensuite, le mandat à effet posthume n'est pas une technique de transmission de l'entreprise, mais un outil d'accompagnement à la transmission. Il s'inscrit dans le dispositif contractuel mis en œuvre par le dirigeant-disposant pour optimiser l'opération et renforcer les chances de continuité de l'activité de son entreprise. Le mandat à effet posthume, intégré au Livre troisième du Code civil relatif aux « différentes manières dont on acquiert la propriété », a vocation à engendrer la transmission aux héritiers du bien qui en est l'objet. Pensé par le législateur pour son application à l'entreprise<sup>899</sup>, il permet « au défunt de désigner de son vivant un mandataire avec la mission d'administrer tout ou partie du patrimoine transmis, si les héritiers, en raison de leur âge, de leur handicap ou de la consistance particulière de la succession, ne peuvent le faire eux-mêmes »<sup>900</sup>. Le mandat à effet posthume permet de combiner cette période transitoire de gestion à la désignation d'un repreneur ayant la qualité d'héritier. Le disposant qui souhaiterait organiser une telle période de gestion transitoire assurée par un tiers pourra peut être prochainement se tourner vers la fiducie.

---

<sup>898</sup> Monsieur WITZ insiste sur la différence entre fiducie et mandat. Il ne se réfère ici qu'au mandat de droit commun emprunt de représentation, et non au mandat à effet posthume, qui n'emporte pas pour sa part représentation, mais la remarque mérite d'être reproduite : « La représentation se place au moment de l'acquisition des droits. Elle répond à cette question : comment le droit acquis par le représentant sera-t-il transféré au représenté ? La fiducie se place au moment de l'exercice des droits. Elle répond à cette question : comment organiser les rapports de A et de B pour que l'intérêt du fiduciaire A ne soit pas lésé par les droits exclusifs du fiduciaire B ? » (*In* Claude WITZ, *La fiducie en droit privé français*, th. Strasbourg 3 – 1979, Préface Dominique SCHMIDT, Economica, 1981, p. 235, §240.)

<sup>899</sup> Cf. Rapport n° 2850 sur la réforme des successions et libéralités du député M. Sébastien HUYGHE, sous art. 812 et 812-1 : « [Ce nouveau mandat] d'anticiper les difficultés éventuelles de gestion du patrimoine successoral, en particulier lorsqu'une entreprise est en jeu ».

<sup>900</sup> *In* Rapport du Sénat n° 343 Tome I (2005-2006) de M. Henri de RICHEMONT, fait au nom de la commission des lois, déposé le 10 mai 2006, sur le projet portant réforme des successions et libéralités, II, A, 2.b.

Une réforme de la fiducie, comme il sera suggéré ultérieurement, permettrait en effet l'organisation de cette même période de gestion temporaire d'un bien par un tiers au profit d'un bénéficiaire. Les raisons d'une nécessité de gestion intermédiaire seront similaires à celles qui justifient le recours au mandat à effet posthume, en ce que le repreneur définitif ne sera pas prêt à assumer cette fonction au jour du retrait du prédécesseur. La fiducie offrirait l'avantage de l'alternative au mandat à effet posthume. De plus, elle s'en différencie par le fait qu'elle est une technique de gestion fondée sur la propriété, ce qui n'est pas le cas du mandat à effet posthume. Elle permettrait, une fois les règles légales modifiées, d'anticiper la gestion de l'entreprise en transmission, tout en couplant transmission anticipée et anticipation de la transmission, étant fondée sur un double transfert de propriété. La fiducie-gestion-transmission se révélerait être l'outil d'anticipation par excellence des opérations de transmission.

**350. L'amélioration nécessaire du mandat à effet posthume et de la fiducie.** Le mandat à effet posthume ou la fiducie, utilisé(e) dans une opération de transmission de l'entreprise, suppose ou supposerait le concours de trois personnes : le futur prédécesseur qui sera(it) le mandant ou le constituant, le futur repreneur qui aura(it) la qualité d'héritier ou de bénéficiaire, et le tiers-gestionnaire-intermédiaire qui se trouvera(it) être le mandataire posthume ou le fiduciaire (selon le schéma que nous retiendrons ici). Il faudra analyser l'articulation des différents rapports juridiques qu'ils devront entretenir, ceux qu'ils auront avec les créanciers de l'entreprise et les tiers, leurs responsabilités, et surtout l'impact de l'utilisation de ces techniques quant à l'anticipation de la transmission de l'entreprise et quant à sa pérennité. Enfin, étant des techniques de gestion, les modalités qu'elles proposent devront être évaluées afin de conclure ou non à leur adéquation à la gestion de l'entreprise. Il ressort de l'étude que ces techniques civilistes présentent un intérêt certain quant à l'anticipation de la transmission de l'entreprise. Mais récemment instituées et, issues du droit civil, elles doivent davantage être mise en conformité avec les besoins de la transmission de l'entreprise. Celle-ci, qu'il s'agisse d'un fonds, d'un patrimoine affecté, ou de simple droits sociaux, sera alors livrée au tiers mandataire (Chapitre I) ou au fiduciaire (Chapitre II).

Chapitre I – Le mandat à effet posthume, un outil à parfaire

Chapitre II – Proposition d'intégration de la fiducie à l'opération de transmission de l'entreprise



# Chapitre I – Le mandat à effet posthume, un outil à parfaire

---

**351. Le mandat à effet posthume : technique d'anticipation de transmission de la gestion de l'activité.** Le mandat à effet posthume est une technique empreinte d'anticipation. En effet, il offre la possibilité à un disposant de désigner avant son décès, l'un de ses héritiers en tant qu'attributaire d'un ou plusieurs biens compris dans son patrimoine, tout en ordonnant une gestion temporaire de ce bien par un tiers-mandataire, parce qu'elle est justifiée par un « intérêt sérieux et légitime ». Lorsqu'il a pour objet une entreprise, le mandat à effet posthume est tout d'abord un outil permettant la désignation anticipée du repreneur. Le mandant-prédécesseur y désigne comme bénéficiaire l'héritier au profit duquel le mandat est souscrit, lui conférant ainsi le titre de futur repreneur de son entreprise. Dans le même temps, il nomme un mandataire-gestionnaire temporaire, dont la prise de fonctions débutera au jour de son décès. Ainsi la désignation du repreneur sera anticipée, elle ne se produira plus au jour du partage successoral, mais au jour de la conclusion du mandat. Cette désignation anticipée du repreneur a déjà été étudiée ci-avant<sup>901</sup>, lors de l'analyse de la transmission anticipée de la propriété de l'entreprise. Aussi convient-il maintenant de centrer l'analyse sur l'anticipation de la gestion de l'entreprise en transmission. En effet, la technique permet d'anticiper la transmission de la gestion de l'entreprise, le mandat encadrant la période transitoire courant du jour où il est mis en œuvre jusqu'à celui où il prend fin. Sont prévues dans l'acte les règles de gestion de l'entreprise par le tiers-mandataire pour cette durée.

Le mandat à effet posthume, présenté comme « un nouvel outil de contractualisation, non seulement des successions, mais aussi de la gestion des entreprises »<sup>902</sup>, est avant tout une technique de gestion des biens. Le premier texte législatif le concernant permet de le constater puisqu'il offre l'opportunité de « donner (...) mandat d'administrer ou de gérer (...) tout ou partie de sa succession »<sup>903</sup>. Bien que l'entreprise ne soit pas directement visée par les textes, le législateur entend que la technique puisse être utilisée aux fins de gestion « des biens

---

<sup>901</sup> Cf. §130s.

<sup>902</sup> Jean PRIEUR et Marceau CLERMON, « La gestion de l'entreprise par un mandataire », *JCP N 2006*, 1297, p. 1647, §40.

<sup>903</sup> Art. 812 al. 1 c.civ.

professionnels »<sup>904</sup> compris dans cette succession. La doctrine reconnaît de manière unanime que les entreprises sont visées par cette expression, le mandat à effet posthume ayant été « conçu principalement pour les entrepreneurs afin d’assurer la pérennité de l’outil professionnel »<sup>905</sup>, « la pérennité de l’entreprise, souci majeur de la loi (...) [désirant prendre] en compte (les) réalités économiques et avec elle (les) difficultés liées à la transmission d’une entreprise »<sup>906</sup>. Sont concernées les entreprises individuelles exploitées en nom propre puisque le fonds, quelle que soit sa nature, pourra être qualifié de *bien professionnel*, ainsi que les entreprises sociétaires au travers des droits sociaux. Quant à l’entreprise individuelle à patrimoine affecté, toute la question est de savoir s’il est possible de qualifier le *patrimoine affecté à l’activité professionnelle* de *bien professionnel*. S’il paraît difficile de qualifier d’emblée le *patrimoine* de *bien* en l’état du droit positif, il est indiscutable que cette technique peut lui être appliquée, dans la mesure où ce patrimoine affecté ne renferme justement que des *biens professionnels*.

**352. Des modalités inadaptées à écarter.** Par ailleurs, cette technique présente l’opportunité de modalités très variées et encore peu appréhendées en pratique. Si la notion d’entreprise se trouve renforcée par la prise en compte de son intérêt, il en résulte une personnification partielle des entreprises. En conséquence, certaines règles du droit des successions sont bouleversées, notamment celle consistant à faire « primer la survie de l’entreprise sur le droit des héritiers, comme le droit des procédures collectives fait primer le maintien de l’activité sur le droit des créanciers »<sup>907</sup>. Cela se manifeste notamment au travers de la dérogation apportée au principe de la saisine des biens successoraux par les héritiers<sup>908</sup>. Les conséquences pratiques de ce renversement devront être précisées.

Ensuite, certaines règles du droit commun du mandat à effet posthume doivent être écartées. Il s’agit notamment de la possibilité de désigner plusieurs héritiers dans l’intérêt desquels le

---

<sup>904</sup> Cf. Art. 812 al. 3 et Art. 812-1-1 al. 2 c.civ.

<sup>905</sup> Béatrice CRÉNEAU-JABAUD, « La protection conventionnelle : les nouveaux contrats de protection – À propos du mandat de protection future et du mandat à effet posthume », *Rev. Lamy Dr. civ.* 2010, n° 73, p. 65.

<sup>906</sup> Anne RABREAU, « La continuation de l’entreprise par un mandataire », *In Etudes réunies par Jean-Claude HALLOUIN, Hervé CAUSSE et Joël MONNET, La location d’actions et de parts de SARL, La réforme du droit des successions et la transmission des entreprises, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales – Université de Poitiers*, LGDJ, 2008, p. 95, v. p. 96.

<sup>907</sup> Augustin AYNÈS, « L’administration de la succession par autrui », *JCP N* 2008, n° 29, p. 28, §14.

<sup>908</sup> Cf. sur ce point : Michel GRIMALDI, « Le mandat à effet posthume », *Deffrénois* 2007, n° 1, art. 38509, p. 3, §8, p. 3, §1 ; Anne RABREAU, *op. cit.*, v. p. 97.

mandat serait constitué. Cette modalité est intéressante lorsqu'un seul des héritiers est désigné comme bénéficiaire de l'entreprise et que ses cohéritiers se voient attribuer d'autres biens, mais elle permet aussi de désigner plusieurs d'entre eux à l'attribution de l'entreprise. Cette situation peu classique entraînera à l'extinction du mandat une situation d'indivision relativement à l'entreprise individuelle ou une dilution de la participation au capital de l'entreprise sociétaire. En effet, les héritiers ainsi désignés recevront en pleine propriété, au terme du mandat, le bien qui en est l'objet. Il se créera alors inévitablement une situation d'indivision, ce qui perturbera le fonctionnement de l'entreprise individuelle. Lorsque plusieurs héritiers seront désignés en tant qu'attributaires des droits sociaux, chacun en recueillera une part équitable ou non, suivant les volontés du mandant. Il en résultera une dilution des participations. Le but du législateur étant, en matière de transmission d'entreprise, d'éviter toute contrainte pouvant la faire échouer ou entraînant un enrayement de la structure économique, il faut écarter ces modalités quant à l'application de la technique à l'entreprise.

Les textes permettent aussi de désigner plusieurs mandataires. Cette désignation multiple revêt des aspects positifs, comme négatifs. L'avantage principal consiste en la possibilité d'isoler, au sein de la masse successorale, la gestion de l'entreprise individuelle ou des droits sociaux, en les confiant à un mandataire spécialement dédié à cette gestion et en attribuant corrélativement la gestion du reste de la succession à un ou plusieurs autres mandataires. La désignation multiple permet de cloisonner les biens, ce qui en optimisera leur gestion. En revanche, la disposition permet aussi de désigner plusieurs mandataires à la gestion d'un même bien, « pour exercer leurs fonctions soit simultanément – collégalement ou séparément, soit successivement (...)»<sup>909</sup>. Cette modalité de la collégialité doit être évitée dans le cadre de la gestion de l'entreprise individuelle ou des droits sociaux, en ce qu'elle enrayerait le fonctionnement de l'entreprise. En résulterait une obligation à la collégialité pour les grandes décisions dans l'entreprise individuelle, et une prise de décision à double degré dans les entreprises sociétaires (la décision devrait d'abord être votée par les mandataires entre eux, puis l'un d'eux serait envoyé en assemblée où il devrait se prononcer conformément à la décision adoptée avec les autres)<sup>910</sup>. En outre, il serait salutaire pour le

---

<sup>909</sup> Michel GRIMALDI, « Le mandat à effet posthume », *op. cit.*, n° 1, art. 38509, p. 3, §8.

<sup>910</sup> En effet, la désignation de plusieurs mandataires à la gestion d'une entreprise individuelle, ou d'une fraction de droits sociaux, les obligerait à fonctionner en collégialité pour décider des actes de gestion ou d'administration relatifs à l'entreprise individuelle. Relativement à la gestion des droits sociaux, et à l'exercice du droit de vote, ils devraient se réunir avant chaque assemblée afin de décider du sens du droit de vote pour chaque proposition de résolution. Les mandataires seraient ainsi assimilés à des « organes représentatifs de droits

disposant de désigner des mandataires de substitution, en cas d'inertie, d'incapacité, de décès ou de révocation du premier, ou encore de renonciation après le décès du mandant, ce qui permettrait à la volonté du défunt de produire les effets escomptés malgré un désistement tardif<sup>911</sup>.

**353. L'organisation des personnes autour de l'entreprise.** Il faut ensuite souligner que si la mise en œuvre du dispositif est envisagée par le législateur quant à son application spécifique à l'entreprise, elle est prioritairement pensée pour tout type de biens pouvant entrer dans la composition d'un patrimoine, dont la gestion n'est pas comparable à celle d'une entreprise. Aussi, il convient d'envisager ici l'application théorique et pratique du mandat à effet posthume à l'entreprise, telle que prévue par les articles 812 et suivants du Code civil. Le mandat permet de confier temporairement la gestion de l'entreprise à un tiers, sans pour autant lui en transmettre la propriété. Ainsi vont graviter autour de l'entreprise les personnalités juridiques du prédécesseur-mandant, du repreneur-héritier et du tiers-mandataire-gestionnaire. Cette multiplicité des personnes physiques activées par et pour l'entreprise, va entraîner une certaine confusion quant à la détermination de la personnalité juridique de rattachement de tel ou tel acte, pouvoir et/ou responsabilité relatifs à la gestion de l'entreprise. Les difficultés seront plus explicites en ce qui concerne la gestion de l'entreprise individuelle, plutôt que celle des droits sociaux induisant la transmission de l'entreprise sociétaire. C'est pourquoi les développements suivants concerneront principalement la première et ne se rapporteront que très ponctuellement à la seconde par le biais de références aux droits sociaux, lorsque certaines spécificités mériteront d'être présentées au regard de l'objectif d'anticipation de la gestion de l'entreprise en transmission. Il faudra, pour l'entreprise individuelle, préciser quelle est sa personnalité juridique de rattachement (Section

---

sociaux se concertant et se contrôlant dans l'exercice du droit de vote » (*In* Jean PRIEUR et Marceau CLERMON, « La gestion de l'entreprise par un mandataire », *JCP N 2006*, 1297, p. 1647, § 11 *in fine*), organisés sur le modèle des organes sociaux, et affectés à la gestion de l'entreprise individuelle ou des droits sociaux. La prise de décision serait inéluctablement repoussée dans le temps, et le fonctionnement de l'entreprise, ralenti. Ce semblant de sécurité, que représente la désignation de plusieurs mandataires à la gestion ou à l'administration d'une entreprise, ne serait qu'un moteur de blocages pour l'entreprise que ce soit sous sa forme individuelle ou sociale.

<sup>911</sup> En effet, l'article 812-6 du Code civil précise que le mandataire peut renoncer à continuer sa mission de mandataire posthume, après notification de sa décision aux héritiers ou à leurs représentants, celle-ci prenant effet après un délai de trois mois.

I). Et puisque la gestion de l'entreprise sera confiée au mandataire pour toute la durée du mandat, sa situation juridique devra être minutieusement analysée (Section II).

## **SECTION I – L'ANTICIPATION DU RATTACHEMENT DE L'ENTREPRISE À UNE PERSONNALITÉ JURIDIQUE**

**354. La « représentativité de l'entreprise ».** Les termes de « représentativité de l'entreprise » laissent de prime abord quelque peu perplexe puisque l'entreprise n'est pas un sujet de droit. Aussi ne peut-on parler de « représentation d'une entreprise » sans commettre un abus de langage. La société est un sujet de droit, la personne physique qui exploite l'entreprise individuelle aussi, mais l'entreprise elle-même, qui tend à se dégager comme une entité, n'est pas encore reconnue en tant que telle. Cependant, l'ensemble des règles concernant les entreprises, quelle que soit leur forme juridique, démontre une volonté de consacrer une entité qui soit plus qu'un objet, entité ayant une activité, et devant être protégée par l'encadrement législatif. La prise en compte de l'intérêt de l'entreprise contribue à l'autonomisation de l'entreprise par rapport à l'homme.

**355. L'intérêt de l'entreprise.** Cet essor de l'intérêt de l'entreprise<sup>912</sup> invite à l'élaboration de règles dérogatoires. Celle relative à la saisine l'illustre : la mise en œuvre du mandat à effet posthume ayant pour objet une entreprise induit que les héritiers ne pourront au jour du décès du mandant saisir cette dernière. En faisant primer la continuité de l'entreprise sur les droits des héritiers, Messieurs PRIEUR et CLERMON reconnaissent expressément que « [c]'est l'intérêt de l'entreprise qui est consacré. La prévalence de sa pérennité et de sa continuation sur les intérêts particuliers des héritiers »<sup>913</sup> est privilégiée. L'intérêt de l'entreprise doit en effet être préservé, car il permet d'assurer la continuité de l'exploitation de son activité, engendrant les richesses et les emplois en prévision desquels l'entreprise a été créée. Les dispositions relatives au mandat à effet posthume laissent transparaître l'amorce, initiée par le législateur, de la reconnaissance de l'intérêt de l'entreprise. En effet, l'article 812-1-1 alinéa

---

<sup>912</sup> V. sur ce point : Gérard LYON-CAEN et Antoine LYON-CAEN, « La « doctrine » de l'entreprise », *op. cit.*, p. 599, V. n.b.p. n° 163 ; Jean PAILLUSSEAU, *La société anonyme : technique d'organisation de l'entreprise*, *op. cit.*, V. n.b.p. n° 164 ; Claude CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, V. n.b.p. n° 164 ; Michel DESPAX, *L'Entreprise et le Droit*, *op. cit.*, V. n.b.p. n° 115.

<sup>913</sup> In Jean PRIEUR et Marceau CLERMON, « La gestion de l'entreprise par un mandataire », *JCP N 2006*, 1297, p. 1647, §6 *in fine*.

<sup>1er</sup> du Code civil précise bien que le mandat ne peut être mis en place « que s'il est justifié par un intérêt sérieux et légitime » qui doit être apprécié au regard des personnes (les héritiers) ou des biens (c'est-à-dire « au regard du patrimoine successoral »). Les débats parlementaires<sup>914</sup> sont à ce sujet riches d'enseignements, puisque ce sont précisément les biens professionnels, et par là, les entreprises qui sont visées par le législateur dans cette disposition. Le deuxième alinéa en témoigne puisque la durée du mandat pourra être portée de deux à cinq ans si cela est justifié par « la nécessité de gérer des biens professionnels ». Ainsi, l'intérêt de l'entreprise est préservé et consacré dans le cadre de la technique du mandat à effet posthume.

Cependant, l'entreprise ne peut, seule, défendre son intérêt. Les personnes physiques ou les personnes morales y satisfont selon qu'il s'agisse d'une entreprise individuelle ou d'une entreprise sociétaire. Ainsi, pour se développer, l'entreprise doit être rapprochée d'une personnalité juridique de rattachement. On remarque alors les liens très étroits qu'entretient l'entreprise avec la notion de personnalité juridique. Encore non éligible à la reconnaissance d'une personnalité qui lui est propre, le phénomène de personnification se fait jour.

**356. La personnification de l'entreprise.** Si la prévalence de l'intérêt de l'entreprise permet de souligner ce phénomène, on ne peut pour autant constater que cette personnification a abouti. L'ambiguïté dont est empreinte le concept d'entreprise en est la cause. Pour la relever, il faut revenir sur les différentes formes juridiques que l'entreprise peut emprunter. Pour l'entreprise sociétaire, tout autant nommée « société », la personnification est flagrante. L'entreprise individuelle est pour sa part rattachée à la personnalité juridique du chef d'entreprise. Elle semble indissociable de ce dernier, tant qu'elle n'est pas en difficulté, puisqu'elle emprunte la personnalité juridique de la personne physique. Le lien unissant l'entreprise individuelle à son exploitant fait obstacle à la reconnaissance d'une personnalité qui lui est propre. Cependant, l'émancipation de l'entreprise individuelle est perceptible, puisque lui est désormais reconnu le droit « d'avoir » ou « d'être » un patrimoine affecté. Dès lors, comme la société, l'entreprise individuelle peut être une unité patrimoniale autonome. Son identité commence ainsi à percer.

La situation juridique est d'ailleurs surprenante, puisque l'intérêt de l'entreprise individuelle est porté par la personne physique, et sans que la seconde ne représente la première, l'entreprise émane de l'homme de telle manière qu'elle supplée parfois les intérêts personnels

---

<sup>914</sup> Le législateur considère le mandat à effet posthume comme un outil permettant « d'anticiper les difficultés éventuelles de gestion du patrimoine successoral, en particulier lorsqu'une entreprise est en jeu » (*In Rapport n° 2850 sur la réforme des successions et libéralités du député M. Sébastien HUYGHE, sous art. 812 et 812-1*).

de ce dernier. Ainsi l'entreprise ne peut être totalement assimilée au fonds. Elle est plus qu'un simple objet de propriété puisque son intérêt voit le jour. L'entreprise individuelle induit l'idée de mouvement, d'activité, de manifestation dans la vie juridique, alors que le fonds n'est qu'un objet. Le terme d'« entreprise » signifie que la poursuite d'une activité est recherchée, alors que la société et le fonds ne sont que des supports de l'exploitation de cette activité.

Cependant, en l'état du droit positif, l'entreprise ne pouvant être laissée errante, elle doit être rattachée à une personne, et donc être abritée par le patrimoine d'une personne juridique, généralement l'entrepreneur.

**357. L'entreprise et les personnalités juridiques.** Dans le cadre de l'entreprise individuelle, le mandat à effet posthume vient pallier le défaut de personnalité juridique de rattachement au moment du décès de l'entrepreneur<sup>915</sup>. Quant aux droits sociaux, il permet d'en attribuer la titularité. Cependant, plusieurs personnalités juridiques gravitent autour de l'entreprise. Qui du mandant, du mandataire ou de l'héritier-bénéficiaire est censé voir l'entreprise individuelle rattachée à sa personnalité juridique ? Les textes ne sont pas clairs et le droit commun du mandat n'a que peu d'utilité dans un schéma aussi inhabituel que celui instauré par le mandat à effet posthume. Plus que l'entreprise sociétaire, l'entreprise individuelle sera au cœur de nos propos, car elle permet d'illustrer la problématique inhérente à l'articulation des personnalités juridiques du mandant, du mandataire et de l'héritier autour de l'entreprise, et le phénomène d'anticipation ressortant de la technique. Il ressort de l'analyse que le dispositif légal entraîne une anticipation relative à l'articulation des personnalités juridiques bien que les règles ne soient que partiellement appréhendées par la doctrine (§I). Enfin, une position devra être prise quant au rattachement de l'entreprise à la personnalité juridique de l'un des protagonistes (§II).

---

<sup>915</sup> Au décès du chef d'entreprise, et en l'absence d'anticipation, l'entreprise tombe dans la masse successorale, elle se voit alors rattachée à la personnalité juridique de tous les héritiers, mais ce rattachement est insatisfaisant quant à la bonne administration de l'entreprise ; les problèmes liés à son traitement juridique sous le régime de l'indivision ont déjà été relevés.

## **§I – L’articulation des personnalités juridiques autour de l’entreprise**

**358. Des diverses personnalités juridiques entourant l’entreprise.** Il faut ici préciser comment s’articulent les différentes personnalités juridiques gravitant autour de l’entreprise lui permettant ainsi d’exister dans la vie juridique, c’est-à-dire de fonctionner. Dans le cadre du mandat à effet posthume, il apparaît qu’un critère permet de répartir le rattachement de l’entreprise à la personnalité juridique de l’une des différentes personnes juridiques intervenante : celui de la dissociation.

Le mandat à effet posthume permet de dissocier entre plusieurs personnes, ce qui est supporté par une seule et même personne juridique en l’absence de mandat. Tout d’abord, en ce qui concerne l’articulation des personnalités juridiques du mandataire, du mandant et du bénéficiaire, le mandat emporte une désunion des attributs de la personnalité juridique (A) ; en ce qui concerne les rapports entre ceux-ci et les tiers une dissociation des responsabilités a été constatée (B).

### **A – L’anticipation des rapports entre le mandataire, le mandant et l’héritier : la dissociation des attributs de la personnalité juridique**

**359. La dissociation de la volonté et de l’exécution, dans les rapports entre le mandataire et le mandant.** Le mandat à effet posthume a toujours pour origine la volonté d’un mandant de confier une mission à un mandataire. Ainsi, le mandat exprime la volonté du mandant de confier la gestion ultérieure de son entreprise au mandataire. Une double dissociation en résulte : une dans le temps et une dans l’espace.

Quant à l’espace tout d’abord, généralement, l’expression de la volonté et sa mise en œuvre, émanent de la même personne. Monsieur LOMBOIS l’exprime ainsi : « [l]’exercice des droits (...), s’il doit associer volonté et action, n’impose la réunion de l’une et de l’autre que dans la même personne juridique, non dans une seule personne physique. Entre vivants, le mandat en permet la répartition. Il ne serait pas inconcevable qu’un mort, qui ne peut plus agir, puisse du moins animer de sa propre volonté l’action d’un vivant »<sup>916</sup>. L’objet du mandat est effectivement de permettre la réalisation d’une volonté par une personne différente de celle

---

<sup>916</sup> Claude LOMBOIS, « De l’autre côté de la vie », *In Écrits en hommage à Gérard CORNU – Droit civil, procédure, linguistique juridique*, PUF, 1994, p. 285, v. p. 298.

qui l'exprime ; il y a « changement dans la personne de l'exécutant »<sup>917</sup>. Relativement au mandat à effet posthume ayant pour objet une entreprise, les personnalités juridiques du mandataire et du mandant gravitent autour de celle-ci : le mandant cherche à en préserver la continuité, en s'assurant qu'un gestionnaire prenne sa place au jour de son décès. Il poursuit l'intérêt de son entreprise. Le mandataire se voit alors confier la mission de la gérer et de protéger son intérêt en assurant la continuité de l'exploitation de l'activité, et de là, sa pérennité.

Ensuite, la dissociation est aussi perceptible dans le temps : il s'agit de la dissociation entre la manifestation de la volonté par le mandant dans le *présent*, et sa mise en exécution par le mandataire dans le *futur*. Un certain paradoxe se fait jour, puisque si dans le cadre du mandat de droit commun, le mandataire exécute une volonté existante<sup>918</sup>, dans le cadre du mandat à effet posthume, sa mise en œuvre présuppose la disparition de la volonté qui l'a initié. Est ainsi dissociée l'expression de la volonté de sa mise en œuvre : « [c]e qui est reporté après la mort, c'est l'effet de la volonté vivante »<sup>919</sup>. Il s'agit là d'une spécificité du mandat à effet posthume.

On constate une dissociation des attributs de la personnalité juridique que sont l'expression d'une volonté et sa mise en œuvre. Habituellement issus d'une seule personne juridique, ces deux attributs émanent ici de deux personnes juridiques distinctes, dans le but de gérer le bien professionnel. Au-delà des personnes, il semble que leurs personnalités juridiques soient toutes deux engagées, le mandataire posthume ne représentant pas le mandant. Le mandat à effet posthume organise donc les personnalités juridiques autour de l'entreprise, afin de préserver cette dernière et d'en assurer la gestion.

Cependant, la dissociation des attributs de la personnalité ne se limite pas à la dissociation de la volonté et de sa mise en œuvre. Une volonté va engendrer des actes juridiques, notamment lorsque sera mis en œuvre un droit. C'est précisément la dissociation des droits qu'il convient à présent d'aborder.

---

<sup>917</sup> Claude LOMBOIS, « De l'autre côté de la vie », *In Écrits en hommage à Gérard CORNU – Droit civil, procédure, linguistique juridique*, PUF, 1994, p. 285, v. p. 299.

<sup>918</sup> Anne-Catherine CHIARINY-DAUDET, « Les nouvelles représentations de la volonté en droit de la famille », *LPA 2007*, n° 238, p. 6, §8.

<sup>919</sup> Claude LOMBOIS, « De l'autre côté de la vie », *In Écrits en hommage à Gérard CORNU – Droit civil, procédure, linguistique juridique*, PUF, 1994, p. 285, v. p. 298.

**360. La dissociation des droits et de leur exercice dans les rapports entre le mandataire et l'héritier.** Si le mandat à effet posthume est initié par la volonté du mandant, le bénéficiaire des droits qui en sont issus est une tierce personne : le repreneur pressenti. Ainsi, le mandat habituellement donné au bénéfice du mandant, l'est ici au bénéfice d'un héritier. S'organisent alors des rapports entre le mandataire et l'héritier. Nous y avons repéré une dissociation quant aux droits subjectifs des personnes.

Au décès du disposant, les héritiers continuent sa personne en exerçant à sa place ses droits. Après la liquidation de la succession, ils deviennent titulaires de nouveaux droits. Ainsi, dès l'ouverture de la succession, l'héritier accapare les droits du *de cuius*. C'est donc lui qui en récupère la titularité, et par là-même l'exercice. Dans le cadre du mandat à effet posthume, l'héritier reste titulaire de ces mêmes droits, mais le mandataire se voit substitué à sa personne quant à leur exercice : il y a « substitution de l'héritier ou des héritiers par le mandataire dans la gestion des biens »<sup>920</sup>.

Les biens dont il est ici question, et les droits qui en sont issus, sont ceux relatifs à l'entreprise. Le mandataire gère le fonds, le patrimoine affecté ou les droits sociaux dont l'héritier est titulaire. Il exercera les droits qui y sont relatifs dans l'intérêt de ce dernier. Pour les droits sociaux, le mandat « conduit à dissocier totalement la qualité d'associé et l'exercice des droits »<sup>921</sup> qui en sont issus. Mais au-delà de la scission qui se produit entre une qualité entraînant la titularité de droits et leur exercice, une seconde dichotomie est perceptible. La représentation « vient opérer une dissociation entre la jouissance du droit – réservé à son titulaire – et son exercice – conféré au titre du pouvoir délégué au représentant »<sup>922</sup>.

Ainsi s'articulent les personnalités juridiques du mandataire et de l'héritier. Là encore, la dissociation opérée a vocation à organiser leurs liens autour de l'entreprise, qui prend ainsi part à la vie juridique. L'unité tend alors à devenir une entité.

Mais la dissociation n'opère pas seulement au niveau des attributs de la personnalité, elle s'invite aussi dans la répartition des responsabilités vis-à-vis de tiers.

---

<sup>920</sup> Anne RABREAU, « La continuation de l'entreprise par un mandataire », *op. cit.*, v. p. 100. V. n.b.p. n° 906.

<sup>921</sup> Arnaud REYGROBELLET, « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés – Le cas du mandat à effet posthume », *JCP N 2009*, n° 52, p. 33, §35.

<sup>922</sup> Anne-Catherine CHIARINY-DAUDET, « Les nouvelles représentations de la volonté en droit de la famille », *op. cit.*, §15. V. n.b.p. n° 918.

## **B – L’anticipation des rapports entre le mandataire et les tiers : La dissociation des responsabilités**

**361. La qualité d’exploitant, dissociée de la qualité d’entrepreneur.** Selon Monsieur WICKER, « le mandataire posthume agissant de façon indépendante et en son nom personnel, la qualité d’exploitant doit nécessairement lui appartenir »<sup>923</sup>. L’attribution de cette qualité appelle l’analyse de l’attribution de celle d’entrepreneur. Et, si la première doit effectivement revenir au mandataire (1°), il n’en est pas de même de la seconde qui semble rester en suspens (2°).

### 1°) La responsabilité liée à la qualité d’exploitant du mandataire

**362. La poursuite de l’activité confiée au mandataire.** La poursuite de l’activité de l’entreprise individuelle est confiée au mandataire. La doctrine admet qu’il puisse être qualifié d’exploitant<sup>924</sup>. D’ailleurs l’article 812, alinéa 3, du Code civil impose que le mandataire posthume ne soit « pas frappé d’une interdiction de gérer lorsque des biens professionnels sont compris dans le patrimoine successoral », ce qui indique bien qu’il doit être assimilé à un exploitant lorsque lui sera confiée la gestion d’une entreprise individuelle<sup>925</sup>. Cependant, les avis sont opposés quant à l’obligation ou non du mandataire de s’immatriculer au registre du commerce et des sociétés, et quant au fait de savoir s’il est tenu ou non des dettes d’exploitation.

Selon Monsieur WICKER, le mandataire étant exploitant<sup>926</sup>, il « est tenu de toutes les obligations qui se rattachent à cette qualité. Si l’activité de l’entreprise est commerciale, le mandataire est tenu de l’ensemble des obligations incombant aux commerçants, et notamment de s’immatriculer en tant que tel au registre du commerce et des sociétés »<sup>927</sup>. À l’inverse, selon Monsieur SAGAUT, le mandataire n’aurait pas à s’y soumettre, puisque « celui qui

---

<sup>923</sup> Guillaume WICKER, « Successions. – Mandats successoraux. – Le mandat à effet posthume. », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 812 à 812-7, fasc. 70, §75.

<sup>924</sup> V. aussi en ce sens : Elisabeth DEFLERS, « Organiser sa vieillesse, sécuriser son patrimoine : comment prendre en main son avenir ? », *JCP G 2011*, n° 25, p. 1230, 738, *in mitius* ; Guillaume WICKER, *op. cit.*, §75.

<sup>925</sup> V. en ce sens : Frédéric BICHERON, « L’utilisation du mandat en droit de la famille », *In Le mandat – Un contrat en crise ?*, sous la direction de Nicolas DISSAUX, Colloque du 9 mars 2010 organisé par l’Institut de recherches en droit privé de la Faculté de droit de Nantes, Études juridiques, Economica, 2011, p. 97, §46.

<sup>926</sup> V. aussi en ce sens : Elisabeth DEFLERS, *op. cit.*, *in mitius*.

<sup>927</sup> Guillaume WICKER, *op. cit.*, §76.

accomplit des actes de commerce pour le compte d'autrui n'est pas commerçant. Pour autant, il serait normal qu'il doive s'inscrire au registre du commerce et des sociétés avec les mentions *ad hoc* »<sup>928</sup>. Ainsi, n'agissant pas pour son propre compte, le mandataire, selon lui, « ne devrait pas être tenu des dettes d'exploitation »<sup>929</sup> ; il assimile le statut de mandataire posthume à celui de conjoint collaborateur<sup>930</sup>.

Il faut alors prendre position sur cette question : qu'en est-il du statut du mandataire posthume ? Doit-il ou non être tenu des dettes d'exploitation et répondre des obligations de l'exploitant-chef d'entreprise ? Il faut pour éclaircir la situation s'interroger sur son pouvoir de représentation. Le mandataire agit bien pour le compte d'autrui comme le précise l'article 812, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil<sup>931</sup>, mais cela ne signifie pas qu'il agit au nom d'autrui. Alors, en quel nom agit-il ? En celui des héritiers ? En celui du mandant ? En son propre nom ? La réponse à cette question devrait permettre de trancher celle relative aux obligations incombant au mandataire posthume.

**363. Des actes passés en quel nom ?** À la différence du mandat de droit commun ou du mandat relatif au statut de conjoint collaborateur, le mandat à effet posthume est un mandat sans représentation. D'ailleurs le texte de droit commun (l'article 1984 du Code civil), et le texte relatif au mandat confié au conjoint collaborateur (l'article L. 121-6 du Code de commerce), précisent que le mandataire agit « au nom » du mandant. L'article 812 du Code civil relatif au mandat à effet posthume s'abstient de préciser qu'il agit « au nom » du mandant ou même des héritiers. Le mandant étant décédé, il ne peut être représenté, sa personnalité juridique ayant disparu. Le mandataire n'agit donc pas « au nom » du mandant, ni même pour son compte. Il passe les actes pour le compte des héritiers, mais il ne saurait être soutenu que le mandataire les accomplit « au nom » du ou des héritier(s), ce(s) dernier(s) ne l'ayant pas mandaté. En effet, le mandataire ne peut être considéré comme représentant l'héritier. L'article 812-1-2 du Code civil en témoigne puisque si « les actes passés par le mandataire dans la cadre de sa mission sont sans effet sur l'option héréditaire », il faut bien en

---

<sup>928</sup> Jean-François SAGAUT, « Le mandat à effet posthume : regard notarial à destination des chefs d'entreprise », *Dr. et Patr. Sept. 2007*, n° 162, p. 62, v. p. 64.

<sup>929</sup> Jean-François SAGAUT, *op. cit.*, v. p. 64. V. aussi en ce sens : Nicolas ROCHE, *Le mandat à effet posthume*, th. Montpellier 1 – 2007, dactyl., p. 55, §169.

<sup>930</sup> V. aussi en ce sens : Jean PRIEUR et Marceau CLERMON, « La gestion de l'entreprise par un mandataire », p. 1647, §30. V. n.b.p. n° 902.

<sup>931</sup> Selon cet article, le mandataire agit « pour le compte et dans l'intérêt d'un ou plusieurs héritiers identifiés ».

conclure que le mandataire ne peut engager les héritiers par ses actes. Par conséquent, il ne les représente pas et il n'agit pas en leur nom.

S'il n'agit ni « au nom » du mandant, ni « au nom » du ou des héritier(s), il faut en conclure qu'il passe les actes « en son nom ». Agissant habituellement au nom et pour le compte du mandant, le mandataire agit ici pour le compte d'un tiers, l'héritier, mais « en son nom propre », à défaut de pouvoir agir sous un autre nom.

Son statut est ensuite rapproché du statut de commissionnaire. Monsieur REYGROBELLET précise que « le mandataire est ici en réalité dans la position d'un commissionnaire qui agit en son nom, mais pour le compte des héritiers visés dans le mandat ; ce dont il résulte que les engagements contractés par le mandataire se produisent dans sa personne et non dans celle de l'héritier »<sup>932</sup>. Monsieur WICKER est du même avis et propose lui aussi une comparaison avec le statut de commissionnaire « en l'absence en droit français d'une théorie générale du mandat sans représentation »<sup>933</sup> ; il soutient ainsi que le mandataire « a seul la qualité de partie, et partant de créancier ou de débiteur »<sup>934</sup>, et qu'il « a le pouvoir de recevoir paiement pour le compte des héritiers pour toutes les créances qui sont relatives à l'administration ou à la gestion des biens qui sont l'objet du mandat »<sup>935</sup>. Il « a seul qualité pour exercer en justice, tant en demande qu'en défense, les actions relatives à l'administration ou à la gestion des biens qui lui sont confiés »<sup>936</sup>.

Or, si l'article L. 132-1 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce dispose que « le commissionnaire est celui qui agit en son nom propre ou sous un nom social pour le compte d'un commettant », la même précision ne peut être relevée relativement au statut du mandataire à effet posthume. De plus, le mandataire n'agit pas pour le compte du mandant (décédé), mais pour celui des héritiers, soit des tiers au contrat de mandat qui se trouvent aussi en être les bénéficiaires. En outre, si le commissionnaire est généralement chargé d'une opération précise qu'il doit parfois répéter, le mandataire est affecté à la gestion de l'entreprise, ce qui implique qu'il réalise des opérations multiples et de différentes natures. Dans le même sens, le commissionnaire sera toujours rémunéré, alors que le mandataire ne l'est pas forcément. Un critère de rapprochement relatif à leur statut peut tout de même être relevé : celui de la responsabilité.

---

<sup>932</sup> Arnaud REYGROBELLET, *op. cit.*, §33.

<sup>933</sup> Guillaume WICKER, *op. cit.*, §85.

<sup>934</sup> Guillaume WICKER, *op. cit.*, §56.

<sup>935</sup> Guillaume WICKER, *op. cit.*, §57.

<sup>936</sup> Guillaume WICKER, *op. cit.*, §58.

Dans un cas comme dans l'autre, les tiers ne pourront agir que contre le commettant<sup>937</sup> ou le mandataire (à défaut de pouvoir se retourner contre le mandant ou les bénéficiaires). Si les statuts sont assez proches, ce qui est logique puisque le commissionnaire est un mandataire agissant en son nom comme le mandataire à effet posthume, les statuts ne peuvent être totalement assimilés.

Concernant l'obligation d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, si le commissionnaire y est soumis puisqu'il détient la qualité de commerçant<sup>938</sup>, en est-il de même du mandataire à effet posthume ?

**364. L'obligation d'immatriculation du mandataire et l'imputabilité des dettes d'exploitation vis-à-vis des tiers.** Agissant « en son nom », tous les actes passés et tous les engagements qu'il prend dans le cadre de l'exploitation de l'activité de l'entreprise l'obligent personnellement, même s'il doit préciser qu'il agit sous le couvert d'un mandat à effet posthume. Contractant « en son nom », il est alors personnellement tenu de toutes les obligations, et ainsi des dettes d'exploitation. S'il agit dans le cadre d'une activité commerciale, il doit, pour contracter en son nom, s'inscrire au registre du commerce et des sociétés, ou sur tout autre répertoire professionnel en fonction de la nature de l'activité. En effet, le mandataire posthume affecté à la gestion d'une entreprise individuelle devra être rémunéré en conséquence, au vu du temps qu'il consacra à l'exploitation de l'activité. Il accomplira *de facto* des actes de commerce à titre de profession habituelle. Toutes les conditions de l'attribution de la qualité de commerçant sont ainsi remplies, ce qui fait de lui un commerçant soumis à l'obligation d'immatriculation. Le raisonnement est le même en ce qui concerne les activités d'une autre nature, relativement à l'obligation d'inscription aux autres registres professionnels.

Ainsi, vis-à-vis des tiers et lors de l'exploitation de l'activité, le mandataire posthume sera le débiteur de toutes les obligations qu'il aura contracté. Il sera par conséquent assujéti à la taxe sur la valeur ajoutée, mais pas à l'impôt sur le revenu ; les revenus étant perçus par les

---

<sup>937</sup> Jacques MESTRE, Marie-Ève PANCRAZI-TIAN, Isabelle ARNAUD-GROSSI, Laure MERLAND et Nancy TAGLIARINO-VIGNAL, *Droit commercial – Droit interne et aspects de droit international*, LGDJ, 29<sup>ème</sup> éd., 2012, p. 831, §1061.

<sup>938</sup> Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ et Édith BLARY-CLÉMENT, *Droit commercial – Actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence*, Montchrestien, 10<sup>ème</sup> éd., 2010, p. 230, §453 ; Dimitri HOUTCIEFF, *Droit commercial : actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, instruments de paiement et de crédit*, Sirey, 3<sup>ème</sup> éd., 2011, p. 66, §136.

héritiers, il leur reviendra de les honorer. Bien sûr, ces propos ne concernent que l'entreprise individuelle exploitée en nom propre, puisque dans le cadre de l'entreprise individuelle à patrimoine affecté, les droits et obligations sont enfermés dans ce dernier. Aussi seront-ils transmis au sein du patrimoine au repreneur.

Cependant, cette responsabilité du mandataire vis-à-vis des tiers ne doit pas être confondue avec sa responsabilité vis-à-vis du ou des héritier(s). Si sa responsabilité paraît absolue vis-à-vis des premiers, elle est bien plus limitée face aux seconds.

## 2°) Les incertitudes de la responsabilité liée à la qualité d'entrepreneur

**365. Responsabilité et risques d'exploitation.** Vis-à-vis du ou des héritier(s), il faut savoir quelle est l'étendue de la responsabilité du mandataire posthume. Elle peut être pleine et entière, ou bien seulement limitée aux fautes de gestion. Est-il redevable d'une indemnité en cas de dépréciation du fonds, du patrimoine affecté ou des droits sociaux confiés, que les faits lui soient imputables ou non ? Autant d'imprécisions qu'il convient de clarifier.

Le mandat à effet posthume étant un mandat sans représentation, les héritiers ne verront leur responsabilité engagée vis-à-vis des tiers que relativement aux actes accomplis par le mandataire aux fins de gestion de l'entreprise individuelle. Ainsi, l'héritier-futur repreneur voit sa responsabilité vis-à-vis des tiers, et pour toute la durée du mandat, exclue. Mais est-il pour autant affranchi des risques d'exploitation ? Ces derniers ne pourront être supportés par le prédécesseur-mandant, puisque décédé. Aussi, il convient à présent de savoir qui du mandataire ou de l'héritier doit les assumer. De même, il faut s'interroger sur l'étendue de l'engagement du mandataire auprès des tiers à l'extinction du mandat.

**366. Les risques d'exploitation supportés par le mandataire vis-à-vis de tiers.** De prime abord, il faut rappeler que le mandataire posthume n'est qu'un mandataire. Il n'est pas locataire-gérant, et encore moins entrepreneur en nom propre. De plus, les dispositions spécifiques<sup>939</sup> au mandat à effet posthume renvoient aux dispositions du mandat de droit commun et notamment aux articles 1999 et 2000 du Code civil, qui précisent respectivement que « le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a fait pour l'exécution du mandat, et lui payer les salaires lorsqu'il en a été promis » et qu'il « doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion ». Les choses sont donc claires : le mandataire posthume est un mandataire comme les autres quant à

---

<sup>939</sup> Cf. Art. 812-1-4 c.civ.

sa responsabilité vis-à-vis de l'héritier. Il n'a pas à assumer les frais engagés pour la gestion des biens qui lui ont été confiés.

Les textes de droit commun précisent qu'il appartient au mandant de procéder aux remboursements des frais engagés par le mandataire ou des pertes qu'il a engendrées. Cependant, le mandant étant par définition décédé dans le cadre du mandat à effet posthume, il faut en conclure que cette obligation est transmise. Deux hypothèses sont à distinguer : le mandat à effet posthume peut prendre fin avant ou après le partage. Dans le premier cas, les obligations incombant au mandant ne peuvent être rattachées au patrimoine de l'un des héritiers, ni à celui désigné comme bénéficiaire du mandat à effet posthume, mais directement à la masse successorale. L'héritier-bénéficiaire ne sera donc pas le redevable de ces frais et pertes, puisqu'il n'est pas forcément le seul à hériter. Cette obligation n'entrera donc pas dans son patrimoine personnel. Ainsi, les frais et pertes supportés par le mandataire jusqu'à l'extinction du mandat seront ensuite supportés par la succession toute entière et non par l'héritier seulement. Si *a contrario*, le mandat prend fin après le partage, ce sera l'héritier qui sera substitué au mandant. En effet, le partage entraîne l'extinction de la masse successorale et l'isolement des biens et des responsabilités qui y sont attachées. Il convient de ventiler l'imputabilité de ces charges du mandat.

Ainsi, les risques d'exploitation ne sont pas transférés au mandataire. Il n'aura finalement pas à les assumer à l'extinction du mandat. Ces risques ne pèsent pas non plus sur l'héritier, qui n'est pas encore réellement entrepreneur pendant l'exécution du mandat, à moins que le partage successoral ait déjà eu lieu, puisque dans ce cas, en tant qu'attributaire, la qualité de repreneur lui serait définitivement acquise. Les risques de l'exploitation pèsent donc sur la masse successorale ou sur l'héritier bénéficiaire, soit *in fine* sur un ou plusieurs d'entre eux.

### **367. La responsabilité limitée du mandataire : son recours contre l'héritier.**

Cependant, la responsabilité du mandataire est relative, mais il ne pourra pas agir en toute impunité. En effet, en l'absence de « faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursements et paiement, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres »<sup>940</sup>. De même, l'indemnisation qui lui est due pour les pertes supportées pendant la durée du mandat n'est envisageable que lorsque ces pertes ne sont pas dues à une « imprudence (...) imputable » au mandataire. Il faut en conclure qu'il reste bien évidemment

---

<sup>940</sup> Cf. Art. 1999 al. 2 c.civ.

responsable de ses fautes de gestion vis-à-vis de la masse successorale, ou suivant l'avancement du traitement de la succession, vis-à-vis du ou des héritier(s). La responsabilité du mandataire est donc limitée à ses fautes de gestion<sup>941</sup>.

Enfin, il convient de s'interroger sur l'étendue des engagements pris par le mandataire posthume envers les tiers pendant le mandat. Si l'on considère qu'ayant contracté « en son nom », il reste redevable des dettes contractées auprès des tiers dans le cadre de l'exploitation, il assumerait une partie des risques d'exploitation, ou du moins l'article 1999 du Code civil serait violé. En effet, il en résulterait qu'il assumerait certains frais de gestion des biens qui lui ont été confiés. Ainsi, à l'extinction du mandat, le mandataire restera effectivement engagé vis-à-vis des tiers, sauf à avoir procédé par novation. Ce n'est que dans cette hypothèse que lui sera substitué l'héritier relativement à l'imputabilité de cette obligation. Cependant, ce dernier devra en assumer le coût final. Le mandataire est seulement responsable vis-à-vis des tiers des fautes qu'il aurait pu commettre personnellement à leur encontre, mais non des engagements pris dans le cadre de l'exploitation. En cas d'action des tiers contre le mandataire, ce dernier pourra se retourner contre l'héritier.

**368. La dissociation des responsabilités dans le temps.** Nous en concluons à une dissociation des responsabilités dans le temps. En effet, responsable de l'exploitation pendant la durée du mandat, le mandataire posthume sera celui qui assume les risques de l'exploitation vis-à-vis des tiers. À l'extinction du mandat, les risques nouveaux seront encourus par l'héritier. Ici encore, nous constatons que la dissociation est le critère d'articulation des personnalités juridiques gravitant autour de l'entreprise.

On remarque le malaise engendré par l'absence de reconnaissance d'une personnalité juridique à l'entreprise, la conséquence étant qu'il faut procéder à des emprunts, afin que les responsabilités soient assumées. Cependant, nous pensons que l'entreprise tend de plus en plus à être reconnue comme une entité, et non plus seulement comme une simple unité. La personnalité juridique lui sera peut être un jour reconnue. En attendant, elle doit être rattachée à une personnalité juridique existante.

---

<sup>941</sup> V. en ce sens : Jean PRIEUR et Marceau CLERMON, « La gestion de l'entreprise par un mandataire », *op. cit.*, §30. V. n.b.p. n° 902.

## **§II – Le rattachement de l’entreprise à la personnalité juridique du bénéficiaire**

**369. Le rattachement au mandataire ou au bénéficiaire ?** Comme démontré, le mandataire ne pouvant incarner *in fine* la personnalité juridique de rattachement de l’entreprise, celle du bénéficiaire-héritier devrait prendre le relais. La démonstration nécessite un complément d’analyse. En effet, le mandataire, agissant « en son nom », est tenu de toutes les obligations professionnelles qu’il aura contractées envers les tiers dans le cadre de sa mission, mais il détient un recours contre l’héritier en cas d’action des tiers contre lui. Comment est opéré le transfert des obligations et des responsabilités entre le mandataire et l’héritier ? Ce dernier n’ayant pas mandaté le premier, quel fondement permettrait de mettre à sa charge les obligations ainsi contractées ?

Le mandat à effet posthume anticipe forcément le rattachement de ces obligations professionnelles, mais les termes du législateur ne sont pas clairs à cet égard. S’il est pressenti que ces obligations doivent *in fine* peser sur l’héritier, il faut en trouver le fondement.

En effet, il ne fait pas de doute que le mandat à effet posthume produit l’anticipation du rattachement des risques d’exploitation à la personne du repreneur-héritier. Cependant, cette anticipation reste incomprise en l’état actuel du droit positif. Pour éclaircir la situation, après avoir traité de la problématique de la substitution du mandant par l’héritier dans le cadre de l’exécution du mandat à effet posthume (A), il faudra en exposer les conséquences (B).

### **A – L’héritier substitué au mandant**

**370. L’héritier : entre assimilation et substitution au mandant ?** La substitution de personnes est un sujet assez délicat. La diversité des avis quant à la représentation de l’héritier par le mandataire en illustre la complexité. Les développements de certains auteurs<sup>942</sup> laissent à penser à un glissement de la qualité de mandant sur la tête des héritiers bénéficiaires. Le postulat ici retenu est au contraire que le mandataire ne représente pas les héritiers. Les textes portent à confusion. Certaines dispositions semblent convenir d’une substitution de la

---

<sup>942</sup> Monsieur BÉNABENT exprime bien cette idée lorsqu’il explique le système de reddition des comptes dans le mandat à effet posthume : « Et comme c’est à ces seuls héritiers désignés que le mandataire devra des comptes (art. 812-7), et non à l’ensemble des successeurs du défunt, on se prend à se demander si la qualité véritable de mandant ne leur appartient pas à titre personnel plutôt qu’au futur défunt ». In Alain BÉNABENT, *Droit civil – Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 8<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2008, p. 470, § 972.

personne du mandant par l'héritier, le premier décédé devant être remplacé dans l'exercice de certains droits ou dans l'exécution de certaines obligations lié(e)s au mandat.

En effet, si l'on compare le droit commun du mandat à la législation spécifique au mandat à effet posthume, il apparaît que l'héritier prend la place du mandant dans certaines hypothèses. En ce qui concerne la reddition des comptes, les règles relatives au droit commun du mandat imposent au mandataire de rendre des comptes au mandant<sup>943</sup>, alors que dans le cadre du mandat à effet posthume, le destinataire de l'information est l'héritier<sup>944</sup>. Il se voit ainsi conférer une prérogative appartenant au mandant dans le cadre du mandat de droit commun.

Quant à la demande en révision de la rémunération du mandataire, l'article 812-3 du Code civil précise que cette action appartient à l'héritier intéressé au mandat à effet posthume. Or dans le cadre du mandat de droit commun, elle est détenue par le mandant<sup>945</sup>. L'assimilation n'est pourtant pas totale sur la question de la rémunération. En effet, si dans le mandat de droit commun, la rémunération du mandataire est assurée par le mandant<sup>946</sup>, en ce qui concerne le mandat à effet posthume, ce n'est pas le bénéficiaire qui la lui doit ; elle est « une charge de la succession »<sup>947</sup>. Ainsi, le bénéficiaire devra assumer la rémunération du mandataire en tant que représentant de la succession et continuateur du défunt, mais au même titre que ses cohéritiers, non sur son propre patrimoine, mais sur celui issu de la succession<sup>948</sup>. Ici, le bénéficiaire est très clairement dissocié du mandant. Dans un même sens, si le mandat de droit commun a « pour effet principal (...) de lier le mandant aux tiers ayant contracté avec le mandataire »<sup>949</sup>, le mandat à effet posthume n'opérant pas de représentation, le bénéficiaire n'est absolument pas lié aux tiers avec lesquels le mandataire a contracté dans le cadre de sa mission.

Ainsi, à l'égard du mandataire, le rôle du bénéficiaire est assez flou, il prend par certains aspects la place du mandant, et par d'autres, au contraire, il s'en dégage. L'entreprise, semblant rattachée à la personnalité juridique du mandant, trouve difficilement un

---

<sup>943</sup> Cf. Art. 1993 c.civ.

<sup>944</sup> Cf. Art. 812-7 al. 1<sup>er</sup> c.civ.

<sup>945</sup> Cf. sur ce point : Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 sept. 2002, pourvoi n° 00-12.146, Inédit.

<sup>946</sup> Cf. Art. 1999 al. 1<sup>er</sup> c.civ.

<sup>947</sup> Art. 812-3 c.civ.

<sup>948</sup> Cf. Art. 812-2 al. 2 c.civ.

<sup>949</sup> Philippe LE TOURNEAU, Jérôme FISCHER et Emmanuel TRICOIRE, *Principaux contrats civils et commerciaux*, Ellipses, 2005, p. 176.

rattachement auprès du bénéficiaire à ce stade. Cependant, nous allons voir qu'en définitive, et dès le début de la mise en œuvre du mandat à effet posthume, c'est bien à la personnalité juridique du bénéficiaire que doit être rattachée l'entreprise.

## **B – L'entreprise abritée sous la personnalité juridique du bénéficiaire**

**371. Le bénéficiaire, personnalité juridique de rattachement de l'entreprise.** La personnalité juridique de rattachement de l'entreprise est quelque peu difficile à définir. Le mandant étant décédé, il ne reste plus sur le long terme que le bénéficiaire pour lui succéder. Selon Madame CHIARINY-DAUDET, « le mandat à effet posthume constitue une limite à l'extinction de la personnalité juridique par la mort »<sup>950</sup>. Cela permettrait de laisser l'entreprise attachée à la personnalité juridique du prédécesseur. Cependant, si le mandat à effet posthume « assure la survie fictive de la volonté »<sup>951</sup> du *de cuius*, l'on ne peut affirmer que la personnalité juridique saura survivre à la personne juridique.

Il s'agit ici d'un sujet sensible car la personne qui abritera sous sa personnalité juridique l'entreprise gérée par le mandataire posthume devra en supporter les pertes. Or, le bénéficiaire n'ayant pas mandaté personnellement le mandataire afin qu'il agisse « en son nom », il semble difficile de lui imposer de les supporter. D'ailleurs, les dispositions spécifiques au mandat à effet posthume n'en traitent pas. Les textes sont ainsi rédigés qu'il semble que toutes les actions du mandataire ne peuvent qu'être favorables au bénéficiaire ; mais qu'en sera-il lorsque les comptes feront ressortir un déficit ? Le bénéficiaire devra-il assumer ces pertes alors qu'il n'aura pas demandé à ce que le mandataire intervienne ?

Selon l'article 812 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, le mandataire agit « pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés ». Le bénéficiaire recueille en conséquence les revenus issus de l'entreprise. Par ailleurs, le mandataire agit « en son nom », aussi est-il pendant toute la durée du mandat, et même à son extinction, engagé personnellement envers les tiers. Cependant, il est de l'essence du mandat que le mandataire n'ait pas à supporter les risques des actes qu'il engage pour le compte d'autrui<sup>952</sup>, le mandat entraînant précisément

---

<sup>950</sup> Anne-Catherine CHIARINY-DAUDET, « Les nouvelles représentations de la volonté en droit de la famille », *op. cit.*, §33. V. n.b.p. n° 918.

<sup>951</sup> Anne-Catherine CHIARINY-DAUDET, *op. cit.*, §6. V. n.b.p. n° 918.

<sup>952</sup> Sauf en ce qui concerne le cas spécifique des mandats d'intérêt commun.

une gestion pour autrui<sup>953</sup>. Ainsi, en cas de recours du tiers, le mandataire n'ayant pas à assumer personnellement les risques auxquels il s'est exposé pendant la durée du mandat, il doit pouvoir se retourner contre celui pour le compte duquel il a passé ces actes, à savoir, contre l'héritier, à l'instar de son action contre le mandant dans le cadre d'un mandat sans représentation<sup>954</sup>. En conséquence, il faut admettre que le bénéficiaire doit supporter toutes les conséquences des actes passés pour son compte, « à son bénéfice mais aussi à ses risques »<sup>955</sup>.

Le schéma structurel de l'anticipation de la représentation de l'entreprise, dans le cadre d'un mandat à effet posthume, se dessine. Le mandataire est tenu à l'égard des tiers, pour tous les actes qu'il passe dans le cadre de l'exercice de sa mission, puisqu'il les passe « en son nom ». Le bénéficiaire-héritier repreneur est tenu à l'égard du mandataire, en cas d'action d'un tiers contre ce dernier, sauf en cas de faute, puisque les actes sont accomplis « pour le compte » du premier.

Cette première analyse consacrée à la « représentativité » de l'entreprise individuelle emporte le constat selon lequel le mandat à effet posthume permet d'en anticiper le rattachement à la personnalité juridique du repreneur, avant même que cette reprise ne soit effective, tout en privilégiant une saine gestion par le mandataire. Il convient à présent d'examiner l'autre aspect anticipatif du mandat à effet posthume, à savoir l'anticipation de l'exercice des pouvoirs du mandataire dans l'entreprise.

## SECTION II – L'ORGANISATION ANTICIPÉE DES POUVOIRS DU MANDATAIRE

**372. Exercice des pouvoirs et « intérêt(s) ».** L'autre enjeu du mandat à effet posthume est d'anticiper l'exercice des pouvoirs dans l'entreprise. Aux côtés de ceux conférés dans le cadre de la gestion de l'entreprise individuelle, sont à appréhender ceux relatifs aux droits sociaux,

---

<sup>953</sup> V. Pierre BERLIOZ, « La gestion du patrimoine professionnel d'autrui », *JCP N 2013*, n°29, p. 48 ; Frédérique JULIENNE, « La gestion des biens pour autrui (Contribution à l'élaboration d'une théorie générale) », *Revue de la Recherche Juridique – Droit Prospectif 2008*, n°3, p. 1323 ; Jean-Louis LANDES, « La gestion du patrimoine d'autrui », *JCP N 2013*, n° 29, p. 21 ; Nathalie PETERKA, « Enjeux et principales difficultés de la gestion du patrimoine d'autrui », *JCP N 2013*, n° 29, p. 23.

<sup>954</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 nov. 1993, pourvoi n°91-16.733, *Bull. civ. 1993 I*, n° 329, p. 228.

<sup>955</sup> Alain BÉNABENT, *Droit civil – Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 8<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2008, p. 429, § 910.

les premiers comme les seconds illustrant le phénomène d'anticipation quant à leur exercice. Selon Madame JULIENNE, le pouvoir est une « prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien »<sup>956</sup>. Cependant, leur vigueur est doublement limitée dans le cadre du mandat à effet posthume. En effet, le mandataire doit agir dans « l'intérêt du bénéficiaire » qui, comme en dispose l'article 812 du Code civil, ne saurait être préservé qu'en maintenant l'activité de l'entreprise ; aussi, doit-il s'assurer d'exercer ses pouvoirs dans l'intérêt de l'entreprise tant que celui-ci ne contrevient pas à celui du bénéficiaire. À l'analyse des pouvoirs du mandataire, il apparaît que les dispositions spécifiques du mandat à effet posthume encadrent de manière anticipée leur exercice (§I). Par ailleurs, des limites contraignantes de gestion ont été constatées. Il faut trouver les moyens de les dépasser (§II).

