



La Lettre de la FNDP

Numéro 31 - Décembre 2023

Numéro 31

Édito

Dans ces temps troublés tout ne semble qu'agitations, oppositions violentes et crispations en tout genre.

Mais puisqu'il faut encore vivre, il nous faut espérer. N'est-ce pas du plus sombre de la nuit que surgit l'aube ?

C'est dans les temps difficiles qu'il faut cultiver l'espérance. Et celle-ci, fleur fragile, doit être nourrie de toutes les bonnes nouvelles qu'il faut relever.

Par exemple selon l'INSEE, le nombre de décès en France constatée entre le 1er janvier et le 13 novembre est beaucoup moins élevé que l'an dernier à la même époque (<https://www.insee.fr/fr/statistiques/6959520?sommaire=4487854>)

Ou encore la confiance des ménages s'améliore en novembre, même si l'indicateur est encore dégradé; De même la France ne devrait pas être en récession l'an prochain à la différence de l'Allemagne (<https://www.lejournaldesentreprises.com/france/article/christian-de-boissieu-la-france-ne-sera-pas-en-recession-en-2024-2075219>) ?

Il n'y a pas d'actions possibles sans espérance. Nous sommes encore maître de notre destin. Ainsi, les nouvelles mesures sociales et fiscales intervenues en 2022 ont permis d'augmenter de 0,7 % en moyenne le niveau de vie des personnes résidant en France métropolitaine, par rapport à une situation où elles n'auraient pas été mises en œuvre (<https://www.insee.fr/fr/statistiques/7666909?sommaire=7666953>).

Tout ne va donc pas si mal pour qui veut voir. Dans la tourmente, il faut garder le cap. Des réformes sont nécessaires, elles doivent être faites, avec prudence, compte tenu de la fragilité du corps social, mais aussi et surtout avec détermination et pédagogie.

Sommaire

* Assurance-Vie	4
* Droit patrimonial de la famille	6
* Obligations professionnelles	7
* Droit des sociétés	8
* Droit des biens et droit des suretés	12



Michel LEROY

Rédaction

Rédacteurs en chef :

Michel Leroy, Professeur des Universités, Directeur du Master 2 Ingénierie du patrimoine, responsable de la Formation à Distance (FOAD) - Université de Toulouse Capitole

Sandie Lacroix-De Sousa - Maître de conférences HDR - Directrice du Master 2 Droit et Ingénierie du Patrimoine - Université d'Orléans

Nicolas Esplan, Docteur en droit, Directeur Juriscampus, Co-Directeur du Master 2 Ingénierie du patrimoine - Université de Toulouse.

Renaud Mortier, Professeur des universités agrégé de droit privé, Co-Président de la FNDP, Directeur du Centre de Droit des Affaires (CDA) et Directeur du Master 2 Ingénierie Sociétaire et Patrimoniale (ISP) - Université de Rennes

Auteurs :

Jean-François Desbuquois,
Avocat Associé Fidal.

Sophie Schiller, Professeur des universités agrégé des facultés de droit - Directrice du M2 223 - Université Paris Dauphine. Co-Présidente de la FNDP.

Nicolas Esplan, Docteur en droit, Directeur Juriscampus, Co-Directeur du Master 2 Ingénierie du patrimoine - Université de Toulouse.

Sandrine Tisseyre, Agrégée des Facultés de droit - Professeur de droit privé - Université de Toulouse Capitole

Nadège Jullian - Professeur de droit privé - Université de Toulouse.

Créance de restitution et article 757 B du CGI

L'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation, le 11 octobre 2023 (Cass. Com, 11 octobre 2023, 21-12732) est un arrêt important pour la pratique car sa solution permet d'envisager de combiner, d'une manière moins classique que celle pouvant être exprimée dans la clause bénéficiaire, les avantages du démembrement de propriété et de l'assurance vie.

L'espèce était assez classique : une personne décède et laisse pour lui succéder son conjoint et un enfant. Le survivant des époux opte pour l'usufruit. Parmi les actifs de la succession figuraient des obligations d'Etat. Usufruitier et nu-proprétaire décident de placer ces valeurs mobilières sur un compte titres.

A l'arrivée de leur terme, le produit de la liquidation est placé, par le conjoint survivant, sur un contrat d'assurance-vie. Au moment de cette souscription, le conjoint survivant avait plus de 70 ans.

Dans les six mois du décès de la souscriptrice assurée, l'enfant déposa une déclaration de succession, dans laquelle ne figurait pas la valeur de la garantie décès du contrat d'assurance vie. En effet, l'enfant estimait, malgré la lettre de l'article 757 B du Code général des impôts, que la valeur correspondant à la nue-propriété (celle des primes), déjà imposée dans la succession du premier des époux, ne pouvait l'être une seconde fois.

Analyse que l'administration fiscale ne partagea pas puisqu'elle lui notifia une proposition de rectification portant sur les droits de mutation par décès, intégrant dans la base imposable la fraction de la garantie, taxable en application de l'article 757 B du CGI, tout en déduisant de l'actif taxable la créance de restitution correspondant au montant des primes investies par l'usufruitier.

La Cour d'appel de Douai annula l'avis de mise en recouvrement au motif qu'en imposant la prime (de 350 000 € en l'espèce) versée sur ce contrat après l'avoir imposée au titre de la succession du premier parent décédé, l'administration fiscale avait pratiqué une double imposition au détriment de l'enfant du couple.

L'arrêt de la Cour d'appel est cassé en ces termes : « *En statuant ainsi alors que, d'une part, en application de l'article 757 B du code général des impôts, Mme [N] était imposable aux droits de mutation par décès sur la somme de 319 500 euros, en sa qualité de bénéficiaire du contrat d'assurance-vie, dès lors que les fonds sur lesquels [K] [P] jouissait d'un quasi-usufruit avaient été versés par cette dernière sous forme de primes après ses 70 ans, d'autre part, qu'il n'en découlait aucune double imposition dès lors que, si les obligations d'Etat dont Mme [N] avait hérité de la nue-propriété au décès de [S] [N] avaient donné lieu au paiement de droits de mutation, celle-ci, en sa qualité de nue-propriétaire des fonds reçus en remboursement de ces obligations, détenait une créance de restitution de 350 000 euros sur la succession de [K] [P], laquelle créance venant se déduire de l'assiette de la base imposable des droits de mutation par décès, la cour d'appel a violé le texte susvisé.* »

La Cour de cassation fit application de l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire en statuant sur le fond.

