

La vente d'actions non cotées par un mineur sous administration légale pure et simple

• **La pratique.** La pratique s'inquiète des conditions à respecter pour la validité d'une vente d'actions non cotées par un mineur sous administration légale pure et simple.

Ce type d'opération se rencontre fréquemment notamment parce qu'elle participe à des stratégies d'optimisation fiscale dans le cadre de transmission de sociétés. Plutôt que de vendre sa société et de payer l'impôt de plus-value, le dirigeant associé commence par donner tout ou partie de sa société à ses enfants, dont certains peuvent être encore mineurs, voire même simplement conçus (!), afin de réévaluer le prix de revient des actions à vendre à leur valeur au jour de la donation laquelle précèdera de peu la vente. Au final, la cession génèrera une plus-value égale à zéro.

• **Les articles du Code civil en question.** Le Code civil peut paraître manquer de clarté à celui qui cherche à savoir quelles sont les conditions à remplir pour la validité d'une vente d'actions non cotées par un mineur sous administration légale pure et simple. Trois de ses articles peuvent paraître, en effet, difficilement conciliables : les articles 389-5, 389-7 et 505.

Selon l'article 389-5 C.civ., « *Dans l'administration légale pure et simple, les parents accomplissent ensemble les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille.*

A défaut d'accord entre les parents, l'acte doit être autorisé par le juge des tutelles.

Même d'un commun accord, les parents ne peuvent ni vendre de gré à gré, ni apporter en société un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur, ni contracter d'emprunt en son nom, ni renoncer pour lui à un droit, sans l'autorisation du juge des tutelles. La même autorisation est requise pour le partage amiable, et l'état liquidatif doit être approuvé par le juge des tutelles.

Si l'acte cause un préjudice au mineur, les parents en sont responsables solidairement. »

Cet article pose, dans son l'alinéa 1^{er}, le principe de la cogestion par les parents pour les actes graves engageant le patrimoine du mineur (les « actes qu'un tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille ») tout en prévoyant un certain nombre de cas, aux alinéas 2 et 3 dans lesquels une autorisation du juge des tutelles est nécessaire pour la validité de l'acte passé.

A la lecture de l'article 389-5 C. civ., on comprend que les seules ventes pour lesquelles les parents, alors même qu'ils seraient d'accord, doivent solliciter l'autorisation du juge des tutelles sont les ventes de gré à gré portant sur un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur.

On devrait donc pouvoir déduire de l'article 389-5 C.civ. que tous les actes de disposition de valeurs mobilières appartenant au mineur peuvent être librement accomplis par les parents.

Pourtant, une difficulté d'interprétation naît de la rédaction actuelle de l'article 389-7 C.civ. selon laquelle :

« *Les règles de la tutelle sont, pour le surplus, applicables à l'administration légale, avec les modalités résultant de ce que celle-ci ne comporte ni conseil de famille ni subrogé tuteur, et*

sans préjudicier, d'autre part, aux droits que les père et mère tiennent du titre "De l'autorité parentale", notamment quant à l'éducation de l'enfant et à l'usufruit de ses biens. »

Cet article prévoit donc l'application subsidiaire à l'administration légale des règles prévues en matière de tutelle, sous réserve des adaptations nécessaires dues au fait qu'il n'existe dans un régime d'administration légale ni conseil de famille, ni subrogé tuteur.

Or, l'article 505 alinéa 3 du Code civil, règle prévue en matière de tutelle, impose au tuteur, outre l'autorisation du conseil de famille (ou à défaut du juge), une contrainte supplémentaire lorsqu'il s'agit de la vente d'instruments financiers non admis à la négociation sur un marché réglementé:

« L'autorisation de vendre ou d'apporter en société un immeuble, un fonds de commerce ou des instruments financiers non admis à la négociation sur un marché réglementé ne peut être donnée qu'après la réalisation d'une mesure d'instruction exécutée par un technicien ou le recueil de l'avis d'au moins deux professionnels qualifiés. »

• **Position du problème.** Les parents qui peuvent accomplir ensemble tous les actes que le tuteur pourrait accomplir avec l'autorisation du conseil de famille sont-ils contraints de procéder à la mesure d'instruction imposée en matière de tutelle pour la vente d'instruments financiers non cotés, par l'effet du renvoi opéré par l'article 389-7 C.civ. aux règles de la tutelle ?