### ***§I – L'élaboration d'un cadre légal fondé sur le déroulement de la succession***

**373. Les pouvoirs de gestion du mandataire quant aux droits sociaux.** Ici, une remarque liminaire doit être consacrée au mandat à effet posthume ayant pour objet des droits sociaux. En effet, la problématique relative aux pouvoirs de gestion du mandataire dans l'entreprise sociétaire, ayant pour mission de gérer des droits sociaux, se limite à la détermination de la nature du vote. Doivent en conséquence être ventilées les décisions prises en assemblées, afin de conclure à un vote autorisé ou prohibé. Selon Monsieur WICKER, « ses pouvoirs correspondent aux prérogatives d'associé dont les héritiers se trouvent dessaisis par l'effet du mandat. Quant à l'étendue de ce dessaisissement, et donc des pouvoirs du mandataire, elle se déduit de l'objet de sa mission qui est d'administrer et de gérer, ce qui exclut les actes de disposition sur la chose même qui lui est confiée. Rapporté au droit de vote, cela signifie que le mandataire doit pouvoir l'exercer pour toutes les décisions qui sont de la compétence d'une assemblée générale ordinaire »<sup>957</sup>. Il est vrai que dans le cadre du mandat à effet posthume ayant pour objet la gestion de droits sociaux, le mandataire n'aura pas à exploiter l'activité, il ne saurait alors être assimilé à un exploitant, seule qualité emportant le pouvoir de disposer. Or, il est classiquement admis que les actes de disposition ressortent des décisions prises en assemblées générales extraordinaires. Ainsi, lorsque seront confiés des droits sociaux au

---

<sup>956</sup> Frédérique JULIENNE, « La gestion des biens pour autrui (Contribution à l'élaboration d'une théorie générale) », *Revue de la Recherche Juridique – Droit Prospectif* 2008, n°3, p. 1323, v. p. 1328.

<sup>957</sup> Guillaume WICKER, *op. cit.*, §79.

mandataire posthume, ce dernier verra son pouvoir de voter en assemblée limité aux seules décisions ressortant des assemblées générales ordinaires<sup>958</sup>. En revanche, lorsque lui sera confiée une entreprise individuelle, le cadre anticipé organisant l'exercice des pouvoirs par le mandataire posthume est plus complexe. Il faut donc ici s'attacher à l'analyse de ses spécificités.

**374. Les pouvoirs de gestion du mandataire quant à l'entreprise individuelle.** Selon l'article 812 du Code civil, le disposant peut donner « mandat d'administrer ou de gérer ». Ainsi, la mission du mandataire posthume peut aller au-delà de la simple administration des biens qui lui sont confiés puisque « la mission de gestion correspond à l'idée d'une exploitation des biens sous la responsabilité du mandataire, de sorte qu'il se trouve investi d'un véritable pouvoir d'initiative quant à l'exploitation (...), [il en ressort] que puisse entrer dans sa mission l'accomplissement d'actes de disposition »<sup>959</sup>. Le mandataire détient alors de larges pouvoirs dans l'entreprise individuelle<sup>960</sup>. Cependant, le texte précise qu'il convient de distinguer les pouvoirs du mandataire avant l'option des héritiers sur la succession, de ceux consécutifs à l'acceptation de la succession. Aussi, avant la levée de l'option, la mission du mandataire est confinée à l'administration provisoire de l'entreprise (A). *A contrario*, une fois la succession acceptée par au moins l'un des héritiers, ses pouvoirs de gestion sont plus étendus, à savoir que le mandataire assurera l'exploitation courante de l'entreprise ou l'administration plénière (B).

---

<sup>958</sup> Cf. sur ce point : Augustin AYNÈS, *op. cit.*, §17 et 18 ; Jean PRIEUR et Marceau CLERMON, « La gestion de l'entreprise par un mandataire », *op. cit.*, §37. V. n.b.p. n° 902.

<sup>959</sup> Guillaume WICKER, *op. cit.*, §55.

<sup>960</sup> Selon Monsieur WICKER, le mandataire détiendrait notamment le pouvoir de « recevoir paiement pour les créances afférentes à l'activité de l'entreprise comme d'agir en justice pour toutes les actions qui intéressent la gestion de l'entreprise. Également, il peut valablement accomplir les actes ordinairement qualifiés de disposition dès lors qu'ils répondent aux besoins d'exploitation de l'entreprise. Enfin, il est envisageable que, pour assurer le crédit nécessaire à l'activité de l'entreprise, il soit habilité à engager par ses actes les biens composant l'entreprise ou à consentir des sûretés réelles sur ces mêmes biens.

À quoi s'ajoute que, sa qualité d'exploitant emportant celle de chef d'entreprise, il doit être titulaire de l'ensemble des prérogatives de l'employeur, ce qui lui donne notamment le pouvoir de conclure des contrats de travail ou de procéder à des licenciements ». In Guillaume WICKER, *op. cit.*, §77.

## **A – L’administration provisoire avant l’option**

**375. Des pouvoirs limités à ceux des successibles.** Selon l’article 812-1-3 du Code civil, « tant qu’aucun héritier visé par le mandat n’a accepté la succession, le mandataire ne dispose que des pouvoirs reconnus au successible à l’article 784 ». Sont ainsi autorisés selon ce dernier article « les actes purement conservatoires ou de surveillance et les actes d’administration provisoire ».

**376. Les actes purement conservatoires.** Dans le cadre de l’entreprise individuelle, sont des actes purement conservatoires ceux qui « auront pour objet (...) d’assurer une gestion conservatoire et en toute hypothèse à court terme de l’entreprise »<sup>961</sup>. À la lecture de l’article 784 du Code civil, la liste des actes devant être considérés comme conservatoires laisse peu de place à la mission du mandataire. Il peut payer les impôts du défunt, s’acquitter des « dettes successorales urgentes », dont les dettes professionnelles qui présentent ce caractère. Il doit s’acquitter des loyers, dont ceux des locaux professionnels. Il faut aussi qu’il procède au « recouvrement des fruits et revenus des biens successoraux », et il en est ainsi de toutes les créances professionnelles. Cependant, l’article 784, alinéa 3, deuxièmement, indique qu’il doit déposer les fonds ainsi récoltés chez un notaire ou les consigner. La trésorerie qu’il aura constituée ne devrait ainsi pas pouvoir rester dans l’entreprise, ce qui n’est pas adapté à sa gestion, puisque le mandataire en aura justement besoin pour la faire fonctionner, sauf à invoquer l’alinéa 4 qui précise qu’il peut accomplir « toutes les opérations nécessaires à la continuation à court terme de l’activité de l’entreprise ». Or, l’activité ne peut être poursuivie sans que le mandataire puisse payer les fournisseurs, ainsi doit-il en avoir le pouvoir sur le fondement du droit à accomplir les actes d’administration provisoire. Si les textes entrent quelque peu en contradiction d’un point de vue théorique, il semble qu’en pratique et relativement à la gestion de l’entreprise individuelle, le mandataire puisse assurer la continuité de l’exploitation. L’article ne vise pas spécifiquement l’entreprise au titre des actes conservatoires, mais le fait en ce qui concerne les actes d’administration. Aussi, peut-il procéder au paiement des fournisseurs. En ce sens, le décret du 22 décembre 2008<sup>962</sup> relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes protégées, référence en matière de distinction entre les actes d’administration et les actes de disposition, classe « les emplois et

---

<sup>961</sup> Anne RABREAU, « La continuation de l’entreprise par un mandataire », p. 95, V. p. 101. V. n.b.p. n° 906.

<sup>962</sup> Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil.

remplois de sommes d'argent »<sup>963</sup> et le « paiement des dettes »<sup>964</sup> dans les actes d'administration.

**377. Les actes d'administration : Les « opérations courantes nécessaires », autorisées.**

L'article 784, alinéa 4, du Code civil dispose que « sont réputés être des actes d'administration provisoire les opérations courantes nécessaires à la continuation à court terme de l'activité de l'entreprise dépendant de la succession ». Ainsi, les actes d'administration ne sont pas tous autorisés. Ceux qui le sont semblent d'ailleurs avoir un champ d'application assez restreint, puisqu'ils doivent présenter deux caractéristiques : correspondre à des « opérations courantes » et être « nécessaires à la continuation à court terme de l'activité de l'entreprise ». Il faut donc ventiler les actes d'administration afin de distinguer ceux qui ne ressortent que de l'administration provisoire de ceux qui n'en ressortent pas. Au sein des premiers, il faut encore ventiler ceux qui sont nécessaires à la continuité de l'activité et ceux qui ne le sont pas ; puis pour ceux qui sont nécessaires à la continuité de l'activité, distinguer ceux qui assurent cette continuité à court terme, seuls autorisés, de ceux qui l'assurent à long terme, prohibés. Une première distinction est donc fondée sur le temps, la durée. Seuls les actes emportant des conséquences juridiques sur l'*avenir proche* seront autorisés, ceux ayant des conséquences juridiques à *long terme* ne le seront pas avant acceptation de la succession par l'un au moins des héritiers. Madame JULIENNE avait sur ce point établi « un critère de distinction basé sur l'implication des actes dans le temps. Par application de ce critère, les actes conservatoires sont actuels, les actes d'administration présentent une faible emprise sur le temps tandis que les actes de disposition engagent irrémédiablement l'avenir »<sup>965</sup>. Les actes d'administration n'auraient donc de conséquences qu'à court terme. Cependant, le législateur l'indiquant, il faut distinguer au sein des actes d'administration ceux ayant un effet à court terme de ceux en ayant un à long terme. Les textes sont donc assez flous, et les précisions ne font qu'amplifier les incertitudes. Que signifie le « court terme » ? Trois mois ? Six mois ? Un an ? Le législateur ne le précise pas.

---

<sup>963</sup> Décret préc., Annexe 1, Colonne 1, II.

<sup>964</sup> Décret préc., Annexe 2, Colonne 1, I, 1°.

<sup>965</sup> Frédérique JULIENNE, « La gestion des biens pour autrui (Contribution à l'élaboration d'une théorie générale) », op. cit., v. p.1333.

Est par exemple considéré comme un acte d'administration le fait pour un mandataire de contracter un emprunt<sup>966</sup>. Doit-on estimer que le fait de recourir à un emprunt peut correspondre à une opération nécessaire à la continuité à court terme de l'activité de l'entreprise ? Une prise de position objective paraît difficile, la qualification d' « opération nécessaire » dépendant bien souvent des circonstances d'espèce. Madame JULIENNE relève d'ailleurs cette instabilité des classifications d'actes : « les actes ne sont pas définitivement catégorisés, leur classification étant susceptible d'évoluer en fonction des circonstances de fait, telles que la teneur du patrimoine considéré ou les données du paysage économique »<sup>967</sup>. Elle ne se réfère ici qu'à la distinction entre les actes d'administration et les actes de disposition. Si une telle distinction semble difficile à objectiver, comment ventiler au sein des actes d'administration ceux ressortant de l'administration provisoire de ceux ressortant d'une administration à plus long terme ? Et pour les premiers, distinguer entre ceux nécessaires à la continuité de l'activité et ceux qui ne le sont pas ?

**378. Une ligne de conduite plus qu'un cadre.** Une telle classification ne semble pas pouvoir être établie. Quel est alors le but de ce cadre fixé par la loi de manière anticipée ? L'effectivité de cette anticipation doit être mesurée.

Les articles consacrés au mandat à effet posthume reflètent le malaise du législateur dans la mesure où il n'autorise à l'administrateur que la passation de certains actes sur la période précédant l'option, sans les définir précisément. Conscient de cette faiblesse, il précise à l'article 812-1-2 que « les actes réalisés par le mandataire dans le cadre de sa mission sont sans effet sur l'option héréditaire ». Le cantonnant aux seuls actes que l'héritier peut faire avant d'opter, le législateur préfère préciser le cadre des pouvoirs du mandataire et ses effets, en suggérant qu'au cas où il dépasserait ses pouvoirs, les actes passés n'auraient aucune influence sur l'option héréditaire. Cette disposition doit être analysée comme un garde-fou du droit d'option de l'héritier.

L'application de ce texte prend tout son sens en cas de contentieux, l'héritier pouvant essayer de faire annuler un acte du mandataire posthume pris avant option, en avançant une qualification autre que celle « d'acte d'administration provisoire nécessaire à la continuité à

---

<sup>966</sup> En effet, un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 21 novembre 1995 est venu préciser qu'est conféré par un mandat général et de droit commun le pouvoir de contracter un emprunt. Cf. Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 novembre 1995, pourvoi n° 93-16.646, *Bull. civ. 1995 I*, n° 417, p. 291.

<sup>967</sup> Frédérique JULIENNE, « La gestion des biens pour autrui (Contribution à l'élaboration d'une théorie générale) », *op. cit.*, V. p.1334. V. n.b.p. n° 953.

court terme de l'activité ». Le cadre ainsi présenté paraît très incertain et peu sécurisé. Selon Monsieur AYNÈS, « la règle s'explique par le fait que le mandataire à effet posthume ne peut exercer l'option successorale à la place des héritiers qu'il représente »<sup>968</sup>. Il est vrai que la disposition tend à limiter les pouvoirs du mandataire à ceux conférés aux héritiers en l'absence de mandat à effet posthume, ce qui est étonnant dans la mesure où le mandataire opère précisément sans représentation. Ainsi, l'anticipation de la gestion courante de l'entreprise avant l'option n'est que très partiellement encadrée. Le législateur a semble-t-il, seulement ici tenté de fixer quelques lignes de conduite afin que le mandataire posthume ne procède qu'aux actes de première nécessité avant acceptation de la succession par l'un des héritiers et ce, pour ne pas contrevenir aux pouvoirs laissés à leur discrétion avant l'option.

Cependant, après l'option, les pouvoirs du mandataire prennent une toute autre envergure, puisqu'au-delà de la simple gestion courante, il détiendra tous les pouvoirs d'une administration plénière.

## **B – L'administration plénière après l'option**

**379. De l'administration provisoire à l'administration plénière.** L'administration provisoire exclut, comme précité, les actes de disposition<sup>969</sup> et les actes d'administration non provisoires. *A contrario*, l'administration provisoire se rapproche davantage de l'exercice des seuls actes permettant l'exploitation courante<sup>970</sup>. C'est bien cette dernière que le mandataire posthume devra aussi assurer postérieurement à l'acceptation de la succession. Selon Monsieur OMARJEE, le mandataire pourrait accomplir « tous les actes relevant d'une exploitation et d'une mise en valeur normale du patrimoine sans altération de la substance »<sup>971</sup>. Madame CRÉNEAU-JABAUD parle des « actes d'exploitation normale des biens (par exemple, renouvellement des baux) »<sup>972</sup>. Mais que sont alors ces actes d'exploitation courante ressortant des pouvoirs du mandataire dans l'entreprise individuelle ?

---

<sup>968</sup> Augustin AYNÈS, « L'administration de la succession par autrui », *JCP N 2008*, n° 29, p. 28, §10.

<sup>969</sup> Sont à exclusion de ces propos le cas particulier des actes de disposition ressortant de la gestion courante de l'entreprise, ainsi qualifiés en fonction de l'activité exercée. Dans ce cas, ces actes seront autorisés.

<sup>970</sup> Cf. sur ce point : Jean-François SAGAUT, « Le mandat à effet posthume : regard notarial à destination des chefs d'entreprise », *op. cit.*, p. 62, V. p. 64-65. V. n.b.p. n° 930.

<sup>971</sup> Imran OMARJEE, « Pouvoirs du mandataire à effet posthume : administrer et gérer ne signifient pas disposer ou empêcher de disposer ! », *RLDC.*, oct. 2010, n° 75, p. 55.

<sup>972</sup> Béatrice CRÉNEAU-JABAUD, « La protection conventionnelle : les nouveaux contrats de protection – À propos du mandat de protection future et du mandat à effet posthume », *RLDC 2010*, n° 73, p. 65, V. p. 66.

Il apparaît que ce sont tous les actes de gestion courante, ainsi que certains actes d'aliénation.

**380. L'administration provisoire conservée.** Après l'acceptation de la succession par l'un des héritiers, les pouvoirs du mandataire sont élargis. Il n'est plus tenu par les limites de l'article 784 du Code civil relatif à la ventilation des actes d'administration. Il conserve bien évidemment le pouvoir de passer tous les actes conservatoires, ainsi que tous les actes d'administration, et non plus seulement ceux qui répondent aux critères d' « opération nécessaire à la continuité à court terme de l'activité de l'entreprise ». La qualification de ces actes dépend bien entendu intégralement de la nature du bien qui lui est confié. Pour ne revenir que sur l'entreprise individuelle, il « aura le pouvoir d'acheter, de vendre les stocks, (...) [d'] embaucher ou de licencier le personnel »<sup>973</sup>. En « matière commerciale, relèvent de la gestion courante d'une entreprise, l'achat et la revente des marchandises, l'établissement de tous contrats d'exploitation, la passation de tous devis et marchés ou encore tous les actes et procédures relatifs aux contrats de travail »<sup>974</sup>.

Le mandataire va donc prendre la place du chef d'entreprise et permettre la continuité de l'exploitation de l'activité en procédant à tous les actes qui lui permettent « de fonctionner au quotidien, par exemple par la conclusion de contrats d'assurance, de contrats de transport pour l'acheminement de la marchandise vendue ou par le jeu de commandes effectuées pour les besoins de l'activité commerciale, ou inversement de contrats de vente de biens achetés pour être vendus ou fabriqués pour la vente »<sup>975</sup>. Les actes de gestion courante sont définis en fonction de l'activité exercée, mais sont aussi caractérisés par le critère de la répétition. Sont donc des actes de gestion courante tous les actes répétitifs et contribuant à l'exploitation de l'activité.

Cependant, les pouvoirs du mandataire, qui se voit confier une entreprise individuelle, vont au-delà des actes de gestion courante, puisque c'est l'exploitation courante de l'entreprise qui lui est confiée, ce qui lui permet d'accomplir certains actes d'aliénation.

**381. Distinction « Acte d'aliénation » et « Acte de disposition ».** Le mandataire se voit conférer les pouvoirs nécessaires à l'exploitation courante de l'entreprise. Au-delà de la simple administration provisoire, le mandataire va pouvoir procéder à certains actes d'aliénation. Il faut ici bien distinguer les actes d'aliénation des actes de disposition. Le

---

<sup>973</sup> Fabrice LUZU, « Pratique des mandats à effet posthume », *JCP N 2009*, n° 52, p. 26, §14.

<sup>974</sup> Imran OMARJEE, *op. cit.*, p. 55. V. n.b.p. n° 971.

<sup>975</sup> Pierre-Michel LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, Dalloz, 2011, p. 689, §421.28.

mandataire ne saurait procéder à des actes de disposition<sup>976</sup> : il ne peut vendre le fonds ou l'un de ses éléments constitutifs qui serait nécessaire à l'exploitation, il ne peut non plus procéder à la mise en société de l'entreprise individuelle<sup>977</sup>. En effet, les actes de disposition ressortent des pouvoirs propres<sup>978</sup> de l'héritier. Ensuite, les actes d'aliénation doivent être ventilés en

---

<sup>976</sup> Il en est ainsi sauf stipulation expresse dans le contrat de mandat. La circulaire de la Chancellerie du 29 mai 2007 confirme cette possibilité d'attribution du pouvoir de disposition à l'égard du mandataire posthume : « le recours à la notion de gestion a été choisi afin de ne pas limiter les actes du mandataire aux seuls actes d'administration... La notion de gestion autorise le recours à des actes de disposition de certains éléments du patrimoine lorsqu'ils s'insèrent dans une logique de conservation d'administration ou de valorisation du patrimoine successoral » (Circ. N° 73/07/C1/5-2/GS de la Chancellerie, du 29 mai 2007, p. 27). Cependant le pouvoir de disposition auquel se réfère ici la Chancellerie semble davantage concerner les actes d'aliénation que les actes de disposition, dont le domaine semble réservé aux héritiers. Cf. sur ce point : Stéphanie ARNAUD, « L'étendue des pouvoirs du mandataire à effet posthume », *LPA 2012*, n° 182-183, p. 55 ; Augustin AYNÈS, *op. cit.*, §10 *in fine* ; Jérôme LEPROVAUX, « Les pouvoirs du mandataire dans le mandat à effet posthume », *LPA 2012*, n° 182, p. 59.

<sup>977</sup> Guillaume WICKER, *op. cit.*, §78.

<sup>978</sup> Le pouvoir de disposition est en effet expressément conféré aux héritiers dans l'article 812-4 alinéa 1<sup>er</sup>, 5° du Code civil. C'est la disposition précisant que le mandat prend notamment fin lorsque l'héritier aura aliéné les biens mentionnés dans le mandat. Quant à savoir si les actes de disposition ressortent des seuls pouvoirs de l'héritier ou sont aussi confiés au mandataire, le premier arrêt relatif au mandat à effet posthume en donne la réponse. La première chambre civile de la Cour de cassation a eu à statuer sur l'étendue des pouvoirs du mandataire à effet posthume. Ici, les héritiers voyaient certains des biens de la succession confiés au mandataire à effet posthume, mais étant incapables, ils étaient aussi représentés par un administrateur légal. Ce dernier, substitué à la personne de l'héritier quant à ses pouvoirs vis-à-vis du mandataire posthume et des biens qui lui sont confiés, procède à la vente d'un appartement alors compris dans le mandat. C'est alors que la Cour de cassation précise dans les motivations de son arrêt du 12 mai 2010 que « le mandataire posthume ne dispose que des pouvoirs énoncés au mandat » et qu'il « n'englobait pas le pouvoir d'aliéner qui appartient aux seuls héritiers et leur représentant légal ». *In Civ. 1<sup>ère</sup>*, 12 mai 2010, pourvoi n° 09-10.556, *Bull. civ. 2010 I*, n° 117. V. Aude DENIZOT, « Triste départ pour le mandat à effet posthume » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, pourvoi n° 09-10.556, *Gaz. Pal. 2010*, n° 230-231, p. 22 ; Michel GRIMALDI, Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, pourvoi n° 09-10.556, *RTDciv. 2010*, n° 3, p. 602 ; Raymond LE GUIDE, « Mandat à effet posthume. Pouvoirs limités du mandataire. » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2012, pourvoi n° 09-10.556, *JCP N 2011*, n° 18, p. 36, 1155 ; François SAUVAGE, « Les pouvoirs du mandataire posthume à l'épreuve des droits des héritiers » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, pourvoi n° 09-10.556, *Deffrénois 2010*, n° 16, p. 1776 ; Bernard VAREILLE, Annie CHAMOULAUD-TRAPIERS, et Dominique FIORINA, « Indivisions, successions, libéralités – Panorama 2010 – Première Partie : Administration de la succession – Indivision » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, pourvoi n° 09-10.556, *Deffrénois 2010*, n° 22, p. 2372 ; François SAUVAGE, « Les pouvoirs du mandataire posthume à l'épreuve des droits des héritiers » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, pourvoi n° 09-10.556, *Deffrénois 2010*, n° 16, p. 1776.

deux catégories : ceux qualifiés d'actes de disposition, prohibés<sup>979</sup>, et ceux qualifiés d'actes d'administration et de gestion courante, autorisés<sup>980</sup>. Pour ces derniers, le mécanisme de la subrogation réelle jouera alors son plein effet<sup>981</sup>. La mission de gestion des biens, que lui assigne le législateur, doit permettre de considérer que le mandataire est « investi d'un véritable pouvoir d'initiative quant à leur exploitation »<sup>982</sup>, et en conséquence qu'il peut en aliéner certains pour faire fonctionner l'entreprise normalement, à défaut de quoi il ne « disposerait pas des pouvoirs nécessaires au bon accomplissement de sa mission »<sup>983</sup>. Il pourra dès lors procéder notamment au renouvellement du matériel d'exploitation.

Le cadre fixé par le mandat à effet posthume permet d'anticiper les pouvoirs qui seront confiés au mandataire. Deux périodes sont à distinguer : avant et après l'option. En ce qui concerne ces pouvoirs après l'option d'un héritier, il faut en conclure que le mandataire ne peut détenir le pouvoir de disposer des biens qui lui sont confiés, il se voit tout de même attribuer le pouvoir d'en aliéner certains. Ces actes devront alors ressortir de la qualification des actes d'administration. Cependant, ce n'est pas là la seule limite aux pouvoirs attribués au mandataire. Celle relative à son statut doit à présent être analysée.

## ***§II – Les restrictions statutaires des pouvoirs du mandataire***

**382. Les limites inhérentes au statut de mandataire posthume.** La prohibition de procéder aux actes de disposition est la première et principale limite aux pouvoirs de gestion du mandataire. Cependant, les dispositions du Code civil en font ressortir d'autres qu'il faut exposer. Apparaît tout d'abord la fragilité de son statut (A). Doit ensuite être discuté de la légitimité du mandataire à intervenir dans l'entreprise sociétaire (B).

---

<sup>979</sup> V. en ce sens : Elisabeth DEFLERS, « Organiser sa vieillesse, sécuriser son patrimoine : comment prendre en main son avenir ? », *op. cit.*

<sup>980</sup> V. en ce sens : Jean PRIEUR et Marceau CLERMON, « La gestion de l'entreprise par un mandataire », *op. cit.*, §32, V. n.b.p. n° 902 ; Fabienne JOURDAIN-THOMAS et Sophie SCHILLER, « Quels pouvoirs peuvent être accordés à un mandataire à effet posthume ? », *JCP N 2013*, n° 36, p. 40, §17.

<sup>981</sup> Cf. sur ce point : Aude DENIZOT, « Triste départ pour le mandat à effet posthume », *op. cit.*, *in mitius*.

<sup>982</sup> Guillaume WICKER, *op. cit.*, §55.

<sup>983</sup> Fabienne JOURDAIN-THOMAS et Sophie SCHILLER, *op. cit.*, §22.

## A – La fragilité du statut de « mandataire posthume »

**383. L'influence des autres protagonistes de la succession.** L'analyse du statut de mandataire posthume en fait ressortir une certaine fragilité. Elle trouve sa cause principale en la personne de l'héritier (1°), mais des interférences lors de l'exécution de sa mission sont liées à l'intervention de certains représentants ou de certains organes dans la gestion ou la liquidation de la succession (2°).

### 1°) Les interférences liées à la personne de l'héritier

**384. Des interférences provoquées ou subies par l'héritier.** Le statut de mandataire posthume est tout d'abord fragilisé par la structure même de l'institution. Technique de gestion de biens pour autrui (ici l'héritier désigné par le mandant), il apparaît que les principales causes de fragilisation du statut de mandataire sont liées à la personne de l'héritier au bénéfice duquel le mandat est mis en place. En effet, dans le cadre de l'entreprise sociétaire, le sort du contrat de mandat, et de là, l'effectivité du rôle du mandataire, sont liés à l'acceptation de l'héritier en sa qualité d'associé par la société. Ensuite, plus largement, l'héritier détient la possibilité de mettre fin à la mission du mandataire. Un exposé de ces interférences permettra d'illustrer cette fragilité relevée du statut de mandataire.

**385. L'agrément incertain de l'héritier.** Tout d'abord, pour devenir associé, il peut arriver que l'héritier ait à être agréé. Dans les SA<sup>984</sup>, où les actions sont par principe librement cessibles, cet agrément sera prohibé pour les héritiers. Lorsque l'une de ces sociétés sera visée par un mandat à effet posthume, aucune problématique particulière relative à la procédure d'agrément ne sera alors soulevée. Mais dans les sociétés où *l'intuitus personae* est plus fort, les statuts peuvent soumettre l'entrée des héritiers à la procédure d'agrément. Ce peut être le cas dans les SARL<sup>985</sup>, les SNC<sup>986</sup> ou les sociétés civiles<sup>987</sup>. Enfin, le décès d'un associé peut

---

<sup>984</sup> Cf. Art. L. 228-23 al. 3 c.com. à propos de la clause d'agrément : « Cette clause est écartée en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession, soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant. »

<sup>985</sup> Cf. Art. L.223-13 al. 2 c.com. : « Toutefois, les statuts peuvent stipuler que le conjoint, un héritier, un ascendant ou un descendant ne peut devenir associé qu'après avoir été agréé dans les conditions prévues à l'article L. 223-14. (...)»

<sup>986</sup> Cf. L. 225-15 al. 2 c.com. : « S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier ou seulement avec les associés survivants, ces dispositions sont suivies, sauf à prévoir que pour devenir associé, l'héritier devra être agréé par la société. »

parfois entraîner la dissolution de la société. C'est le cas dans les sociétés en commandite simple quand décède un commandité, hormis en présence d'une clause contraire dans les statuts<sup>988</sup>. Ces règles de droit spécial des sociétés sont autant de barrières entravant la transmission de ces entreprises, du *de cuius* aux héritiers bénéficiaires du mandat. Dans ces hypothèses, le mandat à effet posthume n'aura eu aucune utilité. La situation sera la même lorsqu'il sera prévu par les statuts que la société continuera au décès d'un associé avec les seuls associés survivants, comme il est permis dans les SNC<sup>989</sup> et dans les SARL<sup>990</sup>. Dans ce cas, l'héritier ne sera qu'un simple créancier de la société, et n'aura « droit qu'à la valeur des droits sociaux de son auteur »<sup>991</sup>. Le mandat à effet posthume ne permettra donc pas de pallier l'impossibilité pour les héritiers d'exercer leurs droits dans la société. Si la société ne peut continuer qu'avec les associés survivants, les héritiers ne pourront appréhender la qualité d'associé, et se verront contraints de céder les droits sociaux du défunt à la société ou à l'un des associés. Il en résulte donc que lorsque l'héritier doit être agréé et qu'il est confronté à un refus, où lorsque la société ne doit continuer qu'avec les seuls associés survivants, l'objet du mandat disparaît, et ainsi prend fin la mission du mandataire posthume.

Le disposant peut cependant user de plusieurs stratégies pour parvenir à ses fins et rendre sa volonté effective au-delà de sa mort. Il pourra, dans un premier temps, initier la procédure de modification des statuts, afin d'en ôter la clause imposant l'agrément des héritiers. Ainsi, dans les SARL, les SNC et les sociétés civiles, il pourra réunir l'assemblée générale aux fins de modification des statuts et de suppression de la clause ordonnant l'agrément des héritiers par les associés. Pour ce faire, le disposant devra obtenir une majorité substantielle, voire l'unanimité<sup>992</sup>. Autant dire que si une clause d'agrément des héritiers est

---

<sup>987</sup> Cf. Art. 1870 al. 1 c.civ. : « La société n'est pas dissoute par le décès d'un associé, mais continue avec ses héritiers ou légataires, sauf à prévoir dans les statuts qu'ils doivent être agréés par les associés. »

<sup>988</sup> Cf. Art. L. 222-10 al. 2 c.com. : « S'il est stipulé que malgré le décès de l'un des commandités, (...). A défaut, la société est dissoute de plein droit à l'expiration de ce délai. »

<sup>989</sup> Cf. Art. L.221-15 c.com.

<sup>990</sup> Cf. Art. L.223-13 c.com.

<sup>991</sup> Cf. Art. L.221-15 al.4 c.com.

<sup>992</sup> Il devra recueillir l'assentiment des associés représentant au moins les trois quarts des parts sociales dans les SARL (Cf. Art. L.223-30 al.2 c.com.) ou les deux tiers des parts sociales des associés présents ou représentés (Cf. Art. L.223-30 al.3 c.com. pour les SARL constituées après la publication de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises), une décision à l'unanimité des associés dans les sociétés civiles (Cf. Art. 1836 al.1 c.civ.) et les sociétés en nom collectif (Cf. Art. L. 221-13 al. 1 c.com).

consacrée dans les statuts, la probabilité que le disposant aboutisse à la modification statutaire souhaitée dépendra essentiellement de sa participation dans la société.

Un des outils dont peut aussi user le disposant-associé est le pacte d'actionnaires. Il peut en effet prendre part à un pacte d'associés ayant vocation à assurer l'agrément de l'héritier au bénéfice duquel il contracte le mandat à effet posthume.

On en conclut que le mandat à effet posthume nécessitera, dans ces cas très spécifiques mais pourtant fréquents, une multiplication des démarches que devra effectuer le disposant pour rendre effective sa volonté de voir attribuer les droits sociaux et la qualité d'associé, dont il est titulaire, à l'héritier pressenti.

**386. Le pouvoir des héritiers de mettre fin à la mission du mandataire posthume.** La seconde raison de la fragilité du statut du mandataire posthume tient à la possibilité pour les héritiers, qui se voient imposer le mandataire par le mandant, de mettre fin à sa mission. Ils peuvent tout d'abord y procéder en demandant la révocation judiciaire du mandataire<sup>993</sup>, et ce pour deux raisons : soit parce qu'ils estiment que le mandataire ne remplit pas correctement sa mission, soit encore parce que « l'intérêt sérieux et légitime » qui justifiait la désignation du mandataire a disparu. Quant à la première raison, les héritiers pourront effectivement vérifier que le mandataire gère correctement l'entreprise, puisqu'il doit leur rendre « compte de sa gestion chaque année » et les informer « de l'ensemble des actes accomplis »<sup>994</sup>. S'il s'abstient de rendre compte de sa gestion, les héritiers pourront invoquer ce motif dans le cadre de la révocation judiciaire<sup>995</sup>. Ainsi, au vu du compte rendu, les héritiers pourront contrôler la gestion de l'entreprise par le mandataire et repérer d'éventuels manquements à ses obligations dans l'exécution de sa mission, qui justifieront sa révocation. Le statut du mandataire n'est pas ici réellement fragilisé puisque si le mandataire ne commet pas de faute de gestion, il n'encourra pas la révocation judiciaire. *A contrario*, il ne s'agira que d'une sanction justifiée pour mauvaise gestion.

Cependant, les héritiers pourront aussi mettre fin à la mission du mandataire de manière indirecte, puisque selon l'article 812-4 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, « [l]e mandat prend fin par l'un des événements suivants : (...) 5° L'aliénation par les héritiers des biens mentionnés dans le mandat ». Si les héritiers ne peuvent sans raison révoquer le mandataire (pouvoir

---

<sup>993</sup> Cf. Art. 812-4 al. 1, 3° c.civ.

<sup>994</sup> Art. 812-7 al. 1 c.civ.

<sup>995</sup> Cf. Art. 812-7 al. 2 c.civ.

appartenant uniquement au mandant ici décédé), ils peuvent indirectement le destituer en rendant sa mission sans objet<sup>996</sup>. Ainsi, les héritiers ne peuvent évincer le mandataire pour retrouver leur saisine sur le bien, mais ils peuvent aliéner le bien pour évincer le mandataire. La disposition étonne, dans le sens où les héritiers peuvent ainsi déjouer la volonté du défunt, d'autant que la Cour de cassation a précisé que le mandataire n'a pas de droit de veto contre l'aliénation faite par les héritiers des biens mentionnés dans le mandat<sup>997</sup>. Le mandataire est donc lié par la volonté des héritiers de conserver ou non dans la masse successorale, ou après le partage, dans le patrimoine de l'un des héritiers, le fonds, le patrimoine affecté ou les droits sociaux, représentatifs de l'entreprise. On peut alors s'interroger sur la possibilité de contrevenir à cette disposition. Deux possibilités s'offrent au mandant : user des clauses d'inaliénabilité ou se faire expressément attribuer le pouvoir de disposer des biens qui lui sont confiés. Il en résulterait dans les deux cas que l'héritier serait privé de son pouvoir de disposer.

**387. Le recours fragile à l'inaliénabilité.** Quant à l'insertion d'une clause d'inaliénabilité, il faut d'abord relever que l'article 812-4 alinéa 1<sup>er</sup>, 5<sup>o</sup> du Code civil consacre le droit de l'héritier de disposer du bien soumis à mandat. L'insertion d'une clause d'inaliénabilité dans le contrat de mandat serait alors contraire au texte précité. Seule la détermination de la portée de l'article 812-5 alinéa 1<sup>er</sup>, 5<sup>o</sup> du Code civil permettrait de savoir si ce genre de clause est licite. Est-ce une disposition d'ordre public, impérative ou simplement supplétive ?

Généralement, « [u]ne disposition légale est dite d'ordre public lorsqu'elle (...) fixe, en droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société. La volonté des parties dans un contrat ne peut écarter les dispositions légales d'ordre public. Toute clause qui y dérogerait serait déclarée nulle. Les dispositions impératives protègent quant à elles des intérêts particuliers. Un contrat ne peut pas non plus y déroger mais la personne dont l'intérêt est ainsi protégé pourra y renoncer »<sup>998</sup>. Quelle est la portée que le législateur a entendu donner à cet article 812-4, alinéa 1<sup>er</sup>, 5<sup>o</sup> du Code civil ?

Si l'on se réfère aux rapports législatifs, les motivations de cette disposition sont précises : « [e]lle présente (...) l'avantage d'ouvrir une porte de sortie aux héritiers qui souhaiteraient se

---

<sup>996</sup> Michel GRIMALDI, « Le mandat à effet posthume », *Deffrénois 2007*, n° 1, art. 38509, p. 3, §14.

<sup>997</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, pourvoi n° 09-10.556, *Bull. civ. 2010 I*, n° 117. Cf. n.b.p. n° 978.

<sup>998</sup> Séverine DUSOLLIER, Yves POULLET et Mireille BUYDENS, *Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique – Étude préparée pour le troisième Congrès international de l'UNESCO sur les défis éthiques, juridiques et de la société du cyberspace INFOéthique 2000*, Paris, 17 juillet 2000, p. 25.

défaire du mandataire, puisque eux seuls ont le pouvoir de procéder à des actes de disposition sur les biens intéressés par le mandat posthume : ce mandat ne doit pas, en effet, empêcher les héritiers d'exercer leur droit de propriété s'ils souhaitent réaliser l'actif dont ils ont hérité »<sup>999</sup>. Ainsi, la disposition a vocation à protéger le droit de propriété de l'héritier. Ce dernier, déjà privé de la saisine, se voit tout de même reconnaître la possibilité d'aliéner le bien qu'il recueille dans son patrimoine. La disposition touche ainsi tant au droit de propriété qu'aux droits des héritiers. Il est en conséquence difficile de conclure qu'il s'agirait d'une simple disposition supplétive. Est-elle alors d'ordre public, ou ressort-elle d'une loi impérative ? La disposition a-t-elle vocation à protéger uniquement le droit de propriété de l'héritier (ce qui ressort de la protection d'intérêts catégoriels justifiant une loi impérative), ou à protéger plus largement le droit de propriété (sur lequel est basé notre ordre économique et social justifiant des dispositions d'ordre public) ? S'il était interdit à l'héritier d'aliéner le bien soumis au mandat, le droit de propriété n'en ressortirait pas atteint dans sa structure. Il ne le serait du moins pas plus que lorsque la saisine est refusée à cet héritier. Plus que le droit de propriété, c'est le droit de l'héritier qui semble ici être protégé. Le disposition protégerait donc des intérêts catégoriels et ressortirait ainsi d'une loi impérative. L'héritier pourrait ainsi renoncer à aliéner le bien promis par le disposant. Cependant, une telle clause d'inaliénabilité ne saurait être incluse dans le contrat de mandat, l'héritier-bénéficiaire n'y participant pas. La clause d'inaliénabilité pourrait ressortir d'un acte distinct<sup>1000</sup> : la donation par exemple ou le legs. Cette solution est envisageable, mais reste fragile. L'héritier pourra la détourner, notamment en renonçant à la succession *intestat* et en acceptant la succession *ab intestat*, en demandant le cantonnement de cette charge que constituerait la clause d'inaliénabilité (sa part de réserve pouvant vraisemblablement être atteinte s'il est le seul à recueillir l'entreprise familiale), ou encore en demandant en justice la mainlevée de l'inaliénabilité<sup>1001</sup>.

---

<sup>999</sup> Rapport de l'Assemblée nationale n° 2850, portant réforme des successions et libéralités, présenté par M. le Député Sébastien HUYGHE, sous Art. 812-4 c.civ.

<sup>1000</sup> « L'inaliénabilité, parce qu'elle ne résulte pas du contrat de mandat, est valable au regard de l'article 812-4 du Code civil. Elle est également licite aux yeux de l'article 900-1 du même code, puisqu'elle est vraisemblablement justifiée par un intérêt sérieux et légitime, semblable à celui qui constitue la cause du mandat (C. civ., art. 812-1-1, al. 1<sup>er</sup>), et non perpétuelle, pour peu qu'elle ne se prolonge pas après son extinction (C. civ., art. 812-1-1, al. 2). » In François SAUVAGE, « Les pouvoirs du mandataire posthume à l'épreuve des droits des héritiers », *op. cit.*, §7.

<sup>1001</sup> Cf. sur ce point : François SAUVAGE, « Les pouvoirs du mandataire posthume à l'épreuve des droits des héritiers », *op. cit.*, §8.

**388. La renonciation de l'héritier emportant l'attribution du pouvoir de disposer au profit du mandataire.** L'autre option serait d'attribuer le pouvoir de disposer du bien soumis à mandat au mandataire posthume. Selon Monsieur GRIMALDI, « les pouvoirs conférés au mandataire sont *ipso facto* retirés aux héritiers »<sup>1002</sup>. Il explique alors la différence entre mandat de droit commun et mandat à effet posthume, et affirme que si le mandat de droit commun n'emporte pas le dessaisissement du mandant, le mandat à effet posthume l'opère à l'égard des héritiers, sans quoi « il manquerait son but, qui est de tenir l'héritier à l'écart de la gestion des biens qui en forment l'objet »<sup>1003</sup>. Ainsi, attribuer ce pouvoir au mandataire permettrait de le retirer aux héritiers et ainsi de renforcer son statut. Cependant, selon Monsieur SAUVAGE, « si l'on veut bien admettre que l'article 812-4 du Code civil est une disposition impérative, une clause augmentative des prérogatives du mandataire posthume est inefficace »<sup>1004</sup>.

En partant du postulat que cet article doit bien être qualifié de disposition impérative, la seule possibilité d'attribuer au mandataire posthume le pouvoir de disposer du bien qui lui est confié, est l'obtention au sein du contrat de mandat, d'une renonciation de l'héritier à ce pouvoir. L'héritier devra donc partager le point de vue du disposant quant au besoin d'investir un mandataire posthume de la gestion de l'entreprise. Si en plus de la particularité tenant au bien, le mandat était justifié en raison de l'âge de l'héritier pressenti comme le futur successeur, il faudrait obtenir l'autorisation de son représentant, soit très probablement, du disposant directement. Ainsi, le schéma paraît possible, mais laisse aussi s'insérer l'hypothèse d'une vente de l'entreprise par le mandataire directement, ce qui contreviendrait à la volonté du disposant souhaitant conserver l'entreprise dans la famille, volonté qui initiera très souvent la mise en place d'un mandat à effet posthume.

Cependant, la fragilité du statut de mandataire posthume ne s'arrête pas à une éventuelle intervention de l'héritier, d'autres personnes peuvent limiter l'étendue de ses pouvoirs.

---

<sup>1002</sup> Michel GRIMALDI, « Le mandat à effet posthume », *op. cit.*, V. note de bas de page n°36.

<sup>1003</sup> Michel GRIMALDI, « Le mandat à effet posthume », *op. cit.*, §5.

<sup>1004</sup> François SAUVAGE, « Les pouvoirs du mandataire posthume à l'épreuve des droits des héritiers », *op. cit.*, §6.

## 2°) Les interférences liées à l'intervention de représentants

**389. Des différents représentants.** En effet, de nombreux représentants peuvent être désignés pour une mission s'inscrivant sur la même période que celle confiée au mandataire. Ce peut être le mandataire représentant les indivisaires de droits sociaux, ou un administrateur légal, ou encore un exécuteur testamentaire. La présentation de l'articulation de leurs pouvoirs avec ceux du mandataire posthume permet d'illustrer la fragilité du statut de ce dernier.

**390. L'anéantissement du rôle du mandataire posthume par la désignation du mandataire unique représentant les indivisaires de droits sociaux.** Tout d'abord dans l'entreprise sociétaire, lorsque le mandataire posthume est désigné en vue de gérer et d'administrer des parts ou des actions de sociétés, détenues en indivision, mais seulement dans l'intérêt d'un seul des indivisaires, il faut articuler ses pouvoirs avec celui d'un mandataire de droit commun qui représente l'ensemble de ceux-ci. Selon les articles L.225-110, alinéa 2, du Code de commerce, et 1844, alinéa 2, du Code civil, les indivisaires doivent être représentés par un mandataire unique. Aussi le mandat du mandataire posthume sera réduit à néant si les indivisaires ne s'accordent pas pour le désigner mandataire unique<sup>1005</sup>. Voilà donc une première limite fragilisant le statut du mandataire posthume. Monsieur LUZU propose de désigner, dans le contrat de mandat, « le mandataire posthume comme représentant unique de l'indivision successorale »<sup>1006</sup>. Cette mesure permettrait effectivement de préserver les pouvoirs du mandataire posthume, mais supprimerait dans le même temps le pouvoir des indivisaires quant au sens à donner au vote envisagé, en admettant qu'une telle désignation soit possible. En effet, deux hypothèses doivent être distinguées. Si tous les indivisaires sont des héritiers du disposant, la désignation du mandataire posthume en tant que représentant unique de l'indivision successorale relativement aux droits sociaux, peut être justifiée par « l'intérêt sérieux et légitime » ayant conduit le disposant à recourir au mandat à effet posthume. La présence de biens professionnels sera avancée. Mais dans ce cas, il sera plus simple de désigner le mandataire à la gestion des droits sociaux directement, plutôt qu'aux fins de gérer la part indivise des droits sociaux d'un héritier, tout en insérant dans le contrat de mandat une clause le désignant mandataire unique des indivisaires. Si *a contrario*, le disposant détenait les droits sociaux en indivision avec d'autres personnes, on ne peut

---

<sup>1005</sup> V. sur ce point : Marie-Hélène MONSÉRIÈ-BON, « Indivision des parts sociales, le droit des sociétés prime » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 déc. 2010, pourvoi n° 09-10.140, *RTDcom*. 2011, n° 2, p. 374.

<sup>1006</sup> Fabrice LUZU, « Pratique des mandats à effet posthume », *JCP N* 2009, n° 52, p. 26, §16.

admettre qu'il ait le pouvoir d'imposer à ses coindivisaires un représentant unique qui serait le mandataire posthume. En effet, les indivisaires devraient procéder à cette désignation à l'unanimité, et encore faudrait-il qu'ils y procèdent avant le décès du disposant.

**391. Les limites induites par la désignation d'un administrateur légal.** Quant à l'articulation des pouvoirs du mandataire posthume avec ceux d'un administrateur légal, le premier arrêt de la Cour de cassation relatif au mandat à effet posthume, du 12 mai 2010<sup>1007</sup>, apporte quelques précisions. En l'espèce, l'administrateur légal venait à la succession en représentation des enfants mineurs et avait accompli un acte d'aliénation (la vente de l'unique immeuble de la succession). Le mandataire posthume s'y était opposé. La juridiction du fond a reçu la demande en opposition, mais la Cour de cassation rappelle fermement le principe selon lequel « les pouvoirs d'administration et de gestion qui peuvent être conférés au mandataire posthume (...) ne lui permettent pas de s'opposer à l'aliénation par les héritiers des biens mentionnés dans le mandat », ce qui entraînait par là-même l'extinction de ce contrat, conformément à l'article 812-4 du Code civil. En effet, le mandataire ne détient pas le pouvoir d'aliéner les biens qu'il doit gérer, sauf si le mandat le stipule expressément, ce qui n'était pas le cas en l'espèce<sup>1008</sup>. Ce pouvoir d'aliéner les biens de la succession appartient précisément aux héritiers, conformément au cinquièmement de l'alinéa premier de l'article précité. Lorsque les enfants sont mineurs, ce pouvoir revient à leur représentant légal, qui avait en l'espèce été autorisé par le juge des tutelles à expertiser l'immeuble en vue de le vendre. L'administrateur légal détient donc le pouvoir d'aliénation, sur autorisation du juge des tutelles<sup>1009</sup>, ce qui lui permet de mettre fin à la mission du mandataire à effet posthume, lorsque l'objet de l'acte d'aliénation est le seul bien confié à la gestion de ce dernier. Les limites à ses pouvoirs sont donc identiques que les héritiers soient majeurs ou mineurs.

**392. La primauté des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire sur ceux du mandataire posthume.** Enfin, quant à l'articulation des pouvoirs du mandataire posthume avec ceux de l'exécuteur testamentaire, l'article 812 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil instaure la primauté des pouvoirs du second sur ceux du premier, en précisant que peut être donné au mandataire à effet posthume le « mandat d'administrer ou de gérer, sous réserve des pouvoirs confiés à

---

<sup>1007</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, pourvoi n° 09-10.556, *Bull. civ. 2010 I*, n° 117. Cf. n.b.p. n° 978.

<sup>1008</sup> En effet, ici les qualifications d'« acte d'aliénation » et d'« acte de disposition » sont confondues puisqu'elles concernent un acte accompli sur un bien dont la gestion était confiée. La distinction antérieurement retenue ne concerne que la gestion des universalités.

<sup>1009</sup> Cf. Art. 389-6 c.civ.

l'exécuteur testamentaire ». Selon Monsieur WICKER, « bien que leurs missions soient en principe distinctes, celle du mandataire posthume étant orientée vers l'avenir quand celle de l'exécuteur testamentaire est de liquider le passé, il est toutefois possible qu'elles se recoupent partiellement. (...) Le texte établit (...) la primauté des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire sur ceux du mandataire posthume »<sup>1010</sup>. Il en résulte que les pouvoirs octroyés à l'exécuteur testamentaire ne peuvent être attribués au mandataire posthume ; si tel était le cas, la rédaction ci-avant retranscrite impose d'occulter ceux conférés abusivement au mandataire.

L'article 1029, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil précise que « [l']exécuteur testamentaire prend les mesures conservatoires utiles à la bonne exécution du testament ». Il peut, à défaut de disposition plus précise, prendre des mesures conservatoires sur tous les biens compris dans la succession. Or, le mandataire posthume se voit lui aussi reconnaître le pouvoir d'engager tous les actes conservatoires sur les biens qui lui sont confiés en vertu de sa mission d'administration et de gestion. S'il est peu probable que l'un d'eux souhaite s'opposer à la mise en place d'une mesure conservatoire par l'autre, le mandataire posthume pourra être devancé par l'exécuteur testamentaire. Si cela n'est pas gênant, il n'en va pas de même de la suite de la disposition.

Il y est édicté le principe selon lequel l'exécuteur testamentaire « peut provoquer la vente du mobilier à défaut de liquidités suffisantes pour acquitter les dettes urgentes de la succession ». L'article 1030 du même code lui confère le pouvoir d'y procéder, l'autorisant ainsi « à prendre possession en tout ou partie du mobilier de la succession et à le vendre s'il est nécessaire pour acquitter les legs particuliers dans la limite de la quotité disponible ». Il faut en conclure, qu'en l'état du droit positif, le mandataire posthume ne saurait s'opposer à la vente par l'exécuteur testamentaire, d'un bien mobilier professionnel, même s'il est nécessaire à la poursuite de l'exploitation de l'activité. Si en pratique la discussion semble possible, il n'en reste pas moins que les biens professionnels ne sont pas légalement protégés. Parallèlement, la gestion de l'entreprise individuelle par le mandataire posthume pourra être perturbée par les actes de l'exécuteur testamentaire. L'insertion d'une disposition instaurant un principe de subsidiarité, que pourrait invoquer le mandataire posthume, permettrait de sécuriser cet aspect et de préserver l'entreprise dans le patrimoine familial. Il faudrait alors insérer dans les dispositions relatives aux pouvoirs de l'exécuteur testamentaire un alinéa qui préciserait que l'exécuteur doit procéder au paiement des dettes urgentes et des legs, en

---

<sup>1010</sup> Guillaume WICKER, « Successions. – Mandats successoraux. – Le mandat à effet posthume. », *J.-Cl. Droit civil*, Art. 812 à 812-7, fasc. 70, §71.

priorité par la réalisation ou l'attribution des biens non-professionnels, en présence d'une entreprise individuelle comprise dans la succession.

Suite à la présentation des différentes limites aux pouvoirs du mandataire posthume induisant une fragilité certaine de son statut, il faut maintenant s'attacher à étudier la légitimité de son intervention dans l'entreprise sociétaire.

## **B - La légitimité précaire du mandataire dans l'entreprise sociétaire**

**393. L'absence de fondement en droit des sociétés à l'intervention du mandataire dans les assemblées.** Au côté de la fragilité du statut du mandataire posthume, l'analyse de la légitimité de son intervention dans l'entreprise sociétaire s'impose. Il s'agit de savoir si matériellement, le mandataire peut intervenir pour exercer le droit de vote en assemblées (ordinaire avant l'option d'un héritier au moins, puis extraordinaire aussi après l'option si le mandat lui confère ce pouvoir), où il est appelé à voter lorsque le mandat aura pour objet des droits sociaux.

**394. L'absence d'agrément du mandataire par les associés.** Il faut tout d'abord s'interroger sur l'obligation ou non d'agréer le mandataire posthume. L'agrément peut être requis, en droit commun et en droit spécial des sociétés, lors d'une cession de droits sociaux. Tous les articles du Code de commerce<sup>1011</sup> et du Code civil encadrant la procédure d'agrément ne visent que les hypothèses de cessions de droits sociaux. Or, le mandataire posthume ne peut en aucun cas être assimilé à un cessionnaire. Il n'est qu'un gestionnaire des biens d'autrui. Le seul cas d'agrément, hors les cessionnaires, concerne les locataires de droits sociaux. L'article L. 239-3, alinéa 1<sup>er</sup>, du code précité, exige effectivement que les locataires de droits sociaux soient agréés lorsqu'un tel agrément est prévu dans la société pour un cessionnaire. À défaut de disposition spécifique imposant l'agrément du mandataire posthume, il semble que ce dernier n'ait pas à l'être. D'ailleurs, « cette solution peut encore se recommander des règles à suivre en cas de titres indivis : le « mandataire unique » désigné, comme le prescrit l'article 1844, alinéa 2, du Code civil pour porter les voix des coïndivisaires n'ayant nullement à être agréé »<sup>1012</sup>. Le disposant imposera par la désignation du mandataire posthume l'entrée d'un tiers dans la société à ses coassociés. Mais ce dernier pourra-t-il

---

<sup>1011</sup> Cf. Art. L. 228-23 pour la SA, Art. L. 223-13 c.com. pour les SARL, Art. L. 221-13 c.com. pour les SNC, et Art. 1861 c.civ. pour les sociétés civiles.

<sup>1012</sup> Arnaud REYGROBELLET, « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés – Le cas du mandat à effet posthume », op. cit., §36.

réellement intégrer la société ? À ce stade en tous cas, la procédure d'agrément ne semble pas constituer un frein à l'exercice du droit de vote par le mandataire dans les assemblées.

Cependant, les statuts pourraient instituer une clause prévoyant l'obligation d'agréer le mandataire posthume. Il reviendra en pratique à l'associé projetant de conclure un mandat à effet posthume de proposer à l'ordre du jour de l'assemblée compétente, l'insertion d'une telle clause dans les statuts, en respectant les modalités relatives à la modification des statuts et aux règles relatives au quorum et à la majorité pour emporter l'adoption de la résolution. Le mandant-prédécesseur devra alors s'assurer de l'obtention de cet agrément au moment de la rédaction du contrat de mandat, à défaut de quoi il ne sera pas effectif. Mais au-delà de l'agrément, la légitimité du mandataire à intervenir en assemblée est encore plus fragile en ce qu'il n'intervient même pas en représentation des héritiers, le mandat à effet posthume étant un mandat sans représentation.

### **395. Une intervention non fondée sur la représentation des héritiers-associés.**

Classiquement, seul peut voter en assemblée l'associé ou l'actionnaire, ou encore une personne les représentant. Il faut rappeler que les conditions de représentation de l'associé ou de l'actionnaire en assemblée sont, selon la forme de la société, plus ou moins strictement encadrées par la loi : « il est généralement requis que le représenté ait, lui-même, la qualité d'associé ou de conjoint du représenté »<sup>1013</sup>, et ce dans le but de conserver la confidentialité des débats ayant eu lieu en assemblées<sup>1014</sup>. Si ces règles impératives peuvent être écartées dans le cadre du mandat à effet posthume, telles qu'elles le sont pour le mandataire unique représentant en assemblées les coïndivisaires, il faut ici noter la différence entre les deux mandats : le mandataire unique est mandaté par les coïndivisaires qu'il représente, alors que le

---

<sup>1013</sup> Arnaud REYGROBELLET, « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés – Le cas du mandat à effet posthume », op. cit., §38.

<sup>1014</sup> Madame MOUBSIT ayant travaillé sur la représentation en droit des sociétés explique qu'« Admettre la possibilité pour l'actionnaire de recourir au mandat pour exercer son droit de vote à l'assemblée générale, c'est admettre qu'une personne autre que le titulaire du droit de vote accède à l'assemblée générale. Le mandat permet au mandataire d'accéder à l'assemblée générale, d'obtenir des informations essentielles sur la situation de la société, sa politique et son fonctionnement, et de prendre part aux délibérations préalables à la prise de décision. Une telle faculté, impliquée par le mandat de vote, n'est pas sans poser problème, car elle remet en question la confidentialité des débats de l'assemblée. C'est pour préserver cette confidentialité que le législateur a prévu que la liste des personnes susceptibles de représenter un actionnaire et d'avoir accès à l'assemblée générale est limitative, et ne peut être étendue par la volonté des membres de la société. » In Hassna MOUBSIT, *La représentation en droit des sociétés*, th. Lille 2 – 2009, Villeuneuve d'Asq, ANRT et Université Lille 3, 2011, p. 236, § 394.

mandataire posthume ne représente pas les héritiers. À quel titre interviendrait ce dernier en assemblée, si précisément ce n'est pas en représentation des héritiers ayant acquis la qualité d'associé<sup>1015</sup> ? Qu'en est-il de la légitimité de cette intervention sans représentation ?

La doctrine semble admettre sans réserve que le mandataire posthume interviendra en assemblées, mais il paraît ne pas avoir la légitimité pour y accéder. Ne représentant pas le mandant, ni les héritiers qui n'auront d'ailleurs pas forcément acquis la qualité d'associé par le décès du mandant, nous nous interrogeons sur le fondement lui permettant d'intervenir en assemblées.

**396. Les moyens de légitimer l'intervention du mandataire.** À ce stade, le mandataire posthume semble pouvoir intervenir dans la société, en son nom, sans même que celle-ci n'en soit informée. Il intervient donc en tant que tiers. Une des solutions serait de retenir la survie fictive de la personnalité juridique du mandant afin que le mandataire intervienne en son nom dans les assemblées. En droit des sociétés, une telle conception aurait une certaine cohérence puisque la survie de la personnalité juridique est déjà reconnue aux personnes morales pour les besoins de la liquidation de la société. Cependant cette survie de la personnalité juridique n'est que temporaire, et maintenue pour des opérations ponctuelles, ce qui ne peut correspondre à l'hypothèse du mandat à effet posthume pouvant avoir une durée de cinq ans lorsqu'il concerne les droits sociaux<sup>1016</sup>. Cette survie fictive de la personnalité juridique du mandant ne peut être retenue, car elle cause une entorse trop importante au droit des personnes et à la notion de personnalité juridique.

La force obligatoire du mandat suffirait-elle à légitimer l'intervention du mandataire en assemblée ? Cela semble peu probable car si la force obligatoire du contrat peut bien être avancée, l'effet relatif est tout aussi dominant et fait obstacle à l'intrusion du mandataire dans les assemblées, cercles fermés et limités aux seuls associés. Certains avancent que la réalisation des formalités d'information de la société en matière de cession de parts sociales ou d'actions, prescrites à l'article 1690 du Code civil, permettrait d'opposer à la société le

---

<sup>1015</sup> Il faut ici exclure les sociétés dans lesquelles le décès d'un associé emporte la dissolution de la société et celles où elles perdurent avec les seuls associés survivants. Pour les autres, il faut encore considérer que les héritiers auraient acquis la qualité d'actionnaire ou d'associé de par le décès automatiquement, ou après agrément s'il était exigé par les règles légales ou statutaires.

<sup>1016</sup> Cf. §394.

mandat à effet posthume<sup>1017</sup>. Si cette affirmation semble exacte, elle n'emporte pas pour autant l'autorisation du mandataire à intervenir en assemblée s'il ne doit pas y représenter les associés. Il semble que seule la société soit habilitée à y autoriser l'intervention d'un tiers. Ce genre d'autorisation n'est pas connu en droit des sociétés, le seul palliatif envisageable reste la procédure d'agrément. Elle se trouve adaptée à l'objectif qui serait ici poursuivi : contrôler l'entrée d'un tiers dans les assemblées d'associés. Or, le champ d'application de l'agrément ne concerne actuellement que les cessionnaires, les héritiers ou les locataires de droits sociaux, et non un quelconque tiers qui interviendrait en vertu du mandat à effet posthume. Une modification des textes, relative au champ d'application de la procédure d'agrément, devrait alors être opérée pour que l'intervention du mandataire en assemblée puisse être légitimée. Encore faudra-t-il par la suite qu'il soit obtenu préalablement ou concomitamment à la conclusion du mandat, sans quoi l'intervention du mandataire pourrait être critiquée par les associés. Il faudrait à cet effet insérer une telle clause dans les statuts, mais en droit positif, il n'y a que dans la SAS que les statuts pourraient permettre une intervention légitime du mandataire.

**397. Le renforcement du statut du mandataire dans la SAS.** Les latitudes offertes par l'absence d'encadrement légal strict des SAS permettent d'imaginer une utilité accrue du mandat à effet posthume dans ces sociétés. Tout d'abord, une clause des statuts pourrait légitimer l'intervention du mandataire posthume dans ces sociétés. En effet, Monsieur CALVET propose d'insérer une clause précisant « que le mandataire exercera les prérogatives attachées aux actions vacantes »<sup>1018</sup>. Ainsi, la légitimité de l'intervention du mandataire posthume ne pourrait plus être remise en cause.

L'auteur va plus loin encore et propose même la mise en place d'une clause permettant de désigner le mandataire posthume à la direction de la société. Selon lui, « rien ne s'oppose (...) à ce que les statuts prévoient que la désignation des dirigeants appartiendra à un associé déterminé, à un groupe d'associés, à un organe de direction, ou même, à un tiers non associé (ce tiers pouvant être le mandataire posthume qui pourra alors procéder à sa propre

---

<sup>1017</sup> Arnaud REYGROBELLET, « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés – Le cas du mandat à effet posthume », op. cit., §31.

