



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

*SOCIÉTÉ ET DONATION INDIRECTE : LE POINT SUR LA JURISPRUDENCE DE LA
PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE*

MICHEL LEROY

Référence de publication : La revue fiscale du patrimoine n° 6, Juin 2020, 9

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

*SOCIÉTÉ ET DONATION INDIRECTE : LE POINT SUR LA JURISPRUDENCE DE LA PREMIÈRE
CHAMBRE CIVILE*

Pour la première fois, la Cour de cassation précise que le soutien artificiel par un ascendant associé minoritaire des sociétés dirigées par son enfant majoritaire peut réaliser une donation à son profit portant sur les engagements contractés. Cette décision, bien que non publiée au *Bulletin* permet de mieux comprendre les relations complexes entre le droit des sociétés et le droit des libéralités et d'affiner les hypothèses où la société n'est qu'un instrument au service d'une libéralité indirecte.

Cass. 1re civ., 18 mars 2020, n° 18-25.309, D : JurisData n° 2020-004436

NOTE :

L'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 18 mars 2020 (*Cass. 1re civ., 18 mars 2020, n° 18-25.309*) bien que non publié au *Bulletin*, est très instructif. Il offre en effet au commentateur l'occasion d'affiner l'analyse sur les relations entre le droit des sociétés et celui des libéralités et particulièrement de revenir sur la question de savoir si une société peut être partie à une donation indirecte en qualité de donataire (*M. Leroy, Une société peut-elle être partie à une donation indirecte ? : Donation indirecte et société donataire : RFP 2020, étude 2*).

De nombreuses stratégies patrimoniales supposent la constitution de sociétés familiales. Or, compte tenu de la composition particulière du capital social, tout un ensemble d'actes permet de constater un dépouillement sans contrepartie d'un ascendant et l'enrichissement corrélatif de la société.

De tels actes peuvent-ils caractériser une donation consentie entre associés ? Ou au contraire matérialiser une libéralité au profit de la société ? Nous avons considéré que l'acceptation par la structure sociale d'un acte conforme à son intérêt social excluait l'existence d'une donation consentie à un associé et permettait de considérer la personne morale en qualité de donataire (*V. M. Leroy, préc.*).

L'affaire tranchée le 18 mars 2020, par ses particularités même, offre l'occasion de vérifier la pertinence de cette analyse.

Dans cette espèce, un enfant s'était associé avec sa mère dans deux sociétés, l'une exploitant un hôtel, l'autre gérant les murs de celui-ci. Le parent, minoritaire, avait non seulement consenti à des apports et avances en compte courant, mais il s'était également porté caution de différentes dettes de la société d'exploitation, dont l'enfant était le gérant. Il avait également accepté de garantir personnellement un prêt souscrit par son fils.

Les deux sociétés furent mises en liquidation judiciaire et la mère fut obligée d'exécuter ses engagements de caution.

Or, celle-ci avait rédigé en 2012 un testament organisant le partage de ses biens entre ses deux enfants dont la lettre exprimait clairement l'existence d'une donation d'une « somme d'un million cinquante mille francs... faite il y a 15 ans », au profit de son fils gérant.

Cette valeur correspondait manifestement à la fois aux avances consenties à la société d'exploitation et au cautionnement des dettes du fils et des deux structures sociales.

Au décès, cet enfant contesta l'existence même d'une telle donation, au motif que « c'est en qualité d'associé que sa mère avait été amenée à apporter ou avancer différentes sommes, perdues par suite des liquidations judiciaires ».

Mais le point le plus contesté concernait le cautionnement des dettes des sociétés consenties par la mère.

Pour la cour d'appel saisie du litige (*CA Paris, 12 sept. 2018, n° 17/04562*), « ne peut être assimilé à un avantage à son fils les paiements effectués par la défunte en vertu du cautionnement d'obligations financières des sociétés aux résultats desquels elle même était intéressée, [...] peu important que la gérance ait fourni une activité professionnelle (à l'enfant) ». En d'autres termes, aucun rapport à la masse à partager n'était dû par l'enfant associé.

