



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

*SOCIÉTÉ INTERPOSÉE ET DONATION INDIRECTE*

MICHEL LEROY

Référence de publication : Droit et Patrimoine, N° 307, 1er novembre 2020

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## *SOCIÉTÉ INTERPOSÉE ET DONATION INDIRECTE*

I - ENRICHISSEMENT DE LA SOCIÉTÉ ET DONATION INDIRECTE À L'ASSOCIÉ SANS INTERPOSITION DE PERSONNE

II - ENRICHISSEMENT DE LA SOCIÉTÉ ET DONATION INDIRECTE À L'ASSOCIÉ AVEC INTERPOSITION DE PERSONNE

### CONCLUSION

De très nombreuses stratégies patrimoniales invitent à la constitution de sociétés familiales.

L'immatriculation de la société permet en effet de satisfaire une pluralité d'objectifs, en termes de gestion d'actifs et d'anticipation successorale. Cependant, constituer une société familiale revient à superposer la qualité d'associé à celles de conjoint, de descendants ou d'ascendants, et cette double qualité est de nature à soulever des difficultés importantes, en particulier lorsque des opérations sont conclues par un des ascendants avec la société dont l'effet est d'enrichir les associés.

En effet, nombreuses sont les hypothèses où un parent, qui est, le plus souvent mais pas toujours, associé dirigeant de la société, va s'appauvrir volontairement par un acte dont l'exécution enrichira la société. Il peut s'agir par exemple d'une cession à titre onéreux d'un actif pour un prix volontairement minoré qu'accepte la société (1) . Ou encore d'un abandon d'usufruit portant sur un bien dont la nue-propriété est détenue par une société dont le capital social est contrôlé par les enfants de l'usufruitier (2) . Voire du paiement de dettes de la société (3) . Et plus généralement de tout abandon d'une créance ou d'un droit détenu contre la société.

Ces hypothèses, en pratique, sont loin d'être marginales. Mais parce que l'enrichissement de la société a pour effet mécanique l'augmentation de la valeur des titres détenus par les associés, ces opérations soulèvent une interrogation : dans ce type d'hypothèses, si l'acte réalise une donation, est-elle consentie au profit des enfants ou au bénéfice de la société ?

La question est d'une importance pratique considérable. Si le bénéficiaire effectif de l'acte est la société, les effets d'une telle qualification seraient redoutables (4) .

Pour l'homme de la rue, sans aucun doute, la question ne mérite même pas d'être posée. La société n'est qu'un moyen permettant de gratifier ses enfants associés. Une société n'est pas une association ou une fondation, pour lesquelles, compte tenu de leur objet social, l'homme de la rue peut souhaiter se dépouiller. Elle n'est qu'un instrument au service de buts égoïstes (5) .

Mais la difficulté, en droit, ne peut pas être traitée aussi aisément.

Tout d'abord, le capital social n'est pas toujours composé de parts détenues uniquement par les descendants. Or, considérer que l'enrichissement de la société masque une donation aux associés est plus difficile à admettre lorsque certains associés n'entretiennent pas avec l'appauvri des liens affectifs particuliers.

Ensuite, il ne suffit pas de constater l'enrichissement des associés pour conclure à une donation à leur profit. Cette augmentation de valeur est en effet une conséquence de la nature des droits qu'il possède. Elle découle donc de leur qualité d'associé et non de celle, éventuelle, de donataire. En d'autres termes, elle peut être totalement indépendante de tout contrat de donation.

Considérer l'effet de l'acte ne peut donc pas suffire à établir la libéralité.

Pour s'en convaincre, envisageons une situation où un des enfants associés fait valoir nettement son opposition à l'acte litigieux (6), sans pouvoir néanmoins empêcher, en raison de ses droits dans la société, la réalisation de l'acte en cause. Dans ce cas, la disposition souhaitée par l'ascendant produit ses effets : direct, l'enrichissement de la société, et indirect, la valorisation de tous les titres sociaux. Cette opposition interdit cependant de considérer que cet associé a accepté une donation, et pourtant ses parts ont pris de la valeur de la même manière que celles des autres enfants.

