



HAL
open science

Mineur et société de famille

Marie Dasque

► **To cite this version:**

Marie Dasque. Mineur et société de famille. Droit. Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2022. Français. NNT: 2022PAUU2112 . tel-04121777

HAL Id: tel-04121777

<https://theses.hal.science/tel-04121777>

Submitted on 8 Jun 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE

UNIVERSITE DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR
École doctorale des Sciences Sociales et Humanités (ED 481)

Présentée et soutenue le 22 mars 2022

par **Marie DASQUE**

pour obtenir le grade de docteur
de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
Spécialité : Droit privé

Mineur et société de famille

MEMBRES DU JURY

RAPPORTEURS

- Bernard SAINTOURENS, Professeur émérite à l'Université de Bordeaux
- Sandrine TISSEYRE, Professeur à l'Université de Toulouse I Capitole

EXAMINATEURS

- Maryline BRUGGEMAN, Maître de conférences HDR à l'Université de Toulouse I Capitole
- Arnaud LECOURT, Maître de conférences HDR à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

DIRECTEURS

- Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
- Pierre-Yves ARDOY, Maître de conférences à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour



L'Université de Pau et des Pays de l'Adour n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens à remercier le Professeur Madame Virginie LARRIBAU-TERNEYRE pour m'avoir offert l'opportunité d'accomplir ce travail de recherche et Monsieur Pierre-Yves ARDOY pour sa bienveillance et son investissement au cours de ces années de doctorat.

Je vous remercie également Mesdames, Messieurs les membres du jury d'avoir accepté de lire ce travail.

TABLE DES MATIERES

PARTIE I : LE MINEUR ASSOCIE LORS DE LA CONSTITUTION DE LA SOCIETE	22
TITRE I : Les motivations de la création d'une société de famille	23
CHAPITRE I : Les attraits de la forme sociétaire	24
Section1 : Constitution progressive d'un patrimoine au profit du mineur	25
Section 2 : La société : outil de transgression des règles successorales et fiscales	38
CHAPITRE II : Les risques pour le mineur	58
Section 1 : Les risques issus de l'outil sociétaire lui-même	59
Section 2 : Les risques issus des règles de représentation dans le contexte sociétaire	82
TITRE II : La protection du mineur associé	99
CHAPITRE I : Une protection assurée par ses représentants légaux	100
Section 1 : Une protection assurée par ses représentants légaux lors de constitution de la société	101
Section 2 : Une rédaction adaptée des statuts : l'indispensable aménagement contractuel de la responsabilité du mineur associé	125
Chapitre II : Les limites à l'intervention des représentants légaux	137
Section 1 : La prise en compte de la volonté du mineur lors de la conclusion de la société	138
Section 2 : L'exclusion des administrateurs légaux	145
PARTIE II : LA SOCIETE CONFRONTEE À L'ARRIVÉE DU MINEUR	175
TITRE I : Une arrivée acceptée	176
CHAPITRE I : L'arrivée perturbatrice du mineur en cours de vie sociale	177
Section 1 : L'arrivée du mineur	177
Section 2 : Les difficultés liées à l'arrivée du nouvel associé mineur	192
CHAPITRE II : LE CHOIX D'UNE EVOLUTION DE LA SOCIETE	206
Section1 : Le choix de l'intégration du mineur la vie sociale	207
Section 2 : Le choix de la sortie du mineur de la société	226
TITRE II : Une entrée refusée	249
CHAPITRE I : La mise à l'écart statutaire de l'héritier mineur	252
Section 1 : Les clauses à effet immédiat	253
Section 2 : la clause d'agrément : neutralisation de la clause de continuation de la société avec les héritiers de l'associé décédé	262
CHAPITRE II : Les droits du mineur évincé	286
Section 1 : La nécessaire indemnisation des héritiers mineurs	287
Section 2 : L'évaluation des parts sociales	296

Liste des abréviations

<i>AJ fam.</i>	Actualité juridique famille
al.	Alinéa
anc.	Ancien
art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
BJS	Bulletin Joly Sociétés
CA	Cour d'appel
CGI	Code général des impôts
comm.	Commentaire
C. Cass.	Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. trav.	Code du travail
Civ.1 ^{er} , 2 ^{ème}	Première, deuxième chambre civile de la Cour de cassation
COJ	Code de l'organisation judiciaire
D.	Recueil Dalloz
<i>Def.</i>	Répertoire du notariat Defrénois
<i>Dr. et Patrimoine</i>	Revue droit et patrimoine
<i>Dr.fam.</i>	Revue Droit de la famille
<i>Dr.fiscal</i>	Revue de droit fiscal
<i>Dr.rural</i>	Revue de droit rural
<i>Dr.sociétés</i>	Revue droit des sociétés
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>Infra</i>	Ci-dessous
<i>JCP E</i>	Juris-Classeur, La semaine juridique édition entreprise et affaires
<i>JCP G</i>	Juris-Classeur, La semaine juridique édition générale
<i>JCP N</i>	Juris-Classeur, La semaine juridique édition notariale
<i>LPA</i>	Les Petites affiches
<i>Mél.</i>	Mélanges en l'honneur de
<i>op. cit.</i>	<i>Operecitato</i> (dans l'ouvrage cité)
RJPF	Revue Juridique Personnes et Famille
RLDC	Revue Lamy Droit Civil
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial

<i>RTDI</i>	Revue trimestrielle de droit immobilier
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SCI	Société civile immobilière
SNC	Société en nom collectif
SCA	Société en commandite par actions
SCP	Société civile professionnelle
SCS	Société en commandite simple
<i>Supra</i>	Ci- dessus
t.	Tome
TGI	Tribunal de Grande Instance

Mineur et société de famille

1. Lorsque l'on s'intéresse à la condition juridique du mineur, on en trouve le détail, dans le code civil, au titre des personnes protégées. Le législateur protège la personne du mineur et ses biens en le soumettant à une incapacité générale d'exercice afin qu'il ne puisse commettre des actes qui pourraient lui être préjudiciables ou qu'il ne soit pas victime d'abus. En effet, le mineur est par nature un être vulnérable qui doit être protégé et cette mission incombe à ses parents titulaires de l'autorité parentale. Le législateur protège donc le patrimoine du mineur avec l'institution de l'administration légale qui s'est transformée avec le temps afin de prendre en compte l'évolution de la cellule familiale. En revanche, les textes restent muets lorsque le mineur acquiert la qualité d'associé. Ce n'est que de façon ponctuelle et limitée que les textes s'y intéressent. Toutefois, l'évolution constante du nombre de constitution de société et particulièrement de société civile invite à s'intéresser au mineur en société et plus particulièrement dans les sociétés de famille.

2. **Mineur et incapable.** Selon l'article 388 alinéa premier du Code civil « le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de 18 ans accomplis ». L'article 414 du même code précise que « la majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance ».

Le mineur est considéré comme « un incapable. Il peut jouir des droits ; il ne peut les exercer. En conséquence, et normalement, il doit être représenté dans les actes de la vie juridique »¹. En effet, le mineur est frappé d'une incapacité générale d'exercice et non de jouissance qui l'empêche d'exercer lui-même les droits dont il est pourtant titulaire et qui nécessite la mise en place d'un mécanisme de représentation. Ce système permet de dessaisir « totalement l'incapable au profit d'une personne, le tuteur ou l'administrateur légal, qui agit en ses lieu et place mais en son nom, dans le cadre de l'administration légale ou de la tutelle »².

¹ H. LECUYER, « Le mineur en droit privé français : son patrimoine, l'acte éminemment personnel ... », *Gaz.Pal.* 2003, p.2.

² Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU- TERNEYRE, *Droit civil*, 21^e éd. 2019-2020, Sirey, n° 1102, p.501.

L'incapacité qui touche le mineur et qui tient à son âge, cesse en principe à sa majorité fixée à 18 ans depuis 1974. Elle est aujourd'hui fondée sur la protection du mineur. Mais il peut être mis fin de manière anticipée à cette incapacité. En effet, l'article 413-6 alinéa premier du Code civil dispose que « le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile » et « cesse d'être sous l'autorité de ses père et mère »³. Le mineur ne pourra cependant être émancipé que lorsqu'il aura atteint l'âge de seize ans. L'émancipation n'est permise qu'au profit de ceux « dont la maturité est suffisante et pour lesquels l'accès à la capacité civile paraît nécessaire »⁴. Le mineur peut tout d'abord être émancipé de plein droit par le mariage⁵ après avoir obtenu du procureur de la République une dispense d'âge pour se marier⁶. Ensuite, le mineur de seize ans révolus peut être émancipé par le juge aux affaires familiales à condition qu'existent de justes motifs⁷. Cette demande pourra être présentée par ses père et mère, par l'un d'eux⁸ ou le conseil de famille⁹.

Qu'elle soit légale ou judiciaire, l'émancipation vient mettre fin à l'administration légale des père et mère. En effet, « le mineur émancipé cesse d'être sous l'autorité de ses père et mère »¹⁰ qui perdent également leur droit de jouissance légale sur les biens de leur enfant¹¹. Elle a pour effet de mettre fin à son incapacité sans toutefois le rendre majeur bien qu'il puisse désormais prendre « seul les décisions relatives à sa personne et à ses biens »¹². Toutefois, bénéficiant d'une capacité civile anticipée, le mineur émancipé sera écarté de la présente étude. Il n'y sera fait référence que de manière ponctuelle pour évoquer la capacité commerciale qui peut lui être attribuée sous certaines conditions.

³ C.civ., art.413-7.

⁴ Ph.BONFILS et A. GOUTETENOIRE, *Droit des mineurs*, 2^e éd., Dalloz, 2014, p.618, n° 1024.

⁵ C. civ., art. 413-1.

⁶ C. civ., art. 145.

⁷ Si la poursuite d'étude peut être considérée comme un juste motif d'émancipation (CA Fort-de-France, 26 novembre 2010, n° 10/00032, JurisData n° 2010-028234) une cour d'appel a rejeté une telle demande à propos d'un mineur héritier d'un important patrimoine mobilier et immobilier. En effet, pour justifier son refus la cour mis notamment en avant son absence de compétence en matière de gestion patrimoniale : CA Bordeaux, 6^e ch.civ., 20 mars 2012, n° 11/06774.

⁸ C.civ., art.413-32 al.2.

⁹ C.civ., art.413-3.

¹⁰C.civ., art. 413-7.

¹¹ C.civ., art 386-1.

¹² Ph.BONFILS et A. GOUTETENOIRE, *Droit des mineurs*, *op.cit.*, n° 1039, p.625.

3. Le législateur assure la protection du patrimoine du mineur non émancipé grâce à l'institution de l'administration légale. Elle est dévolue aux parents titulaires de l'autorité parentale et est considérée comme « le mode normal d'administration des biens du mineur »¹³. Elle constitue « l'ensemble des règles de droit qui organise la gestion par les parents du patrimoine de leur enfant mineur qui, en raison de son jeune âge et de son immaturité –réelle ou supposée-, se voit frappé d'une incapacité d'exercice »¹⁴.

L'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016 est venue supprimer la distinction entre l'administration légale pure et simple et l'administration légale sous contrôle judiciaire issue de la loi du 14 décembre 1964 afin que les familles monoparentales se soient plus stigmatisées. Jusqu'au premier janvier 2016, la loi, selon la situation familiale dans laquelle se trouvait le mineur, faisait une distinction entre l'administration légale pure et simple et celle sous contrôle judiciaire. L'administration légale était pure et simple lorsque les parents exerçaient en commun l'autorité parentale. Dans ce cas, chacun des parents avait déjà le pouvoir d'effectuer seul les actes conservatoire et d'administration¹⁵. Toutefois, l'accord des deux parents était indispensable pour l'accomplissement des actes de disposition¹⁶ et l'opposition de l'un justifiait l'intervention du juge¹⁷.

L'administration légale était dite sous contrôle judiciaire en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale. Dans ce cas, l'administrateur légal devait « se pourvoir d'une autorisation du juge des tutelles pour accomplir les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec une autorisation »¹⁸. Si l'autorisation du juge était indispensable pour l'accomplissement des actes de disposition il pouvait effectuer seul les autres¹⁹.

L'administration légale bénéfique aujourd'hui d'un régime autonome, de règles qui lui sont propres sans lien avec la tutelle et qui ont eu pour effet de former « un mode unifié

¹³ BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU- TERNEYRE, *op.cit.*, n° 1148, p.517.

¹⁴ V. EGEA, « Droit de la famille », 3^e éd., LexisNexis 2020, n° 1295, p599.

¹⁵ C.civ., art. 389-4 ancien : « Dans l'administration légale pure et simple, chacun des parents est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu de l'autre le pouvoir de faire seul les actes pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation ».

¹⁶ C.civ., art. 389-5 al.1^{er} ancien : « 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 ».

¹⁷ C.civ., art.389-5 ancien al.2 : « A défaut d'accord entre les parents, l'acte doit être autorisé par le juge des tutelles ».

¹⁸ C.civ., art.389-6 al.1^{er} ancien.

¹⁹ C.civ., art.389-6 al.2.

de gestion des biens de l'enfant »²⁰. En effet, « les pouvoirs parentaux sont définis de manière identique, que l'enfant mineur ait un ou deux parents, dès lors qu'il(s) exerce(nt) l'autorité parentale. En outre, les interventions du juge sont les mêmes quel que soit le schéma parental »²¹ et demeurent exceptionnelles. Désormais, lorsque les deux parents exercent en commun l'autorité parentale, chacun d'eux est comme autrefois administrateur légal²². De même, la présomption de pouvoir concernant l'accomplissement des actes de d'administration est maintenue²³ et s'agissant des actes de disposition, leur accomplissement nécessite toujours l'accord des deux. En cas de désaccord, ce dernier fait obstacle à la réalisation de l'acte et le juge des tutelles doit être saisi aux fins d'autorisation de l'acte²⁴. En revanche, le parent unique est quant à lui le seul administrateur légal²⁵ : il peut accomplir seul les actes conservatoire, d'administration ou de disposition. A l'exception de ceux cités à l'article 387-1 du code civil, dont deux intéressent le droit des sociétés²⁶, et qui devront être autorisés par le juge, l'administrateur légal pourra effectuer seul tous les actes de disposition.

4. Malgré son incapacité d'exercice, la loi autorise le mineur à effectuer seul les actes de la vie courante. En effet, l'article 1148 du code civil dispose que « toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants autorisés par la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales » et l'article 388-1-1 du même code ajoute que « l'administrateur légal représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes ».

²⁰ A-F. ZATTARA-GROS, "Le nouveau droit applicable au mineur associé: vers un droit civil des sociétés?", in *Mél.H. HOVASSE*, LexisNexis, 2015, p204

²¹ I. MARIA, « Fallait-il uniformiser le régime de l'administration légale ? » *Dr. et patrimoine* mars 2020, 7°.

²² C.civ., art.382.

²³ C.civ., art. 382-1.

²⁴ C.civ., art. 387.

²⁵ C.civ., art. 382 al.2.

²⁶ C.civ.,art.387-1, 2° et 7° : « Apporter en société un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur ; procéder à la réalisation d'un acte portant sur des valeurs mobilières ou instruments financiers au sens de l'article L.211-1 du Code monétaire et financier, si celui-ci engage le patrimoine du mineur pour le présent ou l'avenir par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives du mineur ».

Il n'existe cependant pas de liste ni de définition de l'acte courant mais, une telle qualification était exclue dès lors que « l'acte en cause comportait un risque pour le mineur »²⁷, il est évident que la souscription de droit sociaux peut lui être refusée.

5. Mineur et associé. Comme cela a été souligné, « l'incapacité est un état qui éloigne la personne des risques des affaires, des risques de la vie sociale »²⁸. Or, cette incapacité n'empêche pas le mineur de devenir associé dès lors que la qualité recherchée n'est pas celle de commerçant.

L'article 1832 alinéa premier du Code civil dispose que « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ».

La société est donc instaurée par un contrat, que sont les statuts, ce qui suppose donc la capacité juridique de contracter. Or, l'article 1146 du Code civil précise que les mineurs non émancipés sont incapables de contracter. C'est la raison pour laquelle « l'administrateur légal représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes »²⁹. Toutefois, l'incapacité du mineur « ne porte que sur l'exercice et non pas sur la jouissance des droits. Il faut donc que le contrat de société soit signé, au nom du mineur, par son représentant légal, à savoir son père ou sa mère dans le régime de l'administration légale, ou son tuteur dans le régime de la tutelle; la solution est unanimement admise »³⁰. En effet, la doctrine admet qu'un mineur non émancipé puisse être associé d'une société y compris lorsque sa responsabilité peut se voir largement engagée. Pour certaines formes sociales, à la capacité civile vient s'ajouter la capacité d'exercer le commerce pour bénéficier de la qualité d'associé. En effet, se voient attribués la qualité de commerçant les associés de la société en nom collectif³¹ ainsi que les associés

²⁷ Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, 2021, 2^e éd., n° 493, p.285.

²⁸ M. RAKOTOAHINY, « Incapacité et sociétés » *Journal des sociétés* 2017, n° 15, p.12.

²⁹ C.civ., art.388-1-1.

³⁰ F. MAGNIN, « La société civile immobilière et le mineur », *LPA* 1999, n° 232, p.4.

³¹ C.com. ,L.221-1 al. 1^{er} : « Les associés en nom collectif ont tous la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales ».

commandités des sociétés en commandite simple ou par action³². L'exercice du commerce est interdit au mineur ; toutefois, le mineur émancipé peut y être autorisé sous certaines conditions. En effet, le mineur émancipé peut être autorisé à exercer le commerce sur autorisation du juge des tutelles s'il en fait la demande au moment de son émancipation ou du président du tribunal judiciaire si la demande est faite après avoir été émancipé³³. La minorité n'empêche donc pas l'entrée en société.

6. Incidence de la personnalité morale de la société et périmètre de l'étude. La société est une personne morale qui dès son immatriculation au registre du commerce et des sociétés acquiert une personnalité juridique distincte de celle de ses associés. La société devient un sujet de droit autonome avec une dénomination et un patrimoine qui lui sont propres. Ne seront toutefois ici étudiées que les sociétés immatriculées dotées de la personnalité morale³⁴. Nous verrons en effet, qu'elles sont les seules à poser de réelles difficultés en raison de « l'effacement » des associés, la capacité de la société remplaçant celle de ces derniers. La naissance de la personne morale permet ainsi l'exclusion des dispositions ordinaires protectrices de la personne du mineur et de ses biens.

Les sociétés non immatriculées parce qu'elles ne viennent pas créer cet écran entre la société et ses associés posent moins de difficultés, le droit des incapacités est le seul à s'appliquer. Il en existe deux catégories : la société en participation et la société créée de fait.

Aux termes de l'article 1871 alinéa premier du Code civil, la société en participation est la société que les associés ont convenu de ne pas immatriculer. Elle est alors privée de la personnalité morale et n'est soumise à aucune formalité de publicité. Elle est toutefois une véritable société³⁵, qui sera civile ou commerciale selon la nature de son objet, bien

³² C.com., art. L 222-1 al.1^{er} : « Les associés commandités ont le statut des associés en nom collectif. » et L.226-1 : « La société en commandite par actions, dont le capital est divisé en actions, est constituée entre un ou plusieurs commandités, qui ont la qualité de commerçant (...) ».

³³ C.civ., art. 4136-8.

³⁴ C.civ., art.1842 : « Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation.

Jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations ».

³⁵C.civ., art.1871 al. 2 : « Les associés conviennent librement de l'objet, du fonctionnement et des conditions de la société en participation, sous réserve de ne pas déroger aux dispositions impératives des

qu'à « l'égard des tiers, chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société »³⁶. Quant à la participation du mineur à ce type de société, lorsque la société a un objet civil sa participation est envisageable à condition bien sûr qu'il soit représenté. Dans ce cas, les rapports entre associés sont régis par les dispositions applicables aux sociétés civiles à « moins qu'une organisation différente n'ait été prévue »³⁷. A l'égard des tiers, « chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers »³⁸. Un associé ne peut donc pas être engagé envers les tiers pour les actes qu'il n'a pas accomplis personnellement. En revanche, « si les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers, chacun d'eux est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres »³⁹ mais sans solidarité. Cependant, l'incapacité contractuelle qui frappe le mineur devrait le protéger, l'article 1147 du Code civil précise que « l'incapacité de contracter est une cause de nullité relative ».

Lorsque la société en participation a un objet commercial, deux situations sont à distinguer. Tout d'abord, si la société reste occulte seul l'associé gérant doit avoir la capacité commerciale⁴⁰. Le mineur non émancipé pourra donc y participer toujours à condition d'y être représenté. En l'absence de disposition statutaire, les rapports entre associés seront régis par les dispositions applicables aux sociétés en nom collectif⁴¹. Comme cela a été souligné, « normalement les tiers traitent avec le gérant et ne connaissent pas les participants occultes »⁴² donc à l'égard des tiers « les autres participants ne sont pas tenus des dettes sociales. Ils ne sont tenus qu'envers le gérant, et ils peuvent limiter leur contribution à condition que la clause statutaire ne soit pas léonine. Dès lors, un mineur peut être participant occulte, puisque sa responsabilité est limitée. Il est dans une situation analogue à celle d'un commanditaire »⁴³. Enfin, si la société en participation est une société ostensible tous les participants doivent avoir la

articles 1832,1832-1,1833,1836 (2e alinéa), 1844 (1er alinéa) et 1844-1 (2e alinéa) et de l'article L. 411-1 du code monétaire et financier ».

³⁶ C.civ., art.1872.

³⁷ C.civ., art.1871-1.

³⁸ C.civ., art.1872-1 al.1^{er}.

³⁹ C.civ., art.1872-1 al.2.

⁴⁰ Ph. MERLE et A. FAUCHON, Droit commercial ; Sociétés commerciales, 20^e éd., Précis Dalloz 2017, n°712, p.797.

⁴¹ C.civ., art.1871-1.

⁴² Ph. MERLE et A. FAUCHON, *op.cit.*, n° 721, p.802.

⁴³ Ph. MERLE et A. FAUCHON, *op.cit.*, n° 712, 797.

capacité commerciale puisque « en l'absence de personne morale, ils se présentent aux tiers comme exerçant une activité commerciale »⁴⁴. Dans ce cas, à l'égard des tiers chacun des associés est tenu des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres mais avec solidarité⁴⁵.

La société créée de fait se définit « par le comportement de deux ou plusieurs personnes qui agissent, en fait, comme si elles étaient associées, alors qu'elles ne sont engagées par aucun contrat de société »⁴⁶. Concernant le régime des sociétés créées de fait, l'article 1873 du Code civil prévoit que les dispositions régissant le fonctionnement des sociétés en participation leurs seront applicables.

7. Ainsi, les sociétés sans personnalité morale ne soulèvent pas de questions particulières que ce soit par rapport aux droits des incapacités ou par rapport à la confrontation de celui-ci avec le droit des sociétés. Ne sont donc abordés que les sociétés immatriculées.

8. S'agissant des sociétés immatriculées, la nature juridique de la personnalité morale a fait l'objet de débats. Deux théories sont apparues et se sont opposées. Tout d'abord selon la théorie de la fiction, seul l'être humain peut être sujet de droit. Ainsi, « la personnification d'un groupement ne peut résulter que d'une création arbitraire et artificielle de la loi. Pure fiction, la personnalité morale apparaît comme une faveur accordée arbitrairement par le législateur aux seuls groupements qui lui agréent »⁴⁷. A cette approche s'est ensuite opposée la théorie de la réalité. Pour cette dernière, « la personne morale est une réalité qui existe dès lors que certaines conditions sont réunies. Plus précisément, un groupement dispose de la personnalité juridique dès lors qu'il ressort des règles qui le régissent qu'il possède un intérêt distinct des intérêts individuels de ses membres et une organisation capable de dégager une volonté collective qui puisse représenter et défendre cet intérêt ; la reconnaissance de la personnalité morale par l'Etat n'est donc pas nécessairement expresse, mais peut être simplement implicite⁴⁸ ».

⁴⁴*Ibidem*.

⁴⁵ C.civ., art.1872-1 al.2.

⁴⁶ D. VIDAL, Droit des sociétés, 5^e éd., LGDJ, 2006, n° 831, p.411.

⁴⁷ G. WICKER et J-C. PAGNUCCO, Répertoire de droit civil, Personne morale, 2018, n° 9.

⁴⁸ M. COZIA N, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, Droit des sociétés, 32^e éd., LexisNexis, 2019, n° 296, p.112.

Pour les personnes morales, l'acquisition de la personnalité juridique est subordonnée à leur immatriculation comme en dispose l'article 1842 du Code civil. Ce qui fait dire à un auteur que « force est donc de constater que la théorie de la fiction a connu une consécration plus importante en matière de sociétés »⁴⁹.

9. Comme cela a été souligné en doctrine « deux types de personnes morales sont en effet, identifiables en droit positif. D'abord, celles qui ont acquis leur capacité juridique en qualité de personnes morales en vertu d'une fiction juridique posée par le législateur : sociétés et groupements d'intérêt économique immatriculés, associations déclarées, syndicats dont les statuts et la liste nominative des dirigeants ont été déposés à la mairie... Ensuite, celles auxquelles le juge a octroyé la personnalité morale en vertu de la théorie de la réalité, parce qu'il s'agissait de groupements pourvus d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites »⁵⁰.