<sup>1018</sup> Grégory CALVET, « Mandat à effet posthume et droit des sociétés : l'opportunité de la SAS », *Defrénois* 2010, n° 6, p. 685, v. p. 688.

désignation à la tête de la société en qualité de président) »<sup>1019</sup>. Ainsi, le mandataire posthume pourrait tout à la fois gérer les droits sociaux, mais aussi directement la société. Cette stipulation statutaire sera particulièrement bienvenue lorsque le mandant était lui-même dirigeant de la société. La continuité de l'exploitation de l'entreprise sociétaire pourra dans ce cas être réellement maîtrisée par le biais du recours à l'anticipation de sa transmission à cause de mort.

Ces réflexions confortent le constat d'une instabilité certaine du statut du mandataire posthume. Plusieurs personnes peuvent empiéter sur ses pouvoirs : l'héritier en anéantissant sa mission, et des représentants intervenants dans les opérations de gestion et de liquidation de la succession neutralisant certains de ses pouvoirs. Enfin la légitimité de son intervention en assemblée ne peut pour l'heure être consacrée. La sécurité juridique offerte par le mandat à effet posthume ne peut donc être affirmée.

\*

\* \*

**398. L'imprécision du régime juridique du mandat à effet posthume.** Le mandat à effet posthume se présente ainsi en outil de gestion des biens professionnels. Il permet tout d'abord d'anticiper l'émanation de l'entreprise individuelle pour le temps de la gestion intermédiaire par le tiers-mandataire. Ce mandataire posthume est l'exploitant de l'entreprise individuelle, mais il ne détient pas la qualité d'entrepreneur, puisqu'il n'assume pas les risques d'exploitation. Par la suite, le rattachement des biens professionnels à la personnalité juridique de l'héritier-futur repreneur a été mis en lumière. Le mandat à effet posthume permet encore d'anticiper l'exercice des pouvoirs confiés au mandataire, pour le temps de sa gestion. Sur ce point, bien que la loi ait essayé de fixer par anticipation un cadre à l'exercice de ses pouvoirs, il faut admettre qu'il n'est pas maîtrisé, puisque plusieurs questions restent en suspens, comme l'étendue de ses pouvoirs quant aux actes qu'il peut réellement réaliser ou quant à la légitimité de son intervention en assemblée d'associés.

---

<sup>1019</sup> Grégory CALVET, « Mandat à effet posthume et droit des sociétés : l'opportunité de la SAS », *op. cit.*, V. p. 689.

Il n'en reste pas moins que le mandat à effet posthume est un des outils à la disposition du disposant-prédécesseur qui souhaite anticiper la gestion de son patrimoine professionnel, en le confiant temporairement à un tiers. Il permet ainsi de pallier tout vacance due à l'incapacité temporaire de l'héritier-futur repreneur. Le disposant-prédécesseur en usera pour désigner deux repreneurs factuels, en n'en instituant qu'un seul officiellement et irrévocablement, le mandataire posthume ne l'étant qu'à titre temporaire. La technique prépare la transmission de l'entreprise, mais est actée de manière anticipée. Le contrat de mandat sera forcément souscrit avant le décès du disposant. Ainsi le mandat à effet posthume participe de l'anticipation dans la transmission de l'entreprise. Cependant, ce n'est pas là la seule technique offerte par le droit civil, qui permette d'anticiper la gestion du patrimoine professionnel. La fiducie présente elle aussi la caractéristique d'en anticiper la gestion. La technique emporte cependant un transfert bien plus important que dans le cadre du mandat à effet posthume, puisqu'il s'agira dans ce cas d'une véritable transmission du patrimoine au profit du tiers-fiduciaire, bien qu'elle ne soit que temporaire.



## Chapitre II – Proposition d'intégration de la fiducie à l'opération de transmission de l'entreprise

---

**399. Exercice de prospective.** Toutes les techniques étudiées jusqu'à présent permettent soit d'anticiper la transmission de l'entreprise dans le temps (techniques de transmission anticipée), soit de la préparer, notamment en organisant la gestion future de l'entreprise en transmission (techniques d'anticipation de la transmission). Le but du législateur étant de faciliter les transmissions d'entreprises, il est apparu que la fiducie, « institution multifonctions »<sup>1020</sup>, pourrait permettre de combiner ces deux aspects anticipatoires. En l'état actuel des textes, elle ne permet point d'y procéder, mais une réforme en ferait une technique performante de transmission de l'entreprise.

« Institution aristocratique »<sup>1021</sup>, la fiducie est l'opération emportant la transmission de biens, droits ou sûretés ou d'un ensemble de biens, droits ou sûretés. Elle est mise en œuvre « dans un but déterminé »<sup>1022</sup>. « Opération translative de propriété »<sup>1023</sup>, elle peut avoir trois utilités distinctes : la constitution d'une sûreté (« fiducie-sûreté »), la gestion d'un bien déterminé (« fiducie-gestion »), ou encore sa transmission (« fiducie-transmission »). Pratiquée depuis quelque temps, certains auteurs rapportent qu'une « soixantaine de fiducies dans les domaines économiques les plus divers »<sup>1024</sup> ont été créées en France. Elle est principalement utilisée à titre de garantie de financements bancaires. Comme outil de gestion, elle sert de « support à

---

<sup>1020</sup> Arnaud RAYNOUARD et Fabienne JOURDAIN-THOMAS, « La fiducie, nouvel outil de gestion et de sûreté », *JCP N 2010*, n° 5, p. 45, 1063, §14. V. aussi : Marie-Élodie ANCEL, « Préface », *In La fiducie dans tous ses états – Journées nationales, t. XV, Paris-Est Créteil – Colloque du 15 avril 2010 – Association Henri CAPITANT*, Dalloz, 2011, p. 1 ; Philippe DUPICHOT, « Rapport de synthèse », *In La fiducie dans tous ses états – Journées nationales organisées par l'Association Henri CAPITANT, t. XV, Paris-Est Créteil – 15 avril 2010*, Dalloz, 2011, p. 89, v. p. 100.

<sup>1021</sup> Stéphane TORCK, « Les alternatives à l'EIRL », *Rev. Lamy Dr. civ.* n° 77, p. 90, §4 : La fiducie « passe pour une institution aristocratique que celui qui l'utilise laisse à d'autres le soin de faire fonctionner ».

<sup>1022</sup> Art. 2011 c.civ.

<sup>1023</sup> Marie-Pierre, DUMONT-LEFRAND, « Le dénouement de l'opération de fiducie », *Dr. et Patr. Juin 2008*, n° 171, p. 63, v. p. 63.

<sup>1024</sup> Annabelle PANDO, « L'Association française des fiduciaires veut promouvoir la fiducie en France », *LPA 2012*, n° 48, p. 3.

des montages d'animation de liquidité de titres non cotés »<sup>1025</sup>. Elle se révèle par ailleurs être « un formidable outil de gestion et de protection du patrimoine des personnes physiques (...) en substitution à des mesures d'incapacité »<sup>1026</sup>. Cependant, elle ne peut actuellement être utilisée dans le cadre d'une opération de transmission d'entreprise<sup>1027</sup> et de son anticipation, parce qu'elle n'y est pas (encore) adaptée.

**400. Les freins : l'accès limité au statut de fiduciaire et la prohibition de la fiducie-libéralité.** Deux freins principaux sont à lever pour que la fiducie puisse être utilisée à cet effet. Le premier entraîne une impossibilité relative, puisque sa levée permettrait d'ores et déjà d'opérer les transmissions à titre onéreux. Le second provoque une impossibilité absolue de recourir à la fiducie pour opérer les transmissions à titre gratuit.

Le premier obstacle tient à la personne du fiduciaire. L'article 2015 du Code civil réserve le statut de fiduciaire à « quelques élus et privilégiés »<sup>1028</sup> seulement<sup>1029</sup> : les personnes physiques (excepté les avocats) n'y ont pas accès<sup>1030</sup>. Si l'institution conserve tout de même son utilité du point de vue de la fiducie-sûreté, elle réduit considérablement les utilités pratiques de la fiducie-gestion à la gestion des seuls actifs financiers : un avocat gèrera difficilement un bien immobilier et ne pourra pas gérer une entreprise individuelle qui

---

<sup>1025</sup> V. sur ce point : Nathalie PICARROUGNE et Éric DHENNEQUIN, « La fiducie comme outil d'organisation de l'actionariat », *Dr. et Patr.* 2012, n° 212, p. 66 ; Sophie SCHILLER, « La fiducie : un excellent moyen de sécuriser les pactes d'actionnaires », *Dr. et Patr.* 2012, n° 212, p. 71.

<sup>1026</sup> Annabelle PANDO, *op. cit.*, p. 3.

<sup>1027</sup> Sur l'utilisation de la fiducie en tant qu'outil de transmission : V. Hubert FABRE, « La fiducie comme alternative au mandat de protection future ou comme outil de transmission », *Dr. et Patr.* 2012, n° 212, p. 56.

<sup>1028</sup> Philippe DUPICHOT, « Rapport de synthèse », *op. cit.*, v. p. 95.

<sup>1029</sup> Il s'agit des établissements de crédit, du Trésor public, de la Banque de France, la Poste, de l'institut d'émission des départements d'outre-mer et de l'institut d'émission d'outre-mer, de la Caisse des dépôts et consignations, des entreprises d'investissement, des entreprises d'assurance et des avocats

<sup>1030</sup> Le projet de loi initial avait pourtant pour ambition de permettre aux personnes physiques de se constituer fiduciaires. Cette prohibition est justifiée par la crainte du législateur de voir la fiducie détournée des objectifs fixés par la loi. Le champ d'application a alors été restreint aux personnes soumises à agrément ou ressortant de professions réglementées, notamment en prévention des blanchiments de capitaux, créant une « anomalie s'agissant d'une disposition du Code civil » (Jean-Paul BÉRAUDO, « La loi du 19 février 2007 créant une fiducie française », *In Trust & fiducie : concurrents ou compléments ? – Actes du colloque tenu les 13 et 14 juin 2007 à Paris*, Sous la direction de Jean-Marc TIRARD, Academy & Finance Genève, 2008, p. 123, §32), puisque le contrat de fiducie ne pouvait, avant la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, ouvrir le statut de fiduciaire aux avocats, être conclu que par une personne soumise à l'impôt sur les sociétés.

nécessite un investissement à plein temps. Or, elle pourrait être utilisée en tant que technique de transmission, si le fiduciaire pouvait être une personne physique qui exploiterait l'activité de l'entreprise individuelle, à l'instar du mandataire posthume. Une extension du domaine de la fiducie, quant à la personne du fiduciaire, aux personnes physiques en général, est ainsi à préconiser pour donner toute son utilité à cette institution.

Le second frein tient à la prohibition de la fiducie-libéralité<sup>1031</sup>. Le législateur, soucieux de certains débordements ou détournements de l'institution, a préféré en restreindre le champ d'application, alors qu'il reconnaissait pourtant l'utilité qu'aurait pu procurer la fiducie dans le cadre des opérations de succession aux personnes<sup>1032</sup>. Ce qui ressort explicitement des différents travaux parlementaires est une éventuelle « mis(e) à mal (de) l'ensemble des fondements du droit français des successions et libéralités »<sup>1033</sup>, et notamment des règles de la réserve. Cependant, les dispositions d'ordre public du droit des successions permettent aux réservataires de faire respecter leur droit<sup>1034</sup> ; certains crient d'ailleurs, sur ce point, au « procès d'intention »<sup>1035</sup>. De plus, le pouvoir sanctionnateur des juges du fond et des juges du droit a déjà été mis en œuvre dans le cadre d'un trust frauduleux, au dessein de faire respecter la réserve héréditaire<sup>1036</sup>. Il apparaît ainsi que cette « interdiction participe d'un réflexe irrationnel de méfiance pour la fiducie, elle s'explique également par la volonté du législateur de ne pas concurrencer – déloyalement et après quelques mois à peine – la loi du 23 juin

---

<sup>1031</sup> Cf. Art. 2013 c.civ.

<sup>1032</sup> L'on peut d'ailleurs lire dans le rapport du Sénat que la fiducie-libéralité « est supposée présenter de nombreux atouts, consistant, entre autres, à : — différer, dans le temps, les conséquences du décès du constituant en évitant l'indivision, à l'issue de laquelle le patrimoine éclate par la vente et le partage de biens ; (...) — favoriser les transmissions patrimoniales de grands-parents à petits-enfants, de manière à éviter la prodigalité ou la mauvaise gestion des parents ». *In* Rapport n° 3655 du 1er février 2007, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi (n° 3385), adoptée par le Sénat, instituant la fiducie, par Monsieur Xavier de ROUX. V. aussi : Rapport n° 11 (2006-2007) du 11 octobre 2006, fait au nom de la commission des lois, par Monsieur Henri de RICHEMONT

<sup>1033</sup> Rapport n° 3655 préc., sous Art. 2013 du Code civil. V. aussi : Rapport n° 11 (2006-2007) du 11 octobre 2006, fait au nom de la commission des lois, par Monsieur Henri de RICHEMONT, sous Art. 2013 nouveau du Code civil.

<sup>1034</sup> V. Christian LARROUMET, « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques. », *D.* 2007, p. 1350, §11.

<sup>1035</sup> François TRIPPET, « La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ? », *Gaz. Pal.* 2006, n° 293, p. 6, v. p. 7.

<sup>1036</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 1985, pourvoi n° 82-15.033, *Bull. civ.* 1985 I, p. 93, n° 103.

2006<sup>1037</sup> portant réforme des successions et des libéralités... »<sup>1038</sup> Les rapports cités font état de ce fait puisqu'on peut y lire qu'en palliatif à la prohibition de la fiducie-libéralité, l'utilisation combinée du mandat à effet posthume et des libéralités substitutives permettrait d'atteindre le même résultat. Ainsi, la raison de la prohibition trouverait son fondement dans la volonté du législateur de ne pas enlever toute utilité à ces institutions fraîchement débarquées.

Cependant, la technique des libéralités substitutives, même combinée au mandat à effet posthume, relève d'une logique totalement différente de celle de la fiducie, puisque le fiduciaire « n'est nullement gratifié et se voit confier les biens (...) uniquement pour les administrer »<sup>1039</sup>. La stratégie d'anticipation de la dévolution de la succession serait donc totalement différente selon que serait mise en œuvre l'une ou l'autre de ces techniques. Certains proposent de contourner la prohibition en procédant à la donation du contrat de fiducie puisque « les droits du constituant bénéficiaire sont transmissibles à titre gratuit »<sup>1040</sup>. Enfin, le dernier ersatz est le recours direct au *trust* de droit étranger, les juridictions françaises reconnaissant la possibilité de l'utiliser dans une succession soumise à la loi française, comme en témoigne l'affaire *Zieseniss*<sup>1041</sup>. Voilà donc de quoi contourner la prohibition de la fiducie-libéralité, et la complexité se substitue à la simplicité... Si la légalisation de la fiducie-libéralité participait de la simplification du droit, elle permettrait surtout de servir les objectifs de l'anticipation de la transmission de l'entreprise.

#### **401. L'intérêt d'intégrer la fiducie dans une opération de transmission de l'entreprise.**

La multiplicité des opérations juridiques, dans lesquelles elle peut intervenir et contribuer au

---

<sup>1037</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités.

<sup>1038</sup> Philippe DUPICHOT, « Rapport de synthèse », *In La fiducie dans tous ses états, op. cit.*, p. 89, v. p. 97 et 98. V. n.b.p. n° 1020.

<sup>1039</sup> Claude WITZ, *La fiducie en droit privé français*, th. Strasbourg 3 – 1979, Préface Dominique SCHMIDT, Economica, 1981, p. 47, §49. V. aussi : François TRIPPET, « La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ? », *op. cit.*, p. 6.

<sup>1040</sup> Hubert FABRE, « La fiducie comme alternative au mandat de protection future ou comme outil de transmission », *op. cit.*, v. p. 60.

<sup>1041</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 fév. 1996, pourvoi n° 93-19.855, *Bull. civ.1996, I*, p. 62, n° 93. V. : Isabelle FLEURET, « La remise du capital d'un trust aux bénéficiaires désignés constitue une mutation à titre gratuit taxable au décès du constituant » - Obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 fév. 1996, pourvoi n° 93-19.855, *Op. Fin. 2007*, n° 940, p. 25 ; Jean-Marc TIRARD, « Trust patrimonial et droit fiscal français » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 fév. 1996, pourvoi n° 93-19.855, *Dr. et Patr. 2004*, n° 132, p. 60 ; Thierry VIGNAL, « Un trust peut-il être qualifié de donation indirecte ? » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 fév. 1996, pourvoi n° 93-19.855, *Defrénois 1997*, n° 1, p. 26.

succès d'un projet que l'acte juridique entend réaliser, implique de s'interroger sur la contribution qu'elle pourrait, le cas échéant, apporter à l'opération de transmission de l'entreprise. Cette réponse ne saurait être trouvée sans comprendre les obstacles structurels de la fiducie auxquels il faut faire face pour démontrer en quoi elle serait un outil performant de la transmission des entreprises.

Tout d'abord, la fiducie-libéralité permettrait l'intégration d'une fiducie-gestion dans les opérations de donations-partages. Elle se présenterait aussi comme un nouvel outil d'anticipation de la transmission des biens, et donc des entreprises, du vivant du disposant. Présentant l'opportunité d'isoler au sein du patrimoine fiduciaire un bien ou un ensemble de biens, l'opération de fiducie se décompose en deux phases bien distinctes : celle commençant à compter de la conclusion du contrat de fiducie emportant le transfert des biens dans le patrimoine fiduciaire aux fins de gestion par le fiduciaire<sup>1042</sup>, et celle postérieure à l'extinction du contrat de fiducie emportant le transfert des biens compris dans le patrimoine fiduciaire vers celui du bénéficiaire. Ainsi, la fiducie « décomplexée » permettrait d'opérer l'anticipation de la transmission de l'entreprise, en créant une période intermédiaire entre la propriété du prédécesseur et celle du repreneur, où l'entreprise serait gérée par un tiers-intermédiaire. La période qui suivrait marquerait l'aboutissement de l'opération de transmission, le repreneur définitif accédant à ce statut. Dans le cadre de l'entreprise sociétaire, la fiducie permet seulement d'anticiper la transmission et la gestion des droits sociaux et non de l'entreprise sociétaire. Actuellement, son utilité pratique est relevée, notamment parce qu'elle permet de consolider les participations minoritaires ou de protéger un actif entrepreneurial si elle est utilisée par un majoritaire : la fiducie est un « outil d'organisation de l'actionariat »<sup>1043</sup>. Elle présente donc aussi son intérêt quant à l'entreprise sociétaire, mais elle ne participe que très partiellement de l'opération de transmission des

---

<sup>1042</sup> Il est vrai que la fiducie permet aussi de réserver la gestion du bien transmis dans le patrimoine fiduciaire au profit du constituant tel que l'autorise l'article 2018-1 du Code civil, mais cette modalité doit être exclue de notre étude, car elle ne participe pas de l'anticipation de la transmission de l'entreprise, et encore moins de l'anticipation de la transmission de sa gestion, sauf à désigner le fiduciaire comme bénéficiaire, ce qui rapprocherait considérablement l'opération de celle du démembrement de propriété avec rétention de l'usufruit par le prédécesseur.

<sup>1043</sup> Nathalie PICARROUGNE et Éric DHENNEQUIN, « La fiducie comme outil d'organisation de l'actionariat », *Dr. et Patr.* 2012, n° 212, p. 66 ; v. aussi : Reinhard DAMMANN et Gilles PODEUR, « Fiducie-gestion et pactes d'actionnaires », *BJS* 2008, n° 8, p. 652 ; Sophie SCHILLER, « La fiducie : un excellent moyen de sécuriser les pactes d'actionnaires », *Dr. et Patr.* 2012, n° 212, p. 71.

droits sociaux, permettant de la sécuriser plus que de la réaliser. Cet aspect sera dès lors écarté afin de privilégier l'illustration de son intérêt quant à l'anticipation de la transmission de l'entreprise individuelle.

Technique de transmission fondée sur la propriété, elle supplée le démembrement qui lui n'opère pas de transfert. La propriété n'est plus seulement une fin, mais devient un moyen. Elle est un moyen de transmettre, puisque la propriété fiduciaire ne saurait exister avant d'être constituée par la convention instituant la fiducie. Elle favorise ainsi la circulation des richesses, puisqu'elle est créée à l'effet d'emporter une double transmission. Elle est aussi un moyen de conserver et de gérer le ou les biens affectés au patrimoine fiduciaire. Cette enveloppe permettra d'isoler l'exploitation de l'activité de l'entreprise en transmission. Il faudra donc essentiellement mettre en lumière les avantages et les améliorations à entreprendre pour faire de la fiducie un outil performant d'anticipation de la transmission de l'entreprise. L'analyse des textes et leur confrontation à une application fictive à l'entreprise permettra de préciser les modifications à envisager. En ce sens, l'étude de la propriété fiduciaire (Section I) précèdera celle du statut de fiduciaire (Section II).

## **SECTION I – L'AMÉLIORATION NÉCESSAIRE DE L'INSTITUTION FIDUCIAIRE**

### **402. La propriété fiduciaire, comme moyen de gestion de l'entreprise en transmission.**

En créant la fiducie, le législateur avait pour ambition de faciliter « la réalisation d'opérations financières complexes »<sup>1044</sup>. Il ne visait donc pas directement les entreprises, mais davantage les opérations économiques de grande envergure, sans se soucier précisément d'une éventuelle application de la technique à l'entreprise, et encore moins de l'utilisation de la

---

<sup>1044</sup> Philippe MARINI, « Bilan et perspectives d'évolution », *Rev. Lamy Dr. civ.* 2007, n° 40, p. 71, v. p. 73. Monsieur MARINI, initiateur de la loi, explique ici les applications pratiques envisagées par le législateur lors de l'élaboration du texte consacrant la fiducie française : « Pour moi, en premier lieu, la fiducie trouvera sa place et son utilité en droit bancaire : gestion de biens, constitution de sûretés. Elle présente des avantages par rapport au mandat de gestion. Elle facilite la réalisation d'opérations financières complexes, et plusieurs exemples peuvent être rappelés, comme ceci a été dit. Les techniques d'émissions obligataires, la titrisation des créances, le portage de valeurs mobilières ou d'actifs immobiliers, finalement tout dispositif qui rend nécessaire l'aménagement d'un collatéral. La mise à disposition d'une garantie dans un canton pourra utiliser le concept de fiducie (...) ». Ainsi, l'entreprise n'est pas visée directement et l'utilisation de la fiducie dans une opération de transmission d'entreprise non plus.

fiducie dans son opération de transmission. Cependant, la fiducie-gestion, « incarnation privilégiée de l'institution »<sup>1045</sup> aux yeux du législateur, est un dispositif de gestion fondé sur la propriété. La propriété fiduciaire qui en découle n'est qu'une propriété intermédiaire entre les propriétés plénières du constituant et du bénéficiaire, qui pourraient être respectivement le prédécesseur et le repreneur d'une entreprise. La fiducie est ainsi une « opération intercalaire »<sup>1046</sup>, c'est-à-dire qu'elle n'est pas une fin en soi, mais qu'elle permet d'atteindre le but recherché : anticiper la transmission de l'entreprise par exemple. C'est précisément cette propriété fiduciaire qui offre l'opportunité de confier la gestion de l'entreprise en transmission à un tiers, le constituant désignant le fiduciaire dans la convention de fiducie.

**403. La propriété fiduciaire : un outil d'anticipation de la transmission.** La propriété est donc un moyen<sup>1047</sup>, celui de réaliser telle ou telle opération juridique. C'est pourquoi certains auteurs ont parlé d'« instrumentalisation de la propriété »<sup>1048</sup>. Elle est aussi un moyen de gestion souple, puisque la liberté contractuelle y est prééminente<sup>1049</sup> du fait de l'absence d'encadrement légal relatif à la version « gestion » de la fiducie. Bien que l'institution ne soit pas encore adaptée aux opérations d'anticipation de la transmission de l'entreprise, une mise en adéquation permettrait de la réaliser, tout en anticipant la transmission de sa gestion.

**404. Du patrimoine fiduciaire à la propriété fiduciaire.** Fondée sur la constitution d'un patrimoine fiduciaire, la fiducie offre, au moins en apparence, la possibilité d'isoler au sein de

---

<sup>1045</sup> Rémy LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1<sup>re</sup> partie) », *Defrénois* 2007, n° 15, art. 38631, p. 1094, §16.

<sup>1046</sup> Arnaud RAYNOUARD et Fabienne JOURDAIN-THOMAS, « La fiducie, nouvel outil de gestion et de sûreté », *op. cit.*, §20.

<sup>1047</sup> Rémy LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1<sup>re</sup> partie) », *op. cit.*, §21 : « le transfert de propriété au fiduciaire est un moyen, non une fin (...), entre les mains du fiduciaire, elle [la propriété] a cessé d'être absolue pour devenir un instrument » ; « Une fiducie française, inutile et incertaine... », *In Liber Amicorum - Mélanges Philippe MALAURIE*, Defrénois, 2005, p. 303, §3 ; Céline KUHN, « Une fiducie française », *Dr. et Patr. Avr. 2007*, n° 158, p. 32, *in limine* ; Camille LAJARTE, « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *Rev. Lamy Dr. civ. 2009*, n° 60, p. 71, §7.

<sup>1048</sup> Céline KUHN, « La mission du fiduciaire », *Dr. et Patr. Juin 2008*, n° 171, p. 52, *in limine* ; Blandine MALLET-BRICOUT, « Le fiduciaire propriétaire ? », *JCP E 2010*, n° 8, p. 19, 1191, §16 et 17.

<sup>1049</sup> Cf. Arnaud RAYNOUARD et Fabienne JOURDAIN-THOMAS, « La fiducie, nouvel outil de gestion et de sûreté », *op. cit.*, §23. V. aussi en ce sens : Philippe DUPICHOT, « Rapport de synthèse », *In La fiducie dans tous ses états – Journées nationales*, *op. cit.*, p. 89, v. p. 101 : « la fiducie est une technique formidablement flexible ». V. n.b.p. n° 1020.

celui-ci le patrimoine professionnel à gérer et à transmettre et, corrélativement, les risques d'exploitation pour le temps de l'opération de transmission. Mais l'apparence n'est pas forcément la réalité. Le patrimoine fiduciaire se révèle inadapté à enfermer les biens professionnels. Cette mise en adéquation paraît toutefois envisageable (§I). Il confère le droit de propriété fiduciaire, dont la nature est à l'heure actuelle indéterminée, ne garantissant pas, en conséquence, la sécurité nécessaire au monde des affaires ; les moyens de sécurisation doivent être présentés (§II).

### ***§I – La consolidation du patrimoine fiduciaire***

**405. La structure inadaptée du patrimoine fiduciaire.** La structure du patrimoine et la perméabilité qui est son essence semblent contraires à la responsabilisation de l'exploitant intermédiaire. Cette responsabilisation est pourtant, selon nous, le facteur d'une saine gestion par le tiers intermédiaire (A) ; enfin le sort du patrimoine fiduciaire au terme du contrat de fiducie n'étant pas précisé par la loi, l'enveloppe se présente comme une interface d'exploitation peu sécurisée (B).

### **A – La neutralité de la perméabilité du patrimoine fiduciaire**

**406. L'absence d'autonomie du patrimoine fiduciaire.** La fiducie institue un régime d'autonomie patrimoniale très particulier<sup>1050</sup>. En précisant que le « patrimoine fiduciaire »<sup>1051</sup> est constitué « dans un but déterminé »<sup>1052</sup>, le législateur en fait un patrimoine d'affectation<sup>1053</sup>. Si depuis la théorie de l'unicité du patrimoine d'AUBRY et RAU, la notion de patrimoine a incontestablement évolué<sup>1054</sup> sous l'impulsion de la création des patrimoines d'affectation, une personne pouvant désormais en détenir plusieurs, il n'en reste pas moins

---

<sup>1050</sup> Cf. Bernard JADAUD, « Le régime juridique de la fiducie », *LPA 2009*, n° 115, p. 4.

<sup>1051</sup> Art. 2012 c.civ.

<sup>1052</sup> Art. 2011 c.civ.

<sup>1053</sup> L'article 12 de la loi n°2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, non codifié, consacre expressément le patrimoine fiduciaire de « patrimoine d'affectation » : « Les éléments d'actif et de passif transférés dans le cadre de l'opération mentionnée à l'article 2011 du code civil forment un patrimoine d'affectation. »

<sup>1054</sup> Pierre CATALA, « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. Fam. 2006*, n° 43, p. 5 ; « L'état du bien donné exploité sous forme sociale », *In Etudes offertes à René RODIÈRE, D. 1981*, p. 55 ; « La transmission du patrimoine en droit civil moderne », *RTDciv. 1966*, p. 185 ; François CHÉNÉDÉ, « La mutation du patrimoine », *Gaz. Pal. 2011*, n° 138-139, p. 19.

que le patrimoine est un tout indivisible et autonome<sup>1055</sup>. Or, le régime juridique du patrimoine fiduciaire semble quelque peu s'en différencier. En effet, l'article 2025, alinéa 2, du Code civil, dispose qu' « en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers » (attachés au patrimoine fiduciaire). À défaut, ce peut être celui du fiduciaire si une stipulation<sup>1056</sup> organise ce transfert des risques. Si le recours au patrimoine du constituant ou du fiduciaire n'est que subsidiaire, puisqu'il ne peut être appréhendé qu'après épuisement des actifs du patrimoine fiduciaire, il faut en déduire que ce dernier n'est pas un patrimoine autonome<sup>1057</sup>. Cette absence d'autonomie engendre une rupture du lien « patrimoine – risques d'exploitation ».

#### **407. La rupture subséquente du lien « patrimoine – risques d'exploitation ».**

Habituellement, lors de l'exploitation d'une activité, les actifs de l'entreprise sont enfermés dans un seul et même patrimoine : dans le patrimoine de l'entrepreneur individuel, qu'il s'agisse de son patrimoine personnel ou de celui affecté à l'exercice d'une activité, ou dans le patrimoine de l'entreprise sociétaire, à savoir le patrimoine social. Dans toutes ces hypothèses, l'actif du patrimoine en question répond exclusivement de son passif. Ainsi, les risques de l'exploitation sont au final assumés par une seule personne et sur un seul des ses patrimoines, celui comprenant l'entreprise. Dans le cadre de l'opération fiduciaire, l'élargissement du gage des créanciers de la fiducie au patrimoine du constituant, au-delà du seul patrimoine fiduciaire, implique une rupture du lien « patrimoine – risques d'exploitation ».

Ainsi, le fiduciaire, propriétaire de l'entreprise par le biais de la titularité du patrimoine fiduciaire, ne semble pas avoir à se soucier de son équilibre financier (sauf à ce que son patrimoine personnel soit affecté en garantie du patrimoine fiduciaire). Cette particularité offrira tout de même à l'entreprise un plus grand crédit ; l'extension ainsi faite du gage général des créanciers attachés au patrimoine fiduciaire y concourt. Cependant, le texte remédie à cette situation de rupture, en proposant une solution dont l'opportunité doit être discutée.

---

<sup>1055</sup> Cf. Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 945, sous « Universalité », 1. V. n.b.p. n° 135.

<sup>1056</sup> Cf. Art. 2025 al. 2 c.civ., *in fine*.

<sup>1057</sup> Cependant, bien que le principe soit celui de la perméabilité du patrimoine fiduciaire, que ce soit à l'égard du patrimoine du constituant ou à l'égard du patrimoine personnel du fiduciaire, le dernier alinéa de l'article 2025 du Code civil laisse la possibilité de cloisonner ce patrimoine, sous réserve de l'acceptation expresse par les créanciers de la fiducie de ce régime du patrimoine fiduciaire.

**408. L'équilibre rétabli.** En effet, le dernier alinéa de l'article 2025 du Code civil propose le moyen de rétablir l'équilibre en précisant que l'obligation au passif fiduciaire peut être limitée « au seul patrimoine fiduciaire ». Cependant, pour que cette séparation des patrimoines soit valable, chaque créancier du patrimoine fiduciaire doit accepter cette limitation. Le texte propose les moyens d'adapter le patrimoine fiduciaire aux opérations de gestion et de transmission d'une entreprise individuelle. Cependant, l'application pratique ne semble pas des plus réalistes. En effet, le fonctionnement de l'entreprise se trouverait subordonné à l'acceptation par chacun des créanciers et tout au long de l'exploitation, de cette limitation de leur gage général, ce qui n'est pas pratique ni sécurisé (il n'est pas dit que les créanciers y consentiront). Cependant, sans qu'il soit besoin de réfléchir à une refonte du texte sur cette perméabilité du patrimoine, qui remettrait trop en cause les fondements de l'institution fiduciaire, certains moyens de sécurisation de la gestion sont perceptibles. En effet, l'article 2026 du Code civil dispose qu'en cas de fautes dans l'exercice de sa mission, le fiduciaire sera responsable sur son patrimoine personnel. S'il ressort de sa mission, conventionnellement et explicitement, qu'il doit veiller à l'équilibre financier du patrimoine fiduciaire, une saine gestion pourra être assurée. En effet, les fautes de gestion qu'il commettrait, pourraient être qualifiées de « fautes commises dans l'exercice de sa mission ». Il devrait en conséquence les assumer, à l'instar du mandataire fiduciaire comme il a été démontré antérieurement.

Si du point de vue de la perméabilité, le principe fiduciaire n'est pas trop adapté, les exceptions concourent à une mise en adéquation de l'institution aux impératifs de gestion d'une entreprise individuelle. Par contre les incertitudes relatives au sort du patrimoine fiduciaire à l'extinction de la fiducie laissent plus perplexe.

## **B – La nécessité de préciser le sort du patrimoine fiduciaire**

**409. L'imprécision législative.** Le mode de transmission des biens fiduciaires, du fiduciaire au bénéficiaire, doit être examiné. À défaut de précision dans les textes, deux hypothèses sont envisageables : soit le patrimoine fiduciaire doit être liquidé avant d'être remis au bénéficiaire, soit au contraire subit-il une transmission universelle.

Monsieur LEROY appelle tout de même à la réflexion : « la solution d'un règlement avant transfert des dettes est sans doute la plus sage, car elle participe de la logique de l'institution qui ne place pas le créancier fiduciaire en situation de concurrence avec ceux du constituant sur les biens composant l'actif fiduciaire. Or admettre une transmission universelle du

patrimoine dans ce cas produirait nécessairement cet effet »<sup>1058</sup>. Devrait-on alors instituer un droit de préférence ou un privilège au profit des créanciers de la fiducie sur les biens fiduciaires en cas de transmission universelle du patrimoine fiduciaire avant l'échéance de leur créance ? Il n'en ressort qu'une imprécision supplémentaire des règles entourant l'institution. Il indique ensuite que la liquidation préalable « n'est pas certaine, car l'article 2030 du Code civil ne fait que reprendre l'énumération de l'article 2011, laquelle n'est pas exclusive du transfert d'un passif ». Ainsi, selon lui, les textes actuels permettent les deux interprétations.

Le législateur n'apportant pas de précision sur ce point, il convient de réfléchir à la solution qui doit être proposée dans le cadre de la transmission spécifique du patrimoine fiduciaire qui comprendrait une entreprise individuelle.

**410. Une liquidation suggérée au côté d'une transmission universelle affirmée.** Seul l'article 2030 du Code civil aborde l'hypothèse de la transmission des biens fiduciaires, et il dispose en son alinéa 1<sup>er</sup> que « lorsque le contrat de fiducie prend fin en l'absence de bénéficiaire, les droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire font de plein droit retour au constituant ». Le texte ne faisant état que de la transmission des actifs du patrimoine fiduciaire, il faut en conclure que, dans ce cas précis (en l'absence de bénéficiaire), le patrimoine doit être liquidé avant que ses actifs ne soient retransmis au constituant. À défaut, le patrimoine fiduciaire survivrait avec son seul passif et ses créanciers devraient alors se retourner contre le constituant ou le fiduciaire, selon les dispositions de la convention instituant la fiducie, puisque le patrimoine personnel des seconds constituerait le gage général des premiers en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire. Si par ailleurs, les créanciers avaient accepté que le patrimoine fiduciaire soit autonome, ils se retrouveraient alors face à un « patrimoine insolvable ». On ne peut décemment pas penser que le législateur ait institué une fiducie aux fins d'organisation d'une insolvabilité. Aussi, la liquidation semble être le préalable incontournable au retour des biens fiduciaires au constituant en l'absence de bénéficiaire, du moins lorsque le patrimoine fiduciaire sera autonome. Est-ce bien la solution à retenir, ou doit-on considérer que la disposition précitée comporte une lacune ?

La liquidation permettrait d'éviter l'imputabilité automatique au constituant des dettes issues du passif fiduciaire, cette imputabilité se déduisant de l'extension à son patrimoine du gage général des créanciers fiduciaires en cas d'insuffisance de l'actif fiduciaire. Ainsi, en l'absence de bénéficiaire, l'opération de liquidation n'aurait aucun intérêt, puisque les dettes

---

<sup>1058</sup> Michel LEROY, « Le passif fiduciaire », *Dr. et Patr.* 2008, n° 171, p. 58, v. p. 62.

seraient *in fine* assumées par le constituant. Une transmission universelle serait au contraire plus pratique et éviterait les opérations de liquidation. Il n'y aurait que dans le cas où le passif fiduciaire serait mis à la charge du constituant que la liquidation préalable aurait un intérêt. En effet, dans ce cas, la transmission universelle inverserait la charge des risques entre le constituant et le fiduciaire, puisqu'elle emporterait l'imputabilité des dettes au seul constituant, alors qu'en cas de stipulation mettant à la charge du fiduciaire le passif fiduciaire, il devrait revenir à ce dernier d'assumer le surplus de passif le cas échéant. L'opportunité de la liquidation est à constater tant lorsque le patrimoine fiduciaire est autonome que lorsque le patrimoine du fiduciaire est le gage des créanciers fiduciaires en l'absence de bénéficiaire.

Cependant, le second alinéa de ce même article brouille encore les pistes. Il précise que lorsque le contrat de fiducie « prend fin par le décès du constituant, le patrimoine fiduciaire fait de plein droit retour à la succession ». Ici, le législateur fait clairement état d'une transmission universelle du patrimoine fiduciaire. Faudrait-il alors distinguer deux régimes de transmission du patrimoine fiduciaire selon que le bénéficiaire est le constituant ou la masse successorale (en l'absence de bénéficiaire) ? Et quelle option choisir lorsque le bénéficiaire est un tiers ?

La transmission universelle est à privilégier dans le cadre de l'entreprise individuelle en cas de transmission au bénéficiaire.

**411. La préférence de la transmission universelle dans le cadre de la transmission du patrimoine fiduciaire comprenant une entreprise individuelle.** Si la transmission du patrimoine fiduciaire au bénéficiaire impliquait sa liquidation, il faudrait en conclure à la déchéance du terme des obligations constitutives du patrimoine fiduciaire, et à leur exigibilité immédiate au terme du contrat de fiducie. La transposition paraît alors mal aisée au cadre nécessaire à l'exploitation d'une entreprise individuelle en nom propre. En effet, le fiduciaire ne devrait alors conclure que des contrats ayant leur échéance antérieurement à l'extinction du contrat de fiducie (et il faudrait encore que la fiducie puisse arriver à son terme), ou alors il devrait les honorer avant le transfert de propriété des actifs fiduciaires. Ce mode de transmission des dettes paraît inapproprié à la gestion d'une entreprise. En effet, le fiduciaire ne pourra gérer l'entreprise que s'il peut l'engager sur du long terme et que, précisément, certaines dettes peuvent être échelonnées, sans quoi les possibilités de développement de l'entreprise seront largement amoindries. L'intérêt de la propriété fiduciaire est qu'elle est une propriété et que le fiduciaire doit avoir tout pouvoir pour engager le patrimoine fiduciaire. Transposé à l'entreprise individuelle, il doit en résulter que le fiduciaire pourrait contracter un

emprunt dans le cadre du patrimoine fiduciaire, permettant de concourir au développement de l'entreprise. S'il s'avérait que la transmission du patrimoine fiduciaire entraînait la déchéance du terme des dettes fiduciaires, l'intérêt de la fiducie se trouverait considérablement limité. De plus, si l'entreprise individuelle est exploitée sous forme de patrimoine affecté à l'activité professionnelle, et que le patrimoine fiduciaire ne comprend que le patrimoine affecté, comment coordonner la liquidation préalable du patrimoine fiduciaire aux règles de transmission universelle du patrimoine affecté ?

En effet, comme cela a été souligné antérieurement<sup>1059</sup>, le patrimoine affecté à l'activité professionnelle est transmis sans qu'il y ait lieu de le liquider. Si la transmission du patrimoine fiduciaire appelait une liquidation, lorsque ce dernier comprend un patrimoine professionnel affecté à une activité, il faudrait le liquider. Il semble ainsi qu'une liquidation du patrimoine fiduciaire ne soit pas appropriée.

A défaut de précision des textes, l'opportunité d'un choix est envisageable. Il faut alors conseiller d'éviter la liquidation préalablement à la transmission du patrimoine fiduciaire comprenant une entreprise individuelle, pour lui préférer une transmission universelle au profit du bénéficiaire.

**412. La solution d'un choix assumé par la convention.** À défaut de précision légale à laquelle le législateur semble peu enclin, seule une décision judiciaire permettrait de trancher le débat. Monsieur MARINI reconnaît d'ailleurs « que les formulations choisies ont conduit à déplacer vers la jurisprudence l'interprétation et l'affermissement d'un certain nombre de concepts importants »<sup>1060</sup>, en faisant référence à l'absence de définition du « patrimoine d'affectation » et relativement à la qualification du transfert de propriété. Quoi qu'il en soit, les créanciers de la fiducie ne se retrouveront pas démunis. Selon Monsieur PUIG, « les dettes régulièrement nées de la gestion fiduciaire doivent être considérées comme attachées aux biens formant le patrimoine d'affectation et transmises avec eux quelle que soit la formule finale retenue, cession à titre particulier ou transmission universelle »<sup>1061</sup>.

La solution semble ressortir *in fine* de l'institution elle-même. En effet, l'institution fiduciaire reste peu encadrée légalement, ce qui lui procure l'avantage de la souplesse des conventions. L'effet relatif des contrats permettrait ainsi de déterminer le mode de transmission du

---

<sup>1059</sup> Cf. §44.

<sup>1060</sup> Philippe MARINI, « Bilan et perspectives d'évolution », *Rev. Lamy Dr. civ.* 2007, n° 40, p. 71, v. p. 73.

<sup>1061</sup> Pascal PUIG, « La fiducie et les contrats nommés », *Dr. et Patr.* 2008, n° 171, p. 68, v. p. 73.

patrimoine fiduciaire. Les prédécesseurs et repreneurs pourront alors effectuer le choix d'une transmission universelle ou du préalable nécessaire de la liquidation, en fonction de l'entreprise à transmettre et des stratégies de développements adoptées avec le concours du fiduciaire. La fiducie présente ainsi un réel avantage dans le cadre de l'anticipation de l'opération de transmission. Elle permet d'associer le prédécesseur, le repreneur et le tiers intermédiaire, œuvrant tous trois au développement de l'entreprise. Cependant, l'opportunité du choix conventionnel relatif au sort du patrimoine fiduciaire devrait être légalement consacrée, afin de pallier l'insécurité juridique incarnée par les futures décisions jurisprudentielles.

L'insécurité juridique relative à la structure même du patrimoine fiduciaire et aux possibilités qu'il offre en matière de transmission d'entreprise doit tout de même être tempérée, puisqu'à défaut de prohibition légale, la convention devrait pouvoir y remédier. L'indétermination apparente de la nature du droit réel que confère la propriété fiduciaire permettra-t-elle d'emporter le même constat ?

## ***§II – La nécessaire stabilisation de la propriété fiduciaire***

**413. L'intéressante apparence de la propriété fiduciaire.** La qualification de propriété de la propriété fiduciaire permettait d'imaginer qu'elle serait utilisée en tant qu'outil de réalisation de certaines opérations de transmission. La stabilité qu'elle semblait procurer laissait entrevoir de larges perspectives relativement à la transmission d'une entreprise. Cette référence à la propriété, et donc à la propriété plénière telle qu'elle est définie à l'article 544 du Code civil, induisait que la fiducie soit une technique sécurisée, puisque reposant sur la notion de propriété. Les espoirs ne sont, en réalité, fondés que sur l'emploi du terme « propriété ». Or la propriété fiduciaire se trouve bien éloignée de la propriété plénière. Cette propriété particulière est conférée par la titularité du patrimoine fiduciaire, bien qu'elle ne soit pas visée par les textes.

**414. La méprise induite par la notion de propriété.** La référence à la propriété fiduciaire vient d'une méprise, dont la complexité semble issue du raisonnement déductif propre aux juristes. En effet, le patrimoine de l'institution fiduciaire, parce qu'il est nommé patrimoine fiduciaire a fait remonter l'idée d'une propriété fiduciaire, qu'il revenait à la doctrine de définir, le législateur restant taisant sur ce point. Or, lorsque l'on considère le droit de propriété plénière, c'est parce qu'une personne détient un objet, que ce dernier entre dans son

patrimoine personnel. C'est donc l'objet qui confère la propriété, et non le patrimoine lui-même. Le patrimoine n'est qu'une représentation fictive que s'est approprié le juriste aux fins de projection de l'ensemble des droits et des obligations d'une personne (dont le droit de propriété). Ainsi, « propriété » et « patrimoine » sont indépendants, la première étant comprise dans le second, mais le second ne permettant pas de consacrer la première. En effet, un patrimoine peut tout à fait n'abriter que des dettes sans aucun bien. Il en ressortirait alors que la personne détenant ce patrimoine n'aurait pas de droit de propriété. La propriété est donc conférée par l'acquisition d'un bien, et non par la titularité d'un patrimoine.

Relativement à la fiducie, un raisonnement *a contrario* a été adopté. En partant du postulat que la propriété est comprise dans un patrimoine, il en a résulté que le patrimoine conférait la propriété. Par déduction, le patrimoine fiduciaire devait conférer la propriété fiduciaire. Dans le même sens, l'EIRL détient un patrimoine affecté à une activité professionnelle ; il ne se voit pas pour autant conférer une propriété professionnelle. Ainsi a été reconnue la notion de propriété fiduciaire, que le législateur s'était abstenu de consacrer. Enfin, s'il fallait trouver le fondement de la notion de propriété fiduciaire, non dans le patrimoine fiduciaire, mais quant aux biens fiduciaires détenus par le fiduciaire, là encore il ne s'agit pas d'une qualification légale, mais seulement doctrinale. Est-ce à dire que parce qu'un bien est fiduciaire, il emporte un droit de propriété nouveau qu'il fallait qualifier de fiduciaire, à l'instar d'une propriété démembrée ? Là encore l'absence de précision légale ne pouvait que porter à confusion.

Alors, si l'on pressent que le fiduciaire détient sur les biens fiduciaires un droit de propriété particulier, qui est désormais qualifié de propriété fiduciaire, la construction de cette notion n'est pas si simple à élaborer.

**415. Du problème à la solution.** En effet ce droit de propriété n'est pas clair, tout d'abord parce qu'il est déduit du patrimoine fiduciaire, et ensuite parce que, bien que le législateur consacre la notion de « patrimoine fiduciaire », comme nous l'avons exposé ci-avant, il ne semble tenir du patrimoine que son nom. Outre les interrogations que ces réflexions suscitent relativement aux notions fondamentales de « propriété » et de « patrimoine », qui semblent ébréchées, la propriété fiduciaire doit être précisée. Plusieurs personnes semblent pouvoir détenir certains droits réels sur les biens fiduciaires. Cependant, les incertitudes entourant leurs prérogatives et la nature de cette propriété ne permettent pas, pour le moment, de conclure à l'adaptation de l'institution aux besoins de sécurité devant encadrer une opération de transmission de l'entreprise (A). Les espoirs ne doivent toutefois pas être abandonnés. Bien que les règles semblent fixées et intangibles, certaines possibilités d'évolution sont

envisageables au regard de la nature conventionnelle de la propriété fiduciaire. Ses fonctions de gestion et de transmission laissent entrevoir des perspectives nouvelles quant à l'anticipation de l'opération de transmission de l'entreprise (B).

## **A – Les incertitudes actuelles contrariant un schéma de bonne anticipation**

**416. La propriété fiduciaire, une propriété incertaine.** Ainsi, la propriété fiduciaire est très incertaine. Le patrimoine fiduciaire abrite les biens fiduciaires, détenus par le fiduciaire. L'analyse de son droit de propriété (1°) ne permet d'emporter qu'un constat d'incertitudes tant à l'égard de sa nature que des prérogatives qu'il confère (2°).

### 1°) La propriété fiduciaire, une propriété éclatée

**417. La propriété fiduciaire, une propriété ?** Pour certains, la propriété fiduciaire n'est pas une vraie propriété. Monsieur LIBCHABER soutient qu'elle ne tiendrait de la propriété que son nom. Selon lui, la « propriété fiduciaire n'est pas une propriété »<sup>1062</sup>, parce que « le fiduciaire n'est pas libre à l'égard de la chose, alors que c'est précisément par la liberté que la propriété se définit »<sup>1063</sup>. Pour d'autres, elle est une propriété limitée. En ce sens, Monsieur DELEBECQUE dit du propriétaire fiduciaire qu'il est « un propriétaire aux ailes réduites »<sup>1064</sup>. Pour d'autres encore, elle serait une sorte de propriété simultanée.

**418. La propriété fiduciaire : propriété limitée ou propriété simultanée ?** Selon la théorie qui qualifie la propriété fiduciaire de nouvelle forme de propriété tel que le concept reste largement assimilé à la conception française de la propriété, elle serait une propriété individuelle (définie à l'article 544 du Code civil) mais limitée parce que temporaire et parce qu'elle restreindrait les prérogatives du propriétaire fiduciaire sur les biens fiduciaires. Ainsi, le

---

<sup>1062</sup> Rémy LIBCHABER, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », *In Liber amicorum - Mélanges Philippe MALAURIE*, Defrénois, 2005, p. 303, §14.

<sup>1063</sup> Rémy LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1<sup>re</sup> partie) », *Defrénois 2007*, n° 15, art. 38631, p. 1094, §22.

<sup>1064</sup> Philippe DELEBECQUE, « La responsabilité du fiduciaire », *In La fiducie dans tous ses états, op. cit.*, p. 29. V. n.b.p. n° 1020.

fiduciaire serait le seul titulaire du droit de propriété sur les biens fiduciaires pour toute la durée du contrat de fiducie<sup>1065</sup>.

Cependant, telle que conçue lors de son institution en 2007<sup>1066</sup>, la fiducie avait pour vocation de transposer en droit français certaines utilités du *trust*. Cette transposition de l'institution, issue de la *Common Law*, impliquait que ses spécificités et de là, la conception de la propriété propre au droit anglo-saxon commencent à s'immiscer dans la législation française. Ce dernier distingue entre le pouvoir et la richesse qu'elle confère, soit entre la *propriété juridique* et la *propriété économique*. Or ces catégories juridiques sont, par essence, exclues des classifications traditionnelles du droit français. Cependant, ce fût bien l'objet de la fiducie que de permettre la réception en droit français de la conception étrangère de la propriété<sup>1067</sup>, impliquant de distinguer le *legal ownership* du *beneficial ownership*. Monsieur MARINI affirmait d'ailleurs que la fiducie ferait naître un « nouveau concept de propriété »<sup>1068</sup>, lorsqu'il proposait d'insérer dans les textes les termes de « propriété fiduciaire »<sup>1069</sup>, lors de l'élaboration de la proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises. Cette loi modifiait précisément la fiducie en vue de permettre l'émission de *sukuk* sur la place financière de Paris, emportant ainsi l'appréhension de la finance islamique en France, elle-même subordonnée à la mise en conformité de nos règles à la loi coranique dont ils sont issus. Cela supposait notamment que puisse être pratiqué « l'adossement de tout financement à un actif tangible »<sup>1070</sup>. Il fallait pour que la transposition

---

<sup>1065</sup> Le texte initial faisait d'ailleurs état des termes de « propriétaire fiduciaire », qui ont finalement été retirés du texte voté. Cf. sur ce point : Jean-Paul BÉRAUDO, « La loi du 19 février 2007 créant une fiducie française », *Trust & fiducie : concurrents ou compléments ? op. cit.*, p. 123, §5. V. n.b.p. n° 1030.

<sup>1066</sup> Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie.

<sup>1067</sup> Ce sont d'ailleurs ces différences de conception de la notion de propriété entre le droit de la *commun law* et le droit français qui ont été l'obstacle principal à la réception du *trust* en droit français, et qui font que nous n'avons consacré que la fiducie et non le *trust*. Monsieur WITZ remarque d'ailleurs « que les réceptions du *trust* sont faites en priorité par les systèmes mixtes qui souvent, tels des îlots, sont entourés d'un océan de *Commun Law* » (In Claude WITZ, « Les caractères distinctifs de la fiducie », *In Trust & fiducie : concurrents ou compléments ?*, op. cit., p. 61, v. p. 75. V. n.b.p. n° 1030), d'où le fait que la fiducie ne présente pas encore toutes les utilités du *trust*.

<sup>1068</sup> Rapport n° 442 du 27 mai 2009 fait au nom de la commission des finances du Sénat par le rapporteur Philippe MARINI, sous Art. 6 *sexies B (nouveau)*, p.82.

<sup>1069</sup> Cette disposition n'a pu voir le jour, puisque le Conseil constitutionnel a déclaré le texte proposé contraire à la constitution, pour défaut de rapport avec les textes initiaux. Cf. CC, 14 oct. 2009, n° 2009-589 DC.

<sup>1070</sup> Philippe DUPICHOT, « Fiducie et finance islamique », *D. 2010*, n°17, p. 1064.

soit envisageable, que le titulaire du *sukuk*, soit le bénéficiaire de la fiducie, « dispose d'un droit équivalent en termes économiques à un droit de propriété sur les actifs placés dans le patrimoine fiduciaire »<sup>1071</sup>. La fiducie ne saurait alors permettre l'émission de *sukuk* qu'en admettant que le bénéficiaire ait un droit de propriété sur ces actifs, soit sur les biens fiduciaires. L'AAOIFI<sup>1072</sup>, « organisme « standardisateur » des normes shariatiques dont le siège est à Bahreïn, [définit d'ailleurs les *sukuk*] comme étant des titres représentatifs juridiquement ou économiquement de la copropriété d'un actif tangible, de l'usufruit de cet actif, ou de services »<sup>1073</sup>. Ainsi devaient être revisitée en droit français la notion de propriété habituellement « considérée comme strictement une et indivise, sans préjudice toutefois de son démembrement »<sup>1074</sup>. De là, la propriété fiduciaire offre-t-elle la possibilité de réceptionner en droit français la conception de la propriété issue du droit anglais des biens, réception déjà largement initiée par la doctrine française<sup>1075</sup>, qui appréhende désormais une conception éclatée de la propriété emportant le cumul de la propriété juridique et de la propriété économique, sans toutefois pouvoir clairement définir les prérogatives de ces nouveaux propriétaires.

Le schéma de la fiducie implique que le constituant consente à renoncer à sa propriété plénière pour céder son droit au fiduciaire, qui lui-même le cèdera au bénéficiaire. La propriété plénière du constituant qui sera *in fine* réceptionnée par le bénéficiaire, se trouve un temps modifiée et décomposée en deux parties : la propriété juridique d'un côté et la propriété économique de l'autre. Si la première revient au fiduciaire, qu'en est-il de la seconde ? Revient-elle réellement au bénéficiaire tel que l'esprit de l'institution fiduciaire le laisse à penser ?

---

<sup>1071</sup> Rapport n° 442 du 27 mai 2009 fait au nom de la commission des finances du Sénat par le rapporteur Philippe MARINI, sous *Art. 6 sexies B (nouveau)*, p. 83.

<sup>1072</sup> Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions.

<sup>1073</sup> Gilles SAINT MARC, « Émission de *sukuk* en droit français : l'apport de la fiducie », *In La fiducie dans tous ses états*, *op. cit.*, p. 81, §4. V. n.b.p. n° 1020.

<sup>1074</sup> Jacques BERTRAN DE BALANDA et Foued BOURABIAT, « Fiducie et finance islamique », *op. cit.*, v. p. 85.

<sup>1075</sup> Blandine MALLET-BRICOUT, « Le fiduciaire propriétaire ? », *JCP E 2010*, n° 8, p. 19, 1191, §4, 12 et 15 ; Michel GRIMALDI, « La propriété fiduciaire », *In La fiducie dans tous ses états – Journées nationales*, t. XV, Paris-Est Créteil – Colloque du 15 avril 2010 – Association Henri CAPITANT, Dalloz, 2011, p. 5, V. p. 8 ; Arnaud RAYNOUARD et Fabienne JOURDAIN-THOMAS, « La fiducie, nouvel outil de gestion et de sûreté », *JCP N 2010*, n° 5, p. 45, 1063, § 11 et 12.

**419. La dissociation « propriété économique - propriété juridique » : la propriété fiduciaire, une propriété éclatée.** La propriété se trouve dissociée, conférant à l'un « l'appropriation des pouvoirs (le titre), et [à l'autre] l'appropriation de la richesse (la finance) »<sup>1076</sup>. Elle est éclatée « entre un domaine éminent et un domaine utile »<sup>1077</sup> (un écho de la propriété telle que présentée par Monsieur ZÉNATI<sup>1078</sup>). C'est alors qu'est né un débat doctrinal à propos la propriété fiduciaire et plus précisément des droits du bénéficiaire de la fiducie, à savoir si cette dernière fait naître à son profit un droit réel de propriété, ou une simple inopposabilité des actes du fiduciaire. Monsieur WITZ explique par ailleurs que les textes de transposition du *trust* dans les droits étrangers peuvent adopter trois positions distinctes : soit « faire du fiduciaire/*trustee*, un propriétaire, même s'il n'est pas en droit d'en tirer personnellement les profits », soit considérer que « la richesse attachée aux biens fiduciaires appartient exclusivement au bénéficiaire, qu'il s'agisse du constituant ou d'un tiers bénéficiaire », soit enfin comme en « droit québécois : le patrimoine fiduciaire est érigé en patrimoine d'affectation, dont ni le fiduciaire, ni le constituant, ni le tiers bénéficiaire ne sont titulaires »<sup>1079</sup>. La dernière option doit être écartée, puisque tout patrimoine doit être rattaché à une personnalité juridique<sup>1080</sup> en droit positif français. Le débat doctrinal se cristallise sur les deux premières options : considérer que le fiduciaire est un propriétaire désintéressé des profits ou bien faire du bénéficiaire un propriétaire économique. Dans tous les cas, la propriété est éclatée.

## 2°) La conséquence : l'indétermination de la nature de la propriété fiduciaire et des droits des personnes

**420. Des interprétations différenciées de l'article 2023 du Code civil.** Ces différentes possibilités ont conduit à des interprétations différenciées de l'article 2023 du Code civil qui

---

<sup>1076</sup> Arnaud RAYNOUARD et Fabienne JOURDAIN-THOMAS, « La fiducie, nouvel outil de gestion et de sûreté », *op. cit.*, § 12.

<sup>1077</sup> Philippe DUPICHOT, « Rapport de synthèse », *In La fiducie dans tous ses états, op. cit.*, p. 89, v. p. 90. V. n.b.p. n° 1020.

<sup>1078</sup> Cf. Frédéric ZÉNATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : Contribution à la théorie du droit subjectif, op.cit.*, V. n.b.p. n° 150.

<sup>1079</sup> Claude WITZ, « Les caractères distinctifs de la fiducie », *In Trust & fiducie : concurrents ou compléments ? Trust & fiducie : concurrents ou compléments ?, op. cit.*, p. 61, v. 77 et 78. V. n.p.b. n° 1034.

<sup>1080</sup> Marie-Hélène MONSÉRIÈ-BON, Grégory KALFLÈCHE, Francine MACORIG-VENIER et Jean-Gabriel SORBARA, *op. cit.*, V. p. 262.

dispose que « dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de pouvoirs ».

**421. La thèse inopérante rapprochant les pouvoirs du fiduciaire de ceux du gérant de SARL.** Certains<sup>1081</sup> rapprochent ce texte des règles encadrant les pouvoirs de gestion du gérant de SARL, qui « est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société »<sup>1082</sup>. Il résulte de ce texte que le dépassement de pouvoirs par le gérant est inopposable au tiers de bonne foi. Si au contraire, le tiers a connaissance de ce dépassement, l'acte est plus qu'inopposable à la société, puisqu'un tel dépassement ouvre une action en nullité au profit de la société ou des associés. En conséquence, Madame LAJARTE, transposant ces principes à la fiducie, explique que si le fiduciaire accomplit des actes en dépassant ses pouvoirs, le constituant, voire le bénéficiaire, pourrait agir en nullité<sup>1083</sup>, si toutefois le tiers cocontractant était au courant de ce dépassement. Si cette action peut effectivement être reconnue au constituant parce qu'il a participé au contrat de fiducie, et a cédé la propriété de ses biens, l'action ne peut être reconnue au bénéficiaire qu'en vue de la préservation de son droit futur de propriété, à l'instar du nu-propriétaire pouvant accomplir les actes conservatoires en cas d'inertie de l'usufruitier. Par déduction, le bénéficiaire ne devrait pouvoir agir qu'en cas d'inaction du constituant, ou postérieurement à son décès. Quoi qu'il en soit, cette action en nullité ne permet pas d'affirmer que le bénéficiaire détient un droit réel sur les biens fiduciaires.

**422. L'exclusion de l'attribution d'un droit réel au profit du bénéficiaire.** Un autre courant doctrinal tend à analyser le droit du bénéficiaire, non par opposition aux fautes pouvant être imputées au fiduciaire, mais en définissant le droit du bénéficiaire de manière positive. Messieurs BERTRAN DE BALANDA et BOURABIAT précisent que « le texte pouvait être interprété comme conférant un droit réel, voire un droit de propriété, au profit du

---

<sup>1081</sup> V. en ce sens : François BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec, 2004, p. 483, §628 ; Pierre CROCQ, « Propriété fiduciaire, propriété unitaire », *In La fiducie dans tous ses états, op. cit.*, p. 9, v. p. 11 et 12, v. n.b.p. n° 1020 ; Camille LAJARTE, « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *RLDC 2009*, n° 60, p. 71, §38s.

<sup>1082</sup> Cf. Art. L. 223-18 al. 5 c.com.

<sup>1083</sup> Camille LAJARTE, « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *RLDC 2009*, n° 60, p. 71, §40 et s.

bénéficiaire de la fiducie »<sup>1084</sup>. Certains<sup>1085</sup> concluent alors à la naissance d'un droit réel au profit du bénéficiaire, droit réel lui conférant le pouvoir de revendiquer les biens contenus dans le patrimoine fiduciaire, finalement aliénés entre les mains d'un tiers-acquéreur. Le raisonnement, fondé sur un postulat, ne permet toujours pas d'affirmer qu'un droit réel soit conféré au bénéficiaire, ce qui interdit de retenir cette thèse.