La pratique, soucieuse d'assurer aux parties un acte dont la validité juridique ne peut être remise en cause - surtout lorsque ledit acte est à l'origine d'une optimisation fiscale-, est en général respectueuse d'une idée largement reçue selon laquelle la vente d'instruments financiers non cotés appartenant à un mineur par ses administrateurs légaux purs et simples devrait faire l'objet d'une mesure d'instruction, voire même, être soumise à l'autorisation du juge des tutelles. Ces formalités, qui sont sources de coût et de lenteur, sont-elles réellement nécessaires à la validité de la cession réalisée au nom du mineur ?

Autrement dit, deux questions se posent concernant la validité de la vente d'instruments financiers non cotés par un mineur placé sous le régime de l'administration légale pure et simple:

1/ cette vente est-elle soumise à l'autorisation du juge des tutelles ?

2/ cette vente doit-elle être précédée de la réalisation d'une mesure d'instruction exécutée par un technicien ou le recueil de l'avis d'au moins deux professionnels qualifiés ?

• **Précisions. Notion d'instruments financiers non cotés** • Avant d'envisager ces deux problématiques, deux précisions doivent être apportées.

Premièrement, pourquoi seules sont concernées les ventes d'actions non cotées ?

Cela résulte de la lettre de l'article 505 al. 3 C. civ., laquelle lettre vise : « les instruments financiers non admis à la négociation sur un marché réglementé ».

Or, seuls entrent dans la catégorie des instruments financiers telle qu'elle est définie par l'article L. 211-1 du code monétaire et financier : les titres de capital émis par les sociétés par actions (; les titres de créance, à l'exclusion des effets de commerce et des bons de caisse ; les parts ou actions d'organismes de placement collectif). De cette formule, il faut déduire que les parts sociales ne sont pas visées par l'article 505 al. 3 C.civ..

Ainsi, il n'est pas contesté en doctrine que la vente des parts sociales ou des actions cotées par un mineur sous administration légale pure et simple peut être valablement accomplie soit par les parents agissant ensemble soit par chaque parent agissant isolément selon qu'elles rentrent dans la catégorie des actes de disposition ou dans la catégorie des actes d'administration (cf annexe 2, colonne 2 Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008).

Notons simplement que l'exclusion des parts sociales du champ d'application des formalités posées par l'article 505 C.civ. ne repose à notre connaissance sur aucun fondement rationnel et « *procède probablement d'une inadvertance du législateur* » (H. Hovasse, JCPN 2010, n° 6).

• **Précision : l'enjeu du débat.** Deuxièmement, précisons la sanction applicable à une cession réalisée au nom d'un mineur si ces autorisations et mesures d'instruction étaient effectivement requises et pourtant n'ont pas été sollicitées. Cette sanction est énoncée par l'article 465 C.civ. : en l'absence d'autorisation valable, l'acte passé au nom du mineur est nul de nullité relative laquelle se prescrit par cinq ans à compter de la majorité ou de l'émancipation de l'enfant. Tant que la prescription n'est pas acquise, l'acte peut néanmoins être confirmé avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille, s'il a été constitué.

Ces deux précisions ayant été données, il reste maintenant à déterminer le régime applicable aux ventes d'actions non cotées par un mineur sous administration légale pure et simple.

1/ La vente est-elle soumise à l'autorisation du juge des tutelles ?

• **Clarté du Code civil.** Il est étonnant que cette question ait pu être présentée encore récemment comme débattue (voir notamment le congrès des notaires 2014 et Rev jur pers et famille mai 2014, p. 46), tant les articles précités du Code civil semblent suffisamment clairs et précis pour pouvoir y répondre fermement en toute sérénité (voir notamment H. Hovasse, Incapacités et valeurs mobilières, Defrénois 1995, art. 36036, n° 27 et JCPN 2010, 1237).