Enfin et surtout, la société est un sujet de droit, doté d'une volonté et d'un intérêt propres. De sorte que, sauf à nier la réalité de la personne morale (7), il est nécessaire de se poser la question suivante : la reconnaissance d'une donation au profit des associés ne suppose-t-elle pas d'apprécier la volonté que la société a exprimée dans le consentement à cet acte ?

Sur cette question, la première chambre civile de la Cour de cassation, le 24 janvier 2018, a répondu de façon très sibylline : « *l'interposition d'une société ne fait pas obstacle au rapport à la succession du donateur* » (8). Comment interpréter cette motivation ?

Signifie-t-elle que l'enrichissement de la société ne doit pas empêcher de reconnaître l'existence d'une donation aux enfants, parce que ceux-ci s'enrichissent à la hauteur des droits qu'ils possèdent dans le capital ?

Dans cette analyse, il suffit alors d'établir l'intention libérale de l'auteur du dépouillement à l'égard des associés et l'acceptation, fût-elle tacite, de leur enrichissement pour caractériser la donation indirecte à leur profit.

En d'autres termes, le fait que l'enrichissement de la société est un préalable nécessaire à la gratification du ou des associés ne constitue pas un obstacle à la reconnaissance de la donation.

En clair, une fois l'intention libérale établie - ainsi que le dépouillement du disposant -, la société n'apparaît que comme le moyen de la donation.

L'interposition est dans cette analyse entendue dans un sens qui n'a rien à voir avec celui retenu en droit des libéralités ou en droit des affaires (9). Il y aurait donc interposition purement patrimoniale sans

que l'expression par la structure de sa volonté joue un rôle quelconque. L'interposition ne servirait alors qu'à déterminer l'objet même de la donation, qui ne serait pas le bien ou le droit dont s'est dépouillé l'ascendant, mais l'augmentation de valeur des titres détenus.

Mais une autre analyse est possible selon laquelle les enfants ne sont donataires que si la société a exprimé une volonté, celle d'être une personne interposée.

Cette approche suppose naturellement de s'entendre au préalable sur le sens de la notion d'« interposition », appliquée à la personne morale.

Il sera expliqué dans les articles suivants de ce dossier que ce concept ne doit pas être compris de la même manière que pour les personnes physiques, l'interposition supposant dans ce cas un enrichissement irrévocable et définitif de la société, souhaitée par la structure pour favoriser l'enrichissement des titres sociaux.

Dans cette approche, l'analyse de la volonté exprimée par la société lors du consentement à l'acte, compte tenu de la finalité de la structure sociale, est nécessaire pour déterminer le ou les bénéficiaires effectifs de l'appauvrissement du disposant.

Il en résulte que la société, selon les cas, pourrait n'être qu'un simple intermédiaire dans une opération libérale, ou au contraire revêtir la qualité de donataire, l'enrichissement des associés n'étant alors qu'un effet secondaire de l'opération. Il est permis de regretter que la Cour de cassation ne s'exprime pas plus clairement sur ce sujet. Car sa motivation, loin d'éclaircir le débat, l'obscurcit davantage.

En effet, dans certaines hypothèses d'enrichissement de la société sans contrepartie, l'existence d'une donation indirecte au bénéfice du ou des associés ne fait aucun doute. Les circonstances démontrent par elles-mêmes que la société n'est que le moyen de réaliser la finalité recherchée.

Dans ces situations, il est parfaitement inutile de faire référence à la notion d'« interposition », qui n'ajoute rien au traitement de la difficulté (I).

Dans d'autres cas, en revanche, la société a incontestablement exprimé une volonté quant à son enrichissement. Il nous semble que, dans ce cas de figure, la notion d'« interposition » est nécessaire à la qualification de donation aux enfants associés (II).

## **I - ENRICHISSEMENT DE LA SOCIÉTÉ ET DONATION INDIRECTE À L'ASSOCIÉ SANS INTERPOSITION DE PERSONNE**

Dans la seconde approche de la notion exposée ci-dessus, une société n'est interposée que si elle accepte de s'enrichir dans le but de valoriser les titres des associés.

Or, dans certaines situations, une société s'enrichit sans manifester réellement de consentement à cette augmentation de valeur. Dans ce cas de figure, l'enrichissement de la structure n'est que le moyen d'assouvir la finalité recherchée par le disposant.