En cassation, le second descendant fit valoir que la cour d'appel n'établissait pas, pour rejeter la qualification de libéralité, la preuve de l'absence de « tout appauvrissement du disposant dans l'intention de gratifier son fils ».

La cour d'appel aurait donc dû rechercher si les actes d'apport et de cautionnement ne témoignaient pas de la volonté de soutenir artificiellement l'activité professionnelle de son enfant, l'ascendant « s'appauvrissant ainsi dans l'intention de gratifier son fils ».

L'argument trouva grâce auprès de la Cour de cassation : « En se déterminant ainsi, sans rechercher comme elle y était invitée, si (le parent) n'avait pas artificiellement soutenu l'activité professionnelle de son fils [...] en se substituant à lui dans le paiement de ses dettes, s'appauvrissant ainsi à son profit, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Clairement, pour la Cour régulatrice, la preuve d'un soutien artificiel par la mère de l'activité professionnelle du fils démontrerait l'existence d'une donation indirecte à son profit, ce que nous approuvons (1) .

Cependant, bien que cette donation soit réalisée par l'intermédiaire de sociétés, il ne faut pas en déduire que pour la première chambre civile de la Cour de cassation, une telle structure ne peut jamais être donataire (2) .

1. SOUTIEN ARTIFICIEL D'UNE ACTIVITE SOCIETAIRE ET APPAUVRISSEMENT DE L'ASSOCIE

Cet arrêt du 18 mars 2020 semble, de prime abord, s'inscrire dans le sillage de plusieurs décisions récentes de la première chambre civile de la Cour de cassation qui ont admis l'existence d'une donation tacite consentie à un enfant associé, en raison d'actes conclus avec la société.

En particulier, pour la Cour de cassation (dans cette affaire, un ascendant confie la location-gérance d'un fonds de commerce dont il est propriétaire à une société créée et gérée par l'un de ses enfants. Après résiliation du contrat de location-gérance, la restitution du fonds n'est pas, semble-t-il, demandée par le père), « en cas de donation faite par le défunt à l'héritier par interposition d'une société

dont ce dernier est associé, le rapport est dû à la succession en proportion du capital qu'il détient » (*Cass. Ire civ.*, 24 janv. 2018, n° 17-13.017 et 17-13.400 : *JurisData* n° 2018-000619 ; *Bull. civ. I*, n° 10 ; *Defrénois* 2018, n° 133h5. – A. Chamoulaud-Trapiers, *Rapport à succession d'une donation déguisée faite par interposition d'une société* : *Defrénois* 2018, n° 141k2. – A.-L. Casado, *Rapport successoral d'une donation indirecte par interposition d'une société* : *Gaz. Pal.* 10 avr. 2018, n° 321c6, p. 73). Et une cession à prix minoré consentie à une société peut également constituer une donation tacite (*Cass. Ire civ.*, 11 juill. 2019, n° 18-19.415 : *JurisData* n° 2019-012602FIT/).

Cependant, ce rapprochement est artificiel. En effet, les circonstances de l'espèce la distinguent radicalement des situations précédentes.

D'abord, parce que les actes réalisés en l'espèce sont bien différents de ceux à l'origine des arrêts précités.

En effet, l'avance en compte courant est un prêt qui constate une dette de la structure remboursable à terme ou sur demande du prêteur et la caution disposait d'un recours contre le débiteur après paiement de la dette garantie.

En d'autres termes, à la différence de l'abandon d'usufruit portant sur un bien dont la société est nue-proprétaire (*Cass. com.*, 10 avr. 2019, n° 17-19.733 : *JurisData* n° 2019-005795. – V. sur cet arrêt, *RFP* 2019, *comm.* 8, *note M. Leroy*) ou de la vente d'un bien à prix minoré (*V. M. Leroy, Une société peut-elle être partie à une donation indirecte ? préc.*), les actes litigieux ne permettent pas, par leur existence même, de constater un enrichissement de la société.

En effet, seule la renonciation par l'ascendant au droit d'obtenir le remboursement des sommes réglées au titre des avances ou de l'exécution du cautionnement, aurait permis de caractériser une telle valorisation du patrimoine social.