**423. La sécurité juridique garantie par la fiducie, insuffisante au regard du droit des affaires.** La propriété fiduciaire reste toujours aussi indéterminée. Peu pratiquée, l'on ne sait ce qu'elle confère réellement à chacun. Elle ne confère clairement aucun droit au bénéficiaire avant le terme du contrat de fiducie, sauf à admettre que lui soit attribuée la propriété économique ci-dessus relevée. À défaut, le propriétaire fiduciaire serait le propriétaire auquel serait confiée la gestion du bien, et il cumulerait ainsi les qualités d'exploitant et d'entrepreneur, dont nous avons démontré les subtilités antérieurement<sup>1086</sup>. Si, au contraire, la propriété fiduciaire implique que le bénéficiaire détienne la propriété économique des biens, il faut lui reconnaître la responsabilité de l'investisseur. Il ne détient que la richesse qu'est le bien ou qu'il représente, mais lui seul la détient. Et si le propriétaire fiduciaire détient la propriété juridique, il peut engager la propriété économique de manière incontestable par les actes juridiques qu'il accomplit. C'est alors que la transposition en droit français devient compliquée puisqu'elle implique la reconnaissance d'une divisibilité de la propriété. Ici, l'anticipation dans la transmission de la gestion est bien envisageable, puisque par le contrat de fiducie, prédécesseur et repreneur anticipent l'opération afin d'organiser une période transitoire durant laquelle l'exploitation serait confiée à une personne qui en détiendrait la propriété juridique, le repreneur ne réceptionnant donc les pouvoirs de gestion que dans un *futur* déterminé. Cependant, l'instabilité actuelle qui l'entoure ne peut qu'inciter davantage à la réflexion. Il faut définir plus précisément cette propriété fiduciaire et déterminer les prérogatives qu'elle confère à chacun, mais en l'absence de signe législatif ou jurisprudentiel, il est difficile d'affirmer un principe clarifiant les droits du constituant, du fiduciaire et du bénéficiaire.

---

<sup>1084</sup> Jacques BERTRAN DE BALANDA et Foued BOURABIAT, « Fiducie et finance islamique », *Dr. et Patr.* 2010, n° 192, p. 84.

<sup>1085</sup> V. en ce sens : Michel GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, 2<sup>ème</sup> partie », *Deffrénois* 1991, n° 18, p. 918, §58 ; Sophie SCHILLER, « La fiducie : un excellent moyen de sécuriser les pactes d'actionnaires », *Dr. et Patr.* 2012, n° 212, p. 71, v. p. 76.

<sup>1086</sup> Cf. §268.

Pour trouver un commencement de réponse, la problématique pourrait être abordée différemment.

## **B – Les intérêts et les perspectives d'évolution au regard de l'anticipation de la transmission de l'entreprise**

**424. La fiducie, un outil prometteur.** L'analyse autonome de l'article 2023 du Code civil étant insuffisante à déterminer la substance de la propriété fiduciaire, il convient de rechercher des indices ailleurs dans les textes. Des précisions pourront alors être apportées (1°). Une fois précisée, la propriété pourra plus facilement être recommandée quant à l'anticipation de la transmission. En effet, les intérêts qu'elle offre sont nombreux et variés (2°).

### 1°) La notion de propriété fiduciaire précisée

**425. Le droit de propriété du constituant.** En l'état du droit positif, et à admettre que la propriété fiduciaire emporte un titre de propriété à une personne autre que le fiduciaire qui détient la propriété fiduciaire, on ne peut considérer que le bénéficiaire détienne un droit de propriété pendant l'exécution du contrat de fiducie. En effet, il n'acquiert de droit de propriété sur les biens mis en fiducie qu'au terme de la convention<sup>1087</sup>. Avant cette échéance, ne lui sera reconnu au mieux qu'un droit futur de propriété, que la loi préserve en exigeant son accord pour une « révocation de la fiducie »<sup>1088</sup>, après qu'il l'ait acceptée. Il devrait alors pouvoir préserver ce droit futur en agissant en revendication si le constituant ne le fait pas, donc par subsidiarité uniquement, et non en vertu d'un droit de propriété actuel, seul droit conférant la possibilité d'agir en revendication. Selon nous, si la propriété fiduciaire doit être analysée comme une propriété simultanée conférant la propriété juridique au fiduciaire, la propriété économique qui lui répond doit être rattachée à la titularité du constituant, lequel conserve d'ailleurs le droit de révoquer le fiduciaire<sup>1089</sup> (du moins avant l'acceptation de la fiducie par le bénéficiaire).

---

<sup>1087</sup> Et là encore, il faut bien admettre l'imprécision des textes, puisque nulle part n'est fait mention d'une quelconque possibilité de transmettre le patrimoine fiduciaire au bénéficiaire à l'extinction du contrat de fiducie. Le législateur ne fait état que de la prohibition d'une intention libérale au profit du bénéficiaire ; d'où la doctrine en conclut à une prohibition de la fiducie-libéralité, pour construire la théorie selon laquelle la fiducie autorise la transmission à titre onéreux du patrimoine fiduciaire au bénéficiaire ; théorie sur laquelle il n'y a pas lieu de revenir puisque participant de l'esprit des textes.

<sup>1088</sup> Cf. Art. 2028 al. 2 c.civ.

<sup>1089</sup> Cf. Art. 2028 al. 1 c.civ.

En ce sens, les textes consacrent la survivance d'une certaine forme de propriété acquise au constituant, puisque le principe institué par l'article 2025 du Code civil établit le patrimoine du constituant en gage commun des créanciers de la fiducie en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire. Étant débiteur subsidiaire des actes passés dans le cadre de la fiducie, deux hypothèses sont envisageables : soit c'est une simple garantie légale, soit il détient un droit réel sur les biens fiduciaires. L'évolution de la fiducie vers une consécration d'un droit de propriété au profit du bénéficiaire (qui peut par ailleurs être le constituant), telle que l'adaptation de l'institution à la réception en droit français de la finance islamique l'exige, nous impose de préférer cette seconde hypothèse. En effet, à défaut, seul un droit de propriété serait conféré au fiduciaire, ce qui ne peut ressortir de l'esprit de la fiducie commandant que la propriété fiduciaire emporte une distinction entre la propriété économique et la propriété juridique sur un même bien.

**426. La répartition des propriétés induites par la propriété fiduciaire.** Ainsi l'article 2023 du Code civil n'emporterait pas directement acquisition d'un droit de revendication au profit du bénéficiaire de la fiducie, mais seulement au profit du constituant. En effet, pendant l'exécution de la convention de fiducie, le constituant ou le tiers protecteur<sup>1090</sup> qu'il aura institué seront les titulaires, à titre principal, de l'action en revendication des biens irrégulièrement aliénés par le fiduciaire, lorsque les tiers auront eu connaissance de cette irrégularité. Le bénéficiaire ne détiendrait alors cette action qu'après acceptation de la fiducie, et à titre subsidiaire uniquement, en vue de préserver son futur droit de propriété. La propriété juridique est donc bien celle du fiduciaire ; il ne détient d'ailleurs que celle-ci puisqu'en tant que fiduciaire, il ne peut jouir des profits qu'elle permettrait de générer. La création de ce patrimoine emporte la création de la propriété fiduciaire, communément reconnue au fiduciaire, mais aussi d'une autre propriété au profit du constituant. Le fiduciaire détiendrait donc la propriété juridique et le constituant la propriété économique dont il attribuerait les profits au bénéficiaire ; le bénéficiaire détenant à compter de l'acceptation du contrat de fiducie un droit à préserver cette propriété économique, à titre subsidiaire, afin de préserver son futur droit de propriété plénière.

**427. L'entreprise mise en fiducie, un périmètre à redéfinir.** Cependant, la différenciation de la propriété économique et de la propriété juridique, telles qu'elles peuvent

---

<sup>1090</sup> En effet, si l'on admet que l'article 2023 du Code civil ouvre un droit à revendication au profit du constituant, l'article 2017 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil précise que ce tiers protecteur « peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant ».

être attribuées à deux personnes distinctes, implique de s'interroger sur les modalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés. Qui du propriétaire juridique ou du propriétaire économique doit s'y inscrire ? Selon Madame MALLET-BRICOUT, « être inscrit au RCS en qualité de propriétaire du fonds de commerce mis en fiducie ne correspond (...) à aucune réalité économique (voire juridique) »<sup>1091</sup>. En effet, l'intégration en droit français de la conception de la propriété issue du droit anglais des biens engendre quelques problématiques et solutions qui doivent être envisagées en dehors de la conception française de la propriété. Ainsi, si la conception de la propriété fiduciaire évolue vers une vision éclatée, il faudra prendre en compte les deux droits de propriété qu'elle engendre, et à ce titre, mentionner leurs titulaires au RCS. Le propriétaire économique (le constituant ou le bénéficiaire) devra y être inscrit à ce titre, et le fiduciaire au titre de propriétaire juridique<sup>1092</sup>.

**428. La sécurisation par la convention.** Ainsi, certaines réponses peuvent être apportées, et bien que l'institution fiduciaire ne garantisse pas une sécurité absolue, la fiducie peut tout de même être mise en œuvre. Par ailleurs, le contrat de fiducie se révèle être un outil flexible, que l'on peut adapter à souhait par le biais de clauses précisant les droits et les obligations de chacun. Le contrat pourrait ainsi clairement définir l'étendue des prérogatives du fiduciaire, dont la propriété juridique pourrait être limitée. Pourraient aussi y être déterminées les prérogatives du constituant et du bénéficiaire, notamment en ce qui concerne les profits et la titularité des actions conservatoires. Ainsi, le constituant, le fiduciaire et le bénéficiaire pourraient être associés à la gestion de l'entreprise, afin de privilégier la poursuite de l'activité.

La propriété fiduciaire décryptée par la doctrine et plébiscitée par le législateur doit à présent être confrontée à l'entreprise afin de conclure ou non à son utilité dans le cadre de l'anticipation de la gestion de l'entreprise en transmission.

---

<sup>1091</sup> Blandine MALLET-BRICOUT, « Le fiduciaire propriétaire ? », *JCP E 2010*, n° 8, p. 19, 1191, §13.

<sup>1092</sup> L'on peut de la même manière s'attacher aux droits issus des pactes de préférence, lorsque certains droits sociaux, qui en seraient assortis, seront affectés au patrimoine fiduciaire. Il faut alors trancher pour savoir qui du propriétaire juridique ou du propriétaire économique pourra le mettre en œuvre. Si la propriété juridique emporte en premier lieu la titularité du droit de propriété et de disposer du bien fiduciaire, elle doit aussi en emporter les accessoires. Il en résulte qu'il reviendrait au fiduciaire de mettre en œuvre le pacte de préférence le cas échéant. Le transfert des droits sociaux aurait dû être signifié, selon les formalités de l'article 1690 du Code civil, aux signataires du pacte de préférence afin que le droit du fiduciaire de la mettre en œuvre leur soit opposable.

## 2°) Les intérêts d'une fiducie stabilisée quant à l'anticipation de la transmission

**429. Des intérêts subordonnés à l'extension du champ d'application de la fiducie.** Si le champ d'application de l'institution fiduciaire venait à être élargi, elle présenterait tout son intérêt quant à l'anticipation des opérations de transmission de l'entreprise. Elle serait adaptée à de nombreux schémas de transmission. Le recours à cette seule technique permettrait de combiner la transmission anticipée de l'entreprise et l'anticipation de sa gestion, la fiducie étant à la fois un outil de gestion et un outil de transmission de la propriété. Le préalable nécessaire est donc, bien sûr, l'extension du champ d'application relatif aux personnes fiduciaires, sans quoi les différents schémas dont il sera ici question, ne seront pas concevables. En effet, ce n'est que parce que le chef d'entreprise pourra confier son entreprise à une personne physique, soit à un proche prêt à s'investir, soit à une personne déjà investie professionnellement dans l'entreprise, que la fiducie semble envisageable dans un schéma d'anticipation de la transmission de l'entreprise individuelle. Enfin, la levée de la prohibition des fiducies-libéralités permettrait d'intégrer cette technique tant dans les opérations à titre onéreux qu'à titre gratuit.

Encadrée par la convention, la fiducie permettrait de combiner différents intérêts. Elle permettrait notamment d'éviter le recours à de multiples techniques de transmission et de gestion dans le cadre de l'opération de transmission de l'entreprise.

**430. Une alternative au mandat à effet posthume.** Le schéma de transmission que pourrait, en premier lieu, permettre de réaliser cette fiducie, après réforme, serait le suivant : le bénéficiaire serait le repreneur ; le constituant, le prédécesseur ; et le fiduciaire, le tiers intermédiaire. Le schéma serait alors similaire à celui justifiant la désignation d'un mandataire à effet posthume. Cependant, le contrat de fiducie étant plus souple, il permettrait d'adapter le cadre de l'opération de transmission à l'entreprise et aux personnes concernées, et de moduler les pouvoirs d'administration et de disposition que les stipulations contractuelles doivent contenir (Art. 2018 c.civ.). À la différence du mandat à effet posthume, le fiduciaire assumerait, *in fine*, les responsabilités de l'exploitation et pourrait gérer l'entreprise pour une période bien plus longue, permettant ainsi d'anticiper davantage encore les décès des chefs d'entreprises, même si leurs héritiers ne sont pas immédiatement aptes à reprendre l'entreprise. De plus, la fiducie pallierait tant l'incapacité temporaire du repreneur, que l'incapacité future du prédécesseur. Là où le mandat à effet posthume et le mandat de protection future devraient être cumulés, la fiducie suffirait.

**431. Une alternative au démembrement de propriété et à la forme d'exploitation de l'activité.** La fiducie se présenterait ensuite comme une nouvelle forme d'exploitation de l'entreprise. Le patrimoine fiduciaire, patrimoine-but, est une enveloppe permettant l'exploitation d'une activité. Il peut ainsi être préféré au patrimoine affecté à l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel, ou encore au patrimoine social des sociétés. En effet, en transférant les biens nécessaires et utiles à l'exploitation de l'activité dans le patrimoine fiduciaire, la fiducie pourrait être accompagnée d'une convention de mise à disposition des biens fiduciaires au profit du constituant, qui continuerait, pour un temps, à exploiter l'entreprise, tout en intégrant l'anticipation recherchée quant à sa transmission. Le fiduciaire serait alors soit le repreneur intermédiaire, soit le repreneur définitif s'il était aussi désigné bénéficiaire au terme de la convention de mise à disposition. De plus, le montage permettrait au prédécesseur d'orienter la stratégie de développement de l'entreprise en insérant des clauses appropriées dans le contrat de fiducie. Bien entendu, le fiduciaire devrait y consentir pleinement et partager le point de vue du constituant-prédécesseur. L'extinction du contrat de fiducie consacrerait le fiduciaire-bénéficiaire ou un tiers-bénéficiaire en repreneur définitif. L'opération ainsi envisagée anticiperait donc bien la transmission de l'entreprise et présenterait une alternative à la combinaison d'un démembrement de propriété par lequel le prédécesseur se réserverait l'usufruit, à une technique de transmission à titre gratuit ou à titre onéreux, tout en évitant éventuellement le recours supplémentaire à une technique de gestion par un tiers intermédiaire. La fiducie permet ainsi de réaliser, en ne recourant qu'à une seule technique, une opération qui nécessiterait sans elle l'utilisation de plusieurs techniques. De plus la flexibilité provenant de l'aspect conventionnel présidant à l'institution fiduciaire permettrait d'adapter l'opération de transmission et de définir au besoin les prérogatives de chaque intervenant.

**432. Une alternative à la location-gérance.** Ensuite, si le fiduciaire était désigné bénéficiaire, la fiducie serait une alternative à la location-gérance. Le fiduciaire pourrait, pour un temps, accumuler les revenus nécessaires à l'acquisition du fonds affecté au patrimoine fiduciaire. Il aurait alors la possibilité de gérer l'entreprise sans devoir s'engager officiellement à la reprendre et d'être rémunéré par le biais du contrat de fiducie. Il financerait ainsi le prix stipulé dans le contrat de fiducie au titre de la transmission du patrimoine fiduciaire. Dans le même temps, la propriété fiduciaire lui permettrait de vérifier l'adéquation de ses attentes professionnelles aux capacités productives du fonds affecté. L'acceptation de la fiducie en tant que bénéficiaire lui permettrait d'officialiser la reprise. La transmission de la

gestion serait anticipée, même si elle est immédiatement accompagnée d'une transmission de la propriété (décomposée), sur la réception par le repreneur-fiduciaire-bénéficiaire de la propriété plénière au terme de la convention, qui le consacrerait en qualité de repreneur définitif. De plus, le constituant pourrait s'assurer de la poursuite de l'activité, pour le temps du contrat de fiducie (jusqu'à 99 ans), selon des stratégies qu'il y déterminerait. Il serait alors assuré de la pérennité de son entreprise. Enfin, à la différence de la location-gérance, l'institution fiduciaire éviterait un partage de la responsabilité fiscale, voire patrimoniale, selon la rédaction de la convention.

**433. Une réponse à l'indisponibilité temporaire ou définitive du chef d'entreprise.** Elle permettrait ensuite à un chef d'entreprise devenu indisponible, de confier la gestion de son entreprise. Si l'indisponibilité s'avérait définitive, elle permettrait de désigner un gestionnaire en la personne du fiduciaire, pouvant aussi être le bénéficiaire du contrat de fiducie. Plusieurs intérêts sont perceptibles. Le contrat de fiducie pourrait préciser que le fiduciaire n'est le bénéficiaire que pour une certaine durée ; une stipulation supplémentaire ou une modification du contrat de fiducie par avenant (art. 2029 c.civ.), permettrait de désigner un autre bénéficiaire qui le deviendrait à l'extinction du contrat de fiducie. Le fiduciaire pourrait alors exploiter l'entreprise tout en étant intéressé aux résultats d'exploitation en tant que bénéficiaire du contrat de fiducie, alors qu'il ne peut l'être en qualité de seul fiduciaire<sup>1093</sup>. Si le décès du constituant intervenait avant la désignation d'un nouveau bénéficiaire, le fiduciaire serait consacré repreneur définitif, et l'entreprise pourrait dès lors être continuée. A *contrario*, la continuité serait assurée par le bénéficiaire-repreneur à l'extinction du contrat de fiducie, après une période de gestion par le tiers-intermédiaire. Ce schéma permet de pallier l'indisponibilité du prédécesseur, mais aussi celle du repreneur, tout en assurant la continuité de l'exploitation de l'activité.

De plus les latitudes de gestion offertes au fiduciaire lui permettraient de développer l'entreprise bien plus facilement que par le biais du mandat à effet posthume, la propriété lui conférant des prérogatives supplémentaires, développement auquel il serait intéressé puisque temporairement désigné bénéficiaire de la fiducie. Le repreneur intermédiaire n'agit donc pas ici, comme dans le mandat à effet posthume dans l'intérêt des héritiers, mais dans l'intérêt du bénéficiaire qu'il peut être.

---

<sup>1093</sup> Claude WITZ, *La fiducie en droit privé français*, th. Strasbourg 3 – 1979, Préface Dominique SCHMIDT, *Economica*, 1981, p. 89, §98.

Les intérêts de la fiducie exposés, l'appel à une réforme, tendant à étendre son champ d'application tant quant à la personne du fiduciaire que quant à la suppression de la prohibition de la fiducie-libéralité, doit être lancé. De plus, le patrimoine fiduciaire et la fiducie devraient être quelque peu précisés, mais à défaut d'intervention législative sur ces deux aspects, la convention permet de pallier ces imprécisions. De plus, le statut de fiduciaire révèle tout l'intérêt de la fiducie comme outil de gestion, et comme outil de transmission.

## **SECTION II – L'INTÉRÊT DU STATUT DE « FIDUCIAIRE »**

**434. L'intérêt du statut quant à la gestion de l'entreprise en transmission.** La propriété et le patrimoine fiduciaires étant plus ou moins sécurisés, il a fallu rechercher les autres avantages de l'institution. Le statut de fiduciaire a ainsi été décrypté afin de déceler les intérêts que pouvait présenter la fiducie dans le cadre d'une opération de transmission de l'entreprise. L'intérêt de la technique est donc au cœur de l'analyse. Cependant, un intérêt ne peut être relevé qu'au regard d'un objectif poursuivi. Le notre est le bon déroulement d'une opération de transmission via des techniques anticipatoires. Ainsi, rechercher l'intérêt que peut procurer le statut de fiduciaire permettra de démontrer l'opportunité de mettre en adéquation l'institution à la réalisation de l'opération de transmission. Les intérêts qu'il doit présenter sont ceux permettant de constater l'adéquation du statut aux besoins d'un intermédiaire de gestion, puisque c'est bien de cela dont il sera principalement question lorsque l'on envisagera de recourir à la technique de la fiducie dans le cadre d'une opération de transmission.

**435. Des pouvoirs de fiduciaire à préciser.** Soumis au contrôle, le fiduciaire doit aussi pouvoir faire fonctionner l'entreprise. Assurant sa gestion le temps de la transmission, il doit avoir la possibilité de le faire de manière autonome, comme les prérogatives apparemment conférées par la propriété fiduciaire permettent de le penser. Mais comme il a été souligné, c'est actuellement l'incertitude qui entoure l'institution. Le peu de recul sur la technique, et l'imprécision des textes amènent à s'interroger sur la consistance des pouvoirs du fiduciaire, afin de vérifier qu'ils correspondent à ceux dont doit être doté un intermédiaire de gestion. Selon Madame MALLET-BRICOUT, « le fiduciaire n'apparaît que comme un propriétaire

temporaire, pour ne pas dire inconsistant »<sup>1094</sup> ; c'est ce qu'il convient de vérifier ou d'infirmier.

**436. La confrontation du statut de fiduciaire à la gestion et à la transmission.** Le fiduciaire est, dans notre schéma, le repreneur intermédiaire de l'entreprise. L'analyse de son statut est nécessaire afin de prendre position sur les possibilités induites ou non de saine gestion d'une entreprise. L'opportunité du recours à la fiducie pourra ainsi être mesurée. Le statut de fiduciaire laisse-t-il assez de latitudes au repreneur intermédiaire pour mener à bien la gestion de l'entreprise en transmission ?

Notre analyse fait ressortir une adaptation toute particulière du statut de fiduciaire aux besoins d'un repreneur intermédiaire quant à la gestion de l'entreprise (§I), ainsi qu'une adéquation aux besoins des prédécesseurs et repreneurs définitifs quant à la transmission de l'entreprise (§II).

### ***§I – Le statut du fiduciaire adapté à la gestion de l'entreprise***

**437. Des pouvoirs de gestion relativement adaptés.** La mission du fiduciaire n'est que très succinctement encadrée par la loi. Cependant, non élaborée en vue de la gestion d'une entreprise, les pouvoirs qui lui sont conférés s'y révèlent particulièrement adaptés : il doit notamment agir dans l'intérêt du bénéficiaire, ce qui, nous le verrons, permettra aussi d'assurer l'intérêt de l'entreprise (A). Quant à la substance de ses pouvoirs sur les biens mis en fiducie, ils paraissent suffisants, même s'ils ne sont pas ceux d'un propriétaire plénier (B).

#### **A – La mission du fiduciaire conforme à l'intérêt de l'entreprise**

**438. Le droit immédiat aux profits, en suspens.** Selon Madame LAJARTE, « le seul droit que la doctrine reconnaît au bénéficiaire d'un contrat de fiducie pendant la durée du contrat consiste dans celui de percevoir les fruits des biens fiduciaires »<sup>1095</sup>. Elle explique que le contrat de fiducie peut déterminer les modalités de perception des fruits par le bénéficiaire, que ce soit au cours du contrat de fiducie, ou à son extinction. Analysant ensuite la nature du droit du bénéficiaire, elle conclut à l'impossible qualification de droit d'usufruit.

---

<sup>1094</sup> Blandine MALLET-BRICOUT, « Le fiduciaire propriétaire ? », *op. cit.*, §12.

<sup>1095</sup> Camille LAJARTE, « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *RLDC 2009*, n° 60, p. 71, §15.

Cependant, à l'examen de l'article 2011 du Code civil, rien n'indique que le bénéficiaire ait pour droit celui de percevoir les fruits du patrimoine affecté. La seule indication est que la mission du fiduciaire doit être fixée à son profit. Cela implique qu'il doit recevoir le bénéfice des actes du fiduciaire, mais rien n'oblige à ce que le contrat de fiducie mentionne une réception de ces bénéfices pendant l'exécution du contrat de fiducie. Le reliquat peut donc ne lui revenir qu'à son terme.

Cependant, si ces profits générés par le patrimoine fiduciaire doivent revenir *in fine* au bénéficiaire, il semble que le contrat de fiducie puisse en organiser la ventilation ou les affecter au patrimoine fiduciaire pour le temps de la fiducie. Ainsi, une partie de ces bénéfices pourra être affectée au paiement de la rémunération du fiduciaire. Autorisé conventionnellement à disposer des profits générés, il concourra au développement de l'entreprise, notamment s'il doit la gérer pendant plusieurs années. Il sera alors prudent d'insérer une clause dans le contrat de fiducie indiquant les modalités de ventilation des bénéfices, ou autorisant le fiduciaire à les employer dans l'objectif de pérenniser ou de développer l'entreprise. D'ailleurs, permettre au fiduciaire d'employer les profits générés à ces fins contribuera à assurer la survie de l'entreprise, et de là, l'intérêt du bénéficiaire.

**439. De l'intérêt du bénéficiaire à l'intérêt de l'entreprise en transmission.** Madame ROCHFELD souligne la spécificité de la gestion organisée par la fiducie : elle « s'effectue dans un intérêt distinct de celui de la personne à qui les biens se trouvent transmis »<sup>1096</sup>. Effectivement, les biens sont transmis au fiduciaire, mais ils doivent être gérés dans l'intérêt du bénéficiaire. Madame KHUN explique que « le transfert de propriété au fiduciaire est (...) causé par un but déterminé »<sup>1097</sup>, et que « le contrat n'organise pas la gestion des biens d'autrui, mais la gestion par le propriétaire de ses propres biens pour le compte d'autrui »<sup>1098</sup>. Nous dirions plutôt « dans l'intérêt d'autrui », et non pas « pour son compte », puisque les actes passés par le fiduciaire dans le cadre de sa gestion n'engagent ni le bénéficiaire, ni le constituant. Ils ne sont donc pas passés pour le compte du bénéficiaire spécifiquement, mais dans son intérêt uniquement.

En ce sens, l'article 2011 du Code civil dispose que le fiduciaire doit agir « dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». Ainsi, la mission du fiduciaire est

---

<sup>1096</sup> Judith ROCHFELD, « La fiducie spéciale ou le droit à deux vitesses », *RTD civ.* 2007, n°2, p. 412, v. p. 419.

<sup>1097</sup> Céline KUHN, « La mission du fiduciaire », *Dr. et Patr.* 2008, n° 171, p. 52. Selon elle, le fiduciaire jouit de la chose de manière « exclusive mais orientée par la cause du contrat » (v. p. 38).

<sup>1098</sup> Céline KUHN, « La mission du fiduciaire », *Dr. et Patr.* 2008, n° 171, p. 52, v. p. 53.

orientée par deux objectifs : respecter le but déterminé, qui peut être de gérer l'entreprise individuelle comprise dans le patrimoine fiduciaire, et agir dans l'intérêt du ou des bénéficiaires, soit au profit du repreneur dans notre hypothèse. Ces deux objectifs se recoupent dans le cadre de la transmission d'une entreprise, puisque l'intérêt du bénéficiaire ne pourra être préservé qu'en assurant la continuité de l'activité de l'entreprise. À défaut, le bénéficiaire ne recevrait rien ou presque rien au terme du contrat de fiducie. Ainsi, au-delà de l'intérêt du bénéficiaire, le fiduciaire doit aussi exercer sa mission en préservant l'intérêt de l'entreprise abritée par le patrimoine fiduciaire, de sorte que ce dernier semble emporter une émanation toute particulière.

**440. Le patrimoine fiduciaire : de l'émanation de la personne à l'émanation de l'entreprise.** La propriété fiduciaire est une « propriété finalisée »<sup>1099</sup>. Étant constitué en vue d'une affectation particulière, ce patrimoine poursuit la réalisation d'un objectif prédéterminé. Le fiduciaire agira en son nom, (il est propriétaire des biens fiduciaires), mais non dans son propre intérêt. Il devra en effet concilier les deux intérêts précités : celui du bénéficiaire et celui compris dans le patrimoine d'affectation caractérisé par le but qu'il poursuit. Il ne pourra en conséquence garantir l'exécution de sa mission dans le « but déterminé » qu'en concourant à la conservation de ce patrimoine d'affectation. Autrement dit, il doit préserver les intérêts « représentés » par ce patrimoine. La propriété affectée fait alors primer la poursuite d'un objectif lié à des biens sur l'intérêt de la personne à laquelle le patrimoine est attaché. Ce dernier n'est donc pas géré dans l'unique intérêt de la personne du bénéficiaire, mais afin que soit réalisé le but qu'il poursuit, animé d'un intérêt qui lui est propre : celui de la survivance de sa substance, voire de son développement s'il comprend une entreprise individuelle. N'ayant pas vocation à concourir à la poursuite des intérêts propres du fiduciaire qui en est pourtant le propriétaire, le patrimoine fiduciaire ne saurait être la seule émanation de la personne du fiduciaire à laquelle sa titularité est pourtant rattachée. Nous nous interrogeons alors sur l'identité du sujet dont il émane. Il semble davantage refléter l'émanation d'objets ou d'objectifs, que d'un sujet.

Madame ROCHFELD s'interroge d'ailleurs sur le résidu de la fonction de représentation du patrimoine<sup>1100</sup>, au vu des dernières évolutions de la notion. Selon nous, le patrimoine fiduciaire enfermant une entreprise aura vocation à poursuivre les intérêts de cette entreprise. L'entreprise n'est pas une personne, mais un patrimoine lui est dédié : le patrimoine

---

<sup>1099</sup> Blandine MALLET-BRICOUT, « Le fiduciaire propriétaire ? », *JCP E 2010*, n° 8, p. 19, 1191, §7.

<sup>1100</sup> Judith ROCHFELD, « La fiducie spéciale ou le droit à deux vitesses », *RTD civ. 2007*, n°2, p. 412, v. p. 418s.

professionnel, qui peut désormais être autonome. La fiducie et le statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée en témoignent. Nous pensons que le patrimoine conserve sa fonction de représentation, bien qu'un glissement relatif au sujet de l'émanation soit perçu. En effet, n'étant pas réellement une émanation de la personne du fiduciaire comme il a été constaté ci-avant, il n'est pas non plus celle du constituant, ni du bénéficiaire ou du moins pas uniquement. Le but qu'il poursuit lui assigne une émanation particulière qui tend à se détacher de la personne pour devenir celle de biens, ceux compris dans ce patrimoine. Si l'affirmation ne peut concerner tous les buts des patrimoines fiduciaires, elle sera caractérisée lorsque le patrimoine comprendra une entreprise individuelle, celle-ci ayant désormais un intérêt distinct des personnes qui l'entourent. Un glissement de l'émanation s'opère donc des personnes vers les biens, d'où le phénomène de personnification de certains biens représentant un tout. Ici, la personnification touche les biens enfermés par le patrimoine professionnel, support de l'activité de l'entreprise, d'où la personnification de l'entreprise déjà relevée antérieurement<sup>1101</sup>. Cependant, au-delà de l'analyse de l'intérêt dans lequel le fiduciaire doit agir, il convient de préciser la substance de ses pouvoirs.

## **B – Les pouvoirs du fiduciaire adaptés à la gestion de l'entreprise**

**441. Une substance variable définie par la convention.** Le fiduciaire n'est pas un plein propriétaire, c'est un « propriétaire asservi »<sup>1102</sup>. Il ne détient pas tous les pouvoirs d'un propriétaire plénier, mais des pouvoirs spécifiques. Bien que le constituant perde toutes ses prérogatives<sup>1103</sup> sur les biens confiés en fiducie, il est exclu de considérer que le fiduciaire les récupère en intégralité en son lieu et place : « celles acquises par le fiduciaire demeurent limitées non seulement dans le temps (...), mais aussi en fonction de l'objet de l'opération projetée »<sup>1104</sup>. La jouissance des biens fiduciaires étant « conditionnée par les termes du contrat »<sup>1105</sup>, la propriété fiduciaire devient ainsi une « notion à contenu variable »<sup>1106</sup>, en ce qu'elle est une « propriété à prérogatives variables »<sup>1107</sup>.

---

<sup>1101</sup> Cf. §358.

<sup>1102</sup> Blandine MALLET-BRICOUT, « Le fiduciaire propriétaire ? », *JCP E 2010*, n° 8, p. 19, 1191, §10.

<sup>1103</sup> Cf. sur ce point : Michel GRIMALDI, « La propriété fiduciaire », *In La fiducie dans tous ses états, op. cit.*, p. 5, V. p. 6, V. n.b.p. n° 1020. En effet, en consentant à transférer ses biens dans le patrimoine fiduciaire, le constituant perd l'intégralité des prérogatives conférées par la propriété plénière, sauf si la convention de fiducie lui en ré-attribue certains, conformément aux dispositions de l'article 2018-1 du Code civil.

<sup>1104</sup> Christophe ALBIGES, « La constitution de la fiducie », *Dr. et Patr. 2008*, n° 171, p. 46.

<sup>1105</sup> Pascal PUIG, « La fiducie et les contrats nommés », *Dr. et Patr. 2008*, n° 171, p. 68, v. p. 78.

La convention de fiducie devra déterminer la substance des pouvoirs du fiduciaire, en définissant « la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition »<sup>1108</sup>, ils ne « sauraient être présumés de façon supplétive »<sup>1109</sup>. L'étendue de ces pouvoirs est seulement opposable *inter partes*, puisqu'à l'égard des tiers, « le fiduciaire est réputé avoir les pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire »<sup>1110</sup>. Cependant, conformément aux conseils prodigués par Monsieur DUPICHOT, « la mission du fiduciaire doit être soigneusement détaillée et [il faut veiller à] instituer [le fiduciaire] (...) en « chef d'orchestre » (organisateur), et non en « homme orchestre » (exécutant) »<sup>1111</sup>, afin de privilégier la dynamique de gestion. Quoi qu'il en soit, le fiduciaire devra au minimum assurer la conservation des biens fiduciaires s'il en a la gestion<sup>1112</sup>.

**442. La flexibilité privilégiée.** Dans le cadre de la gestion de l'entreprise, instituer le fiduciaire en « chef d'orchestre » est primordial. En effet, la bonne gestion de l'entreprise individuelle ne peut résulter que de pouvoirs conférant une autonomie au gestionnaire. Plus les pouvoirs du fiduciaire seront proches de ceux du chef d'entreprise sortant, plus la gestion de l'entreprise sera facilitée, et sa pérennité assurée. Messieurs ZÉNATI et REVET soulignent l'intérêt que présenterait la fiducie quant à la gestion et quant à l'exploitation d'une entreprise individuelle : « [l']avantage de la gestion confiée à un propriétaire réside dans le fait que celui-ci n'engage pas le géré par ses actes et que le propriétaire ne reçoit pas d'instruction, ce qui permet une gestion dynamique »<sup>1113</sup>.

Fondée sur la propriété, la fiducie-gestion offre ainsi la possibilité de conférer au fiduciaire les pouvoirs nécessaires au gestionnaire d'une entreprise ; il sera alors notamment doté du pouvoir de disposer des biens compris dans le patrimoine fiduciaire, bien qu'il ne doive pas

---

<sup>1106</sup> Jean CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », In Les notions à contenu variable en Droit, Chaïm PERELMAN et Raymond VANDER ELST, Bruylant, 1984.

<sup>1107</sup> Michel GRIMALDI, « La propriété fiduciaire », In *La fiducie dans tous ses états*, op. cit. p. 5, V. p. 6. V. n.b.p. n° 1020.

<sup>1108</sup> In Art. 2018, 6° c.civ.

<sup>1109</sup> Rémy LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1re partie) », *Defrénois 2007*, n° 15, art. 38631, p. 1094, §12.

<sup>1110</sup> In Art. 2023 c.civ.

<sup>1111</sup> Philippe DUPICHOT, « Rapport de synthèse », In *La fiducie dans tous ses états*, op. cit., p. 89, v. p. 96. V. n.b.p. n° 1020.

<sup>1112</sup> Rémy LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1re partie) », *Defrénois 2007*, n° 15, art. 38631, p. 1094, §2.

<sup>1113</sup> Frédéric ZÉNATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les Biens*, op. cit., p. 420, §263. V. n.b.p. n° 383.

en épuiser la substance. La convention permettra par ailleurs d'adapter l'étendue de ses prérogatives, au cas par cas (soit selon l'activité et l'envergure de l'entreprise), privilégiant ainsi une gestion optimisée du patrimoine professionnel. Le fiduciaire prendra donc temporairement la place du chef d'entreprise. Si cela vient d'être constaté quant aux pouvoirs qui lui sont confiés, le transfert des risques d'exploitation peut ressortir d'une autre dynamique.

En effet, le contrat de fiducie se chargera éventuellement d'organiser leur répartition entre le fiduciaire et le constituant. La rédaction de l'article 2025, alinéa 2, du Code civil témoigne de cette possibilité, en ce que la responsabilité patrimoniale peut être répartie entre le constituant et le fiduciaire, ou simplement limitée au patrimoine fiduciaire. Une ventilation pourrait d'ailleurs être opérée quant au gage subsidiaire des créanciers fiduciaires, comme le laisse penser la rédaction de l'alinéa 2 de l'article 2025 du Code civil qui précise « qu'en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire ». Les créanciers antérieurs à la constitution de la fiducie, dont les créances/dettes seraient affectées au patrimoine fiduciaire (ce qui ne semble pas exclu), pourraient avoir pour gage subsidiaire le patrimoine du constituant, et les dettes nouvellement contractées par le fiduciaire, son patrimoine personnel. Un partage des risques est alors envisageable, *a fortiori* lorsque le fiduciaire sera institué bénéficiaire et aura donc vocation à reprendre définitivement l'entreprise. De même, les textes ne paraissent pas prohiber la possibilité d'affecter les patrimoines personnels du constituant et du fiduciaire en garantie du patrimoine fiduciaire. Si la protection contre le risque entrepreneurial ne pourrait en conséquence plus être assurée, la stipulation permettrait d'augmenter le crédit de l'entreprise et ainsi d'obtenir plus facilement des prêts auprès des établissements bancaires, aux fins de développer l'activité. Dans ce cas, le constituant pourrait se désigner bénéficiaire dans un premier temps, puis en désigner un autre pour le terme du contrat de fiducie. La convention permettant d'attribuer au bénéficiaire les revenus du patrimoine fiduciaire, le constituant serait ainsi intéressé à l'exploitation de l'activité qu'il soutiendrait.

La structure fiduciaire révèle une fois de plus son adéquation au mode de gestion des entreprises en ce qu'elle privilégie souplesse et flexibilité de l'institution. Le statut permet aussi d'adapter l'opération de fiducie aux différents schémas de transmission des entreprises.

## **§II – Le statut de fiduciaire, adéquat à la transmission de l’entreprise**

**443. Des avantages relatifs à l’aspect transmissif.** Au-delà de l’adaptation du statut de fiduciaire à la gestion d’une entreprise individuelle, ce dernier se révèle adéquat à sa transmission ; il y correspond parfaitement. En effet, l’institution fiduciaire se révèle assez souple, tant quant à sa durée et donc aux conditions de son extinction (A), qu’à l’imputabilité de la rémunération du fiduciaire (B).

### **A – L’intérêt de la destitution anticipée du fiduciaire**

**444. La « révocation du contrat de fiducie ».** Selon l’article 2028 du Code civil, « Le contrat de fiducie peut être révoqué par le constituant tant qu’il n’a pas été accepté par le bénéficiaire ». Il en résulte que le constituant pourra à tout moment mettre fin au contrat de fiducie et ainsi emporter la révocation du fiduciaire, du moins jusqu’à l’acceptation de la fiducie par le bénéficiaire. Après il devra obtenir son accord pour y procéder. Monsieur CROCQ avait alors conclu à une révocation *ad nutum*<sup>1114</sup> du contrat de fiducie par le constituant, et au manque d’indépendance du fiduciaire dans sa gestion<sup>1115</sup>. À tout moment, le constituant (seul avant l’acceptation de la fiducie), ou le constituant accompagné du bénéficiaire (après l’acceptation par ce dernier), pourront décider de mettre fin au contrat de fiducie. Quels sont alors les effets engendrés ?

**445. La reprise anticipée et subséquente de l’entreprise.** Dans le cadre de la transmission de l’entreprise, si la fiducie-gestion doit être mise en place, ce sera pour organiser la gestion de l’entreprise entre la cessation de ses fonctions par le prédécesseur et l’entrée en fonction par le repreneur. Les raisons de ce besoin de gestion intermédiaire peuvent être variées, mais auront pour cause principale l’indisponibilité temporaire et cumulée du prédécesseur et du repreneur. D’une manière ou d’une autre, cela implique que le second ne sera pas apte à reprendre la direction de l’entreprise au retrait du premier. Cette possibilité de révocation *ad nutum* paraît alors bienvenue, puisqu’elle permet d’accélérer la seconde opération de transmission, soit la transmission du patrimoine fiduciaire au bénéficiaire. Le contrat permet donc d’anticiper la nécessité de mettre un terme à la fiducie avant celui prévu conventionnellement. La reprise définitive sera en conséquence effective

---

<sup>1114</sup> Pierre CROCQ, « Le cœur du dispositif fiduciaire », *Rev. Lamy Dr. civ.* 2007, n° 40, p. 61, v. p. 63.

<sup>1115</sup> Pierre CROCQ, « Le cœur du dispositif fiduciaire », *op. cit.*, v. p. 63.

dès que la situation du bénéficiaire-repreneur définitif le permettra. Le contrat de fiducie laisse ainsi une certaine latitude quant à la prise de ses fonctions par le repreneur définitif. La souplesse de l'institution fiduciaire ressort une fois de plus.

Quant au manque d'indépendance du fiduciaire dans sa gestion, nous devons là encore émettre des réserves lorsque l'opération de fiducie aura vocation à organiser la transmission anticipée de la gestion de l'entreprise. L'accord préalable entre le bénéficiaire et le constituant préside au montage mis en place pour transmettre l'entreprise, et porte notamment sur le choix de la personne du fiduciaire qui aura vocation à gérer temporairement l'entreprise. Hors les cas de fautes commises par le fiduciaire dans l'exécution de sa mission de gestion, (cause autonome de révocation du fiduciaire<sup>1116</sup>), la seule raison qui puisse expliquer ou justifier la destitution du fiduciaire semble être la possibilité pour le repreneur définitif d'entrer immédiatement en fonction. L'on pourrait alors imaginer que le constituant et le bénéficiaire fassent pression sur le fiduciaire pour qu'il agisse dans tel ou tel sens, et qu'ils le menacent de révoquer le contrat de fiducie. Cependant, le contrat de fiducie a précisément vocation à organiser la mission du fiduciaire, ainsi les directives devraient être consignées dans le contrat, sans que le constituant et le bénéficiaire aient à orienter davantage la mission du fiduciaire, une fois le contrat de fiducie en cours d'exécution.

**446. L'élargissement du panel des techniques anticipatoires de transmission.** Si l'on ne peut ici que rapprocher le statut de fiduciaire de celui de mandataire, en ce qu'il est effectivement révocable à tout moment et sans avoir à en justifier, la fiducie-gestion-transmission offre tout de même l'intérêt de permettre une gestion intermédiaire du vivant du prédécesseur, à la différence du mandat à effet posthume, tout en assurant la transmission effective de l'entreprise au repreneur à l'extinction de la fiducie. Il n'existe pas selon nous d'autre technique offrant une telle assurance pour le repreneur quant à la reprise effective de l'entreprise tout en combinant cette sécurité à l'organisation d'une gestion intermédiaire par un tiers.

De plus, l'ouverture du dispositif aux personnes physiques encouragerait à anticiper la gestion de l'entreprise individuelle en transmission, gestion qui devrait entraîner la rémunération du gestionnaire-fiduciaire.

---

<sup>1116</sup> Cf. Art. 2017 al. 1<sup>er</sup> c.civ.

## **B – La souplesse de l'imputabilité de la rémunération du fiduciaire**

**447. La flexibilité de l'institution quant à l'imputabilité de la rémunération du fiduciaire.** Les textes légaux n'ont rien prévu quant à la rémunération du fiduciaire, aussi le contrat devra-t-il s'en charger. Deux options sont envisageables : la rémunération du fiduciaire sera directement prélevée sur le patrimoine fiduciaire ou elle sera assumée par le constituant. Monsieur LIBCHABER indique que « la première solution met l'accent sur l'autonomie de la masse, et donc sur la spécificité de l'entreprise fiduciaire. La seconde s'inscrit dans la logique purement contractuelle, où le constituant prime la masse et paie lui-même pour l'exécution des obligations qu'il a voulues »<sup>1117</sup>. Dans le cadre de la transmission de l'entreprise individuelle, il apparaît que le contrat de fiducie devrait fixer les modalités de la rémunération du fiduciaire. Plusieurs solutions sont envisageables, comme par exemple une rémunération fixe mensuelle ou un intéressement au chiffre d'affaires de l'entreprise. Le prédécesseur et le repreneur devront ensuite s'entendre sur l'imputabilité de la charge de cette rémunération. S'il s'agit d'une transmission par fiducie à titre onéreux, son imputabilité dépendra essentiellement du prix entendu entre les parties à la transmission. En revanche, dans la cadre d'une fiducie-libéralité, il semblera raisonnable de l'imputer sur le patrimoine fiduciaire, le constituant se défaisant déjà de son entreprise à titre gratuit, il paraît peu vraisemblable qu'il assure, en sus, les frais d'une gestion pouvant être assumée par le biais du patrimoine professionnel.

\*

\*      \*

**448. La libéralisation nécessaire de l'institution.** La fiducie se présente donc comme une institution permettant d'anticiper la transmission de l'entreprise et notamment d'organiser sa gestion, puisqu'elle confère un statut qui serait adapté à l'institution d'un repreneur intermédiaire. Elle permet du vivant du disposant d'organiser la gestion de l'entreprise par un tiers, en lui en confiant la propriété temporairement. Si le statut de ce repreneur intermédiaire est tout à fait adéquat à la transmission de l'entreprise ainsi qu'à la transmission de sa gestion, la propriété fiduciaire qui émane de l'institution devra être sécurisée par la convention, ou de

---

<sup>1117</sup> Rémy LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1<sup>re</sup> partie) », *Defrénois* 2007, n° 15, art. 38631, p. 1094, §15.

préférence par la législation. Enfin, il faudra pour que tout cela puisse être concrètement envisageable en pratique, que les finalités étriquées de l'institution soient libéralisées. Un avenir prospère semble pourtant lui être réservé, et ses utilités dans l'anticipation de la transmission des entreprises pourront alors être illustrées. Monsieur HOHL nous rassure par un proverbe hollandais : « *ce qui est difficile se fera quand même, ce qui est impossible prendra juste un peu plus de temps* »<sup>1118</sup>.

\*

\*   \*

**449. Le constat positif relatif aux techniques d'anticipation de la gestion par un tiers de l'entreprise en transmission.** Les techniques juridiques proposées par le droit civil pour anticiper la gestion de l'entreprise en transmission offrent la possibilité de recourir à un tiers-intermédiaire-gestionnaire, destiné à pallier l'indisponibilité temporaire des prédécesseurs et/ou des repreneurs. Le constat doit pourtant être tempéré. En effet, même si les opportunités des techniques du mandat à effet posthume et de la fiducie ont été relevées, et qu'il a été conclu en théorie, à une adéquation relative de la technique pour la première (relative du fait de l'absence de légitimité du mandataire affecté à la gestion de droits sociaux à intervenir en assemblées), et à une mise en adéquation réalisable pour la seconde (et subordonnée à une réforme), la réalité pratique ne peut encore donner lieu à analyse. Le mandat à effet posthume ayant pour objet une entreprise n'a encore que peu été mis en œuvre, et la fiducie ne peut être pratiquée. Étant des outils originaux de gestion, on relèvera que seul le droit civil les propose, et qu'après mise en adéquation des techniques aux impératifs de l'entreprise, de bonnes perspectives peuvent être augurées.

\*

\*   \*

---

<sup>1118</sup> Bertrand HOHL, « Quelles applications pratiques ? », *Rev. Lamy Dr. civ.* 2007, n° 40, p. 68.

**450. L'anticipation de la transmission de l'activité, gérée.** Cette seconde partie de l'analyse démontre que le droit civil est pourvu de techniques de gestion de l'activité de l'entreprise en transmission. Ces techniques permettent soit d'anticiper le transfert de la propriété sur celui de la gestion, soit au contraire de le différer. Quoiqu'il en soit les techniques civilistes offrent l'opportunité d'organiser la gestion de l'entreprise à transmettre. Bien qu'elles ne soient pas encore tout à fait adéquates à la gestion de l'entreprise individuelle ou des droits sociaux transmis, l'adaptation est bien entamée et il reste à la perfectionner. La cause de cette imperfection doit être recherchée dans l'absence quasi systématique de dispositions qui leur soient spécifiques. En effet, dès que certaines sont prévues, comme dans le mandat à effet posthume, la technique présente une application pratique plus aisée. Bien entendu, les incertitudes sont encore présentes, que ce soit relativement à cette technique, ou à celle de la fiducie, instituées assez récemment, mais aussi en ce qui concerne le démembrement de propriété. La transposition des règles civilistes à l'entreprise n'est certes pas aisée, et les règles évoluent lentement vers une mise en adéquation. Ces techniques présentent cependant des avantages non négligeables en ce qu'elles permettent d'assurer la gestion de l'activité de l'entreprise en transmission. Certains freins sont à lever, mais les techniques civilistes présentent de belles opportunités qu'il ne faut plus négliger.



# CONCLUSION

**451. La transmission de la propriété et celle de l'activité, opérées par les techniques civilistes anticipatoires.** La délimitation du champ de l'étude a permis de conclure qu'il existe deux sortes de techniques civilistes à vocation transmissive et anticipatoire : d'une part, les techniques de transmission anticipée, c'est-à-dire celles permettant d'opérer le transfert de propriété de l'entreprise avant le moment où cette transmission serait intervenue en leur absence et, d'autre part, les techniques d'anticipation de la transmission, c'est-à-dire celles permettant de préparer ce transfert de propriété à opérer dans un temps futur tout en organisant la période se déroulant jusqu'à ce moment prédéterminé. L'étude a alors eu pour objectif de confronter l'application de ces techniques civilistes à l'opération de transmission de l'entreprise afin d'en étudier les incidences. Parallèlement, le phénomène d'anticipation devait être cerné, en tant que concept ou notion, au gré des manifestations qu'il connaît en matière de transmission d'entreprise, ceci afin d'en évaluer les bienfaits. Les techniques civilistes anticipatoires se révèlent effectives pour transmettre tant le titre de propriété que l'activité de l'entreprise transmise. Pour la plupart d'entre elles, le transfert est relativement sécurisé, la mesure de leur efficacité donne lieu à un bilan riche d'enseignements.

**452. L'entreprise à transmettre, une unité patrimoniale, spécifiquement appréhendée en droit civil.** Tout d'abord quant aux techniques de transmission anticipée, si les techniques civilistes ne sont pas toutes adéquates à réaliser cette opération de transmission, certaines, dont notamment les donations-partages, présentent des avantages indéniables. En plus d'assurer le transfert anticipé de l'entreprise par rapport au décès du chef d'entreprise, celles-ci garantissent en effet un contexte sécurisé de transmission de nature à favoriser la stabilité de l'exploitation, sa continuation ainsi que son développement.

Cependant, pour réaliser cette étude, encore fallait-il comprendre la manière dont le droit civil intègre le concept d'entreprise. Étant à l'origine une notion économique, la notion juridique est en construction et tend à être précisée. Même si transcrire des notions économiques en

droit n'est pas aisé, une certaine « emprise de l'économie sur le droit privé »<sup>1119</sup> peut être décelée : les notions économiques, telle celle d'entreprise, aboutissent à une évolution de ce dernier, de manière à ce que le droit dit économique puisse donner « forme juridique à l'ordre qui se dégage des faits économiques sous-jacents »<sup>1120</sup>. En effet, concept plus que notion, l'entreprise est appréhendée de manière particulière en droit civil. Elle n'est, au premier abord, qu'un simple élément patrimonial, puisqu'elle dicte d'être toujours comprise dans le patrimoine d'une personne dotée de la personnalité juridique, à défaut de s'en voir accorder une. Elle ne peut, comme les autres biens, devenir une *res nullius*, sûrement est-ce parce qu'elle n'est pas une chose susceptible de devenir un bien. L'entreprise, spécifiquement appréhendée par le droit civil, est soumise à ses méthodes de définition, par référence à *l'état de l'entreprise* (lui-même subordonné à la définition des différents éléments qu'elle comprend) et à ses méthodes d'évaluation. La dichotomie relative au concept d'entreprise tenant aux deux formes juridiques d'exploitation impliquait un travail de réflexion tant vis-à-vis de l'entreprise individuelle que vis-à-vis de l'entreprise sociétaire, au seul regard des droits sociaux pour cette seconde forme d'exploitation comme il a été justifié<sup>1121</sup>. Les critères de détermination de *l'état de l'entreprise* ont été ciblés et classés. La délimitation de l'entreprise en droit civil repose ainsi sur des critères propres de ventilation des éléments constitutifs et des éléments non constitutifs de son *état*.

Cette approche civiliste de l'entreprise diffère quelque peu de l'approche commercialiste, notamment en ce qui concerne l'entreprise individuelle. Si elle se résume habituellement à la notion de fonds en droit commercial, elle est plus que cela en droit civil. Définie comme l'« ensemble des moyens humains et matériels affectés à l'exploitation d'une activité »<sup>1122</sup>, l'entreprise comprend notamment le local commercial ou professionnel affecté, bien qu'il ne soit pas constitutif du fonds. L'entreprise sociétaire ne se réduit pas aux droits sociaux ; mais seuls ceux-ci étant appréhendés par les techniques civilistes anticipatoires de transmission, les particularités liées à leur évaluation ont été relevées.

L'aspect patrimonial présidait donc à l'étude de l'application des techniques civilistes à l'entreprise. Les spécificités de l'entreprise ne pouvant être ignorées, notamment le fait

---

<sup>1119</sup> René SAVATIER, « Les aspects économiques du droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle », *op. cit.*, p. 116, *in fine*. V. n.b.p. n° 161.

<sup>1120</sup> René SAVATIER, *op. cit.*, p. 116, *in fine*. V. n.b.p. n° 161.

<sup>1121</sup> Cf. §22.

<sup>1122</sup> Gérard CORNU, *op. cit.*, V. n.b.p. n° 135.

qu'elle poursuit l'exploitation d'une activité, cela a permis de comprendre que l'entreprise devait à son tour influencer le droit civil, au gré de l'intégration de ce concept dans les textes civilistes. Contrariant parfois les principes fondateurs du droit des libéralités-partages, notamment lorsque le patrimoine du disposant comprend une entreprise, ce dernier peut appeler à l'acte de famille un tiers, qui en était jusque là banni, pour l'en gratifier. Corrélativement à cette intégration du concept d'entreprise, il convient d'observer que la législation civiliste s'est progressivement assouplie pour en faciliter la transmission. Pour tenir compte des spécificités de l'entreprise et s'y adapter, le droit civil a connu une extension de son champ d'application. Singulièrement appréhendée en droit civil, l'entreprise n'est plus seulement régie par le droit de l'entreprise. Palliatif aux lacunes du droit des affaires, dans les situations qu'il ne saurait gérer, le droit civil permet la transmission de l'entreprise et s'y ajuste lentement. Les changements ne sont pas aisés et les articulations prennent du temps, mais sur la durée, ils sont constatés. Mais comme le rappelle Monsieur BLOCH-LAINÉ, « l'important (...) n'est pas tant de vouloir que les choses changent, que de faire en sorte qu'elles changent harmonieusement, c'est-à-dire qu'il se produise le moins possible de distorsions, de contradictions, de décalages entre les divers changements qui se produisent, par la force des choses, mais à des vitesses inégales, dans des conditions chaotiques, voire dans des sens différents »<sup>1123</sup>.

C'est précisément ce qu'opère le concept d'anticipation. Concourant à l'harmonisation du droit de l'entreprise et du droit de la famille, les choses évoluent lentement pour que le second serve les intérêts du premier et, par réciprocité, que le premier serve les intérêts du second. Selon Monsieur LÉCUYER, « les deux droits que l'on doit concilier semblent tirer dans le même sens, poursuivre les mêmes fins », à savoir l'intérêt de la famille, puisque l'intérêt de l'entreprise sert aussi l'intérêt de la famille<sup>1124</sup>. Madame KARM partage cet avis, lorsqu'à propos de l'entreprise conjugale, elle précise qu'il est indispensable que « l'intérêt de l'entreprise puisse être compris dans l'intérêt de la famille »<sup>1125</sup>. Cependant la spécificité de l'entreprise implique que, quelle que soit la technique envisagée, la seconde doit s'adapter à la première. Ainsi, le droit se plie-t-il aux exigences de l'entreprise. Elle est une force qui l'irradie et dont il ne peut efficacement se protéger. Même ses remparts les plus solides

---

<sup>1123</sup> François BLOCH-LAINÉ, « L'entreprise dans les mutations de l'économie, position du problème », *Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise – Études à la mémoire du Doyen Pierre AZARD*, Éd. Cujas, 1980, p. 27.

<sup>1124</sup> Hervé LÉCUYER, « Entreprise et famille », *op. cit.*, V. n.b.p. n° 130.

<sup>1125</sup> Anne KARM, *L'entreprise conjugale*, th. Paris 2 – 1999, Defrénois, 2004, p. 104, §162.

s'écroulent pour frayer un chemin à l'entreprise et à sa manifestation dans l'espace juridique que crée le droit.

Mais l'étude de l'anticipation de la transmission des entreprises ne pouvait être limitée à l'aspect patrimonial dont nous venons de donner les résultats. En effet, l'entreprise n'a lieu d'exister, que parce qu'elle poursuit l'exploitation d'une activité.

**453. L'activité de l'entreprise transmise, spécifiquement gérée par les techniques civilistes.** Il fallait donc ensuite s'intéresser aux techniques civilistes permettant de gérer l'activité de l'entreprise en transmission, qui sont, elles aussi, empreintes d'anticipation : elles permettent d'organiser à l'avance les modalités de gestion de l'activité de l'entreprise à transmettre. Là encore, les techniques civilistes ne déçoivent pas car, même si certains freins ont été relevés, notamment les interrogations relatives à la légitimité de l'intervention du mandataire posthume affecté à la gestion de droits sociaux dans les assemblées, elles dévoilent de bonnes prédispositions quant à la gestion de l'entreprise. Plus ou moins adaptées, leur mise en adéquation reste possible. Techniques contractuelles par essence - qu'il s'agisse de la convention emportant la constitution d'un usufruit, du mandat à effet posthume ou de la fiducie préconisée - elles assurent la gestion de l'activité selon des modalités diversifiées permettant d'adapter la technique à l'entreprise à transmettre et aux parties intervenant à l'opération de transmission. Il en résulte que certaines techniques civilistes anticipatoires offrent l'opportunité de trouver un gestionnaire temporaire pour l'entreprise en transmission, gestionnaire qui, par les pouvoirs qui lui sont conférés, pourra assurer la poursuite de l'exploitation de l'activité de l'entreprise individuelle ou participer à la gestion indirecte de l'entreprise sociétaire en usant des prérogatives attachées aux droits sociaux. Surtout, leur étude a permis de démontrer qu'elles sont dotées d'une grande flexibilité, privilégiant la dissociation dans le temps de la transmission de la propriété de l'entreprise et de la gestion de son activité. Par ailleurs, les techniques se complètent, en présentant la possibilité de différer la transmission de l'activité par rapport à la transmission de la propriété ou, au contraire, de l'anticiper. L'anticipation qui en résulte concerne en conséquence tantôt la transmission de la propriété des supports d'exploitation de l'entreprise, tantôt celle de la gestion de son activité. Véritables outils de stratégie transmissive, les techniques civilistes offrent les moyens d'opérer la transmission de l'entreprise dans les meilleures conditions qui soient, pour les personnes comme pour l'entreprise. En effet, quant à cette dernière, les techniques de gestion sont élaborées de telle manière qu'elles assurent la poursuite de son activité. Les obligations des parties, spécialement celles de l'usufruitier et du nu-propiétaire de droits sociaux ou

d'une entreprise individuelle, les invitent à agir dans une communauté d'intérêt : celle du maintien des moyens de production et de la poursuite de l'activité. Concernant les personnes ensuite, ces techniques sont adaptées aux situations de crise ; elles permettent en particulier de gérer l'indisponibilité temporaire ou définitive du prédécesseur et même l'indisponibilité temporaire du repreneur, tout en assurant le passage de relais, parfois au moyen de l'intervention d'un tiers-intermédiaire qui exploitera l'entreprise pendant quelque temps. Ces techniques ont ainsi permis de préciser le concept d'entreprise.