L'affaire ne sera donc pas renvoyée à une autre Cour d'appel.

Dans le traitement sur le fond de l'affaire, la Cour de cassation relève tout d'abord que le conjoint n'avait pas souhaité « *transférer la somme de 350 000 euros reçue en remboursement des obligations d'Etat provenant de la succession de [S] [N] et sur laquelle elle jouissait d'un quasi-usufruit, d'un compte bancaire démembré à un contrat d'assurance-vie lui aussi démembré.* »

Sans doute si le contrat d'assurance avait été démembré, à la souscription,

alors les dispositions de l'article 757 B n'auraient pu s'appliquer lors du décès du survivant des parents, car dans ce type de montage, c'est le nu-proprétaire qui est l'assuré.

La Cour de cassation précise ensuite que ce texte devait s'appliquer, les primes ayant été versées après le 70ème anniversaire de l'assuré. En d'autres termes, cela signifie que pour la Cour de cassation la désignation de l'enfant était à titre gratuit, puisque les dispositions de l'article 757 B du CGI, soumettant une fraction de la garantie aux droits de mutation à titre gratuit, ne s'appliquent que dans cette hypothèse ; En d'autres termes, l'acquisition de la garantie décès ne constituait pas un mode de règlement de la créance de restitution.

La position est importante, car l'administration fiscale a longtemps adopté une position contraire. Selon elle, en effet, la désignation du nu-proprétaire en qualité de bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie financé par les sommes détenues par le quasi-usufruitier vaut paiement de la créance de restitution.

Une telle analyse fut cependant censurée à plusieurs reprises par la Cour d'appel de Douai (CA Douai, 16 avr. 2009, n° 07/06514 et CA Douai, 1re ch., sect. 1, 22 oct. 2015, n° 562/2015 et n° 14/06805, X c/ Y : JurisData n° 2015-031061 ; CA Douai, 1re ch., 12 mai 2016, n° 15/03664, DGFIP c/ H : JurisData n° 2016-022480).

Il en résulte donc concrètement dans cette affaire, qu'au passif l'enfant pouvait déduire, relativement aux primes investies, la somme de 350 000 €, alors que l'actif n'était augmenté que de 319 500 €, compte tenu de l'abattement global de 30 500 € prévu par l'article 757 B du CGI ;

En d'autres termes, en désignant le nu propriétaire en qualité de bénéficiaire, le souscripteur assuré, âgé de plus de 70 ans, permet à cet enfant, à la fois de recevoir les rendements du contrat en franchise de droits et d'économiser 30 500 € d'assiette taxable.

La solution de cet arrêt est-elle transposable dans l'hypothèse d'application de l'article 990 I du CGI ?

Pour rappel, en cas d'application de l'article 990 I du CGI, la valeur reçue par l'enfant nu propriétaire n'est pas soumise aux DMTG mais à un prélèvement spécifique. L'absence d'imposition de la valeur de la garantie décès aux DMTG constitue-telle un obstacle à la déduction de la créance de restitution ?

Il nous semble que non. En effet, la déductibilité de la créance de restitution ne tient pas à l'imposition de la valeur de la garantie décès aux droits de mutation à titre gratuit. Comme le rappelle la Cour de cassation, l'enfant, « *en sa qualité de nue-propriétaire des fonds reçus en remboursement de ces obligations, détenait une créance de restitution de 350 000 euros sur la succession de [K] [P], laquelle créance venant se déduire de l'assiette de la base imposable des droits de mutation par décès.* »

En d'autres termes, le versement des primes sur le contrat d'assurance vie est sans incidence sur la créance de restitution et cette solution devrait également s'appliquer dans ce cas.



Michel Leroy

Une nouvelle réforme de l'IFI inopportune

Un amendement relatif à l'impôt sur la fortune immobilière, déposé par plusieurs députés socialistes, a été retenu par le gouvernement dans le cadre du projet de loi de finances pour 2024 adopté en première lecture à l'Assemblée nationale, lors de la mise en œuvre de l'article 49.3 de la Constitution.

L'objectif affiché par ses auteurs est d'harmoniser l'assiette de cet impôt entre les assujettis qui possèdent un patrimoine immobilier en direct, et ceux qui le détiennent par l'intermédiaire d'une société. A l'heure actuelle, le contribuable qui détient directement un bien immobilier déclare sa valeur et peut en déduire, sauf exceptions, l'emprunt ayant permis de le financer. Quant à l'associé d'une société détenant des actifs immobiliers, il détermine son assiette imposable en deux étapes. Dans un premier temps, il recherche la valeur vénale des titres de la société, correspondant souvent à la valeur mathématique qui est obtenue en soustrayant le passif social de l'actif. Sur la valeur des titres ainsi déterminée est ensuite appliqué un coefficient immobilier correspondant au pourcentage que représente la valeur des immeubles détenus par la société par rapport à celle de son actif brut total.

L'amendement vise à modifier les règles applicables aux assujettis qui détiennent des immeubles via une société, et se compose de deux alinéas. Le premier propose d'interdire toute déduction du passif, lors de la phase d'évaluation des titres sociaux, hormis celui afférent à des immeubles imposables. Le second précise qu'en tout état de cause, l'assiette imposable à l'IFI du contribuable, ainsi déterminée, ne devra pas excéder la valeur vénale des titres de la société.

Les auteurs de l'amendement reconnaissent avoir été sensibilisés à cette question peu avant l'examen de la loi de finances, et n'avoir pas pu étudier de manière approfondie ses effets prévisibles. Gageons qu'ils risquent d'être importants, puisque selon le ministère des comptes publics 55% des redevables de l'IFI sont concernés par une détention indirecte d'une partie de leur patrimoine.