10. La société de famille au cœur de l'étude. Comment situer alors, la société de famille, au cœur de notre étude ? Il n'existe pas de définition particulière de la notion de société de famille. En effet, « le droit ne réserve pas de sort particulier aux sociétés constituées entre membres d'une même famille, de telle sorte que la notion de société de famille par rapport aux sociétés constituées avec des tiers étrangers à un groupement familial n'a pas de contenu juridique. La parenté entre associés, au demeurant extrêmement fréquente, car elle permet la collaboration des générations ou la sortie d'une indivision, n'est pas prise en compte par le droit »⁵¹.

Sa singularité vient du fait qu'elle est constituée entre associés unis par un lien particulier : le lien familial. Mais comme l'a souligné le professeur LEMOULAND « il n'est pas davantage aisé de donner une définition de la famille sur laquelle s'appuie le concept de société familiale »⁵².

Il n'y a pas en droit de définition de la famille et donner une telle définition reste particulièrement difficile au regard de la diversité des modèles familiaux. En effet, « chaque société, chaque époque a sa famille et parfois ses familles »⁵³. A côté de la

⁴⁹ C. BOULOGNE-YANG-TING, Les incapacité et le droit des sociétés, LGDJ 2007, n°47, p.32.

⁵⁰ K. RODRIGUEZ, Le droit commun des personnes morales, 2001, n° 8, p.18.

⁵¹P. SERLOOTEN, Répertoire de droit des sociétés, 2011, 1°.

⁵² J.-J. LEMOULAND, « La société familiale et l'incapable », Journal des sociétés, juillet 2016, N° 143, p33.

⁵³ Ph. MALAURIE et L. AYNES, Droit de la famille, 5^e éd., LGDJ, 2015, n° 3, p.18.

famille traditionnelle fondée sur le mariage se sont développés d'autres modèles familiaux : les familles naturelles, recomposées, monoparentales, homoparentales...

Malgré cette diversité des situations une définition conceptuelle de la notion de famille a été proposée :

« l'appréhension de la famille en tant que notion conceptuelle nous conduit donc à mener une analyse de sa substance et de sa forme en partant de l'hypothèse que le concept de lien familial en serait le révélateur et partant, le révélateur de son unité conceptuelle. Contrairement à la notion de famille qui, on l'a vu, échappe à une définition précise, notre recherche postule que la notion de lien familial peut être, à l'inverse, explorée systématiquement pour en faire apparaître les éléments constitutifs et la manière dont ils s'articulent afin de parvenir à une définition opératoire. (...) malgré la complexité et la diversité des situations familiales, la famille peut être appréhendée par le droit à travers le concept de lien familial, dont le contenu et la structure sont soumis à l'épreuve du temps et aux changements des mœurs (...) Dès lors, le lien familial serait une union juridique, fondée sur une volonté de faire famille ou animus familiale, entre deux personnes et dans laquelle l'inceste est interdit et où l'altérité sexuelle est partiellement indifférente »⁵⁴.

11. Absence de structure spécifique. La diversité des situations familiales rend particulièrement difficile la définition de la société familiale qui ne constitue pas une structure spécifique. Il existe autant de sociétés familiales qu'il y a de modèles familiaux. Elles sont en fin de compte des sociétés soumises au droit commun et au droit spécial des sociétés sans constituer une troisième catégorie. L'adjectif familial peut ainsi être accolé à toutes les formes sociales existantes et variées. La notion de société de famille traduit finalement plus une réalité sociologique que juridique.

L'article 1845 alinéa 2 du Code civil précise que sont civiles « toutes les sociétés auxquelles la loi n'attribue pas un autre caractère à raison de leur forme, de leur nature, ou de leur objet ». Elles sont régies par les articles 1845 et suivants du Code civil et souvent utilisées dans le secteur immobilier (SCI), agricole (GFA) ou pour l'exercice de professions libérales (SCP). Sont commerciales, par la forme quel que soit leur objet : les sociétés en nom collectif⁵⁵, les sociétés en commandite simple⁵⁶, les sociétés à

⁵⁴ A. ALVAREZ ELORZA, La contribution du juge judiciaire à la révélation de l'unité conceptuelle de la notion de famille » 2018, n° 18, p.23 ; n° 740 et 741, p.520.

⁵⁵ C.com., art. L.221-1 et s.

⁵⁶ C.com., art. L.222-1 et s.

responsabilité limitée⁵⁷ et les sociétés par action (société anonyme⁵⁸ et société en commandite par action⁵⁹).

12. Même si la définition et la forme de la société de famille restent floues, il n'en demeure pas moins que la constitution de sociétés et particulièrement de société civile entre membres d'une même famille est en pratique répandue aujourd'hui car « considérée comme un instrument privilégié de détention et de transmission du patrimoine »⁶⁰. Face à ce phénomène, il est nécessaire d'observer comment se concilient les règles de gestion des biens du mineur et celles du droit des sociétés qui ne tiennent pas compte de sa vulnérabilité.

13. Problématique. Il est aujourd'hui clairement admis, ainsi que nous l'avons relevé plus haut, qu'un mineur non émancipé peut devenir associé dès lors que sa participation ne lui confère pas la qualité de commerçant.

Il convient cependant d'apprécier quelle est la protection accordée à l'associé mineur que ce soit lors de la constitution de la société ou en cours de vie sociale.

Dès lors que le choix est fait d'associer un mineur à la vie sociale, aux règles du droit des sociétés viennent se superposer celles du droit des incapacités. En effet, la société en tant que personne morale, sans lien avec les personnes qui la composent, est régie par des règles de fonctionnement qui lui sont également propres et qui restent muettes sur cet associé particulier.

Concernant la gestion des biens du mineur, l'article 385 du code civil précise que « l'administrateur légal est tenu d'apporter dans la gestion des biens du mineur des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt du mineur ». Cette mission de protection du mineur et de ses biens est assurée naturellement par ses parents administrateurs légaux. Bien que les règles de l'administration légale aient été assouplies pour le parent exerçant seul l'autorité parentale depuis le premier janvier 2016, elle reste un dispositif assez lourd et contraignant notamment pour l'accomplissement des actes de disposition en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale. Le but du régime de protection étant d'éviter la prise de risque, la protection

⁵⁷ C.com., art. L.223-1 et s.

⁵⁸ C.com., art. L.225-1 et s.

⁵⁹ C.com., art.L.226-1 et s.

⁶⁰ D. de SAINT AFFRIQUE- TIBERGHIEU, « La société civile comme mode d'organisation du patrimoine », 2002, n°1, p.5.

de la personne du mineur et de son patrimoine. Le fondement de l'incapacité du mineur reste sa protection.

Le droit des sociétés obéit quant à lui à des préoccupations bien différentes. En effet, l'article 1833 alinéa 2 du code civil prévoit que « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». Comme le souligne un auteur, « les représentants légaux ne doivent pas « raisonner au regard de l'intérêt particulier du mineur, mais au regard de l'intérêt de la société auquel le mineur est associé. L'intérêt social, évoqué par l'article 1833 du Code civil, transcende les intérêts particuliers des associés »⁶¹.

La société est un contrat qui entraîne la naissance d'une personne morale dotée de la personnalité juridique à compter de son immatriculation. Cet écran permet d'écarter les règles de gestion traditionnelles et protectrices du mineur notamment lorsque la société aura recours à l'emprunt. En effet, ce sujet de droit indépendant des membres qui la composent sera géré, conformément à l'intérêt social, dans le respect des dispositions légales et statutaires qui gouvernent le fonctionnement de la société. Les conséquences attachées à cette personnalité morale vont être lourdes puisqu'elles vont faire disparaître l'incapacité de l'associé mineur, et les règles protectrices, qui lui sont consacrées, présentées comme « l'honneur du droit »⁶² ne s'appliqueront pas. Les règles d'ordre public de l'administration légale pourront être écartées avec la naissance de la personnalité morale.

14. Comme n'importe quel associé, l'associé mineur doit accepter le risque sociétaire qui bien sûr n'aura pas la même ampleur selon la forme sociale choisie. Cependant cette acceptation n'est pas vraiment réelle. En effet, l'associé mineur sera représenté par son ou ses administrateurs légaux lors de l'exercice de ses droits d'associés mais également lors des formalités de constitution de la société.

15. Dans le cadre des sociétés à responsabilité limitée ce risque se traduit par la perte du bien apporté mais dans les sociétés à risques illimités comme les sociétés civiles, le mineur pourra voir sa responsabilité recherchée comme n'importe quel autre associé

⁶¹ F. JULIENNE, « Le mineur associé : quelle protection ? », *Def.*2020, p.17.

⁶² Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit des personnes : la protection des mineurs et des majeurs*, 10^e éd., LGDJ, 2018, n°493, p.266.

majeur. En effet, « le droit des sociétés s'applique prioritairement et la minorité ne crée pas une catégorie particulière d'associé »⁶³.

Les règles de gestion des biens du mineur et celles du droit des sociétés apparaissent donc difficilement conciliables tant leurs objectifs sont opposés. A cette conciliation difficile vient s'ajouter l'absence de considération de l'associé mineur. La minorité n'est envisagée que ponctuellement pour certaines formes sociales (les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple ou par action) comme cause de dissolution de la société⁶⁴. Dans les autres formes sociales, la minorité d'un associé n'est jamais envisagée. Aucun texte spécifique ne lui est consacré. Si en droit civil la minorité est un état qui justifie la prise de dispositions particulières et contraignantes en droit des sociétés ce n'est pas le cas. En droit des sociétés, la protection de l'associé mineur dépend seulement de l'étendue des pouvoirs de son ou ses représentants légaux.

16. Hypothèse de travail. Le caractère familial de la société et la présence d'un mineur protégé dans cette société, devrait conduire à ce qu'il n'y ait pas de supériorité du droit des sociétés sur celui des incapacités. Toutefois, la pratique fait tout de même apparaître parfois une supériorité du droit des sociétés au détriment de la protection du mineur.

Au regard de la jurisprudence, les règles du droit des sociétés peuvent venir supplanter celles du droit des incapacités. A cela s'ajoute l'absence presque totale de prise en compte de l'associé mineur par le droit des sociétés. En effet, il ne prévoit que rarement des dispositions protectrices particulières et traite cet associé vulnérable comme un majeur.

L'absence de dispositions législatives concernant le mineur associé fait donc du rédacteur des statuts le protecteur de l'associé mineur et il devra alors tenter de trouver un équilibre. La souplesse du régime juridique de certaines formes sociales peut permettre une rédaction adaptée des statuts. Les statuts vont s'appliquer à tous les associés et en présence de mineur, des dispositions spécifiques devront être prises et se justifieront notamment par le caractère familial de cette société

Il demeure qu'en l'absence de règles spécifiques concernant le mineur associé, les représentants légaux et des tiers en charge du mineur restent les principaux garants de la protection de l'associé mineur.

⁶³ V. PRADO, « Le mineur et la société civile », *LPA* 2020, p.9.

⁶⁴ C.com., art. L. 221-15 al. 7 et L.222-10 al. 2.

Toutefois, la diversité des situations familiales a pour conséquence la diversité des sociétés familiales et la particularité de ces sociétés vient du fait que ses associés sont unis par un lien particulier : un lien familial. Or, lorsque la famille est désunie, la mésentente éventuelle pourra avoir des répercussions sur le fonctionnement de la société et accentuer la vulnérabilité de l'associé mineur dépourvu d'une protection particulière par le droit des sociétés.

17. En définitive, la protection du mineur associé d'une société de famille est tributaire de la combinaison entre le droit des mineurs et plus particulièrement les règles de représentation et le droit des sociétés.

Si cette combinaison permet parfois aux représentants de l'enfant d'assurer la protection du mineur en exploitant les avantages du droit des sociétés ou en comblant ses lacunes, elle se réalise aussi parfois au profit du droit des sociétés et à l'encontre des règles de protection et de la représentation du mineur. Cette combinaison des deux corps de règles se réalise différemment selon que la société est constituée dès l'origine autour du mineur ou que la question de l'entrée du mineur se pose après sa constitution. Lorsque la société est conçue autour du mineur, il apparaît en effet que les représentants légaux ont une marge de manœuvre importante au regard du droit des sociétés : soit qu'il s'agisse de tirer parti des avantages du recours à la forme sociale, soit qu'il s'agisse d'assurer la protection des intérêts du mineur associé que le droit des sociétés ne prend pas en considération sauf exceptionnellement pour lui fermer certaines formes sociales. A l'inverse, lorsque la société subit l'arrivée du mineur, le droit des sociétés manifeste sa supériorité sur le droit de la représentation des mineurs qu'il s'agisse d'organiser les conditions de son acceptation en tant qu'associé ou de lui refuser l'entrée dans la société.

C'est ce que nous voudrions démontrer.

Nous verrons ainsi successivement ces deux hypothèses : celle du mineur associé lors de la constitution de la société (Première partie), et celle de la société confrontée à l'arrivée du mineur (Deuxième partie).

PARTIE I : LE MINEUR ASSOCIE LORS DE LA CONSTITUTION DE LA SOCIETE

18. Il est clairement admis que le mineur, considéré comme une personne vulnérable, peut être associé y compris d'une société civile. Cette possibilité a même été facilitée par la dernière réforme de l'administration légale lorsque l'autorité parentale est exercée par un seul parent. De plus, la souplesse du régime juridique de certaines formes sociales et l'écran de la personnalité morale font de la société un outil privilégié de constitution et de transmission du patrimoine.

Cette idée d'intégration d'un mineur dès la constitution de la société peut répondre à diverses motivations : c'est la question du « pourquoi intégrer le mineur ? ».

19. Pour autant, il s'agit de ménager les intérêts du mineur dès l'origine car les logiques à l'œuvre en droit des sociétés et en matière de la protection des mineurs sont très différentes et peuvent se heurter : c'est la question du « comment intégrer le mineur ? ». En effet, l'absence de dispositions législatives protectrices de l'associé mineur conduit à traiter ce dernier comme n'importe quel autre associé. La supériorité du droit des sociétés sur celui des incapacités fait peser sur les représentants légaux du mineur d'importantes responsabilités pour trouver un point d'équilibre et ne pas faire prendre de risques inconsidérés à cet associé particulier. Ces derniers seront alors chargés d'assurer sa protection lors de la constitution de la société.

20. Ainsi, les motivations à l'origine de la création des sociétés de famille doivent être examinées (Titre 1) avant d'envisager la protection du mineur associé (Titre 2)

TITRE I : Les motivations de la création d'une société de famille

21. Les raisons conduisant à constituer une société de famille sont variées. Les associés peuvent en effet chercher à contourner certaines règles fiscales et successorales, à constituer un patrimoine, à assurer l'égalité entre héritiers...Ces considérations sont souvent elles-mêmes motivées en amont par le lien familial affectif existant entre les futurs associés. Dès lors, le choix d'associer un mineur dès la constitution de la société répond à ces diverses motivations.

22. Toute médaille présentant un revers, les attraits de la forme sociale ne sont pas sans risque. Ceux-ci peuvent tout d'abord découler directement des motivations poursuivies par les fondateurs. Si ces risques ne sont pas spécifiques à la présence d'un mineur, il n'en demeure pas moins qu'ils sont réels. En outre, le recours à la forme sociétaire présente en elle-même des risques pour un associé mineur.

23. La forme sociétaire présente ainsi nombre d'attraits pour les fondateurs (Chapitre I), attraits qui présentent toutefois des risques pour le mineur (Chapitre II).

CHAPITRE I : Les attraits de la forme sociétaire

24. L'un des attraits du recours à la société est qu'un certain nombre de formes sociales permettent beaucoup de souplesse dans l'organisation. L'intérêt plus particulier de la société civile vient ainsi du fait que l'ordre public y joue un rôle assez limité puisque la liberté contractuelle y est très présente. Or beaucoup de sociétés de famille sont des sociétés civiles immobilières.

25. Le législateur laisse ainsi aux rédacteurs des statuts de grandes possibilités d'aménager la société selon les volontés de ses fondateurs. Le mineur étant ici associé dès la constitution de la société, celle-ci peut alors être un outil à son réel bénéfice en tant qu'associé. Tout d'abord la société peut être créée dans le but de constituer un patrimoine au mineur. Ensuite les fondateurs peuvent chercher à favoriser certains héritiers associés ou à réaliser des économies, la société pouvant alors être motivée par un souci de contournement des règles successorales et fiscales.

26. Nonobstant un certain nombre de risques découlant de ces motivations, les associés fondateurs vont alors chercher à favoriser le mineur en lui constituant progressivement un patrimoine (Section 1) et en utilisant la société comme un outil de transgression des règles successorales et fiscales (Section 2).

Section1 : Constitution progressive d'un patrimoine au profit du mineur

27. Dans un premier temps, la constitution d'une société peut être la solution pour éviter la disparition de biens appartenant au mineur. En effet, à la suite du décès de l'un de ses parents commerçant, un mineur peut se trouver propriétaire d'un fonds de commerce. Or, le mineur non émancipé ne peut être commerçant et il est également interdit à l'administrateur légal d'exercer le commerce en son nom⁶⁵ donc la constitution d'une société peut être le moyen d'assurer la conservation de se bien spécifique. Elle peut être une alternative à sa cession. La société peut permettre d'assurer la gestion du fonds.

28. Ensuite, comme cela a été souligné la forme sociétaire peut être considérée comme un support de donation indirecte et la personnalité morale de la société peut être « un rempart aux tentatives trop rapides de requalification »⁶⁶. La majorité des sociétés de famille sont des sociétés civiles et la liberté statutaire reste l'un de ses attraits principal. Ainsi, le principe de proportionnalité posé à l'article 1844-1 du code civil pourra largement être aménagé et les avantages concédés ne pourront être regardés comme des donations indirectes.

29. La constitution d'une société peut alors être le moyen d'assurer la conservation du fonds de commerce appartenant au mineur (§1) mais elle peut également être le moyen de concéder certains avantages sans que la qualification de donation indirecte soit retenue (§2).

§1 : Le mineur héritier d'un fonds de commerce

30. Lorsqu'un fonds de commerce se retrouve dans le patrimoine d'un mineur des mesures doivent être prises. Trois possibilités s'offrent au représentant légal : la vente du fonds de commerce, l'apport en société ou la location gérance.

⁶⁵ C .civ., art.387-2, 2°.

⁶⁶ J-P GARCON, « Technique sociétaire et libéralité indirecte » *in Mél.* R. LE GUIDEC, LexisNexis 2014, p.431, n°6.

L'apport en société peut être une solution envisageable « afin de pouvoir faire profiter le mineur des produits financiers de l'exploitation qui en sera faite »⁶⁷. Il faudra toutefois choisir la forme sociale adaptée puisque la qualité de commerçant lui est interdite⁶⁸. L'apport en société peut être envisagé (A) mais face au risque de la structure sociétaire une mise en location-gérance peut être préférable (B).

A. L'apport en société du fonds de commerce appartenant au mineur

31. L'apport du fonds de commerce à une société constitue comme la vente de ce dernier une aliénation à titre onéreux à la différence qu'il n'y a pas de prix. La société deviendra propriétaire du fonds et le mineur se verra attribuer des droits sociaux en contrepartie.

Cet apport est considéré comme un apport en nature. Pour sa réalisation, le mineur non émancipé est soumis, par application du droit commun à un régime de représentation qui l'empêche d'agir personnellement, il devra donc être représenté par son représentant légal : administrateur légal ou tuteur selon le régime sous lequel il se trouve.

Le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 classe l'apport en société d'un fonds de commerce parmi les actes de disposition. Par conséquent, lorsque l'autorité parentale est exercée par un seul parent, celui-ci a le pouvoir d'effectuer seul, sans autorisation du juge, les actes de disposition. En revanche, lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement, il faudra le consentement des deux parents pour la réalisation de l'acte.

Mais cela n'est pas suffisant pour que l'acte soit valable. En raison de la nature particulière du bien que constitue le fonds de commerce et de la gravité de l'opération l'article 387-1, 2° du code civil dispose que : « l'administrateur légal ne peut, sans l'autorisation préalable du juge des tutelles : apporter en société un fonds de commerce appartenant au mineur. » Dans son autorisation, le juge fixe les conditions de l'acte. Une requête doit en effet être adressée au juge et « elle doit être suffisamment développée et pertinente sur le bien-fondé de l'opération pour le mineur et sur la viabilité économique du projet. Il peut y être joint les documents permettant au juge de forger son opinion :

⁶⁷ Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil : annexe 1 colonne 2,II, 2°

⁶⁸ V. *Infra* n° 139.

note de présentation du projet, bilan, rapport du commissaire aux apports, projet de statuts ... Il va sans dire qu'il ne peut s'agir que d'une société à risque limité. Mais le juge aura à arbitrer entre la vente du fonds de commerce pour sécuriser le patrimoine du mineur et sa mise en société pour poursuivre son exploitation. Le mineur encourra alors le risque de décote de son patrimoine selon l'évolution des affaires »⁶⁹.

32. Le mineur émancipé est quant à lui capable comme un majeur, il peut effectuer seul l'acte d'apport à condition que la société, par sa forme, ne lui confère pas la qualité de commerçant. Toutefois, l'apport à une société commerciale sera possible pour ce dernier, s'il obtient l'autorisation, d'exercer le commerce, du juge des tutelles si la demande est faite au moment de l'émancipation sinon l'autorisation du Président du tribunal judiciaire si la demande est faite ultérieurement.

33. Lorsque le mineur est placé sous tutelle, le tuteur ne peut effectuer seul un acte de disposition, il doit être autorisé par le conseil de famille ou à défaut par le juge. L'apport du fonds ne pourra se faire « 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 »⁷⁰.

34. L'acte d'apport doit ensuite être porté à la connaissance des tiers, par l'apporteur c'est -à-dire par ses représentants légaux s'il n'est pas émancipé. L'apport doit faire l'objet d'une mention au registre du commerce et des sociétés et d'une publicité légale par voie d'insertion dans un journal d'annonces légales du lieu dans lequel le fonds est exploité dans les quinze jours de la signature du contrat de société. Dans les trois jours suivants une publication au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales doit être réalisée. A défaut de publication ou si des mentions obligatoires manquent le transfert de propriété du fonds à la société est valable mais les créanciers pourront déclarer leurs créances tant que les irrégularités ne seront pas couvertes.

A compter de la dernière publication, les créanciers non-inscrits ont un délai de dix jours pour se faire connaître, par une procédure de déclaration des créances au greffe du tribunal de commerce. A ce moment-là, une option s'offre aux associés : ils peuvent accepter la reprise du passif déclaré ou ils peuvent dans un délai de quinze jours former

⁶⁹ 116^e congrès des notaires de France, Paris 2020, « Protéger : les vulnérables, les proches, le logement, les droits », n° 1389, p.200.

⁷⁰ C.civ., art. 505 al.3.

une demande d'annulation de l'apport ou de la société au tribunal de commerce du lieu du siège social. Si elle est acceptée « la dette demeure alors personnelle au propriétaire du fonds de commerce »⁷¹.

L'apport en société d'un fonds de commerce appartenant au mineur peut apparaître comme contraignant et longue en raison de la saisine obligatoire du juge. Mais elle implique certains risques pour l'associé mineur et une mise en location gérance du fonds peut être préférable.

B. La mise en location gérance du fonds de commerce appartenant au mineur

35. Comme précisé lors du 91^{ème} Congrès des notaires de France « sur le plan pratique, la location gérance est une solution efficace pour permettre au mineur devenu majeur d'exploiter le fonds de commerce qui lui appartenait lors de sa minorité »⁷². En effet, l'intérêt du mineur implique de ne pas systématiquement vendre le fonds de commerce. La conclusion d'un contrat de location-gérance permet de conserver la propriété d'un fonds sans avoir à l'exploiter soi-même. L'héritier mineur pourra en conserver la propriété, sans avoir la qualité de commerçant, le fonds sera loué en attendant que ce dernier soit en âge de l'exploiter s'il le désire⁷³. Grâce à la location- gérance le mineur conserve le fonds dans son patrimoine, elle permet d'en tirer des revenus parfois, grâce à l'exploitation de ce dernier par un tiers qui assurera la pérennité de la clientèle.

36. Concernant la formation du contrat de location-gérance : s'agissant des conditions de fond, comme toute convention, le contrat de location- gérance doit respecter les conditions de validité des contrats. Ainsi, le mineur non émancipé ne peut donner seul en location gérance un fonds de commerce. Si à l'origine le contrat de location gérance était considéré comme un acte d'administration, le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 en fait un acte de disposition⁷⁴. Par conséquent, si les parents exercent conjointement l'autorité parentale le double consentement est requis tandis que si

⁷¹ Y. REINHARD, S. THOMASSET-PIERRE, C. NOURISSAT, Droit commercial, 8^e éd., LexisNexis, 2012, p.414, n°680.

⁷² B. BONIFACE « Une solution pour le mineur propriétaire d'un fonds de commerce : la location-gérance », *JCP N* 1995, I, p.597

⁷³ Y.GUYON, Droit des affaires, Tome 1, 12^{ème} édition, Economica, p.767, n°714

⁷⁴ Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008, annexe 1 colonne 2, 3°

l'autorité parentale est exercée par un seul parent, ce dernier pourra sans autorisation du juge des tutelles donner le fonds de commerce en location-gérance. Cependant en cas de désaccord entre les administrateurs légaux, l'article 387 du code civil rappelle que le juge des tutelles devra être saisi.

Si le mineur est placé sous tutelle, le tuteur doit obtenir l'autorisation du conseil de famille ou à défaut du juge des tutelles, comme le prévoit l'article 505 du Code civil, puisque la location-gérance d'un fonds de commerce appartenant au mineur est un acte qui excède les pouvoirs d'administration du tuteur.