Un exemple simple permet d'illustrer le propos. Soit une donation-partage consentie par un ascendant à ses trois enfants : A, B et C. Dans le lot de l'un d'entre eux (enfant A) figure l'essentiel des titres d'une société civile (10) , les autres enfants étant exclusivement allotis de biens immobiliers et de sommes d'argent.

En raison de l'existence d'une importante créance en compte courant dont le parent est titulaire, le lot de l'enfant A est équilibré par une soulte due par les deux autres enfants.

Par la suite, le parent abandonne la créance de compte courant, valorisant ainsi fortement les titres donnés, sans que cet abandon soit justifié par les nécessités de l'activité sociale.

À son décès, les deux autres enfants peuvent-ils considérer que la renonciation à la créance constitue une donation indirecte dont A aurait été gratifié, rapportable en tant que telle ?

La réponse est sans doute affirmative, au regard de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation.

De prime abord, les circonstances de l'espèce semblent partager un point commun avec l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 24 janvier 2018 : dans les deux situations, l'appauvrissement résulte d'une renonciation du disposant.

Dans cette espèce, un ascendant avait confié la location-gérance de son fonds à une société gérée par son fils. Et sans aucun doute, le parent n'a jamais demandé la restitution du fonds à l'échéance du contrat, sans exprimer cependant formellement à la société son abandon de droits.

Ces deux situations ont en commun l'existence d'un acte de renonciation par lequel le parent augmente la valeur nette de la société et donc celle des titres détenus par l'enfant.

Mais les deux situations diffèrent entre elles sur un point essentiel qu'il est nécessaire de relever.

Dans l'espèce jugée en 2018, le dirigeant avait manifestement incorporé le fonds loué à celui exploité par la société, rendant ainsi impossible la restitution à son parent. En d'autres termes, la société, par l'intermédiaire de l'enfant dirigeant, a pris un acte exprimant une volonté, celle de ne pas restituer le fonds, volonté contraire à son intérêt car l'exposant à une condamnation pour inexécution contractuelle. C'est là une différence essentielle avec la situation prise en comparaison (11) . La société n'est donc pas simplement dans cette affaire le moyen utilisé par l'ascendant pour valoriser les titres détenus par son fils. Elle a accepté, par l'intermédiaire de son dirigeant, cet enrichissement dans un intérêt particulier, qui ne peut pas être le sien, et qui est donc celui de l'associé dirigeant. Il y a bien un accord entre enrichi et appauvri pour augmenter la valeur du patrimoine de l'enfant, cette augmentation supposant une expression de volonté sociale contraire à son intérêt.

La notion d'« interposition de personne » ou d'« intermédiaire » dont l'existence « ne saurait masquer l'existence d'une substantielle donation indirecte », pour reprendre la formule de l'arrêt du 4 juin 2007 précité (12) , prend alors tout son sens. C'est parce qu'elle est interposée en tant que personne exprimant une volonté que la donation peut être caractérisée.

En revanche, dans l'hypothèse envisagée de renonciation à la créance de compte courant, la société n'est que le moyen de réaliser une donation au profit des enfants associés.

C'est en effet de manière unilatérale que le titulaire du compte courant augmente l'actif net du patrimoine de la société afin d'accroître automatiquement la valeur des titres détenus par son enfant.

Une seule volonté s'est exprimée, à la fois pour diminuer le patrimoine du disposant et augmenter celui des associés, et cette volonté est celle du parent. Dans cette situation, quel comportement - ou action - de la société pourrait constater une acceptation de cet abandon de créance ? Aucun, à notre sens, en particulier dans l'hypothèse où la structure n'avait encore procédé au remboursement de cette créance sans terme ou affecté des fonds pour un remboursement futur.

Si les circonstances établissent que cet abandon est justifié par la volonté de gratifier les enfants, alors la qualification de donation indirecte au profit des associés doit être retenue, bien que la société profite de l'enrichissement.

Nul besoin dans cette hypothèse d'évoquer l'interposition de la société pour caractériser une telle donation indirecte ou de préciser que la société constitue « *un intermédiaire qui ne saurait masquer l'existence d'une substantielle donation indirecte* ».