Nous considérons que ce dispositif est mal conçu et qu'il ne saurait atteindre le but qu'il s'assigne.

Il est d'abord très inquiétant de noter la présence dans l'alinéa deux d'une disposition de plafonnement visant à éviter que le redevable ne soit imposé sur une valeur excédant celle des titres qu'il détient dans la société. Ceci suggère que le dispositif figurant au premier alinéa pourrait produire cet effet aberrant.

Par ailleurs un exemple simple permet de constater que l'amendement aboutirait dans certaines hypothèses à une augmentation considérable du montant de l'IFI des contribuables concernés, et qu'il accroîtrait, au lieu de la supprimer, l'inégalité de traitement qu'il se propose de corriger.

Ainsi l'associé unique d'une société détenant une entreprise d'une valeur de 9 millions et un immeuble non utilisé par elle d'une valeur de 1 million, peut actuellement déduire tout le passif de la société dans la phase d'évaluation des titres. Supposons que le passif social soit égal à 9 millions, dont 1 million afférent à l'immeuble, la valeur mathématique des parts est alors de 1 millions (Actif- passif, soit 10-9). Sur cette dernière est ensuite appliqué le coefficient immobilier (ici valeur de l'immeuble/ valeur de l'actif brut total, soit 1/10). L'assiette IFI de l'associé est donc actuellement de 100.000

euros. Si l'amendement était définitivement adopté, la valeur des titres de la société serait déterminée sans tenir du compte du passif, autre que celui afférent à l'immeuble, et serait donc réputée égale à 9 millions (10 - 1), sur lesquels serait appliqué le coefficient immobilier (ici toujours 1/10). L'assiette IFI serait donc portée à 900.000 euros. Alors que si ce contribuable détient le même patrimoine (entreprise et immeuble) soit à titre personnel, soit dans deux sociétés distinctes, l'une immobilière l'autre professionnelle, son assiette IFI sera égale à zéro puisque l'entreprise n'est pas imposable, qu'elle soit détenue directement ou indirectement, et que le passif afférent à l'immeuble se déduira de la valeur de celui-ci dans la société purement immobilière.

Contrairement à ce qu'annoncent ses auteurs, l'amendement n'assure donc aucunement une égalité de traitement entre les redevables puisque dans notre exemple la même réalité économique se trouve imposée différemment selon qu'ils sont associés d'une société unique, de deux sociétés, ou propriétaires en direct des mêmes biens. La raison en est simple ; elle tient au mécanisme même d'imposition des détenteurs indirects d'immeubles, retenu par le législateur lors de la création de l'IFI, qui consiste à assoir l'impôt sur une fraction de la valeur des titres de la société. A partir du moment où celle-ci détient des biens non imposables, le passif y afférent doit nécessairement être pris en compte sauf à la survaloriser de manière totalement artificielle.

Ce mécanisme complexifierait en outre la déclaration de son patrimoine par l'associé, puisqu'il devrait désormais procéder en trois étapes : évaluer les titres sociaux sans tenir compte du passif autre que celui afférent aux biens immobiliers, calculer le coefficient immobilier et l'appliquer à cette valeur, et enfin valoriser à nouveau les titres sociaux en tenant compte cette fois de tout le passif de la société pour vérifier que l'assiette imposable obtenue à l'issue de la deuxième étape n'excède pas la valeur réelle desdits titres. Selon nos simulations, cette situation absurde pourrait effectivement résulter de la mise en œuvre du premier alinéa de l'amendement dans certaines hypothèses.

Cet amendement aboutirait en réalité à transformer la nature de l'IFI, qui ne serait plus un impôt sur l'immobilier, mais un impôt sur les sociétés détenant de l'immobilier, assis sur l'actif brut, et pénalisant les sociétés endettées, qui sont souvent des entreprises ayant investi et en croissance.

Un nouvel amendement vient d'être déposé par le gouvernement devant le sénat visant à réduire les inconvénients résultant de celui adopté à l'Assemblée nationale. Un second plafonnement égal à la valeur nette de passif des immeubles imposables s'appliquerait cumulativement avec le précédent. S'il est adopté, il réduira l'inégalité entre les contribuables mais complexifiera encore plus le mécanisme d'imposition.



Jean-François Desbuquois

Impacts de directive Retail Investment Strategy pour les intermédiaires financiers

La directive Retail Investment Strategy (RIS), adoptée par la commission européenne le 24 mai 2023 augure un changement de paradigme dans le domaine de la régulation financière. Elle modifie les directives MIF, DDA, Solvabilité 2 et AIFM, et elle impacte notamment les intermédiaires financiers tant sur leurs obligations d'information et de transparence que sur les modalités de rémunération.

Plus précisément la directive s'inscrit dans une problématique liée à l'encadrement des conflits d'intérêts, à la théorie économique sous-tendant la régulation financière, et aux mécanismes de lutte contre les conflits d'intérêts portant sur les modes de rémunération. Il est à rappeler que le cadre juridique existant (MIFID II et DDA), est donc complété au regard des mécanismes de lutte contre les conflits d'intérêts portant sur les modes de rémunération, et l'encadrement de la rémunération dans la relation assureur-distributeur.

Notamment avec l'introduction d'un processus de tarification en ce qui concerne la surveillance et la gouvernance produit «POG» (Product Oversight and Governance) qui était une des grandes innovations de la directive sur la distribution d'assurances (DDA). En effet la finalité de POG consiste à mettre le client au centre des préoccupations pour le protéger davantage des risques qui pèsent sur lui lorsqu'il souscrit un produit d'assurance. Une façon de réduire les effets potentiellement pernicieux induits par l'asymétrie de connaissances qui existe entre l'assureur et son client précisé par l'article 25 de la directive.

Ce qui induit que tout produit d'assurances fasse l'objet d'un processus de validation, lors de sa création ou lorsqu'il fait l'objet de modifications significatives. Il convient donc d'identifier le marché cible de chaque contrat, pour lequel seront évalués tous les risques pertinents et de déterminer une stratégie de distribution. Des mesures raisonnables devront être prises afin de s'assurer que le produit atteint sa cible via les canaux de distribution choisis, et ces obligations feront l'objet d'un suivi dans le temps.