En effet, l'article 389-5 du Code civil distingue les décisions qui relèvent de la seule compétence des administrateurs légaux de celles qui sont soumises, exceptionnellement à autorisation du juge des tutelles. Or, aux termes de cet article, seuls certains actes portant sur certains biens sont soumis à autorisation. Cette formulation ne laisse aucun doute sur le caractère limitatif de la liste ainsi dressée des actes soumis à autorisation.

Par conséquent, dans la mesure où dans cette liste de l'article 389-5 al. 3 ne figurent pas les ventes de titres - parts sociales ou actions, cotées ou non, - appartenant au mineur, il faut en déduire que ces ventes ressortissent de la catégorie des actes que les parents peuvent réaliser soit ensemble soit séparément selon que l'on retient la qualification d'acte de disposition ou d'acte d'administration (voir articles 389-4 et 389-5 al. 1^{er}).

Cette qualification doit être faite à la lumière du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008. Or, sont classés parmi les actes de disposition par nature et sans considération des circonstances d'espèce (colonne 2, annexe 1) : « la vente ou l'apport en société d'instruments financiers non admis à la négociation sur un marché réglementé (art. 505, al. 3, du Code civil) », alors que la « cession d'instruments financiers non inclus dans un portefeuille » (ce qui renvoie également à notre hypothèse car dans les opérations de transmission de société dans lesquelles s'intègrent les donations-cessions au nom des mineurs c'est bien de cession de titres de participation - par nature non inclus dans un portefeuille - dont il s'agit et non de titres de placement) est classée parmi les actes de disposition, sauf circonstances d'espèce (annexe 2, col. 2).

La vente d'actions non cotées par un mineur sous administration légale pure et simple est donc, en principe, un acte de disposition que les parents peuvent accomplir ensemble. Et à défaut d'accord entre les parents, l'acte doit être autorisé par le juge des tutelles (art. 389-5 al. 1 et 2).

Cependant, certaines circonstances d'espèce pourraient exceptionnellement permettre de considérer que la vente relève de la catégorie des actes d'administration pouvant être réalisés séparément par chaque parent, en raison des faibles conséquences sur le contenu ou la valeur du patrimoine du mineur.

2/ La vente doit-elle être précédée de la réalisation d'une mesure d'instruction exécutée par un technicien ou le recueil de l'avis d'au moins deux professionnels qualifiés ?

Une fois que l'on a compris, à la lecture de l'article 389-5 C.civ. , que la vente peut être réalisée sans autorisation du juge des tutelles, l'article 389-7 dudit Code ne commande-t-il pas d'appliquer à cette vente « pour le surplus » les règles de la tutelle et donc celle inscrite à l'article 505 al. 3, à savoir la nécessité d'une mesure d'expertise réalisée par des professionnels préalablement à la vente ?

a) les arguments en faveur d'une réponse négative

• **arguments de texte** : L'article 505 du Code civil précise les modalités selon lesquelles doit intervenir l'autorisation du conseil de famille ou, à défaut, du juge des tutelles dans certains cas particuliers dont la vente d'instruments financiers non cotés. Autrement dit, cet article a pour objet exclusif d'éclairer le conseil de famille ou, à défaut, le juge dans l'exercice de leur mission d'autorisation. Cet objet ressort d'ailleurs clairement du rapport sénatorial présenté lors de la réforme du 5 mars 2007 (L. n° 2007-308 du 5 mars 2007) de laquelle est issu l'article 505 C.civ.(H. de Richemont, Réforme de la protection juridique des majeurs, n°212, 2006-2007, p. 225 : « **Art. 505 du code civil : Autorisation des actes de disposition** Cet article fixe les modalités d'autorisation des actes de disposition. ») .