Pour reprendre la formule d'un éminent auteur, dans ce cas, « *la société couvrant l'avantage réel ne doit pas être un paravent facile et tentant pour éluder l'obligation au rapport des donations indirectes* » (13)

## **II - ENRICHISSEMENT DE LA SOCIÉTÉ ET DONATION INDIRECTE À L'ASSOCIÉ AVEC INTERPOSITION DE PERSONNE**

Mais dans la plupart des hypothèses, la société va exprimer un consentement parfaitement identifiable, soit que l'appauvrissement résulte d'un contrat, soit que la société prend des décisions qui ne s'expliquent que par sa volonté de bénéficier de l'enrichissement procuré par l'exécution d'un acte unilatéral (14) .

Sans doute, dans certains cas, les circonstances de fait démontreront qu'en acceptant de s'enrichir la société n'a exprimé une volonté que pour permettre l'enrichissement des associés. L'espèce à l'origine de l'arrêt du 24 janvier 2018 est de ce point de vue un cas d'école, presque pur dans son expression.

Tout d'abord, dans ce cas, la société bénéficiaire de la renonciation portant sur le fonds de commerce était une structure unipersonnelle dirigée par l'enfant associé unique.

Cette situation facilita sans aucun doute la reconnaissance de la donation indirecte, puisqu'en décidant, en qualité de dirigeant, l'absorption du fonds de commerce, l'enfant consentait à une valorisation de ses parts dont il était seul à bénéficier.

De plus, l'acte pris par le dirigeant était contraire à l'intérêt de la société. En effet, en agissant ainsi, l'enfant avait sciemment réalisé des actes contraires à l'intérêt de la structure, car en organisant volontairement la confusion des fonds de commerce alors même qu'aucun abandon de droit n'avait été signifié à la société, le dirigeant rendait la restitution impossible, plaçant ainsi la structure en situation de ne pas pouvoir exécuter ses engagements contractuels.

Dans ce cas de figure, la volonté exprimée par la société, contraire à son intérêt, était bien de servir d'intermédiaire dans l'enrichissement de son unique associé.

Enfin, l'appauvri n'étant pas le dirigeant, la valorisation des parts résultant de l'opération ne pouvait pas être remise en cause par les actes de l'ascendant. Il y a bien un enrichissement du donataire irrévocable.

Il est rare que de telles conditions se trouvent réunies. Au contraire.

Dans bien des hypothèses, le dirigeant est l'appauvri et non le bénéficiaire unique de l'enrichissement des parts.

Cette double qualité d'appauvri et de dirigeant pose une difficulté pour la reconnaissance d'une donation indirecte aux associés portant sur la valorisation des titres.

Tout d'abord, c'est l'ascendant et lui seul qui exprime en son nom la volonté de s'appauvrir et celle, au nom de la personne morale, de s'enrichir. L'enrichissement de la société n'est donc pas, dans cette hypothèse, manifesté par le bénéficiaire de la valorisation des titres (15) . Or, il n'y a pas de donation sans acceptation, fût-ce tacite, des bénéficiaires.

Les circonstances de fait ne permettent pas nécessairement de caractériser une telle acceptation de leur part (16) . Il ne suffit pas, à notre sens, de constater que les associés ont pris acte de la valorisation des titres (ex. : en déclarant ceux-ci, dans une opération de cession, pour leur valeur actuelle), pour en déduire leur acceptation, l'enrichissement des parts étant un effet de leur nature.

De plus, le disposant-dirigeant peut, par son action en qualité de gérant, faire disparaître l'enrichissement que l'acte précédent a contribué à faire naître. N'est-ce pas contradictoire avec le caractère irrévocable de l'enrichissement ?

Sans doute pourrait-on objecter que la remise en cause de l'enrichissement est le fait de la société et non celle du disposant. Cependant, cet argument ne convainc pas. Si la société est interposée dans la valorisation des titres, pourquoi ne le serait-elle pas non plus dans la destruction de la valeur ainsi créée ?

Il faudrait donc reconnaître que la donation indirecte par interposition d'une société peut être reconnue en l'absence de tout enrichissement irrévocable du bénéficiaire.