Par ailleurs un aspect clé concerne les mécanismes de lutte contre les conflits d'intérêts portant sur les modes de rémunération, notamment l'encadrement de la rémunération dans la relation distributeur-client. Cela inclut la promotion de la transparence relative à la rémunération, la gestion des conflits d'intérêts relatifs à la rémunération, et la prévention de l'existence des conflits d'intérêts par l'interdiction de certains modes de rémunération.

Ce qui conduit à l'encadrement général de la rémunération, applicable à tous les produits d'assurance ainsi qu'un cadre spécifique applicable aux produits d'investissement fondés sur l'assurance (PIFA). Et ce afin de garantir que les pratiques de rémunération soient alignées avec les intérêts des clients et la stabilité du marché financier

Le nouveau cadre juridique existant, présente un principe d'interdiction de la perception et du versement des incitations dans MIFID II, tandis que la proposition de RIS vise à une harmonisation des deux régimes, suggérant ainsi un potentiel changement dans la régulation financière. Cette proposition pourrait avoir un impact significatif sur la régulation des modes de rémunération dans le secteur financier, en unifiant les approches réglementaires et en renforçant la cohérence et l'efficacité des mécanismes de lutte contre les conflits d'intérêts en matière de rémunération.

Il sera donc désormais recherché une évaluation des pratiques de rémunération, au travers de benchmarking, afin de les évaluer par rapport à des références ou des normes établies. Et de déterminer si elles sont alignées sur les meilleures pratiques de l'industrie et si elles respectent les normes de transparence et d'équité.

Ces écarts ou opportunités d'amélioration dans les pratiques de rémunération pourront conduire à des ajustements réglementaires ou organisationnels visant à renforcer la conformité et à promouvoir des pratiques de rémunération plus éthiques et responsables.



Nicolas Esplan

Une assemblée à laquelle a participé un non associé est nulle seulement en cas d'influence sur le résultat du processus de décision

Le 11 octobre 2023, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu un arrêt important sur une des questions peu claires du droit des sociétés : les nullités d'assemblées générales (Cass. com., n°11-24.646). Une mère et son fils avaient constitué une SARL à parts égales (250 chacun). Les parts de la mère ont été cédées à des époux (le mari en acquérant 150 et sa femme 100) et, le même jour, le fils cède 200 de ses parts à deux autres personnes. 12 ans plus tard, au décès de la mère, sa fille, apprenant que les 250 parts cédées ne font plus partie de l'actif successoral, conteste la régularité de la cession. Elle obtient l'annulation pour faux au motif que la signature apposée sur les différents actes n'est pas celle de sa mère. En conséquence, pendant toutes ces années, des assemblées générales se sont tenues auxquelles ont assisté des personnes qui n'avaient pas la qualité d'associé alors que les véritables associés n'ont pas participé. Le fils qui détient encore 50 parts demande l'annulation des assemblées générales. Cette demande est accueillie en appel. Les époux acquéreurs se pourvoient alors en cassation. Trois arguments sont développés, d'importance inégale

Tout d'abord, est opposée aux héritiers la prescription de l'action. La nullité de l'assemblée générale demandée constitue une nullité dite subséquente, c'est-à-dire consécutive à la nullité d'un acte premier, en l'espèce celui de cession de parts. C'est donc l'éventuelle prescription de l'action exercée contre cet acte premier qui doit être examinée. Le point de départ de la prescription de la cession de parts était constitué par la découverte par la mère de la cause de nullité. La mère n'ayant a priori aucune connaissance des affaires de la SARL qui étaient exclusivement assurées par son fils, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir reporté le point de départ de la prescription de l'action en annulation de la cession au jour du décès de la mère. Il était dès lors possible d'attaquer en nullité les assemblées générales.

Le deuxième argument invoqué par les époux acquéreurs était fondé sur l'article L223-27 dernière alinéa du code de commerce, applicable aux SARL, et prévoyant que « toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée ». Ils assimilaient ainsi une assemblée à laquelle ils avaient participé à tort à une assemblée « irrégulièrement convoquée ». Ils en déduisaient que le juge avait dès lors un pouvoir d'appréciation pour décider de prononcer ou non la nullité, l'article du code employant le verbe « peut ». Cet argument ne convainc pas la Cour de cassation. Elle approuve l'arrêt d'appel de retenir « à bon droit, que les dispositions du dernier alinéa de l'article L. 223-27 du code de commerce, [...] n'ont pas vocation à s'appliquer au litige dès lors que l'annulation des assemblées générales est sollicitée, non pas parce qu'elles ont été irrégulièrement convoquées, mais parce qu'elles ont toutes été tenues avec M. [M.] et Mme [S.], associés détenant la moitié du capital, cependant qu'ils sont désormais réputés ne jamais avoir eu cette qualité, ce dont il se déduit que la cour d'appel a statué sur le fondement des articles 1844 du code civil, disposition dont il résulte que seuls les associés ont le droit de participer aux décisions collectives de la société, et 1844-10, alinéa 3, du même code. »

Il en résulte que la participation d'un non associé aux décisions collectives est une cause de nullité autonome et distincte de celle fondée sur la convocation irrégulière d'une assemblée. En l'occurrence, c'est la violation de l'article 1844, alinéa 1er, du code civil, disposition impérative au sens de l'article 1844-10, alinéa 3, qui fonde la sanction. On ne peut qu'approuver ce raisonnement parfaitement conforme au texte et dans la continuité de la jurisprudence antérieure.