**454. Le concept d'entreprise, précisé.** En effet, l'analyse de l'entreprise à travers le prisme du droit civil aura permis de préciser le concept qui pourrait être ainsi défini :

*L'entreprise est, indépendamment de sa structure d'exploitation, qu'elle soit individuelle ou sociale, l'affectation comptable (entreprise individuelle en nom propre) ou juridique (entreprise individuelle à patrimoine affecté ou entreprise sociétaire) d'un fonds et d'autres moyens matériels (immeubles ou autres) et/ou humains, réalisée en vue de la poursuite d'une activité créatrice de richesses.*

*Elle est caractérisée par un intérêt distinct de celui de l'homme ou des hommes qui la dirige(nt). La gestion de son activité peut être dissociée de la propriété de ses supports d'exploitation, la première pouvant être confiée à une ou plusieurs autres personnes : soit à des mandataires sociaux dans le cadre de l'entreprise sociétaire, soit à un exploitant n'ayant pas la qualité d'entrepreneur dans le cadre de l'entreprise individuelle, c'est-à-dire à un tiers gestionnaire.*

Cette proposition est le résultat de cette étude dont l'un des enjeux était de préciser le concept d'entreprise. Elle permet d'en distinguer les différentes facettes. L'entreprise est à la fois *avoir* et *pouvoir*. Les *avoirs* subissent une dichotomie, puisqu'ils sont non seulement les bénéfices générés et redistribués mais aussi et surtout les supports d'exploitation de l'activité de l'entreprise, supports qui appartiennent à des personnes physiques *in fine*, soit directement à l'entrepreneur individuel (en nom propre ou à responsabilité limitée), soit aux associés de sociétés (par le biais de la détention des droits sociaux). Ces *avoirs* sont ceux qui avaient induit l'appréhension de l'entreprise par le droit civil en tant qu'unité patrimoniale. En effet, le droit des successions a eu à gérer la dévolution du patrimoine des personnes comprenant des droits sociaux ou les supports d'exploitation de l'activité de leur entreprise. Cet aspect de l'entreprise a permis au droit civil d'amorcer l'intégration du concept. C'est la raison pour laquelle les techniques civilistes de transmission n'ont appréhendé, au premier abord, que l'unité patrimoniale qu'est l'entreprise. Cependant, sa spécificité ressortant de la poursuite

d'une activité ne pouvait trop longtemps être écartée. Ainsi, progressivement, le droit civil a dû appréhender cette seconde facette de l'entreprise. La poursuite de l'activité se révèle être l'enjeu de *pouvoirs*, qui sont désormais régulés par le droit civil. Sensibilisé par le législateur aux enjeux de la transmission des entreprises, le droit civil a vu s'élaborer en son sein de nouvelles techniques de gestion de leur activité. Fort de l'intégration parallèle du concept d'anticipation lié au besoin d'organiser par avance le déroulement des successions, le droit civil s'est vu doté de techniques permettant de dissocier la gestion de cette activité du capital qui la supporte. L'anticipation s'est alors développée au sein des techniques civilistes afin d'optimiser la gestion de l'entreprise en transmission, admettant d'en différer ou d'en avancer le transfert au profit du repreneur par rapport à la transmission de sa propriété, quitte à recourir à un intermédiaire de gestion. Cette appréhension de l'activité de l'entreprise a ainsi permis d'en privilégier la poursuite de son exploitation, aux fins de protection de l'intérêt de l'entreprise, guidé par l'intérêt général caractérisé par la conservation des richesses et des emplois. Animé par cet objectif, le droit civil a contribué à l'essor du concept d'*intérêt de l'entreprise*, ce qui en facilitait d'autant la réalisation. Ressortant de l'intérêt général, l'intérêt de l'entreprise supprime parfois celui de l'homme qui l'a créée. L'entreprise est ainsi devenue une entité qu'il convient de préserver. Les techniques civilistes, du fait des avantages qu'elles présentent, suffisent pour opérer le transfert du titre de propriété et de l'activité et ce, par anticipation.

**455. L'anticipation, du concept à la notion.** Et c'était clairement le second enjeu de cette étude que d'arriver à cerner le phénomène d'anticipation, en vue de préciser le concept ou d'élaborer une notion. Nous avons pu démontrer que ce phénomène se présentait sous deux aspects : l'aspect précédemment nommé « constaté »<sup>1126</sup>, analysé au travers de l'étude menée dans la première partie, et l'aspect que nous dénommons « expectatif »<sup>1127</sup>, illustré dans la seconde partie. L'anticipation présente une dichotomie certaine puisque, si un évènement peut « être anticipé » (aspect constaté), dans le sens où il s'est produit par avance, il peut aussi « avoir été anticipé » (aspect expectatif), dans le sens où sa réalisation a été prévue à l'avance et aménagée. Si l'anticipation permet d'avancer dans le temps la réalisation de certaines opérations juridiques, elle contribue aussi à l'organisation de leur déroulement futur. C'est ainsi que la « transmission anticipée » a été opposée à l'« anticipation de la transmission ». L'anticipation, en tant que notion ou concept, ne produit pas par elle-même des effets ; elle

---

<sup>1126</sup> Cf. §10.

<sup>1127</sup> Cf. §10.

caractérise seulement certaines techniques pouvant être mises en œuvre. L'anticipation ressort de la prévision, de l'organisation, de la stratégie. Il a été relevé que l'anticipation permet incontestablement de sécuriser l'évolution de la situation juridique des personnes et de l'entreprise attirées dans l'opération de transmission. Il reste encore à cerner la définition précise et exacte de l'anticipation pour que le concept devienne une notion. Nous savons tout de même qu'elle permet de se projeter, par la pensée, sur l'échelle du temps. C'est bien là l'objet de l'anticipation : les montages transmissifs doivent être pensés, évalués et choisis. Or, le « choix » est, selon BERGSON, synonyme de « conscience (qui) signifie mémoire et anticipation »<sup>1128</sup>. L'anticipation est donc affaire de conscience dont la première fonction est « de retenir ce qui n'est déjà plus, (et d') anticiper sur ce qui n'est pas encore »<sup>1129</sup>. L'*avenir*, objet de l'anticipation, fascine par les possibilités qu'il offre à celui qui l'envisage. Si ce dernier est un chef d'entreprise, il détient désormais les moyens de lui offrir l'avenir qu'il entend lui donner.

---

<sup>1128</sup> Henri BERGSON, *Conscience et imprévisibilité*, In *L'énergie spirituelle – essais et conférences*, PUF, 1946, p. 22.

<sup>1129</sup> Henri BERGSON, *op. cit.*, p. 17.



# BIBLIOGRAPHIE

## TRAITÉS, ENCYCLOPÉDIES

**AZARIAN Hélène**, « Fonds artisanal – Statut juridique de l’entreprise artisanale et de l’artisan », *J.-Cl. Entr. Individ.*, Fasc. 1205.

**BEIGNIER Bernard, CABRILLAC Rémy et LÉCUYER Hervé**, *Lamy droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités : couples mariés et concubins, gestion et transmission de biens, fiscalité, contentieux*, Lamy, 2003.

**BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie**, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques GHESTIN – Les biens*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010.

**BERTREL Jean-Pierre et BERTREL Marina**, « Droit des sociétés », *Lamy Droit de l’entreprise 2012/2013*, Lamy, 16<sup>ème</sup> éd., 2012, p. 181.

**BESNARD GOUDET Raphaëlle**, « Clauses statutaires d’agrément, de préemption et d’exclusion dans les cessions d’actions », *J.-Cl. Soc.*, Fasc. 1792.

**BONNET Vincent**, « Fonds de commerce », *J.-Cl. Entr. Individ.*, Fasc. 1085.

**BOUGNOUX Anne**, « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) », *J.-Cl. Soc. Traité*, Fasc. 4 ; « Société civile – Associés », *J.-Cl. Soc. Traité*, Fasc. 48-60 ; « Société civile – Parts sociales », *J.-Cl. Soc. Traité*, Fasc. 48-70 ; « Sociétés en nom collectif – Parts sociales – Cession entre vifs », *J.-Cl. Soc. Traité*, Fasc. 59-20.

**CATALA Pierre**, « Successions – Droits du conjoint successible », *J.-Cl. Dr. civ.*, Fasc. 10, Art. 756 à 767.

**CHABOT Gérard**, « Fonds libéral – Nature juridique », *J.-Cl. Entr. Individ.*, Fasc. 1210.

**DEMOLOMBE Charles**, *Cours de Code Napoléon. IX – Traité de la distinction des biens*, t. 1, éd. Auguste Durand et L. Hachette et Cie, 1861 ; *Cours de Code Napoléon. X – Traité de la distinction*

*des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. 1<sup>er</sup> et 2<sup>nd</sup>, éd. Auguste Durand et L. Hachette et Cie, 1861 ; *Cours de Code Napoléon. XVI – Traité des successions*, t. 4, éd. Auguste Durand et L. Hachette et Cie, 1859.

**DISSAUX Nicolas**, « Fonds de commerce - Généralités », *J.-Cl. Com.*, Fasc. 201 ; « Fonds de commerce – Cession. Formation », *J.-Cl. Com.*, Fasc. 202 ; « Fonds de commerce – Cession. Effets », *J.-Cl. Com.*, Fasc. 203.

**DUBUISSON Étienne**, « Entreprise – Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) – Constitution et modification du patrimoine affecté », *J.-Cl. Entr. Individ.*, Fasc. 952-1 ; « Entreprise – Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) – Renonciation à l'affectation – Transmission du patrimoine affecté », *J.-Cl. Entr. Individ.*, Fasc. 952-2.

**DUPIN André-Marie-Jean-Jacques, POTHIER Robert Joseph** (Œuvres de), *Œuvres de Pothier : contenant les traités du droit français*, T.11, n. éd., par André-Marie-Jean-Jacques DUPIN, Paris – C. Bechet Ainé Libraire et F.-M. Maurice, 1925.

**FASQUELLE Daniel et FASQUELLE-LÉONETTI Marie-Alice**, « Introduction au droit et au droit commercial », *Lamy Droit de l'entreprise 2012/2013*, Lamy, 16<sup>ème</sup> éd., 2012.

**FASQUELLE Daniel, FASQUELLE-LEONETTI Marie-Alice et BERTEL Jean-Pierre**, *Droit de l'entreprise 2012/2013*, Lamy, 16<sup>ème</sup> éd., 2013.

**GERMAIN Michel**, *Traité de droit commercial – G. RIPERT / R. ROBLOT*, t. 1, vol. 2, LGDJ, 18<sup>ème</sup> éd., 2002.

**GERMAIN Michel et MAGNIER Véronique**, *Traité de droit des affaires – Les sociétés commerciales*, t. 2, LGDJ, 20<sup>ème</sup> éd., 2011.

**GERMAIN Michel et PÉRIN Pierre-Louis et BOUGNOUX Anne**, « Sociétés par actions simplifiées – Organisation des rapports entre associés – Clauses statutaires relatives à la cession d'actions », *J.-Cl. Soc.*, Fasc. 155-30.

**GHESTIN Jacques et GOUBEAUX Gilles**, *Introduction générale – Traité de droit civil*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 1994.

**GIBIRILA Deen**, « Société – Constitution de la société : Contrat de société », *J.-Cl. Com.*, Fasc. 1000 ; « Société – Constitution de la société : Apports », *J.-Cl. Com.*, Fasc. 1005 ; « Dirigeants sociaux – Désignation. Exercice et cessation des fonctions », *J.-Cl. Com.*, Fasc. 1050 ; « SARL – Parts sociales – Cession. Transmission », *J.-Cl. Com.*, Fasc. 1238 ;

**GUYON Yves**, *Les sociétés : Aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 1997.

**HUET Jérôme, DECOCQ Georges, GRIMALDI Cyril, LÉCUYER Hervé**, avec la collaboration de **MOREL-MAROGER Juliette**, *Les principaux contrats spéciaux – Traité de droit civil sous la direction de Jacques GHESTIN*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 2012.

**JUGLART Michel de et IPPOLITO Benjamin**, *Traité de droit commercial – Théorie générale du droit des affaires*, Montchrestien, 4<sup>ème</sup> éd., 1988.

**LAGRANGE Florence**, « Les actions – Droits et obligations attachés à l'action », *J.-Cl. Soc.*, Fasc. 1790.

**LEBEL Christine**, « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) », *J.-Cl. Com.*, Fasc. 80

**LEGEAIS Dominique**, « SARL – Gérants – Statut, pouvoirs et responsabilité », *J.-Cl. Com.*, Fasc. 1219.

**MANSUY Francine**, « Assemblées d'actionnaires – Règles communes à toutes les assemblées – Participation de l'actionnaire à l'assemblée », *J.-Cl. Soc. Traité*, Fasc. 136-20 ; « Assemblées d'actionnaires – Assemblées générales ordinaires – Tenue et pouvoirs », *J.-Cl. Soc. Traité*, Fasc. 136-40.

**MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François**, *Leçons de Droit civil – Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, t. 2, Montchrestien, 8<sup>ème</sup> éd., 1994.

**MAZEAUD-LEVENEUR Sabine**, « Successions. Effets du partage. Effet déclaratif : fondement et domaine d'application », *J.-Cl. Civ. Code*, Fasc. 10, Art. 883 ; « Successions. Effets du partage. Effet déclaratif : conséquences », *J.-Cl. Civ. Code*, Fasc. 20, Art. 883.

**MESTRE Jacques et VELARDOCCHIO Dominique**, *Lamy Sociétés Commerciales*, éd. 2013, 2013.

**MOULIN Jean-Marc**, « Sociétés anonymes – Droits des actionnaires », *J.-Cl. Com.*, Fasc. 1484.

**NICOD Marc**, « Libéralités graduelles – Notion. Domaine. Formation », *J.-Cl. Civ. Code*, Fasc. 10, Art. 1048 à 1056 ; « Libéralités graduelles – Effets. Pouvoirs. Dénouement », *J.-Cl. Civ. Code*, Fasc. 20, Art. 1048 à 1056 ; « Libéralités résiduelles – Notion. Formation. Effets », *J.-Cl. Civ. Code*, Fasc. 10, Art. 1057 à 1061.

**PETERKA Nathalie**, « Successions – Rapport des libéralités. Généralités et domaine d'application », *J.-Cl. Civ. Code*, Fasc. 20, Art. 843 à 857 ; « Successions », *J.-Cl. Civ. Code*, Fasc. Unique, Art. 858 à 863.

**POTHIER Robert Joseph** (Œuvres de), *Œuvres de Pothier : contenant les traités du droit français*, T.11, nouv. éd., par André-Marie-Jean-Jacques DUPIN, Paris – C. Bechet Ainé Libraire et F.-M. Maurice, 1925.

**PROUDHON Jean-Baptiste-Victor**, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation, et de superficie*, éd. V. Lagier, 1824.

**SABIRAU-PEREZ Marie-Agnès**, « Cession amiable du fonds de commerce, Le consentement et ses vices », *J.-Cl. Entr. Indiv.*, Fasc. 1920.

**STORCK Michel**, « Société à responsabilité limitée – Constitution – Associés. Capital social et parts sociales », *J.-Cl. Soc. Traité*, Fasc. 72-10 ; « Société à responsabilité limitée – Parts sociales – Cession. Transmission. Nantissement », *J.-Cl. Soc. Traité*, Fasc. 73-20.

**VINCKEL François**, « Actions en justice dans l'intérêt de la société anonyme – Exercice », *J.-Cl. Com.*, Fasc. 1523.

**VINEY Geneviève**, *Traité de droit civil – Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 2008.

**VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrice**, *Traité de droit civil – Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2011.

**VOGEL Louis et GERMAIN Michel**, *Du droit commercial au droit économique – Traité de droit des affaires G. RIPPERT / R. ROBLOT*, t. 1, LGDJ, 19<sup>ème</sup> éd., 2010.

**WICKER Guillaume**, « Successions - Le mandat à effet posthume », *J.-Cl. Civ. Code*, Fasc. 70, Art. 812 à 812-7.

**WITZ Clause**, « Fiducie – Introduction et constitution », *J.-Cl. Civ. Code*, Fasc. 10, Art. 2011 à 2030 ; « Fiducie – Effets et extinction », *J.-Cl. Civ. Code*, Fasc. 20, Art. 2011 à 2030.

## ***MANUELS, OUVRAGES GÉNÉRAUX***

---

**ANTONMATTEI Paul-Henri et RAYNARD Jacques**, *Droit civil – Contrats spéciaux*, Litec, 7<sup>ème</sup> éd., 2013.

**ATIAS Christian**, *Droit civil – Les biens*, Litec, 11<sup>ème</sup> éd., 2011.

**BAUDRY-LACANTINERIE Gabriel et WAHL Albert**, *Traité de droit civil – Des successions*, t. 3, L. Larose et L. Tenin, 3<sup>ème</sup> éd., 1905.

**BEIGNIER Bernard**, *Libéralités et successions*, Coll. Cours, Montchrestien, 2012.

**BÉNABENT Alain**, *Droit civil – Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 9<sup>ème</sup> éd., 2011.

**BLAISE Jean-Bernard**, *Droit des affaires – Commerçants, concurrence, distribution*, LGDJ, 6<sup>ème</sup> éd., 2011.

**BRAUD Alexandre**, *Droit commercial*, Gualino, 4<sup>ème</sup> éd., 2012.

**BONNARD Jérôme**, *Droit des sociétés*, Hachette Supérieur, 10<sup>ème</sup> éd., 2013.

**BUFFELAN-LANORE Yvaine**, *Droit civil – Première année*, 14<sup>ème</sup> éd., Armand Colin, 2005 ; *Droit civil – Deuxième année*, Armand Colin, 8<sup>ème</sup> éd., 2002.

**BUFFELAN-LANORE Yvaine**, et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil : Les obligations*, Dalloz, 13<sup>ème</sup> éd., 2012.

**CABRILLAC Michel, MOULY Christian, CABRILLAC Séverine et PÉTEL Philippe**, *Droit des sûretés*, Litec, 9<sup>ème</sup> éd., 2010.

**CABRILLAC Rémy**, *Droit des obligations*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2012.

**CARBONNIER Jean**, *Droit civil – Les Biens*, t. 3, PUF, 19<sup>ème</sup> éd., 2000.

**CHAPUS René**, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., Domat, 2001.

**CHEYNET DE BEAUPRE Aline**, *Droit des biens*, Vuibert, 2011.

**CONSTANTIN Alexis**, *Droit des sociétés*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2012.

**CORNU Gérard**, *Droit civil – Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 13<sup>ème</sup> éd., 2007.

**COZIAN Maurice**, *Précis de fiscalité des entreprises*, Litec, 29<sup>ème</sup> éd., 2005.

**COZIAN Maurice et DEBOISSY Florence**, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 36<sup>ème</sup> éd., 2012.

**COZIAN Maurice, VIANDIER Alain et DEBOISSY Florence**, *Droit des sociétés*, Litec, 26<sup>ème</sup> éd., 2013.

**DECOCQ Georges et BALLOT-LENA Aurélie**, *Droit commercial*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2011.

**DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise et BLARY-CLÉMENT Édith**, *Droit commercial – Actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence*, Montchrestien, 10<sup>ème</sup> éd., 2010.

**DELEBECQUE Philippe et PANSIER Frédéric-Jérôme**, *Droit des obligations – Contrats et quasi-contrats*, Litec, 6<sup>ème</sup> éd., 2013.

**DELPECH Xavier**, *Fonds de commerce 2011-2012*, Delmas, 18<sup>ème</sup> éd., 2011.

**DENIZOT Christophe et REYGROBELLET Arnaud**, *Fonds de commerce 2012-2013*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2011.

**DIDIER Paul**, *Droit commercial – L'entreprise en société*, t. 2, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 1999.

**DIDIER Paul et DIDER Philippe**, *Droit commercial – Les sociétés commerciales*, t. 2, Economica, 2011.

**DONDERO Bruno**, *Droit des sociétés*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., Hypercours, 2011.

**DROSS William**, *Droit civil – Les choses*, LGDJ, 2012.

**FABRE-MAGNAN Muriel**, *Droit des obligations- Responsabilité civile et quasi-contrats*, t. 2, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., Éd. Thémis, 2013 ; *Droit des obligations- Contrat et engagement unilatéral*, t. 1, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2012.

**FAGES Bertrand**, *Droit des obligations*, 4<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2013.

**FERRÉ-ANDRÉ Sylvie**, *Droit civil, successions, libéralités*, Dalloz, 2012.

**GIBIRILA Deen**, *Droit des sociétés*, Ellipse, 4<sup>ème</sup> éd., 2012.

**GIRON Patrice**, *Droit commercial*, Foucher, 6<sup>ème</sup> éd., 2011.

**GRIMALDI Michel**, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz, 2011 ; *Droit civil – Successions*, Litec, 6<sup>ème</sup> éd., 2001.

**GUÉVEL Didier**, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., Coll. Systèmes Droit, 2010.

**GUYON Yves**, *Droit des affaires – Droit commercial général et sociétés*, t. 1, Economica, 12<sup>ème</sup> éd., 2003.

**HOUTCIEFF Dimitri**, *Droit commercial : actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, instruments de paiement et de crédit*, Sirey, 3<sup>ème</sup> éd., 2011.

**JOSSERAND Louis**, *Cours de droit civil positif français – Tome 1 – Théorie générale du droit et des droits, les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réels principaux*, Sirey, 3<sup>ème</sup> éd., 1938.

**JULIEN Jérôme**, *Droit des obligations*, Larcier, 2012.

**JUBAULT Christian**, *Droit civil – Les successions, Les libéralités*, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., Domat, 2010.

**JUGLART Michel de et PIEDELIÈVRE Alain**, *Cours de droit civil – Régimes matrimoniaux*,

*successions, libéralités*, t. 2, Monchrestien, 6<sup>ème</sup> éd., 1993.

**JULIENNE Frédérique**, *Successions et libéralités*, Bréal, 2<sup>ème</sup> éd., Lexifac. Droit, 2012.

**KESSLER Francis et POLITIS Irène**, *Droit commercial : introduction générale : droit des sociétés*, Ellipses, 2012.

**LARROUMET Christian**, *Droit civil – Les biens – Droits réels principaux*, t. 2, Economica, 5<sup>ème</sup> éd., 2006.

**LE BALLE Robert**, *Cours de droit civil, Licence 3ème année*, Les Cours de droit, 1965.

**LE CANNU Paul et DONDERO Bruno**, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 4<sup>ème</sup> éd., Domat, 2011.

**LECOCQ Pascale**, *Manuel de droit des biens – Biens et propriété*, t. 1, Larcier, 2012.

**LECOURT Arnaud**, *Droit des obligations*, Ellipses, 3<sup>ème</sup> éd., 2012.

**LE GALL Jean-Pierre et LE GALL-ROBINSON Claire**, *Droit des sociétés, Volume II – Aspects particuliers : Groupes de sociétés, salariés, valeurs mobilières et marchés financiers*, Dalloz, Mémentos, 2004.

**LE GALL Jean-Pierre et RUELLAN Caroline**, *Droit commercial : notions générales*, Dalloz, 15<sup>ème</sup> éd., Mémentos, 2011.

**LEGEAIS Dominique**, *Droit commercial et des affaires*, Armand Colin, 20<sup>ème</sup> éd., 2012.

**LEROYER Anne-Marie**, *Droit des successions*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Cours, 2010.

**LE TOURNEAU Philippe, FISCHER Jérôme et TRICOIRE Emmanuel**, *Principaux contrats civils et commerciaux*, Ellipses, 2005.

**LEVENEUR Laurent et LEVENEUR Sabine**, *Successions – Libéralités*, Montchrestien, 5<sup>ème</sup> éd., 1999.

**LEVILLAIN Nathalie et FOGÉARD Marie-Cécile**, *Liquidations des successions*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2013.

**LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André**, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., Précis Dalloz, 2010.

**LUCET Frédéric et VAREILLE Bernard**, *Droit civil : régimes matrimoniaux, libéralités, successions*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., Mémentos, 2001.

**MAGNIER Véronique**, *Droit des sociétés*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., Cours, 2011.

**MAINGUY Daniel**, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., Coll. Cours, 2012.

**MALAUURIE Philippe**, *Les successions – Les libéralités*, Defrénois, 5<sup>ème</sup> éd., 2012.

**MALAUURIE Philippe et AYNÈS Laurent**, *Les biens*, Defrénois, 5<sup>ème</sup> éd., 2013 ; *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, 3<sup>ème</sup> éd., 2010.

**MALAUURIE Philippe, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre-Yves**, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 6<sup>ème</sup> éd., 2012.

**MALAUURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe**, *Les obligations*, Defrénois, 5<sup>ème</sup> éd., 2011.

**MALINVAUD Philippe et LASZLO-FENOUILLET Dominique**, *Droit des obligations*,

Lexisnexis, 12<sup>ème</sup> éd., Manuels, 2012.

**MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre**, *Droit civil : les successions et les libéralités*, t. 4, vol. 2, Sirey, 1983.

**MATHIEU-IZORCHE Marie-Laure**, *Droit Civil- Les biens*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 2013.

**MAURY Jean**, *Successions et libéralités*, Litec, 8<sup>ème</sup> éd., Coll. Objectif Droit Cours, 2012.

**MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, LEVENEUR Laurent et LEVENEUR Sabine**, *Leçons de droit civil – Successions – Libéralités*, t. 4, vol. 2, Montchrestien, 5<sup>ème</sup> éd., 1999.

**MÉMÉTEAU Gérard**, *Droit des biens*, Larcier, 6<sup>ème</sup> éd., 2013.

**MENJUCQ Michel**, *Droit commercial et des affaires : le commerçant, les actes de commerce, le fonds de commerce, le bail commercial, les contrats commerciaux*, Gualino, 7<sup>ème</sup> éd., Mémentos, 2011.

**MERLE Philippe**, *Droit commercial : sociétés commerciales*, avec la collaboration d'Anne FAUCHON, Dalloz, 16<sup>ème</sup> éd., Précis Dalloz, 2012.

**MESTRE Jacques, PANCRAZI-TIAN Marie-Ève, ARNAUD-GROSSI Isabelle, MERLAND Laure et TAGLIARINO-VIGNAL Nancy**, *Droit commercial – Droit interne et aspects de droit international*, LGDJ, 29<sup>ème</sup> éd., 2012.

**MONSÉRIÈ-BON Marie-Hélène et GROSCLAUDE Laurent**, *Droit des sociétés et des groupements*, Montchrestien, Coll. Cours, 2<sup>ème</sup> éd., 2013.

**MOUSSERON Pierre**, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2005.

**MOUSSERON Pierre et CHATAIN-AUTAJON Lise**, *Droit des sociétés*, Joly, 2011.

**OHL Daniel**, *Droit des sociétés cotées*, Litec, 3<sup>ème</sup> éd., 2008.

**PATAULT Anne-Marie**, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989.

**PEDAMON Michel et KENFACK Hugues**, *Droit commercial – Commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce*, 3<sup>ème</sup> éd. Dalloz, 2011.

**PETIT Bruno**, *Droit commercial*, Lexisnexis, 5<sup>ème</sup> éd., Objectif Droit Cours, 2012 ; *Droit des sociétés*, Litec, 5<sup>ème</sup> éd., Objectif Cours Droit, 2010.

**POUMARÈDE Matthieu**, *Droit des Obligations*, Montchrestien, éd. 2012, Coll. Cours, 2012.

**PORCHY-SIMON Stéphanie**, *Droit civil 2<sup>e</sup> année – Les obligations*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., Hyper Cours, 2012.

**REBOUL-MAUPIN Nadège**, *Droit des biens*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., Hypercours, 2012.

**REINHARD Yves, PIERRE Sylvie, et NOURISSAT Cyril**, *Droit commercial : actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, LexisNexis, 8<sup>ème</sup> éd., 2012.

**RENAULT-BRAHINSKY Corinne**, *L'essentiel du droit des successions*, Gualino, 6<sup>ème</sup> éd., 2011 ; *Droit des régimes matrimoniaux et des successions*, Gualino, 2011.

**SCHILLER Sophie**, *Droit des biens*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., Cours, 2011.

**STRICKLER Yves**, *Les biens*, PUF, Éd. Thémis, 2006.

**SÉRIAUX Alain**, *Successions et libéralités*, Ellipses, 2012 ; *Manuel de droit des successions et*

*libéralités*, PUF, 2003.

**SERLOOTEN Patrick**, *Droit fiscal des affaires*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2012.

**TAITHE Christian**, *Successions : Dévolution, Indivision, Partage, Fiscalité*, Delmas, 20<sup>ème</sup> éd., 2004.

**TERRÉ François**, *Droit civil – Les biens*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., Précis, 2010.

**TERRÉ François et LEQUETTE Yves**, *Droit civil – Les successions, les libéralités*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 1997.

**TERRÉ François et SIMLER Philippe**, *Droit civil – Les biens*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., Précis, 2010.

**TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves**, *Droit civil – Les Obligations*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2009.

**VIDAL Dominique**, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7<sup>ème</sup> éd., 2010.

**VOIRIN Pierre et GOUBEUX Gilles**, *Droit civil – Régimes matrimoniaux, successions, libéralités*, t. 2, LGDJ, 27<sup>ème</sup> éd., 2012.

**ZÉNATI Frédéric**, *Les Biens*, PUF, 1988.

**ZÉNATI-CASTAING Frédéric et REVET Thierry**, *Les Biens*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2008.

## ***OUVRAGES SPÉCIAUX***

---

### **Ouvrages Juridiques**

**AMANN Bruno**, *Cessions et acquisition d'entreprises, techniques actuelles*, Vuibert, 1992.

**d'ANDIGNÉ-MORAND Anne**, *Baux commerciaux, industriels et artisanaux*, Delmas, 16<sup>ème</sup> éd., 2012.

**ANTONMATTEI Paul-Henri, DERUE André, FABRE Dominique, JOURDAN Dominique, MORAND Michel, VACHET Gérard, et VERKINDT Pierre-Yves**, *L'unité économique et sociale – Un périmètre social de l'entreprise* », Lamy, Coll. Axe Droit, 2011.

**AULAGNIER Jean**, *Usufruit et nue-propriété dans la gestion de patrimoine*, Maxima, 2<sup>ème</sup> éd., 2001.

**BALLAND Jérôme**, *L'usufruit – un outil méconnu de gestion et de transmission de patrimoine des particuliers*, Maxima, 2008.

**BELMONT M. et DESCHANELS T.**, *Assurance-vie et transmission du patrimoine*, L'argus de l'assurance, 2001.

**BERGER Pierre et LATXAGUE Jean-Albert**, *La transmission des entreprises – La réponse des praticiens*, Fidal éditions, 1990.

**BONNARD Jérôme**, *La transmission de la PME - Aspects juridiques et fiscaux*, Hachette Livre, 2004.

**BOUTIRON Xavier, CASTANET Pierre-Jacques, LÉCUYER Hervé et MARÉCHAL Claude**, *L'entrepreneur et ses patrimoines*, Lextenso, Coll. Les intégrales, n° 6, 2012.

**BRANCALEONI Emmanuel et MASQUELIER Frédéric**, *Transmettre, céder ou reprendre une entreprise*, Delmas, 4<sup>ème</sup> éd., 2005.

**BRENNER Claude**, *Dévolution et répartition successorales dans les partages d'ascendants à la fin du XXème siècle*, Et. P. CATALA, Litec, 2001.

**CAPITANT Henri, TERRÉ François, LEQUETTE Yves**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2007.

**CARBONNIER Jean, CATALA Pierre, de SAINT-AFFRIQUE Jean et MORIN Georges**, *Des Libéralités – Une offre de loi*, Préface de Jean CARRBONNIER, Defrénois, 2003.

**CENDRIER Bernard**, *Cession et transmission d'entreprise*, Nathan, 1993.

**CHAPUT Yves**, *Les transmissions d'entreprises*, Que sais-je ?, PUF, 1993.

**COURET Alain et LABIE François**, *La préparation de la transmission des entreprises moyennes familiales : le recours à la structure holding – Travaux et recherches de l'IAE de Toulouse*, Institut d'administration des entreprises, 1985.

**CRÔNE Richard, FORGEARD Marie-Cécile et GELOT Bertrand**, *Le nouveau droit des successions et des libéralités – Loi du 23 juin 2006, Commentaire et formules*, Préface Philippe MALAURIE, Defrénois, 2007.

**DALMAS Bruno et CORNILLEAU Vincent**, *Pratique du démembrement de propriété*, Préface Bernard TEYSSIE, Litec, 2<sup>ème</sup> éd., 2009.

**DAVIES Carole et MEYER François**, *Guide juridique des successions et donations*, Éditions de Vecchi, 1985.

**DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise et CHOAIN Christine**, *Les enjeux de la transmission entre générations – Du don pesant au dû vindicatif*, Préface de Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ et Conclusion de Laurent LEVENEUR, Presses Universitaires du Septentrion, 2005.

**DELENDIA Jean-François**, *Achat et vente d'entreprises*, Delmas, 1ère éd., 1994.

**DELFOSSÉ Alain**, *Holdings et reprise d'entreprise*, Les éditions d'organisation, 1988.

**DELFOSSÉ Alain et PÉNIGUEL Jean-François**, *La réforme des successions et des libéralités*, Litec, 2006.

**DOM Jean-Philippe**, *Les montages en droit des sociétés*, JOLY, 1998.

**DUBREUCQ Roger et ATOL Clet**, *Guide pratique de la transmission d'entreprise*, Imp. Chirat, 1988.

**ÉLIARD Franck**, en collaboration avec Robert BROCHARD, *Démembrement de propriété : usufruit et quasi-usufruit*, Ellipses, 2008.

**FRANÇOIS Fabrice, de FRONDEVILLE Elvire et MARLANGE Ambroise**, *Dirigeant de société – Statut juridique, social et fiscal*, Delmas, 2<sup>ème</sup> éd., 2009.

**FRANÇOIS Fabrice, MAIGRET Isabelle et MARLANGE Ambroise**, *Dirigeant de société – Statut juridique, social et fiscal*, Delmas, 1<sup>ère</sup> éd., 2003.

**GENTILHOMME Rémy**, *Démembrement de propriété et sociétés*, EFE, 2003.

**GIBIRILA Deen**, *Le dirigeant de société*, Litec, 1995.

**GUÉVEL Didier**, *L'entreprise, bien juridique : Fonds de commerce et notions voisines, opérations sur fonds et sur titres sociaux*, Juris-Associations, 1994.

**HANNOUN Charley et LE BARS Benoît** (sous la direction de), *Le contrôle des entreprises – Évolution et perspectives*, L'Harmattan, 2007.

**KRIEF-SEMITKO Catherine**, *La valeur en droit civil français – Essai sur les biens, la propriété et la possession*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2009.

**KUNTZ Jean-Christophe**, *Démembrer une propriété pour transmettre*, Economica, 2006.

**LEBEL Christine**, *L'entreprise individuelle – Création, Gestion, Dissolution*, Lamy, Coll. Axe Droit, 2011.

**LECOINTRE Gilles**, *La Transmission d'entreprise en pratique*, Gualino, 4<sup>ème</sup> éd., 2007.

**LE COURT Bernard**, *Transmissions et cessions d'entreprises*, Jean Delmas, 2<sup>ème</sup> éd., 1990 ; *Transmission d'entreprise : vente, donation, RES*, Delmas, 1986.

**LEMEUNIER Francis**, *Fonds de commerce, Achat et vente, Exploitation et gérance*, Delmas, 17<sup>ème</sup> éd., 2007.

**LE NABASQUE Hervé, BOUSSIER Francis, RICHEN François**, *La transmission de l'entreprise familiale*, Dalloz, Coll. Réussir en affaires, 1992.

**MONASSIER Bernard**, *Transmission d'entreprise : juridique, fiscal, social, financier*, Francis Lefèbvre, 2<sup>ème</sup> éd., 2003.

**NÉRET Jean-Alexis**, *Guide NÉRET des successions : comment transmettre ses biens, comment recueillir une succession, comment la déclarer*, 3<sup>ème</sup> éd., 1981.

**PAILLUSSEAU Jean, CAUSSIN Jean-Jacques, LAZARSKI Henri et PEYRAMAURE Philippe**, *La cession d'entreprise*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 1999.

**PÉTEL Philippe**, *Le contrat de mandat*, Dalloz, 1994.

**POITRINAL François-Denis**, *La révolution contractuelle du droit des sociétés – Dynamiques et paradoxes*, Revue Banque, 2003.

**REYGROBELLET Arnaud et DENIZOT Christophe**, *Fonds de commerce*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2011.

**REZEK Stéphane**, *Achat et vente de fonds de commerce*, Litec, 5<sup>ème</sup> éd., 2012.

**RICHARD Édouard** (sous la direction de), **DELVILLE Jean-Paul, GUIHEUX Gilles, HERAIL Marc, NOEL Tangi, et NURIT Laure**, *Droit des affaires – Questions actuelles et perspectives historiques*, Presses Universitaires de Rennes, Coll. Didact., 2005.

**RIONDET Étienne et SÉDILLOT Hervé**, *Transmission du patrimoine – Assurance-vie, Société civile, Donation, Testament, Avantages patrimoniaux, Trust, Fiducie, EIRL*, Delmas, 16<sup>ème</sup> éd., 2011.

**TEILLIAIS Georges**, *La réforme des successions et des libéralités*, Edilaix – CPI, 2007.

## Ouvrages de théorie du droit

**BERGEL Jean-Louis**, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2012.

**CARBONNIER Jean**, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10<sup>ème</sup> éd., 2001 ; *Sociologie juridique*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2004.

**DABIN Jean**, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969.

**DU PASQUIER Claude**, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Sirey, 1937.

**HART Herbert Lionel Adolphus**, *Le concept de droit*, traduit de l'anglais par Michel VAN DE KERCHOVE, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2<sup>ème</sup> éd., 2005.

**HEURTIN Jean-Philippe et MOLFESSIS Nicolas**, *La sociologie du droit de Max Weber*, Dalloz, 2006.

**MAGNON Xavier**, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008.

**MILLARD Éric**, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006.

**OST François**, *Le temps du droit*, O. Jacob, 1999.

**ROUBIER Paul**, *Théorie générale du droit – Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Préface David DEROUSSIN, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2005.

**TROPER Michel**, *La philosophie du droit*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 3<sup>ème</sup> éd., 2003.

**SÈVE René**, *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, 2007.

**VILLEY Michel**, *Critique de la pensée juridique moderne – Douze autres essais*, Préface Michel BASTIT, Dalloz, 2009.

**VIRALLY Michel**, *La pensée juridique*, Préface Pierre-Marie DUPUY et Charles LEBEN, Éd. Panthéon Assas, Coll. Les Introuvables, 2010.

## Ouvrages collectifs

*Le dirigeant de société : risques et responsabilités*, Collection sous la direction de François TERRÉ, Ouvrage dirigé par Philippe CONTE, Daniel GUTMANN et Michel GERMAIN, JurisClasseur, Coll. JurisCompact, 2002.

**Dossiers pratiques Francis Lefebvre**, *Maîtrise des risques du dirigeant – Responsabilités civile, pénale et fiscale, Sanctions patrimoniales et extra-patrimoniales*, 2009 ; *La fiducie – Mode d'emploi – Régime juridique, fiscal et comptable, Aspects internationaux*, Francis Lefebvre, 2<sup>ème</sup> éd., 2009 ; *Cumul de mandats sociaux – Cumul d'un mandat social avec un contrat de travail*, 2007.

*La location d'actions et de parts de SARL, La réforme du droit des successions et la transmission des entreprises*, Etudes réunies par Jean-Claude HALLOUIN, Hervé CAUSSE et Joël MONNET, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales – Université de Poitiers, LGDJ, 2008.

*Temps et droits. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?/Time and law. Is it the nature of law to last ?*, sous la direction de François OST et Mark VAN HOECKE, Bibliothèque de l'Académie

européenne de théorie du droit, éd. Bruylant Bruxelles, 1998.

*Le temps et le droit constitutionnel*, sous la direction de François ROBBE, PUAM, 2010

Les dossiers de Droit et Patrimoine, *Famille et patrimoine*, Lamy, 2010.

## **Ouvrages pratiques**

Banque Mondiale 2013, *Doing Business 2013 – Des réglementations intelligentes pour les petites et moyennes entreprises*, Washington : Groupe de la Banque mondiale, DOI : 10.1596/978-0-8213-9675-5, 10<sup>ème</sup> éd., In [www.doingbusiness.org](http://www.doingbusiness.org)

*Les chiffres clés de la création d'entreprise [en 2012]*, Tintabule, Juin 2013, In [www.media.apce.com/file/07/5/chiffres-cles\\_2012.60075.pdf](http://www.media.apce.com/file/07/5/chiffres-cles_2012.60075.pdf)

CEDEF (Centre de Documentation Economie-Finances), « Où trouver les chiffres clés des PME ? », In [www.economie.gouv.fr/cedef/chiffres-cles-des-pme](http://www.economie.gouv.fr/cedef/chiffres-cles-des-pme), Ministère de l'Économie et des Finances 2012

Base FIBEN (le Fichier bancaire d'entreprise de la Banque de France), *La situation des entreprises en 2011 – Dossier statistique 1998-2011*, p. 4, In [www.banque-france.fr/fileadmin/user\\_upload/banque\\_de\\_france/Economie\\_et\\_Statistiques/Version\\_complete\\_incluant\\_la\\_methodologie.pdf](http://www.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/Economie_et_Statistiques/Version_complete_incluant_la_methodologie.pdf)

Commission Européenne, *Faciliter la transmission d'entreprise*, Série de guides – Comment les Fonds structurels peuvent soutenir la politique en faveur des PME, Union Européenne, 2013, [ec.europa.eu](http://ec.europa.eu)

Olivier MELLERIO, *Rapport à Hervé NOVELLI – Transmission de l'entreprise familiale*, Octobre 2009, p. 46, In [www.dgcis.gouv.fr](http://www.dgcis.gouv.fr)

Direction des Entreprises – Observatoire des entreprises, *La situation des entreprises en 2009 : baisse de l'activité et attentisme en période de crise*, p. 23, In [www.banque-france.fr/ileadmin/user\\_upload/banque\\_de\\_france/Economie\\_et\\_Statistiques/etu182-1.pdf](http://www.banque-france.fr/ileadmin/user_upload/banque_de_france/Economie_et_Statistiques/etu182-1.pdf)

Direction générale des finances publiques, *L'évaluation des entreprises et des titres de sociétés*, [http://www.impots.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive\\_4166/fichedescriptive\\_4166.pdf](http://www.impots.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive_4166/fichedescriptive_4166.pdf), nov. 2006.

## **Mélanges**

*Mélanges en l'honneur de Daniel BASTIAN – Droit des sociétés*, t. 1, Litec, 1974, p. 135.

*Liber amicorum - Mélanges Philippe MALAURIE*, Defrénois, 2005.

*Aspects actuels du droit des affaires - Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003.

*Liber amicorum – Mélanges en l'honneur de Philippe MALAURIE*, Defrénois, 2005 *Le droit privé français à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle – Études offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001.

*Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle – Mélanges en l'honneur de*

Claude CHAMPAUD, Dalloz, 1997.

*Mélanges offerts à André COLOMER*, Litec, 1993.

*Les activités et les biens de l'entreprise - Mélanges offerts à Jean DERRUPÉ*, Litec, 1991.

*Mélanges offerts à Jean DERRUPÉ – Les activités et les biens de l'entreprise*, Litec, 1991.

*Mélanges Guy FLATTET : recueil des travaux offerts à M. Guy FLATTET, Professeur honoraire à l'Université de Lausanne*, diff. Payot, 1985.

*Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise – Études à la mémoire du Doyen Pierre AZARD*, Éd. Cujas, 1980.

*Mélanges en l'honneur de Daniel BASTIAN – Droit des sociétés*, t. 1, Litec, 1974.

*Allocutions prononcées à l'occasion de la remise de l'ouvrage - Mélanges offerts à Jean BRETHER DE LA GRESSAYE*, Bière, 1967.

*Mélanges offerts à René SAVATIER*, Dalloz, 1965.

*Droits de l'Antiquité et sociologie juridique - Mélanges Henri LEVY-BRUHL*, Paris, 1959.

*Mélanges LEVY-BRUHL*, Paris, Sirey, 1959.

## **Journées d'études**

***La personnalité juridique : traditions et évolutions*** - Journées des 24 et 25 novembre 2011, sous la direction de Xavier BIOY, Les Travaux de l'IFR Mutation des Normes juridiques, n°14, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2013.

***La fiducie dans tous ses états*** – Journées nationales organisées par l'Association Henri CAPITANT, t. XV, Paris-Est Créteil – 15 avril 2010, Dalloz, 2011.

***Propositions de l'Association Henri CAPITANT pour une réforme du droit des biens*** – Journée organisée par l'Association Henri CAPITANT en collaboration avec le Barreau de Paris – 12 novembre 2008, Sous la direction de Hugues PÉRINET-MARQUET, Litec, 2009, p. 81.

***La propriété*** - Travaux de l'Association Henri CAPITANT – Journées Vietnamiennes, t. LIII / 2003, Société de législation comparée, 2006.

***L'entreprise familiale : évolution et transmission*** – Les Journées Maximilien-Caron 2004, Textes réunis par Stéphane ROUSSEAU, Les Éditions Thémis, 2005.

***Le temps et le droit*** – Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit, Mai 2000, Préface de Michel BOTTIN, Textes rassemblés par Marc ORTOLANI et Olivier VERNIER, Éd. Serre-Nice, Coll. Actual, 2002.

***Séminaire européen sur la transmission des entreprises – Rapport Final*** – Vienne, 23 et 24 septembre 2001, edz.ibi.uni-mannheim.de/daten/edz-h/gdb/02/seminar\_final\_fr.pdf

***La transmission de l'entreprise – enjeux et perspectives*** – Secondes Journées René Savatier, Poitiers, 17 et 18 mars 1988, PUF, 1989.

***La Transmission des obligations*** - des IXe Journées d'études juridiques Jean DABIN, Centre de droit

*des obligations de Louvain-la-Neuve – 23 et 24 novembre 1978*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1980.

## **Colloques**

***Les patrimoines affectés*** – Actes du colloque du 27 avril 2012 à Toulouse, Sous la direction de Jérôme JULIEN et Muriel REGOURG, Les travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques, n° 16, Presses Universitaires Toulouse 1 Capitole, 2013.

***La disparition du chef d'entreprise : Anticiper, gérer, transmettre*** – Actes du colloque de la FNDE du 1<sup>er</sup> Avril 2011 à Montpellier, sous la direction de Jacques RAYNARD, Marie-Hélène MONSÉRIÈ-BON, Jacques VAUTIER et avec la participation du Groupe MONASSIER, LexisNexis, 2012.

***La crise de l'entreprise et sa représentation***, Actes du colloque du CDE du 20 novembre 2009 à Strasbourg, Sous la direction de Pierre BAILLY, Aïda BENNINI et Charley HANNOUN, Dalloz, 2012.

***Transmission des entreprises*** – Actes du colloque du 12 et 13 novembre 2009 - Université de la Réunion, LPA 2012, n° 108, p. 1.

***La gouvernance des entreprises familiales*** - Actes du colloque du 17 juin 2010 à Paris, Litec, 2011.

***Le mandat – Un contrat en crise ?*** - Actes du colloque du 9 mars 2010 à Nantes - Institut de recherches en droit privé de la Faculté de droit de Nantes, Sous la direction de Nicolas DISSAUX Études juridiques, Economica, 2011.

***Le temps et le droit*** - Actes du colloque tenu les 14 et 15 mai 2008 au Havre - Groupe de recherche en droit fondamental, international et comparé (GREDFIC) à la faculté des affaires internationales du Havre, Sous la direction de Pierre FLEURY-LE GROS, Litec, 2010.

***Trust & fiducie : concurrents ou compléments ?*** – Actes du colloque tenu les 13 et 14 juin 2007 à Paris, Sous la direction de Jean-Marc TIRARD, Academy & Finance Genève, 2008.

***La réforme des successions et libéralités, Quels enjeux pour la transmission de l'entreprise familiale?*** – Actes du colloque tenu le 27 juin 2006 à Paris - Université Paris Dauphine, JCP N 2006, p. 1645-1692, 1296-1308.

***Le temps et le droit*** – Actes du colloque organisé par le Centre de Recherches sur la Protection Juridique de la Personne de l'Université de Franche-Comté, PUFC 2003.

***Transmissions d'entreprises : enjeux et perspectives*** – Actes du colloque « Transmettre l'entreprise, 1995-2000 » du 19 janvier 1995 - Forum européen des affaires, Dr. et Patr. HS, déc. 1995.

***L'évolution de la cession d'entreprise*** – Actes du colloque tenu les 1 et 2 avril 1992 à Toulouse, Organisé par le Centre de droit des affaires, Université des sciences sociales, 1992.

***Le droit et le futur...*** – Actes du colloque tenu les 3, 4 et 5 novembre 1983 à Paris – Association française de philosophie du droit, Université Paris II, , PUF, 1985.

*Entreprise et pouvoir – Autorité et responsabilité – Actes du colloque tenu les 29 et 30 septembre 1983 à Rennes - AIDE, Economica et Cabay, Coll. Gestion, 1985.*

## **Congrès**

*Le patrimoine au XXIème siècle : Regards croisés franco-japonais – 96e Congrès des notaires de France, Lille, 28-31 mai 2000, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Organisé par l'Institut de recherche en droit des affaires, Sous la direction de Michel GRIMALDI, Naoki KANAMAYA, Naoya KATAYAMA et Mustapha MEKKI, Création édition exposition, Congrès des notaires de France, 96-2000 – Lille, 2000.*

*Le temps et le droit - Actes du 4<sup>e</sup> Congrès international de l'Association internationale de méthodologie juridique, Sous la direction de Pierre-André CÔTÉ et Jacques FRÉMONT, Les éditions Yvon Blais inc., 1996.*

*La transmission des entreprises : vaincre les obstacles - Rapport au 86<sup>ème</sup> congrès des notaires de France, Congrès des notaires de France, 86-1900 – Lille, 1990.*

## **Rapports parlementaires, Réponses ministérielles, Avis**

Avis n° 154, présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, de suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le « Projet de loi de finances pour 2013 : Développement des entreprises et du tourisme », déposé par Monsieur Antoine LEFÈVRE le 22 octobre 2012.

Rapport au Sénat n° 442 du 27 mai 2009, tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises, du sénateur Philippe MARINI.

Rapport au Sénat n° 11 du 11 octobre 2006, instituant la fiducie, du sénateur Henri de RICHEMONT.

Rapport à l'Assemblée Nationale n°3655, instituant la fiducie, du député Xavier DE ROUX.

Rapport de l'Assemblée nationale n° 2850, portant réforme des successions et libéralités, présenté par M. le Député Sébastien HUYGHE.

Rapport de l'Assemblée nationale n° 3122, portant réforme des successions et libéralités, présenté par M. le Député Sébastien HUYGHE.

Rapport n° 343, t. I, de M. Henri de RICHEMONT fait au nom de la commission des lois, déposé le 10 mai 2006.

Rapport n° 11 (2006-2007) du 11 octobre 2006, fait au nom de la commission des lois, par Monsieur Henri de RICHEMONT

Rapport n° 3655 du 1er février 2007, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi (n° 3385), adoptée par le Sénat, instituant la fiducie, par Monsieur Xavier de ROUX.

Rapport n° 442 du 27 mai 2009 fait au nom de la commission des finances du Sénat par le rapporteur

Philippe MARINI, sous *Art. 6 sexies B (nouveau)*, p.82.

Rapport du Sénat n° 343, t. I (2005-2006) de M. Henri DE RICHEMONT, fait au nom de la commission des lois, déposé le 10 mai 2006, sur le projet portant réforme des successions et libéralités, Examen de l'article 1048.

Rapport n° 2850 de Monsieur Sébastien HUYGHE sur le projet de loi portant réforme des successions et libéralités

Rép. min. n° 12920, JOAN Q, 11 mars 2008

Dossier législatif relatif à la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée – Exposé des motifs.

Etude d'impact de janvier 2010, réalisée en vue de l'adoption de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 sur l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

Rép. Quest. Écrite n° 307 : J.O. déb. Ass. Nat. 19 septembre 1988, p. 2593.

Recommandation de la Commission n° 94/1069/CE, du 7 décembre 1994, sur la transmission des petites et moyennes entreprises (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

## **Ouvrages non juridiques**

**BARREAU Hervé**, *Le temps*, PUF, 4<sup>ème</sup> éd., Coll. Que sais-je ?, 2010.

**BERGER Gaston**, *Phénoménologie du temps et prospective*, PUF, 1964.

**BERGSON Henri**, *Matière et mémoire*, Flammarion, 2012 ; *La perception du changement*, PUF, 2011 ; *Le cerveau et la pensée : une illusion philosophique*, PUF, 2011 ; *Durée et Simultanéité : à propos de la théorie d'Einstein*, PUF, 4<sup>ème</sup> éd., 2009 ; *Essai sur les données immédiates de la conscience*, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2007 ; *L'énergie spirituelle – essais et conférences*, PUF, 1946.

**BOUTINET Jean-Pierre** (Dossier coordonné par), *Peut-on (ré)apprendre à anticiper ?*, Education permanente, 2008.

**BRAVARD Jacques**, *L'évaluation des entreprises*, Dunod, Coll. Dunod entreprise – Série « finance », 1974.

**CONSO Pierre et HÉMICI Farouk**, *L'entreprise en 20 leçons : Stratégie – Gestion – Fonctionnement*, 4<sup>ème</sup> éd., Dunod, 2006.

**GABILLIET Philippe**, *Les conduites d'anticipation – Des modèles aux applications*, L'Harmattan, Coll. Prospective, 2008.

**GODET Michel**, *De l'anticipation à l'action*, Préface de Jean-Louis BEFFA, Dunod, 1991.

**HONIGMAN Chantal N. et TUBIANA Hubert M.**, *Évaluation et transmission des entreprises*, Litec, 2<sup>ème</sup> éd., 1999.

**KANT Emmanuel**, *Critique de la raison pure*, Traduction inédite et présentation d'Alain RENAULT, Aubier, 2007.

**LECHAT Daniel**, *La pratique des cessions et acquisitions d'entreprises*, Clet, 1986.

**MEIER Olivier et SCHIER Guillaume**, *Transmettre ou reprendre une entreprise*, Dunod, 2008.

**TUAL Pierre-Yves, POTELL Sophie et la Chambre du commerce et d'industrie (Paris)**, *La reprise d'entreprise*, CCI Paris, 1997.

**VERNO Patrick**, *Évaluer et transmettre son patrimoine professionnel et privé*, Clet, 1990.

## ***THÈSES, MONOGRAPHIES***

---

**AUGUSTIN Jean-Marie**, *Les substitutions fidéicommissaires à Toulouse et au Haut-Languedoc au XVIIe siècle*, th. Toulouse 1, PUF, 1980.

**ARNAUD Stéphanie**, *L'usufruit des valeurs mobilières : variations sur les notions de propriété et d'associé*, th. Nice, dactyl., 2002.

**BARRIÈRE François**, *La réception du trust au travers de la fiducie*, th. Paris 2, Préface Michel GRIMALDI, Litec, 2004.

**BARTHEZ Anne-Sophie**, *Transmission universelle des obligations : étude comparée en droit des successions et droit des sociétés*, th. Paris 1, ANRT, 2002.

**BERNARD Paul**, *Des cessions de loyers par anticipation*, th. Paris, Paris-Imprimerie Henri Jouve, 1903.

**BIGO André**, *Relations du Rapport et de la Réduction dans les libéralités faites à un héritier réservataire acceptant*, th. Lille, SILIC, 1937.

**BILLAU Marc**, *La transmission des créances et des dettes*, LGDJ, 2002.

**BLONDEL Pierre**, *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, th. Dijon, LGDJ, 1969.

**BOUTEILLE Magali**, *Les propriétés conditionnelles*, th. Aix-Marseille 3, Préface Françoise PÉROCHON, PUAM, 2008.

**BUOT DE L'ÉPINE Muriel**, *La notion d'anticipation en droit commercial*, th. Paris 1, dactyl., 1976.

**BZOWSKI Guillaume**, *L'instrumentalisation fiscale du droit de propriété*, th. Paris 2, dactyl., 2011.

**CAILLEMER Robert**, *Les origines et le développement de l'exécution testamentaire*, th. Lyon, A. Rey, 1901.

**CATALA Pierre**, *Les règlements successoraux depuis les réformes de 1938 et l'instabilité économique*, th. Montpellier, Sirey 1955.

**CATALAN Olivia**, *Les fruits et revenus dans le droit des libéralités*, Mémoire de DEA Toulouse 1, sous la direction du Professeur Bernard VAREILLES, dactyl., 1988.

**CATHELINEAU Anne**, *Le sort des droits sociaux après le décès d'un associé*, th. Bordeaux 1, dactyl., 1992.

**CHAMPAUD Claude**, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, th. Rennes, Sirey, 1962.

**COLASSON Frédéric**, *Le patrimoine professionnel*, th. Limoges, Préface de Bernard PLAGNET et Bernard VAREILLE, Pulim, 2006.

**COQUELET Marie-Laure**, *La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés*, th. Paris 10, dactyl., 1994.

**DELALANDE A.-L.**, *L'usufruit d'un fonds de commerce*, th. Bordeaux, dactyl., 1922.

**DENIZOT Aude**, *L'universalité de fait*, th. Paris 1, LGDJ, 2008.

**DESPAX Michel**, *L'Entreprise et le Droit*, th. Toulouse, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957.

**DEVILLE Sophie**, *L'objet de la libéralité*, th. Toulouse 1, Defrénois, 2012.

**DIDIER Philippe**, *De la représentation en droit privé français*, th. Paris 2, LGDJ, 2000.

**FALQUE-PIERROTIN Charles**, *Les éléments constitutifs du contrat de mandat*, th. Caen, Dalloz, 1933.

**FARGIER-BÉDARD Carole**, *L'usufruit des valeurs mobilières*, th. Paris 1, PU du Septentrion, 2002.

**FROT Henri**, *Le démembrement de la propriété et la réunion e la nue-propriété et de l'usufruit*, th. Paris, éd. V. Giard et E. BRIÈRE, 1904.

**GAILLARD Emmanuel**, *Le pouvoir en droit privé*, th. Paris 2, Economica, 1985.

**GARY R.**, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. Bordeaux, dactyl., 1931.

**GRIMAUX Élisabeth**, *L'influence du droit anglo-américain sur les valeurs mobilières en droit français*, th. Paris 2, Litec, 2004.

**GUIGOU Dominique**, *Les conflits d'intérêt dans les donations-partages*, th. Lyon, dactyl., 1985.

**GUINCHARD Serge**, *L'affectation des biens en droit privé français*, th. Lyon, Préface de Roger NERSON, Bibliothèques de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976.

**HALLOUIN Jean-Claude**, *L'anticipation – Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, th. Poitiers, dactyl., 1979.

**HENRY Marie-Lorraine**, *La remise en cause des libéralités à caractère familial*, th. Paris 10, dactyl., 2007.

**IWANESCO Marc**, *Démembrement de propriété et Technique de transmission patrimoniale*, th. Toulouse 1, dactyl., 2010.

**JAMBORT Sébastien**, *La propriété collective en droit des affaires – Contribution à l'ébauche d'un nouveau régime juridique*, th. Toulouse 1, dactyl., 2005.

**JAUBERT Henri**, *Nature et effets du legs d'usufruit portant sur l'universalité de biens*, th. Bordeaux, Impr. Y. Cadoret, 1911.

**JEULIN Isabelle**, *Les techniques fiduciaires à l'aune du principe de spécialité des personnes morales*, Th. La Réunion, LGDJ, 2007.

**JULIENNE Frédérique**, *L'usufruit à l'épreuve des règlements pécuniaires familiaux*, th. Lyon, Préface Philippe DELMAS SAINT HILAIRE, PUAM, 2009.

**KARM Anne**, *L'entreprise conjugale*, th. Paris 2, Defrénois, 2004.

**KHALVADJIAN Boris**, *Le contrat d'auteur outil d'anticipation – Pour l'équilibre des droits dans le temps*, th. Aix-Marseille, Coll., PUAM, 2008.

**LABBÉ Xavier**, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Septentrion, 2012.

**LACROIX-DE SOUSA Sandie**, *La cession de droits sociaux à la lumière de la cession de contrat*, th. Clermont-Ferrand, Préface de Marie-Élodie ANCEL et Avant-propos de Laurent AYNÈS, LGDJ, 2010.

**LÉCUYER Hervé**, *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, th. Paris 2, dactyl., 1993.

**LEUCK André**, *De la nature juridique de l'avancement d'hoirie*, th. Nancy, Préface Pierre VOIRIN, Bibliothèque de droit privé, t. LXXIX, éd. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967.

**MADRAY Gilbert**, *La représentation en droit privé français*, th. Bordeaux, Librairie du Recueil Sirey, 1931.

**MARCHAL Auguste**, *De l'obligation contractée pour autrui*, th. Toulouse, Imprimerie Douladoure-Privat, 1886.

**MASSON Pierre**, *Contribution à l'étude des rapports de la Propriété et de l'Usufruit chez les Romanistes du Moyen-Âge et dans le droit français*, th. Dijon, Ed. Impr. De M. PORNON, 1933.

**MONSÉRIÈ-BON Marie-Hélène**, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, th. Toulouse 1, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1994.

**MOUBSIT Hassna**, *La représentation en droit des sociétés*, th. Lille 2, ANRT, 2011.

**NICOD Marc**, *Le formalisme en droit des libéralités*, th. Paris 12, Imp. La Mouette, 2000.

**LOUDINOT Marcel**, *De la représentation imparfaite en droit privé français*, th. Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1909.

**PAILLUSSEAU Jean**, *La société anonyme : technique d'organisation de l'entreprise*, th. Rennes, Sirey, 1967.

**PAPAÏS Laury**, *Titrisation et fiducie*, th. Toulouse 1, dactyl., 2012.

**PAPANDRÉOU-DETERVILLE Marie-France**, *Le droit anglais des biens*, th. Strasbourg 3, Avant-propos de Claude WITZ, Préface de Geoffrey SAMUEL, Bibliothèque de droit privé – t. 418, LGDJ, 2004.

**PELLEGRIN André**, *De la nature juridique du partage d'ascendant*, th. Grenoble, Bibliothèque de droit privé, t. XXXI, éd. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1961.

**PETITJEAN Michel**, *Essai sur l'histoire des substitutions*, th. Dijon, Centre de recherches historiques, 1975.

**PIERRE-FRANÇOIS Georges L.**, *La notion de dette de valeur en droit civil – Essai d'une théorie*, th. Paris 2, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975.

**RABREAU Anne**, *L'usufruit de droits sociaux*, Bibliothèque du droit de l'entreprise, th. Poitiers,

Litec, 2006.

**RAFFRAY Ronan**, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, th. Bordeaux 4, Préface Florence DEBOISSY, Dalloz, 2011.

**ROCHE Nicolas**, *Le mandat à effet posthume*, th. Montpellier 1, dactyl., 2007.

**SORBIER Marc**, *La clientèle commerciale : cession, location et partage*, th. Paris HEC, L'Harmattan, 2003.

**TAUDIN Louis**, *La transmission à titre gratuit du fonds de commerce*, th. Toulouse, dactyl., 1985.

**TERRÉ François**, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957.

**THOMAT-RAYNAUD Anne-Laure**, *L'unité du patrimoine : essai critique*, th. Toulouse 1, Defrénois, 2007.

**VALÉRY Joseph**, *Des caractères distinctifs du contrat de mandat*, th. Aix-Marseille, Typographie et lithographie J. Barthélemy, 1898.

**VAREILLE Bernard**, *Volonté, rapport et réduction*, th. Limoges, Préface Pierre SPITÉRI, PUF, 1988.

**VIANDIER Alain**, *La notion d'associé*, Préface de François TERRÉ, th. Paris 2, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1978.

**VOUIN Jean-François**, *La prohibition des pactes sur la succession future en droit français*, th. Paris, dactyl., 1967.

**WITZ Claude**, *La fiducie en droit privé français*, th. Strasbourg 3, Préface Dominique SCHMIDT, Economica, 1981.

**ZÉNATI Frédéric**, *Essai sur la nature juridique de la propriété : Contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon, dactyl., 1981.

## ***ARTICLES DE DOCTRINE, ÉTUDES, CHRONIQUES***

---

**ALBIGES Christophe**, « La constitution de la fiducie », *Dr. et Patr.* 2008, n° 171, p. 46.

**ALIBERT Daniel**, « À la recherche d'une structure juridique pour l'entreprise individuelle », *In Dix ans de droit de l'entreprise*, avant-propos Jean-Marc MOUSSERON et Bernard TEYSSIÉ, Librairies techniques, 1978, p. 63.