Or, l'existence d'une telle volonté n'est pas évoquée dans l'espèce : c'est la liquidation judiciaire des deux sociétés qui a privé l'ascendant de la possibilité effective d'obtenir le remboursement des avances consenties et d'exercer en qualité de caution un recours subrogatoire.

Par nature ces actes n'enrichissent pas sans contrepartie la société dont l'enfant était associé dirigeant, et c'est une différence majeure avec les espèces précédentes : en aucun cas, il était possible ici

d'envisager la qualification de donation au profit des sociétés gérées par l'enfant. La seule qualification envisageable était donc celle de donation au bénéfice de l'associé dirigeant.

Ensuite, pour l'organisation du partage de son patrimoine, l'ascendant avait, par testament, reconnu avoir consenti à son fils une donation d'un million et demi de francs (soit 228 673 euros), correspondant semble-t-il à la fois aux avances réalisées et au montant des dettes garanties par le cautionnement.

La preuve d'une intention libérale au bénéfice de l'associé était donc clairement exprimée, à la différence des autres espèces, où elle ne pouvait qu'être déduite des faits.

La difficulté essentielle résidait donc, en l'espèce, dans la preuve d'un appauvrissement volontaire de l'ascendant.

Pour les juges du fond, une telle preuve n'était pas rapportée, au fond pour les raisons exposées ci-dessus : la perte de l'ascendant résulte, non de sa volonté, mais des conséquences de la liquidation judiciaire des structures sociales.

Encore fallait-il vérifier que les sociétés ne se trouvaient pas, lors de la réalisation des actes litigieux, dans une situation irrémédiablement compromise, dont l'auteur avait connaissance.

Or, rien dans la décision de la cour d'appel n'exprimait l'existence d'une telle recherche. Fort logiquement, la Cour de cassation censura la décision de la cour d'appel pour défaut de base légale : celle-ci aurait dû vérifier si le parent n'avait pas, par ces actes litigieux, consenti à un soutien artificiel de l'activité de son fils (la Cour de cassation reprend ici l'argument du pourvoi selon lequel la cour d'appel aurait dû rechercher « si en s'associant dans les deux sociétés... et en fournissant son cautionnement pour les prêts et découverts consentis par des tiers au profit de ces sociétés, au demeurant sans jamais exercer de recours subrogatoire contre les sociétés [...], Madame... avait en réalité artificiellement soutenu l'activité professionnelle de son fils »).

La notion de soutien artificiel d'une activité, reprise par la Cour de cassation, est familière aux spécialistes du droit du crédit. Il y a là un financement consenti ou maintenu en faveur d'une entreprise dont le prêteur connaissait ou ne pouvait ignorer la situation irrémédiablement compromise, trompant les tiers sur la solvabilité réelle de celle-ci (*Cass. com.*, 28 janv. 2003, n° 00-13.084 : *RD bancaire et fin.* 2002, p. 365, note I. Urbain-Parleani).

Les éléments d'espèce portés à notre connaissance ne nous permettent pas de déterminer si au moment des engagements financiers de Madame, la situation de la société était définitivement obérée et si l'ascendant était en mesure de l'apprécier (rappelons que la seule qualité d'associé de la caution ou l'existence de liens familiaux ne présume pas une telle connaissance [*Cass. com.*, 9 avr. 2002, n° 99-16.022 : *RJDA* 7/2002, n° 795. – *Cass. Ire civ.*, 28 déc. 1995 : *RJDA* 1996, n° 309. – *Cass. com.*, 28 nov. 2006, n° 05-15.380 : *JurisData* n° 2006-036220 ; *RD bancaire et fin.* 2006, comm. 11, obs. D. Legeais]).

Incontestablement, un tel soutien, supposant une connaissance par l'auteur des actes de la situation financière de la société, démontrerait son appauvrissement irrévocable dès la signature des actes.

Au contraire, si ces éléments ne sont pas établis, aucun rapport ne peut être dû par l'enfant, les actes en eux-mêmes ne révélant aucun dépouillement de l'ascendant.