Enfin, le dernier argument est le plus important et innovant. Les époux acquéreurs des parts de la mère reprochaient également aux juges d'appel de ne pas avoir recherché si la dévolution successorale des 250 parts aux enfants de la défunte auraient exercé une incidence sur le sens des délibérations dont la nullité était demandée. La Cour de cassation répond à cet argument par un principe inédit : il résulte de la combinaison des articles 1844, al. 1 et 1844-10 al. 3 du code civil que la participation d'une personne n'ayant pas la qualité d'associé aux décisions collectives d'une SARL constitue une cause de nullité des assemblées générales au cours desquelles ces décisions ont été prises, dès lors que l'irrégularité « est de nature à influencer sur le résultat du processus de décision ». Ce principe vise la participation d'un non associé et non l'absence de participation d'un associé. Bien que limité, il vaut a priori pour toute société qu'elle soit civile ou commerciale vu le caractère général de la phrase et les articles visés. Cela signifie que la participation d'un non associé, quelle que soit la raison, est d'une cause de nullité obligatoire mais qui est désormais soumise à une condition. En effet, le juge doit rechercher si le résultat du processus de décision aurait pu être différent sans cette participation irrégulière. Ce principe s'inscrit dans l'exacte continuité de celui posé par l'arrêt dit Larzul 2 du 15 mars 2023 dans lequel la Cour de cassation a indiqué que la décision collective d'une société par actions simplifiée peut être annulée pour violation d'une clause statutaire si la violation est « de nature à influencer le résultat du processus de décision » (Cass. com., n°21-18.324). Elle serait plus large que la théorie dit du vote utile qui n'admet d'annuler que les décisions collectives pour lesquelles l'irrégularité a pu avoir une influence sur le résultat du vote, appréciée par un calcul mathématique du quorum et de la majorité, alors que la condition posée est remplie lorsque, plus largement, l'irrégularité a été « de nature à influencer sur le résultat du processus de décision ». Il n'est donc pas nécessaire de démontrer que la décision aurait été différente mais qu'il existe une possibilité qu'elle soit différente ce qui relève d'une appréciation au cas par cas. La nuance reste subtile. Cependant, il est possible de retirer une solution simple : une assemblée à laquelle a participé un non associé est nulle lorsque cette irrégularité est susceptible de façon large d'influencer sur le résultat du processus de décision, ce qui est fréquent.



Sophie Schiller

Mise en réserve de bénéfices non constitutive d'un abus de majorité

A propos de Cass. com., 30 août 2023, n° 22-10.108, FD

Sur le fondement de l'abus de majorité, l'actionnaire minoritaire d'une société anonyme sollicitait l'annulation d'une décision de mise en réserve de 550.346 euros de bénéfices pour cause d'abus de majorité. La cour d'appel de Montpellier (CA Montpellier, 12 octobre 2021) avait accédé à cette demande aux motifs que la mise en réserve de la somme de 550 346 euros constituait, au préjudice de l'actionnaire minoritaire demandeur en nullité, une rupture d'égalité dès lors que les associés majoritaires bénéficient, par leurs fonctions de direction au sein de la société, de rémunérations ou d'avantages en nature, dont lui-même ne bénéficiait pas au moment du vote de la résolution litigieuse, cependant que, détenant 43,36 % du capital social, il se trouvait privé de toute répartition de dividendes.

L'arrêt est cassé par la Chambre commerciale de la Cour de cassation : « *En se déterminant ainsi, sans constater que le montant des rémunérations versées aux actionnaires majoritaires et les avantages en nature dont ils bénéficiaient n'étaient pas justifiés au regard des fonctions de direction qu'ils exerçaient, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

A NOTER :

Abus de majorité et mise en réserve des bénéfices. - L'abus de majorité **ne se présume pas**. Il faut en démontrer l'existence. Ce point est particulièrement net s'agissant de la **mise en réserve** de bénéfices, puisque la Cour de cassation considère que la mise en réserve systématique des bénéfices privant un minoritaire du versement de dividendes est insuffisante pour caractériser un abus de majorité si la résolution litigieuse n'est pas prise contrairement à l'intérêt social et **dans l'unique dessein de favoriser les majoritaires au détriment des minoritaires** (Formulation classique depuis Cass. com., 18 avr. 1961, n° 59-11.394 ; v. cassant l'arrêt d'appel qui n'avait pas expliqué « en quoi la résolution litigieuse avait été prise dans l'unique dessein de favoriser les [majoritaires au détriment des minoritaires] » : Cass. com., 10 juin 2020, n° 18-15.614, F-D).

Vertu de principe de la mise en réserve. - Une décision de mise en réserve de bénéfices, même systématique, **ne semble pas de prime abord satisfaire les critères de l'abus de majorité** que sont la rupture d'intérêt social et la rupture d'égalité entre associés : **le droit aux dividendes n'est pas un droit à la distribution de dividendes**. L'intérêt social ne semble d'ailleurs pas contrarié par la mise en réserve puisqu'elle **préserve les capitaux propres** et donc la richesse de la société. L'existence d'une réserve légale dans les SARL et sociétés par actions (C. com., art. L. 232-10) témoigne, s'il en était nécessaire, de la vertu du dispositif.

Les possibles dérives de la mise en réserve. - Pour autant, la mise en réserve n'est pas insusceptible d'abus voire de fraude. L'abus, devenu un grand classique en la matière, consiste pour les majoritaires à se « **réserver les réserves** », c'est-à-dire à mettre en place un mécanisme, caractéristique d'un **conflit d'intérêts**, permettant de manière plus ou moins subtile de **se les approprier au détriment des minoritaires**.

Mise en réserve abusive finançant la rémunération manifestement infondée du dirigeant majoritaire. - Le cas le plus répandu est celui des **majoritaires qui, exerçant une fonction de direction, perçoivent à ce titre une rémunération manifestement infondée** (Cass. com., 22 avr. 1976, n° 75-10.735 - Cass. com., 6 juin 1990, n° 88-19.420 et 88-19.783 ; Cass. com., 1er juill. 2003, n° 99-19.328 : octroi de primes de bilan correspondant à **deux fois puis à quatre fois** le montant du bénéfice de l'exercice ; Cass. com., 20 févr. 2019, n° 17-12.050 : **augmentation** de la rémunération du gérant de **près du double en quatre ans**). C'est probablement à cette hypothèse première que pensait pouvoir se rattacher la cour d'appel de Montpellier, oubliant qu'elle ne ressort pas du seul fait que, par leurs fonctions de direction, les associés majoritaires bénéficient de rémunérations ou d'avantages en nature, même importants, dont l'associé minoritaire ne bénéficie pas. **Lorsqu'elle a une contrepartie, à savoir le travail effectué par le dirigeant, la rémunération, même financée par la mise en réserve des bénéfices, ne saurait être inégalitaire**. Ce n'est qu'en cas d'inadéquation manifeste (caractéristique de l'abus, à défaut de quoi le juge risquerait de s'immiscer dans la gestion de la société) entre le montant de la rémunération et les fonctions exercées au sein de la société que la rupture d'égalité apparaît. Pareille inadéquation ressort généralement d'une augmentation importante injustifiée par un surcroît de travail effectif.