Le locataire gérant aura quant à lui la qualité de commerçant⁷⁵, il doit avoir la capacité d'accomplir des actes de commerce, il ne doit pas être atteint d'une cause d'incompatibilité ou d'interdiction d'exercer une activité commerciale. En revanche la conclusion d'un contrat de location gérance ne confère pas au loueur la qualité de commerçant.

Le propriétaire du fonds ne peut le louer qu'à la condition d'« avoir exploité pendant deux années au moins le fonds ou l'établissement artisanal mis en gérance » comme en dispose l'article L.144-3 du Code de commerce. Mais il s'agit d'une condition impossible à réaliser pour le mineur, c'est pour cela que l'article L. 144-5, 5° du Code de commerce prévoit que l'article L. 144-3 ne s'applique pas « aux héritiers ou légataires d'un commerçant ou d'un artisan décédé ».

S'agissant des conditions de forme : même si cette condition n'est pas imposée par la loi l'intérêt du mineur implique que le contrat soit passé par écrit. Le contrat doit ensuite faire l'objet d'une mesure de publicité dans un journal d'annonces légales dans les quinze jours de sa conclusion. De plus, le locataire doit être inscrit au registre du commerce et des sociétés.

37. Concernant les effets du contrat de location- gérance : le locataire devra tout d'abord exploiter le fonds « à ses risques et périls », le défaut d'exploitation provoquerait un éparpillement de la clientèle puis la disparition du fonds or c'est pour éviter cela que le contrat a été conclu.

⁷⁵ C.com., art.L.144-2 : « Le locataire gérant a la qualité de commerçant. Il est soumis à toutes les obligations qui en découlent ».

Ensuite il est tenu de payer un loyer s'il en est prévu un. Le paiement d'une redevance n'est pas considéré comme une condition de validité du contrat de location-gérance, telle est la solution retenue par la jurisprudence⁷⁶.

38. A l'égard des tiers l'article L.144-6 du Code de commerce dispose que : « au moment de la location-gérance, les dettes du loueur du fonds afférentes à l'exploitation du fonds peuvent être déclarées immédiatement exigibles par le tribunal de commerce de la situation du fonds, s'il estime que la location-gérance met en péril leur recouvrement ». Cette disposition devrait être rarement mise en jeux contre un mineur car si des dettes importantes existent la meilleure solution est de céder le fonds.

S'agissant des dettes du preneur, les créanciers de ce dernier bénéficient de la solidarité du propriétaire du fonds pendant un délai de six mois à compter de la publication du contrat de location gérance dans un journal d'annonces légales⁷⁷. Il n'existe pas de solution pouvant écarter cette solidarité qui peut avoir de graves conséquences pour le mineur. Des solutions ont été mises en avant afin de pouvoir limiter les risques de cette solidarité : il faudra être vigilant dans le choix du locataire, « exiger que soit versé par le locataire un dépôt de garantie relativement important qui permettrait au bailleur de l'utiliser dans la limite des sommes qu'il serait appelé à supporter au titre de la solidarité dont il s'agit (...)prévoir une durée courte de location, un an par exemple, de façon à pouvoir examiner au vu du premier exercice si le gérant s'acquitte convenablement de sa mission ou s'il est nécessaire de mettre un terme (dans les délais prévus) à une expérience qui prend les chemins d'une catastrophe financière. On peut également demander au locataire gérant de fournir tous les six mois une situation comptable provisoire, ainsi que des attestations justifiant qu'il est à jour de ses impôts et cotisations sociales diverses »⁷⁸.

Si la constitution d'une société peut permettre la conservation de biens particuliers tel qu'un fonds de commerce elle peut également être permettre de concéder certains avantages ne pouvant être regardés comme des donations indirectes.

⁷⁶ Cass.com. 23 mars 1999, n° 97-15.000 : *RTD Com.* 1999, p.633, note J. DERRUPPE

⁷⁷ C.com. art L144-7.

⁷⁸ B.BONIFACE, *art.préc.*, 7°.

§2. Exclusion de la qualification de donation indirecte de certains avantages sociaux

39. La donation indirecte est une notion difficile à cerner mais elle est avant tout une donation et aux termes de l'article 894 du code civil « la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte ». Elle est la donation qui « se réalise, sans simulation, au moyen d'un acte juridique autre qu'une libéralité »⁷⁹. Une définition a été proposée par le Professeur R. LIBCHABER⁸⁰ : « compte tenu de sa nature, une donation suppose nécessairement un enrichissement du donataire et un appauvrissement corrélatif du donateur, l'ensemble reposant sur une intention libérale. Mais ce déséquilibre patrimonial peut se réaliser de deux façons : par un transfert direct inter partes et l'on est en présence d'une libéralité directe ; par une modalité qui esquivé toute transmission de richesse entre les parties, ce qui signale la donation indirecte ». La société peut constituer « un bouclier » permettant la réalisation de donation indirecte.

40. La Cour de cassation a exclu la qualification de donation indirecte pour deux opérations : tout d'abord lorsque les statuts prévoient la mise en réserve systématique des bénéfices (A) et lorsqu'ils prévoient une clause de répartition inégale des bénéfices et des dettes (B).

A. La mise en réserve systématique des bénéfices

41. La mise en réserve des bénéfices votée par l'usufruitier de droits sociaux peut-elle constituer une donation indirecte au profit du nu-proprétaire ? Telle était la question posée à la chambre commerciale de la Cour de Cassation⁸¹.

Une SCI avait été constituée entre une mère et ses deux enfants. La mère propriétaire de la quasi-totalité des parts a rapidement donné à ses enfants la nue-propriété des parts

⁷⁹ M.NICOD, Formalisme des donations, Droit patrimonial de la famille : Dalloz Action 2011-2012, n°311.141

⁸⁰ R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Def.* 2000, p.1409.

⁸¹ Cass.com., 10 février 2009, n° 07-21.806, *JurisData* n° 2009-046999 : *JCP N* 2009, 1171, note J-P. GARCON ; *Dr. sociétés* 2009, comm.71, note R. MORTIER.

de la SCI, s'en réservant l'usufruit. A l'issue de plusieurs exercices bénéficiaires, elle a voté, lors de l'assemblée générale ordinaire, la mise en réserve des bénéfices. L'administration fiscale considéra que cette mise en réserve systématique des bénéfices constituait une donation indirecte faite par l'usufruitière à ses enfants et notifia à ces derniers un redressement fiscal. La Cour d'appel de Lyon⁸², comme les juges de première instance invalida ces redressements, l'administration fiscale forma alors un pourvoi en cassation. Par une décision du 10 février 2009, la chambre commerciale rejeta le pourvoi aux motifs « *que les bénéfices réalisés par une société ne participent de la nature de fruits que lors de leur attribution sous forme de dividendes, lesquels n'ont pas d'existence juridique avant l'approbation des comptes de l'exercice par l'assemblée générale, la constatation par celle-ci de l'existence de sommes distribuables et la détermination de la part qui est attribuée à chaque associé ; qu'il s'ensuit qu'avant cette attribution, l'usufruitier des parts sociales n'a pas de droit sur les bénéfices et qu'en participant à l'assemblée générale qui décide de les affecter à un compte de réserve, il ne consent aucune donation au nu-propriétaire.* »

42. Tout d'abord, pour la Cour, la qualification de donation indirecte ne peut être retenue puisqu'il n'y a pas de dépouillement de la mère au profit de ses enfants. Comme le souligne le professeur H. HOVASSE « un associé n'a pas de droit sur les bénéfices de la société : ceux-ci figurent dans le patrimoine de la société »⁸³. Il voit même dans la mise en réserve des bénéfices « un enrichissement commun de l'usufruitier et du nu-propriétaire »⁸⁴.

Cette absence d'appauvrissement de l'usufruitier est l'une des conséquences de la personnalité morale de la société distincte de celle des associés. L'associé usufruitier n'a aucun droit sur les bénéfices qui sont dans le patrimoine de la SCI. Il n'a droit qu'aux dividendes et comme l'a fait remarquer la chambre commerciale de la Cour de cassation « *c'est la décision de l'assemblée générale de distribuer tout ou partie des bénéfices réalisés au cours de l'exercice sous forme de dividendes qui confère à ceux-ci l'existence juridique* »⁸⁵, solution confirmée ensuite⁸⁶.

⁸² CA Lyon, 1^{er} ch. civ., sect.B., 16 octobre 2007: JusisData n° 2007-355093; *Dr.fisc.* 2008, n° 19-20, comm..319, note R. GENTILHOMME ; *Dr. sociétés* 2008, n°6, comm.123, note R. MORTIER ; *JCP E* 2008, 1647, note H. HOVASSE.

⁸³ H. HOVASSE, *JCP N* 2009, 1114, note sous Cass.com., 10 février 2009, n° 07-21.806.

⁸⁴ H. HOVASSE, *JCP E* 2008, 1647.

⁸⁵ Cass.com.23 octobre 1990, n° 89-13.999: D. 1991, I, p.173, note Y. REINHARD.

Enfin la qualification de donation indirecte ne pouvait être retenue car la décision de mise en réserve des bénéfices n'est pas irrévocable puisque « ce qu'une assemblée peut faire une autre peut le défaire »⁸⁷. La mère usufruitière se voit réservée le droit de décider de l'affectation des bénéfices comme le prévoit l'article 1844 al. 3 du code civil, droit dont elle ne peut être privée y compris par une clause statutaire⁸⁸.

43. La solution retenue a été reprise peu de temps après⁸⁹ mais il est clair, comme l'ont démontré certains auteurs, que l'objectif de mise en réserve répété des bénéfices avait pour objectif d'avantager les enfants au décès de la mère usufruitière. En effet, au décès de cette dernière, les sommes mises en réserve appartiendront aux enfants devenus seuls propriétaires, ils seront les véritables bénéficiaires de l'opération.

44. La technique consistant à mettre systématiquement les bénéfices en réserve n'est pas regardée comme une donation indirecte tout comme la mise en place d'une clause permettant une répartition inégale des bénéfices et des pertes.

⁸⁶ Cass.com. 28 novembre 2006, n° 04-17.486; D.2007, I, p.1305, note R. SALOMON ; *JCP E* 2007, 1361, note F. DEBOISSY et G. WICKER .

⁸⁷ H. HOVASSE, *op.cit.*, p.35.

⁸⁸ Cass. com.31 mars 2004, n° 03-16.694, JurisData n° 2004-023106 : D.2004, p.2925, obs. J-C HALLOUIN.

⁸⁹ Cass. com., 31 mars 2009, n° 08-14.053, JurisData n° 2009-047729 : une société civile avait été constituée entre un couple et leurs trois enfants. Les parts sociales avaient fait l'objet d'un démembrement de propriété. En 1999, les associés ont lors de l'assemblée générale annuelle décidé d'affecter en réserve la totalité des bénéfices de l'année 1998 puis décidé de la distribution de ces réserves. Les mêmes décisions ont été prises l'année suivante. L'administration fiscale a alors notifié aux parents usufruitiers un redressement. Pour cette dernière, la mise en réserve des bénéfices sans contrepartie et sans justification économique au regard de la société, des bénéfices puis leur distribution constitue une donation indirecte à l'avantage des enfants nus- propriétaires. Condamnée en première instance, la société releva appel de la décision. La Cour de cassation approuve la décision et reprend que « *les bénéfices réalisés par une société ne participent de la nature des fruits que lors de leur attribution sous forme de dividendes, lesquels n'ont pas d'existence juridique avant l'approbation des comptes de l'exercice par l'assemblée générale, la constatation par celle-ci de l'existence de sommes distribuables et la détermination de la part qui est attribuée à chaque associé ; qu'il s'ensuit qu'avant cette attribution, l'usufruitier des parts sociales n'a pas de droit sur les bénéfices et qu'en participant à l'assemblée générale qui décide de les affecter à un compte de réserve, il ne consent aucune donation au nu-propriétaire* ».

B. La clause de répartition inégale des bénéfices et des dettes

45. Dans le silence des statuts, la part de chaque associé dans les bénéfices est proportionnelle à sa part dans le capital social. Cependant une répartition différente peut être envisagée par les statuts, la seule limite étant la prohibition des clauses léonines⁹⁰. S'il est interdit de priver un associé de tout droit aux bénéfices, il est en revanche possible d'aménager la répartition des bénéfices. Dans ce cas, la répartition des bénéfices doit s'effectuer dans le respect des dispositions statutaires. Elle peut être envisagée, dans les sociétés civiles, lors de la rédaction des statuts ou bien être décidée en cours de vie sociale grâce à une modification des statuts. Est admis un partage égal des bénéfices malgré une inégalité des apports ainsi qu'un partage inégal des bénéfices malgré une égalité d'apport⁹¹.

46. La modification d'une clause statutaire dérogeant au principe de proportionnalité de répartition des bénéfices ne constitue pas une donation indirecte des dividendes (1) de même qu'une contribution inégale aux pertes peut également être envisagée mais elle doit l'être expressément sous peine de se voir qualifiée de donation indirecte (2).

1) La clause de répartition inégale des bénéfices : rejet de la qualification de donation indirecte

47. Une clause statutaire de répartition inégale des bénéfices peut-elle être qualifiée de donation indirecte ? Telle était la question posée à la Cour de cassation.

Une SCI était constituée entre deux époux et leurs deux enfants. Le capital social était reparti de la façon suivante : parents et enfants détenaient chacun quelques parts en pleine propriété mais la majorité des parts était démembrée entre les parents usufruitiers et les enfants nus-propriétaires. En raison de la répartition du capital social, les parents avaient vocation à recevoir ensemble 95% des bénéfices distribuables. Quelques années après, lors d'une assemblée, les associés ont décidé à l'unanimité que durant cinq ans la répartition des dividendes s'effectuerait, différemment, à proportion de 17% pour chacun des parents et 30.5% pour chacun des enfants. Cependant, l'administration fiscale vit dans cette décision de l'assemblée une donation indirecte des

⁹⁰ C.civ. art. 1844-1 al.2.

⁹¹ Mémento pratique Francis Lefebvre, *Sociétés civiles*, 2020, n° 1526, p. 94.

parents au profit de leurs enfants. La Cour d'appel de Douai valida cette position mais la chambre commerciale de la Cour de cassation⁹² a quant à elle annulé l'arrêt d'appel au visa des articles 894 et 1842 du Code civil : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la modification de la répartition de la part de chaque associé dans les bénéfices de la société ne pouvait résulter que d'une décision collective des associés et qu'en participant à cette décision, émanant d'un organe social, M et Mme G n'ont pu consentir à une donation ayant pour objet un élément de leur patrimoine.* ». La Cour rappelle également que « *les bénéfices réalisés par une société ne participent de la nature de fruits que lors de leur attribution sous forme de dividendes, lesquels n'ont pas d'existence juridique avant la constatation de l'existence de sommes distribuables par l'organe social compétent et la détermination de la part attribuée à chaque associé, de sorte que M. et Mme G, n'ayant été titulaires d'aucun droit (...) sur les dividendes attribués à leurs enfants, soumis à l'imposition litigieuse, n'ont pu consentir aucune donation ayant ces dividendes pour objet* ».

48. Pour la cour de Cassation, l'acte litigieux provient de la société et non des parents. L'avantage dont les enfants bénéficient émane non pas d'une manifestation de volonté des parents mais d'une décision collective de l'assemblée. Elle rappelle ensuite que les parents n'avaient aucun droit sur les bénéfices tant que leur distribution n'avait pas été décidée et qu'ils n'avaient donc pu renoncer à leur part des dividendes. La qualification de donation indirecte n'a pu être retenue faute de dépouillement des parents et pour absence d'objet.

En modifiant les modalités de répartition des bénéfices, les parents ont donc pu consentir un avantage à leurs enfants sans que ce transfert de valeur soit regardé comme une donation. N'étant pas analysée comme une donation l'opération échappe aux règles civiles gouvernant le droit des successions : éviction des règles du rapport à succession et absence de taxation.

Une telle solution peut paraître attrayante lorsque les relations familiales sont harmonieuses mais lorsque ces dernières sont conflictuelles une telle opération peut

⁹² Cass. com. 18 décembre 2012, n° 11-27.745 JurisData n° 2012-029941 : J-P GARCON, « L'insertion d'une clause statutaire de répartition inégale des bénéfices peut-elle être qualifiée de donation indirecte », *JCP N* 2013, 1010 ; H. HOVASSE, « Modification de la répartition des droits à dividendes et donation indirecte », *JCP E* 2013, 1066.

aboutir à un contournement de l'ordre public successoral et permettre de favoriser un héritier⁹³.

2) Contribution inégale aux pertes : hypothèses de requalification en donation indirecte en l'absence de disposition statutaire

49. Une SNC était constituée entre un père et ses trois enfants. La société présentait d'importantes pertes, pour apurer une partie de son passif, dans l'objectif d'une vente, lors d'une assemblée générale extraordinaire il est décidé une augmentation de capital, d'un montant de 14.145.000F, puis d'une réduction du même montant par imputation des pertes. L'augmentation se fit par imputation du compte courant du père.

A la suite d'un contrôle, l'administration fiscale notifia un redressement portant sur les droits de mutation à titre gratuit aux enfants. Elle considéra que chaque associé aurait dû participer aux pertes à proportion de sa part dans le capital social et que le versement fait par le père constituait une donation indirecte au profit des enfants associés. Le TGI par trois décisions du 19 mai 2004 donna raison à l'administration fiscale. Aucun appel sur la question de la qualification de donation indirecte ne fut formé, les contestations portaient sur le montant du redressement. Toutefois, la Cour de cassation par une décision du 3 mars 2009⁹⁴ relève que « *M. Sauvage (...) avait en effectuant un apport de 14 145 000 F le 26 octobre 1999, sous couvert d'une augmentation de capital suivie d'une réduction de même montant, éteint une perte de la société au-delà de ce qui lui incombait et que ce versement devait s'analyser comme une donation indirecte* ».

50. Les éléments caractérisant une donation étaient donc ici réunis : s'agissant du dépouillement, celui-ci était bien actuel et irrévocable. La contribution aux pertes est inhérente à la qualité d'associé. En effet, l'article 1832 alinéa 3 du Code civil dispose que « les associés s'engagent à contribuer aux pertes ». Cette obligation ne joue en principe qu'à la dissolution de la société à moins que les statuts n'en disposent autrement. En l'espèce, la décision des associés traduisait pour l'administration fiscale l'appauvrissement du père, ce qui était le cas. En apurant la dette, c'est bien ce dernier

⁹³ Ch. BAHUREL, « Réserve et sociétés » *Def.* 2019, p54.

⁹⁴ Cass.com. 3 mars 2009, n°07-20871 : *BJS* 2009, p.552, note J-P. GARCON ; *JCP N* 2009, 1312, note J. LEDAN.

qui s'appauvrit et il va encore plus loin en y contribuant au-delà de la part qui lui incombait alors que les statuts prévoyaient une contribution des associés proportionnelle à leurs apports. En raison de l'ampleur de sa participation, c'est intentionnellement qu'il a agi ainsi au bénéfice de ses enfants.

Ce que la cour condamne c'est une contribution « anormalement disproportionnée »⁹⁵.

Comme le souligne J.LEDAN « en présence d'une clause statutaire prévoyant une contribution non proportionnelle aux apports, les choses auraient été différentes »⁹⁶. A la condition qu'elle ne soit pas léonine, les associés sont libres de prévoir une disproportion entre la contribution aux pertes et leur part dans le capital social et la jurisprudence reste vigilante quant au respect de ces clauses⁹⁷. De même sont admises les clauses prévoyant un partage inégal des pertes malgré des apports égaux⁹⁸. En effet, la règle posée par l'article 1844-1 du Code civil qui prévoit que « la part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social (...) » n'est pas d'ordre public.

Cette situation n'est cependant pas isolée puisque la Cour d'appel d'Orléans⁹⁹ a eu à connaître de faits similaires, même si en l'espèce la procédure fiscale a été annulée, au sujet d'une SCI familiale où les parents avaient régulièrement couvert les dettes de la société. La qualification de donation indirecte avait été cependant retenue.

51. La jurisprudence retient la qualification de donation indirecte en caractérisant l'élément matériel de la donation c'est-à-dire l'appauvrissement du donateur,

⁹⁵ J-P GARCON, *art.préc.*, p.442, n°20.

⁹⁶ L. LEDAN, *JCP N* 2013, 1312, p.41.

⁹⁷ CA Paris.3^ech.C, 11 février 2000, n°1998/24770 : *BJS* 2000, p.567, note J-J DAIGRE.

⁹⁸ Ph.MERLE et A.FAUCHON, *Droit commercial*, Dalloz, 12^e édition, 2008, p.

⁹⁹ CA Orléans, ch.com.,2 février 2006, JurisData n° 2006-303268 : une société civile immobilière avait été constituée entre un couple et leurs quatre enfants. Les parents ont couvert sur une longue période les pertes de la société par des apports ne pouvant être analysés ni en des prêts ni en des apports en compte courant. L'administration fiscale les a alors requalifiés en donations indirectes faites aux quatre enfants. Des propositions de redressement leur ont été notifiées et des avis de mise en recouvrement ont été émis. Cependant, les enfants ont assigné l'administration fiscale en annulation des redressements. Le tribunal de grande instance de Tours annula les redressements et le représentant de l'administration fit appel de la décision. La Cour d'appel d'Orléans confirma la décision : lorsque l'administration fiscale veut requalifier ces apports en donations indirectes ou déguisées pour les soumettre aux droits de mutation à titre gratuit, il y a lieu d'appliquer la procédure de redressement contradictoire et non la procédure de taxation d'office qui ne permet pas d'engager une discussion sur la qualification juridique de l'opération en cause.

l'enrichissement du donataire et l'élément intentionnel, l'intention de donner. C'est l'identification de ce dernier élément qui permet de la distinguer de l'avantage indirect et sur lequel repose son identification. Critère subjectif, laissé à l'appréciation des juges du fond.

L'existence d'une société de plus ayant un caractère familial renforce la suspicion de l'administration fiscale. Le fonctionnement de la société et la liberté statutaire permettent d'exclure la qualification de donation indirecte de certaines pratiques. En effet, la cour de cassation renforce l'autonomie de la personne morale qui « conduit à une vision séquentielle et fractionnée des opérations permettant d'avantager un associé présentant un lien de famille avec l'instigateur du montage »¹⁰⁰. La société peut ainsi devenir un véritable outil de transgression.

Section 2 : La société : outil de transgression des règles successorales et fiscales

52. Les avantages de la structure sociale évoqués précédemment peuvent laisser apparaître un côté plus sombre. En effet, la liberté contractuelle offerte par la société civile et l'écran de la personnalité morale peuvent en faire un véritable outil de transgression.

Si la société peut être un outil de transmission et de conservation du patrimoine familial, elle peut également devenir un instrument permettant de contourner certaines dispositions légales.

Elle peut ainsi permettre de contourner certaines règles successorales (§1) ou fiscales (§2).

§1 : Outil de contournement des règles successorales

53. La réserve, pilier de l'ordre public successoral, empêche un parent de déshériter totalement un enfant et le droit des successions repose sur le principe de l'égalité des filiations. Or, la création d'une société peut être un moyen de concéder discrètement certains avantages mais elle ne doit cependant pas être un moyen de nuire. La création

¹⁰⁰ J-P GARCON, *art.préc.*, p.450, n° 34.

d'une société pourra permettre d'avantager indirectement les héritiers associés (A) et de réduire les coûts de transmission (B)

A. Avantager indirectement certains héritiers

54. Les sociétés de familles peuvent être des outils permettant d'avantager indirectement un membre de la famille, « la société conclue entre le défunt et un successible permet de conférer à l'héritier associé des avantages moins visibles et plus difficiles à déceler que dans tout autre contrat »¹⁰¹. Elle peut être une stratégie pour contourner l'ordre public successoral qui limite le pouvoir de chacun de disposer librement de ses biens. Toutefois, la fraude vient se poser en limite comme le montre certaines décisions de la Cour de cassation (1). La jurisprudence reste également vigilante aux intentions des disposants et n'hésite pas à soumettre au rapport à succession les donations effectuées par l'interposition d'une société (2).

1) La fraude : limite au pouvoir d'avantager un membre de la famille

55. Est sanctionnée la fraude à l'égard des enfants nés d'un premier mariage (a) ou des droits des héritiers réservataires (b).

a) Fraude aux droits des enfants nés d'un premier mariage

56. Une SCI ayant pour objet l'exploitation d'un immeuble avait été constituée entre trois personnes d'une même famille, les parents et leur fils. Quelques années plus tard cette SCI donne à bail l'immeuble lui appartenant à une autre société dont le gérant était le fils. A son décès, le père laisse pour lui succéder ces derniers ainsi qu'un fils né d'un premier mariage qui se retrouve propriétaire indivis des parts de sociétés dépendant de la succession de son père. Il assigne ses cohéritiers afin d'obtenir la dissolution de la SCI et l'annulation du bail consenti par elle. Débouté en appel, la cour le déclara irrecevable en cette demande au motif qu'il ne pouvait agir seul. Il forma alors un pourvoi en cassation en reprochant aux juges de ne pas avoir recherché si les actes antérieurs ne procédaient pas d'une collusion entre ceux qui y avaient souscrit, en vue de porter frauduleusement atteinte à ses droits. La première chambre civile fit droit à sa demande

¹⁰¹ Ph. MALAURIE, C. BRENNER, Droit des successions et des libéralités, 7^e éd., LGDJ, 2016, n° 871.

au visa du principe *fraus omniacorrumpit*. Cet adage a « le rare privilège, vigile suprême, de garantir la loyauté des rapports juridiques »¹⁰². La fraude corrompt tout, « y compris l'application normale des règles de droit (...) la fraude fait exception à toutes les règles »¹⁰³. Au sens strict, la fraude, « se manifeste chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif »¹⁰⁴. La fraude permet de rendre recevable une action qui ne l'est pas. Comme le montre la décision en cas de fraude « des coïndivisaires ne peuvent se retrancher derrière la règle de l'unanimité qui commande le fonctionnement de l'indivision, pour interdire à l'un d'entre eux d'entreprendre une action. Un acte obtenu par fraude ne peut créer de droit au profit des auteurs de la fraude »¹⁰⁵.

b. Fraude aux droits des héritiers réservataires

57. La loi protège les héritiers réservataires de certains actes apparemment onéreux effectués avec certains successibles en présument qu'ils constituent « des libéralités faites en fraude de la réserve légale »¹⁰⁶. En effet, l'article 918 du Code civil pose une présomption, irréfragable, de gratuité concernant l'aliénation « soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdus, ou avec réserve d'usufruit à l'un des successibles en ligne directe ». Ces aliénations sont regardées comme des donations préciputaires.