L'article 505, règle de tutelle, n'a donc vocation à s'appliquer, en vertu de l'article 389-7 C.civ., que dans les cas où le juge des tutelles doit intervenir en vue d'autoriser l'acte à accomplir par les administrateurs légaux. Il s'applique donc notamment aux actes visés par l'article 389-5 al.3 en matière d'administration légale pure et simple – dont on rappellera que la liste est limitative-, par exemple en cas de vente d'immeuble par les deux parents (ou encore aux actes de disposition accomplis par un parent dans le cadre de l'administration légale sous contrôle judiciaire en vertu de l'article 389-6 C.civ.).

En revanche, la vente d'instruments financiers non cotés appartenant à un mineur placé sous le régime de l'administration légale pure et simple est décidée d'un commun accord par les parents : elle ne relève donc pas du champ d'application de l'article 505 C. civ. puisqu'elle n'est soumise à aucune autorisation. M. Hovasse (La cession de droits sociaux appartenant à des mineurs sous administration légale pure et simple, JCP N 2010, p. 1237) a ainsi rappelé avec justesse que les parents ne sont pas dans un processus d'autorisation –donnée par le juge des tutelles- mais dans une prise de décision. Et la loi leur fait confiance dans cette mission qu'elle leur reconnaît : « *quand les deux parents agissent d'un commun accord, le législateur les investit de sa confiance pour agir au mieux des intérêts du mineur* »(H. Hovasse op cit)

Pour autant, les parents restent responsables de toutes fautes de gestion et peuvent, afin d'éclairer leur décision, souhaiter recourir à des avis de spécialistes. Toutefois, ce recours demeure purement facultatif.

• **Arguments d'opportunité** : premièrement, le recours à des avis de techniciens impose un délai qui est difficilement compatible avec les nécessités de la cession des valeurs mobilières. Deuxièmement, cette crainte d'une mauvaise évaluation des titres cédés au préjudice du mineur semble « *malvenue (...) Dans le cadre de sociétés familiales, les parents sont souvent partie à la cession avec leurs enfants. Dans cette hypothèse, il n'est pas concevable de contester la valorisation des titres, dès lors qu'elle est identique pour tous les cédants* » (A. Bouquemont, Rev jur pers et famille, mai 2014, p.46). Enfin, le recours à l'expertise est aussi « *une source de coûts souvent inutiles. Dans les cessions de contrôle, les parties s'entourent d'auditeurs, d'experts et de conseillers dans la conduite des négociations. La rémunération d'un expert supplémentaire pour éclairer des parents déjà informés au plus haut point se présente comme un prélèvement dont la légitimité ne leur apparaît pas.* » (H. Hovasse, JCPN 2010, n°4)

b) les solutions inventées par la pratique

Afin d'éviter tout risque de nullité de la cession réalisée au nom de mineurs, la pratique notariale (congrès des notaire 2014 et Rev jur pers et famille mai 2014, p. 46) propose différentes solutions qui permettent de s'affranchir en toute sécurité juridique de l'autorisation du juge des tutelles et de la mesure d'expertise de l'article 505 du Code civil.

- La première solution consiste, dans le cadre de la donation partage précédant la cession, à n'attribuer les actions qu'aux enfants majeurs à charge pour ces derniers de verser une soulte aux enfants mineurs ;

- La seconde solution consiste à insérer dans l'acte de donation au profit du mineur une clause de désignation d'un administrateur aux biens donnés au mineur. En effet, l'article 389-3, alinéa 3, du Code civil, issu d'une loi du 6 avril 1910, permet au donateur ou à un testateur, souhaitant transmettre ses biens à un mineur, d'écarter dans la libéralité le jeu de l'administration légale (et, le cas échéant celui de la jouissance légale à l'article 387 du Code civil), en prévoyant que ladite libéralité est effectuée sous la condition que les biens donnés ou légués soient administrés par un tiers. Et le texte ajoute que « *ce tiers administrateur aura les pouvoirs qui lui auront été conférés par la donation ou le testament* » et « *à défaut, ceux d'un administrateur légal sous contrôle judiciaire* » (voir Ph. Delmas Saint Hilaire, *A propos de la clause d'exclusion de l'administration légale*, Mélanges offerts à R. Le Guidec, 2014, LexisNexis, p. 333 et s.). La Cour de cassation, en 2013, a d'ailleurs eu l'occasion de préciser la portée de cette clause, en refusant de la restreindre compte tenu des termes très généraux du texte d'habilitation.