Dans cette situation, seule en effet une autre manifestation de volonté aurait pu caractériser l'élément matériel de la donation. Ainsi, le prêteur qui aurait pu obtenir le remboursement de sa créance (sans doute, l'avance était-elle à durée indéterminée, de sorte que le créancier aurait pu en demander le remboursement à n'importe quel moment (*Cass. com.*, 10 mai 2011, n° 10-18.749 : *JurisData* n° 2011-008328 ; *Bull. civ. IV*, n° 73 ; *Gaz. Pal.* 2011, *doctr.*, p. 15, note B. Dondero ; *JCP E* 2011, 1575, note R. Mortier), et qui s'abstient volontairement de le demander, contre son intérêt, s'appauvrit incontestablement.

Mais dans ce cas, l'acte constitutif de la donation aurait été l'abandon de créance, et c'est le patrimoine des deux sociétés qui aurait bénéficié de l'enrichissement résultant de cette décision.

2. SOUTIEN ARTIFICIEL D'UNE ACTIVITE SOCIETAIRE ET ENRICHISSEMENT DU DIRIGEANT

Pour la Cour de cassation, la cour d'appel aurait dû rechercher si l'ascendant n'avait pas « soutenu artificiellement l'activité professionnelle de son fils en se substituant à lui dans le paiement de ses dettes ».

La formule semble surprenante de prime abord, à un double titre.

Tout d'abord, elle fait peu de cas de la réalité de la personne morale : en cautionnant les dettes d'une société insolvable, l'ascendant se substitue à la structure et non pas à ses associés.

Ensuite, sa rédaction laisse entendre que la substitution de débiteur est un élément de preuve du soutien artificiel alors qu'elle en est qu'une conséquence.

Mais elle exprime au fond une idée assez simple : c'est en principe l'actionnaire majoritaire, dirigeant de la structure opérationnelle, qui aurait dû s'engager financièrement pour développer celle-ci. En l'effectuant à sa place, sans contrepartie en termes de pouvoirs ou de revenus, l'ascendant a sans aucun doute conféré un avantage considérable à son enfant.

Cette notion de substitution est alors essentielle : elle permet de caractériser en l'espèce un avantage particulier consenti à cet associé.

Pour en comprendre l'importance, une comparaison avec l'arrêt du 11 juin 2019 s'impose (l'arrêt rendu par la première chambre civile le 24 janvier 2018 précité (*Cass. Ire civ., 24 janv. 2018, n° 17-13.017, préc. : Dr. famille 2018, comm. 102, note M. Nicod ; JCP N 2018, n° 10, 1125, V. Zalewski-Sicard*) est moins instructif de ce point de vue, puisqu'en l'espèce l'enfant était seul associé. Dans cette affaire, un ascendant avait vendu un bien à un prix minoré à une société dont les titres étaient en grande partie détenus par un de ses enfants.

Un tel acte ne confère pas à l'associé dirigeant un avantage particulier, sauf s'il est seul associé. Il ne bénéficie que de la valorisation des titres sociaux, comme tous les autres associés.

Cette absence de bénéfice particulier pour le prétendu donataire pose de redoutables difficultés.

Comment en effet un acte servant en principe l'intérêt de la société pourrait-il être essentiellement le vecteur d'une donation au profit de l'enfant dirigeant ? De plus, faut-il considérer que l'associé dirigeant exprime, en acceptant l'acte support de cette prétendue donation, deux volontés distinctes, l'une en qualité de dirigeant et l'autre en son nom personnel ?

Enfin, peut-on réellement considérer, sans nier la réalité de la personne morale, que cet enrichissement est personnel à l'associé et distinct de celui dont bénéficie la société (*V. sur ce point nos développements, M. Leroy, Une société peut-elle être partie à une donation indirecte ? préc.*) ?

L'enrichissement des titres est en principe une conséquence de l'augmentation de valeur du patrimoine social. Il est donc un effet de l'acceptation de l'acte par la personne morale et non l'expression d'une volonté propre de l'enfant. Cette valorisation des titres profite à tous les associés, même s'ils n'ont pas consenti à l'acte litigieux, et même, pire encore, s'ils ont clamé expressément leur opposition à sa conclusion.