Cependant la question s'est posée de savoir si la vente pour partie en viager d'un immeuble à une SCI ayant pour associé un successible en ligne directe du vendeur tombe sous le coup de l'article 918. La Cour de cassation¹⁰⁷ a répondu par la négative.

En l'espèce, un père de six enfants avait vendu une maison avec terrain à une SCI, le prix étant réglé pour partie au comptant par cette dernière où l'un des enfants détenait 20% du capital et l'autre partie par une rente viagère annuelle par une autre société dans laquelle il possédait aussi des parts. Au décès du père certains des frères et sœurs assignèrent le frère, la SCI et les autres frères sur le fondement de l'article 918 du Code civil afin d'obtenir le rapport à la succession de la valeur réelle du bien. La Cour de

¹⁰² H.ROLAND et L.BOYER, ADAGES du droit français, 3^e éd., Litec, 1992, p.288.

¹⁰³F.TERRE, Introduction générale au droit, 10^e éd. Dalloz, 2015, n° 504.

¹⁰⁴ *Ibid*

¹⁰⁵ PH.DELEBECQUE, *op.cit.*

¹⁰⁶ PH.MALAUURIE, C.BRENNER, *op.cit.*, n°739.

¹⁰⁷ Cass.1^{er} civ., 30 septembre 2009, n° 08-17.411 : JurisData : 2009-049667 ; *Dr.fam.* 2009, comm.143, note B.BEIGNIER.

cassation a alors approuvé la cour d'appel d'avoir refusé l'application de l'article, « (...) peu important que cette société ait pour associé un successible en ligne directe du vendeur décédé, dès lors que celle-ci ayant une personnalité juridique distincte, ladite opération n'avait pu avoir pour effet de rendre ce dernier propriétaire du bien ». En considérant que la société civile, qui dispose d'une personnalité juridique distincte de celle de ses membres, est la seule propriétaire de l'immeuble, la Cour de cassation permet le contournement de l'article 918. La solution a été saluée¹⁰⁸ mais aurait -elle été la même si la participation du fils dans la société avait été majoritaire ?¹⁰⁹

La jurisprudence reste cependant vigilante aux éventuelles donations effectuées par l'interposition d'une société et impose dans certaines circonstances leur rapport.

B. Le rapport des donations effectuées par l'interposition d'une société

58. Ne sont pas concernés par le rapport les avantages qu'un successible tire de la société formée avec le défunt si le contrat de société a été passé en la forme authentique. En effet, l'article 845 du code civil dispose qu'« il n'est pas dû de rapport pour les associations faites sans fraude entre le défunt et l'un de ses héritiers, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique ». Lorsque l'acte est passé en la forme authentique¹¹⁰ c'est-à-dire établi par un officier public tel qu'un notaire, l'existence d'une donation éventuelle doit être prouvée. En revanche, si le contrat de société n'est pas passé en la forme authentique la loi présume l'existence d'une donation rapportable, l'avantage étant considéré comme frauduleux¹¹¹. En effet, il ne s'explique « que par sa qualité de successible et la volonté du défunt de l'avantager au détriment de ses cohéritiers »¹¹². Seule la fraude permettra d'écarter les dispositions de l'article 845 du Code civil. En cas de fraude, le rapport des avantages reçu sera nécessaire et la Cour

¹⁰⁸ *AJ fam.* 2009, p.459, obs.F. BICHERON.

¹⁰⁹ R.LE GUIDEC, « Successions-partage-successions et libéralités » JCP G, 2010, doct.203, n° 8.

¹¹⁰ C.civ., art. 1369, al. 1^{er} : « L'acte authentique est celui qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter ». C.civ., art 1371, al 1^{er}: « L'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux de ce que l'officier public dit avoir personnellement accompli ou constaté ».

¹¹¹ M.GRIMALDI, *Droit civil successions*, 5^e éd., Litec 1998, n° 670.

¹¹² PH.MALAUURIE, C.BRENNER, *op.cit.*, n°739.

de cassation l'a déjà rappelé¹¹³ : un couple est décédé laissant comme héritiers leurs cinq enfants, dont l'un d'eux travaillait avec son père. Des locaux avaient été acquis grâce à la création d'une SCI par acte notarié, constituée entre les parents et le fils travaillant avec eux. Avaient également été constitués toujours entre eux une SARL et une seconde SCI par acte sous seing privé pour l'acquisition d'un hangar. Certains des frères et sœurs ont dans le cadre des opérations de liquidation des successions des parents, demandés à ce que leur frère soit condamné au rapport des avantages qu'il a reçus. Condamné par les juges du fond, ce dernier forma un pourvoi en cassation : pour la cour les montages effectués ont eu pour effet d'avantager le fils associé qui s'est au travers des sociétés du groupe enrichi sans contrepartie aux dépens du patrimoine de ses parents et donc de leur succession. De plus, le déséquilibre entre l'attribution des parts et les apports financiers, la cour a caractérisé la fraude commise au préjudice des autres héritiers, excluant donc l'application des dispositions de l'article 854 du Code civil.

59. La structure sociale peut être le moyen permettant de réaliser une donation indirecte. L'écran de la personnalité morale ne fait pas échec à une telle qualification et la Cour de cassation est venue rappeler que l'interposition d'une société ne fait pas obstacle au rapport à succession d'une donation¹¹⁴. Un père décède et laisse pour lui succéder son épouse et deux enfants issues d'unions précédentes. Il avait de son vivant, confié un fonds de commerce lui appartenant à une société créée et gérée par son fils. Le contrat de location gérance avait été par la suite résilié, avant son décès, sans qu'il n'y ait de restitution du fonds. En effet, le défunt avait fait mention de cette absence de restitution dans un codicille apporté à son testament. L'épouse assigna alors ses cohéritiers en partage. Cette dernière ainsi que la fille du défunt demandèrent notamment le rapport à la succession le montant correspondant à la valeur du fonds. Condamné au rapport de la somme de 75 000€ correspondant à la valeur du fonds, par les juges du fond, le fils forma un pourvoi en cassation contestant d'une part l'existence d'une donation indirecte à son profit et d'autre part la somme qu'il devait rapporter. En effet, pour ce dernier, un héritier ne doit le rapport que des libéralités qui lui ont été personnellement consenties. La première chambre civile approuve la Cour d'appel de

¹¹³ Cass.civ.1, 6 novembre 2002, n° 99-17.923. N. PETERKA, *JurisClasseur Civil Code- Fasc. Unique : successions- Rapport des libéralités. Généralités et domaine d'application*, n° 76 et 77.

¹¹⁴ Cass.1^{er} civ., 24 janvier 2018, n° 17-13.017, *JurisData* n° 2018-000619 : *Dr.fam.*2018, comm.102, note M. NICOD.

Nîmes d'avoir retenue le rapport de la donation consentie par l'interposition de la société. Comme le souligne un auteur, « le fait que la donation transite par le capital d'une société ne change effectivement pas le fait que le fils en est le bénéficiaire réel. Au contraire même, cette interposition de personne confère à la donation son caractère indirecte »¹¹⁵. La cour casse toutefois la décision ayant fixé le montant du rapport à la valeur du fonds. Pour la Cour de cassation le rapport n'est dû à la succession qu'en proportion du capital détenu : « *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* ».

Le Code civil ne donne pas de définition de la donation indirecte. Elle se caractérise toutefois par l'absence de transmission directe entre les parties comme le souligne un auteur : « compte tenu de sa nature, une donation suppose nécessairement un enrichissement du donataire, et un appauvrissement corrélatif du donateur, l'ensemble reposant sur une intention libérale. Mais ce déséquilibre patrimonial peut se réaliser de deux façons : par un transfert direct inter partes, et l'on est dans le cas d'une libéralité directe ; par une modalité qui esquivait toute transmission de richesse entre les parties, ce qui signale la donation indirecte »¹¹⁶.

Comme n'importe qu'elle donation elle suppose la réunion d'un élément psychologique, l'intention libérale et un d'un élément matériel : l'appauvrissement du donateur et l'enrichissement corrélatif du donataire. Pour les juges du fond, en l'espèce, l'élément matériel de la donation était caractérisé par l'absence de restitution du fonds de commerce lors de la résiliation du contrat de location gérance. La preuve de l'intention libérale de leur père résultait du codicille apportait à son testament dans lequel ce dernier mentionnait l'absence de restitution du fonds.

La Cour de cassation reste vigilante au regard des techniques visant à contourner les règles du rapport à succession car une donation bien qu'indirecte comme toute donation est présumée rapportable¹¹⁷.

Si elle n'est pas exigeante sur la qualification elle condamne les procédés visant à avantager certains héritiers associés. En effet, « la Cour de cassation ne contrôle pas la nature déguisée ou indirecte de la libéralité lorsque ce caractère reste sans conséquence

¹¹⁵ K. RODRIGUEZ, *Gaz.Pal.* 2018, p.63.

¹¹⁶ R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Déf.* 2000, p. 1409, 7°.

¹¹⁷ C.civ. art.843.

sur l'issue du litige »¹¹⁸. Elle l'a récemment démontrée à propos d'une vente consentie par un père à une société gérée par son fils¹¹⁹. En l'espèce, un individu décède laissant pour lui succéder son épouse, son fils ainsi que deux petits enfants venant par représentation de leur père prédécédé. Des difficultés sont apparues lors du règlement de sa succession. En effet, de son vivant il avait cédé un bien immobilier à une SCI dont le gérant était son fils au prix de 205 000€. Or, l'expert intervenu à la demande des parties mis en évidence une sous-évaluation de ce bien de près de 40% au moment de la cession l'estimant à 336 000€. Condamné par les juges du fond au rapport à la succession de la somme de 336 000€, cette sous-évaluation caractérisant l'intention libérale du défunt au profit de son fils. Ce dernier forma alors un pourvoi en cassation. Pour la première chambre civile, « *cette diminution de prix caractérisée prouve l'intention libérale du défunt au profit de son fils* ». Si elle approuve la qualification de donation déguisée, laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, elle désapprouve toutefois le montant du rapport. Pour celle-ci, « *le rapport d'une donation déguisée sous couvert d'une vente à moindre prix n'est dû que pour l'avantage ainsi conféré, correspondant à la différence entre la valeur du bien donné et le prix payé* ». La qualification de donation déguisée ici retenue par la première chambre civile a été critiquée par les auteurs. Pour ces derniers, celle de donation indirecte paraissait justifiée. Comme le souligne le Professeur Michel GRIMALDI « on sait en effet, ce qui rapproche la donation déguisée de la donation indirecte, et ce qui les sépare : l'une et l'autre sont des donations dissimulées, mais la première est cachée par un mensonge, alors que la seconde l'est par un silence. Raisonons sur une vente : s'il a été convenu que le prix convenu ne sera payé, l'acte apparent est mensonger, et il y a déguisement, simulation ; si, en revanche, le prix convenu est simplement inférieur à la valeur, mais qu'il doit être payé, il n'y a aucun mensonge sur les obligations des parties »¹²⁰. Une fois révélée, cette donation sera soumise au rapport comme l'impose l'article 843 du code civil car « en dépit du principe de prohibition du rapport pour autrui, la jurisprudence ne se laisse pas abuser par l'écran social et ordonne le rapport des donations faites par l'interposition d'une société »¹²¹.

¹¹⁸ M. NICOD, *Dr. fam.* 2019, comm.208.

¹¹⁹ Cass.1^{er} civ., 11 juillet 2019, n° 18-19415, jurisData n° 2019-012602.

¹²⁰ M. GRIMALDI, « Retour sur la distinction entre la donation déguisée et la donation indirecte », *RTD Civ.* 2019, p.634.

¹²¹ L. JUZAN, *Gaz.Pal.*2019, p.62.

60. Bien que la structure sociale puisse être une technique de gratification, le patrimoine social se distingue du patrimoine personnel des associés. L'écran de la personnalité morale permet de concéder certains avantages mais elle conduit également à dissocier le patrimoine de la société et celui de ses associés. Les associés, quelle que soit leur participation dans le capital social, ne peuvent disposer librement des biens dont la société est propriétaire. En effet, l'acquisition par la société de la personnalité morale dès son immatriculation au registre du commerce et des sociétés fait naître une autonomie patrimoniale. Cette interdiction a été rappelée¹²² par la Cour de cassation¹²³. L'associé d'une SNC est décédé laissant pour lui succéder ses deux fils. Détenant 499 des parts sur les 500 constituant le capital social (l'un des fils majeurs détenait la part restante) il avait par acte authentique désigné un exécuteur testamentaire, légué à son fils associé des biens meubles et immeubles appartenant à la société et à sa concubine un appartement qui était propriété de la société. Les enfants, l'exécuteur testamentaire et la société ont alors assigné la bénéficiaire du legs en nullité de ce dernier. Si les juges de première instance ont bien retenu la nullité du legs, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence autorisa sa délivrance. Pour celle-ci la délivrance du legs pouvait être demandée par la compagne du défunt, le testament devant être interprété de la même manière pour tous ses bénéficiaires, le fils aîné s'étend vu attribué certains éléments de l'actif social. Pour la cour, le disposant avait eu l'intention de céder les biens de la société à concurrence des parts dont il disposait dans le capital. Ainsi, l'appartement devait être attribué à sa compagne à charge pour cette dernière de reverser au fils aîné 1/500^e de la valeur du bien. Cette décision est cependant cassée par la première chambre civile au visa de l'article 1021 du Code civil : le legs particulier de la chose d'autrui est nul et la Cour relève « *qu'au jour de l'ouverture de la succession, la société était seule propriétaire de l'immeuble légué* ». La société étant seule propriétaire de l'immeuble, le legs est nul. La constitution d'une société peut ainsi être motivée par une volonté de favoriser certains héritiers mais également pour contourner certaines règles fiscales.

¹²² CA Paris, Pôle 3, 20mai 2009, JurisData n° 2009-377150.

¹²³ Cass. 1^{er}. civ., 15 mai 2018, n° 14-11.123, JurisData n° 2018-008107 : *Gaz.Pal.*2018, p.53, obs. C-A. MICHEL ; *Dr. fam.* 2018, comm.216, note M. NICOD.

§2. Le contournement des règles fiscales

61. La constitution d'une société peut également avoir pour motivation une diminution des couts de transmission et la jurisprudence valide et pose le cadre des schémas permettant cette réduction (A).

Elle reste néanmoins vigilante aux intentions des fondateurs et les techniques frauduleuses d'instrumentalisation de la personne morale visant à dissimiler une partie du patrimoine personnel de la famille afin de contourner les règles fiscales (B).

A. Transmettre à moindre coût

62. Il est désormais fréquent qu'une société soit utilisée comme un outil d'anticipation successorale. L'administration fiscale peut soit y voir le moyen de réaliser une donation indirecte, soit requalifier l'opération d'abus de droit en invoquant le caractère fictif de la société ou son but exclusivement fiscal. Il existe trois catégories d'abus de droit fiscal : tout d'abord celui pour fictivité ensuite l'abus de droit pour fraude à la loi dans un but exclusivement fiscal¹²⁴ et enfin l'abus de droit pour fraude à loi dans un but principalement fiscal¹²⁵.

63. Le risque de qualification d'abus de droit s'agissant de **l'apport de la nue-propriété d'un immeuble suivi de la donation des parts**, semble pouvoir être écarté aujourd'hui¹²⁶.

¹²⁴ LPF, art.64 : « Afin d'en restituer le véritable caractère, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles ».

¹²⁵ LPF, art. L.64A : « Afin d'en restituer le véritable caractère et sous réserve de l'application de l'article 205 A du code général des impôts, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes qui, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ont pour motif principal d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles ».

¹²⁶ R. MORTIER, « L'apport de nue-propriété à une société civile suivi de la donation des parts sociales », in *Mél. H. HOVASSE*, LexisNexis 2016, p.3330.

Le schéma, dans le cadre d'une société de famille, consiste dans un premier temps en l'apport, des parents, de la nue-propiété d'un bien (immeuble ou portefeuille de valeurs mobilières) à une SCI, la plupart du temps constituée pour l'occasion, en s'en réservant l'usufruit puis, dans un second temps, ils procèdent à la donation de la pleine propriété des titres aux enfants. Dans la plupart des cas, la donation sera concomitante à la création de la société civile mais « contrairement à ce que soutient l'administration, la concomitance de la création des deux (SCI et de la donation-partage) ne constitue nullement une présomption d'abus de droit, une telle pratique étant d'usage courant lors de la réalisation d'opérations juridiques complexes »¹²⁷.

64. Comme toute donation, celle de la nue-propiété d'un bien est soumise aux droits de mutations à titre gratuit dont la valeur est fixée par le barème de l'article 669 du CGI. Avec le soutien de la doctrine, le montage consistant en l'apport de la nue-propiété d'un bien suivi de la donation des parts avait connu un grand succès¹²⁸ puisqu'il permettait de contourner ce barème fiscal. Celui-ci souvent critiqué continue, même depuis son actualisation par la loi du 30 décembre 2003¹²⁹, comme le souligne un auteur, à « majorer arbitrairement la valeur de la nue-propiété donnée, et donc l'impôt dû »¹³⁰.

Le recours à ce schéma permet donc de diminuer l'assiette de l'impôt, « la donation ayant pour objet des titres sociaux, les droits sont assis sur la valeur des parts sociales. Cette valeur dépend du montant de l'actif net de la société, à savoir la valeur de la nue-propiété des immeubles, diminuée le cas échéant du passif social »¹³¹.

65. Malgré le nouveau barème fiscal, l'intérêt des particuliers pour ce schéma ne s'est pas essoufflé, ni d'ailleurs celui de l'administration fiscale.

A l'occasion de ses contrôles, cette dernière contestait symétriquement la validité de ce montage sur le fondement de l'article L.64 du LPF réprimant les abus de droit. Cette théorie permet de requalifier les faits contenus dans un acte et vient ainsi fixer une

¹²⁷ CA Bourges, 12 mars 2001, n° 99-00456, *Lumet*

¹²⁸ R. GENTILHOMME, « Apport en nue-propiété, transmission et abus de droit », *JCP N* 1998, n°3 p. 62 ; J-M. MATEU et P. FERNOUX « Transmettre la nue-propiété d'un immeuble par apport à une SCI suivi d'une donation des parts : c'est possible », *JCP E* 2002, 1762

¹²⁹ L.fin.2004, 30 décembre 2003, n°2003-1311, art.19 : *Dr. Fisc.*2004, n°1-2, comm.1.

¹³⁰ R. MORTIER, « Notion de société fictive », *Dr. sociétés* 2007, comm.174, p. ??

¹³¹ F. DEBOISSY et S. QUILICI, *op.cit.*, p.33, n°56

limite à la liberté de gestion des contribuables. Cet article sanctionne « les actes qui dissimulent la portée véritable d'un contrat ou d'une convention à l'aide de clauses qui donnent ouverture à des droits d'enregistrement moins élevés »¹³².

L'article L.64 du LPF permet donc à l'administration fiscale de rendre à l'acte litigieux son véritable caractère et de redresser le contribuable. Surtout, le schéma constitutif d'un abus de droit se voit appliquer une sanction fiscale consistant en une majoration de 80% du montant de l'imposition que le montage a permis d'éviter, en application de l'article 1729 du CGI.

De nombreux redressements ont été opérés sur ce fondement, l'administration fiscale retenant soit la fictivité de la société soit le but exclusivement fiscal de l'opération. Pour la Cour de cassation « l'administration des impôts doit, pour pouvoir écarter comme lui étant inopposables certains actes passés par le contribuable, établir que ces actes avaient un caractère fictif ou pouvaient être regardés comme ayant eu pour seul but d'éviter les impositions dont était passible l'opération réelle »¹³³.

Lorsqu'il a été consulté, le Comité consultatif pour la répression des abus de droit (CCRAD) s'est toujours rangé du côté de l'administration fiscale¹³⁴.

A l'inverse, les tribunaux¹³⁵ et les cours d'appel¹³⁶ ont validé ces montages en rejetant l'abus de droit.

La position de la Cour de cassation était attendue et elle a été donnée dans une décision du 3 octobre 2006, dans laquelle elle valide le montage.

En l'espèce¹³⁷, les époux *Botherel* avaient avec un de leurs enfants constitué une société civile, à laquelle ils avaient apporté la moitié en usufruit d'une somme en numéraire et la nue-propriété portant à la fois sur des parts sociales et sur un immeuble indivis entre

¹³² P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, 6^e éd., Dalloz, 2007, p.27, n°26

¹³³ Cass.com., 19 avril 1988, *Dozinel* : Bull.civ.1988

¹³⁴ Rapport CCRAD 1996, avis n° 96-12 et 96-14 : JCP N, 1997, n°16, prat.4016 ; 2003, avis n° 2003-20 et 2003-23 : JCP N, 2004, 1305 ; 2004, avis n° 2004-9 et 2004-16 : JCP N 2005, 1285.

¹³⁵ TGI Créteil, 1^{re} ch., 20 juin 2000, n°00446, *Mlle Despouys* : P. FERNOUX, « SCI et démembrement de propriété : contribuables...poursuivez la résistance ! », *Dr.et patrimoine* avril 2001, p.33 ; TGI Bobigny, 28 septembre 2004, n° 03/09463, *Storchan*

¹³⁶ CA Bourges, 12 mars 2001, n°99-00456, *Lumet* : P. FERNOUX, « SCI et démembrement de propriété : vive la résistance », *JCP N* 2001, II, p.978 ; CA Paris, 1^{re} ch. B, 7 mars 2002, n°00-19154, *Cts Despouys* : JurisData n°2002-183118 : M. MATEU et P. FERNOUX « Transmettre le nue-propriété d'un immeuble par apport à une SCI suivi d'une donation des parts : c'est possible », *JCP E* 2002, 1762 ; CA Reims, sect.1, n° 02-2805, *Antonel*.

¹³⁷ Cass. com., 3 octobre 2006, n° 04-14.272, JurisData n° 2006-035454.

eux. Par un acte du même jour ils ont transmis à leurs enfants par voie de donation-partage la pleine propriété de la quasi-totalité des parts de la société civile créée. L'administration fiscale notifia cependant aux parents un redressement. Après réclamations, les époux ont assigné le directeur des services fiscaux devant le tribunal de grande instance en dégrèvement de l'imposition mise à leur charge. Si leur demande fut rejetée en première instance, la Cour d'appel de Rennes y fit droit. Amenée à se prononcer, la chambre commerciale valida l'arrêt de la cour d'appel en précisant que : « *d'une part, l'opération critiquée permettait aux époux Botharel, tous les deux gérants de cette société et disposant d'une minorité de blocage, de transmettre à leurs enfants une partie des biens dont ils conservaient les revenus, d'autre part, que la transmission des parts permettait un partage équitable entre les descendants, les difficultés inhérentes à un partage en trois lots équivalents de biens de nature différente et d'entité distincte se trouvant évitées ; qu'en l'état de ces constatations, desquelles il résulte que l'opération litigieuse ne présentait pas une finalité exclusivement fiscale...* ».

Un auteur avait vu dans cette décision « l'épilogue heureux d'un long combat »¹³⁸. Mais quelques mois plus tard, elle sanctionna le montage au motif qu'il était constitutif d'un abus de droit en se fondant sur le caractère fictif de la société, dans l'arrêt *Saunier*¹³⁹ très critiqué¹⁴⁰.

Certains auteurs s'étaient demandé s'il fallait voir dans cette décision un revirement de jurisprudence, mais par deux arrêts de 2008 la chambre commerciale réaffirme que le schéma de l'apport avant donation n'est pas constitutif d'un abus de droit.

¹³⁸ P. FERNOUX, « SCI et démembrement de propriété : l'épilogue heureux d'un long combat », *Dr. fiscal* 2007, 302.

¹³⁹ Cass. Com., 15 mai 2007, n° 06-14.262.