- D'une part, dans un arrêt du 6 mars 2013, la première chambre civile précise que ladite clause « *est une disposition générale qui ne comporte aucune exception pour la réserve héréditaire* » (Cass. Civ. 1, 6 mars 2013, n° 11-26.728, RTD Civ. 2013, 346, obs. J. Hauser ; 42, obs. M. Grimaldi) : cette clause ne constitue pas une charge et peut porter sur tout le patrimoine transmis.

- D'autre part, la Cour précise que ne figure pas dans les conditions de validité de désignation du tiers administrateur une vérification de l'intérêt de l'enfant (Cass. Civ. 1, 26 juin 2013, n° 11. 25.946).

L'article 389-3 alinéa 3 C.civ. peut être utilement utilisé pour faciliter et sécuriser la gestion de valeurs mobilières données à un mineur.

Si un administrateur aux actions non cotées données à un mineur a été désigné dans l'acte de donation, quels seront ses pouvoirs relativement à la cession desdites actions ?

Sur ce point, de deux choses l'une. Ou bien la clause prévoit simplement la « *condition d'administration -par un tiers* » sans autre précision, et il en résulte, aux termes dudit article 389-3 al.3 du C.civ., que l'administrateur désigné se voit reconnaître, par défaut, les pouvoirs d'un administrateur sous contrôle judiciaire. Il sera alors tenu de solliciter l'autorisation du juge des tutelles pour céder les actions du mineur (voir art. 389-6 C.civ.). Ou bien, usant de la liberté offerte par ledit article la clause confère expressément les pouvoirs les plus étendus au tiers désigné pour gérer les biens transmis au mineur. Par voie de conséquence, l'administrateur aura la possibilité de vendre librement toutes valeurs mobilières comprises dans la libéralité.

• **Conclusion : avis FNDP pour la réécriture de l'article 389-7 C.civ..** Bien que plusieurs arguments militent pour rejeter l'application de l'article 505 C.civ. aux ventes d'actions non cotées par des mineurs placés sous le régime de l'administration légale pure et simple, la pratique se veut prudente et recommande d'emprunter des voies de contournement, quitte à contrarier les objectifs visés par les parties.

Afin de sécuriser la pratique en lui donnant une règle claire et précise, la FNDP propose une réécriture de l'article 389-7 C.civ., lequel est la véritable source des difficultés d'interprétation des textes en opposition.

Cette réécriture pourrait être envisagée de la manière suivante :

Version 1 : « Les règles de la tutelle sont, pour le surplus, applicables à l'administration légale, ~~avec les modalités résultant de ce que celle-ci ne comporte ni conseil de famille ni subrogé tuteur~~, **lorsqu'une autorisation du juge des tutelles s'impose** et sans préjudicier, d'autre part, aux droits que les père et mère tiennent du titre "De l'autorité parentale", notamment quant à l'éducation de l'enfant et à l'usufruit de ses biens.

Version 2 : «*Les règles de la tutelle sont, pour le surplus, applicables à l'administration légale, avec les modalités résultant de ce que celle-ci ne comporte ni conseil de famille ni subrogé tuteur* **ni les obligations que la loi leur impose**, et sans préjudicier, d'autre part, aux droits que les père et mère tiennent du titre "De l'autorité parentale", notamment quant à l'éducation de l'enfant et à l'usufruit de ses biens. »

Version 3 : *Les règles de la tutelle sont, pour le surplus, applicables à l'administration légale, avec les modalités résultant de ce que celle-ci ne comporte ni conseil de famille ni subrogé tuteur et sans préjudicier, d'autre part, aux droits que les père et mère tiennent du titre "De l'autorité parentale", notamment quant à l'éducation de l'enfant et à l'usufruit de ses biens.*

Toute mesure d’instruction préalable à une décision d’autorisation propre à la tutelle ne concerne pas les administrateurs légaux lorsque la loi confie à ces derniers le pouvoir de représenter le mineur »