**ALLEGAERT Véronique**, « De la propriété des valeurs mobilières », *BJS* 2005, n°3, p. 340.

**AMSELEK Paul**, « La part de la science dans les activités de juristes », *Recueil Dalloz* 1997, chron., p. 337 ; « L'étrangeté ontologique du droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 87 ; « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits* 1989, n°10, p. 7.

**ANCEL Marie-Élodie**, « Préface », *In La fiducie dans tous ses états – Journées nationales, t. XV, Paris-Est Créteil – Colloque du 15 avril 2010 – Association Henri CAPITANT*, Dalloz, 2011, p. 1.

**ARNAUD André-Jean**, « Essai d'une définition stipulative du droit », *Droits* 1989, n°10, p. 11.

**ARNAUD Stéphanie**, « L'étendue des pouvoirs du mandataire à effet posthume », *LPA* 2012, n° 182-183, p. 55.

**ARNAUD-EMERY Alexandra**, « Optimisation de la transmission à titre gratuit en démembrement de titres sociaux non cotés – Les étapes à suivre, les pièges à éviter » *JCP N* 2006, n° 50, p. 2397.

**ARNAUD Stéphanie, GINON Sébastien et PETIT Frédéric**, « Quelques aspects spécifiques de la donation-partage transgénérationnelle », *JCP N* 2012, n° 29, p. 33 ; « L'étendue des pouvoirs du mandataire à effet posthume (perspectives et prospectives pratiques après l'arrêt du 12 mai 2010) », *LPA* 2012, n° 182, p. 55.

**AULAGNIER Jean**, « Transmettre : les vertus de l'article 599 du Code civil, de l'importance de l'utilité patrimoniale », *Dr. et Patr.* 2012, n° 218, p. 26.

**AUGUSTIN Jean-Marie**, « Construire le mythe de temps : Les substitutions fidéicommissaires et les majorats », *In Le temps et le droit – Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit, Nice 2000*, Éd. Serre-Nice, 2002, p. 63.

**AUQUE Françoise**, « L'apparition de nouveaux modes d'exploitation au fonds de commerce », *Gaz. Pal.* 17 juin 2009, n° 151-155, p. 64.

**AUSTRUY Jacques-Jean**, « Temps et développement », *In Le droit et le futur – Association française de philosophie du droit, Paris II – Colloque – 3 – 4 et 5 novembre 1983 – Paris*, PUF, 1985, p. 111.

**AYNÈS Augustin**, « L'administration de la succession par autrui », *JCP N* 2008, n° 29, p. 28.

**AYNÈS Laurent**, « Le régime juridique de la fiducie », *RLDC* 2009, n° 60, p. 67 ; « Propos introductifs – Les caractères de l'usufruit », *Dr. et Patr.* 2005, n° 137, p. 42 ; « Usufruit, droit d'usage », *Rev. Soc.* 1999, n° 3, p. 593.

**AYNÈS Laurent et CROCQ Pierre**, « La fiducie préservée des audaces du législateur », *D.* 2009, n° 38, p. 2559.

**BAILLON-WIRTZ Nathalie**, « Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future? », *Dr. Fam.* 2006, n° 44, p. 8.

**BALLOT-LÉNA Aurélie**, « L'usufruitier de droits sociaux : un statut sui generis ? », *Dr. Soc.* 2010, n° 6, p. 5.

**BARBIÈRI Jean-François**, « EIRL, un statut opportun pour l'entrepreneur et ses partenaires ? Réflexions liminaires », *BJS* 2011, n° 3, p. 227.

**BARRIÈRE François**, « Propriété, fiducie et sukuk », *JCP E* 2011, n° 10, p. 23 ; « La fiducie-sûreté », *JCP N* 2009, n° 42, p. 29.

**BAUCHET Pierre**, « Déclin du plan ? », *In Le droit et le futur – Association française de philosophie du droit, Paris II – Colloque – 3 – 4 et 5 novembre 1983 – Paris*, PUF, 1985, p. 93.

**BAUDOIN Boniface**, « L'exploitation d'un fonds de commerce appartenant à un mineur », *Dr. et Patr.* 1995, n° 4, p. 25.

**BATTIFOL Henri** « Problèmes contemporains de la notion de bien », *In* « Les biens et les choses en droit », *Archives de philosophie du droit – Les biens et les choses en Droit*, t. 24, 1979, p. 9 ; « Existence et spécificité du droit de la famille », *Archives de philosophie du droit – Réformes du droit de la famille*, t. 20, Sirey, 1975, p. 7.

**BECQUÉ-ICKOWICZ Solange**, « L'utilisation de la donation-partage d'entreprise : Le droit « fondamental » », *In La disparition du chef d'entreprise : Anticiper, gérer, transmettre – Actes du colloque de la FNDE du 1<sup>er</sup> Avril 2011 à Montpellier*, LexisNexis, 2012, p. 3

**BECQUÉ-ICKOWICZ Solange et DUMONT-LEFRAND Marie-Pierre**, « Les contrats conclus par l'EIRL », *Cah. Dr. Ent.* 2011, n° 3, p. 29.

**BELLIVIER Florence**, « La génétique », *Dr. et Patr.* 2005, n° 133, p. 77.

**BÉLOT Frédéric**, « Pour une meilleure protection des valeurs économiques », *LPA 2006*, n° 243, p. 6.

**BÉRAUDO Jean-Paul**, « La loi du 19 février 2007 créant une fiducie française », *In Trust & fiducie : concurrents ou compléments ? – Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 juin 2007*, Academy & Finance Genève, 2008, p. 123.

**BERGEL Jean-Louis**, « Rapport général » sur les nouveaux biens, *In La propriété – Journées Vietnamiennes – Travaux de l'Association Henri CAPITANT – t. LIII/2003*, Société de législation comparée, 2006, p. 203.

**BERGER Pierre**, « L'avocat fiduciaire », *RLDC 2009*, n° 60, p. 69 ; « Les usufruits spéciaux », *In Propositions de l'Association Henri CAPITANT pour une réforme du droit des biens*, Sous la direction de Hugues PÉRINET-MARQUET, Retranscription du Colloque de Paris du 12 novembre 2008, Litec, 2009, p. 81.

**BERGER Pierre et RICHE Rosa**, « Les nouvelles donations-partages », *JCP N 2006*, n°38, 1303, p. 1667 ; « La fiscalité des nouvelles donations », *JCP N 2006*, n°38, 1305, p. 1675.

**BERGER Pierre et JULIEN SAINT-AMAND Pascal**, « La réforme des successions et des libéralités au service de l'entreprise », *RLDC 2006*, n°33, p.35.

**BERLIOZ Pierre**, « La gestion du patrimoine professionnel d'autrui », *JCP N 2013*, n°29, p. 48.

**BERNARD Pierre-Olivier et BARIANI Delphine**, « Comment assurer la transmission des entreprises », *Op. Fin.* 2005, n° 837, p. 31.

**BERTEL Jean-Pierre**, « La holding, technique de gestion du patrimoine du chef d'entreprise », *Dr. et Patr.* 2012, n° 216, p. 26.

**BERTHEUIL-DESFOSSES Diane, FABRE Hubert, HOUDARD Jean-Louis, POUZENC Florence et PILLEBOUT Jean-François**, « Sûreté et gestion. Constituants personnes physiques », *JCP N 2009*, n° 26, p. 18, 1219.

**BERTRAN DE BALANDA Jacques et BOURABIAT Foued**, « Fiducie et finance islamique », *Dr. et Patr.* 2010, n° 192, p. 84.

**BICHERON Frédéric**, « L'utilisation du mandat en droit de la famille », *In Le mandat – Un contrat*

*en crise ?*, sous la direction de Nicolas DISSAUX, Colloque du 9 mars 2010 organisé par l'Institut de recherches en droit privé de la Faculté de droit de Nantes, *Études juridiques, Economica*, 2011, p. 97.

**BIENVENU Jean-Jacques**, « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *In Droits n° 28 – La volonté*, 1999, p. 3.

**BISSARA Philippe**, « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », *Rev. Soc.* 1990, n° 4, p. 553.

**BLANDIN Gérard**, « *La solitude du minoritaire* », *Op. Fin.* 1991, n° 189 p. 8.

**BLOCH-LAINÉ François**, « L'entreprise dans les mutations de l'économie, position du problème », *Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise – Études à la mémoire du Doyen Pierre AZARD*, Éd. Cujas, 1980, p. 27.

**BOIZARD Martine**, « *L'abus de minorité* », *Rev. Soc.* 1988, p. 365

**BOLZE C.**, « Réflexions sur la cession de dette en droit français », *In Mélanges Guy FLATTET : recueil des travaux offerts à M. Guy FLATTET, professeur honoraire à l'Université de Lausanne*, diff. Payot, 1985, p. 58.

**BONDUELLE Patrice**, « Le pacte de famille, enfin ! », *Dr. et patr.* 2007, n° 156, p. 46 ; « Itinéraire du partage – Rapport et réduction – Entreprise. Parts sociales », *JCP N* 1995, Pratique, n° 3372, p. 807 ; « L'état de l'entreprise donnée », *JCP N* 1992, n° 6, p. 25.

**BONDUELLE Patrice et TOLUB Benjamin**, « La répartition du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-propiétaire », *Dr. et Patr.* 1994, n° 21, p. 20.

**BOUCHARD Jean-Christophe**, « Démembrement de propriété et donation indirecte : le Cour de cassation censure l'administration », *Op. Fin.* 2013, n° 1211, p. 27.

**BOULANGER David**, « Le renouvellement du traitement de l'anticipation successorale au travers du règlement (UE) du 4 juillet 2012 », *JCP N* 2013, n° 27, p. 39.

**BOUTEILLE Magali**, « La propriété du fiduciaire : une modalité externe de la propriété », *RLDC* 2010, n° 74, p. 63.

**BOUTIRON Xavier**, « La fiducie, technique de protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur ? », *Dr. et Patr.* 2010, n° 190, p. 60.

**BRAC DE LA PERRIÈRE Damien**, « Les pactes successoraux et la réserve héréditaire », *JCP N* 2006, n° 38, 1302, p. 1665.

**BRAULT Jean-Claude**, « La donation à un enfant unique », *Deffrénois* 1994, art. 35727, p. 209.

**BREDIN Jean-Denis**, « Usufruit. Améliorations et constructions nouvelles. Acquisition d'un bien indépendant », *RTDciv.* 1966, p. 835.

**BRESJANAC Michel**, « Le droit positif de la transmission », *Dr. et Pat.* 1995, n° 12 – HS, p. 10.

**BRENNER Claude**, « La gestion de la succession », *D.* 2006, n° 37, p. 2559.

**BRUGUIÈRE Jean-Michel et MAFFRE-BAUGÉ Agnès**, « Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique? », *Dr. et Patr.* 2005, n° 133, p. 64.

**BRUNEAU Diane et CHAGNON Richard**, « Planification fiscale et successorale pour les

propriétaires de PME – Options juridiques avantageuses », *In L'entreprise familiale : évolution et transmission – Les Journées MAXIMILIEN-CARON 2004*, Textes réunis par ROUSSEAU Stéphane, Université de Montréal, Éd. Thémis, 2005, p. 17.

**BULLE Jean-François**, « Fausses bonnes recettes d'optimisation en cas de cession de titres », *JCP E 2001*, n° 11, p.455.

**CABRILLAC Rémy**, « Rapport de synthèse », *Dr. et Patr. 2005*, n° 133, p. 82.

**CALVET Grégory**, « Mandat à effet posthume et droit des sociétés : l'opportunité de la SAS », *Deffrénois 2010*, n° 6, p. 685.

**CAMPELS Christian**, « Dette de valeur – Dette de douleur », *RLDC 2005*, n° 20, p. 53.

**CARBONNIER Jean**, « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *Droits 1990*, n° 11, p. 5 ; « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », *In Les notions à contenu variable en Droit*, Chaïm PERELMAN et Raymond VANDER ELST, Bruylant, 1984.

**CASEY Jérôme**, « Commentaire de la réforme du droit des successions », *RJPF nov. 2006*, p. 6s.

**CASSAGNABÈRE Caroline**, « De la division du patrimoine au démembrement de la personnalité : étude du concept de patrimoine d'affectation à travers l'exemple québécois », *RLDC 2012*, n° 92, p. 63.

**CASTAGNÉ Suzel**, « L'usufruit et la nue-propriété des actions dans la société par actions simplifiées », *Dr. Soc. 1996*, n°6, p. 1.

**CATALA Pierre**, « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. Fam. 2006*, n° 43, p. 5 ; « L'état du bien donné exploité sous forme sociale », *In Etudes offertes à René RODIÈRE, D. 1981*, p. 55 ; « La transmission du patrimoine en droit civil moderne », *RTDciv. 1966*, p. 185.

**CATHOU Tanguy, MOREL Florence et SAINTOURENS Bernard**, « L'attribution préférentielle de l'entreprise », *In La disparition du chef d'entreprise : Anticiper, gérer, transmettre – Actes du colloque de la FNDE du 1<sup>er</sup> Avril 2011 à Montpellier*, LexisNexis, 2012, p. 109.

**CAUSSE Hervé**, « Propos introductifs sur la location d'actions et de parts sociales », *In La location d'actions et de parts de SARL, La réforme du droit des successions et la transmission des entreprises – Etudes réunies par Jean-Claude HALLOUIN, Hervé CAUSSE et Joël MONNET, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales – Université de Poitiers*, LGDJ, 2008, p. 1.

**CAYRON Jocelyne**, « L'utilisation de la location mobilière dans certains montages », *Dr. et Patr. 1999*, n° 71, p. 78.

**CEVAËR Éric et PERROT Pierre-Emmanuel**, « La location-gérance : un outil de financement à sécuriser », *JCP N 2011*, n° 21, p. 31 ; « Donation en vue d'une installation professionnelle : les pièges à éviter », *JCP N 2010*, n° 7-8, p. 43, 1088.

**CHAMBAZ Laurent**, « Le mandat posthume, le trust et la fiducie », *RLDC 2006, suppl. n° 33*, p. 11.

**CHARVÉRIAT Anne**, « Attribution du droit de vote à l'usufruitier » *Op. Fin. 2005*, n° 830, p. 35.

**CHAUVIN Michel**, « Démembrement de propriété », *Dr. et Patr. 1998*, n° 62, p. 58.

**CHAZAL Jean-Pascal**, « L'usufruit d'un fonds de commerce », *Deffrénois 2001*, n° 3, p. 167.

**CHÉNÉDÉ François**, « La mutation du patrimoine », *Gaz. Pal.* 2011, n° 138-139, p. 19.

**CHEVALLIER Jean**, « La loi du 19 décembre 1961 sur le maintien de l'indivision et l'attribution préférentielle », *JCP G* 1962, I, 1687.

**CHIARINY-DAUDET Anne-Catherine**, « Les nouvelles représentations de la volonté en droit de la famille », *LPA* 2007, n° 238, p. 6.

**CHINIARA Walid S.**, « La constitution familiale – Un outil interactif au service des familles en affaires », *In L'entreprise familiale : évolution et transmission – Les Journées MAXIMILIEN-CARON 2004*, Textes réunis par Stéphane ROUSSEAU, Université de Montréal, Les Éditions Thémis, 2005, p. 52.

**CHOPLIN-TEXIER Marie**, « Les mandats : mandat posthume et mandat de protection future », *Dr. et Patr.* 2010, n° 190, p. 53.

**CLERMON Marceau et CENAC Pierre**, « Le « package successoral » du chef d'entreprise », *JCP N* 2007, n° 49 p. 24 ; « Les libéralités graduelles et résiduelles », *JCP N* 2006, n° 38, 1304, p. 1671.

**COHEN Benjamin**, « Retour sur la répartition conventionnelle du droit de vote entre titulaires de droits sociaux démembrés », *Op. Fin.* 2008, n° 1008-1009, p. 32.

**COIFFARD Dominique et PRIEUR Jean**, « Le patrimoine professionnel affecté : l'EIRL », *JCP N* 2010, n° 51-52, p. 68.

**COLIN Philippe**, « La transmission d'entreprise don manuel ou donation-partage », *AJPI* 1991, p. 11.

**COMBRET Jacques**, « Le mandat à effet posthume : un acte manqué ? », *JCP N* 2013, n° 29, p. 29 ; « L'entreprise indivise : de quelques questions pratiques autour de l'entreprise indivise » et « Le mandat à effet posthume : de quelques questions pratiques autour du mandat à effet posthume », *In La disparition du chef d'entreprise : Anticiper, gérer, transmettre – Actes du colloque de la FNDE du 1<sup>er</sup> Avril 2011 à Montpellier*, LexisNexis, 2012, p. 67 et p. 87.

**CONSTANTIN Alexis**, « La tyrannie des faibles – De l'abus de minorité en droit des sociétés », *In Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 213.

**COPPOLANI Jean-Yves**, « Introduction », *In Le patrimoine de l'entrepreneur individuel : un régime juridique en mutation – Colloque du 16 Avril 2010, Corse -, RLDA Juin 2010*, n° 50, p. 49.

**CORNU Gérard**, « Le visible et l'invisible », *Droits* 1989, n° 10, p. 27.

**COURRET Alain**, « L'abus et le droit des sociétés », *Dr. et Patr.* 2000, n° 83, p. 66.

**COZIAN Maurice**, « Vagabondage fiscal au royaume des libéralités », *In Études en l'honneur de André PONSARD – La Cour de cassation, l'Université et le Droit – André PONSARD, Un Professeur de droit à la Cour de cassation*, Litec, 2003, p. 155 ; « Et pourquoi ne pas penser à la SARL de famille ? », *JCP E* 2006, n°39, 2423, p.1652 ; *Dr. Soc.* 2006, n° 11, p.2 ; « Financement du rachat d'entreprise ; pour en finir avec un apartheid fiscal », *JCP E* 2006, n° 38, p. 1598, 2400 ; « Du nu-propriétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ? », *JCP E* 1994, n°28-29, p. 339.

**CRÉNEAU-JABAUD Béatrice**, « La protection conventionnelle : les nouveaux contrats de protection – À propos du mandat de protection future et du mandat à effet posthume », *RLDC* 2010, n°

73, p. 65.

**CROCQ Pierre**, « Transparence et patrimoines d'affectation », *Dr. et Patr.* 2012, n° 212, p. 26 ; « Propriété fiduciaire, propriété unitaire », *In La fiducie dans tous ses états – Journées nationales, t. XV, Paris-Est Créteil – Colloque du 15 avril 2010 – Association Henri CAPITANT, Dalloz, 2011, p. 9* ; « Le cœur du dispositif fiduciaire », *RLDC 2007*, n° 40, p. 61.

**DADOIT Michel**, « De nouveaux outils de prévoyance : mandat de protection future et mandat posthume », *Opt. Fin.* 2009, n° 1012, p. 37.

**DAGOT Michel**, « Un cas particulier de donation-partage », *JCP N 1988*, I, p.107 ; « L'état, au jour de la donation, d'un office de notaire donné », *Defrénois 1974*, I, art. 30627, p. 593.

**DAIGRE Jean-Jacques**, « Le droit de vote est-il toujours encore un attribut essentiel de l'associé ? », *JCP E 1996*, n° 28, p. 317.

**DEBOISSY Florence**, « L'optimisation fiscale : paiement différé et fractionné des droits », *In La disparition du chef d'entreprise : Anticiper, gérer, transmettre – Actes du colloque de la FNDE du 1<sup>er</sup> Avril 2011 à Montpellier, LexisNexis, 2012, p. 129.*

**DELAQUERIE Géraldine**, « Renonciation anticipée à l'action en réduction et rapport : une rime impossible? (Des relations entre la renonciation anticipée à l'action en réduction et le principe d'égalité entre héritiers) », *LPA 2012*, n° 182-183, p. 38.

**DAMMANN Reinhard et PODEUR Gilles**, « Fiducie-gestion et pactes d'actionnaires », *BJS 2008*, n° 8, p. 652.

**DAURIAK Isabelle**, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *D 2006*, n° 37, p. 2574.

**DAUVILLIERS Jean**, « Problèmes juridiques de l'époque paléolithique », *In Droits de l'Antiquité et sociologie juridique - Mélanges Henri LEVY-BRUHL*, Paris, Sirey, 1959, p. 351.

**DAVID Cyrille**, « Transmission d'entreprise et loi sur l'initiative économique », *BJS 2003*, n°11, p.1099.

**DEBAT Olivier**, « La clause d'inaliénabilité et la réserve d'usufruit. Quelle incidence sur la valeur vénale ? », *RFN 2012*, n° 11, p. 27.

**DEBOISSY Florence**, « Le sort des constructions nouvelles édifiées par l'usufruitier : retour sur une controverse ancienne », *Études offertes au Doyen Philippe SIMLER*, Dalloz – Litec, 2006, p. 745.

**DEFLERS Elisabeth**, « Organiser sa vieillesse, sécuriser son patrimoine : comment prendre en main son avenir ? », *JCP G 2011*, n° 25, p. 1230, 738.

**DE LA RIVIÈRE Christophe**, « Unité du patrimoine, pro-personnalité et pluri-personnalité », *Dr. et Patr.* 2010, n° 190, p. 63.

**DE LASSUS Stéphane**, « Le jeu des engagements "Dutreil" et la réforme des successions », *JCP N 2006*, n° 38, 1306, p. 1678.

**DELEBECQUE Philippe**, « La responsabilité du fiduciaire », *In La fiducie dans tous ses états – Journées nationales, t. XV, Paris-Est Créteil – Colloque du 15 avril 2010 – Association Henri CAPITANT, Dalloz, 2011, p. 29.*

**DELFOSSÉ Alain**, « De la renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N 2006*, 1301, p. 1662 ; « Le nouveau régime d'exonération totale ou partielle des plus-values des petites entreprises », *JCP N 2003*, p. 1546 ; « La location-gérance, une technique de transmission des entreprises », *Dr. et Patr. 1994*, n° 14, p. 20.

**DELFOSSÉ Alain et PÉNIGUEL Jean-François**, « Le mandat posthume », *JCP N 2006*, n° 49, p. 2130, 1371.

**DENJEAN-HARAN Dominique**, « La transmission du patrimoine familial en Pays basque avant et après la promulgation du Code civil », *In Le temps et le droit – Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit, Nice 2000*, éd. Serre, 2002, p. 107.

**DE ROUX Xavier**, « Esprit général de la loi - Le choix de l'affectation patrimoniale - Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL) », *Dr. et Patr. 2010*, n° 191, p. 62 ; « La création d'un patrimoine d'affectation », *In Le patrimoine de l'entrepreneur individuel : un régime juridique en mutation – Colloque du 16 Avril 2010, Corse, RLDA 2010*, n° 50, p. 50.

**DEROUIN Philippe**, « Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition », *RTDciv. 1978*, p. 1

**DERRUPÉ Jean**, « De l'ineptie de refuser à l'usufruitier la qualité d'associé », *Defrénois 1997*, art. 36514, p. 290 ; « Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou actions », *Defrénois 1994*, p. 1137.

**DESCOURS Jean-Louis**, « L'entrepreneur face à la transmission », *Dr. et Patr. 1995*, n° 12 – HS, p. 9.

**DESLANDES Michel**, « Le dispositif d'allègement des droits de donation dus sur les transmissions d'entreprises sociétaires après la réforme de 2005 », *JCP N 2006*, 1221, p. 1153 ; « Le dispositif d'allègement des droits de donation dus sur les transmissions d'entreprises sociétaires », *JCP N 2004*, n°25, 1287.

**DIDIER Paul**, « Une définition de l'entreprise », *In Le droit privé français à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle – Études offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 849.

**DOCKÈS Emmanuel**, « Essai sur la notion d'usufruit », *RTDciv. 1995*, p. 479.

**DONDERO Bruno**, « L'EIRL, ou l'entrepreneur fractionné », *JCP G 2010*, n° 25, p. 1274.

**DUBOUT Hubert**, « Achat d'actions ou achat d'actifs : les critères juridiques du choix », *BJS 2000*, n° 10, p. 894.

**DUBUISSON Étienne**, « Risques de l'entreprise et protection de l'entrepreneur et de sa famille : de l'EURL à l'EIRL », *JCP N 2011*, n° 25-26, p. 18 ; « La non-adoption de la propersonnalité - Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL) », *Dr. et Patr. 2010*, n° 191, p. 75 ; « EIRL, un tournant du droit en procédure accélérée... », *RLDA 2010*, n° 50, p. 16 ; « Angoisse du praticien face à un entrepreneur individuel qui veut d'engager comme EIRL », *JCP N 2010*, n° 35, p. 30 ; « EIRL et particularités de transmission », *In Le patrimoine de l'entrepreneur individuel : un régime juridique en mutation – Colloque du 16 Avril 2010 – Corse, RLDA 2010*, n° 50, p. 64.

**DUCELLIER Christophe**, « Démembrement de propriété avec constitution d'usufruit temporaire - Entre l'abus de biens sociaux et l'acte anormal de gestion », *Dr. et Patr. 2011*, n° 199, p. 24 ;

« Démembrement de propriété : attention aux pièges ! », *Dr. et Patr.* 2010, n° 193, p. 26.

**DUCHÊNE Jean-François et EPSTEIN Marc**, « Usufruit et nue-propriété, évaluation fiscale/évaluation économique, mode d'emploi », *Dr. Fisc.* 2005, n° 11, p. 555.

**DUMONT-LEFRAND Marie-Pierre**, « Propos introductifs », *In La disparition du chef d'entreprise : Anticiper, gérer, transmettre – Actes du colloque de la FNDE du 1<sup>er</sup> Avril 2011 à Montpellier*, LexisNexis, 2012, p. 1 ; « Le dénouement de l'opération de fiducie », *Dr. et Patr.* 2008, n° 171, p. 63.

**DUPICHOT Philippe**, « Rapport de synthèse », *In La fiducie dans tous ses états – Journées nationales, t. XV, Paris-Est Créteil – Colloque du 15 avril 2010 – Association Henri CAPITANT*, Dalloz, 2011, p. 89 ; Philippe DUPICHOT, « Opération fiducie sur le sol **EDELMAN Bernard**, « « Ma » définition du droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 21.

**DURAND Paul**, « La notion juridique de l'entreprise », *In Travaux de l'Association Henri CAPITANT*, t. III, 1947, Dalloz, 1948, p. 45.

**FABRE Hubert**, « La fiducie comme alternative au mandat de protection future ou comme outil de transmission », *Dr. et Patr.* 2012, n° 212, p. 56 ; « Fiducie et finance islamique », *D.* 2010, n°17, p. 1064 ; « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés – Le cas du mandat de protection future », *JCP N* 2009, n°52, p. 29.

**FAGES Bertrand**, « Théorie du patrimoine et droit des affaires : une respectueuse indifférence », *Dr. et Patr.* 2005, n° 133, p. 73.

**FENOUILLET Dominique**, « Le mandat de protection future ou la double illusion », *Deffrénois* 2009, n° 2, art. 38882, p. 142.

**FERRET Jean-Pierre**, « L'utilisation de la donation-partage d'entreprise », *In La disparition du chef d'entreprise : Anticiper, gérer, transmettre – Actes du colloque de la FNDE du 1<sup>er</sup> Avril 2011 à Montpellier*, LexisNexis, 2012, p. 15.

**FINAZ Bruno, BARBIER Guy et Associés**, « L'évaluation de l'entreprise », *In Secondes Journées René SAVATIER – La transmission de l'entreprise : enjeux et perspectives, Poitiers, 17 et 18 mars 1988*, PUF, 1989, p. 153.

**FLOUR Yvonne**, « De l'égalité des héritiers dans la loi », Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ et Christine CHOAIN (éds), *Les enjeux de la transmission entre générations – Du don pesant au dû vindicatif*, Préface de Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ et Conclusion de Laurent LEVENEUR, Presses Universitaires du Septentrion, 2005, p. 99.

**FOMBEUR Pascale** (Discours de), « La procédure de sauvegarde est l'emblème de l'anticipation voulue par le législateur », *LPA* 2008, n° 31, p. 3.

**FORGEARD Marie-Cécile**, « Le droit au partage et ses limites après la réforme du 23 juin 2006 », *JCP N* 2008, n° 11, p. 32.

**FRANÇON André**, « L'usufruit des créances », *RTDciv.* 1957, p. 1.

**FRÉSARD Philippe**, « Aperçu théorique et pratique relatif au pacte successoral en Suisse », *Dr. et*

*Patr.* 2007, n° 158, p. 103.

**FRULEUX François**, « Crédit de paiement et transmission de titres sociaux démembrés – La simplification administrative n'est pas à l'ordre du jour ! », *JCP N* 2007, n° 8-9, p. 37 ; « Transmission d'entreprise – De l'innocuité relative du partage de succession », *JCP N* 2006, n° 15-16, 1165, p. 796 ; « Précisions sur le nouvel assouplissement de l'exonération partielle des droits de mutation à titre gratuit applicable aux transmissions d'entreprises », *JCP N* 2005, n° 39, act. 476.

**GAGNARDE Jean-Louis et LÉCUYER Hervé**, « Transmission anticipée du patrimoine et allongement de la durée de vie, comment concilier l'inconciliable ? », *JCP N* 2013, n° 9-10, p. 49.

**GALIMARD Michel**, « La transmission de l'entreprise », *Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise – Études à la mémoire du Doyen Pierre AZARD*, Éd. Cujas, 1980, p. 65.

**GAMET Murielle**, « Fonds de dotation : un nouvel outil d'organisation du patrimoine », *Dr. et patr.* 2010, n° 190, p. 56.

**GARINOT Jean-Marie**, « Les dangers de l'usufruit de droits sociaux », *JCP E* 2010, n° 50, 2111, p. 28.

**GENTILHOMME Rémy**, « Démembrement de droits sociaux, affectation en réserves des résultats et donation indirecte », *JCP N* 2008, n° 23, 1218, p. 32 ; « Démembrement et abus de droit », *Dr. et Patr.* 2005, n° 137, p. 44 ; « Démembrement de titres et opérations sur le capital social », *Dr. et Patr.* 1996, n° 4, p. 41 et n° 5, p. 54.

**GENTILHOMME Rémy et HOUIS Arnaud**, « Les Propositions », *In* « Troisième Commission : Les transmissions anticipées », *JCP N* 2000, n° 27, p. 1124 ; « Apport en capital et transmission », *In* « Troisième Commission : Les transmissions anticipées », *JCP N* 2000, n° 10, p. 867.

**GENTILHOMME Rémy et LOUVEAU Jean-Paul**, « La taxation à l'impôt sur le revenu du nu-proprétaire de droits sociaux ou l'art fiscal de tondre un œuf... », *JCP N* 1997, n° 13-14, I, p. 477.

**GERMAIN Michel**, « Propos conclusifs », *In La disparition du chef d'entreprise : Anticiper, gérer, transmettre – Actes du colloque de la FNDE du 1<sup>er</sup> Avril 2011 à Montpellier*, LexisNexis, 2012, p. 139 ; « La protection du patrimoine de l'entrepreneur : solutions sociétaires », *RLDA* 2011, n° 57, p. 82.

**GHESTIN Jacques**, « La transmission des obligations en droit positif français », *In La Transmission des obligations - des IXe Journées d'études juridiques Jean DABIN, Centre de droit des obligations de Louvain-la-Neuve – 23 et 24 novembre 1978*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1980, p. 182.

**GIBIRILA Deen**, « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée après les textes de décembre 2010 », *BJS* 2011, n° 3, p. 234.

**GIRAY Michel**, « ISF : le régime des transmissions familiales d'entreprises peut en alléger le poids », *JCP E* 2003, p. 1235 ; « La transmission des entreprises familiales – Les enseignements d'une non-réponse ministérielle », *JCP N* 1995, n°4, 3216, p. 141.

**GODON Laurent**, « Un associé insolite : le nu-proprétaire de droits sociaux », *Rev. Soc.* 2010, n° 5,

p. 143.

**GONZALEZ-GHARBI Neyla**, « Donner une entreprise individuelle : le choix de la difficulté ? », *RJPF* 2006, n°3, p.6.

**GOUTTENOIRE-CORNUT Adeline**, « La richesse des fruits », *Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif* 2001-4, p. 1225.

**GRIDEL Jean-Pierre, CHALVIGNAC François, BLANCO Jean-François et CHEVALÈRE Robert**, « Table ronde n° 2 La société civile : technique de transmission de l'entreprise », *BJS* 2008, n° spé. – déc., p. 1085, §227.

**GRIMALDI Michel**, « Le mandat à effet posthume », *In La disparition du chef d'entreprise : Anticiper, gérer, transmettre – Actes du colloque de la FNDE du 1<sup>er</sup> Avril 2011 à Montpellier*, LexisNexis, 2012, p. 77 ; « La propriété fiduciaire », *In La fiducie dans tous ses états – Journées nationales, t. XV, Paris-Est Créteil – Colloque du 15 avril 2010 – Association Henri CAPITANT*, Dalloz, 2011, p. 5 ; « Le mandat à effet posthume », *Deffrénois* 2007, n° 1, art. 38509, p. 3 ; « Des donations-partages et des testaments-partages au lendemain de la loi du 23 juin 2006 », *JCP G* 2006, I, p. 179 ; « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », *JCP N* 2006, p. 1387 ; « Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », *In Dossier intitulé : « Premières vues sur la réforme des successions et libéralités (loi n° 2006-728 du 23 juin 2006) »*, *D. 2006*, p. 2551 ; « De l'équité du défunt dans ses volontés », Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ et Christine CHOAIN (éds), *Les enjeux de la transmission entre générations – Du don pesant au dû vindicatif*, Préface de Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ et Conclusion de Laurent LEVENEUR, Presses Universitaires du Septentrion, 2005, p. 115 ; « Techniques civilistes de transmission et d'anticipation successorales », *Dr. et Patr.* 1998, n° 62, p. 44 ; « La fiducie », *Gaz. Pal.* 1998, n° 44, p. 2 ; « Les conditions de validité du partage d'ascendant », *Deffrénois* 1992, n° 15-16, p. 929 ; « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, 2<sup>ème</sup> partie », *Deffrénois* 1991, n° 18, p. 918 ; « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, 1<sup>ère</sup> partie », *Deffrénois* 1991, n° 17, p. 897.

**GRIMALDI Michel et GENTILHOMME Rémy**, « La donation de titres sociaux assortie d'une faculté conventionnelle de modification unilatérale de l'objet donné », *LPA* 1999, n°110, p. 11.

**GROSJEAN Frédéric et HERVOIS Sylvie**, « Donation temporaire d'usufruit – Levier fiscal et philanthropique », *JCP N* 2013, n° 30-34, p. 43.

**GRZEGORCZYK Christophe**, « Le droit comme interprétation officielle de la réalité », *Droits* 1990, n° 11, p.31 ; « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? », *In Archives de philosophie du droit – Les biens et les choses en droit*, t. 24, 1979, p. 259.

**GUICHARD Michel et STEMMER William**, « Cession d'immeuble, transmission d'entreprise et TVA », *JCP N* 2006, n°49, p. 2157.

**HABIB Laurent**, « L'impur objet de la science du droit », *Droits* 1990, n°11, p. 93.

**HALLOUIN Jean-Claude**, « Location et usufruit : parenté ou extranéité ? » et « Les nouvelles

possibilités d'anticipation successorale », *In La location d'actions et de parts de SARL, La réforme du droit des successions et la transmission des entreprises - Etudes réunies par Jean-Claude HALLOUIN, Hervé CAUSSE et Joël MONNET, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales – Université de Poitiers, LGDJ, 2008, p. 25 et p. 107.*

**HAMEL Joseph**, « 1° Introduction », *RIDC 1954*, vol. 6, n° 3, p. 554.

**HANNECART-WEYTH Wanda**, « Donation-partage d'entreprise : l'attributaire de soulte ne peut bénéficier du paiement fractionné ou différé des droits de mutation au taux de 0,01 % ! », *RJPF 2013*, n° 4, p. 45.

**HENDY George R. et RENNO Karim**, « L'oppression : un affaire de famille », *In L'entreprise familiale : évolution et transmission – Les Journées MAXIMILIEN-CARON 2004*, Textes réunis par Stéphane ROUSSEAU, Université de Montréal, Éd. Thémis, 2005, p. 106.

**HEUZÉ Vincent**, « La volonté en droit international privé », *Droits – La volonté*, n° 28, 1999, p. 111.

**HOHL Bertrand**, « Quelles applications pratiques ? », *RLDC 2007*, n° 40, p. 68.

**HOUIN-BRESSAND Caroline**, « La protection du patrimoine de l'entrepreneur : solutions non sociétaires », *RLDA 2011*, n° 57, p. 79.

**HOVASSE Henri**, « Les alternatives au démembrement de propriété », *JCP N 2012*, n° 36, p. 41 et *Dr. Soc. 2009*, n° 5, p. 22 ; « L'actualité de la taxation des plus-values lors de la transmission d'entreprise », *In Etudes réunies par Jean-Claude HALLOUIN, Hervé CAUSSE et Joël MONNET, La location d'actions et de parts de SARL, La réforme du droit des successions et la transmission des entreprises, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales – Université de Poitiers, LGDJ, 2008, p. 121 ; « De la liberté statutaire dans les SAS : comment démembrer des actions sans constituer un usufruit ? », *Dr. Soc. 2006*, n° 12, p. 1 ; « La transmission de l'entreprise dans la loi pour l'initiative économique », *Dr. et Patr. 2003*, n° 20, p. 58 ; « Le démembrement des droits sociaux », *Act. Prat. 1994*, n° 15.*

**HO YEN Philippe**, « Les enjeux fiscaux de la cession d'entreprise », *In Transmission des entreprises – Actes du colloque du 12 et 13 novembre 2009 - Université de la Réunion, LPA 2012*, n° 108, p. 43.

**HUBLLOT Guillaume**, « Réforme des successions : Libéralités résiduelles, graduelles : impacts civils et fiscaux », *JCP N 2006*, n° 36, p. 1555, 1280.

**HUMBERT Jean-François**, « Les mandats », *RLDC 2006*, p. 16.

**HUMMEL Jacky**, « La volonté dans la pensée juridique de Jhering », *Droits – La volonté*, n° 28, 1999, p. 71.

**IMBERDIS Roger**, « Démembrement du droit de propriété d'un immeuble – Un cas de métépsychose comptable », *JCP E 2010*, n° 5, p. 25.

**INFOREG**, « Comment assurer la pérennité d'une SARL à la suite du décès brutal de son dirigeant ? », *Cah. Dr. Ent. 2009*, n° 1, p. 53.

**JACOB Nicolas**, « La contestation de l'entreprise », *Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise – Études à la mémoire du Doyen Pierre AZARD*, Éd. Cujas, 1980, p. 137.

**JADAUD Bernard**, « Le régime juridique de la fiducie », *LPA 2009*, n° 115, p. 4.

**JEANTIN Michel**, « La transmission universelle du patrimoine d'une société », *In Les activités et les biens de l'entreprise - Mélanges offerts à Jean DERRUPPÉ*, Litec, 1991, p. 54.

**JOUANJAN Olivier**, « La volonté dans la science juridique allemande du XIX<sup>e</sup> siècle : itinéraires d'un concept, entre droit romain et droit politique », *Droits – La volonté*, n° 28, 1999, p. 47.

**JOURDAIN-THOMAS Fabienne**, « Le mandat posthume », *JCP N 2012*, n° 49, p. 86.

**JOURDAIN-THOMAS Fabienne et SCHILLER Sophie**, « Quels pouvoirs peuvent être accordés à un mandataire à effet posthume ? », *JCP N 2013*, n° 36, p. 40.

**JULIEN SAINT AMAND Pascal**, « Le renforcement du champ d'application de l'attribution préférentielle », *JCP N 2006*, 1300, p. 1658.

**JULIENNE Frédérique**, « L'usufruitier, l'ISF et l'obligation aux travaux », *Dr. et Patr. 2012*, n° 218, p. 32 ; « La gestion des biens pour autrui (Contribution à l'élaboration d'une théorie générale) », *Revue de la Recherche Juridique – Droit Prospectif 2008*, n°3, p. 1323.

**KACZMAREK Laurent**, « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », *D. 2009*, n° 27, p. 1845.

**KADDOUCH Renée**, « L'usufruit des droits sociaux, technique de transfert du droit de vote », *BJS 2004*, n° 2, p. 189.

**KALINOWSKI Georges**, « Trois notions de droit », *Droits 1989*, n° 10, p. 43.

**KAN-BALIVET Béatrice**, « Les clés du contrat de fiducie-gestion », *Dr. et Patr. 2009*, n° 185, p. 70.

**KESSLER Guillaume**, « L'affectation du patrimoine en droit comparé », *In Le patrimoine de l'entrepreneur individuel : un régime juridique en mutation – Colloque du 16 Avril 2010 – Corse, RLDA 2010*, n° 50, p. 60.

**KOERING-JOULIN Renée et SCHMIDT Dominique**, « L'article 163, alinéa 1, de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales », *Mélanges en l'honneur de Daniel BASTIAN – Droit des sociétés*, t. 1, Litec, 1974, p. 135.

**KOURALEVA Polina**, « L'usufruit, démembrement du droit de propriété ? », *LPA 2009*, n° 122, p. 6

**KRIEG Alfred**, « Usufruit », *Rép. civ.*, 1990.

**KUHN Céline**, « La mission du fiduciaire », *Dr. et Patr. 2008*, n° 171, p. 52 ; « Une fiducie française », *Dr. et Patr. 2007*, n° 158, p. 32.

**LAFOND Jacques**, « Cession de bail commercial et clause de solidarité », *JCP E 2004*, n° 30, p. 1190.

**LAJARTE Camille**, « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *RLDC 2009*, n° 60, p. 71.

**LANDES Jean-Louis**, « La gestion du patrimoine d'autrui », *JCP N 2013*, n° 29, p. 21.

**LARROUMET Christian**, « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques. », *D. 2007*, p. 1350.

**LAUGIER-TAILLARD Nathalie**, « L'anticipation judiciaire du risque de défaillance économique

après l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *LPA 2009*, n° 184, p. 3.

**LAURENT Julien**, « Les mutations non translatives – À propos de l'EIRL », *Dr. et Patr. 2012*, n° 220, p. 48 et n° 219, p. 40.

**LE BAYON Alain**, « L'usufruit de parts sociales », *Rev. Soc. 1973*, p. 435.

**LE BERRE Hugues**, « La jurisprudence et le temps », *Droits – Temps, interprétation et droit*, n° 30, 2000, p. 71.

**LEBLOND Jean**, « Des droits respectifs du nu-proprétaire et de l'usufruitier dans les bénéfices, les réserves, les remboursements et amortissements de capital, ainsi que dans les augmentations de capital en numéraire ou par incorporation de réserves », *Gaz. Pal. 1956*, II, p. 1.

**LE CALVEZ Jacques**, « Les incertains contours du patrimoine de l'entrepreneur individuel », *D. 2000*, chron. 151 ; « L'usufruit de valeurs mobilières de capitalisation (ou les bois taillis du XX<sup>e</sup> siècle ?) », *D. 1994*, chron. p. 125.

**LE CANNU Paul**, « Les actes portant cession d'actions au sens de l'article 726 du CGI », *BJS 1989*, p. 663, § 244.

**LE GALL Jean-Pierre.**, « Apport partiel d'actif et transmission universelle du patrimoine : Perspectives économiques », *In Perspectives du droit économique : Dialogues avec Michel JEATIN*, Dalloz, 1999, p. 259.

**LÉCUYER Hervé**, « Transmission anticipée du patrimoine et allongement de la durée de vie – Comment concilier l'inconciliable ? », *JCP N 2013*, n° 9-10, p. 49. « Entreprise et famille », *Gaz. Pal. 2011*, n° 138-139, p. 51 ; « Introduction - Les outils de protection du patrimoine de l'entrepreneur », *Dr. et Patr. 2010*, n° 190, p. 38 ; « Redéfinir et définir les biens ? », *JCP G déc. 2007*, HS n° spécial, p. 50 ; « Usufruit et portefeuille de valeurs mobilières », *Dr. et Patr. 2005*, n° 137, p. 57 ; « Pactes de préférence : retour en grâce ? », *Dr. Soc. 2006*, n° 7, p. 1.

**LEDAN Jessica**, « Nouveau regard sur la notion d'associé », *Dr. Soc. Oct. 2010*, p.7.

**LE FUR Anne-Valérie**, « « Concilier l'inconciliable » : réflexions sur le droit de vote de l'actionnaire », *D. 2008*, n° 29, p. 2015.

**LE GUIDECE Raymond**, « Le patrimoine affecté de l'EIRL et le droit des successions », *Deffrénois 2011*, n° 6, p. 599 ; « Le redéploiement des donations-partages », *JCP N 2008*, n° 29, p. 42 ; « Les libéralités-partages », *D. 2006*, n°37, p. 2584 ; « La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, vue panoramique », *JCP G 2006*, I, n° 30, doct. 160, p. 1489.

**LE GUIDECE Raymond et CHABOT Gérard**, *Rép. civ.*, « Successions (1<sup>o</sup> dévolution) », 2009.

**LE MAZIER J.-P.**, « La protection de l'acquéreur de fonds de commerce », *Deffrénois 1990*, p. 271.

**LENHOF Jean-Baptiste**, « Réforme des successions et libéralités, aspect de droit des sociétés », *LH PG*, n° 227.

**LEPROVAUX Jérôme**, « Les pouvoirs du mandataire dans le mandat à effet posthume », *LPA 2012*, n° 182, p. 59.

**LEPROVAUX Jérôme, DELEROT Maxime et MERCIER Vanessa**, « L'impact de la réserve

héritaire sur la réalisation des libéralités graduelles et résiduelles », *Dr. et Patr.* 2005, n° 175, p. 28.

**LEROND Sylvie et DUMONT Grégory**, « Transmission d'entreprise et mandat à effet posthume », *Opt. Fin.* 2008, n°1003, p. 26.

**LEROND Sylvie et NAULEAU Samuel**, « Fiducie et société civile : des outils complémentaires », *Dr. et Patr.* 2012, n° 212, p. 62.

**LEROY Michel**, « Le passif fiduciaire », *Dr. et patr.* 2008, n° 171, p. 58.

**LEROYER Anne-Marie**, « Réforme des successions et libéralités », *RTD Civ.* 2006, p. 612.

**LETELLIER Hugues**, « La fiducie, outil de protection des majeurs vulnérables », *Dr. et Patr.* 2012, n° 212, p. 53 ; « Les insuffisances de l'EURL - Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EURL) », *Dr. et Patr.* 2010, n° 191, p. 73 ; « Les avantages de l'EURL - Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EURL) », *Dr. et Patr.* 2010, n° 191, p. 77.

**LEVENEUR Laurent**, « Les enjeux de la transmission entre générations – Du don pesant au dû vindicatif – Conclusion », Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ et Christine CHOAIN (éds), *Les enjeux de la transmission entre générations – Du don pesant au dû vindicatif*, Préface de Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ et Conclusion de Laurent LEVENEUR, Presses Universitaires du Septentrion, 2005, p.181.

**LEVILLAIN Nathalie**, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N* 2006, n° 45, 1349, p. 1941 ; « Loi du 23 juin 2006 : principales nouveautés relatives aux successions », *JCP N* 2006, n° 26, p. 1231.

**LIBCHABER Rémy**, « Feu la théorie du patrimoine », *BJS* 2010, n° 4, p. 316 ; « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1<sup>re</sup> partie) », *Deffrénois* 2007, n° 15, art. 38631, p. 1094 ; « Une fiducie française, inutile et incertaine... », *In Liber amicorum – Mélanges en l'honneur de Philippe MALAURIE*, Deffrénois, 2005, p. 303 ; « Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux », *Mélanges en l'honneur de Yves GUYON – Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003 ; « L'usufruit de créances existe-t-il ? », *RTD civ.* 1997, p. 615 ; « Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens ? », *Deffrénois* 1997, I, 36464, p.65.

**LIKILLIMBA Guy-Auguste**, « Les facteurs locaux de commercialité », *Gaz. Pal.* 2005, n° 214, p. 11.

**LOMBOIS Claude**, « De l'autre côté de la vie », *In Écrits en hommage à Gérard CORNU – Droit civil, procédure, linguistique juridique*, PUF, 1994, p. 285.

**LUCAS François-Xavier**, « Être ou ne pas être associé », *BJS* 2011, n° 12, p. 941 ; « Défense et illustration de l'EURL - Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EURL) », *Dr. et Patr.* 2010, n° 191, p. 67 ; « Les dangers de l'EURL - Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EURL) », *Dr. et Patr.* 2010, n° 191, p. 80.

**LUCAS DE LEYSSAC Marie-Paule**, « L'article 607 du Code civil », *RTD civ.* 1978, p. 757.

**LUCET Frédéric**, « La remise en cause des transmissions de patrimoine », *Deffrénois* 1995 n°4, art. 36012, p. 209 ; « L'entreprise indivise à la merci des créanciers personnels de chaque indivisaire », *In*

*Mélanges offerts à Jean DERRUPÉ – Les activités et les biens de l'entreprise*, Litec, 1991, p. 315.

**LUZU Fabrice**, « Pratique des mandats à effet posthume », *JCP N 2009*, n° 52, p. 26.

**LUZU Fabrice et LE GALL Nathalie**, « Transmettre sur plusieurs générations », *Dr. et Patr. 2012*, n° 217, p. 50 et *RLDC 2012*, n° 95, p. 75 ; « Transmettre dans les familles recomposées ou l'art du compromis », *JCP N 2012*, n° 26, p. 31.

**LYON-CAEN Gérard et LYON-CAEN Antoine**, « La « doctrine » de l'entreprise », *In Dix ans de droit de l'entreprise*, avant-propos Jean-Marc MOUSSERON et Bernard TEYSSIE, Librairies techniques, 1978, p. 599.

**MABRU Jean-Philippe**, « L'entreprise face à l'indivision successorale », *Dr. et Patr. 1993*, n° spécial, p. I.

**MADÉLIN Alain**, « La transmission, enjeu de compétitivité des entreprises », *In Transmissions d'entreprises, Enjeux et Perspectives – Actes du Colloque « Transmettre l'entreprise, 1995-2000 » du 19 janvier 1995, réalisé par R.P. Grandes Ecoles, Dr. et Patr. déc. 1995*, HS, p. 19.

**MAHINGA Jean-Grégoire**, « Qu'est-ce qu'une donation-partage ? », *LPA 2013*, n° 117, p. 15.

**MAHOT DE LA QUÉRANTONNAIS Yves et GUILBERT Pierre-Alain**, « La fiducie au service de la gestion et de la transmission du patrimoine », *DJF 2012*, n° 137, p. 56.

**MALAUURIE Philippe**, « La réforme des successions et libéralités », *Defrénois 2006*, art. 38482 ; « Examen critique du projet de loi portant réforme des successions et libéralités », *Defrénois 2005*, art. 38298, p. 1966.

**MALECKI Catherine**, « La gouvernance éclairée », *RLDA 2007*, n° 18 – sup., p. 21.

**MALLET Éric**, « Création de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *JCP N 2010*, n° 25, p. 3 ; « Mandat à effet posthume », *JCP N 2006*, n° 49, p. 2134, 1372.

**MALLET-BRICOUT Blandine**, « Le fiduciaire propriétaire ? », *JCP E 2010*, n° 8, p. 19, 1191.

**MAUSS Marcel**, « Essai sur le don », *In Sociologie et anthropologie*, 1960, PUF, 12<sup>ème</sup> éd., 2010.

**MARCADAL Barthélémy**, « La notion d'entreprise », *Mélanges offerts à René SAVATIER*, Dalloz, 1965, p.9.

**MARGUÉNAUD Jean-Pierre**, « Transmission transgénérationnelle et droit européen », Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ et Christine CHOAIN (éds), *Les enjeux de la transmission entre générations – Du don pesant au dû vindicatif*, Préface de Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ et Conclusion de Laurent LEVENEUR, Presses Universitaires du Septentrion, 2005, p. 161.

**MARIANI-RIELA Marie-Christine**, « Le devenir des mesures de protection du patrimoine individuel en cas de procédure collective », *In Le patrimoine de l'entrepreneur individuel : un régime juridique en mutation – Colloque du 16 Avril 2010 – Corse, RLDA 2010*, n° 50, p. 57.

**MARINI Philippe**, « Bilan et perspectives d'évolution », *RLDC 2007*, n° 40, p. 71.

**MARTIN Didier**, « Usufruit et propriété de droits sociaux », *D. 2009*, n° 36, p. 2444 ; « La coopération conjugale dans l'entreprise familiale », *D. 1982*, chron. p. 293 ; « La transmission de l'entreprise face au droit patrimonial de la famille », *In La transmission des entreprises – Enjeux et*

*Perspectives – Secondes Journées René SAVATIER (Poitiers, 17 et 18 Mars 1988)*, PUF, 1989, p. 43.

**MATHIEU Jean-Michel**, « « Je renonce donc... je transmets ». La renonciation comme mode d'optimisation de la transmission », *JCP N 2012*, n° 49, p. 58.

**MATHIEU Michel**, « Transmission de l'entreprise à un tiers par le moyen d'une donation-partage », *JCP N 1988*, Prat. 621 et *JCP N 1990*, Prat. 1424.

**MATHIEU Marie-Élisabeth**, « Vers un contrat de fiducie dans le Code civil », *Dr. et Patr. 2007*, n° 156, p. 22.

**MAUBRU Bernard**, « La donation-partage avec soulte : un mode de transmission de l'entreprise individuelle », *JCP N 1989*, I, p. 17 ; « Entreprises familiales et sociétés », *Defrénois 1984*, art. 33192, p. 65.

**MÉGRET Jean**, « Sort du bail soumis au statut des baux ruraux au décès du preneur », *Gaz. Pal. 1971*, I, p. 379.

**MEKKI Mustapha**, « Le patrimoine aujourd'hui », *JCP N 2011*, n° 51-52, p. 37 et *JCP G 2011*, n° 46, p. 2252.

**MESSONNIER Louis**, « La loi portant réforme des successions et libéralités du 23 juin 2006, une réforme manquée ? », *LPA 2008*, n° 127, p. 7.

**MESTRE Jacques**, « Quelques éclairages récents sur le rôle du juge dans la vie des sociétés », *RLDA 2009*, n°40, p. 14.

**MICHAUT Françoise**, « Vers une conception postmoderne du droit. La notion de droit chez Ronald Dworkin », *Droits 1990*, n°11, p. 107.

**MIGNOT Marc**, « La notion de bien – Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif 2006*, n° 4, p. 1805.

**MIKALEF-TOUDIC Véronique**, « L'effet de la renonciation anticipée sur le rapport », *LPA 2012*, n° 182-183, p. 47.

**MILLERAND Arthur**, « La maîtrise des actions en justice en présence d'usufruit sur droits sociaux dans les sociétés commerciales », *Dr. Soc. 2013*, n° 4, p. 2.

**MISRAHI Robert**, « Le désir, le droit et la liberté véritable dans la philosophie de Spinoza », *Droits – La volonté*, 1999, n° 28, p. 129.

**MOLINIER Juliette**, « Une manne pour le nu-propriétaire », *JCP N 2010*, n° 14, p. 39, 1169.

**MONASSIER B. et SOREAU P.-A.**, « Transmission d'entreprise : la divine surprise », *Les Échos*, 6 juill. 2005.

**MONÉGER Joël**, « Le mot de la fin », *JCP N 2006*, 1308, p. 1685.

**MONNET Joël**, « La continuation de l'entreprise par un héritier », *In Etudes réunies par Jean-Claude HALLOUIN, Hervé CAUSSE et Joël MONNET, La location d'actions et de parts de SARL, La réforme du droit des successions et la transmission des entreprises, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales – Université de Poitiers*, LGDJ, 2008, p. 75 ; « Droit des sociétés et réforme du droit des successions - dispositions spécifiques », *Dr. Soc. 2007*, Repère n°3.

**MONSÉRIÈ-BON Marie-Hélène**, « EIRL, EURL, quelques éléments de réflexion sur la loi numéro 2010-658 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *RJC 2010*, n° 5, p. 460.

**MONSÉRIÈ-BON Marie-Hélène, KALFLÈCHE Grégory, MACORIG-VENIER Francine et SORBARA Jean-Gabriel**, avec la collaboration des doctorants de *l'institut Maurice Hauriou et du centre de droit privé des affaires*: Sophie ATSARIAS, Myriam CAZAJUS, Marie DAËRON, Mathilde DOLS, Marion DUEDRA, Hélène DURAND, Eugénie FABRIÈS-LECÉA, Amélie MAUREL, Hélène POUJADE, Jean-François GIACUZZO, Maxime BOUL, « Le dépassement des liens entre personne et patrimoine- analyse comparée droit privé/droit public », *In Le dépassement de la personnalité juridique : traditions et évolutions*, In Les Travaux de l'IFR, Mutation des Normes juridiques, n°14, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2013, p. 253.

**MONSÉRIÈ- BON Marie-Hélène et MROZ Hubert**, « Les montages de LBO : Présentation, réalisation, fiscalité », *In La disparition du chef d'entreprise : Anticiper, gérer, transmettre – Actes du colloque de la FNDE du 1<sup>er</sup> Avril 2011 à Montpellier*, LexisNexis, 2012, p. 99.

**MORAND Charles Albert**, « Structures temporelles de la loi », *In Le temps et le droit – Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit*, Nice 2000, Editions Serre-Nice, 2002, p. 57.

**MORAND de JOUFFREY Marie-Hélène**, « 95<sup>E</sup> Congrès des notaires de France – Marseille, 9-12 mai 1999 – Demain la famille, La remise en cause de l'anticipation successorale par la naissance et le prédécès d'un enfant », *JCP N 1999*, n°13, p. 555.

**MORIN Georges**, « L'ouverture de la donation-partage à des personnes n'ayant pas la qualité d'enfants ou de descendants du disposant », *Deffrénois 1988*, art. 34152, p. 145.

**MORTIER Renaud**, « Vingt ans de stratégies fondées sur l'usufruit », *Dr. et Patr. 2011*, n° 204, p. 46.

**MORTIER Renaud et LE MENTEC Franck**, « Fiscalité de la fiducie : la neutralité à tout prix », *Dr. et Patr. 2008*, n° 171, p. 82.

**MOSCATI Laura**, « Voyage dans le temps : les journaux inédits de Friedrich Carl Von Savigny », *In Le temps et le droit, Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit, Nice 2000*, Editions Serre-Nice, 2002, p. 183.

**MOUSSERON Pierre**, « Rapport de synthèse : opportunité, sécurité, efficacité », *In Transmission des entreprises – Actes du colloque du 12 et 13 novembre 2009 – Université de la Réunion, LPA 2012*, n° 108, p. 53 : « Les facteurs juridiques dans l'évaluation des droits sociaux », *Revue de jurisprudence Droit des Affaires 2006*, n°3, p. 199 ; « Du démembrement des droits sociaux au démembrement des flux sociaux », *BJS 2005*, n° 4, p. 465.

**NAUDIN Estelle**, « Les évolutions de la transmission du patrimoine privé », *Dr. et Patr. 2012*, n° 216, p. 89 ; « Décret du 22 décembre 2008 : Retour sur la distinction entre les actes d'administration et les actes de disposition », *BJS 2009*, n° 6, p. 534.

**NAUDIN Estelle et IWANESCO Marc**, « La donation transgénérationnelle, une alternative à la

donation par le nu-proprétaire de la nue-proprété », *JCP N 2012*, n° 49, p. 51.

**NICOD Marc**, « Donation-partage ou donation simple : de l'importance de la volonté réparatrice », *RLDC 2013*, n° 106, p. 47 ; « Libéralités graduelles et résiduelles : quelques difficultés d'application », *JCP N 2008*, n° 29, 1249, p. 39 ; « Le réveil des libéralités substitutives : les libéralités graduelles et résiduelles du Code civil. – A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. Fam. 2006*, n° 45, p. 14 ; « Le nouveau droit des libéralités : une modernisation en douceur », *AJDF 2006*, p. 346 ; « L'anticipation de la succession », *JCP N 2006*, n°12, p. 607 ; « L'anticipation de la succession », *JCP N 2006*, 1136 ; « Les dispositions transitoires et interprétatives de la loi du 23 juin 2006 », *D. 2006*, n°37, p. 2587.

**NOTTÉ Gérard**, « Loi numéro 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », *JCP E 2006*, n° 27, p. 1201.

**OMARJEE Imran**, « Pouvoirs du mandataire à effet posthume : administrer et gérer ne signifient pas disposer ou empêcher de disposer ! », *RLDC 2010*, n° 75, p. 55.

**OPPETIT Bruno**, « Le droit hors la loi », *Droits 1989*, n° 10, p. 47 ; « Les cessions de droits sociaux emportant le transfert de contrôle d'une société : essai de synthèse », *Rev. Soc. 1978*, p. 631.

**OST François**, « Les multiples temps du droit », *In Le droit et le futur – Colloque 3, 4 et 5 novembre 1983*, Paris – Association française de philosophie du droit, Paris II, PUF, 1985, p. 115.

**OST François et VAN DE KERCHOVE Michel**, « « *Juris-dictio* » et définition du droit », *Droits 1989*, n° 10, p. 53.

**PACLOT Yann**, « La gouvernance dévoyée », *RLDA 2007*, n° 18 – sup., p. 18 ; « Repenser l'attribution de droits de vote en cas de démantèlement de droits sociaux », *JCP E 2006*, 1251 ; « Remarques sur le démembrement des droits sociaux », *JCP E 1997*, I, 674.

**PAILLUSSEAU Jean**, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIème siècle », *D. 2003*, 324, n°59 ; « Le big bang du droit des affaires à la fin du XXe siècle ( ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires) », *JCP G 1988*, I, n°3330 ; « La transmission des entreprises », *RJC 1988*, p. 162 ; « Qu'est-ce que l'entreprise? », *In L'entreprise, nouveaux apports - Travaux de la Faculté des Sciences juridiques de Rennes*, Economica, Paris, 1987, p. 11.

**PANDO Annabelle**, « L'Association française des fiduciaires veut promouvoir la fiducie en France », *LPA 2012*, n° 48, p. 3 ; « La mise en réserve des bénéficiaires votée par l'usufruitier de parts sociales en constitue pas une donation indirecte aux nus-proprétaires », *LPA 2009*, n° 114, p. 4 ; « Une fiducie française bientôt disponible pour les entreprises », *Dr. et Patr. 2007*, n°155, p. 6 ; « Transmission d'entreprise », *Dr. et Patr. 2006*, n°152, p.6.

**PARAIN-VIAL J.**, « La nature du concept juridique et la logique », *Archives de philosophie du Droit – La logique du droit*, t. 11, 1966, n°11, p. 45.