¹⁴⁰ M.COZIAN, « Abus de droit, apport-cession et apport donation : la Cour de cassation serait-elle en train de perdre le cap ? » *JCP E* 2007, 2100, ; D. TRICOT, « Faut-il croire la Cour de cassation ?, *Les Echos*, 13 juin 2007, p.13 : « On s'inquiète : les juges auraient-ils perdu la raison ? La Cour de cassation aurait-elle oublié que donné, c'est ; reprendre, c'est voler ?...Dans un domaine voisin -celui de l'abus de droit-, il existe nombre d'officines qui conseillent des montages purement artificiels dans l'unique dessein d'éluder l'impôt et qui, se heurtent à la règle telle qu'elle est rappelée par la Cour de cassation, crient au scandale, à l'incohérence, voire à la contradiction avec le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. Pourtant, les deux juridictions suprêmes rappellent d'une seule voix que l'artifice utilisé à des fins exclusivement fiscales, sans justification économique, ne permet pas d'échapper à l'impôts...Le juge fiscal demeure fidèle à sa mission : il applique sereinement la loi en l'interprétant de manière uniforme ».

66. Selon H. Capitant « l'acte abusif est l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit, à sa finalité ». L'absence d'intérêt légitime et sérieux justifiant l'opération implique l'application de la théorie de l'abus de droit par l'administration.

Le schéma consistant en l'apport de la nue-propriété d'un bien suivi de la donation des parts doit répondre à une véritable logique de transmission patrimoniale et les motifs qui justifient le recours à la création d'une société civile doivent être identifiés. L'opération doit reposer sur un montage juridiquement fondé. Même si le but recherché est bien d'empêcher l'application du barème légal, l'abus de droit sera écarté si des motivations autres que fiscales et bien réelles viennent au soutien du montage. On se situe ici dans un cas d'optimisation ou d'habileté fiscale. Cependant, la frontière séparant l'optimisation fiscale, légale, de l'abus de droit, répréhensible, n'est pas strictement posée¹⁴¹. Selon O. FOUQUET « la décision *Sagal* nous paraît fournir la clef de la distinction entre optimisation fiscale et l'abus de droit. Dans les deux cas, il y a montage juridique et recherche exclusive d'un avantage fiscal. Mais, dans le cas de l'optimisation fiscale, le montage consiste en une succession d'actes qui produisent pleinement leurs multiples effets tant économiques que juridiques, de sorte que la voie fiscalement la moins onéreuse ne peut être regardée comme juridiquement et économiquement équivalente à la voie fiscalement la plus onéreuse». ¹⁴². La prise en compte de considérations fiscales reste licite puisque « en présence de deux techniques juridiques dont la finalité est identique, il est licite d'opérer un choix en fonction de la fiscalité »¹⁴³.

67. Dans ses différentes décisions, la Cour de cassation livre les motivations permettant d'exclure la fictivité de la société ou le but exclusivement fiscal de l'opération.

68. Le caractère fictif de la société civile peut être retenu par l'administration fiscale comme dans les affaires *Saunier* et *Wurtemberger*¹⁴⁴. La première affaire concerne non pas un immeuble mais un portefeuille de titres, en l'espèce, une mère avait avec ses deux enfants constitué une société civile à laquelle elle avait apporté la nue-propriété de son portefeuille- titres et chacun des enfants un apport symbolique en numéraire, ayant pour objet la propriété et la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières. La Cour de

¹⁴¹ P. FERNOUX, « L'actualité de l'abus de droit ou comment cerner la frontière entre abus de droit et optimisation fiscale », *Dr. et Patrimoine*, février 2008, n° 167, p.61.

¹⁴² O. FOUQUET, « Abus de droit : éclaircie », *Rev.adm.*2005, p.482

¹⁴³ Rép.min.n° 10603 : JOAN Q, 25 avril 1970

¹⁴⁴ Cass.com., 13 janvier 2009, n° 07-20.097.

cassation s'en est remise à l'appréciation des juges du fond pour déclarer la société fictive en retenant « le défaut de fonctionnement de la société, aucun acte de gestion relatif à l'achat ou à la vente de valeurs mobilières n'ayant été effectué entre le moment de la constitution de la société et l'acte de donation-partage litigieux mais aussi l'absence d'autonomie financière de celle-ci ; l'absence d'apports réels » des enfants « le défaut d'une véritable volonté de s'associer reconnu par les enfants ». Dans la seconde, la Cour confirme le risque de fictivité d'un tel montage au motif que la société « ne disposait d'aucun moyen financier pour assurer la gestion de son patrimoine ».

Chacune des motivations de la Cour a été critiquée et mis à mal¹⁴⁵ par la doctrine mais doivent être prises en compte pour éviter que de futures opérations soient qualifiées de fictives.

Tout d'abord s'agissant de la réalité de l'activité : la société créée par Madame Saunier et ses enfants était purement passive et avait pour seul objet la détention d'un patrimoine, ce qui est licite¹⁴⁶. En revanche, la Cour reproche ici comme dans l'arrêt *Wurstemberger* précité qu'il y ait une discordance entre son activité réelle et son objet social.

Pour éviter que la fictivité de la société ne soit soulevée il est nécessaire :

- qu'elle est une activité économique réelle : il peut être prudent d'éviter de n'apporter que la nue-propiété de valeur mobilière. En effet, « l'apport de liquidités ou de titres frugifères en pleine propriété (parts de SCPI notamment) à la société, sera de nature à conférer à cette dernière, et aux yeux des magistrats, l'autonomie financière qu'ils exigent »¹⁴⁷. De plus dans le cadre de société de famille, l'apport des enfants devra être significatif afin d'écartier toute absence d'affectio societatis. Mais comme l'ont souligné certains auteurs : « il ne faut pas pêcher par excès de prudence juridique et crier à la fictivité dès qu'une personne possède l'essentiel du capital d'une société et apparaît comme étant le véritable maître, on pourrait annuler comme fictives toutes les sociétés dont le capital appartient à plus de 99% à une même personne, qu'elle soit physique ou morale »¹⁴⁸.

- que la société ne soit pas elle-même fictive : la tenue d'une comptabilité et l'organisation d'assemblées générales sont indispensables. En effet, la fictivité peut être retenue si une société ne fonctionne pas dans le respect des règles légales et statutaires :

¹⁴⁵ R. MORTIER, « Notion de société fictive », *Dr. sociétés* 2007, comm.174.

¹⁴⁶ M.COZIAN, A. VIANDIER, FL. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 22^e éd., LexisNexis, 2009, p.11, n°27.

¹⁴⁷ R. MORTIER, « Notion de société fictive » *Dr. sociétés* 2007, comm.174.

¹⁴⁸ M.COZIAN, A. VIANDIER, FL. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 20^e éd., LexisNexis, 2007, p.75, n°158.

si elle ne tient pas de comptabilité. En effet, les assemblées doivent être réunies et les procès-verbaux établis. La fictivité de la société peut être retenue en l'absence de vie sociale, de documents comptables¹⁴⁹. Pour que la fictivité de la société ne soit pas soulevée, il est impératif que les activités réelles et statutaires correspondent.

Enfin, s'agissant de l'exclusion du but exclusivement fiscal deux arguments peuvent être invoqués à cet effet : en premier lieu mettre en avant le fait que le schéma permet d'éviter les aléas de l'indivision. La Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur ce moyen mais les juridictions de rangs inférieurs l'ont retenu. Cependant des précautions doivent être prises en cas de donataire unique, il est conseillé de mettre en avant un autre motif que celui-ci. En effet, la Cour de Cassation, dans le premier arrêt *Tabourdeau*¹⁵⁰ dans lequel le risque d'indivision était hypothétique, a estimé que la preuve d'une préoccupation autre que fiscale n'avait pas été apportée.

Le schéma pourra ainsi permettre un partage plus équilibré du patrimoine familial qui est plus facile à atteindre lorsque le partage porte sur des parts sociales. L'argument n'est cependant valable que si le patrimoine ne peut, en raison de sa composition, être facilement divisé. Ce sera le cas lorsque les biens sont de nature différente, « que la transmission des parts permettait un partage équitable entre les descendants, les difficultés inhérentes à un partage en trois lots équivalents de biens de nature différente et d'entité distincte se trouvant évitées » ou lorsqu'il existe un seul immeuble qui ne peut être divisé en lots équivalents¹⁵¹.

Enfin, le schéma peut permettre aux parents gérants de conserver des pouvoirs de gestion importants. Ils pourront conserver le contrôle des immeubles comme le souligne la chambre commerciale¹⁵² « *la constitution des SCI (...) avait permis d'organiser les statuts de la manière qu'il estimait la plus appropriée, conservant le contrôle des SCI et celui des immeubles ainsi que la possibilité de les céder* ». Ils pourront, de plus contraindre le nu-proprétaire à exécuter ses obligations légales notamment concernant les grosses réparations. Ils bénéficient d'un véritable pouvoir de décision sur la gestion du bien transmis. La création de la société permet « aux parents en qualité d'usufruitiers et gérants de la SCI pour le père, d'éviter de se heurter au refus du nu-proprétaire

¹⁴⁹ CAA Nancy, 27 décembre 1990 : *Dr.sociétés* 1992, comm.99, note M.DESLANDES ; CA Paris, 14 ch. B, 12 février 2003 : *JCP N* 2003, 1525, note J-P. GARCON.

¹⁵⁰ Cass.com., 16 novembre 2004, n°02-17.124, *Tabourdeau* : JurisData n° 2004-025713 : *JCP E* 2005, 278, note H. HOVASSE.

¹⁵¹ CA Chambéry, 17 février 2003, n° 01-1161

¹⁵² Cass.com, 26 mars 2008, n° 06-02.21944, *Cere*

d'effectuer des grosses réparations sur l'immeuble comme cela aurait été le cas s'ils avaient transmis directement la nue-propiété de l'immeuble à leur fils »¹⁵³.

Si l'opération d'apport suivie de la donation des parts est juridiquement fondée, elle ne peut être constitutive d'un abus de droit au sens de l'article L.64 du LPF.

69. Il semble également que le risque de qualification d'abus de droit s'agissant de la **donation-cession**, stratégie de purge des plus-values¹⁵⁴, semble pouvoir être écarté. Cette stratégie consiste à donner un bien pour que le donataire puisse le revendre et s'approprier le prix. Ainsi, ne seront payés que les droits de mutations.

Comme cela a été rappelé « l'opération de donation-cession est une opération d'optimisation ayant un objectif civil dont l'effet fiscal est avantageux, écartant de ce fait la qualification de montage à but exclusivement fiscal »¹⁵⁵. Pour éviter sa remise en cause il est indispensable que bien sûr la donation soit antérieure à la cession mais surtout que la donation ne soit pas fictive. En effet, il ne doit pas y avoir de réappropriation du bien donné ou du prix de vente et l'importance de cette dernière exigence a été rappelée à propos d'une transmission au profit d'un mineur¹⁵⁶. En l'espèce, un père avait fait donation d'une partie de ses parts sociales à sa fille mineure de deux ans et cédé le reste à son épouse. Les parts données ont ensuite été cédées à une autre société et le prix de cette vente fut versé sur un compte ouvert au nom de leur fille et auquel le père en sa qualité de représentant légal avait librement accès et avait appréhendé dans les mois qui ont suivi plus de 82% de cette somme en la portant au crédit de comptes, ouverts conjointement à son nom et celui de son épouse, non bloqués et à la disposition de leurs titulaires. L'administration fiscale estima que cette opération était constitutive d'un abus de droit, la donation étant fictive. Pour elle, la cession des titres donnés était en réalité effectuée par son père. La cour administrative d'appel de Paris rejeta la demande de ce dernier (il contestait la nouvelle imposition et les pénalités correspondantes) qui forma un pourvoi, rejeté par le Conseil d'Etat : « *la cour n'a pas inexactement qualifié les faits en en déduisant que l'administration apportait la preuve qui lui incombait que le requérant ne s'était pas dépouillé de manière immédiate et irrévocable de son bien, alors même que M. A (son père) soutenait avoir entendu assurer l'autonomie*

¹⁵³ Cass.com., 20 mai 2008, *Tabourdeau*, JurisData n° 2008-044076

¹⁵⁴ Y. JUDEAU, « Donation de titres sociaux : le piège des plus-values- . -2^e partie : l'effet de purge des plus-values privées », *JCP N* 2021, 1256.

¹⁵⁵ S. de LASSUS, *Revue fiscale du patrimoine* 2018, 7.

¹⁵⁶ CE 5 février 2018, n° 409718, JurisData n° 2018-002086.

financière de sa fille et qu'il disposait avec son épouse de la qualité d'administrateur légal de ses biens pendant sa minorité, et en jugeant que la donation revêtait un caractère fictif et n'était pas opposable à l'administration en application des dispositions de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales ».

La Cour ne condamne pas ici le schéma de donation avant cession mais la pratique consistant en la réappropriation du bien donné ou son prix de vente. En effet, cela a été souligné « si certes en qualité d'administrateur légal, les parents peuvent bénéficier d'un droit de jouissance, pour autant celui-ci doit faire l'objet d'un usage restreint ne leur permettant en aucun cas de disposer de la chose, mais uniquement de la préserver au profit de l'enfant mineur donataire »¹⁵⁷. Ici, bien que les parents aient ensuite signé des documents intitulés « contrat de prêt » par lesquels ils s'engageaient à rembourser à leur fille, au plus tard le 27 août 2027 les sommes qu'ils avaient inscrites sur leurs comptes, n'avaient pas été enregistrés et étaient dépourvus de date certaine. Il est alors conseillé « d'inscrire les sommes sur un compte bloqué ouvert au nom du mineur, voire d'en déléguer la gestion à un professionnel ou de les investir dans un actif, tel un immeuble, au nom de l'enfant mineur »¹⁵⁸. De même, lorsque la donation s'effectue en nue-propriété les parties peuvent « convenir de reporter sur le prix de vente l'usufruit qui se transformerait alors en quasi-usufruit sur somme d'argent : l'usufruitier disposerait librement du prix de vente à charge de le restituer à l'extinction de l'usufruit. Le donataire devient donc créancier de somme d'argent et le donateur se réappropriera le prix de la nue-propriété jusqu'à son décès. Toutefois, pour être admise la convention de quasi-usufruit doit être prévue dans l'acte de donation et ne pourra résulter d'un acte postérieur »¹⁵⁹.

70. Les techniques de donation avant cession et d'apport avant donation qui connaissent en pratique un certain succès doivent respecter le cadre posé par la jurisprudence qui reste vigilante aux réelles intentions des fondateurs de société et sanctionne les techniques purement frauduleuse.

¹⁵⁷S. de LASSUS, *Revue fiscale du patrimoine* 2018, 7.

¹⁵⁸Ch. VARNIERES, *Def.* 2018, p.29

¹⁵⁹CCA Nantes, 1^{re} chambre, 2 juillet 2020, n° 18NT01415, *JurisData* n° 2020-013407.

B. La sanction des techniques frauduleuses : cas de la constitution d'une SCI dans le but de dissimuler son patrimoine personnel

71. Bien que les sociétés civiles immobilières soient considérées notamment comme des outils de gestion et de transmission d'un patrimoine, elles ne sont pas « un simple vêtement juridique dont on peut se servir à loisir afin d'ériger une façade entre ce qu'elle est juridiquement et ce qui est réellement »¹⁶⁰. La jurisprudence reste vigilante quant aux réelles intentions des associés et particulièrement à celles de leurs représentants légaux lorsque seuls les enfants mineurs acquièrent cette qualité d'associé. Suite à un contrôle fiscal, une proposition de rectification de la déclaration de revenu a été adressée à un couple par l'administration fiscale en 2007. L'année suivante, les époux ont été déclarés solidairement redevables, auprès de cette dernière, de la somme de 4.409.062 euros au titre d'un rappel d'impôt sur les revenus assorti de pénalités. La même année, les enfants mineurs du couple, avec l'autorisation de ces derniers, ont constitué une SCI ayant pour objet l'acquisition d'un immeuble grâce à un apport en numéraire de 140.000 euros chacun. Ayant demandé un sursis de paiement, l'administration fiscale leur demanda de constituer des garanties. A cette fin, les époux ont fait parvenir une liste de biens susceptibles d'être hypothéqués. Cependant, l'administration fiscale assigna les époux en déclaration de simulation sur le fondement de l'article 1201 du Code civil afin d'obtenir la réintégration du bien acquis par la société dans le patrimoine des époux. Condamnés par les juges du fond et reconnus propriétaires du bien immobilier ils formèrent un pourvoi en cassation¹⁶¹ toutefois rejeté. Le faisceau d'indices relevé par la Cour d'appel de Paris permettait d'en déduire que les véritables bénéficiaires de l'acquisition étaient les parents : en effet, les époux « *étaient intervenus dans la constitution de la SCI en qualité de représentants de leurs enfants mineurs, que les fonds apportés à cette société étaient provenus exclusivement de donations de leurs parents, que ceux-ci avaient effectué directement des versements de fonds à la société, qu'ils n'avaient pas souhaité devenir associés de cette SCI qu'ils qualifiaient de familiale, tout en en conservant la gestion, et que la chronologie des faits révélait la concomitance entre la constitution de la SCI et l'acquisition du bien litigieux, la cour d'appel, qui, sans être tenue de procéder à des recherches et de répondre à des*

¹⁶⁰ Th. DE RAVEL D'ESCLAPON, « Risque de simulation en matière de société civile immobilière » *JCP N* 2018, 1114.

¹⁶¹ Cass. civ.3, 12 octobre 2017, n° 14.750.

conclusions que ses constatations rendaient inopérantes, ni d'ordonner la mise en cause des associés de la SCI régulièrement représentée à l'instance, a pu déduire de ces motifs que les véritables bénéficiaires de l'acquisition étaient M. et Mme Z... (les époux), a légalement justifié sa décision ».

La constitution de la société avait ainsi permis de dissimuler la propriété de l'immeuble puisque « la SCI n'avait pas véritablement d'existence juridique et semblait n'avoir été créée qu'à la seule fin d'éviter que le couple n'achète directement l'immeuble »¹⁶².

La solution rendue doit être saluée car elle permet d'éviter toute prise de risque aux mineurs puisque la seule volonté des parents était de contourner les règles fiscales en détournant une partie de leur patrimoine personnel.

¹⁶² Th. DE DAVEL D'ESCLAPON, *art.préc.*

Conclusion du Chapitre 1

72. Le choix du recours à la constitution d'une société peut avoir diverses motivations mais elle est souvent présentée comme un véritable outil de transmission du patrimoine familial. En effet, elle pourra permettre la conservation de certains biens ou permettre de concéder discrètement certains avantages à ses membres, qui ne pourront être regardés comme des donations indirectes.

Mais elle peut également devenir un véritable instrument de transgression des règles successorales et règles fiscales. En effet, afin de diminuer les coûts de transmission la jurisprudence valide les schémas d'apport avant donation et de donation avant cession en écartant, lorsque les conditions en sont réunies, la qualification d'abus de droit. Il semblerait¹⁶³ que la validité de ces techniques d'ingénierie patrimoniale ne soient pas remises en cause par les nouvelles dispositions de l'article L.64 A du Livre des procédures fiscales dont les dispositions s'appliquent à compter des rectifications opérées à partir du 1^{er} janvier 2021 pour les actes conclus depuis le 1^{er} janvier 2020.

73. Malgré ses attraits, le recours à la technique sociétaire n'est cependant pas sans risques pour l'associé mineur.

¹⁶³H. LEYRAT et A. MEILLER, « L'ingénierie patrimoniale à l'épreuve du « mini-abus de droit fiscal » *Def.* 2020, p.28 et s

CHAPITRE II : Les risques pour le mineur

74. Pour les raisons que nous avons exposées ci-dessus, il est fréquent que des parents associent leur enfant mineur à la constitution d'une société civile, le plus souvent immobilière. Il est évident que le mineur non émancipé devra, pour y participer, être représenté par ceux-ci. A ce propos, l'ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015 a profondément modifié l'étendue des pouvoirs de l'administrateur légal exerçant seul l'autorité parentale.

Cette souplesse dans la gestion du patrimoine du mineur est néanmoins susceptible de faire courir certains risques à celui-ci. En effet, en facilitant l'entrée du mineur dans une société et en facilitant la prise de décisions en cours de vie sociale, le risque pour lui de voir sa responsabilité engagée en tant qu'associé est indiscutable.

75. De plus, les règles qui gouvernent le fonctionnement des sociétés peuvent faire disparaître les règles de protection ordinaires, lorsque par exemple la société aura recours à l'emprunt. En effet, l'écran de la personnalité morale offre plus de liberté par rapport aux règles protectrices du mineur : le patrimoine social sera géré dans le respect des dispositions légales et statutaires lesquelles traitent le mineur comme n'importe quel autre associé. Ainsi, en faisant participer un mineur à la vie sociale, les administrateurs légaux peuvent être amenés à fragiliser voire à contourner les règles traditionnelles protectrices du patrimoine du mineur.

76. Dès lors, et malgré les attraits de l'outil sociétaire évoqués précédemment¹⁶⁴, le recours à la société présente en lui-même un certain nombre de risques pour le mineur (Section I), de même que, paradoxalement, les règles de représentation du mineur dans un contexte sociétaire (Section II).

¹⁶⁴ Cf. *Supra* Chapitre I.

Section 1 : Les risques issus de l'outil sociétaire lui-même

77. Si les attraits du recours à l'outil sociétaire sont réels, en devenant associé le mineur se trouve soumis aux dispositions qui régissent la structure qu'il intègre et comme l'a souligné un auteur « l'interposition de la société permet une dérogation notable aux principes protecteurs du droit des incapacités »¹⁶⁵.

L'article 1842 du Code civil précise que les sociétés jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation. Les biens appartenant à la société seront ainsi soumis aux dispositions du droit des sociétés (§1).

78. De plus, l'incapacité qui frappe l'associé mineur, l'empêche d'agir lui-même et l'écarte de la vie sociale. Selon la rédaction des statuts, les décisions seront prises par le gérant ou l'assemblée des associés. L'associé mineur bien que convoqué aux assemblées ne pourra exercer son droit de vote et sera écarté de toute prise de décision (§2)

§1. Conséquences des règles gouvernant le fonctionnement des sociétés

79. Au premier abord, la présence d'un associé mineur peut apparaître comme une source de difficulté sa présence pouvant alourdir le fonctionnement de la société notamment lorsque la société doit avoir recours à l'emprunt. Or, ce n'est pas nécessairement le cas. Si certains établissements de crédit exigent expressément l'autorisation du juge des tutelles les règles gouvernant le droit des sociétés permettent une solution différente. En effet, « en raison de l'écran de la personnalité morale, la société peut accomplir des actes juridiques indépendamment de l'incapacité qui peut frapper l'un des associés »¹⁶⁶.

Grâce à la création d'une société les règles de gestion des biens du mineur se trouvent modifiées. En effet, l'écran de la personnalité morale apporte de la souplesse et permet d'exclure des règles de gestion ordinaires qui peuvent être contraignantes pour les administrateurs légaux (A).

¹⁶⁵ J-C. PAGNUCCO, « L'obligation à la dette de l'associé indéfiniment responsable » *RTD Com.* 2012, p.55.

¹⁶⁶ M. STORCK, S. FAGOT, Th. DE RAVEL D'ESCLAPON, *Les sociétés civiles immobilières*, LGDJ 2016, n° 324, p. 111.

80. La plupart des sociétés de familles étant des sociétés civiles, la gestion du patrimoine social est confiée au gérant de la société dont les pouvoirs sont fixés librement par les statuts. Or, si dans l'ordre interne des dispositions limitant ses pouvoirs sont envisageables, à l'égard des tiers le gérant engage la société par tous les actes qui entrent dans l'objet social. Ainsi, un objet social largement rédigé permettra au gérant d'agir librement et d'éviter la tenue d'une assemblée et dans les sociétés de famille, la fonction de gérant est généralement occupée par l'un des administrateurs légaux. Dans ce cas, la superposition des fonctions peut être préjudiciable pour l'associé mineur (B).

A. L'écran de la personnalité morale : exclusion des règles de gestion traditionnelles et prudentes des biens du mineur

81. Les règles gouvernant le fonctionnement de l'administration légale, protectrices du patrimoine du mineur, peuvent disparaître lorsque celui-ci se trouve associé d'une société dotée de la personnalité morale. Les dispositions gouvernant le droit des sociétés peuvent avoir pour effet de menacer la stabilité du patrimoine du mineur et mettre à mal sa protection en particulier lorsque la société a recourt à l'emprunt (1). L'application stricte des textes faite par la Cour de cassation en cas d'emprunt par une société civile conduit à faire supporter aux prêteurs certaines obligations dont le manquement peut conduire dans certains cas à engager leur responsabilité (2).

1) L'emprunt souscrit par la société civile comportant un associé mineur

82. La doctrine admet aujourd'hui qu'un mineur émancipé ou non puisse faire partie d'une société civile¹⁶⁷ que ce soit de manière involontaire ou dès sa constitution. Il sera cependant soumis au régime de la représentation qui l'empêche d'agir lui-même. Toutefois sa présence au sein d'une telle société n'est pas sans risque en raison de la responsabilité attachée à sa qualité d'associé. En effet, comme le prévoit l'article 1857 du code civil tous « les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social ».

¹⁶⁷ Y. GUYON, Droit des affaires, Economica, t.1, 12^e édition 2003, n°224 p.239

Dans l'hypothèse où la société n'honorerait pas ses dettes, les créanciers sociaux pourraient alors agir en paiement contre les associés après de vaines poursuites contre la société¹⁶⁸. L'importance d'une telle obligation à la dette peut paraître incompatible avec l'impératif de protection de l'associé mineur et cela d'autant plus lorsque la société a recours à l'emprunt.