Mise en réserve abusive finançant des charges ou avances infondées au profit direct ou indirect du majoritaire. - Plus rarement, l'abus résulte de ce que l'associé majoritaire constitue les réserves afin de mettre indûment à la charge de la société une obligation dont il est le bénéficiaire exclusif. Tel est le cas de l'associé majoritaire d'une SCI bailleresse à construction qui met à la charge de cette dernière des dépenses de travaux normalement dues par le locataire qui se trouve être... lui-même. En ce cas, **la mise en réserve vise à ce que la société s'acquitte de dépenses incombant au majoritaire, sans contrepartie aucune pour les minoritaires** (Cass. 3ème civ., 6 avr. 2022, n° 21-13.287). Tel est également le cas de l'associé majoritaire qui constitue des réserves destinées notamment à **régler à la SCI dont il est associé un loyer pour l'occupation de locaux devenus sans intérêt pour la société** (CA Paris, pôle 5, ch. 8, 19 mai 2015, n° 14/10363). L'abus de majorité peut enfin résulter de ce que la décision d'affectation systématique en réserves a **pour seul objet d'affecter la totalité de la trésorerie de la société à des avances au bénéfice des sociétés de l'associé majoritaire, au détriment de l'associé minoritaire** (Cass. 3e civ., 8 juill. 2015, n° 13-14.348).



Renaud Mortier

Les porteurs de titres sociaux mieux protégés par les nouveaux pouvoirs des sociétés de gestion

Cass. com., 11 oct. 2023, n° 21-24776, F-B

Le périmètre d'intervention d'une société de gestion a soulevé certaines interrogations. La décision rendue le 11 octobre 2023 apporte des éclaircissements quant à l'action possible de ces fonds eu égard à l'engagement de la responsabilité des dirigeants, et plus précisément l'action sociale *ut singuli*. Outre que la décision offre une réponse claire à une interrogation, elle induit également une évolution renforçant les attributions des sociétés de gestion.

Une société en commandite par actions comptait parmi ses associés commandités et gérant une autre société, et, en tant que commanditaires, notamment deux fonds communs de placement. Constatant une perte de l'actif net de la société en raison des agissements de la société commanditée et gérante, la société de gestion introduisit une action *ut singuli*. La recevabilité de cette action était contestée. Il était argué que les sociétés de gestion n'auraient aucun pouvoir pour représenter les porteurs des titres. Pourtant, les juges du fond accédèrent à la demande. Ainsi, il revenait à la haute juridiction de statuer sur les pouvoirs de la société de gestion. Nul n'ignore que la Cour s'est parfois montrée réticente à admettre une chaîne de représentation, exception faite d'hypothèses de stipulation expresse (notamment en matière de recouvrement et de fonds de titrisation, voir notamment : Com., 13 décembre 2017, n°16-19.681).

Les doutes étaient permis. La société de gestion n'étant pas associée au groupement, pas plus que le fonds qu'elle représente, pouvait-elle exercer une action *ut singuli* ?

La réponse est affirmative. « Les sociétés de gestion disposent du pouvoir d'agir au nom des porteurs de parts des fonds communs de placement qu'elles gèrent pour faire valoir les droits attachés aux actions détenues par ces fonds, y compris celui d'agir dans l'intérêt social. Il en découle que les sociétés de gestion sont recevables à exercer l'action *ut singuli* prévue à l'article L. 225-252 du code de commerce ».

En développant un raisonnement soutenu par l'article L. 214-8-8 du code monétaire et financier, la haute juridiction souligna que la société de gestion en charge de la gestion, représente le fonds vis-à-vis des tiers. Conformément à l'article L. 533-22 du même code, ce pouvoir de représentation confère à la société la capacité d'exercer les droits attachés aux titres détenus par les fonds. Ainsi, une chaîne de représentation se dessinerait, ouvrant le recours de la société de gestion.

La rigueur apparente de la solution pourrait être discutée. Toutefois, celle-ci paraît opportune sur le plan pratique : elle renforce l'effectivité des droits des porteurs. Sur le plan plus théorique, il pourrait être perçu les timides prémices d'une mutation de nature. Certes, le législateur qualifie les fonds de « copropriété » (CMF, art. L.214-8). De même, la fiducie connaît un périmètre étroit (C. civ., art. 2011 et s.). Pour autant, la lecture de cet arrêt marque un pas vers la reconnaissance d'un patrimoine fiduciaire (V. not. N. Jullian, La cession de patrimoine, Dalloz, 2018, n° 101-2 ; J.-J. Daigre, « Mystérieux fonds », Banque et Droit avr. 2016, n°116, p.1).



Sandrine Tisseyre

Obligation à la dette, précision pour les associés de SCCV

Cass. 3ème Civ., 6 juillet 2023, n° 21-20.624

Ces dernières années, les débats autour de l'obligation des associés de sociétés à risque illimité suscitent des interrogations, notamment en raison de l'incertitude quant à la nature de cette obligation (arrêt de la Cour de cassation du 19 janvier 2022, n° 20-22.205, commentaire de N. Jullian, Dr. Sociétés 2022, n°4, comm. 41). L'arrêt en question apporte une clarification significative quant aux conditions de l'obligation des associés des sociétés civiles de construction vente (SCCV).