**PATARIN Jean**, « Obligation et contribution du conjoint donataire d'usufruit universel ou à titre universel à une dette successorale consistant en un rente viagère (art. 612 c.civ.) », *RTDciv. 1999*, p. 449 ; « L'impossible perfection, ou les vicissitudes de l'égalité dans le partage », *In Mélanges offerts à*

*André COLOMER*, Litec, 1993, p. 335 ; « La loi du 19 décembre 1961 tendant à éviter le morcellement des biens dans les partages de succession et de communauté », *Defrénois 1962*, art.28169 ; « Egalité, finalité économique et finalité sociale dans la loi du 19 décembre 1961 », *RTDciv. 1962*, 421 ; « Le maintien forcé dans l'indivision », *Defrénois 1962*, art. 28169, p. 3.

**PAUL Étienne et TROUSSET Jean-Louis**, « De l'héritier associé malgré lui », *JCP E 2001*, n° 24, p. 984.

**PAYNOT- ROUSSILLOIS Anne**, « Personnalité morale et volonté », *Droits – La volonté*, n° 28, 1999, p. 17.

**PAYS Bruno**, « Clientèles et fonds de commerce », *Ann. Loyers. 2012*, n° 23, p. 407 ; « Travaux immobiliers et démembrement de propriété », *Ann. Loyers 2012*, n° 7, p. 1048.

**PELIZZA Laurent**, « Protection des biens personnels de l'entrepreneur individuel et droit des créanciers : vers quel équilibre? 2ème volet : la redéfinition pratique du droit des créanciers de l'entrepreneur individuel », *In Le patrimoine de l'entrepreneur individuel : un régime juridique en mutation Colloque du 16 Avril 2010 – Corse, RLDA 2010*, n° 50, p. 54.

**PENE VIDARI Gian Savino**, « Le temps et le texte – Quelques notes à propos du Statuto albertino », *In Le temps et le droit – Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit*, Nice 2000, Editions Serre-Nice, 2002, p. 159.

**PÉRINET-MARQUET Hugues**, « Usufruit », *chron.*, *JCP N 2013*, n° 18, p. 25 et « Droit des biens », *chron.*, *JCP G 2013*, n° 15, p. 740.

**PERROTIN Frédérique**, « Un nouvel outil patrimonial : Le mandat de protection future », *LPA 2009*, n° 232, p. 3.

**PETERKA Nathalie**, « Enjeux et principales difficultés de la gestion du patrimoine d'autrui », *JCP N 2013*, n° 29, p. 23 ; « Les libéralités graduelles et résiduelles, entre rupture et continuité », *D. 2006*, n° 37, p.2580 ; « La transmission d'entreprise dans la réforme des successions et libéralités », *Rev. Dr. banc. 2006*, n°5, p.45.

**PETRONI-MAUDIÈRE Nicole**, « Transmettre dans les familles recomposées : aux enfants, au nouveau conjoint », *LPA 2012*, n° 182, p. 72 ; « L'usufruit temporaire », *LPA 2011*, n° 99, p. 38.

**PEYRAMAURE Ph. et DU PARC J.**, « Les incidents liés à la transmission », *RJC 2001*, n°4, n° spé., p.73.

**PFERSMANN Otto**, « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits – La volonté*, n° 28, 1999, p. 83.

**PHÉLIZON Constance**, « L'impact des offres publiques sur la richesse des actionnaires : une étude des anticipations des agents selon le motif de l'acquisition », *Rev. éco. fin. 2001*, n°61, p. 139.

**PICARROUGNE Nathalie et DHENNEQUIN Éric**, « La fiducie comme outil d'organisation de l'actionnariat », *Dr. et Patr. 2012*, n° 212, p. 66.

**PIEDELIEVRE Stéphane**, « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée », *Defrénois 2010*, n° 13, p. 1417 ; « Fruits », *Rép. civ.*, Dalloz, Mars 2006 ; « Les fruits et les revenus en droit patrimonial

de la famille », *Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif* 1994, p. 75.

**PIERRE Jean-Luc**, « Quelles neutralité fiscale pour la fiducie ? », *Dr. et Patr.* 2009, n° 185, p. 95 ; « L'entreprise à patrimoine affecté : la résurgence d'un serpent de mer », *JCP E* 2009, n° 51-52, p. 10 ; « Fiscalité des structures d'entreprises », *Dr. Soc.* 2006, n° 2, p. 32 ; « Fiscalité des structures d'entreprises », *Dr. Soc.* 2006, n° 1, p. 36 ; « Fiscalité des structures d'entreprises », *Dr. Soc.* 2005, n° 12, p. 49.

**PILLANT A.**, « La transmission des cabinets libéraux », *RJC* 2001, n°4, n° spé., p.105.

**PIETRANCOSTA Alain**, « Usufruit de droit des sociétés », *Dr. et Patr.* 2005, n° 137, p. 63.

**PILLEBOUT Jean-François**, « À propos de la renonciation anticipée à l'action en réduction ; Une fâcheuse controverse », *JCP N* 2008, n° 11, p. 4 ; « Réflexions sur le droit d'usufruit », *JCP N* 1977, p. 173.

**PINEAU Pascal**, « Civil et fiscal en partage », *Dr. Patr.* 2013, n° 227, p. 20.

**PLAGNET Bernard**, « Le « patrimoine fiscal » des entreprises individuelles », *Bull. fisc.* 1996, n° 6, p. 319 ; « Les politiques fiscales de transmission d'entreprises », *In La transmission d'entreprise : enjeux et perspectives*, Travaux de la faculté de droit de Poitiers, 1989, p.121.

**POITRINAL François-Denis**, « Cessions d'entreprises, les conventions de *earn out* », *JCP E* 1999, n° 1, p.18.

**POLLAUD-DULIAN Frédéric**, « Le patrimoine et les biens qui le composent », *In Propositions de l'Association Henri CAPITANT pour une réforme du droit des biens*, Sous la direction de Hugues PÉRINET-MARQUET, Retranscription du Colloque de Paris du 12 novembre 2008, Litec, 2009, p. 15.

**PORRACHIA Didier**, « La réception juridique des montages conçus par les professionnels », PUAM, 1998.

**POUSSON Alain**, « Cession d'entreprise et relations du travail », *In Actes du Colloque Toulouse 1, 2 avril 1992 – L'évolution de la cession d'entreprise*, CDA, p. 133.

**PRIEUR Jean**, « EIRL ou société : quels critères de choix?- Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL) », *Dr. et Patr.* 2010, n° 191, p. 64 ; « Les limites de l'EIRL - Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL) », *Dr. et Patr.* 2010, n° 191, p. 78 ; « La réforme des successions et des libéralités – Quels enjeux pour la transmission de l'entreprise familiale ? – Colloque université Paris-Dauphine, 27 juin 2006 », *JCP N* 2006, n° 38, 1296, p. 1645 ; « Patrimoine professionnel : méthode et perspectives », *JCP N* 2002, n° 1646, p. 1644.

**PRIEUR Jean et CLERMON Marceau**, « La gestion de l'entreprise par un mandataire », *JCP N* 2006, n° 38, p. 1647, 1297.

**PRIEUR Jean, SCHILLER Sophie, REVET Thierry et MORTIER Renaud**, « L'usufruit de droits sociaux – Quelle place pour la liberté contractuelle ? », *JCP N* 2010, n° 23, p. 32.

**PONTON-GRILLET Dominique**, « Les aspects fiscaux de la relation entre usufruitier et nu-

propriétaire », *D.* 1989, I, p. 250.

**PORNIN Éric**, « Notion de participation et incertitudes du démembrement sur les droits sociaux », *Dr. et Patr.* 2010, n° 189, p. 83.

**PUIG Pascal**, « La fiducie et les contrats nommés », *Dr. et Patr.* 2008, n° 171, p. 68.

**RABREAU Anne**, « La disparition du chef d'entreprise : les aménagements sociétaires », *In La disparition du chef d'entreprise : Anticiper, gérer, transmettre – Actes du colloque de la FNDE du 1<sup>er</sup> Avril 2011 à Montpellier*, LexisNexis, 2012, p. 27 ; « La continuation de l'entreprise par un mandataire », *In La location d'actions et de parts de SARL, La réforme du droit des successions et la transmission des entreprises*, Etudes réunies par Jean-Claude HALLOUIN, Hervé CAUSSE et Joël MONNET, *Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales – Université de Poitiers*, LGDJ, 2008, p. 95.

**RAIBAUT Jacques**, « Une politique juridictionnelle : la prévention des difficultés des entreprises », *RPC* 2009, p. 73.

**RAISON A.**, « La transmission des entreprises par donation-partage », *Journ. Not.* 1988, art. 59250.

**RANDOUX Dominique**, « Une société très spécifique : l'E.U.R.L. », *JCP* 1985, II, p. 355.

**RANDOUX Nicolas et CAIGNAULT Priscille**, « Les fruits et revenus à l'épreuve du rapport », *JCP N* 2012, n° 22, p. 27.

**RAYNAUD Pierre**, « Les dettes de valeur en droit français », *In Allocutions prononcées à l'occasion de la remise de l'ouvrage - Mélanges offerts à Jean BRETHER DE LA GRESSAYE*, Bière, 1967, p. 611.

**RAYNOUARD Arnaud et JOURDAIN-THOMAS Fabienne**, « La fiducie, nouvel outil de gestion et de sûreté », *JCP N* 2010, n° 5, p. 45, 1063.

**REBATTET Philippe**, « Les aspects juridiques de la convention de démembrement dans le cadre d'une opération de démembrement immobilier », *RTDimm.* 2012, n° 4, p. 14.

**REBOUL-MAUPIN Nadège**, « La propriété affectée à un but particulier », *Pan., D.* 2007, n° 35, p. 1496.

**Rédaction**, « Anticiper une transmission d'entreprise », *NF* 2000, n° 827, p. 29.

**REGOURD Serge**, « La part du droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 55.

**RENAUT Alain**, « L'idée contemporaine du droit », *Droits* 1989, n° 10, p. 73.

**RENET Thierry**, « L'entreprise indivise », *In La disparition du chef d'entreprise : Anticiper, gérer, transmettre – Actes du colloque de la FNDE du 1<sup>er</sup> Avril 2011 à Montpellier*, LexisNexis, 2012, p. 53 ; « Introduction - Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EURL) », *Dr. et Patr.* 2010, n° 191, p. 54 ; « Rapport français – Les nouveaux biens », *In La propriété – Journées Vietnamiennes – Travaux de l'Association Henri CAPITANT* — t. LIII/2003, Société de législation comparée, 2006, p. 271.

**REYGROBELLET Arnaud**, « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés – Le cas du mandat à effet posthume », *JCP N* 2009, n° 52, p. 33.

**RIBEYRE Marie-Anne**, Introduction du Dossier « Démembrement : entre doutes et opportunités »,

*Dr. et Patr.* 2005, n° 137, p. 41.

**ROCHEDY Marc**, « L'EIRL, aspects fiscaux et comptables : le choix du patrimoine professionnel affecté », *In Le patrimoine de l'entrepreneur individuel : un régime juridique en mutation – Colloque du 16 Avril 2010, Corse, RLDA 2010*, n° 50, p. 62.

**ROCHFELD Judith**, « La fiducie spéciale ou le droit à deux vitesses », *RTDciv.* 2007, n° 2, p. 412.

**ROSE Laurent**, « Droit de vote et démembrement des titres sociaux. Peut-on priver le nu-proprétaire de ses droits de vote ? », *Gaz. Pal.* 2001, n° 243, p. 7.

**ROULAND Norbert**, « Penser le droit », *Droits* 1989, n° 10, p. 77.

**ROUSSEL Frédéric**, « Combinaison fiducie et entreprise à patrimoine affecté : le regard de l'entrepreneur », *JCP N* 2009, n° 52, p. 40.

**ROUSSEL Frédéric, LARCHER Marie-Christine, HOAREAU Olivier et DOBIGNY Anne**, « De la fiducie à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) », *JCP N* 2008, n° 37, p. 29, 1282.

**ROUSSEL Frédéric et MROZ Hubert**, « Les engagements de conservation de titres après la loi de finances pour 2009 – L'émergence d'un véritable « LBO familial » au service des PME et ETI », *JCP N* 2009, n° 10, p. 30.

**ROUSSEL Frédéric et VAN STEENLANDT Philippe**, « Le chef d'entreprise face au dilemme de la protection de son patrimoine », *JCP N* 2011, n° 9, p. 49 ; « La loi Novelli du 15 juin, le droit français de l'entreprise à l'heure du XXI<sup>ème</sup> siècle », *JCP N* 2010, n° 42, p. 31.

**RUBELLIN Pascal**, « La tontine infernale », *BJE* 2012, n° 5, p. 274.

**ST-CYR Louise**, « La relève dans l'entreprise familiale québécoise : défis et perspectives », *In L'entreprise familiale : évolution et transmission – Les Journées MAXIMILIEN-CARON 2004*, Textes réunis par Stéphane ROUSSEAU, Université de Montréal, Éd. Thémis, 2005, p. 6.

**SABIRAU-PEREZ Marie-Agnès**, « Le rôle de la clientèle dans le fonds de commerce », *Gaz Pal* 1998, p. 1313.

**SAGAUT Jean-François**, « Le mandat à effet posthume : regard notarial à destination des chefs d'entreprise », *Dr. et Patr.* 2007, n° 162, p. 62 ; « Les donations graduelles et résiduelles », *JCP N* 2006, 1388.

**SAINT-AMAND Julien et NEAU-LEDUC Philippe**, « Transmission familiale de l'entreprise et optimisation juridique et fiscale fondée sur la loi Dutreil », *JCP N* 2012, n° 49, p. 91.

**SAINT-MARC Gilles**, « Émission de *sukuk* en droit français : l'apport de la fiducie », *In La fiducie dans tous ses états – Journées nationales, t. XV, Paris-Est Créteil – Colloque du 15 avril 2010 – Association Henri CAPITANT*, Dalloz, 2011, p. 81.

**SAINTOURENS Bernard**, « L'instauration du statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée par la loi du 15 juin 2010 », *RTDcom.* 2010, n° 4, p. 681.

**SAUVAGE François**, « Le déclin de la réserve héréditaire précipité par la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* 2008, n° 29, p. 34 ; « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *AJDF* 2006, 355.

**SAVATIER René**, « Les aspects économiques du droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle », *Rev.*

*éco. fin.* 1953, Vol. 4, n° 1, p. 115.

**SAVOURÉ Bertrand**, « Opportunités du démembrement de la propriété immobilière », *Dr. et Patr.* 2005, n° 137, p. 79.

**SCHILLER Sophie**, « La fiducie : un excellent moyen de sécuriser les pactes d'actionnaires », *Dr. et Patr.* 2012, n° 212, p. 71 ; « Contraintes de répartition des pouvoirs dans l'entreprise », *Rev. Fisc. Patr.* 2012, n° 3, p. 154 ; « L'EIRL et les créanciers », *Dr. et Patr.* 2011, n° 202, p. 56 ; « L'évolution dans la composition du patrimoine affecté - Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL) », *Dr. et Patr.* 2010, n° 191, p. 84 ; « Quelle perméabilité contractuelle entre le patrimoine affecté et le patrimoine non affecté ? - Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL) », *Dr. et Patr.* 2010, n° 191, p. 88 ; « L'évaluation de la préférence », *Rev. Soc.* 2006, n° 1, p. 703 ; « La définition de l'entreprise au secours de la caution », *Rev. Dr. banc.* 2002, n° 3, p. 154.

**SCHILLER Sophie et FABRE Hubert**, « La protection de la société contre l'état de vulnérabilité de son dirigeant », *JCP N* 2012, n° 49, p. 81.

**SCHMIDT Jean**, « L'entreprise incomprise », *Aspects actuels de droit des affaires - Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 985.

**SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna**, « Les fictions en droit privé », *In Archives de philosophie du droit – Réformes du droit de la famille*, t. 20, Sirey, 1975, p. 273.

**SCHMITT Carl**, « Le droit comme unité d'ordre (« Ordnung ») et de localisation (« Ortung ») », *Droits* 1990, n°11, p.77 ; « Quelques remarques sur les droits de la minorité dans les cessions de contrôle », *D.* 1972, chron. 223.

**SCHNEIDER André**, « Le principe de la responsabilité et les notions de droit et de devoir : pour une responsabilité de l'anticipation », *Gaz. Pal.* 2008, n° 137, p. 4.

**SCHULTE-BRAUCKS Reinhard**, « La recommandation de la Commission européenne du 7 décembre 1994 », *In Transmissions d'entreprises, Enjeux et Perspectives – Actes du Colloque « Transmettre l'entreprise, 1995-2000 » du 19 janvier 1995, réalisé par R.P. Grandes Ecoles*, *Dr. et Patr.* 1995, n° 12, HS, p.17.

**SEBILLOTE-LEGRIS Judith et QUILICI Sandrine**, « Entreprise, indivision et démembrement de propriété », *JCP N* 2006, n°38, 1299, p. 1654 ; « L'acceptation à concurrence de l'actif net », *JCP N* 2006, 1298, p. 1652.

**SÉNÉCHAL Marc**, « Le patrimoine affecté à l'épreuve du droit des procédures collectives - Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL) », *Dr. et Patr.* 2010, n° 191, p. 89.

**SENNÉ Émile**, « « La propriété temporaire » : Un révélateur des caractères de la propriété », *Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif* 2005, n°4, p. 1821.

**SÉRIAUX Alain**, « Le futur contractuel », *In Le droit et le futur – Association française de philosophie du droit, Paris II – Colloque – 3 – 4 et 5 novembre 1983 – Paris*, PUF, 1985, p. 77.

**SERLOOTEN Claire**, « L'intérêt commun, fondement de l'évolution de l'usufruit des droits sociaux », *Rev. Soc.* 2013, n° 1, p. 7.

**SÈVE René**, « L'utilitarisme comme philosophie de l'avenir », *In Le droit et le futur – Association française de philosophie du droit, Paris II – Colloque – 3 – 4 et 5 novembre 1983 – Paris*, PUF, 1985, p. 49.

**TANDEAU-MARSAC Silvestre**, « La mise en oeuvre de l'affectation patrimoniale – Réflexions générales d'un praticien - Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL) », *Dr. et Patr.* 2010, n° 191, p. 82.

**TARRADE Pierre**, « Le régime général de l'usufruit », *In Propositions de l'Association Henri CAPITANT pour une réforme du droit des biens*, Sous la direction de Hugues PÉRINET-MARQUET, Retranscription du Colloque de Paris du 12 novembre 2008 Litec, 2009, p. 71.

**TAUDIN Louis**, « Mandat de protection future – Itinéraire sinueux d'une représentation », *JCP N* 2009, n° 52, p. 20.

**TEBOUL Georges**, « Cas particulier – la reprise d'une entreprise en difficulté : essai de mise en perspective entre les lois Jacob-Dutreil (PME) et Perben-Clément (sauvegarde) », *LPA* 2005, n° 154, p. 6 ; « Transmission d'entreprise et prévention », *RJC* 2001, n° 4, p. 89.

**TERRÉ François**, « La personne et ses patrimoines ou l'EIRL », *JCP E* 2011, n° 1-2, p. 43 ; « Une pyramide », *Droits* 1990, n° 11, p. 64 ; « Une synthèse », *In Le droit et le futur – Association française de philosophie du droit, Paris II – Colloque – 3 – 4 et 5 novembre 1983 – Paris*, PUF, 1985, p. 1.

**THALLER Edmond-Eugène**, « Si les bénéficiaires de commerce sont ou ne sont pas des fruits », *Ann. Dr. com.* 1896, p. 194.

**THÉRY Philippe**, « Le passif, Situation générale - Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL) », *Dr. et Patr.* 2010, n° 191, p. 85.

**THOMAT-RAYNAUD Anne-Laure**, « Patrimoine ou patrimoines ? », *Les patrimoines affectés – Actes du colloque du 27 avril 2012 à Toulouse*, Presses Universitaires Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 13 ; « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : naissance d'une nouvelle catégorie de personne physique ? », *Dr. Fam.* 2011, n° 5, p. 22 ; « Protection des biens personnels de l'entrepreneur individuel et droit des créanciers : vers quel équilibre? 1er volet : la redéfinition du droit des créanciers de l'entrepreneur individuel », *In Le patrimoine de l'entrepreneur individuel : un régime juridique en mutation Colloque du 16 Avril 2010 – Corse*, *RLDA* 2010, n° 50, p. 51.

**TISSERAND-MARTIN Alice**, « La nouvelle dynamique des donations-partages », *AJDF* 2006, 349.

**TORCK Stéphane**, « Les alternatives à l'EIRL », *RLDC* 2010, n° 77, p. 90.

**TOUJAS Georges**, « Du démembrement du fonds de commerce », *JCP CI* 1943, I, 386.

**TRIARD Jean-Marc**, « Le dispositif fiscal de la loi du 19 février 2007 », *RLDC* 2007, n°40, p. 66.

**TRIGEAUD Jean-Marc**, « L'indivisibilité du droit et de la personne », *Droits* 1989, n° 10, p. 98 ; « Promesse et appropriation du futur », *In Le droit et le futur – Association française de philosophie du droit, Paris II – Colloque – 3 – 4 et 5 novembre 1983 – Paris*, PUF, 1985, p. 63.

**TRIOLAIRE Guy**, « L'entreprise et son environnement économique », *D.* 1988, n°10.

**TRIPPET François**, « La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ? », *Gaz. Pal.* 2006, n° 293, p. 6.

**TROPER Michel**, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits* 1989, n° 10, p. 101.

**TUROT Éloïse**, « Usufruitier de titres de participation : actionnaire ou pas ? », *Op. Fin.* 2013, n° 1215, p. 20.

**VALLANSAN Jocelyne**, « La volonté d'affectation des droits et des biens par l'EIRL », *Cah. Dr. Ent.* 2011, n° 3, p. 23 ; « Le sort de l'éventuelle entreprise à patrimoine affecté soumise à une procédure collective – Quelques observations à propos du projet de création d'entreprise à patrimoine affecté », *JCP E* 2010, n° 4 p. 36.

**VAREILLE Bernard**, « Nouveau rapport, nouvelle réduction », *D.* 2006, n°37, p. 2565.

**VAUTIER Jacques**, « Aménagements sociétaires : clauses relatives au décès du dirigeant, et clauses en matière de démembrement de propriété », *In La disparition du chef d'entreprise : Anticiper, gérer, transmettre – Actes du colloque de la FNDE du 1<sup>er</sup> Avril 2011 à Montpellier*, LexisNexis, 2012, p. 43.

**VEDEL Georges**, « Indéfinissable mais présent », *Droits* 1990, n° 11, p. 67.

**VIET Claude**, « Le Rôle de l'État dans l'anticipation et l'accompagnement des mutations économiques », *LPA* 2003, n° 232, p. 13.

**VIGNEAU Daniel**, « La nouvelle donation-partage – À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. Fam.* 2006, n° 46, p. 18 ; « Les nouvelles règles de dévolution successorale », *D.* 2006, n°37, p. 2556.

**VOUIN Jean-François**, « L'égalité successorale et la réforme du droit des successions », *Les activités et les biens de l'entreprise - Mélanges offerts à Jean DERRUPÉ*, GLN – Joly – Litec, 1991, p. 307.

**WACHSMANN Patrick**, « La volonté de l'interprète », *Droits – La volonté*, n° 28, 1999, p. 29.

**WEILL A. et MAUS R.**, « L'attribution préférentielle par voie judiciaire d'une entreprise commerciale ou artisanale à caractère familial », *D.* 1962, chron. P. 65.

**WÉRY Patrick**, « L'ajustement des normes contractuelles à de nouvelles circonstances en droit belge », *In Le temps et le droit - Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit, Nice 2000*, Éd. Serre-Nice, 2002, p. 261.

**WICKER Guillaume**, « Successions. – Mandats successoraux. – Le mandat à effet posthume. », *J.-Cl. Droit civil*, Art. 812 à 812-7, fasc. 70.

**WITZ Claude**, « Les caractères distinctifs de la fiducie », *In Trust & fiducie : concurrents ou compléments ? – Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 juin 2007*, Academy & Finance Genève, 2008, p. 61.

**WRÓBLEWSKI Jerzy**, « Problèmes méthodologiques pour définir le droit », *Droits* 1989, n° 10, p. 117.

**YILDIRIM Gulsen**, « La modernisation des opérations de partage », *D.* 2006, n°37, p. 2570.

**ZALEWSKI Vivien**, « Familles recomposées et transmission », *JCP N* 2013, n° 19, p. 43.

**ZATTARA-GROS Anne-Françoise**, « Propos introductifs », *In Transmission des entreprises –*

*Actes du colloque du 12 et 13 novembre 2009 - Université de la Réunion, LPA 2012, n° 108, p. 3.*

**ZÉNATI Frédéric**, « Propriété et Droits réels », *RTDciv. 1991*, n° 2, p. 361.

## ***OBSERVATIONS ET NOTES DE JURISPRUDENCE***

---

**ARTEIL David**, « L'immatriculation au registre du commerce et des sociétés des copreneurs à bail commercial » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 juin 2005, pourvoi n° 04-11.322, *JCP N 2006*, n° 8, p. 410.

**ATIAS Christian**, Obs. sous Com., 28 janvier 1980, pourvoi n° 78-13.439, *JCP 1980, II*, 19416.

**AYNES Laurent**, Note sous Cour de cassation, Civ.1<sup>ère</sup> 12 nov. 1998, pourvoi n° 96-18.041, *D. 1999*, n° 12, p. 167.

**BARABÉ-BOUCHARD Véronique**, « Droits sociaux démembrés : l'absence de donation indirecte résultant d'une mise en réserve réitérée des bénéficiaires » - Note sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *D. 2009*, n° 22, p. 1512 ; « Le droit de l'usufruitier de donner à bail commercial des parcelles agricoles » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 2 fév. 2005, pourvoi n° 03-17.729, *JCP N 2005*, n° 23, p. 1077.

**BARBIER Jean-Denis**, Obs. sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 24 mars 1999, pourvoi n° 97-16.856, *Gaz. Pal. 1999*, n° 181, p. 28.

**BATIFFOL Henri**, Note sous Civ., 11 janv. 1937, *arrêt Mulle, Sirey 1938*, 1, p. 377 ; GAJC, n°241.

**BEIGNIER Bernard**, « De l'égalité du partage en valeur... » - Note Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 déc. 2006, pourvoi n° 04-12.996, *Rev. Dr. Fam. 2007*, n° 2, p. 40.

**BERNARD DE SAINT AFFRIQUE Jean**, Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 24 mars 1999, pourvoi n° 97-16.856, *JCP N 2000*, n° 19, p. 814.

**BERTEL Jean-Pierre**, « Droit des affaires et de l'entreprise, sociétés », Obs. sous Com. 9 fév. 1999, pourvoi n° 96-17.661, SCA du Château D'Yquem contre Chizelle et autres, *Dr. et Patr. 2000*, n° 78, p. 96.

**BESNARD GOUDET Raphaëlle**, Note sous Com., 5 oct. 1999, pourvoi n° 97-17.377, *JCP E 2000*, n° 14, p. 612.

**BONNARD Jérôme**, « Constitution et sanction de l'abus de minorité en droit des sociétés » - Note sous Com. 9 mars 1993, pourvoi n° 91-14.685, *Gaz. Pal. 1993*, n° 192, p. 17.

**BONNEAU Thierry**, « Retour en arrière (ou révolution ?) : Les dividendes participent, à nouveau, de la nature de fuits (civils ?) » - Note sous Com., 5 oct. 1999, pourvoi n° 97-17.377, *Dr. Soc. 2000*, n° 1, p. 4.

**BORGA Nicolas**, « Droit de vote et sanction éventuelle de l'usufruitier de droits sociaux » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *RLDA 2009*, n° 37, p. 10.

**BRAULT Philippe-Hubert**, « Refus d'agrément du bailleur et sanction » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 juin 2011, pourvoi n° 10-16.233, *Loyers et copropriété 2011*, n° 10, p. 20 ; Obs. sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 juin 2005, pourvoi n° 04-11.322, *Loyers et copropriété 2005*, n° 10, p. 16 ; Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 24 mars

1999, pourvoi n° 97-16.856, *JCP E 1999*, n° 40, p. 1589.

**BRELET Denis-Gilles**, Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 nov. 2006, pourvoi n° 05-17.009, *JCP N 2007*, n° 48, p. 33.

**CABANAC Jean**, Note sous CA Paris, 4 mars 1966, 19<sup>ème</sup> ch., *Gaz. Pal. 1966*, II, p. 6.

**CAPITANT Henri, TERRÉ François, LEQUETTE Yves**, Obs. sous Civ., 11 janv. 1937, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 671 ; Obs. sous Cass. Req., 10 déc. 1900, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 469.

**CASEY Jérôme**, « Rapport : la Cour de cassation rappelle comment évaluer les biens donnés » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mai 2005, pourvoi n° 03-11.133, *RJPF 2005*, n° 9, p. 26.

**CAUSSAIN Jean-Jacques, DEBOISSY Florence et WICKER Guillaume**, Note sous Com., 12 juill. 2005, pourvoi n° 03-14.045, *JCP E 2005*, n° 50, p. 2163 ; Note sous Com. 22 fév. 2005, pourvoi n° 03-17.421, *JCP E 2005*, n° 27, p. 1165 ; Note sous Com. 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16.694, *JCP E 2004*, n° 42, p. 1629.

**CERATI-GAUTHIER Adeline**, « Du nouveau sur l'exigence d'immatriculation du locataire au registre du commerce et des sociétés » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 mars 2008, pourvoi n° 05-20.200, *Ann. Loy. 2008*, n° 7, p. 1619 ; « Les dividendes sont toujours des fruits » - Note sous Com., 28 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.486, *RLDA 2007*, n° 13, p. 10.

**CHAMPAUD Claude et DANET Didier**, Note sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *RTDcom. 2009*, n° 2, p. 357.

**CHAMPENOIS Gérard**, Obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mai 1977, pourvoi n° 75-14.144, Consorts Bret c. dame Bret, épouse Blanche, *Deffrénois 1977*, I, p. 1600, n° 114.

**CHARVÉRIAT Anne**, Note sous Com., 28 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.486, *Op. Fin. 2007*, n° 917, p. 33.

**CHAPPERT André**, « Démembrement de propriété de parts sociales : la mise en réserve de bénéfices n'entraîne pas donation indirecte » - Note sous CA Lyon, 16 oct. 2007, n° 06-3323, *Deffrénois 2009*, n° 8-9, p. 843.

**CHAUCHAT-ROZIER Guillaume**, « Absence d'incidence de l'interdiction d'aliéner sur l'évaluation des biens donnés » - Note sous Com. 11 sept. 2012, pourvoi n° 11-21.234, *RLDC 2012*, n° 98, p. 51.

**COQUELET Marie-Laure**, « Pas de droit de vote pour le nu-propiétaire si les statuts l'ont expressément prévu » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *Dr. Soc. 2009*, n° 3, p. 22.

**CORDONNIER Paul**, Note sous Civ. 21 oct. 1931, *D. 1933*, I, p. 100.

**CORNILLEAU Vincent**, « Associés usufruitiers : mettre en réserve n'est pas donner » - Note sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *RFN 2009*, n° 5, p. 30.

**COURET Alain**, « La minorité de blocage a une valeur économique spécifique » - Note sous CA Paris, 2<sup>ème</sup> ch., sect. A, 2 juillet 2002, Mang c/ Mang, *BJS 2003*, n° 2, p. 217 ; Obs. sous CA Rouen,

2<sup>ème</sup> ch. 23 mai 2002, n° 00/04548, SARL Courtaud c/ Courtaud, *BJS* 2002, p. 1188, n° 253 ; « La restitution entre les parties après annulation de la cession d'actions » - Note sous CA Paris, 15<sup>ème</sup> ch., sect. A, 4 mars 1992, Mauve c/ Lagarde, *BJS* 1992, n° 5, p. 502.

**CREVEL Samuel**, Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 nov. 2006, pourvoi n° 05-17.009, *Rev. Dr. rur.* 2007, n° 350, p. 37.

**DAIGRE Jean-Jacques**, « Un arrêt de principe : Le nu-proprétaire de droits sociaux ne peut pas être totalement privé de son droit de vote » - Note sous Com. 4 janv. 1994, pourvoi n° 91.20.256 *BJS* 1994, p. 259.

**DANOS Frédéric**, « Le rôle de l'inscription en compte dans l'acquisition des titres financiers » - Note sous Com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-18.165, *Dr. et Patr.* 2010, n° 192, o. 34.

**D'AVOUST Louis**, « De l'utilité résiduelle du droit commun en matière de transfert d'actions et autres titres financiers », *D.* 2010, n° 2, p. 123.

**DEBOISSY Florence et WICKER Guillaume**, Note sous Com., 28 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.486, *JCP E* 2007, n° 11, p. 33 ; Note sous Com. 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16.694, *JCP E* 2004, n° 37, p. 1378.

**DEDEURWAEDER Gilles**, « Modification de la répartition des droits à dividendes et donation indirecte » - Note sous Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *RJC* 2013, n° 3, p. 243 ; Note sous CE, 30 déc. 2009, requête n° 307165, *RJC* 2010, n°3, p. 289.

**DENIZOT Aude**, « Triste départ pour le mandat à effet posthume » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, pourvoi n° 09-10.556, *Gaz. Pal.* 2010, n° 230-231, p. 22.

**DOM Jean-Philippe**, « De la valeur des parts sociales en cas de décès d'un associé » - Note sous Com., 19 avril 2005, pourvoi n° 03-19.890, *BJS* 2005, n° 11, p. 1246 ; « L'arrêt « Hénaux » : retour sur le démembrement de propriété des droits sociaux » - Note sous Com., 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16.694, *LH PG* 2004, n° 122.

**DONDERO Bruno**, « L'usufruitier est (peut-être) un associé... » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 16 nov. 2011, pourvoi n° 10-19.538, *BJS* 2012, n° 2, p. 103 ; « Répartition des pouvoirs en cas de démembrement des droits sociaux... et reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier ? » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *D.* 2009, n° 11, p. 780 ; Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 nov. 2006, pourvoi n° 05-17.009, *Rev. Soc.* 2007, n° 2, p. 319.

**DONZEL-TABOUCOU Chantal**, « Réduction des donations d'actions : aspects de droit des sociétés » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2009, pourvoi n° 07-18.041, *BJS* 2009, n° 12, p. 1080.

**DROSS William**, « L'inaliénabilité conventionnelle diminue-t-elle la valeur du bien qu'elle frappe ? » - Note sous Com. 11 sept. 2012, pourvoi n° 11-21.234, *RTDciv.* 2013, n° 1, p. 144 ; « À quel moment le nu-proprétaire acquiert-il la propriété des constructions édifiées par l'usufruit ? » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 sept. 2012, pourvoi n° 11-15.460, *RTDciv.* 2013, n° 1, p. 148.

**DUBERTRET Matthieu**, « La propriété d'actions non inscrites en compte » - Note sous Com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-18.165, *Rev. Soc.* 2009, n° 3, p. 580.

**DUMONT-LEFRAND Marie-Pierre**, « Démembrement de la propriété du fonds de commerce et immatriculation » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 mars 2008, pourvoi n° 05-20.200, *AJDI 2008*, n° 7, p. 579 ; « Immatriculation au RCS d'un copreneur non exploitant et application du statut » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 juin 2005, pourvoi n° 04-11.322, *AJDI 2005*, n° 12, p. 902 ; « Conclusion d'un bail commercial par l'usufruitier d'une exploitation agricole » - Obs. sous Civ, 3<sup>ème</sup>, 2 fév. 2005, pourvoi n° 03-17.729, *AJDI 2005*, n°9, p. 653 ; « De l'incidence de la reconduction tacite d'un bail commercial sur l'obligation de garantie solidaire du cessionnaire de bail » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 juin 2002, pourvoi n° 00-20.806, *AJDI 2002*, n° 11, p. 762.

**EMY Philippe**, « Retour sur la nature juridique des dividendes : l'usufruitier qui vote une mise en réserve des bénéficiaires ne consent aucune donation au nu-proprétaire » - Note sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *LH PG 2009*, n° 344.

**FAULCON Léa et HANNECART-WEYTH Wanda**, « « *Canada Dry* » pour les sociétés civiles. Modifier la répartition des bénéficiaires au profit des nus-proprétaires n'est pas une donation » - Note sous Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *Juris-Data* n° 2012-029941, *RJPF 2013*, n° 3, p. 10.

**FILIOL DE RAIMOND Marina**, « Démembrement de la propriété d'un fonds de commerce » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 mars 2008, pourvoi n° 05-20.200, *RLDA 2008*, n° 26, p. 20.

**FIORINA Dominique**, « Le régime juridique des constructions édifiées par l'usufruitier » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 sept. 2012, pourvoi n° 11-15.460, *Deffrénois 2012*, n° 23, p. 1187 ; « Aménagement statutaire des pouvoirs de l'usufruitier de parts sociales » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *Deffrénois 2009*, n° 15, p. 1608 ; « La répartition entre l'usufruitier et le nu-proprétaire du droit de vote attaché aux titres démembrés » - Note sous Com., 22 fév. 2005, pourvoi n° 03-17.421, *Deffrénois 2005*, n° 5, art. 38275, p. 1792 ; « Les pouvoirs et les obligations de l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov. 1998, pourvoi n° 96-18.041, *D. 1999*, n° 40, p. 633.

**FLEURET Isabelle**, « La remise du capital d'un trust aux bénéficiaires désignés constitue une mutation à titre gratuit taxable au décès du constituant » - Obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 fév. 1996, pourvoi n° 93-19.855, *Op. Fin. 2007*, n° 940, p. 25.

**GALLOIS Julie**, « Il ne faut pas confondre revalorisation avec réduction » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 mars 2011, pourvoi n° 09-71.101, *RLDC 2011*, n° 82, p. 60.

**GARÇON Jean-Pierre**, « L'insertion d'une clause statutaire de répartition inégale des bénéfices peut-elle être qualifiée de donation indirecte ? » - Note sous Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *Juris-Data* n° 2012-029941, *JCP N 2013*, n° 4, p. 47 ; « La stipulation d'une clause d'interdiction d'aliéner peut-elle justifier une minoration de valeur ? » - Note sous Com. 11 sept. 2012, pourvoi n° 11-21.234, *JCP N 2012*, n° 51-52, p. 49 ; « La construction par l'usufruitier sur un terrain dont il a donné la nue-proprété peut-elle s'analyser comme une donation indirecte ? » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 sept. 2012, pourvoi n° 11-15.460, *JCP N 2012*, n° 51-52, p. 50 ; « En présence d'un démembrement des titres, l'affectation répétée des bénéfices en réserves peut-elle constituer une donation indirecte ? »

- Note sous Com. 10 fév. 2009, DGFP contre Cadiou, pourvoi n° 07-21.806, *JCP N 2009*, n° 20, p. 38 ; « 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 » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *JCP N 2009*, n° 23, p. 35, 1197 ; « Société civile immobilière (SCI) : L'usufruit peut se voir attribuer la totalité du droit de vote » - Note sous Com., 22 fév. 2005, pourvoi n° 03-17.421, *JCP N 2005*, n° 42, p. 1720 ; « La situation des titulaires de droits sociaux démembrés (à propos des arrêts de la Chambre commerciale du 4 janvier 1994 et de la troisième Chambre civile du 2 mars 1994 de la Cour de cassation) » - Note sous Com., 4 janv. 1994, pourvoi n° 91-20.256 et Civ. 3<sup>ème</sup>, 2 mars 1994, pourvoi n° 91-21.296, *JCP N 1995*, n° 7, p. 269 ; Note sous Com., 28 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.486, *JCP N 2007*, n° 10, p. 37.

**GAUTIER Pierre-Yves**, Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 juin 2002, pourvoi n° 00-20.806, *RTDciv. 2002*, n° 4, p. 830.

**GIBIRILA Deen**, « Le droit aux bénéficiaires en cas de cession des parts sociales » - Note sous Com., 28 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.486, *LH PG 2007*, n° 245.

**GOBIN Alain**, Obs. sous CA Paris, 2<sup>ème</sup> ch., Sect. A, 22 février 1982, Claude Gilbert c/ Yves Gilbert et consorts Imbert et autre, *JCP G 1983*, II, n° 19964.

**GRIMALDI Michel**, « L'action en revalorisation d'une soule ou d'une indemnité de réduction est étrangère à l'action en réduction » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 mars 2011, pourvoi n° 09-71.101, *RTDciv. 2011*, n° 3, p. 575 ; Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, pourvoi n° 09-10.556, *RTDciv. 2010*, n° 3, p. 602 ; « En cas de donation de titres sociaux, l'état du bien donné s'entend, pour les besoins de la liquidation de la succession du donateur, de l'état du patrimoine social, et l'amélioration de cet état peut être imputé au donataire qui a la qualité d'associé majoritaire » - Obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juill. 2009, pourvoi n° 07-18.041, *RTDciv. 2009*, p. 762.

**GROSCLAUDE Laurent**, Note sous Civ. 2<sup>ème</sup>, 13 juill. 2005, pourvoi n° 02-15.904, *RJC 2006*, n° 1, p. 37 ; « Démembrement de droits sociaux et aménagements du droit de vote des associés : de la liberté aux fers » - Note sous Com., 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16694, *Dr. Fam. 2005*, n° 3, p. 37.

**GUENGNANT André**, « L'attribution du droit de vote en cas de démembrement de la propriété d'actions et de parts sociales » - Obs. sous Com. 4 janv. 1994, pourvoi n° 91-20.256, *JCP E 1994*, n° 12, p. 131.

**GUÉVEL Didier**, Note sous Com., 5 oct. 1999, pourvoi n° 97-17.377, *Gaz. Pal. 2000*, n° 37, p. 5.

**GUTMANN Daniel**, « Démembrement des parts d'une société civile immobilière : la mise en réserve des bénéficiaires ne constitue pas une donation indirecte des usufruitiers aux nus-proprétaires » - Obs. sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *BGFE 2009*, n° 3, p. 13.

**GUYÉNOT Jean**, Note sous Com., 26 janv. 1970, pourvoi n° 67-14.787, *D. 1970*, II, p. 643.

**GUYON Yves**, Note sous CA Paris, 22 janv. 1971, *D. 1971*, II, p. 517 ; Note sous Com., 26 janv. 1970, pourvoi n° 67-14.787, *JCP G 1970*, II, n° 16385.

**HATOUX Bernard**, « Distinction de la société et des associés ou confusion des genres interdites » -

Note sous Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *RJDA 2013*, n° 5, p. 347.

**HOUIN Roger**, Note sous Com., 26 janv. 1970, pourvoi n° 67-14.787, *RTDcom. 1970*, p. 431.

**HOVASSE Henri**, « Modification de la répartition des droits à dividendes et donation indirecte » - Note sous Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *Dr. Soc. 2013*, n° 3, p. 22 et *JCP E 2013*, n° 5, p. 19 ; « Préjudice individuel n'est pas préjudice personnel » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 16 nov. 2011, pourvoi n° 10-19.538, *Dr. Soc. 2012*, n° 1, p. 26 ; « Démembrement et option de paiement du dividende en actions » - Note sous Com., 3 mars 2009, pourvoi n° 07-20.515, *JCP E 2009*, n° 14, p. 41 ; « Usufruit de droits sociaux : mise en réserve des bénéfices et donation indirecte » - Note sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *JCP N 2009*, n° 11, p. 28 et *JCP E 2009*, n° 12, p. 26 ; « La propriété d'actions en absence de comptes titres » - Note sous Com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-18.165, *Dr. Soc. 2009*, n° 7, p. 21 ; Note sous Com. 31 mars 2004, Monsieur Hénaux et autres contre J. Filliette, veuve Hénaux et autres, pourvoi n° 03-16.694, *JCP N 2004*, n° 26, p. 1043 ; « Pouvoirs de l'usufruitier sur le portefeuille de valeurs mobilières » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov. 1998, pourvoi n° 96-18.041, *JCP N 1999*, n° 7, p. 351 ; « Mise en réserve des bénéfices et donation indirecte » - Note sous CA Lyon, 1<sup>ère</sup> ch. B, 16 oct. 2007, rôle n° 06/03323, *Juris-Data n° 2007-355093*, *JCP E 2008*, n° 20, p. 1647.

**JAMBORT Sébastien**, « Le droit de vote, prérogative essentielle de l'usufruitier d'actions et de l'actionnaire » - Note sous Com., 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16694, *LPA 2004*, n° 213, p. 11.

**JEAN Séverin**, « L'accession immobilière différée à la fin de l'usufruit » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 sept. 2012, pourvoi n° 11-15.460, *LH PG 2012*, n° 504.

**JEMMAR Soufiane**, « L'évaluation fiscale des titres non cotés : incidence des clauses d'inaliénabilité » - Note sous Com., 6 fév. 2007, pourvoi n° 05-12.939, *LPA 2007*, n° 187, p. 11.

**KADDOUCH Renée**, « L'incessibilité des actions du dirigeant d'une société en procédure collective » - Note sous Com., 12 juill. 2005, pourvoi n° 03-14.045, *LH PG 2005*, n° 182 ; « Conditions de l'attribution statutaire de la totalité du droit de vote au seul usufruitier » - Note sous Com. 22 fév. 2005, pourvoi n° 03-17.421, *JCP E 2005*, n° 25, p. 1067 ; « Un arrêt de principe : l'usufruitier ne peut être totalement privé de son droit de vote » - Note sous Com., 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16694, *LPA 2004*, n° 247, p. 5.

**KEITA Mamadou**, « Incidence de la tacite reconduction du bail sur la clause de solidarité entre cédant et cessionnaire d'un bail commercial » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 juin 2002, pourvoi n° 00-20.806, *JCP E 2003*, n° 21, p. 908.

**LAFORTUNE Maurice-Antoine**, Note sous Com., 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16.694, *Gaz. Pal. 2004*, n° 130, p. 7.

**LARDEUX Gwendoline**, « Bail commercial et démembrement de propriété : où les notions fondamentales du droit civil agacent les impératifs du droit commercial » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 mars 2008, pourvoi n° 05-20.200, *Rev. Cont. 2008*, n° 3, p. 829.

**LAY Jean-Pierre**, « La décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 1995 et la transmission

des entreprises », *D.* 1996, n° 23, p. 193.

**LEANDRI Florence**, « Donation d'actions : la clause d'inaliénabilité n'affecte pas la valeur vénale des biens », *RLDC* 2007, n° 37, p. 56.

**LE CANNU Paul**, « La nudité du nu-proprétaire » - Note sous Com., 2 déc. 2008, *Rev. Soc.* 2009, n° 1, p. 83 ; Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 nov. 2006, pourvoi n° 05-17.009, *Deffrénois* 2007, n° 9, p. 676 ; « Le droit fondamental de l'associé de participer aux décisions collectives » - Note sous Civ. 2<sup>ème</sup>, 13 juill. 2005, pourvoi n° 02-15.904, *BJS* 2006, n° 2, p. 217 ; « Droit de vote de l'usufruitier : le retour de l'arrêt *de Gaste* » - Note sous Com., 22 fév. 2005, pourvoi n° 03-17.421, *Rev. Soc.* 2005, n° 2, p. 353 ; Note sous Com. 31 mars 2004, Monsieur Hénaux et autres contre J. Filliette, veuve Hénaux et autres, pourvoi n° 03-16.694, *RTDcom.* 2004, n° 3, p. 542 et *Rev. Soc.* 2004, n° 2, p. 317 ; « Le minoritaire inerte » - Obs. sous Com. 9 mars 1993, pourvoi n° 91-14.685, *BJS* 1993, n° 5, p. 537 ; « Expertise de gestion : les actions en nue-proprété et les opérations de gestion relevant de l'assemblée générale extraordinaire » - Note sous CA Versailles, 19 déc. 1989, *BJS* 1990, p. 182, n° 48.

**LE CANNU Paul et DONDERO Bruno**, « « *L'activité* » des actionnaires de holding » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2009, pourvoi n° 07-18.041, *RTDcom.* 2009, n° 4, p. 769.

**LÉCUYER Hervé**, « Cession de parts de sociétés civiles » - Note sous CA Paris, 6 déc. 2005, n° 04/22426, *BJS* 2006, n° 4, p. 521.

**LE GALLOU Cécile**, « Résiliation du bail et inscription au RCS : encore une application ! » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 juin 2005, pourvoi n° 04-11.322, *RLDC* 2005, n° 19, p. 13.

**LEGROS Jean-Pierre**, « Incessibilité des actions et parts des dirigeants » - Note sous Com., 12 juill. 2005, pourvoi n° 03-14.045, *Dr. Soc.* 2005, n° 10, p. 26.

**LE GUIDEC Raymond**, « Mandat à effet posthume. Pouvoirs limités du mandataire. » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2012, Pourvoi n° 09-10.556, *JCP N* 2011, n° 18, p. 36, 1155.

**LE NABASQUE Hervé**, « Démembrement de propriété, renonciation aux dividendes et donation indirecte : la Cour de cassation rappelle les règles du jeu » - Note sous Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *Juris-Data* n° 2012-029941, *Rev. Soc.* 2013, n° 4, p. 203 ; Note sous Com., 5 oct. 1999, pourvoi n° 97-17.377, *Rev. Soc.* 2000, n° 2, p. 286.

**LEROND Sylvie**, « Construction édifée par un usufruitier sur le terrain du nu-proprétaire et donation indirecte » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 sept. 2012, pourvoi n° 11-15.460, *Gaz. Pal.* 2013, n° 53-54, p. 37.

**LEROND Sylvie, JAILLAIS Luc et DUMONT Grégory**, « Démembrement des parts sociales de société civile : quel traitement civil et fiscal (première partie) » - Obs. sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *Op. Fin.* 2009, n° 1020, p. 24.

**LEROY Michel**, « Donation indirecte et répartition des bénéfices » - Note sous Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *Gaz. Pal.* 2013, n° 53-54, p. 7.

**LEROYER Anne-Marie et ROCHFELD Judith**, « Réforme des successions et libéralités » - Note sous loi numéro 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *RTDciv.* 2006, n° 3, p. 612.

**LE TACON Mathieu**, « Répartition inégalitaire des bénéficiaires : distribuer n'est pas donner » - Note sous Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *RDF 2013*, n° 17, p. 44.

**LEVENEUR Laurent**, Note sous Com., 5 déc. 2000, pourvoi n° 98-12.913, *CCC 2001*, n° 4, p. 15.

**LIBCHABER Rémy**, « L'adage en fait de meubles, possession vaut titre étendu aux titres non inscrits en compte » - Note sous Com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-18.165, *BJS 2009*, n° 12, p. 1069.

**LIENHARD Alain**, « Démembrement de droits sociaux : vote abusif de l'usufruitier » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *D. 2009*, n° 1, p. 12 ; « Les dividendes n'existent pas juridiquement avant la décision de distribution » - Obs. sous Com., 28 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.486, *D. 2006*, Actu., n° 44, p. 3055 ; « Inaccessibilité des actions des dirigeants et qualité de dirigeant des membres du conseil de surveillance » - Note sous Com., 12 juill. 2005, pourvoi n° 03-14.045, *D. 2005*, n° 30, p. 2071 ; « Pas de dérogation au droit de vote de l'usufruitier » - Obs. sous Com., 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16.694, *D. 2004*, n° 16, p. 1167.

**LUCAS François-Xavier**, « Usufruit de droits sociaux et portée de la faculté de déroger à la répartition légale du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-proprétaire » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *Rev. Cont. 2009*, n° 3, p. 1154 ; Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 nov. 2006, pourvoi n° 05-17.009, *Rev. Cont. 2007*, n° 2, p. 422 et *Dr. Soc. 2007*, n° 2, p. 15 ; « La neutralisation des dirigeants d'une société soumise à une procédure collective ne peut viser des membres du conseil de surveillance d'une société anonyme que s'ils ne sont comportés comme des dirigeants de fait » - Note sous Com., 12 juill. 2005, pourvoi n° 03-14.045, *Rev. Soc. 2006*, n° 1, p. 162.

**MARTEAU-PETIT Mireille**, Note sous Com., 23 oct. 1990, DGI contre Morin, pourvoi n° 89-13.999, *JCP N 1991*, n° 18, p. 97.

**MASSART Thibaut**, « De quelques difficultés d'application de la clause d'agrément dans la société anonyme » - Com., 31 mai 2005, pourvoi n° 03-10.955, *BJS 2005*, n° 12, p. 1396, 303.

**MATHEY Nicolas**, « Cession d'actions : dol et restitution en valeur » - Obs. sous Com., 14 juin 2005, pourvoi n° 03-12.339, *Rev. Soc. 2006*, n° 1, p. 66.

**MENDAK Pascal**, « Renouvellement du bail commerciale : l'accord du nu-proprétaire » - Obs. sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 24 mars 1999, pourvoi n° 97-16.856, *RLDA 1999*, n° 16, p. 28.

**MESTRE Jacques et FAGES Bertrand**, Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 juin 2002, pourvoi n° 00-20.806, *RTD.civ. 2003*, n° 3, p. 498.

**MONÉGER Joël et KENFACK Pierre Étienne**, « Baux commerciaux, immatriculation des locataires au RCS ou au RM » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 mars 2008, pourvoi n° 05-20.200, *JCP E 2009*, n° 3, p. 17.

**MONNET Joël**, Note sous Com., 17 janv. 2006, pourvoi n° 04-14.157, *Dr. Soc. 2006*, n° 4, p. 24.

**MONNET Joël et HOVASSE Henri**, « EURL : Transmission universelle du patrimoine » - Note sous Com., 7 juin 2006, pourvoi n° 05-11.384, *Dr. Soc. 2006*, n° 8-9, p. 22.

**MONSALLIER-SAINT MLEUX Marie-Christine**, « L'exercice abusif du droit de vote de l'usufruitier de droits sociaux » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *JCP G 2009*, n°

22, p. 31.

**MONSÉRIÈ-BON Marie-Hélène**, « Indivision des parts sociales, le droit des sociétés prime » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 déc. 2010, pourvoi n° 09-10.140, *RTDcom. 2011*, n° 2, p. 374 ; « Affectation des résultats de société et libéralité » - Note sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *RTDcom. 2009*, n° 2, p. 394 ; « Encore et toujours le démembrement de propriété... » - Note sous Com., 2 déc. 2008, Société Plastholding contre Rapeaud, pourvoi n° 08-13.185, *RTDcom. 2009*, n° 1, p. 167.

**MONSÉRIÈ-BON Marie-Hélène et GROSCLAUDE Laurent**, « Usufruit de droits sociaux : le droit des sociétés rattrapé par le droit civil » - Note sous Com., 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16.694, *Dr. et Patr. 2004*, n° 128, p. 42.

**MORIN Georges**, Note sous 1<sup>ère</sup> civ., 25 nov. 1986, *D. 1987*, p. 141.

**MORRIS-BECQUET Géraldine**, « De la nature juridique des dividendes » - Note sous Com., 5 oct. 1999, pourvoi n° 97-17.377, *D. 2000*, n°25, p. 552.

**MORTIER Renaud**, « Se départir de droits à résultats n'est pas donner ! » - Note sous Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *RFN 2013*, n° 2, p. 31 ; « Retour sur la qualité d'associé de l'usufruitier » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 16 nov. 2011, pourvoi n° 10-19.538, *Dr. Soc. 2012*, n° 5, p. 15 ; « Pour la Cour de cassation aussi, mettre en réserve n'est pas donner » - Note sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *Dr. Soc. 2009*, n° 4, p. 25 ; « Usufruitier de parts : mettre en réserve n'est pas donner au nu-propriétaire » - Note sous CA Lyon, 1<sup>ère</sup> ch. B, 16 oct. 2007, rôle n° 06/03323, *Juris-Data* n° 2007-355093, *Dr. Soc. 2008*, n° 6, comm.. 123.

**MORTIER Renaud et HOVASSE Henri**, « Usufruit de droits sociaux ; Droit commun de l'usufruit de droits sociaux » - Obs. sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, Civ. 2<sup>ème</sup>, 13 juill. 2005, pourvoi n° 02-15.904, et Com., 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16.694, *Act. Prat. 2009*, n° 105, p. 10.

**NAUDIN Estelle**, « L'évaluation des parts sociales données dans les opérations de liquidation de la succession du donateur » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 oct. 2012, pourvoi n° 11-21.839, *Rev. Soc. 2013*, n° 4, p. 235.

**NEAU-LEDUC Philippe**, « L'assemblée générale qui modifie la répartition des bénéfices entre les associés d'une société civile ne permet pas de caractériser une donation indirecte » - Note sous Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *RTDcom. 2013*, n° 1, p. 165 ; « La décision d'affecter en réserve des bénéfices ne peut constituer une donation » - Obs. sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806 et pourvoi n° 07.21-807, *Rev. Cont. 2009*, n° 3, p. 1185.

**PACLOT Yann**, « L'usufruitier des parts sociales est-il un associé ? » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 nov. 2006, pourvoi n° 05-17.009, *JCP E 2007*, n° 35, p. 43 ; « Caractérisation et sanction de l'abus de minorité » - Note sous Com., 9 mars 1993, pourvoi n° 91-14.685, arrêt Flandin, *JCP G 1993*, n° 31, p. 326.

**PAISANT Gilles**, Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 18 nov. 2009, pourvoi n° 08-19.875, *RTDcom. 2010*, n° 1, p. 214.

**PANSIER Frédéric-Jérôme**, Note sous Civ.1<sup>ère</sup>, 12 nov. 1998, pourvoi n° 96-18.041, Madame M.C.

consorts B, *Gaz. Pal.* 2000, n° 58, p. 25.

**PAULIN Alexandre**, « Pas de donation indirecte sans dividende » - Note sous Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *RLDC* 2013, n° 101, p. 56 ; « Réduction des donations : calcul de la plus-value prise par des parts sociales » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 oct. 2012, pourvoi n° 11-21.839, *RLDC* 2013, n° 100, p. 53.

**PEIGNOT Bernard**, « Des effets de la cession de la nue-propiété des parts sociales d'une société d'exploitation détenues par un co-preneur, sur le sort du bail rural mis à la disposition de la société » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 nov. 2006, pourvoi n° 05-17.009, *Rev. Loy.* 2007, n° 873, p. 35.

**PÉRINET-MARQUET Hugues**, « Usufruit, usage et habitation : Pouvoirs d'appréciation du juge » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 2 fév. 2005, pourvoi n° 03-19.729, *JCP N* 2005, n°49, p. 2016.

**PERRUCHOT-TRIBOULET Vincent**, « Exigibilité des droits d'enregistrement et accession immobilière différée de l'usufruit » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 sept. 2012, pourvoi n° 11-15.460, *RLDC* 2013, n° 102, p. 76.

**PIERRE Jean-Luc**, Note sous Com., 6 fév. 2007, pourvoi n° 05-12.939, *Dr. Soc.* 2007, n° 5, p. 44.

**PILLEBOUT Jean-François**, « Contraire à l'esprit de la loi : le renouvellement d'un bail commercial nécessiterait le concours du nu-propiétaire » - Obs. sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 24 mars 1999, pourvoi n° 97-16.856, *JCP N* 1999, n° 27, p. 1081.

**POILLOT-PERUZETTO Sylviane**, Obs. sous arrêts CJCE, 23 avr. 1991, Höfner c/ Macrotron, GbmH, Aff. C-41/90 : Rec. CJCE 1991, I, p. 1979 et CJCE, 12 sept. 2000, Pavlov c/ Stichting Pensioenfond Medische Specialisten, Aff. jtes C-180/98 à C-184/98 : Rec. CJCE 2000, I, p. 6451, pt. 74, *RTDcom.* 2001, p. 543.

**PORACCHIA Didier**, « Les associés : prérogatives non financières des associés » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *Dr. et Patr.* 2009, n° 181, p. 102 ; Obs. Sous Com., 22 fév. 2005, pourvoi n° 03-17.421, *Dr. et Patr.* 2005, n° 137, p. 102 ; Note sous Com., 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16.694, *Dr. et Patr.* 2004, n° 128, p. 110.

**PORACCHIA Didier et GASBAOUI Julien**, « Droit aux bénéfices, perception des dividendes et donation » - Note sous Com. 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *BJS* 2013, n° 3, p. 176.

**PORNIN Éric**, Note sous Com., 28 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.486, *Dr. et Patr.* 2007, n° 165, p. 70.

**QUÉMENT Christine**, « La clause de garantie solidaire se poursuit pendant la tacite reconduction » - Obs. sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 juin 2002, pourvoi n° 00-20.806, *Rev. Loy.* 2002, n° 830, p. 496.

**RABREAU Anne**, « Successions : sort de la plus-value d'actions de société » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2009, pourvoi n° 07-18.041, *Defrénois* 2010, n°2, p. 20, art. 39059 ; « L'exercice abusif du droit de vote par l'usufruitier de droits sociaux » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *JCP E* 2009, n° 18, p. 38 ; Note sous Com., 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16694, *JCP N* 2004, n° 39, p. 1433.

**RAYMOND Guy**, Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 18 nov. 2009, pourvoi n° 08-19.875, *CCC* 2010, n° 2, p. 39.

**RAYNAUD Michel**, « Abus de minorité » - Note sous Com. 9 mars 1993, pourvoi n° 91-14.685, *RJDA 1993*, n° 4, p. 253.

**REINHARD Yves**, Note sous Com., 23 Oct. 1990, pourvoi n° 89-13.999, *D. 1991*, II, p. 173.

**REVET Thierry**, « Jusqu'à la cessation de l'usufruit, l'usufruitier est propriétaire des constructions qu'il édifie » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 sept. 2012, pourvoi n° 11-15.460, *RTDciv. 2012*, n° 4, p. 751 ; Note sous Com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-18.165, *RTDciv. 2010*, n° 1, p. 136 ; « Le bénéficiaire n'étant pas un fruit des parts sociales, quid à l'égard de l'actif social » - Note sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *RTDciv. 2009*, n°2, p. 348 ; « Rebondissement dans la condition de l'usufruitier de parts sociales : il serait un associé et peut être doté d'un droit de vote universel dont la seule existence ne porte pas atteinte à la substance des parts » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *RTDciv. 2009*, n° 1, p. 137 ; « Natures juridiques respectives de la nue-propriété et de l'usufruit » - Note sous Com. 22 janv. 2008, pourvoi n° 06-20.766 et Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 mars 2008, pourvoi n° 05-20.200, *RTDciv. 2008*, n° 3, p. 512 ; Note sous Com., 28 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.486, *RTDciv. 2007*, n° 1, p. 149 ; Note sous Civ, 3<sup>ème</sup>, 2 fév. 2005, pourvoi n° 03-17.729, *RTDciv. 2005*, n° 4, p. 804 ; Note sous Com., 31 mars 2004, Société VH Holding, pourvoi n° 03-16694, *RTDciv. 2004*, n° 2, p. 318.

**RIASSETTO Isabelle**, « Dividendes » - Note sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *Banque et Droit 2009*, n° 124, p. 58 ; Note sous Com., 28 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.486, *Banque et Droit 2007*, n° 111, p. 56.

**RIASSETTO Isabelle, URBAN Quentin et STORCK Michel**, « Démembrement de droits sociaux » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *Banque et Droit 2009*, n° 123, p. 49.

**ROUMÉLIAN Olivier**, « Une répartition inégalitaire des bénéfices sociaux n'est pas une donation indirecte ! » - Note sous Com., 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *Gaz. Pal. 2013*, n° 58-59, p. 12.