Il est fréquent qu'une société civile immobilière soit constituée entre parents et enfants et ait pour objet l'achat et la gestion d'un bien immobilier. Il s'agit grâce à une société de favoriser la constitution et la transmission d'un patrimoine au profit d'enfants. L'achat est dans la grande majorité des cas financé par un emprunt, remboursé grâce à un loyer. Mais dans quelle situation se trouve le mineur lorsque le bien immobilier figurant à l'actif de la société familiale dégage un revenu qui ne permet pas de couvrir les échéances de l'emprunt ?

La jurisprudence est venue rappeler les limites de la protection du mineur associé en précisant le domaine d'application de l'ancien article 389-5 alinéa 3 du code civil¹⁶⁹ qui disposait que « même d'un commun accord, les parents ne peuvent (...) contracter d'emprunt en son nom, sans l'autorisation du juge des tutelles ». Interrogée sur l'application de cette disposition au cas d'une société civile immobilière ayant eu recours à un emprunt alors que l'un des associés était mineur, la haute juridiction a répondu par la négative. La Cour de cassation, dans un arrêt du 14 juin 2000,¹⁷⁰ est venue préciser que la société ayant « une personnalité distincte de celle des associés » la règle de l'ancien article 389-5 alinéa 3 du Code civil ne trouvait pas à s'appliquer alors même qu'un des associés était mineur.

En l'espèce un mineur était associé d'une société civile immobilière dont il détenait 96% des parts. Ses parents étaient également associés dont un gérant. Afin de réaliser une opération immobilière la société emprunta 8 millions de francs l'équivalent de 1.2 million d'euros. L'opération s'étant moins bien déroulée que prévu la banque délivra un commandement de payer et diligenta une procédure de saisie immobilière. La SCI souleva la nullité du contrat de prêt. Pour cette dernière comme le mineur associé détenait 96% des parts du capital social, le prêt aurait du être soumis aux exigences de l'ancien article 389-5 alinéa 3 du code civil c'est-à-dire subordonné à l'autorisation du

¹⁶⁸ C.civ.art. 1858 : « Les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale ».

¹⁶⁹ Aujourd'hui article 387-1, 3° du Code civil.

¹⁷⁰ Cass. 1^{er} civ.14 juin 2000, n° 98-13.660, JurisData n° 2000-002469 : *Def.* 2000, p.1315, obs. J. MASSIP ; *BJS* 2000, 1091, obs. D. RANDOUX.

juge des tutelles. La Cour de cassation approuve la cour d'appel¹⁷¹ d'avoir retenu « *que la société civile jouissait d'une personnalité distincte de celle de ses associés, que sa capacité à s'engager résultait de la loi et non de son objet social et ne dépendait pas de la capacité des associés* ». Pour elle, la société ayant une personnalité distincte de celle de ses associés, l'emprunteur n'était pas le mineur mais la société et par conséquent l'article 389-5 n'avait pas à s'appliquer. L'emprunt était donc valable. Malgré sa rigueur, cette solution a ensuite été reprise¹⁷².

83. Il est toutefois regrettable que le législateur ne se saisisse pas de cette question car l'absence de réponse claire a pu conduire à des désagréments causés par la méfiance de certains praticiens comme lorsqu'une société décide de vendre un immeuble. Ainsi, pour exemple, une société civile immobilière comprenant deux associés mineurs avait consenti une promesse de vente immobilière. Une clause pénale avait été prévue et précisait que si l'une des parties refusait de régulariser l'acte à une date précise (le 15 octobre 2005) elle devrait indemniser l'autre partie. Cependant, l'acheteur se trouva dans l'impossibilité de signer l'acte le jour convenu, la société sollicita alors la mise en œuvre de la clause pénale. Si dans un premier temps, le Tribunal de grande instance fit droit à sa demande, la Cour d'appel d'Aix -en -Provence infirma la décision¹⁷³. En effet, pour cette dernière, le comportement de l'acheteuse ne peut être constitutif d'une faute. En l'espèce, l'acheteuse n'avait pas refusé de signer mais était dans l'impossibilité de payer le prix de vente puisqu'elle attendait d'être rassurée sur l'efficacité d'une vente consentie par une société civile composée de deux mineurs pour rechercher le financement nécessaire. Ayant appris que deux mineurs se trouvaient être associé le notaire de l'acheteuse malgré l'avis contraire de son confrère sollicita du vendeur qu'il obtienne l'autorisation du juge des tutelles pour effectuer la vente. Le juge, le 13 octobre 2005 trancha le différent en précisant « n'y avoir lieu à délivrer une autorisation pour effectuer un acte relevant de la personnalité juridique de la SCI, distincte de celle des mineurs qui y sont associés, représentés par leurs administrateurs légaux ». Si la vente d'un immeuble appartenant au mineur ne peut se faire sans l'autorisation du juge¹⁷⁴

¹⁷¹ CA Versailles, 29 janvier 1998, n° 1996-6532.

¹⁷² CA Grenoble, 2^e ch., 4 juin 2013, n° 13/00075, *JurisData* n° 2013-017378 ; CA Paris, Pôle 5, ch.6, 19 juin 2014, n° 13/09024.

¹⁷³ CA Aix en Provence, 1^{er} chambre B, 4 mars 2010, n° 09/01717. La Cour de cassation rejeta par la suite le pourvoi formé par la SCI : Cass. civ.3, 30 mars 2011, n° 10-15.914.

¹⁷⁴ C. civ., art. 387-1, 1°.

lorsque celle-ci se fait dans le cadre de l'exercice social, cette autorisation ne semble plus nécessaire.

84. Dès son immatriculation au registre du commerce et des sociétés, la société dispose d'une capacité et d'un patrimoine qui lui sont propres. Elle devient un sujet de droit indépendant des membres qui la composent. Il en résulte que le gérant peut contracter un emprunt pour le compte de cette dernière s'agissant d'un acte de gestion courante entrant dans l'objet social. La situation personnelle de l'associé mineur est donc sans incidence sur le groupement. Cependant, la solution est différente lorsqu'un emprunt est contracté pour le compte d'une société en formation. Cette dernière ne bénéficiant pas de la personnalité morale, l'autorisation du juge sera indispensable. En effet, l'autorisation du juge reste nécessaire même si cet engagement est par la suite repris par la société.

Si la conformité de la décision rendue avec la loi a été soulignée par les commentateurs son caractère peu satisfaisant et paradoxal l'a été également¹⁷⁵. En effet, la Cour de cassation fait une distinction rigoureuse entre la personnalité de la société et celle de ses associés qui, en l'espèce, peut paraître difficilement compréhensible en raison de l'âge de l'associé qui avait treize ans et demi lorsque l'emprunt a été souscrit et du montant de ce dernier.

La société constitue un écran qui ici dessert le mineur et vient mettre à mal les mécanismes de protection mis en place par la loi. En effet, si dans le cadre d'une gestion ordinaire des biens du mineur l'acte d'emprunt est soumis à l'autorisation préalable du juge des tutelles, que l'autorité parentale soit conjointe ou non, « les règles de fonctionnement et de gestion des sociétés annihilent celle des incapacités »¹⁷⁶. En effet, l'article 387-1, 3° du Code civil interdit à l'administrateur légal de contracter un emprunt au nom du mineur sans l'autorisation préalable du juge des tutelles. Pour le législateur contracter un emprunt au nom du mineur est un acte suffisamment grave pour que l'autorisation du juge des tutelles soit donnée mais pour la jurisprudence qui applique rigoureusement les textes cette autorisation n'est plus indispensable lorsque l'emprunt est contracté par une société dont le mineur est l'associé majoritaire. Bien que la logique juridique de la décision ait été saluée ses conséquences en ce qui concerne la

¹⁷⁵ Cass. 1^{er} civ.14 juin 2000 : *Def.* 2001, art.37348, p.528, obs. J. HONORAT.

¹⁷⁶C. BOULOGNE-YANG-TING, « *Les incapacités et le droit des sociétés* », LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, 2007, n°453, p.255.

protection de l'associé mineur a amené certains auteurs à envisager une modification de l'ancien article 389-5 du Code civil¹⁷⁷. Cependant, le nouvel article 387-1 du même code issu de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 n'a apporté aucune modification.

85. Il est permis de penser que l'écran de la personne morale peut parfois motiver la création d'une société. La protection conférée au mineur peut ainsi être contournée par la technique sociétaire. Une fois l'apport effectué le recours à la forme sociétaire permet de modifier les règles de gestions applicables au mineur et de les faciliter en évitant le recours au juge. Le patrimoine du mineur sera géré dans le respect des dispositions statutaires mais aussi légales qui gouvernent le fonctionnement des sociétés civiles où le contrôle du juge est réduit.

Il est clair que les règles protectrices des intérêts du mineur dans le cadre de la gestion courante de ses biens ne sont pas applicables lorsqu'il devient associé, la personnalité morale de la société faisant écran. Cette défaillance de notre droit positif est contrebalancée par le fait que la responsabilité d'une banque puisse être retenue pour manquement à son devoir de conseil.

2) La responsabilité de la banque prêteuse

86. Il est nécessaire de pouvoir protéger un associé mineur des actes que le gérant, dans la majorité des cas administrateur légal de l'incapable, peut effectuer dans le cadre de la gestion ordinaire de la société sans toutefois paralyser le fonctionnement de celle-ci.

La loi n'exigeant pas l'intervention du juge en cas d'emprunt souscrit par une société à laquelle un mineur est associé, certains auteurs soulignent que reste « ouverte la voie d'une protection a posteriori par l'utilisation de la panacée que constitue la mise en œuvre de la responsabilité civile. Celle des administrateurs légaux, du notaire rédacteur de l'acte, voire de l'organisme prêteur »¹⁷⁸.

¹⁷⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 23^e éd., LexisNexis, 2010, n° 1197, p.610.

¹⁷⁸ B. PETIT et S. ROUXEL, *JCP G* 1999, II, 10014.

87. C'est sur ce terrain que s'est engagée la troisième chambre civile de la Cour de cassation¹⁷⁹. Cette dernière a approuvé la cour d'appel de Chambéry d'avoir retenu la responsabilité pour faute d'une banque qui avait accordé un prêt à une SCI, les faits étant similaires à ceux évoqués précédemment, « sans s'assurer que les enfants mineurs, qui détenaient une part importante (20% chacun) du capital social et qui encouraient un risque élevé de se retrouver personnellement débiteurs, bénéficiaient de la protection qui leur était due en raison de leur état de minorité ».

Cet arrêt fait peser sur les banques une obligation de prudence en raison de la personne du mineur et permet d'attirer l'attention des parents, du ou des représentants légaux sur le risque qu'ils font peser, en cas de difficultés sur leur enfant mineur associé. Cette décision, rigoureuse pour les prêteurs, conduit les banques à prendre toutes les mesures pour que la protection du mineur associé soit assurée, ce qui conduit certains établissements à refuser un prêt dès lors que les membres d'une société civile comptent un associé mineur, n'obtiennent ou ne sollicitent pas l'autorisation du juge des tutelles.

La solution dégagée n'est cependant pas une solution de principe. Faute de mieux, la responsabilité du banquier « constitue une voie détournée »¹⁸⁰. Il s'agit d'alerter les prêteurs et d'éviter toute prise de risque. Pour cela, le décret n° 2005-77 du 1^{er} février 2005 impose de mentionner dans la demande d'immatriculation de la société l'âge des associés. C'est la raison pour laquelle certains auteurs ont soit proposé l'introduction d'une transparence civile pour que l'emprunt soit assimilé à un emprunt effectué pour le compte du mineur pour éviter que soit écarté les textes protecteurs dans l'intérêt du mineur¹⁸¹. D'autre, recommande d'opacifier la société afin que la loi déclare les mineurs irresponsables des dettes sociales sur leur patrimoine personnel¹⁸².

88. La Cour de cassation fait ainsi peser sur les banques un devoir d'information, de conseil sans toutefois en préciser son contenu. Il appartient donc aux juges du fond d'apprécier le caractère suffisant ou non de ce devoir d'information.

Ainsi, une SCI avait été constitué entre un père et ses deux enfants mineurs (58% du capital provenait de fonds leur appartenant) avec l'autorisation du juge des tutelles. La société, sans recourir à l'emprunt, a acquis une propriété mais a par la suite souscrit

¹⁷⁹ Cass. 3^e civ., 28 septembre 2005, n° 04-14.756, JurisData n° 2005-030156 : *JCP N*, 2005, 1492, note J.-P. GARÇON ; *Rev. sociétés* 2006, p.103, note J.-Ph. DOM ; *RTD civ.* 2005, p.757, obs. J. HAUSER.

¹⁸⁰ PH. BONFILS ET A. GOUTTENOIRE, *op.cit.*, n° 989, p.597.

¹⁸¹ J. HONORAT, *art. préc.*

¹⁸² J. MASSIP, *Def.* 2000, p.1315.

deux prêts bancaires d'un montant de 91 600 euros. Les échéances n'ayant pas été honorées, la banque a fait assigner la société et son gérant devant le TGI pour obtenir, notamment, le remboursement des prêts. C'est en vain que la société recherche la responsabilité de la banque, estimant que celle-ci a manqué à son devoir de mise en garde en consentant des prêts à la SCI sans s'être assurée de sa solvabilité et sans s'être inquiétée de savoir si les intérêts des deux associés mineurs étaient protégés. La cour d'appel de Bordeaux¹⁸³ confirme le jugement de première instance : l'actif de la société a été estimé à une valeur située entre 1 150 000 et 1 100 000 euros et l'endettement qui résulte des deux prêts litigieux constituait environ 11% de cette estimation ; *« la société présentait, lors de la souscription des deux prêts, toutes les garanties de solvabilité dans la mesure où le montant de ces prêts était modéré au regard de l'actif social et de l'absence de tout endettement. (...) on ne peut pas retenir au regard des charges représentées par les prêts et des capacités financières de la société dont le risque d'endettement était faible »* que la banque *« ait manqué à son obligation de mise en garde, nonobstant le fait que le gérant ait placé dans le capital social des fonds appartenant à ses enfants mineurs, ce avec l'autorisation d'un juge des tutelles »*.

89. De même, il ne peut être reproché à une banque ayant octroyé un prêt à une société civile de ne pas avoir conseillé aux associés fondateurs une modification de forme sociale, les associés devant connaître les conséquences de leur choix. En l'espèce, une SCI avait été constitué entre deux associés ayant contracté deux prêts destinés à financer des travaux au remboursement d'autres prêts. Les associés, afin d'échapper à leur responsabilité souhaitaient que soit reconnue, notamment la responsabilité de la banque pour ne pas leur avoir conseillé une modification de forme sociale lors de l'emprunt. La Cour d'appel d'Angers¹⁸⁴ précise toutefois *« il ne peut être sérieusement reproché aux banques prêteuses de n'avoir pas alors conseillé une modification de la forme sociale de la SCI emprunteuse »*. En effet, étant associés fondateurs, les intéressés, *« étaient censés connaître les conséquences de leur choix de constitution d'une société civile immobilière »*. Les banques ne sont donc pas tenues d'alerter les associés de sociétés civiles de l'importance de l'existence d'une obligation aux dettes sociales. Mais certains

¹⁸³ CA Bordeaux, 1^{er} ch. civile, section A, 6 décembre 2011, n° 10/05665, *JurisData* n° 2011-033172.

¹⁸⁴ CA Angers, ch.com., 31 mars 2009, *JurisData* n° 2009-378355.

soulignent que lorsque la société compte parmi ses membres un mineur une solution différente devrait être retenue¹⁸⁵.

Cependant, il est certain qu'un établissement bancaire ne peut mettre en avant le fait qu'il ignorait lors de la réalisation de l'emprunt que la société comprenait parmi ses associés un mineur. En effet, les établissements bancaires exigent, parmi les pièces à apporter pour la constituer un dossier de prêt, un extrait kbis de la société emprunteuse de moins de trois mois. Ce dernier comporte l'ensemble des mentions portées au registre du commerce et des sociétés. L'article L 123-1, II du Code de commerce précise que figurent au RCS les inscriptions, les actes ou pièces déposés afin d'être portés à la connaissance du public. Dans la demande d'immatriculation figure notamment la date de naissances des intéressés¹⁸⁶. Les banques comme toute personne peut demander et obtenir cet extrait kbis en s'adressant au greffe concerné. Une banque ne peut mettre en avant son ignorance concernant la présence d'un associé mineur comme ce fût auparavant¹⁸⁷. La Cour d'appel de Paris¹⁸⁸ avait considéré que la responsabilité d'un banquier ne pouvait être engagée au motif que l'un des associés de la société civile immobilière bénéficiaire du crédit était mineur lors de l'assemblée générale ayant donné pouvoir de contracter ce prêt : le procès-verbal de la délibération de l'assemblée générale extraordinaire annexé à l'acte notarié ne comportait aucune indication quant à l'âge des associés pouvant attirer l'attention de la banque.

90. La responsabilité de la banque apparaît comme le moyen permettant d'assurer la protection de l'associé mineur en cas d'emprunt faute de dispositions protectrices spécifiques prévues par les textes. Mais pourrait être également recherchée celle du notaire recevant l'acte¹⁸⁹. En effet, depuis la réforme de l'administration légale « tout tiers ayant connaissance d'actes ou omissions qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une situation de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci »¹⁹⁰ doit saisir le juge et tutelles. Il pourrait être

¹⁸⁵ R. MORTIER, *Dr.sociétés* 2010, comm.5.

¹⁸⁶ C.com. art. R. 123-37, 2°.

¹⁸⁷ Ces informations ne sont mentionnées que pour les sociétés immatriculées à partir du 1^{er} février 2005.

¹⁸⁸ CA Paris, ch.15, section C, 24 mars 2000, JurisData n° 2000-117719.

¹⁸⁹113e Congrès des notaires de France, Familles, Solidarités, Numérique, Le notaire au cœur des mutations de la société, Lille 17-20 septembre 2017, n° 1760, p.293.

¹⁹⁰ C. civ. art. 387-1 al.2.

envisagé d'engager la responsabilité du notaire ayant eu connaissance d'un prêt effectué au profit d'une société civile dont un mineur est associé et ne de pas l'avoir signalé.

91. Dans l'objectif d'écartier ou du moins de limiter tout risque, il est peut-être prudent de prévoir contractuellement que le prêt ne sera remboursé que par les parents de l'associé mineur. De même, en cas de transmission de parts sociales suite au décès de l'un des représentants légaux, afin d'éviter la transmission du passif social, il est conseillé aux parents de souscrire une assurance décès. Ce sera au prêteur d'informer l'emprunteur¹⁹¹. Mais ce sera au notaire, lorsque le prêt fera l'objet d'un acte authentique, d'attirer l'attention des souscripteurs sur l'importance d'une telle assurance. Le notaire est désormais tenu d'éclairer l'emprunteur sur les conséquences de la non souscription d'une assurance décès facultative proposée par le prêteur¹⁹² : le gérant d'une SCI décède laissant pour lui succéder son épouse et leurs deux enfants ainsi qu'un fils né d'une précédente union. De son vivant, en sa qualité de gérant, il avait acquis un immeuble à Toulouse financé au moyen d'un emprunt constaté par acte authentique. A son décès, la banque demanda à ses héritiers le remboursement du solde de l'emprunt souscrit et des pénalités (les indemnités de remboursement anticipées) faute de trésorerie et en l'absence d'adhésion à l'assurance décès proposé par la banque prêteuse et figurant au contrat. Ces derniers ont alors assigné le notaire en responsabilité et en indemnisation, lui reprochant de ne pas avoir attiré l'attention du défunt sur les conséquences de sa non souscription de l'assurance décès facultative proposée par la banque. Ils furent déboutés par les juges du fond, excluant tout manquement du notaire à son devoir de conseil. En effet, il appartenait au gérant d'apprécier la nécessité de contracter cette assurance décès non obligatoire et ce d'autant plus que son existence était mentionnée dans l'acte ainsi que la remise des documents aux emprunteurs leur permettant d'y souscrire après avoir pris connaissance des conditions générales et particulières de l'assurance. De plus, cette décision de ne pas y souscrire avait été prise en connaissance de cause par un individu rompu aux affaires et en parfait état de santé. Les demandeurs formèrent alors un pourvoi en cassation. La première chambre civile, casse cette décision au motif que « *les*

¹⁹¹ C. consommation, art. L 313-11 : « Le prêteur ou l'intermédiaire de crédit fournit gratuitement à l'emprunteur les explications adéquates lui permettant de déterminer si le ou les contrats de crédit proposés et les éventuels services accessoires sont adaptés à ses besoins et à sa situation financière ».

¹⁹² Cass.1^{er} civ., 8 janvier 2020, n° 18-23.948, JurisData n° 2020-000169 : *JCP N* 2020, 1119, note Ph. BRUN.

compétences et connaissances personnelles du client ne libèrent pas le notaire de son devoir de conseil ». La Cour d'appel de renvoie rejette également la demande des héritiers, le manquement au devoir de conseil du notaire n'ayant pas été prouvé par les appelants. La Cour d'appel ajoute qu' « *il n'est pas écrit dans l'acte qu'une information a été donnée par le notaire sur les conséquences d'une non souscription, mais exiger comme le font les appelants un tel degré de précision revient à faire peser sur l'officier ministériel instrumentaire, non plus une obligation de conseil pour un acte donné mais une obligation de mise en garde sur l'opportunité économique de l'acte au-delà de son exécution stricte à laquelle le notaire ne peut être tenu* ». Un second pourvoi est alors formé. La Cour de cassation casse partiellement la décision au visa de l'article 1240 du Code civil au motif que « *le devoir d'information et de conseil du notaire rédacteur d'un acte authentique de prêt lui impose d'informer l'emprunteur sur les conséquences de la non souscription d'une assurance décès facultative proposée par le prêteur, la preuve de l'exécution de cette obligation lui incombant* ». En présence d'un associé mineur, le notaire devra éclairer les parents sur l'importance d'une telle souscription. Son devoir de conseil ne se limite pas à l'acte de prêt. En effet, « *les opérations et actes annexes qui se rattachent à l'acte principal s'intègrent dans le périmètre de conseil du notaire, l'obligation en matière de conseil et d'alerte ne se limitant pas au seul acte principal* »¹⁹³. Afin de ne pas voir sa responsabilité professionnelle engagée, il est indispensable pour le notaire de « *se préconstituer une preuve irréfutable de la bonne exécution de son devoir d'information et de conseil à l'égard des parties à l'acte auquel il donne la forme authentique* »¹⁹⁴. Lorsque la société aura recours à l'emprunt, les règles de gestion traditionnelles du patrimoine du mineur seront exclues affaiblissant ainsi la protection du mineur. De même, la superposition des fonctions de parent et de gérant peut lui être préjudiciable.

¹⁹³ X. LEDUCQ, *Gaz.Pal.*2020, p.83.

¹⁹⁴ Y. DAGORNE-LABBE, *Def.*2020, p.23.

B. L'administrateur légal occupant la fonction de gérant : pouvoir d'effectuer seul les actes entrant dans l'objet social

92. En contrepartie de son apport, chaque associé reçoit des droits sociaux. Ces derniers permettent aux associés de prendre part à la vie de la société et de contrôler les choix de son gérant. Or lorsque la fonction de gérant est occupée par un parent, la prise de décision se trouve facilitée et peut faire naître une opposition d'intérêt (1).

De plus, l'exercice des droits d'associé de l'associé mineur par ses parents rend inefficace le contrôle de la gestion du parent également gérant. La répartition des pouvoirs entre le gérant et la collectivité des associés est librement fixée par les statuts. Les pouvoirs du gérant pourront être limités mais face à l'efficacité relative des clauses limitatives des pouvoirs du gérant, la rédaction de l'objet social doit être soignée pour limiter ses pouvoirs à l'égard des tiers (2)

1) Parent et gérant, une prise de décision facilitée : risque d'opposition d'intérêt ?

93. Une fois immatriculées, les sociétés jouissent d'une personnalité morale qui leur est propre et indépendante des personnes qui la composent. Cette personne doit toutefois être représentée. Pour ce faire, un gérant devra être nommé. D'ailleurs, la nomination d'un gérant pour conduire les affaires sociales est une obligation qui, à défaut, peut entraîner la dissolution de la société¹⁹⁵. Dans le cadre des sociétés de familles, les parents cumulent généralement les fonctions de gérant et d'administrateur légal de l'enfant mineur associé. Des difficultés peuvent alors apparaître. En effet, dans le cadre d'une gestion traditionnelle du patrimoine du mineur, les parents agissent dans l'intérêt du mineur. L'article 385 du Code civil rappelle que « l'administrateur légal est tenu d'apporter dans la gestion des biens du mineur des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt du mineur ». En revanche, dans le cadre sociétaire, le parent également gérant aura pour mission de représenter la société et d'agir dans son intérêt. En effet, l'alinéa 2 de l'article 1833 du Code civil précise que « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». Comme le souligne un auteur, les représentants légaux ne doivent pas « raisonner au regard de l'intérêt particulier du mineur, mais au regard de l'intérêt de la société auquel le mineur est associé. L'intérêt social, évoqué par l'article 1833 du Code

¹⁹⁵ C. civ, art. 1846-1.

civil, transcende les intérêts particuliers des associés »¹⁹⁶. Des oppositions d'intérêts peuvent ainsi voir le jour. Il faut donc que l'intérêt du mineur et celui de la société soient concordants, ce qui, dans les sociétés de famille, devrait être le cas. En effet, il a été souligné qu'en « pratique, l'opposition d'intérêts n'est pas envisagée lorsque les parents constituent une société avec leur enfant. Il existe alors des intérêts communs, même s'ils sont distincts »¹⁹⁷.