Autre difficulté : à admettre que la donation ait effectivement pour objet cette valorisation, comment combiner cet objet avec les pouvoirs de gestion du dirigeant, lorsque celui-ci est le donateur ? (Ce qui n'était le cas ni dans cette espèce ni dans l'affaire ayant donné à l'affaire jugée le 24 janvier 2018 [*V. sur cet arrêt M. Leroy, préc., réf. citées note 6*]). Quelle est donc la substance concrète de l'enrichissement du donataire, supposée être irrévocable, dès lors que le dirigeant peut, par ces actes, en modifier chaque jour la valeur et faire disparaître la valorisation que l'acte a provisoirement constaté ? Comment dans ce cas considérer comme l'exprimait précisément l'arrêt du 24 janvier 2018 que le rapport est dû à la succession en proportion du capital qu'il détient ?

Faut-il alors considérer que la donation de l'ascendant au profit de l'enfant associé n'est possible que dans les cas où le parent qui s'appauvrit ne gère pas la société par l'intermédiaire de laquelle la donation est réalisée ?

Ce sont certaines des raisons qui nous ont conduit à penser que l'acte accepté par l'associé dirigeant qui enrichit le patrimoine social n'exprime une donation à son profit que lorsque sa conclusion était contraire à l'intérêt social.

En l'espèce, la situation est beaucoup plus simple : non seulement les actes litigieux n'enrichissaient pas les sociétés en cause, mais leur conclusion n'était pas, si la preuve d'un soutien artificiel de l'activité est établie, conforme à l'intérêt social.

Car il nous semble que ce qui est dans l'intérêt d'une société ce n'est pas de survivre encore un peu, mais de durer pour réaliser la finalité pour laquelle elle a été constituée : la réalisation de son objet social

et le partage des résultats. Maintenir artificiellement l'activité aggrave les conséquences de la liquidation : cela ne peut pas être conforme à l'intérêt social.

En d'autres termes, cette affaire est très différente des précédentes jugées par la première chambre civile de la Cour de cassation.

Dans les autres affaires, on pouvait légitimement s'interroger sur l'identité du donataire, en raison de l'enrichissement de la société.

En l'espèce, la Cour de cassation subordonne l'existence de la donation consentie à l'enfant à la preuve d'un enrichissement personnel, **en l'absence de valorisation du patrimoine de la société et des titres sociaux, enrichissement résultant d'actes de l'ascendant que l'intérêt social ne justifiait pas.**

La société apparaît clairement dans cette situation, comme un moyen au service de la finalité et non comme une personne profitant d'un avantage.

L'arrêt ne peut donc en aucun cas être analysé comme confirmant ou confortant une jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation qui serait, à la différence de la chambre commerciale de la Cour de cassation (*V. M. Leroy, préc., jurispr. citée note 8*), rétive à la qualification de société donataire.

Il en résulte également un traitement liquidatif et fiscal de l'opération beaucoup plus simple que dans les cas précédents.

En effet, l'avantage dont bénéficie l'enfant est facile à identifier : c'est exactement le montant des engagements que celui-ci aurait du souscripteur pour perpétuer son activité, soit la valeur déboursée par sa mère.

EN CONCLUSION

L'arrêt est intéressant en ce qu'il permet d'identifier une sorte de *vade-mecum* de la donation consentie à l'enfant associé dont la reconnaissance ne heurte pas le principe de l'autonomie de la personne morale.

Pour ne pas soulever d'importantes difficultés liquidatives, une telle donation suppose selon nous un enrichissement personnel du bénéficiaire qu'aucun autre associé, non-destinataire de la libéralité, perçoit, et un appauvrissement réalisé par des actes contraires à l'intérêt social.

Ces conditions sont réunies en l'espèce, de sorte que l'associé dirigeant, en acceptant les actes support de la gratification, exprime sa volonté propre et non celle de la société qui n'avait pas d'intérêt à sa conclusion.