**ROUSSEAU Jean**, Note sous CA Paris, 22 janv. 1971, *JCP G 1971*, II, n° 16937.

**ROUSSEL Franck**, « Quelles conséquences doivent être tirées de la cession par un copreneur solidaire associé d'une société à laquelle il a mis à disposition les biens loués de la nue-propriété de ses parts ? » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 nov. 2006, pourvoi n° 05-17.009, *JCP N 2007*, n° 35, p. 38.

**ROUSSEL-GALLE Philippe**, « La fiducie-sûreté rendue opérationnelle, en cinq étapes » - Note Loi n° 2009-526, 12 mai 2009, de simplification et de clarification du droit, et d'allègement des procédures, art. 138, I, X, 1° à 6° : JO 13 mai 2009, Art. 138 et 138 X, p. 7920.

**ROUQUET Yves**, « Immatriculation au RCS du propriétaire non exploitant et application du statut » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 juin 2005, pourvoi n° 04-11.322, *D. 2005*, n° 27, p. 1851.

**ROUXEL Sylvie**, Note sous Civ.1<sup>ère</sup>, 12 nov. 1998, pourvoi n° 96-18.041, *JCP E 1999*, n° 9, p. 426.

**SAINTOURENS Bernard**, « Les membres du conseil de surveillance peuvent-ils être qualifiés de « dirigeants » selon le droit des procédures collectives ? » - Note sous Com., 12 juill. 2005, pourvoi n° 03-14.045, *BJS 2006*, n° 1, p. 22.

**SALOMON Renaud**, Obs. sous Com., 28 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.486, *D. 2007*, n° 19, Chron., p. 1305.

**SAUVAGE François**, « Les pouvoirs du mandataire posthume à l'épreuve des droits des héritiers » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, pourvoi n° 09-10.556, *Defrénois 2010*, n° 16, p. 1776.

**SCHILLER Sophie**, « Réponse de la Cour de cassation sur la définition du contrôle et sur l'exécution forcée d'un pacte de préférence » - Note sous Com., 26 fév. 2013, pourvoi n° 12-13.721, *JCP E 2013*, n° 23, p. 27 ; « La Cour de cassation a-t-elle révolutionné les conventions d'inaliénabilité en droit des sociétés » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 oct. 2007, pourvoi n° 05-14.238, *Rev. Soc. 2008*, n° 2, p. 321 ; « La limite apportée par le donateur à la liberté de disposer des titres donnés n'affecte pas leur valeur vénale réelle » - Note sous Com., 6 fév. 2007, pourvoi n° 05-12.939, Directeur général des impôts, *Rev. Soc. 2008*, n° 1, p. 184.

**SÉNERS François**, « À quelles conditions le co-proprétaire indivis d'un fonds de commerce qui est seulement nu-proprétaire a-t-il la qualité d'exploitant ? » - Note sous CE, 28 avr. 2006, n° 278857, *BCF 2006*, n° 7, 91, p. 47.

**SEUBE Jean-Baptiste et REVET Thierry**, « Les constructions réalisées par l'usufruitier et le fisc » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 sept. 2012, pourvoi n° 11-15.460, *Dr. et Patr. 2012*, n° 220, p. 97 ; « Droits réels : usufruit des parts sociales et sort des dividendes mis en réserve » - Note sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *Dr. et Patr. 2009*, n° 182, p. 89 ; « Classification des biens : nature des bénéficiaires sociaux » - Note sous Com., 5 oct. 1999, pourvoi n° 97-17.377, *Dr. et Patr. 2007*, n° 161, p. 85.

**STOCLET Mathieu**, « Plus-value imputable au gratifié et calcul de l'indemnité de réduction » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2009, pourvoi n° 07-18.041, *Defrénois 2009*, n° 20, p. 2173.

**TARDOS Antoine**, « L'accession différée en matière d'usufruit : vers la qualité de propriétaire de l'usufruit constructeur ? » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 sept. 2012, pourvoi n° 11-15.460, *D. 2012*, n° 42, p. 2871 ; « L'usufruit des droits sociaux de la propriété démembrée à la propriété ébranlée » - Note sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *LPA 2009*, n° 51, p. 8.

**TIRARD Jean-Marc**, « Trust patrimonial et droit fiscal français » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 fév. 1996, pourvoi n° 93-19.855, *Dr. et Patr. 2004*, n° 132, p. 60.

**TORCK Stéphane**, « La mise en réserve du bénéfice par l'usufruitier ne constitue pas une donation au nu-proprétaire » - Note sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *BJS 2009*, n° 7, p. 699.

**TRAVELY Benjamin et COLLARD Fabrice**, « La construction édifiée par l'usufruitier sur le terrain du nu-proprétaire n'est pas une donation indirecte » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 sept. 2012, pourvoi n° 11-15.460, *RFN 2013*, n° 1, p. 22 et *JCP G 2012*, n° 48, p. 2141.

**VALORY Stéphane**, « La mise en réserve des bénéficiaires par l'usufruitier de parts sociales n'est pas constitutive d'une donation indirecte au profit des nus-proprétaires » - Obs. sous Com. 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *RJPF 2009*, n° 6, p. 34 ; « L'usufruitier de droits sociaux peut se voir attribuer l'intégralité du droit de vote, sous réserve du droit du nu-proprétaire de participer aux décisions collectives » - Obs. sous Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, *RJPF 2009*, n° 2, p. 31.

**VAMPARYS Xavier**, « Fusion, transmission universelle de patrimoine, contrat conclu intuitu

personae » - Note sous Com., 13 déc. 2005, pourvoi n° 03-16.878, *BJS 2006*, n° 5, p. 591.

**VAN STEENLANDT Philippe**, « Construction par l'usufruitier sur le terrain démembré : une efficacité confirmée » - Note sous Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 sept. 2012, pourvoi n° 11-15.460, *JCP N 2013*, n° 4, p. 51.

**VAREILLE Bernard, CHAMOULAUD-TRAPIERS Annie, et FIORINA Dominique**, « Indivisions, successions, libéralités – Panorama 2010 – Première Partie : Administration de la succession – Indivision » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, pourvoi n° 09-10.556, *Deffrénois 2010*, n° 22, p. 2372.

**VIANDIER Alain**, « Caractérisation et sanction de l'abus de minorité » - Note sous Com. 9 mars 1993, pourvoi n° 91-14.685, *JCP E 1993*, n° 23, p.141.

**VIGNAL Thierry**, « Un trust peut-il être qualifié de donation indirecte ? » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 fév. 1996, pourvoi n° 93-19.855, *Deffrénois 1997*, n° 1, p. 26.

**VOINOT Denis**, Note sous Com., 12 juill. 2005, pourvoi n° 03-14.045 et pourvoi n° 03-15.855, *Gaz. Pal. 2005*, n° 308, p. 28.

**ZALEWSKI Vivien**, « Ce que n'est pas une action en réduction : une action en paiement d'une soulte ou d'une indemnité liée à la réduction d'une libéralité faite à un successible » - Note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 mars 2011, pourvoi n° 09-71.101, *RJPF 2011*, n° 6, p. 34.

## ***TABLE ANALYTIQUE DE JURISPRUDENCE***

---

### **Décisions de la Cour de cassation :**

Soc. : - 24 janv. 1963, *Bull. civ. IV*, n° 100

Com. : - 26 fév. 2013, pourvoi n° 12-13.721, *Juris-Data* n° 2013-003197  
- 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.745, *Juris-Data* n° 2012-029941  
- 11 sept. 2012, pourvoi n° 11-21.234, Inédit  
- 5 mai 2009, pourvoi n° 08-18.165, *Bull. civ. 2009 IV*, n° 66  
- 31 mars 2009, pourvoi n° 08-14.053, Inédit  
- 3 mars 2009, pourvoi n° 07-20.515, Inédit  
- 10 fév. 2009, pourvoi n° 07-21.806, *Bull. 2009 IV*, n° 19  
- 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-13.185, Inédit  
- 6 fév. 2007, pourvoi n° 05-12.939, *Bull. 2007 IV*, n° 24  
- 28 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.486, *Bull. 2006 IV*, n° 235, p. 258  
- 12 juill. 2005, pourvoi n° 03-14.045, *Bull. civ. 2005 IV*, n° 174, p. 187  
- 19 avr. 2005, pourvoi n° 03-19.890, Inédit

- 22 fév. 2005, pourvoi n° 03-17.421, Inédit
- 31 mars 2004, pourvoi n° 03-16.694, *Bull. civ. IV*, n° 70, p. 71
- 5 déc. 2000, pourvoi n° 98-12.913, Inédit
- 8 févr. 2000, pourvoi n° 97-17.307, Inédit
- 5 oct. 1999, pourvoi n° 97-17.377, *Bull. 1999 IV*, n° 163, p. 137
- 9 fév. 1999, pourvoi n° 96-17.661, *Bull. civ. 1999 IV*, n° 44, p. 36
- 8 juill. 1997, pourvoi n°95-16.803, *Bull. civ. 1997 IV*, n° 226, p. 196
- 1<sup>er</sup> avr. 1997, pourvoi n° 95-12.723, Inédit, *RJF 7/1997*, n° 752
- 4 janv. 1994, pourvoi n° 91-20.256, *Bull. civ. 1994 IV*, n° 10, p. 8
- 9 mars 1993, pourvoi n° 91-14.685, *Bull. 1993 IV*, p. 69, n° 101
- 23 oct. 1990, pourvoi n° 89-13.999, *Bull. 1990 IV*, n° 247, p. 171
- 18 avr. 1989, pourvoi n° 87-16.082, *Bull. civ. 1989 IV*, n° 124, p. 83
- 28 janv. 1980, pourvoi n° 78-13.439, *Bull. com. 1980 IV*, n° 41
- 26 janv. 1970, pourvoi n° 67-14.787, *Bull. civ. 1970 IV*, n° 30, p. 31.
- 21 oct. 1969
- 18 nov. 1968, *Bull. civ. 1968 IV*, n° 324

Civ. 1<sup>ère</sup> :

- 24 oct. 2012, pourvoi n° 11-21.839, *Juris-Data* n° 2012-023911
- 9 mars 2011, pourvoi n° 09-71.101, *Bull. civ. 2011 I*, n° 53
- 12 mai 2010, pourvoi n° 09-10.556, *Bull. civ. 2010 I, I*, n° 117
- 8 juill. 2009, pourvoi n° 07-18.041, *Bull. 2009 I*, n° 168
- 31 oct. 2007, pourvoi n° 05-14.238, *Bull. 2007, I*, n° 337
- 17 janv. 2006, pourvoi n° 04-13.789, *Bull. 2006 I*, p. 22, n° 23
- 31 mai 2005, pourvoi n° 03-11.133, *Bull. civ. 2005 I*, p. 199, n° 237
- 17 fév. 2004, pourvoi n° 00-11.870, Inédit
- 12 nov. 1998, pourvoi n° 96-18.041, *Bull. 1998 I*, n° 315, p. 217
- 16 juill. 1997, pourvoi n° 95-13.316, *Bull. civ. 1998 I*, n° 252, p. 168
- 6 mai 1997, pourvoi n° 95-12.480, Inédit
- 20 fév. 1996, pourvoi n° 93-19.855, *Bull. civ. 1996, I*, p. 62, n° 93
- 10 juill. 1995, pourvoi n° 93-14.443, *Bull. civ. 1995 I*, n° 319, p. 223
- 21 novembre 1995, pourvoi n° 93-16.646, *Bull. civ. 1995 I*, n° 417, p. 291
- 17 nov. 1993, pourvoi n°91-16.733, *Bull. civ. 1993 I*, n° 329, p. 228
- 14 févr. 1990, pourvoi n° 88-16.193, *Bull. 1990 I*, n° 50, p. 36
- 31 oct. 1989, pourvoi n° 87-17.948, *Bull. 1989 I*, n° 338, p. 226
- 8 mars 1988, pourvoi n° 86-11.144, *Bull. civ. 1988 I*, n°67, p. 44
- 25 nov. 1986, pourvoi n° 85-10.548, *Bull. 1986 I*, n° 282, p. 269
- 20 mars 1985, pourvoi n° 82-15.033, *Bull. civ. 1985 I*, p. 93, n° 103

- 6 fév. 1980
- 9 nov. 1977, *Bull. civ. 1977 I*, n°410
- 11 mai 1977, pourvoi n° 75-14.144, *Bull. civ. 1977 I*, n° 225, p. 178
- 22 févr. 1977, *Bull. civ. 1977 I*, n°100
- 17 nov. 1971, pourvoi n° 70-11907, *Bull. civ. I*, n° 292, p. 250
- 21 mars 1962, *Bull. civ. I*, n° 175

- Civ. 3<sup>ème</sup> :
- 19 sept. 2012, pourvoi n° 11-15.460, *Bull. civ. 2012 III*, n°128
  - 16 nov. 2011, pourvoi n° 10-19.538, Inédit
  - 15 juin 2011, pourvoi n° 10-16.233, Inédit
  - 18 nov. 2009, pourvoi n° 08-19.875, *Bull. civ. 2009 III*, n° 255
  - 5 mars 2008, pourvoi n° 05-20.200, *Bull.civ. 2008 III*, n° 41
  - 29 nov. 2006, pourvoi n° 05-17.009, *Bull. civ. III 2006*, n° 236, p. 200
  - 15 juin 2005, pourvoi n° 04-11.322, *Bull. civ. 2005 III*, n° 129
  - 2 fév. 2005, pourvoi n° 03-19.729, *Bull. civ. 2005 III*, p. 26, n° 30
  - 7 avr. 2004, pourvoi n° 02-18.979, *Bull. civ. 2004, III*, n° 86, p. 79
  - 10 juill. 2002, pourvoir n° 00-22.158, Inédit
  - 5 juin 2002, pourvoi n° 00-20.806, *Bull. civ. 2002 III*, n° 124, p. 109
  - 23 mai 2002, pourvoi n° 00-17.604, *Bull. civ. III*, p. 94, n° 106
  - 24 mars 1999, pourvoi n° 97-16.856, *Bull. civ. 1999 III*, p. 54, n° 78
  - 2 mars 1994, pourvoi n° 91-21.696, Inédit
  - 7 juill. 1993, *Bull. civ. 1993 III*, n° 112
  - 26 juin 1991, pourvoi n° 89-18.242, *Bull. civ. 1991 III*, n° 198, p. 115
  - 19 juill. 1984, pourvoi n° 83-70.164, *Bull. civ. 1984 III*, n° 148
  - 12 nov. 1980, pourvoi n° 79-13.035, *Bull. civ. 1980 III*, n° 176
  - 4 juin 1975, pourvoi n° 74-10.777, *Bull. civ. 1975 III*, n° 194
  - 30 janv. 1970, *Bull. civ. III*, p. 60, n° 83
  - 5 déc. 1968, *Bull. 1968 III*, n° 532

- Civ. 2<sup>ème</sup> :
- 13 juill. 2005, pourvoi n° 02-15.904, *Bull. civ. 2005 II*, n° 194, p. 172
  - 18 oct. 1989, *Bull. civ. 1989 II*, n° 192

- Civ. :
- 6 déc. 1956, *D. 1956*, I, p. 134
  - 8 décembre 1948, aff. Gougay, *D. 1948*, I, p. 124
  - 16 nov. 1948, *D. 1948*, I, p. 88
  - 7 juil. 1941, *D. 1941*, II, p. 370
  - 11 janv. 1937, arrêt *Mulle*, *D. 1937*, I, p. 101

- 21 oct. 1931, *D. 1933*, I, p. 100

- Req. :
- 29 juin 1903, *DP 1904*, I, p. 591
  - 10 déc. 1900, *D. 1904*, I, p. 36 ; *DP 1901*, I, p. 209
  - 26 février 1894
  - 4 nov. 1885, *DP 1886*, 1, p. 361
  - 12 juill. 1880, *DP 1882*, I, p. 161
  - 14 mars 1877, *DP. 1977*, I, p. 353
  - 27 juillet 1869, *DP 1871*, I, 170
  - 6 mars 1861, *DP 1865*, I, 417
  - 11 mai 1857 : *D. 1857.275*

### **Juridictions du premier et du second degré :**

CA Bordeaux, ch. civ., 10 janv. 2012, rôle n° 11/00225 ; ch. soc. 3 mai 1995 *Juris-Data* n° 1995-043842

CA Bourges, 1<sup>ère</sup> ch., 21 oct. 1986, *Juris-Data* n°1986-042392

CA Aix-en-Provence, 1<sup>ère</sup> ch. C, 10. déc. 2009, rôle n° 09/02655 ; 4<sup>ème</sup> ch. C, 9 nov. 2006, rôle n° 2006/440, *RG* n° 03/12011

CA Versailles, 19 déc. 1989, *BJS 1990*, p. 182

CA Grenoble, 15 fév. 1961, *D. 1961*, II, p. 674

CA Lyon, 1<sup>ère</sup> ch. B, 16 oct. 2007, rôle n° 06/03323, *Juris-Data* n° 2007-355093

CA Paris, CA Paris, 15<sup>ème</sup> ch., sect. A, 4 mars 1992, *Mauve c/ Lagarde*, *BJS 1992*, n° 5, p. 502 ; 2<sup>ème</sup> ch. 19 fév. 1991, *juris-data* n°1991-021582 ; 14<sup>ème</sup> ch. B, 27 mai 1988, *Dr. Soc. 1988*, p. 783 et *BJS 1988*, p. 783, n° 247 ; 2<sup>o</sup> Ch., A, 22 février 1982 ; *Claude Gilbert c. Yves Gilbert et consorts Imbert et autre*, *JCP G 1983*, II, n° 19964 ; 2<sup>o</sup> Ch., 24 avril 1974, *Bouillault c. Rossi*, *Juris-Data*, n° 153 ; 22 janv. 1971, *D. 1971*, II, p. 517 ; 19<sup>ème</sup> ch., 4 mars 1966, *D. 1966*, somm. 86 ; 5 juin 1950, *Gaz. Pal. 1950*, II, p. 96 ; 19 juill. 1935, *DH 1935*, II, p. 561 ; 2<sup>ème</sup> ch., sect. A, 2 juillet 2002, *Mang c/ Mang*, *RJDA 2003/1*, n° 34, p. 29

CA Toulouse, 31 juill. 2012, n° 11/05985, ch. Sect. 1, *SARL Module c/ C*

TGI Boulogne-sur-Mer, 17 fév. 1978, *Cantard c/ Cantard*, In Nathalie PETERKA, « Successions », *J.-Cl. Civ. Code*, Fasc. Unique, Art. 858 à 863, §50.

T. civ. Orléans, 16 mars 1943, *JCP G 1943*, III, n° 2453

### **Autres juridictions :**

CC : 14 oct. 2009, n° 2009-589 DC

18 sept. 1986, Décision n° 86-217 DC, Cons. 48 ; JO 19 sept. 1986, p. 11294 ; Recueil, p. 141

CE :

- 28 avr. 2006, n° 278857, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> s.-s., min. c/ Mmes Cousin et Soulard, *RJF* 7/06, n° 887
- 31 mars 1993
- 27 mars 1991, n° 81119, Dr. fisc. 1991, comm. 1705, concl. N. Chahib Nouräi.
- 11 avr. 1973, n° 81154, Dr. fisc. 1974, comm. 830, concl. Delmas-Marsalet.

CAA Paris, 27 fév. 2004, rôle n° 99PA02598

TA Paris, 1<sup>ère</sup> ch., sect. 1, 8 juill. 2009, n°s 04-17286 et 08-3363

CJCE, 22 déc. 2008, Aff. 48/07, 4<sup>ème</sup> ch., Belgique c/ Les Vergers du Vieux Tauves SA ; 23 avr. 1991, Höfner c/ Macrotron, GbmH, Aff. C-41/90 : Rec. CJCE 1991, I, p. 1979 ; CJCE, 12 sept. 2000, Pavlov c/ Stichting Pensioenfond Medische Specialisten, Aff. jtes C-180/98 à C-184/98 : Rec. CJCE 2000, I, p. 6451, pt. 74.

# INDEX ALPHABÉTIQUE

## A

**Acte conservatoire :** 259, 270, 288, 375, **376**, 380, 392, 421

**Acte d'administration :** **377, 380**

**Acte d'administration provisoire :** 376, 377, 379

**Acte d'aliénation :** 270, 381, 391

**Acte de disposition :** 179, 254, 262, 288, 377, 381, 388

**Acte de gestion courante :** 270, 380

**Acte d'exploitation courante :** 379, 380

**Acte nécessaire à la poursuite de l'exploitation :** 270

**Action en complément de part :** 209

**Actions de société :**

- Présomption de propriété : 137

- Transmission :

- Opposabilité : 137

**Administrateur légal :** **391**

**Affectation :**

- Comptable : 36, **37**, 38

- Désaffectation : 229

- Immeuble : 38

- Maintien : 136

**Agrément :**

- Clause de - : 301, 385

- Héritier : 385

- Mandataire à effet posthume : 394, 396

- Procédure : 61, 301

**Allotissement :** 133, 148

**Anticipation :**

- - de la liquidation : 149

- - des effets de la succession : 130

- - du partage : 149

- - statutaire : 332s.

- - successorale : 149, 150, 191

- Aspect :

Constaté/expectatif :

10, 23, 455

Temporel : 26s.,

129, 190

- Concept : 1, 2, 3, 6, 8, **10**, 11, 18, 25, 28, **29**, 239, 248, 347, **455**

- Fonctionnement de la société : 295s.

- Limites : 121

- Phénomène : 1, 2, 7, 20

- - juridique : 23, 451

- Pouvoirs de gestion : **242s.**, 245

- Prévention des risques : 6

- Sciences : 3, 4, 5, 6

- Source : 8, 9

- Volonté : 9

**Assemblée d'associés :**

- Convocation : 299, 318

- Fonctionnement : 60, 302

**Associé :**

- Héritier : 395

- Usufruit : 307

**Attribution préférentielle :** **31**, 127

## B

**Bail commercial :** 135, 270, 271

- Renouvellement : 261

**Bail professionnel :** 135

- Biens nécessaires et biens utiles : 431

**Bail rural :**

- Renouvellement : 261

**Bien :**

- Notion : 39, 269, 283

**Biens professionnels :** 39, 48, 50, 53, 136, 351, 355, 362, 392, 398

**Boni de liquidation :** 336s.

**C**

**Cession de fonds de commerce :** 135

**Changement d'état :** 97s., 148

- Améliorations : 100s., 269  
- Accroissement de la valeur : 269  
- Création d'une chose nouvelle : 110  
- Exploitant : 100  
- Usufruitier : 105, 107s.

- Améliorations imputables : 99s.

- Améliorations fortuites : 112s.

- Changement de destination : 115

- Charges :  
- - sur la propriété : 274

- - usufruitière : 274

- Usufruit : 282

- Détériorations : 117s.

- Imputabilité : 99s.

- Présomption : 115

**Charge :**

- Libéralités : 167

- Usufruit : 274, 282, 283

**Chose :** 283

**Compte courant d'associés :** 141

**Contrat :**

- Transmission : 38

Créances :

- Transmission : 38

**Conservation de la substance :** V. Obligation de conservation et Substance

**Créanciers :** 275, 407, 410, 442

**D**

**Décès :** 129, 132, 145, 452

**Démembrement de propriété :** 242s., V. Usufruit

- Communauté d'intérêt : 255, 322

- Contractualisation : 289

- Demande en désignation :  
- Commissaire aux comptes : 306

- Contrôleur de gestion : 307

- Enquêteur-conciliateur : 307

- Expert de gestion : 307

- Expert *in futurum* : 307

- Mandataire *ad hoc* : 307

- Dissociation de la gestion : 242, 244

- Droits sociaux : 290s.

- Droit à l'information : 326s.

- Droit de communication : 327

- Droit de vote (répartition): 317s.

- Droit préférentiel de souscription : 330s.

- Représentativité : 308

- Entreprise individuelle : 245s.

**Dessaisissement :** 388

- - anticipé : 132, 158

**Dettes d'exploitation :** 39, 275, 362

- Notion : 274

- Mandat à effet posthume : 364

- Transmission : 38, 136, 140

**Dirigeants :**

- Définition : 49

- Désignation : 57

**Dissociation :**

- Activité/Propriété : 242

- Attributs de la personnalité juridique : 359

- Avoir/Pouvoir : 290, 454

- Capital/Gestion : 234, 240, 289, 454

- Droits subjectifs : 360

- Poursuite de l'activité : 240

- Responsabilités : 368

**Donation ordinaire :** 129s.

- Instabilité : 148

**Donation-partage :** 126s.,

**191s.**, 451

- - conjonctive : 199

- - transgénérationnelle : 198

- Consolidation : 307s.

- D'une partie de :

    Droits sociaux : 231

    Entreprise individuelle :

    230

    Patrimoine affecté : 232

- Extension du champ  
d'application : **43s.**, **46s.**,

196

    - Critère de - : **47s.**

    - Restriction : 48

- Repreneur :

    - Désignation : 195s.

        Tiers : 221s.

    - Consécration : 200

- Usufruit : 235

**Droit de revendication :**

269

**Droit de vote :**

- Abus : 319

    - - de minorité : 62

- Clause attributive : 316s.

- Démembrement : 317, 339

- Mandat : 298

- Mandataire à effet  
posthume : 393

**Droit futur :** 242

**Droit personnel :** 263, 268,

284

**Droit réel :** 235, 269, 278,  
280, 311, 319, 422

- Démultiplication : 292

**Droits sociaux :** 21, 22

- Accessoires : 92

- Changement d'état : 116

- Dépréciation : 321

- Divisibilité : 169

- État : 85, **91s.**

- Fruits : **85s.**

- Indisponibilité : 94

- Minorité de blocage : **62**

- Nature frugifère : 87

- Participation : 60, 61, 92,

116

    - Dilution : 352

- Prerogatives : 294, 339

- Substance : 337

- Titularité : 357

- Transmission : **45s.**, **48s.**,  
203, 204

    - Opposabilité : 137

- Usufruit : 242, 290s.

    - Droit à

    l'information : 326s.

    - Droit de

    communication : 327

    - Droit de

    vote (répartition):

    317s.

    - Droit préférentiel

    de souscription :

    330s.

    - Représentativité :

308

## E

**EIRL :** V. Patrimoine  
affecté à l'activité  
professionnelle

**Entreprise**

- Activité : 13

    - Continuité

d'exploitation de - : **17**, **18**,  
19, 22, 24, 36, 48, 53, 128,  
141, 264, 274, 355, 356,  
359, 362, 376, 380, 439

    - Dissociation de la  
propriété : 242

- Concept : **11**, 30s., 45, 64,  
65s., **452**, **454**

    - Contenu : **31s.**,  
122

    - Contenant : **65s.**,  
122

    - Transmission  
différée : **241s.**

- Crédit de l'entreprise : 442

- Définition : **19**, **21**, **24**, **38**

- Développement : 108, 355,  
438

- Entité : 17, 24, 354, 360,  
368

- Évaluation : **65**

    - Critères : V. État

- Exploitation :

    - - Agricole : 31

    - - En nom propre :  
31

    - Forme  
juridique d'exploitation : 21,  
**30s.**, 33, **42**, 431, 454

    - Intérêt : 24, 354, 355, 356,  
372, 452, 454

- Moyens de production :

    - Maintien : 248s.

- Pérennité : **13**, 17, 56, 99,  
142, 145, 244, 247, 287,  
355, 359

- Personnification : 356

- Propriété : 18, 25

- Reconnaissance : **31s.**, 127

- Systématisation : **67s.**

- Unité patrimoniale : 19,  
**21**, 24, 125, 131, 169, 354,  
356, 360, 368, 452

- Valeur : 287

**Entreprise individuelle :**  
**34s.**

- Continuité d'indivision :  
267

- Fruits : 273

- Indivisibilité : 170

- Profit : 273

- Substance : V. État

- Usufruit : 242

**Entreprise sociétaire :**

- Changement d'état : 116

- État : 95

- Fonctionnement : 62, 295s.

- Assemblées  
d'associés : 302

- Gestion : **45s.**

- Pouvoir décisionnel : 116

**Espace :**

- Concept : 1

**État : 65s.**, 253

- Critère de détermination :  
**68s.**

- Droits sociaux : 85, **91s.**,  
184

- Entreprise individuelle :

- Bénéfices : 73

- Fonds : 71, **77s.**

- Immeuble : 71,  
135, 452

- Entreprise sociétaire : **95**

- Patrimoine affecté : **82s.**

- Patrimoine social : **96**, 184

**Exécuteur testamentaire :**  
392

## F

**Fiduciaire :**

- Inscription au RCS : 427

- Fautes de gestion : 408

- Mission : 445

- Pouvoirs : 421, 441, 442

- Rémunération : 438, 447

- Révocation : 444

- Statut : 400, **434s.**

**Fiducie :**

- libéralité : 400

- Bénéficiaire : 422

- Intérêt : 433, 438,  
439, 440

- Constituant : 425

- Créanciers : 407, 410, 442

- Contrat :

- Extinction : 411

- Dettes :

- Déchéance du  
terme : 411

- Imputabilité : 410

- Responsabilité : 432

- Risques d'exploitation :  
406, 407, 442

**Fonction dirigeante : 47s.**,  
116

- Définition : **49s.**

**Fonds agricole : 135**

**Fonds artisanal : 135**

**Fonds de commerce : 135**

- Destination : 288

**Fonds libéral : 135**

**Fonds professionnel : 21,**  
22, 135, 270

- Bénéfices :

- Ventilation : 273

- Clientèle : 80

- Fruits : 270

- Nature juridique :  
75

- Usufruit : 242

- Substance : 205, 253

- Transfert :

- Opposabilité : 135

- Valeur : 259

**Fruits :**

- des fonds : 75, 270, 273

- du patrimoine affecté à  
l'activité professionnelle :  
82s., 83, 270, 273

- Détachement : 83, 89, 90

- Dividendes : **86s.**, 324

- Nature juridique :  
86, 87, 90

- Régime juridique :  
88, 89

- Droit d'accession : 279

- Loyers : 74

## G

**Gestion : 18, 22, 23, 115,**  
**348s.**

- dissociée : **239s.**, **454**

- Démembrement de  
propriété : 244

- Intermédiaire de - : 348, 449, V. Fiduciaire et Mandataire à effet posthume
  - Libéralités graduelles : 177s.
    - Inaliénabilité : 179
    - Prise de garantie : 179
  - Mandataire à effet posthume : 359
    - Faute de gestion : 365
  - Période Transitoire :
    - Démembrement : 246, 248
    - Fiducie : 423
    - Mandat à effet posthume : 348, 351
  - Pouvoirs : 348
    - Mandataire à effet posthume : 372
    - Usufruit : 245, 270
  - Transfert : 348, 453
- Grevé :**
- Obligation de conserver : 182s.
  - Obligation de transmission : 173s.
  - Pouvoir de gestion : 177s.

## H

### **Héritier :**

- - réservataire : 13, 66, 153, 171, 216
- Égalité entre héritiers : 157

## I

**Immatriculation :** V.  
Registre du commerce et des sociétés

### **Immeuble :**

- Affectation : 38
- Demande en expropriation : 262
- Entreprise individuelle : 71, 135
- Usufruit : 242

### **Inaliénabilité :**

- Mandat à effet posthume : 387
- Libéralité graduelle : 172

**Indemnité compensatrice :** 97

**Indemnité de rapport :** 66, 67, 97, 147, 148, 158

**Indemnité de réduction :** 66, 67, 97, 147, 148

**Indemnité de réparation :** 118

**Indemnité pour enrichissement sans cause :** 110, 113

**Indisponibilité du chef d'entreprise :**

- Prédécesseur : 430, 433, 445
- Repreneur : 242, 430, 445
- Vacance de direction : 175

**Indivision :** 26, 44, 46, 123, 277, 352

### **Intérêt :**

- - de la famille : 227, 452

- - de l'entreprise : 24, 354, 355, 356, 372, 440, 452, 454
- - du bénéficiaire (mandat à effet posthume) : 360, 371, 372, 438
- - du bénéficiaire (fiducie) : 433, 439, 440
- - du patrimoine fiduciaire : 440
- - du prédécesseur : 264
- - du repreneur : 264
- - social : 293, 303, 305, 307
- Usufruit :
  - Communauté d'intérêt : 255, 264, 453
  - Conflit de - : 261

## J

**Jouissance anticipée :** 134

- - des fonds : 135

## L

**Libéralité :** 25

- Action en cantonnement : 168, 387
- Excessive : 146
- Objet : 13, 158
- Remise en cause : 145, 210, 215s.
  - Révocation : 155

**Libéralité entre vifs :** 125s.

**Libéralité-partage :** 32, V. Donation-partage

**Libéralités substitutives :** 159s.

- Charges : 167
- Conditions : 164s.

-- suspensive : 165  
-- résolutoire : 166  
- Effet contre-productif :  
170  
- Flexibilité : 172s.  
- Gestion : 179  
- Obligation de  
transmission : 173

**Location-gérance** : 246,  
270, 287, 432

## M

**Masse successorale** : 132,  
212

**Mandat à effet posthume** :

- Extinction : 386  
- Intérêt du bénéficiaire :  
360, 371, 372, 438, 439  
- Option héréditaire : 374,  
378

**Mandataire à effet  
posthume** :

-- de substitution : 352  
- Agrément : 394  
- Désignation : 352  
- Faute de gestion : 365,  
367, 386  
- Inaliénabilité  
conventionnelle : 387  
- Obligations : 366, 369  
- Reddition des  
comptes : 370, 386  
- Pouvoirs :  
-- d'administration :  
374, **375s.**  
-- de disposer : 373  
-- de gestion : 372,

374

-- de voter : 393  
- Qualité de commerçant :  
364  
- Rémunération :  
- Révision : 370  
- Représentation : 363, 370,  
395  
- Responsabilité : 365, 367  
- Révocation judiciaire : 386  
- Statut : 363, **382s.**  
**Mandataire unique** : 390,  
394, 395

## N

**Novation** : 38, 136, 141

**Nu-propriétaire** :

- Droit de participer : 296,  
**316s.**  
- Droit de surveillance : 259  
- Droit futur : 242  
- Droit personnel : 263, 284  
- Droit réel : 278, 280, 311,  
319  
- Héritier donataire : 236  
- Immatriculation : 271  
- Information : 305  
- Obligation aux grosses  
réparations : 278  
- Obligation de conserver :  
255, **258s.**, **259**  
- Obligation de livraison :  
268  
- Obligation personnelle :  
263, 268  
- Qualité d'associé : 339s.  
**Nue-propriété** : 242  
- Substance : 315, 316s.

## O

**Obligation au rapport** : 76,  
79, 146

**Obligation aux grosses  
réparations** : 278

**Obligation aux réparations  
d'entretien** : 278

**Obligation de  
conservation** :

- Droits sociaux : 184  
- Fonds : 185  
- Libéralités substitutives :  
178, **182s.**, 184, 185, 188  
- Patrimoine affecté à  
l'activité professionnelle :  
188  
- Usufruit :  
- Usufruitier : 106,  
117, 243, 255, 288  
- Nu-propriétaire :  
255, **259**  
**Obligation de donner  
caution** : 252  
**Obligation d'entretien** :  
267, 270, 285, 287  
**Obligation d'exploiter** :  
286, 287  
**Obligation de faire dresser  
un inventaire** : 253  
**Obligation de jouir en bon  
père de famille** : 252, 286,  
287  
**Obligation de livraison** :  
268  
**Obligation de respecter la  
destination du fond** : 288

**Obligation de restitution :**  
66, 68, 97, 109, 254, 276,  
284, 285, 288

**Obligation de transmission :** 167, 173s.,  
178

**Obligation personnelle :**  
263, 268

**Outil professionnel :** V.  
Biens professionnels.

## P

**Parts sociales :**

- Transmission :  
- Opposabilité : 137

**Partage :** 227

- - *post mortem* : 193, 200  
- Anticipation de - : 149  
- Égalité du - : 214  
- Effet déclaratif : 133

**Patrimoine :**

- - But : 399, 431, 439, 440  
- Émanation : 398, 440  
- Fonction de représentation :  
440  
- Notion : 39

**Patrimoine affecté à l'activité professionnelle :**  
21, 22, 39, 270

- Dettes : 141  
- État : 84  
- Fruits : 82s, 270, 273  
- Détachement : 83  
- Notion : 41  
- Substance : 250, 253  
- Transmission : 39, 82  
- opposabilité : 136

- Usufruit : 82, 242

- Valeur : 259

**Patrimoine fiduciaire :**

401, 405s., 414  
- Autonomie : 406, 407, 408  
- Fruits  
- Intérêt : 440  
- Liquidation : 409, 411, 412  
- Transmission universelle :  
409, 411, 412

**Patrimoine professionnel :**  
136, 405s.

**Patrimoine social :** 83

- État : 96

**Personnalité juridique :**

353  
- - de rattachement : 354s.,  
398, 419  
- Anticipation de - :  
371

- Articulation : 357,  
358

- Attribut : 358, 359

- Dissociation des - :  
359

- Survie : 396

**Personnification :**

- - de l'entreprise : 356  
- - des biens : 440

**Phénomène :**

- Anticipation : 2, 7, 20, 451  
- Juridique : 23  
- Contractualisation : 2, 289,  
294  
- Définition : 7  
- Temporel : 2, 7

**Portefeuille de valeurs mobilières :** 183, 243

**Propriété :** 18, 25

- Attribution anticipée : 133,  
200

- Démembrée : 269, 283

- Jouissance anticipée : 134

- Plénière :

- Définition : 269

- Reconstitution :  
249, 262, 276, 280, 283

- Transfert immédiat : 124,  
135

**Propriété fiduciaire :** 401,  
413s.

- Économique : 418, 423,  
426, 427

- Juridique : 418, 426, 427

- Revendication : 425, 426

- Temporaire : 402, 418

## Q

**Qualité :**

- Associé :

- Attribution  
anticipée : 137, 341

- Héritier : 395

- Usufruit : 307,  
339s.

- Entrepreneur : 272s., 361,  
423

- Exploitant : 134, 158, 268,  
270, 275, 281, 284, 361,  
362, 423

- transmission : 276

- Prédécesseur : 132

- Repreneur : 155, 242

- Mandat à effet  
posthume : 366  
- Usufruit : 281

## R

### Rapport :

- de l'entreprise : 158  
- Action en - : 144, 146, 166  
- Dispense : 152  
- Égalité : 158

### Réduction :

- Action en - : 144, 146, 153, 166  
- Prescription : 156  
- Égalité : 158

### Registre du commerce et des sociétés :

- Immatriculation :  
- Mandataire à effet  
posthume : 362, 364  
- Fiduciaire : 427  
- Usufruit : 271  
- Radiation : 132

**Renonciation anticipée à l'action en réduction** : 153, 171, 209

### Repreneur

- - grevé : 173s.  
- - familial : 46  
- Obligation au rapport : 76, 79  
- Désignation : 133s., 160, **195s.**  
- Intermédiaire : 348s.  
- Qualité de - : 155, 366, 242  
- Tiers : 40s., 221s.

### Représentation :

- **Mandat à effet posthume** : 363, 370, 395  
**Réserve héréditaire** : 65, 66, 146, 400

### Réserves :

- Distribution : 333s.

### Responsabilité :

- - du mandataire à effet posthume : 365, 367  
- Dissociation des - : 368

### Risques d'exploitation :

- Fiducie : 406, 407, 442  
- Mandat à effet posthume : 365s.  
- Usufruit : 247, 273

## S

**Saisine** : 138s., 352, 355, 386, 387

### Situation juridique :

- - Anticipée : 8, 10, **26**, 31, 123, 162  
- - de reprise : 10, 66, 130, 143, 158  
- Effectivité : 200  
- Fragilité : 148, 163, 167, 176, 181, 190  
- Stabilité : 145, 147, 149, 153, 155, **205s.**, **237**, 347, 455

- Anticipation de - : 8, 10, **242s.**, 455

- Évolution : 142, **241**

- Formation : 130

- Immédiate : 246

- Immeuble : 242

- Modification : 9, 132, 260, 262

- Nouvelle : 141  
- Ouverture de la succession : 131, 146  
- Effets : 138

**Société** : V. Entreprise sociétaire

**Soulte** : 211s.

- Réévaluation : 213

### Statut :

- Administrateur : 270  
- Associé-propriétaire démembré : 345  
- Chef d'entreprise : 132  
- Commissionnaire : 363  
- Conjoint collaborateur : 363

- *EIRL* : 41, 42, 43

- Intermédiaire de gestion : 348

- Mandataire à effet posthume : 363

### Statuts de société :

- Clauses : 294s., 345  
- Clause d'agrément : 301, 385  
- Clause d'inaliénabilité : 302  
- Clause de préemption : 300  
- Clause de représentation : 296s., 317s.

**Subrogation** : 182, 187, 270, 273

### Substance :

- - de la chose : **65s.**, 264, 270  
- Conservation : 106, 117, 243, **256s.**, **259**

- Moyens de production : 250

- Universalité de fait : 243, 254

- Fonds : 250, 253

- Matériel d'exploitation : 254

- Stocks : 254

- Notion : 288

- Patrimoine affecté à l'activité professionnelle : 253

- Usufruit de droits sociaux : 315

**Substitution :**

- - de droit : 283

- - de personne : 140, 141, 330, 360, 369

**T**

**Temps :**

- - futur/présent : 4, 6, 7, 10, 23, 123, 143, 264, 451

- Concept : 1

- Définition : 2, 164

- Fonction : 2

- Phénomène : 2

- Temporalité : 2, 164

**Tiers : 32**

- Donataire : **40s.**

- Repreneur : 221s., 348s.

**Transmission :**

- Universelle ou à titre universel : **39**, 44, 82, 409, 411

**Transmission**

**d'entreprise :**

- - anticipée : 20, **25s., 123s., 451**, 455

- Sécurisation : 219

- - différée : **242s.**, 183

- - dissociée : 242s.

- Anticipation de - : 20, **239s., 451, 453**, 455

- Chiffres : 12

- Contrat : 38

- Contrats de travail : 38, 135

- Créances : 38

- Dettes professionnelles : 38

- Évolution : 14

- Fiscalité : 14

- Objectifs : 29, 53

- Technique de - : 13s., 20s., 33, **127s., 451**

- Transfert d'exploitation : 133, 201s., 276s, 348s.

**Trust : 400, 419**

**U**

**Universalité :**

- - de fait : 109, 187, 243

- Fonds : 270

- Patrimoine affecté : 270

**Usufruit : 235, 242, V.**  
Démembrement de propriété

- Acte de disposition : 262

- Charge : 274, 282, 283

- Collaboration de l'usufruitier et du nu-propiétaire : 299

- Concours de l'usufruitier et du nu-propiétaire : **256s.**

- Demande en expropriation : 261

- Dettes : 275

- Donation indirecte : 334

- Droits sociaux : 242

- Action en responsabilité : 305

- Droit d'agir en justice (répartition) : 303, 308, 309

- Jouissance : 307

- Encadrement légal : 314

- Extinction : 280, 283

- - par anticipation : 338

- Fonds : 242

- Immeuble : 242

- Notion : 282s.

- Patrimoine affecté : 242

- Profit : 273

- Réserve : 247, 290

- Réversion de - : 198

- Risques d'exploitation : 274

- Substance : 315

**Usufruitier :**

- Droit d'enlèvement : 109

- Droit de disposer : 254

- Droit de jouir : 268, 269

- Droit de percevoir les fruits : 272, 279, 324, 340

- Droit de voter l'affectation des bénéfices : 296, **320s.**

- Droit personnel : 263, 268

- Droit réel : 269, 278, 311

- Enrichissement sans cause : 109, 110

- Immatriculation : 271

- Obligation

- - aux réparations d'entretien : 278
- - de conserver : 118, 243, 255, **257s.**, 285, 288
- - de donner caution : 252
- - d'entretien : 267, 270, 285, 287
- - d'exploiter : 286, 287
- - de faire dresser un inventaire : 253
- - de jouir en bon père de famille : 252, 286, 287
- - de réparation : 118, 119
- - de respecter la destination du fonds : 288
- - de restitution : 66, 68, 97, 109, 254, 276, 284, 288
- - personnelle : 263, 288

- Pouvoir de gestion : 270

- Qualité d'associé : 339s.

- Qualité d'exploitant : 268, 270, **272s.**, 284

- Qualité de repreneur : 242

- Responsabilité civile : 118, 119

- Exonération : 120

- Statut d'administrateur : 270

## V

**Valeur** : 208

- Changement de - : 269
- Entreprise : 287
- Fonds : 259
- Patrimoine affecté : 259

**Volonté** : **19**, 124, 129, 145, 146, 153, 171, 174, 176, 190, **195**, 242, 247, 264, 335, 359, 339, 388

# TABLE DES MATIÈRES

<b>Sommaire</b>	<b>9</b>
<b>LISTE DES ABBREVIATIONS</b>	<b>11</b>
<b>INTRODUCTION</b>	<b>15</b>
<b>PARTIE I – LA TRANSMISSION ANTICIPÉE DE LA PROPRIÉTÉ</b>	<b>55</b>
<b>TITRE I – LA RÉCEPTION MALAISÉE DE L’ENTREPRISE PAR LES TECHNIQUES CIVILISTES DE TRANSMISSION ANTICIPÉE</b>	<b>61</b>
<b>Chapitre I – L’approche directe : le contenant limitativement appréhendé</b>	<b>65</b>
SECTION I – L’ENTREPRISE INDIVIDUELLE À TRANSMETTRE, PARTIELLEMENT ENVISAGÉE	69
§I – L’intégration de l’entreprise individuelle	69
§II – L’absence d’élargissement à l’entreprise individuelle à patrimoine affecté	73
A – La justification de l’extension : un traitement égalitaire de toutes les entreprises	74
B – L’extension du périmètre du dispositif	77
SECTION II – L’ENTREPRISE SOCIÉTAIRE TRANSMISE : LA MALADROITE EXTENSION DU DISPOSITIF AUX DROITS SOCIAUX	78
§I – L’exercice d’une « fonction dirigeante » : un critère d’extension inadéquat	80
§II – La détention minimale d’une minorité de blocage : le critère d’extension suggéré	85
A – La réorientation de l’objectif de l’extension	85
B – Le remplacement du critère d’extension	86
1°) L’inopportunité de conserver le critère existant	87
2°) L’intérêt d’une condition relative aux participations	89
<b>Chapitre II – L’approche indirecte : le contenu systématisé par la notion d’état</b>	<b>95</b>
SECTION I – UN ÉTAT JURIDIQUEMENT INCERTAIN	98
§I – L’incertitude relative à l’entreprise individuelle	99
A – Les éléments constitutifs de l’état de l’entreprise individuelle difficilement déterminés	99
1°) Les éléments exclus	100
2°) Les éléments élus	106
B – L’état du patrimoine affecté, non discerné	109
§II – Les incertitudes relatives à l’entreprise sociétariaire	111
A – L’incertitude quant aux fruits	112
B – L’incertitude quant à l’état du titre social	118
1°) L’absence de précision relative aux éléments constitutifs de l’état du titre social	119
2°) La détermination préalable de l’état de l’entreprise sociétariaire	124
SECTION II – UN ÉTAT ÉCONOMIQUEMENT ATTRACTIF	128
§I – Le développement de l’entreprise favorisé par le régime des améliorations imputables à l’exploitant	130
A – Les améliorations imputables au donataire-repreneur, conservées avec l’entreprise	131
B – Les améliorations imputables à l’usufruitier-prédécesseur, transmises avec l’entreprise	133
§II – La neutralité du régime des améliorations fortuites et des détériorations	140
A – L’absence de droit de l’exploitant aux améliorations fortuites : la préservation de droits futurs	140

B – Le traitement uniforme des détériorations, au service d’une gestion dynamique de l’entreprise	146
---	-----

**TITRE II – L’APPLICATION PROMETTEUSE DES TECHNIQUES CIVILISTES À LA TRANSMISSION ANTICIPÉE DE L’ENTREPRISE** **153**

**Chapitre I – L’effet anticipatoire variable des donations** ..... **157**

SECTION I – L’UTILITÉ DES DONATIONS ORDINAIRES ..... 158

§I – L’anticipation des effets de la succession : facteur de contrôle ..... 159

A – La transposition des effets anticipés de l’ouverture de la succession ..... 160

B – La substitution de personne, ersatz à l’impossible saisine anticipée ..... 167

§II – L’anticipation des risques : facteur de sécurité ..... 169

A – L’instabilité de la situation juridique de reprise ..... 170

B - Les moyens juridiques de sécurisation ..... 176

1°) Les moyens conventionnels de protection ..... 176

2°) Les moyens légaux de stabilisation ..... 180

SECTION II – LES LACUNES DE L’ANTICIPATION DANS LES DONATIONS SUBSTITUTIVES ..... 185

§I – L’insuffisante protection de l’opération de transmission ..... 187

A – L’aléa dans la réalisation des conditions, source d’inexécution ..... 188

B – Le poids des charges, source d’anéantissement ..... 190

§II – Le caractère inopportun de l’anticipation ..... 194

A – L’intérêt limité de l’anticipation au regard de l’obligation de transmission ..... 194

1°) La faiblesse de l’anticipation dans les libéralités résiduelles ..... 195

2°) L’anticipation inadaptée de la gestion dans les libéralités graduelles ..... 196

B – L’incertaine anticipation engendrée par l’obligation de conservation en nature ..... 202

1°) La substance de l’obligation de « conservation des droits sociaux » : le retour à un régime complexe ..... 203

2°) La substance ignorée de l’obligation de conservation en nature des fonds et des patrimoines affectés ..... 205

**Chapitre II – L’adéquation de la donation-partage** ..... **211**

SECTION I – LES PRINCIPES CIVILISTES CONCOURANT À LA MAÎTRISE DE LA TRANSMISSION ..... 214

§I – L’institution du repreneur favorisée ..... 214

A – L’élargissement du choix du repreneur ..... 215

B – La consécration du repreneur ..... 220

§II – La stabilité recherchée, profitable à la reprise ..... 223

A – Les risques majeurs maîtrisés ..... 223

B – La survivance de risques mineurs ..... 225

1°) Le risque maîtrisé de la réévaluation des soultes à paiement différé ..... 226

2°) L’insécurité liée à l’omission ou à la passivité d’un enfant ..... 229

a) Le retour de principe à l’évaluation du bien au jour de l’ouverture de la succession ..... 229

b) De l’institution d’une règle dérogatoire visant à sécuriser la transmission anticipée de l’entreprise ..... 232

SECTION II – LA REPRISE PAR UN TIERS FAVORISÉE PAR LES DISPOSITIONS DÉROGATOIRES ..... 234

§I – La dénaturation du droit des libéralités-partages ..... 235

A – L’ancienne condition restrictive de l’existence de deux enfants du prédécesseur – Le dispositif détourné ..... 236

B – La condition ramenée à l’existence d’un seul enfant – Le dispositif dénaturé ..... 238

§II – La spécialisation du droit des libéralités-partages ..... 239

A – Les désaffectations comme modalité de transmission ..... 240

B – La transmission optimisée par la dissociation de la gestion ..... 242

**PARTIE II – L’ANTICIPATION DE LA TRANSMISSION DE L’ACTIVITÉ** **247**

**TITRE I – ANTICIPATION ET CONSERVATION DE LA GESTION PAR LE DÉMEMBREMENT** ..... **253**

**Chapitre I – L’opportunité du démembrement de l’entreprise individuelle** ..... **261**

SECTION I – LE MAINTIEN DES MOYENS DE PRODUCTION ASSURÉ ..... 263

§I – Les garanties du maintien ..... 264

§II – Les moyens du maintien ..... 266

A – Les obligations de conservation de l’usufruitier et du nu-propiétaire : le concours officieux au maintien _____	267
B – Le concours légal au maintien des moyens de production _____	273
SECTION II – LA POURSUITE DE L’ACTIVITÉ SAUVEGARDÉE _____	275
§I – La continuité de direction préservée _____	277
A – Le maintien temporaire de l’identité de gestionnaire _____	277
1°) La qualité d’exploitant retenue _____	278
2°) La qualité d’entrepreneur maintenue _____	284
B – L’effectivité du relais _____	288
1°) Les droits réels successifs emportant la transmission de la qualité d’exploitant _____	288
2°) La finalisation de l’opération de transmission par anticipation _____	292
§II – La pérennité de l’exploitation recherchée _____	294
<b>Chapitre II – La dualité des effets du démembrement des droits sociaux.....</b>	<b>299</b>
SECTION I – LA SITUATION JURIDIQUE STABILISÉE DE L’ENTREPRISE _____	300
§I – La liberté d’anticiper l’organisation de la société _____	300
A – L’anticipation du fonctionnement des assemblées d’associés _____	301
1°) L’ambivalence des clauses de représentation _____	302
2°) La cohabitation de principe de l’usufruitier et du nu-propiétaire au sein des assemblées _____	305
B – L’anticipation de la cohésion de l’actionnariat _____	306
§II – La protection du fonctionnement de l’entreprise sociétaire à renforcer _____	309
A – La répartition jurisprudentielle illégitime des actions en justice _____	310
B – La concurrence non concomitante des actions à privilégier _____	313
SECTION II – LA SITUATION JURIDIQUE DES PRÉDÉCESSEURS ET REPRENEURS, À PRÉCISER _____	316
§I – L’encadrement conservatoire de la substance _____	317
A – Le droit de voter et le droit de participer, strictement encadrés _____	318
1°) Le droit de participer, substance résiduelle de la nue-propiété des droits sociaux _____	318
2°) Le droit inviolable de l’usufruitier de voter l’affectation des bénéfiques _____	324
B – Le contrôle du droit à l’information et du droit préférentiel de souscription _____	330
1°) Le droit à l’information démultiplié _____	330
2°) Le droit préférentiel de souscription, encadré _____	333
§II – Les incertitudes relatives au droit des sociétés _____	334
A – L’aspect financier _____	335
1°) Le droit aux réserves distribuées, non défini _____	336
2°) Le droit au <i>boni</i> de liquidation, mal interprété _____	339
B – L’aspect politique : l’attribution non définie de la qualité d’associé _____	341
1°) Les insuffisances des arguments refusant la qualité d’associé à l’usufruitier _____	342
2°) D’une reconnaissance initiée de la qualité d’associé au profit de l’usufruitier _____	348
<b>TITRE II – ANTICIPATION ET TRANSMISSION DE L’ACTIVITÉ : L’INTERVENTION D’UN INTERMÉDIAIRE _____</b>	<b>353</b>
<b>Chapitre I – Le mandat à effet posthume, un outil à parfaire .....</b>	<b>357</b>
SECTION I – L’ANTICIPATION DU RATTACHEMENT DE L’ENTREPRISE À UNE PERSONNALITÉ JURIDIQUE _____	361
§I – L’articulation des personnalités juridiques autour de l’entreprise _____	364
A – L’anticipation des rapports entre le mandataire, le mandant et l’héritier : la dissociation des attributs de la personnalité juridique _____	364
B – L’anticipation des rapports entre le mandataire et les tiers : La dissociation des responsabilités _____	367
1°) La responsabilité liée à la qualité d’exploitant du mandataire _____	367
2°) Les incertitudes de la responsabilité liée à la qualité d’entrepreneur _____	371
§II – Le rattachement de l’entreprise à la personnalité juridique du bénéficiaire _____	374
A – L’héritier substitué au mandant _____	374
B – L’entreprise abritée sous la personnalité juridique du bénéficiaire _____	376
SECTION II – L’ORGANISATION ANTICIPÉE DES POUVOIRS DU MANDATAIRE _____	377
§I – L’élaboration d’un cadre légal fondé sur le déroulement de la succession _____	378
A – L’administration provisoire avant l’option _____	380
B – L’administration plénière après l’option _____	383

§II – Les restrictions statutaires des pouvoirs du mandataire	386
A – La fragilité du statut de « mandataire posthume »	387
1°) Les interférences liées à la personne de l'héritier	387
2°) Les interférences liées à l'intervention de représentants	393
B – La légitimité précaire du mandataire dans l'entreprise sociétaire	396
<b>Chapitre II – Proposition d'intégration de la fiducie à l'opération de transmission de l'entreprise.....</b>	<b>403</b>
SECTION I – L'AMÉLIORATION NÉCESSAIRE DE L'INSTITUTION FIDUCIAIRE	408
§I – La consolidation du patrimoine fiduciaire	410
A – La neutralité de la perméabilité du patrimoine fiduciaire	410
B – La nécessité de préciser le sort du patrimoine fiduciaire	412
§II – La nécessaire stabilisation de la propriété fiduciaire	416
A – Les incertitudes actuelles contrariant un schéma de bonne anticipation	418
1°) La propriété fiduciaire, une propriété éclatée	418
2°) La conséquence : l'indétermination de la nature de la propriété fiduciaire et des droits des personnes	421
B – Les intérêts et les perspectives d'évolution au regard de l'anticipation de la transmission de l'entreprise	424
1°) La notion de propriété fiduciaire précisée	424
2°) Les intérêts d'une fiducie stabilisée quant à l'anticipation de la transmission	427
SECTION II – L'INTÉRÊT DU STATUT DE « FIDUCIAIRE »	430
§I – Le statut du fiduciaire adapté à la gestion de l'entreprise	431
A – La mission du fiduciaire conforme à l'intérêt de l'entreprise	431
B – Les pouvoirs du fiduciaire adaptés à la gestion de l'entreprise	434
§II – Le statut de fiduciaire, adéquat à la transmission de l'entreprise	437
A – L'intérêt de la destitution anticipée du fiduciaire	437
B – La souplesse de l'imputabilité de la rémunération du fiduciaire	439
<b>CONCLUSION</b>	<b>443</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b>	<b>451</b>
TRAITÉS, ENCYCLOPÉDIES	451
MANUELS, OUVRAGES GÉNÉRAUX	454
OUVRAGES SPÉCIAUX	458
Ouvrages Juridiques	458
Ouvrages de théorie du droit	461
Ouvrages collectifs	461
Ouvrages pratiques	462
Mélanges	462
Journées d'études	463
Colloques	464
Congrès	465
Rapports parlementaires, Réponses ministérielles, Avis	465
Ouvrages non juridiques	466
THÈSES, MONOGRAPHIES	467
ARTICLES DE DOCTRINE, ÉTUDES, CHRONIQUES	470
OBSERVATIONS ET NOTES DE JURISPRUDENCE	496
TABLE ANALYTIQUE DE JURISPRUDENCE	508
<b>INDEX ALPHABÉTIQUE</b>	<b>513</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES</b>	<b>523</b>



## L'ANTICIPATION DANS LA TRANSMISSION DES ENTREPRISES – ASPECTS CIVILS

À l'origine, le droit civil ne s'intéressait que peu aux entreprises, et uniquement en tant qu'unités patrimoniales. Ayant à traiter de successions en comprenant, il s'est progressivement sensibilisé à leurs spécificités, et notamment à la poursuite de leur activité, et à leur sort en général, l'unité évoluant ainsi vers l'entité. L'intégration de l'entreprise en droit civil est aujourd'hui constatée. L'effort majeur du législateur, dont témoigne la loi du 23 juin 2006, y a largement contribué. Parallèlement, le droit des affaires a vu se diversifier les formes d'exploitation : aux côtés de l'entreprise individuelle et de la société, le chef d'entreprise peut désormais opter pour le statut d'EIRL et adopter l'exploitation sous forme de patrimoine affecté. Les techniques civilistes sont par ailleurs animées d'une vocation anticipatoire qu'il a semblé primordial de confronter aux enjeux majeurs de la transmission des entreprises afin de juger de l'opportunité de leur utilisation dans ces opérations qu'il convient de faciliter.

Certaines, qualifiées de techniques de transmission anticipée, offrent la possibilité de réaliser, par avance dans le temps, la transmission de la « propriété de l'entreprise ». Leur étude a permis de préciser l'appréhension du concept d'entreprise en droit civil, qui diffère quelque peu de la vision commercialiste. La donation-partage se révèle particulièrement en adéquation avec les objectifs ci-avant visés.

D'autres techniques d'anticipation de la transmission se présentent comme des outils performants pour gérer l'exploitation de l'activité de l'entreprise en transmission. Leur spécificité est de différer la transmission de la gestion de celle de la propriété de l'entreprise considérée. C'est le cas du démembrement de propriété, qui bien qu'imparfait du point de vue légal, peut conventionnellement être ajusté à de nombreuses opérations de transmission aussi bien à titre gratuit, qu'à titre onéreux. De plus, le mandat à effet posthume permet de pallier le retrait involontaire du chef d'entreprise et l'incapacité temporaire du repreneur désigné. Enfin, la fiducie n'est pas adaptée, mais une réforme permettrait d'en faire un outil à la fois de transmission anticipée et d'anticipation de la transmission de l'entreprise.

Mots-clés : anticipation, transmission, entreprise individuelle, entreprise sociétaire, fonds, patrimoine affecté, EIRL, société, droits sociaux, parts sociales, actions de société, patrimoine, donation, donation-partage, donations substitutives, usufruit, nue-propriété, démembrement de propriété, mandat à effet posthume, fiducie.

By merely considering businesses as patrimonial unities, civil law did not focus much on them originally. However, businesses forming part of inheritances, civil law had to progressively take them into consideration and adapt to their specificities, including in particular their need for continuity, thus letting them evolve from the concept of unities towards that of legal entities. Nowadays, civil law has fully apprehended businesses, notably in light of some significant contributions from the legislator such as the recent law dated June 23, 2006. In parallel business law has been multiplying the legal forms under which to operate businesses : in addition to possibilities offered by either of the sole proprietorship or company status, entrepreneurs may now also opt for the form of a sole proprietorship with limited liability (« SPLL »), thereby creating a distinct estate dedicated to the relevant business. Civil law means and techniques being generally proactively oriented, it appeared essential to confront them to the major challenges triggered by the transmission of a business so as to assess the opportunity of their very use as part of these operations, which must be facilitated as much as possible.

Some of these techniques, known as anticipatory transmission, allow to achieve in advance the passing over of the ownership of a business. Their study has in turn finetuned the concept of business undertakings under civil law, which slightly differs from that generally accepted under business law. Inter vivos distributions (*donation-partage*) appear to be particularly adapted to the above described objectives.

Other existing techniques of anticipatory transmission may also be considered as useful means to manage the running of a business which is being transmitted. Their specificity is to distinguish the transmission of management from the transmission of the relevant business ownership. This is notably true for the dismemberment of ownership which, while not always perfect from a legal perspective, may be contractually adjusted so as to fit various different types of transmissions, whether gratuitous or for consideration. Moreover, post-mortem agency allows to compensate for both the involuntary stepping down of an entrepreneur and the temporary incapacity of his/her successor. Finally, whereas trusts may not currently be adapted, a legal reform would permit to use them both as an effective tool for ensuring anticipatory transmissions and for anticipating the transmission itself of a business.

Keywords : anticipation, transmission, sole proprietorship, company, business assets, dedicated estate, SPLL, corporation, social rights, membership units, shares, estate, donation, inter vivos distribution, substitutive donation, usufruct, bare ownership, dismemberment of ownership, post-mortem agency, trust.