94. L'article 387-1 du Code civil dresse une liste d'actes suffisamment graves pour que leur conclusion nécessite l'autorisation du juge. Toutefois, la réalisation de ces opérations dans le cadre sociétaire ne nécessite plus l'intervention du juge et le gérant pourra seul contracter un emprunt si les statuts le permettent, bien que la conclusion du prêt puisse engager personnellement les associés en cas de défaillance de la personne morale.

Si la désignation d'un gérant reste une obligation légale ses pouvoirs peuvent être librement fixés par les statuts¹⁹⁸.

Ce sont les associés dans les statuts qui fixent librement les pouvoirs du gérant et la limitation de ses pouvoirs ne peut provenir que des statuts. La désignation d'un cogérant en cours de vie sociale correspond à une modification des statuts¹⁹⁹.

Les pouvoirs du gérant vont donc dépendre de la rédaction des statuts. Leur rédaction devra être soignée dans le but d'assurer au mieux les intérêts et la protection de l'associé mineur. Le droit des sociétés traite peu du mineur, c'est un associé comme les autres et laisse au rédacteur des statuts une grande liberté afin qu'ils répondent au

¹⁹⁶ F. JULIENNE, « Le mineur associé : quelle protection ? », *Def.2020*, p.17.

¹⁹⁷ D. de SAINT AFFRIQUE- TIBERGHEN, *La société civile comme mode d'organisation du patrimoine*, Thèse 2002, n° 582, p.314.

¹⁹⁸ Th. DE RAVEL D'ESCLAPON, « Les aménagements statutaires de la gérance de société civile immobilière », *Def. 2018*, p.37.

¹⁹⁹ Cass.com., 28 novembre 2006, n° 03-10.684, JurisData n°2006-036488: *Dr. sociétés* 2007, comm.33, note J. MONNET : les associés d'une société à responsabilité limitée convoqués en assemblée générale ont désigné, à une majorité simple, un cogérant et approuvé la résolution précisant et organisant les pouvoirs de chacun des gérants. Le premier gérant contesta cette décision et la Cour d'appel de Versailles prononça son annulation. La Cour de cassation rappela que bien que la désignation d'un cogérant relève de la compétence d'une assemblée générale, la réduction de ses pouvoirs ne peut être décidée que par une assemblée ayant compétence pour modifier les statuts. En l'espèce, en l'absence de dispositions statutaires particulières une assemblée générale des associés statuant à la majorité des trois quarts s'imposait.

mieux au souhait des associés. Il a été souligné qu'accorder de large pouvoir au gérant n'est pas nécessairement contraire à l'intérêt du mineur : « donner beaucoup de pouvoir au gérant peut paraître légitime et sans risque pour les mineurs dans le cadre de la transmission d'un patrimoine immobilier par des parents à leurs enfants. L'origine du patrimoine, le réserve d'usufruit, la nature de la relation familiale et le souci de protection des parents rendent légitimes un pouvoir fort du gérant »²⁰⁰.

La rédaction de l'objet social est essentielle car c'est cet objet social qui va déterminer les pouvoirs du gérant.

2) L'objet social : limite aux pouvoirs du gérant

95. En l'absence de définition légale, l'objet social est considéré comme « le type d'activité que la société se propose d'exercer pour réaliser les résultats escomptés »²⁰¹. Il s'agit d'un élément essentiel du contrat de société. C'est en effet à partir de l'objet social que va s'apprécier notamment la validité des engagements souscrits au nom de la société. L'article 1848 du Code civil précise que dans l'ordre interne, « le gérant peut accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société »²⁰². Mais ils doivent également entrer dans l'objet social²⁰³. A l'égard des tiers, le gérant engage la société par tous les actes entrant dans l'objet social et les clauses statutaires qui limitent les pouvoirs du gérant sont inopposables aux tiers²⁰⁴. Ainsi, « les seules limitations de pouvoirs opposables aux tiers sont celles en rapport avec un dépassement de l'objet social ; il importe donc, lors de la rédaction des statuts, de veiller à définir l'objet social avec précision, pour mieux délimiter les pouvoirs du gérant envers les tiers »²⁰⁵.

²⁰⁰ P-A. SOREAU, La société civile : un outil au service de la gestion du patrimoine des mineurs, *Actes pratiques et stratégie patrimoniale* 2017, n°3, p.55, 17°.

²⁰¹ Mémento pratique Francis Lefebvre, *Sociétés civiles*, 2020, n° 800, p.61.

²⁰² Depuis la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, l'article 1833 al.2 du Code civil dispose que « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ».

²⁰³ Mémento pratique Francis Lefebvre, *Sociétés civiles*, 2020, n° 7406, p.214.

²⁰⁴ C. civ., art.1849 al.1 et 3.

²⁰⁵ M. STORCK, S. FAGOT, Th. DE RAVEL D'ESCLAPON, Les sociétés civiles immobilières, LGDJ 2019, n° 690, p.258.

96. L'objet social vient définir les pouvoirs du gérant et fixer la répartition des pouvoirs entre ce dernier et les associés et « la rédaction large de l'objet social peut favoriser la conclusion d'acte de disposition par le gérant »²⁰⁶. Ainsi, lorsque l'administration légale sera exercée par les deux parents, le parent gérant pourra effectuer seul tous les actes y compris ceux de disposition sans obtenir l'accord du conjoint.

97. A l'égard des tiers, les associés de sociétés civiles répondent indéfiniment des dettes sociales proportionnellement à leur part dans le capital social²⁰⁷. A cette obligation, les associés ne peuvent pas échapper. En revanche, les associés peuvent obtenir du créancier qu'il renonce à poursuivre individuellement les associés notamment lorsque parmi eux se trouve un mineur²⁰⁸. Mais pour que ce mécanisme de protection soit efficace, il est possible, grâce à une clause statutaire, d'exiger que le gérant lorsqu'il contracte avec un tiers obtienne de celui-ci une renonciation à son droit de poursuite individuel à l'égard de l'associé mineur. En cas de non-respect de cette clause, une action en dommages et intérêts pourrait être engagée contre le gérant. Telle est la solution retenue par la cour d'appel de Paris dans une décision ancienne²⁰⁹. La solution a été rappelée par la cour d'appel de Paris²¹⁰ même si dans ce cas la responsabilité du gérant a été écartée, la société n'ayant pas démontré l'existence d'un préjudice : en l'espèce, le gérant d'une société civile immobilière avait commis une faute puisqu'il avait cédé des actions que détenait la SCI alors que les statuts prévoyaient « *dans les rapports entre associés et sans que cette clause puisse être opposée aux tiers ou invoquée par eux, il est convenu que le gérant ne pourra sans y être autorisé préalablement par une décision des associés représentant plus de la moitié du capital social (...) engager la société au-dessus d'une somme de cinquante mille francs (50 000 francs) »*

Il est donc possible dans l'ordre interne de limiter les pouvoirs du gérant. Lorsque la société devra notamment recourir à l'emprunt, le gérant a le pouvoir de conclure le contrat de prêt dès qu'il sert à la réalisation de l'objet social. Il est toutefois envisageable

²⁰⁶ P-A. SOREAU, *art. préc.*, 17°, p.55.

²⁰⁷ C. civ., art.1857.

²⁰⁸ V. *infra* n° 179 et 182

²⁰⁹ CA Paris, chambre 12, 14 octobre 1981, *JurisData* n° 1981-027692

²¹⁰ CA Paris, 25^e ch. A, 21 février 2003, *JurisData* n° 2003-217944 : *Dr. sociétés* 2004, comm.5, note. F-X. LUCAS.

de prévoir une clause statutaire qui empêche le gérant d'engager la société au-delà d'un certain montant²¹¹.

98. Ces clauses restent toutefois inopposables aux tiers qu'ils soient de bonne ou de mauvaise foi²¹² et permettent seulement d'engager la responsabilité du gérant en cas de manquement.

Bien que le législateur laisse aux associés le soin de fixer les pouvoirs du gérant, il est évident qu'au regard des solutions jurisprudentielles, l'efficacité de ces dispositions statutaires reste limitée à l'égard des tiers.

99. Pour assurer une meilleure protection au mineur, il pourrait être intéressant comme le souligne certains²¹³ de nommer les deux parents gérants lorsque l'autorité parentale est conjointe ou un tiers : « l'instauration d'une cogérance ou d'un conseil de gérance peut être une solution pour éviter qu'une personne seule ne prenne des décisions importantes pour le compte de la société ». De même, il a été mis en avant que « dans les sociétés familiales ou entre conjoints, des colorations qu'empruntent souvent les SCI, la cogérance est souvent le moyen d'associer les membres de la famille à la direction, tout autant qu'elle permet d'éviter la vacance de la gérance »²¹⁴.

Il est ainsi envisageable de prévoir dans les statuts la mise en place d'une cogérance²¹⁵ mais à l'égard des tiers chaque gérant bénéficie des mêmes pouvoirs que s'il était seul et peut donc agir séparément²¹⁶. En effet, « chacun peut agir seul, avec les mêmes pouvoirs qu'un gérant unique, sans avoir à en référer à ses cogérants »²¹⁷ et la troisième chambre

²¹¹ M. STORCK, S. FAGOT, Th. DE RAVEL D'ESCLAPON, *Les sociétés civiles immobilières*, LGDJ 2016, n° 633, p.232.

²¹² Cass. 3^e civ., 24 janvier 2001, n° 99-12841, *JurisData* n° 2001-007877 : *BJS* 2001, p. 529, note F-X. LUCAS ; D. 2002, p.471, obs. J-C. HALLOUIN. En l'espèce, le dirigeant d'une SCI était passé outre une clause des statuts qui interdisait à ce dernier d'effectuer seul certains actes (les gros travaux). Si pour la Cour d'appel de Versailles le gérant avait commis un dépassement de pouvoir la Cour d'appel cassa l'arrêt au visa de l'article 1849 al. 1 et 3 du code civil et précisa alors que « *les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants sont inopposables aux tiers, sans qu'il importe qu'ils en aient eu connaissance ou non* ».

²¹³ P-A. SOREAU, « La société civile : un outil au service de la gestion du patrimoine des mineur » *Acte prat. et stratégie patrimoniale* 2017, n°3, p.55, 17° ;

²¹⁴ TH. DE RAVEL D'ESCLAPON, *BJS* 2020, p.30, 1°.

²¹⁵ Pour les sociétés civiles : art.1849 du Code civil ; pour les SARL : art. L.223-18 du Code de commerce.

²¹⁶ C. civ. art. 1849 al. 2.

²¹⁷ Th. DE RAVEL D'ESCLAPON, *op.cit.*, 5°.

civile de la Cour de cassation est venue rappeler que dans les rapports entre associés, le gérant, peut accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société²¹⁸. Toutefois des aménagements statutaires restent envisageables pour restreindre les pouvoirs des gérants. Cependant, « les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants sont inopposables aux tiers »²¹⁹ et les clauses qui prévoient la signature

²¹⁸ Cass civ.3, 16 janvier 2020, n° 18-21.394, *JurisData* n° 2020-000635 : une SCI propriétaire de plusieurs immeubles dont un constituait leur résidence principale, avait été constituée entre des époux cogérants. L'ordonnance de non conciliation attribuait à son épouse la jouissance onéreuse du logement familial. Lors d'une assemblée générale l'épouse avait été révoquée de ses fonctions de gérante et il avait été décidé de mettre à sa charge une indemnité d'occupation mensuelle. Elle assigna la SCI et ses associés (les époux avaient, en cours de vie sociale, fait donation à chacun de leurs enfants de la nue-propiété des parts sociales, les époux conservant l'usufruit et la pleine propriété de dix parts) en nullité de cette assemblée. Le lendemain, le gérant assigna cette dernière aux fins d'obtenir sa condamnation au paiement de l'indemnité d'occupation. La Cour d'appel de Poitiers rejeta sa demande considérant que cette action ne pouvait être engagée par le gérant mais devait être prise par l'assemblée générale. Il forma alors un pourvoi en cassation. La troisième chambre civile casse cette décision. Pour cette dernière, en l'absence de dispositions statutaire faisant obstacle à la décision du cogérant d'engager une procédure en paiement d'une indemnité d'occupation ou d'opposition du cogérant, dans les rapports entre associés le gérant peut accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société (*Dr. sociétés* 2020, comm.49, note H. HOVASSE ; *Gaz. Pal.* 2020, p.71, obs. A. RABREAU).

²¹⁹ C. civ. art. 1849 al. 3. Bien que les clauses limitatives des pouvoirs du gérant soient inopposables aux tiers, il semble qu'un tiers puisse en revanche se prévaloir des statuts pour invoquer le dépassement de pouvoir commis par le gérant. Telle est la solution retenue pour un groupement foncier agricole : Cass.civ.3, 14 juin 2018, n° 16-28.672, *JurisData* n° 2018-010287. Un GFA, représenté par sa cogérante, avait délivré à son locataire un congé afin de reprise mettant ainsi fin à son bail à long terme. Le locataire avait alors saisi le tribunal paritaire des baux ruraux en annulation du congé. Annulé par la Cour d'appel d'Aix en Provence pour défaut d'autorisation du gérant, le groupement et sa cogérante formèrent un pourvoi en cassation. La troisième chambre civile rejette le pourvoi et affirme que « les tiers à un groupement foncier agricole peuvent se prévaloir des statuts du groupement pour invoquer le dépassement de pouvoir commis par le gérant de celui-ci ». Les clauses statutaires qui limitent les pouvoirs du gérant sont inopposables aux tiers mais ces derniers peuvent s'en prévaloir. Concernant la portée de cet arrêt, la règle pourrait s'appliquer à l'ensemble des sociétés civiles. En effet, comme le souligne un auteur (A. COURET, *BJS* 2018, p.483), « le groupement foncier agricole étant une société civile, on peut penser que l'affirmation est généralisable à cette famille de société. Plus largement, on ne voit pas bien pourquoi les autres formes sociales seraient tenues à l'écart de la règle ». Cependant, il a également été avancé qu'un tiers ne peut revendiquer le dépassement de pouvoir du gérant que lorsque celui-ci lui cause un préjudice. Ainsi pour « ne pas offrir aux tiers le moyen d'annihiler les actes juridiques conclus par la société, ses associés auront intérêt à systématiquement assortir les clauses restreignant les pouvoirs des dirigeants de la précision selon laquelle ladite restriction (généralement l'obligation d'obtenir l'autorisation de

conjointe des gérant pour certains types d'actes sont privé d'efficacité à l'égard des tiers mais permettront à la société de rechercher la responsabilité du gérant. En effet, la Cour de cassation est venue rappeler qu'un gérant engage sa responsabilité à l'égard de la société lorsqu'il conclut un contrat de crédit-bail alors qu'aux termes des statuts un tel engagement nécessité l'accord des cogérants²²⁰ et « il importe peu que le cogérant fautif démontre que la décision collégiale aurait été la même. (...) la responsabilité découle du seul non-respect des dispositions statutaires »²²¹. La violation d'une telle clause permettra de caractériser la faute du gérant.

Ensuite, il est toujours possible pour le cogérant de s'opposer à une opération avant qu'elle ne soit conclue²²². Toutefois, l'article 1849 alinéa 2 du Code civil précise que « l'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre gérant est sans effet à l'égard des tiers, à moins qu'il ne soit établi qu'ils en ont eu connaissance ». La société ne pourra ainsi être engagée si le gérant évincé prouve que le tiers cocontractant avait eu connaissance de son opposition et « afin de se ménager la preuve de son opposition, le gérant opposant agira prudemment en la notifiant au tiers par exploit d'huissier ou par lettre recommandée avec AR »²²³.

L'application des règles du droit des sociétés fait peser sur l'associé mineur certains risques et permet également sa mise à l'écart de la vie sociale.

§2 : La mise à l'écart de l'associé mineur incapable d'exercer lui-même son droit de vote

100. La qualité d'associé offre en contrepartie le droit d'exercer les droits attachés aux parts sociales et notamment le droit de participer aux assemblées et d'y voter. Or, ce droit essentiel de tout associé, le mineur non émancipé ne peut l'exercer lui-même. Ses droits seront exercés par son ou ses représentants légaux et leur marge de manœuvre dépendra de la qualification de la décision portée à l'ordre du jour (A) ; le mineur quant

l'assemblée des associés) ne vaut qu'à titre de règle interne, de sorte qu'elle ne peut nullement être opposée à la société par les tiers » R. MORTIER, comm.160.

²²⁰ Cass.com., 3 décembre 2002, *JurisData* né 2002-016939.

²²¹ J. MONNET, *Dr. sociétés* 2003, comm.131.

²²² C. civ., art.1848.

²²³ Mémento pratique Francis Lefebvre, *Sociétés civiles*, 2020, né 7430, p.221.

à lui sera privé de droit de vote y compris en cas de démembrement des parts sociales (B).

A. La qualification du droit de vote

101. Dans toutes les sociétés, le vote est considéré comme le mode de prise de décision collective des associés. A cette occasion, les associés prennent part directement à la gestion sociale. En effet, comme le prévoit l'article 1844 alinéa premier du Code civil, tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Ce droit ne peut être exercé que par l'associé, or lorsque celui-ci est mineur sa représentation sera nécessaire. La participation du mineur à la vie sociale doit nécessairement se faire par l'intervention des représentants légaux. Dans ce cas, l'exercice du droit de vote constitue selon l'ordre du jour un acte de disposition ou d'administration.

En principe, le vote peut être regardé comme un acte d'administration. Cependant, certaines décisions particulières nécessitent une autre qualification. Le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 classe dans son annexe 2 comme acte de disposition, sauf circonstances d'espèce : le vote des ordres du jour portant sur la reprise des apports, modification des statuts, prorogation et associé, augmentation et réduction du capital, changement d'objet social, emprunt et constitution de sûreté, vente d'un élément d'actif immobilisé, aggravation des engagements des associés. Donc lorsque l'autorité parentale est conjointe les deux administrateurs légaux devront intervenir. En revanche, l'administrateur légal exerçant seul l'autorité parentale votera au nom et pour le compte de l'associé mineur. Toutefois, la présomption posée par le décret est simple et le vote peut être requalifié en acte d'administration « en raison de leurs faibles conséquences sur le contenu ou la valeur du patrimoine de la personne protégée »²²⁴.

102. Dans le cadre de l'administration légale unique, la qualification d'acte de disposition ou d'administration présente peu d'intérêt dans la mesure où l'administrateur légal représente seul le mineur, l'autorisation du juge n'étant requise que pour les actes visés à l'article 387-1 du Code civil. En cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale, cette qualification présente « un caractère subjectif au regard du patrimoine du mineur, de l'importance de l'opération et de la nature de ses droits

²²⁴ Décret n° 2008-1484, 22 décembre 2008, relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil.

(usufruit ou nue-propiété) »²²⁵ et est indispensable puisqu'elle conditionne l'intervention ou non des deux représentants légaux. Toutefois, « la société ne doit pas trancher la question de savoir s'il s'agit ou non d'un acte d'administration ou de disposition, cette qualification étant de la responsabilité de l'administrateur légal. En cas de convocation à une assemblée portant sur une telle délibération il convient d'envoyer, par prudence, une convocation aux deux administrateurs légaux »²²⁶. Afin de faire bénéficier le mineur de la mesure de protection la plus lourde, la qualification d'acte de disposition dit « libre » doit alors être retenue dès lors que la décision portée à l'ordre du jour ne relève pas de la liste des actes visés à l'article 387-1 du code civil²²⁷.

103. Le mineur non émancipé bien qu'ayant la qualité d'associé ne pourra agir lui-même. Il sera représenté par ses parents qui doivent l'associer « aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité »²²⁸. Ainsi, quelle que soit la qualification retenue, les parents associent leur enfant à la décision prise et doivent prendre en compte sa volonté notamment lorsque celui-ci avance en âge et se rapproche de la majorité. Toutefois, cette obligation reste dépourvue de sanction et perd de son intérêt. Le mineur pourra même être complètement écarté de toute prise de décision.

B. Les parts sociales démembrées : privation de l'associé mineur nu-propiétaire de son droit de vote

104. Les parents peuvent souhaiter écarter le jeu de la représentation et leur enfant, y compris émancipé, de la prise de décision notamment grâce au démembrement des droits. Ils peuvent ainsi anticiper d'éventuelles contestations sur la qualification de l'acte porté à l'ordre du jour et soumis au vote.

105. Le propriétaire d'un bien peut ainsi effectuer un apport en nature au capital d'une SCI existante ou à créer. Ensuite la nue-propiété des titres sociaux fera l'objet d'une

²²⁵ P-A. SOREAU, « La société civile : un outil au service de la gestion du patrimoine des mineurs » *Actes pratiques et stratégie patrimoniale* 2017, n°3, p.53, 11°.

²²⁶ P-A. SOREAU, *ibid.*

²²⁷ 116^e Congrès des notaires de France, Paris 2020, « Protéger : les vulnérables, les proches, le logement, les droits », n° 1150, p. 63.

²²⁸ C.civ, art.371-1 al.3.

donation au profit du ou des enfants. Les parts composant le capital social sont démembrées entre le donateur usufruitier et le donataire nu-proprétaire. Au décès du donataire usufruitier, la pleine propriété des titres sociaux sera reconstituée sur la tête du donataire.

Dans cette hypothèse la situation de l'associé nu-proprétaire appelle à une certaine vigilance puisqu'il peut être écarté de toute prise de décision.

106. Le démembrement de droits favorise clairement le contournement de la protection de l'associé mineur, notamment dans le cas où les parents vont tout d'abord se réserver l'usufruit des parts sociales puis prévoir dans les statuts un renforcement de leur droit de vote en y indiquant qu'ils se réservent ce droit pour toutes les assemblées. Si, en pratique le droit de vote de l'associé peut être modulé c'est en effet pour répondre « à la volonté des parents d'élargir la palette du droit de vote à leur profit, pour conserver une meilleure maîtrise de la société »²²⁹. De plus, en aménageant le vote de l'associé nu-proprétaire, les parents usufruitiers balaient les difficultés de qualification des actes inscrits à l'ordre du jour. L'article 1844 du code civil dispose que « si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier ». Les statuts peuvent cependant en disposer autrement puisque cette disposition n'est pas d'ordre public, comme le montre le dernier alinéa. En effet, l'alinéa 3 de l'article 1844 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés dont les dispositions sont entrées en vigueur le 21 juillet 2019 prévoit désormais que pour les autres décisions les parties peuvent convenir que le droit de voter sera exercé par l'usufruitier²³⁰. Le nu-proprétaire est alors dans ce cas privé de son droit de vote.

107. S'il peut être privé de son droit de voter il ne peut cependant être privé de son droit de participer aux décisions collectives et le législateur est récemment intervenu.

²²⁹ 102^{ème} congrès des notaires de France, Strasbourg, 21/24 mai 2006, « *Les personnes vulnérables* », p.846, n° 4334.

²³⁰ C. civ., art. 1844 al.3 : « Si une part est grevée d'un usufruit, le nu-proprétaire et l'usufruitier ont le droit de participer aux décisions collectives. Le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier. Toutefois, pour les autres décisions, le nu-proprétaire et l'usufruitier peuvent convenir que le droit de vote sera exercé par l'usufruitier ».

Il était clairement admis que si l'associé nu-proprétaire pouvait être privé de son droit de vote il ne pouvait être privé de son droit de participer aux décisions collectives comme en dispose l'alinéa 1^{er} de l'article 1844 du Code civil, d'ordre public. Il ne pouvait pas en être privé par une clause statutaire contraire, solution posée par la chambre commerciale de la Cour de cassation dès 1994²³¹ et confirmée depuis²³², y compris par la deuxième chambre civile²³³. Le nu-proprétaire pouvait participer à toutes les assemblées y compris celles où le droit de vote était exercé par l'usufruitier. En revanche, la Cour de cassation était venue préciser qu'une assemblée générale à laquelle ne devait voter que le nu-proprétaire ne pouvait être annulée au motif que l'usufruitier n'y avait pas été convoqué²³⁴.

108. Désormais, l'alinéa 3 de l'article 1844 du Code civil dispose que « si une part est grevée d'un usufruit, le nu-proprétaire et l'usufruitier ont le droit de participer aux décisions collectives » sans que les statuts puissent en disposer autrement. Donc usufruitier et nu-propriétaire de parts sociales doivent être convoqués à toutes les assemblées générales.

Les assemblées auxquelles l'associé nu-proprétaire n'aura pas été convoqué pourront être annulées. En effet, le nu-proprétaire peut être privé de son droit de vote par les statuts mais il ne peut pas être privé de son droit de participer aux assemblées. Il devra

²³¹ Cass. com., 4 janvier 1994 n° 91-20.256 : *Déf.*1994, p.556, obs. P. LE CANNU ; J-P GARCON, « La situation des titulaires de droits sociaux démembrés (à propos des arrêts de la Chambre commerciale du 4 janvier 1994 et de la troisième Chambre civile du 2 mars 1994 de la Cour de cassation) », *JCP N* 1995, n°7, p.269.

²³² Cass.Com. 22 février 2005 n° 03-17.421 : R. KADDOUCH, « Conditions de l'attribution statutaire de la totalité du droit de vote au seul usufruitier » *JCP E* 2005, 968.

²³³ Cass. civ. 2., 13 juillet 2005 n°02-15.904.