Ajoutons enfin que le capital social n'est pas nécessairement détenu par les enfants par parts égales. La valorisation des parts bénéficiera à tous les associés, même à ceux qui n'étaient pas d'accord avec l'acte ou qui sont si éloignés de la famille que l'existence d'une intention libérale à leur profit est douteuse.

Pour résumer, dans la plupart des cas, l'enrichissement de la société résulte d'un accord de volonté entre la société et l'appauvri et profite indirectement à tous les associés, quels que soient le lien de parenté avec l'appauvri et leur manifestation particulière de volonté. Ce qui rend l'analyse beaucoup plus complexe. Un exemple simple permet d'illustrer le propos : celui de la vente par l'ascendant d'un bien à la société pour un prix volontairement fixé à un montant inférieur à sa valeur vénale. Dans ce cas de figure, l'enrichissement de la société résulte d'un contrat et c'est la société qui paie le prix nécessaire à l'acquisition.

Clairement, la société a exprimé une volonté qui a affecté la structure de son patrimoine bien au-delà de l'accroissement de son actif, par le décaissement de liquidités et/ou la création d'une dette (17) . Il semble dans ce cas impossible de considérer que la société n'est qu'un moyen pour réaliser une donation. Car sans l'expression de sa volonté, l'acte d'appauvrissement ne peut exister. Allons plus loin, c'est la mesure exacte du dépouillement qui dépend de la volonté de la personne morale (18) .

La société est donc partie prenante, en tant que sujet de droit à l'opération.

Comment alors est-il envisageable de considérer l'existence d'une donation au profit des associés, sans apprécier la volonté exprimée par cette structure ? Il nous semble impossible, sauf à nier la réalité de la personne morale, de ne pas prendre en compte dans la qualification de l'acte cette expression de volonté.

Dans quels cas alors cette volonté exprime-t-elle une interposition de la personne morale ?

C'est une question qui sera traitée pour l'essentiel dans les deux autres articles de ce dossier.

Précisons cependant que nous avons déjà eu l'occasion de dire, dans d'autres colonnes, que, selon nous, la société ne peut être interposée que lorsque celle-ci capte le bénéfice de l'acte litigieux, non pour elle-même puisqu'il n'y a pas intérêt, mais pour que les associés bénéficient par le mécanisme sociétaire de cette valeur (19) .

En effet, l'augmentation de valeur des titres est un effet de l'enrichissement de la société. Pour que la société ne soit considérée que comme un intermédiaire, il est nécessaire de constater qu'elle a exprimé une volonté pour réaliser cet effet, son propre enrichissement n'étant pas l'objectif recherché.

Il nous semble que si l'acte est contraire à son propre intérêt, une telle volonté est établie par elle-même.

Mais si, à l'inverse, l'acte est conforme à son intérêt social et si l'objet de cet acte, à l'origine de son enrichissement, est nécessaire à la réalisation de son objet social, est-il possible de considérer qu'elle a accepté l'opération, essentiellement pour permettre l'enrichissement des titres ? Il nous semble que non.



Reconnaître alors l'existence d'une donation au profit des enfants associés est contraire à la volonté exprimée par la société. L'acte a pour cause essentielle la satisfaction de son intérêt.

## CONCLUSION

Dans certains cas particuliers, l'existence d'une donation au bénéfice des enfants associés est simple à déterminer, en particulier lorsque l'enrichi a accepté en qualité de dirigeant l'acte à l'origine de la valorisation de ses titres. La question de la donation indirecte aux associés par enrichissement sans contrepartie de la société est plus complexe à trancher lorsque l'ascendant a exprimé deux volontés : la sienne - celle de s'appauvrir - et celle de la société elle-même - augmenter son actif net.

Car, d'une part, lorsque l'associé n'a pas participé à la décision d'enrichissement de la société, il peut être délicat de déterminer l'existence d'une volonté particulière d'accepter une telle donation, l'enrichissement des titres, prétendu objet de celle-ci, étant un effet de leur nature. D'autre part, l'expression par la société d'une volonté autonome est quant à elle incontestable et si celle-ci est conforme à son intérêt, comment affirmer, au seul constat de l'enrichissement des associés, l'existence d'une donation à leur profit ? C'est la notion d'« interposition » qui nous paraît être la clé de la qualification. Tel est l'enjeu de la définition de cette notion que nous allons définir dans les articles suivants de ce dossier.