Dans ce litige, une SCCV avait vendu un bien immobilier en état futur d'achèvement à deux acquéreurs. Cependant, le chantier avait été abandonné, et le bien n'avait pas été livré, conduisant les acquéreurs à demander l'annulation de la vente. La société a été condamnée à restituer le prix de vente et à réparer le préjudice moral. En raison de la liquidation judiciaire de la société venderesse, les acquéreurs ont sollicité le remboursement de ces dettes sociales auprès des associés. En appel, les juges ont condamné les associés au remboursement en proportion de leurs parts dans le capital social. L'un des associés a formé un pourvoi en cassation, soutenant que, selon l'article 1857 du Code civil, les associés répondent des dettes sociales à proportion de leurs parts à la date d'exigibilité, et que dans une SCCV, cette date importe peu. Il affirmait que les causes d'annulation de la vente étaient antérieures à son entrée dans la société, donc il ne devait pas supporter la dette.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi, confirmant que les associés d'une SCCV sont tenus en proportion de leur participation pour les dettes sociales survenues après leur entrée dans la société, indépendamment de la date d'exigibilité. L'associé, déjà présent avant la naissance de la créance de restitution du prix et de réparation du préjudice moral, était effectivement responsable de ces dettes en proportion de ses droits sociaux. La Cour ne s'est pas ralliée à l'argument de l'associé sur la date de naissance de la créance, soulignant que la créance était née à la suite de la décision d'annulation, non à la date du contrat vicié.

Cet arrêt clarifie la date de naissance de la créance de restitution du prix. Il offre également l'occasion de revenir sur l'obligation des associés en matière de dettes sociales, en particulier pour les SCCV.

En matière de sociétés à risque illimité, les associés sont obligés aux dettes sociales. Cependant, cette obligation est subsidiaire, les créanciers pouvant exiger un paiement des associés uniquement si la société ne remplit pas ses engagements. Les modalités de cette obligation varient selon la forme sociale. Dans une société civile, les associés sont tenus indéfiniment et conjointement à proportion de leurs droits sociaux (article 1857 du Code civil). En revanche, dans une société en nom collectif, l'obligation est indéfinie et solidaire (article L. 221-1 du Code de commerce).

D'autres différences notables existent en matière de recours contre l'associé. Surtout la différence cruciale s'agissant de l'obligation aux dettes des associés est, en matière de société civile, que les associés sont tenus à proportion de leurs droits sociaux à la date d'exigibilité ou de cessation des paiements. En société en nom collectif, l'obligation persiste pour les dettes nées avant l'entrée ou après la sortie, sans considération de l'exigibilité. En cas de liquidation judiciaire,

la responsabilité de l'associé de société civile ne peut être engagée qu'après avoir poursuivi la société.

S'agissant du cas particulier des associés de SCCV, l'article L. 211-2 du code de la construction et de l'habitation prévoit que les associés d'une SCCV sont tenus du passif social sur tous leurs biens à proportion de leurs droits sociaux. Contrairement à l'article 1857 du Code civil, cet article ne mentionne pas la date d'exigibilité de la créance comme critère d'obligation à la dette. La Cour de cassation retient donc ici qu'il ne faut pas appliquer la précision de l'article 1857 aux SCCV. Ainsi, l'obligation aux dettes sociales diffère entre les sociétés civiles de droit commun et celles de droit spécial, du moins pour les SCCV. Seule la date de naissance de la dette permet de déterminer quels associés sont tenus des dettes.

Point d'attention : La solution de l'arrêt ne s'étend pas nécessairement aux sociétés civiles d'attribution, qui ne bénéficient d'aucune disposition précisant l'obligation aux dettes des associés. En l'absence de directive, l'application de l'article 1857 du Code civil peut être envisagée.



Nadège Jullian

Quelques précisions sur la qualité de propriétaire économique réel

Note sous Cass. crim. 28 juin 2023, n°22-85091

Pour que la peine complémentaire de confiscation puisse valablement s'exécuter sur un bien dont la personne condamnée n'est pas juridiquement le propriétaire, il convient que soit établi non seulement que le condamné a eu la libre disposition du bien mais encore que le tiers a été de mauvaise foi. Cette mauvaise foi implique de prouver que le tiers savait que le condamné était le propriétaire économique réel du bien.

L'ingénierie patrimoniale ne peut aujourd'hui ignorer le droit des saisies et confiscations qui s'est considérablement enrichi, ces derniers mois, au regard de la jurisprudence prolixe issue de la chambre criminelle de la Cour de cassation¹, du Conseil constitutionnel² et de la Cour européenne des droits de l'homme³. La confiscation est au cœur des préoccupations des pouvoirs publics en matière de lutte contre la fraude et contre la délinquance économique et financière⁴. Il faut reconnaître qu'il s'agit, le plus souvent, de la peine la plus redoutée des mis en cause⁵! Les peines complémentaires de saisies et de confiscations patrimoniales sont ainsi étendues aux biens dont le condamné n'est pas seulement propriétaire mais dont il a également « la libre disposition » pour permettre de déjouer plus efficacement les montages reposant sur le recours à des prête-noms ou à l'interposition de structures sociétaires⁶. La notion de « propriétaire économique réel » témoigne de cette extension du droit des saisies et confiscation et de sa complexe articulation avec le droit de propriété pourtant juridiquement reconnu aux tiers. A l'occasion de la présente décision du 28 juin 2023, la chambre criminelle vient préciser les contours de cette « propriété économique réelle » en affirmant que si un tiers qui conteste la saisie d'un bien dont il se prétend le propriétaire véritable sait que celui qui en a la libre disposition en est le propriétaire économique réel, sa mauvaise foi est établie. De la sorte, la saisie peut valablement être réalisée sans qu'une atteinte disproportionnée ne soit portée à son droit de propriété.