### (1)

V. par exemple Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juill. 2019, n° 18-19.415, Defrénois flash 2 sept. 2019, n° 152c2, p. 12.

### (2)

Cass. com., 10 avr. 2019, n° 17-19.733, Defrénois 12 déc. 2019, n° 154u6, p. 32, obs. C. Vernières. V. également R. Mortier, Le piège de l'interposition sociétaire dans les donations, BJS sept. 2019, n° 120b1, p. 26 ; M. Leroy, L'abandon d'usufruit à une société est une donation consentie à son profit, RFP 2019, n° 6, p. 8 ; et CE, 8<sup>e</sup> ch., 14 oct. 2019, n° 417095.

### (3)

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juill. 2007, n° 05-20.096.

### (4)

Si la société est donataire, le coût fiscal de l'opération est prohibitif. Il y aurait application sur la base taxable du taux de 60 %. Civilement, les conséquences sont également très importantes lorsque la société est donataire. Dans ce cas, lors du décès de la personne physique, la donation s'impute sur la quotité disponible, ce qui est de nature à perturber la stratégie du disposant.

### (5)

Sur ce point, v. M. Leroy, La société partie à une donation indirecte, Defrénois 18 juin 2020, n° DEF159k0, p. 41.

(6)

Celui par lequel l'ascendant se dépouille sans contrepartie.

(7)

Nous nous plaçons naturellement dans des hypothèses de sociétés non fictives.

(8)

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 janv. 2018, n° 17-13.017, Bull. civ. I, n° 10, Juris-Data, n° 2018-00619, Dr. famille 2018, comm. 102, par M. Nicod, JCP N 2018, n° 10, 1125, obs. V. Zalewski-Sicard, Defrénois 15 févr. 2018, n° 133h5, p. 5 ; A. Chamoulaud-Trapiers, Rapport à succession d'une donation déguisée faite par interposition d'une société, Defrénois 25 oct. 2018, n° 141k2, p. 44 ; A.-L. Casado, Rapport successoral d'une donation indirecte par interposition d'une société, Gaz. Pal. 10 avr. 2018, n° 321c6, p. 73. V. également Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juill. 2007, n° 05-20.096, précité : « *les virements et remises de chèques effectués par les époux Pierre X... en faveur de la société, tout comme le paiement par eux des frais occasionnés lors de la vente de leur fonds de commerce à celle-ci, constituaient des donations indirectes au profit des trois associés cohéritiers* ».

(9)

La notion d'« interposition de personne » ne sera pas développée dans cet article. Elle fera l'objet d'importantes analyses dans les articles suivants de ce dossier. Précisons simplement qu'au sens de l'article L. 642-3 du Code de commerce, il y a interposition lorsque l'intervention d'une personne morale « *masque, de quelque manière que ce soit, la participation des dirigeants de la société débitrice à l'opération d'acquisition* » (Cass. com., 8 mars 2017, n° 15-22.987).

(10)

Le parent conservant un titre en pleine propriété.

(11)

La société constate l'abandon du compte courant mais ne consent pas à celui-ci.

(12)

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juill. 2007, n° 05-20.096, précité.

(13)

R. Le Guidec, JCP N 2019, 1216, chronique « Successions et libéralités », n° 7.

(14)

Par exemple en encaissant les dividendes reçus à la suite d'un abandon d'usufruit.

(15)

Ou l'unique bénéficiaire si l'ascendant dirigeant est également associé.

**(16)**

V. sur ce point nos développements dans l'article cité note 1.

**(17)**

Nous supposons naturellement qu'un prix a été effectivement décaissé par la société.

**(18)**

La vente est un contrat de gré à gré que la structure a négocié.

**(19)**

M. Leroy, Une société peut-elle être partie à une donation indirecte ? - Première partie : « Donation indirecte et société donataire », 1<sup>re</sup> partie, RFP 2020, étude 2, p. 23-28.