En l'espèce, deux prévenus avaient été condamnés pour tentative d'escroquerie et de blanchiment aggravés et plusieurs peines de confiscation avaient été prononcées par les juges du fond. Plus précisément, le tribunal correctionnel avait condamné le premier à la confiscation d'un garage (en indivision entre le second prévenu et un tiers) des loyers générés par le garage et d'un véhicule Ford appartenant à une prévenue finalement relaxée. Le tribunal correctionnel avait également prononcé à l'encontre du second prévenu la confiscation d'un véhicule Mercedes appartenant juridiquement à un autre tiers. Le second prévenu ainsi que la propriétaire du véhicule Ford avaient interjeté appel. La Cour d'appel de Rennes, dans un arrêt du 1er juillet 2022, avait confirmé la décision de première instance. Elle avait souligné que le garage et les loyers étaient à « la libre disposition » du premier prévenu condamné et que les deux copropriétaires avaient conscience de n'être que des « prête-noms ». La Cour d'appel avait encore retenu que la confiscation devait être considérée comme proportionnée dès lors que l'un des copropriétaires « a admis avoir rendu service » et ne pas être le véritable propriétaire du bien tandis que l'autre « n'a rien dépensé pour ce bien jusqu'à la confiscation, outre le fait que la confiscation ne remet pas en cause sa situation financière ». Pour justifier la confiscation, la Cour d'appel avait encore estimé que le véhicule Ford était utilisé par les prévenus condamnés dont l'un n'avait pas interjeté appel admettant qu'il en avait la libre disposition et que, par ailleurs, la propriétaire ne donnait aucun renseignement sur le financement du véhicule et sur son entretien. Un pourvoi en cassation avait été formé et la chambre criminelle était donc interrogée sur la légalité des confiscations prononcées.

L'ensemble des peines complémentaires de confiscation portaient effectivement sur des biens appartenant juridiquement à des tiers se revendiquant être de véritables tiers de bonne foi. La question était d'autant plus sensible que certains biens confisqués étaient la propriété indivise d'un condamné et d'un tiers. De manière méthodique, en distinguant selon les biens confisqués, la chambre criminelle analyse séparément chacune des confiscations prononcées. S'agissant du garage et des loyers attenants, la chambre criminelle retient que la Cour d'appel a justifié sa décision sans méconnaissance des textes puisqu'elle avait établi, d'une part, que « M. T et Mme L. savaient que M. K était le propriétaire économique réel des biens confisqués, de sorte qu'ils n'étaient pas de bonne foi » et d'autre part, qu'elle s'est assurée que « la confiscation ne portait pas à leur droit de propriété une atteinte disproportionnée en retenant qu'ils n'étaient

pas les propriétaires économiques réels des biens confisqués ». Concernant le véhicule Mercedes, la chambre criminelle estime également qu'« en se prononçant ainsi par des motifs dont il se déduit que Mme W savait qu'elle n'était pas la propriétaire économique réelle du véhicule, en sorte qu'elle n'était pas de bonne foi, la Cour d'appel qui s'est par ailleurs assurée que la confiscation ne portait pas au droit de propriété de l'intéressée une atteinte disproportionnée, en retenant qu'elle n'était pas la propriétaire économique réelle du bien confisqué a justifié sa décision sans méconnaître les textes visés au moyen ». En revanche, au visa de l'article 131-21 alinéas 1er et 5 du Code pénal, la chambre criminelle censure la décision des juges du fond portant sur la confiscation du véhicule Ford : « en se déterminant ainsi, la cour d'appel qui n'a pas recherché, pour établir la mauvaise foi de Mme H si cette dernière savait que M. K était le propriétaire économique réel du véhicule a insuffisamment justifié sa décision ».

Partant, la chambre criminelle vient utilement préciser les conditions nécessaires pour établir la qualité de « propriétaire économique réel ». La protection de la propriété des tiers de bonne foi est expressément prévue par le Code pénal aux alinéas 2, 5, 6 et 9 du Code pénal. Quelle que soit l'hypothèse, le prononcé de la peine de confiscation à l'encontre du condamné n'est possible que si ce dernier est le propriétaire du bien ou alors à la double condition cumulative qu'il en ait la libre disposition et que le tiers propriétaire soit de mauvaise foi. Précisément, cette hypothèse du tiers de mauvaise foi - qui laisse le bien en possession du condamné - permet au juge d'évincer les stratégies visant à interposer une personne physique ou morale dans le seul but d'échapper à la confiscation. Pour apprécier la bonne ou mauvaise foi du tiers, la chambre criminelle a recours à cette qualification de « propriétaire économique réel »⁷. Cette qualité implique que, bien que propriétaire juridique, le tiers en a laissé « la libre disposition » à la personne condamnée et qu'il l'a fait en toute conscience, acceptant ainsi d'être un « prête-nom », un « homme de paille » au service du condamné. Jusqu'alors, la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation proposait une définition différente de la mauvaise foi en se fondant sur la connaissance des activités délictueuses du prévenu, la connaissance de l'utilisation illicite du bien⁸ ou de son origine frauduleuse⁹. Elle précise ici qu'un bien ne peut être confisqué, sur le fondement de l'article 131-21 alinéa 5 du Code pénal, qu'à la condition que le tiers sache que la « propriété économique réelle » du bien revenait au condamné.

¹Cass. crim. 19 avr. 2023 n°22-82994, sur la motivation et le contrôle de proportionnalité ; Cass. crim. 1er févr. 2023 n°22-81085 sur la limitation des motifs de refus de restitution ; Cass. crim. 25 janv. 2023 n°22-83997 sur la confiscabilité du bien ayant servi à commettre la circonstance aggravante de l'infraction.

²CC 24 nov. 2021, n°2021-949/950 QPC.

³CEDH, 16 sept. 2021, n°15572/17 Zlatimir Djordjevi c/ France.

⁴Ch. BLANCHARD, « La confiscation pénale des biens communs », in Les contours du droit, Mélanges Ph. Terry, LGDJ, Dalloz, 2022, p. 73.

⁵L. ASCENSI, Droit et pratique des saisies et confiscations pénales, Dalloz, 3ème éd., 2024/2025, p. 15.

⁶S. LACROIX-DE SOUSA, « L'affectation sociale de biens immobiliers confisqués », D. 2023, n°10, p. 513.

⁷Cass. crim. 5 oct. 2022, n°86.043.

⁸Cass. crim. 3 févr. 2016, n°14-87704.

⁹Cass. crim. 9 déc. 2014, n°13-85150.



Sandie Lacroix-De Sousa



FNDP

Fédération
Nationale
Droit du
Patrimoine

La Lettre de la FNDP

Numéro 31 - Décembre 2023

Numéro 31