²³⁴ Cass.3^e civ, 15 septembre 2016, n° 15-15.172, *JurisData* n° 2016-018580 : JCPN 2017, 1112, note T. DE RAVEL D'ESCLAPON. En l'espèce, au sein d'une société civile immobilière de familiale, l'usufruitière de parts sociale n'avait pas été convoquée à l'assemblée générale au cours de laquelle les associés s'étaient prononcés sur la vente d'un immeuble qui constituait le seul actif de la société, à l'un d'entre eux, pour un prix identique à la valeur du bien lors de la donation vingt-deux ans plus tôt. L'un des associés nu-proprétaire souleva la nullité de la délibération en soutenant que si la qualité d'usufruitier empêche de prendre part aux votes elle ne saurait exclure le droit qu'a l'usufruitier de participer aux décisions collectives. Cependant, la troisième chambre civile de la Cour de cassation est venue affirmer le contraire²³⁴ en approuvant la Cour d'appel d'avoir retenu que « l'assemblée générale (...) ayant pour objet des décisions collectives autres que celles qui concernent l'affectation des bénéficiaires, ne saurait être annulée au motif que, l'usufruitière des parts sociales, n'avait pas été convoquée pour y participer ».

donc toujours être convoqué et « il doit lui être fourni les mêmes documents qu'au titulaire du droit de vote »²³⁵.

109. Le fait que les parents usufruitiers se réservent le pouvoir de voter à n'importe quelle assemblée n'a cependant pas pour conséquence l'exclusion totale du mineur nu-propriétaire de la vie sociale. Même si la distinction faite par la Cour de cassation entre le droit de participer et de voter est apparu « stérile »²³⁶, il convient de déterminer le périmètre du droit de participation aux décisions collectives, ce qui implique : « être convoqué, recevoir l'information nécessaire pour prendre part en connaissance de cause à la délibération, accéder à l'assemblée, recevoir le texte des consultations écrites, assister à la totalité de l'assemblée, y faire des observations et poser des questions, pouvoir demander le procès-verbal »²³⁷. Le droit de participation implique « un droit de parole permettant à l'intéressé de faire valoir son point de vue »²³⁸. Ce droit de parole prendra une importance variable en fonction de l'âge de l'associé mineur. Plus ce dernier avancera en âge plus son opinion devrait être entendue. Il peut y exprimer un avis consultatif.

La Cour de cassation va plus loin et considère que le défaut de convocation des associés à n'importe quelle assemblée d'une SCI est une cause de nullité des décisions qui peuvent y être prises. En effet, « la Cour suprême a estimé que la convocation des associés présentait une telle importance qu'il était impossible de s'en dispenser, même si l'absence de certains d'entre eux ne pouvait influencer sur le résultat final du vote et si la demande en nullité émanait d'un associé présent »²³⁹. En l'espèce, une société civile immobilière avait été constituée entre onze associés et deux d'entre eux demandaient la nullité d'une assemblée générale faisant suite à l'annulation d'une cession de parts sociales au sein de la même société. La nullité était cependant demandée par des associés qui n'étaient pas concernés par la cession et qui avaient été régulièrement convoqués à l'assemblée dont ils invoquaient la nullité des décisions prises. Si la Cour

²³⁵ Mémento Francis Lefebvre, sociétés civiles 2020, n° 62082, p.1299.

²³⁶ R. KADDOUCH, « Conditions de l'attribution statutaire de la totalité du droit de vote au seul usufruitier » JCP E 2005, 968.

²³⁷ P. LE CANNU, « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives », in *Mél. Ph. MERLE*, Dalloz 2013, p.452, n°23.

²³⁸ J-P GARCON, La situation des titulaires de droits sociaux démembrés, JCP N 1995, p.272, 19°.

²³⁹ Civ.3, 21 octobre 1998, n° 99-16.537 : *Déf.* 1999, p.1192, obs. J. HONORAT ; *Bull.Joly* 1999, p.107, note L. GROSCLAUDE ; *RJDA* 12/1998, n° 1371.

d'appel de Grenoble²⁴⁰ avait écarté leur demande, la troisième chambre civile de la Cour de cassation censure cette décision.

Lanon convocation d'un associé peut donc être une cause de nullité d'une assemblée qui peut être invoquée par n'importe quel associé, même si l'absence du non convoqué est sans incidence sur le vote.

110. Concernant l'associé mineur, une difficulté se présente lorsqu'une autorisation du juge doit être préalablement obtenue. En effet, son intervention peut être nécessaire en cas de désaccord des administrateurs légaux en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale ou s'il s'agit d'un acte devant être autorisé par le juge, comme l'apport en société d'un immeuble. L'autorisation du juge doit être obtenue lors de la tenue de l'assemblée ce qui implique qu'il ait été saisi bien avant. Mais si son autorisation ne peut être obtenue dans le délai ? Il a été soutenu que « si la décision nécessite obligatoirement le vote de l'enfant mineur (pour le respect du quorum ou parce qu'il détient la majorité des droits de vote) la société devra obligatoirement tenir compte de cette contrainte pour fixer la date de l'assemblée générale. Si en revanche la décision ne nécessite pas obligatoirement le vote du mineur pour être adopté (on suppose par hypothèse que sa participation n'est pas importante), la société n'est pas obligée de tenir compte de cette contrainte dès lors qu'elle respecte les obligations légales tant en termes de forme de convocation que de délai »²⁴¹.

L'application des règles gouvernant le fonctionnement des sociétés peuvent ainsi fragiliser l'associé mineur comme paradoxalement les règles de la représentation.

²⁴⁰ Grenoble, 25 mars 1996 : « les associés, régulièrement convoqués aux assemblées générales, ne peuvent se prévaloir de l'absence de convocation d'autres associés que dans la mesure où les décisions prises leur feraient grief et que le non-respect du formalisme prévu par les statuts pour la convocation des associés aux assemblées générales ne peut entraîner la nullité des décisions de celle-ci que si l'absence des associés a eu une incidence sur les décisions prises ».

²⁴¹ P-A. SOREAU, *art.préc.*, p.53, 13°.

Section 2 : Les risques issus des règles de représentation dans le contexte sociétaire

111. La participation du mineur au contrat de société est considérée comme un acte grave. En effet, « la souscription de parts ou d'actions ne constitue pas un acte courant autorisé par la loi ou l'usage, même s'il a été conclu à des conditions normales »²⁴². Le mineur non émancipé ne pourra agir personnellement et devra être représenté.

Faute de disposition intéressant l'associé mineur, sa protection, que ce soit lors de la constitution de la société ou en cours de vie sociale, est assurée par son ou ses représentants légaux et elle dépendra en toute hypothèse de l'étendue de leur pouvoir.

112. Ainsi, il apparaît que les règles de représentation du mineur destinées à assurer sa protection ne sont, paradoxalement, pas toujours favorables à cette protection pour les actes les plus graves concernant l'associé mineur.

Si, avant la réforme de l'administration légale par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille (entrée en vigueur le 1er janvier 2016), quelle que soit la situation familiale, la prise de décision pour les actes plus graves se faisait toujours à deux, aujourd'hui, dans l'objectif de mettre un terme à toute différence de traitement entre les différentes formes de familles, tel n'est plus le cas et des inquiétudes peuvent dès lors apparaître dans les familles monoparentales.

Si la protection de l'associé mineur est assurée en cas d'autorité parentale conjointe (§1) des incertitudes apparaissent en cas d'autorité parentale unilatérale (§2).

²⁴² Mémento pratique Francis Lefebvre, *Sociétés civiles*, 2020, n° 611, p.44.

§1 : Une protection assurée en cas d'autorité parentale conjointe

113. Avant l'ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015, la loi faisait une distinction entre deux modes d'administration légale suivant la situation familiale du mineur. Elle distinguait l'administration légale pure et simple et celle exercée sous contrôle judiciaire.

L'administration légale permet aux père et mère, premiers protecteurs naturels de leur enfant, d'apporter une réponse à l'incapacité d'exercice qui le frappe par la représentation qu'elle met en œuvre. Elle est considérée comme le mode normal d'administration des biens du mineur²⁴³. Il faut pour cela que le mineur possède un patrimoine, ce qui du vivant des parents est peu commun mais pas impossible²⁴⁴.

114. En tant que l'un des attributs de l'autorité parentale, l'administration légale est liée à cette dernière. Lorsque l'autorité parentale était exercée conjointement par les deux parents, ils étaient tous les deux administrateurs légaux et l'administration légale était dite pure et simple²⁴⁵. La présence des deux parents faisait présumer un contrôle réciproque entre les parents suffisant pour assurer une protection optimale des intérêts du mineur.

L'ancien article 389-4 du Code civil, prévoyait ainsi que « dans l'administration légale pure et simple, chacun des parents est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu de l'autre le pouvoir de faire seul les actes pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation ».

Cette présomption de pouvoir s'apparentait à « un mandat tacite présumé »²⁴⁶ qui permettait à chacun des parents d'accomplir les actes d'administration et les actes conservatoire. Même si la présence des deux parents n'était pas obligatoire pour la réalisation de l'acte, leur double accord était en théorie nécessaire puisque l'opposition de l'un valait révocation du mandat²⁴⁷. Cependant, en raison de la présomption de pouvoir, les tiers n'avaient pas à vérifier la volonté de l'autre parent et ne pouvaient exiger une double signature. Or, si dans les familles unies ce contrôle mutuel des parents semble ne pas poser de difficulté, dans celles où les rapports parentaux sont plus

²⁴³ Y. BUFFELAN-LANORE ET V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil*, 2019, Sirey, 21^e éd., n° 1148, p.517.

²⁴⁴ H. LECUYER « Le patrimoine du mineur », *Gaz.Pal.*2003, p.2

²⁴⁵ C. civ., art 389-1, ancien.

²⁴⁶ J. MASSIP, *Principes généraux de fonctionnement de l'administration légale (a)*, *Def.* 1995, p.662, n° 4.

²⁴⁷ C. civ., art. 2004.

compliqués « on doit considérer qu'il serait possible pour celui des parents qui voudrait agir et se heurterait à l'opposition de l'autre de demander au juge des tutelles une autorisation supplétive »²⁴⁸.

L'ancien article 389-5 du Code civil prévoyait que « 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 ». Sont ici visés les actes de disposition, et les parents ne pouvaient agir l'un sans l'autre, le refus de l'un suffisant à empêcher la réalisation de l'acte ; il s'agissait de pouvoirs conjoints et non de pouvoirs concurrents. En cas de mésentente du couple, l'acte devait être autorisé par le juge des tutelles qui devait apprécier la pertinence de l'acte au regard de l'intérêt de l'enfant²⁴⁹.

Par ailleurs, pour certains actes considérés comme particulièrement graves, même si les parents étaient d'accord, ils devaient obtenir l'autorisation du juge des tutelles²⁵⁰.

115. Désormais, il n'existe qu'une seule administration légale et lorsque l'autorité parentale est exercée par les deux parents, peu de modifications sont à constater. En effet, comme auparavant les actes conservatoires et d'administration peuvent être effectués par chaque administrateur légal seul²⁵¹. De même, l'accord des deux parents est indispensable pour la réalisation d'un acte de disposition autre que ceux visés à l'article 387-1 du Code civil. En cas de désaccord, le juge tranchera pour autoriser ou non l'acte²⁵².

116. En revanche, lorsque l'autorité parentale est unilatérale la protection du mineur peut être affaiblie.

²⁴⁸*Ibid.*

²⁴⁹ C. civ., art., 385-9, al 2.

²⁵⁰ C. civ., art., 389-5 al.3 : « 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 ».

²⁵¹ C. civ., art.382-1.

²⁵² C. civ., art. 387.

§2 : Un danger potentiel en cas d'autorité parentale unilatérale

117.L'administration légale permet aux parents d'assurer la représentation de leur enfant mineur et « consiste en une substitution de volonté, les titulaires de l'autorité parentale accomplissant les différents actes selon leur appréciation de l'intérêt de l'enfant »²⁵³, sous la surveillance générale du juge des tutelles, cependant. Or, depuis l'ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016, le juge des tutelles a perdu son rôle de surveillance des administrations légale et son intervention est désormais beaucoup plus ponctuelle.

118.La dispense d'autorisation du juge pour les actes les plus graves, consacré par l'ordonnance, ne se traduit pas forcément par une insuffisance de protection mais permet plus de souplesse dans la gestion des biens du mineur. Mais comme cela a été souligné, « autrefois, l'administrateur légal était dissuadé de commettre des détournements par le contrôle du juge, il n'est aujourd'hui plus aucunement limité de ce point de vue »²⁵⁴. Le recul de l'intervention du juge permet de laisser à l'administrateur légal une marge de manœuvre plus large (A) qui s'illustre également en droit des sociétés (B) et qui peut être problématique si l'autorité parentale est exercée unilatéralement.

A. La promotion de l'administrateur légal grâce au recul de l'intervention du juge

119.Prise en application de la loi d'habilitation du 16 février 2015²⁵⁵, l'ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille est venue, notamment, réformer la protection des mineurs en modifiant les règles relatives à l'administration légale. Ses dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

²⁵³ A. GOUTTENoire, « Le statut juridique de l'enfant », *Revue Lamy Droit civil*, n° 87, novembre 2011.

²⁵⁴ I. MARIA, « Fallait-il uniformiser le régime de l'administration légale ? », *Droit et patrimoine*, n°300, mars 2020.

²⁵⁵ I. MARIA, « Loi de modernisation et de simplification du droit : mesures pour les personnes protégées », *Dr.fam.* 2015, comm.81.

Le système antérieur ayant fait l'objet de critiques²⁵⁶, le cœur de la réforme, ainsi que nous l'avons déjà relevé, réside dans la suppression de la distinction entre les deux formes d'administration légale pour laisser place à un régime commun inspiré de l'administration légale pure et simple. Il était vu dans cette distinction une « présupposition d'une hypothétique mauvaise gestion »²⁵⁷ qui pouvait être mal perçue par le parent exerçant seul l'autorité parentale. Avant le premier janvier 2016, le parent investi de l'administration légale pouvait faire seul tous les actes qu'un tuteur pouvait effectuer sans l'autorisation du conseil de famille²⁵⁸. Il pouvait accomplir seul tous les actes d'administration et conservatoire. En revanche, il devait « se pourvoir d'une autorisation du juge des tutelles pour accomplir les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec une autorisation »²⁵⁹ c'est-à-dire tous les actes de disposition. La protection du mineur ne se faisait plus exclusivement dans le cadre familial

120. L'ordonnance de 2015 met fin à la distinction mis en place par la loi du 14 décembre 1964 et le justifie « eu égard aux évolutions sociologiques » ; « les familles monoparentales, dans lesquelles un seul parent prend soin du patrimoine de ses enfants, sont de plus en plus nombreuses. Là encore, il y a une rupture d'égalité »²⁶⁰. Par cette réforme, le gouvernement a souhaité mettre un terme à une situation jugée stigmatisante pour les familles monoparentales. A l'occasion des travaux parlementaires, la Garde des Sceaux a précisé que « les dispositions en cause, qui figurent dans la loi de 1964 -elles ont donc plus de cinquante ans -, étaient motivées par le souci de veiller, lorsque le patrimoine était important, à ce que le parent survivant ne dilapide pas les biens des enfants mineurs. Or un élément extrêmement important a été oublié à l'époque : le décès de l'un des parents est un moment difficile et douloureux et c'est justement à ce moment-là que le parent survivant doit se rendre au tribunal pour soumettre systématiquement au juge tous les actes qu'il accomplit ». S'il a été mis en

²⁵⁶ Projet de loi au Sénat, exposé des motifs. p.5 : « Le dispositif de l'administration légale sous contrôle judiciaire apparaît aujourd'hui comme un dispositif contraignant pour les parents et peu efficace ».

²⁵⁷ H. GRATADOUR, « De la modification de la protection des mineurs et des majeurs vulnérables par l'ordonnance portant simplification et modification du droit de la famille », Revue Lamy, n°135, mars 2016.

²⁵⁸ C. civ., art. 389-6 al 2

²⁵⁹ C. civ., art.389-6 al.1 anc.

avant que l'intervention du juge pouvait être mal vécue par certains parents, le dysfonctionnement du système a été pointé du doigt²⁶¹.

Cette remise en cause du régime de l'administration légale antérieure s'accompagne d'un nouveau découpage des textes. L'administration légale est aujourd'hui un régime autonome détaché de la tutelle. Les règles relatives à l'administration des biens du mineur ne sont plus éparpillées entre le chapitre II du titre IX et le chapitre premier du titre X, du livre premier du Code civil. Elles sont regroupées au sein du second chapitre du titre IX, mettant ainsi « en relief l'unité de la protection parentale »²⁶². Le titre X est divisé en trois chapitres (De la minorité/de la tutelle/ de l'émancipation) faisant de la tutelle un régime d'exception ne jouant qu'en cas de défaillance des parents.

121. Désormais, toutes les familles sont soumises à un régime commun. Lorsque les deux parents exercent en commun l'autorité parentale, chacun d'eux est comme autrefois administrateur légal (C.civ., art. 382) et la présomption de pouvoir concernant l'accomplissement des actes de d'administration est maintenue (C.civ. art. 382-1). S'agissant des actes de disposition, leur accomplissement nécessite toujours l'accord des deux parents dès lors qu'ils sont investis de l'exercice de l'autorité parentale puisque la présomption légale d'accord ne concerne que les actes d'administration. En cas de désaccord, ce dernier fait obstacle à la réalisation de l'acte et le juge des tutelles doit être saisi aux fins d'autorisation de l'acte²⁶³.

En revanche, le parent unique est quant à lui le seul administrateur légal (C.civ., art. 382 al.2) et l'accomplissement des actes que ce soit conservatoires, d'administration ou de disposition relève de sa seule décision. Les actes de disposition pouvant être exécutés sont ceux qui ne sont pas réputés assez graves pour nécessiter l'autorisation du juge.

Ainsi, « la bi-parentalité ne justifie plus un surcroît de confiance » ; pourtant, « l'enfant dont les père et mère se contrôlent mutuellement, bénéficie d'une meilleure protection

²⁶¹ Exposé des motifs, loi n° 2015-177 du 16 février 2015, p.5 : « En outre, en l'absence de recensement des familles relevant de ce dispositif, le juge des tutelles ne peut véritablement exercer son contrôle, notamment à l'égard des familles monoparentales au sein desquelles un seul parent exerce l'autorité parentale, qui, au regard de la complexité des règles prévoyant le contrôle judiciaire, peuvent ignorer cette obligation ».

²⁶² H. FULCHIRON ET B. BALIVET, « Juillet 2015-Juin 2016 : réforme tout azimut ! (1^{ère} partie), *Dr.et Patrimoine* 2016, n°263, p.80.

²⁶³ C. civ., art. 387.

puisque leur désaccord devra être porté devant le juge des tutelles et être tranché dans son intérêt propre »²⁶⁴.

122. Il ressort de ces nouvelles règles que le bénéficiaire de la réforme est « le parent unique administrateur légal : il peut faire seul tous les actes de disposition, sauf ceux que la loi interdit ou soumet à autorisation judiciaire. En revanche, le système est, paradoxalement, alourdi pour les parents administrateurs conjoints »²⁶⁵ puisque leur double contentement est requis pour la réalisation des actes de disposition et qu'en cas de désaccord le juge devra être saisi. Pour ces derniers, le recours au juge sera élargi puisqu'aux traditionnels²⁶⁶ actes soumis à son autorisation préalable a été ajoutée « la réalisation d'un acte portant sur des valeurs mobilières ou instruments financiers au sens de l'article L. 211-1 du code monétaire et financier, si celui-ci engage le patrimoine du mineur pour le présent ou l'avenir par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives du mineur » ; de même, passe de la catégorie des actes interdits à celle des actes soumis à autorisation : « constituer gratuitement une sûreté au nom du mineur pour garantir la dette d'un tiers ».

123. Depuis le premier janvier 2016, l'intervention du juge des tutelles en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale est en net recul. En effet, ce dernier a tout d'abord perdu sa mission de surveillance des administrations légales : « le rôle principal est désormais dévolu aux parents »²⁶⁷. En effet, l'ancien article 388-3 du Code civil prévoyait que « le juge des tutelles et le procureur de la République exercent une surveillance générale des

²⁶⁴ I. MARIA ET G. RAOUL-CORMEIL, « La nouvelle administration légale : 1+1=1 ? », *Dr. fam.* 2016, dossier 4.

²⁶⁵ H. FULCHIRON ET B. BALIVET, *art. préc.*, p.81.

²⁶⁶ C.c iv., art. 387-1 « L'administrateur légal ne peut, sans l'autorisation préalable du juge des tutelles : 1° Vendre de gré à gré un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur ; 2° Apporter en société un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur ; 3° Contracter un emprunt au nom du mineur ; 4° Renoncer pour le mineur à un droit, transiger ou compromettre en son nom ; 5° Accepter purement et simplement une succession revenant au mineur ; 6° Acheter les biens du mineur, les prendre à bail ; pour la conclusion de l'acte, l'administrateur légal est réputé être en opposition d'intérêts avec le mineur ».

²⁶⁷ 113^e Congrès des notaires de France, *Familles, Solidarités, Numérique, Le notaire au cœur des mutations de la société*, Lille 17-20 septembre 2017, n° 1800, p.307.

administrations légales et des tutelles de leur ressort ». Désormais cette mission du juge ne subsiste que pour la tutelle²⁶⁸.

Ensuite, le juge n'intervient qu'en cas de désaccord entre les administrateurs légaux ou pour donner son autorisation préalable pour un acte compris dans la liste limitative énoncée à l'article 387-1 du Code civil.

Parmi les actes soumis à autorisation seulement deux intéressent le droit des sociétés. En effet, sans l'autorisation du juge des tutelles le ou les administrateurs légaux ne peuvent : « apporter en société un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur, (...) procéder à la réalisation d'un acte portant sur des valeurs mobilières ou instruments financiers au sens de l'article L. 211-1 du code monétaire et financier, si celui-ci engage le patrimoine du mineur pour le présent ou l'avenir par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives du mineur ». La gravité de ces actes nécessite l'intervention du juge et cette exigence s'applique aux administrateurs légaux et à l'administrateur légal. La décision du juge sera notifiée aux parents ainsi qu'au mineur de seize ans : « toute décision du juge est notifiée, à la diligence du greffe, au requérant, aux parents et, le cas échéant, à l'administrateur *ad hoc*. Le mineur âgé de seize ans révolus est avisé par lettre simple de la décision, à moins que son état ne le permette pas. Les notifications sont faites par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le juge peut toutefois décider qu'elles seront faites par acte d'huissier. La délivrance d'une copie certifiée conforme d'une décision du juge des tutelles par le greffe contre récépissé daté et signé vaut notification dès lors que les voies de recours et les sanctions encourues pour recours abusif sont portées à la connaissance de l'intéressé »²⁶⁹. Cette autorisation prend la forme d'une ordonnance sur requête et une simple lettre d'accord du juge n'est pas suffisante. En effet, le juge « ne peut autoriser un acte de disposition que par une décision motivée soumise à recours »²⁷⁰. De plus elle « n'est ni une modalité conditionnelle, ni une simple homologation qui viendrait confirmer un accord préétabli, c'est un élément légal qui participe à la formation du contrat »²⁷¹. Il s'agit d'une autorisation préalable, il est déconseillé au représentant légal

²⁶⁸ C. civ., art. 411-1 al.1^{er}.

²⁶⁹ CPC, art. 1180-16.

²⁷⁰ Cass. civ.1, 22 octobre 2008, n° 07-19.964, *JurisData* n° 2008-045463: JCP N 2008, act.730. La décision rendue concernait une majeure placée sous tutelle mais elle s'applique également au mineur.

²⁷¹F. COLLARD, « L'autorisation du juge est insusceptible d'être érigée en condition suspensive », JCP N 2014, 1337.

d'agir avant d'avoir reçu l'autorisation du juge. Le caractère préalable de l'autorisation est rappelé le plus souvent lors de la vente d'immeuble appartenant à un mineur. La jurisprudence condamne la pratique consistant pour l'administrateur légal de conclure la vente d'un immeuble appartenant au mineur, avant de saisir le juge, sous la condition suspensive de son accord²⁷². L'autorisation du juge « n'est jamais une condition suspensive ; elle n'entraîne ni transfert ni négation du pouvoir du représentant légal ; le juge des tutelles, en accordant une autorisation, ne se substitue nullement au représentant légal dans l'exercice de son pouvoir, et se borne à lever l'interdiction d'exercice qui paralysait celui-ci »²⁷³. Cette souplesse dans la gestion des biens du mineur en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale s'illustre en droit des sociétés.

B. L'impact en droit des sociétés

124. Aux yeux de certains, la disparition de l'administration légale sous contrôle judiciaire n'était ni opportune ni justifiée : « d'un point de vue politique, cette déjudiciarisation paraît tout d'abord dangereuse en ce que le contrôle du juge est certes plus contraignant pour le parent qui exerce seul l'administration légale mais il a essentiellement pour fonction de protéger le patrimoine des enfants. Il s'agit d'ailleurs de le faire non pas contre des parents mal intentionnés, hypothèse rare quoique possible, mais le plus souvent, contre un risque de mauvaise gestion, risque accru par le fait qu'il n'y a plus qu'une seule personne pour réfléchir et décider. Supprimer tout contrôle supplémentaire d'une tierce personne reviendrait à mettre le patrimoine de ces enfants dans une situation moins favorable et moins protectrice que celle de ceux de ceux qui ont deux titulaires de l'administration légale ou qui sont sous un régime de tutelle »²⁷⁴.

Aujourd'hui, les pouvoirs de l'administrateur légal unique sont vastes mais son choix doit être guidé par l'intérêt de l'enfant mineur. A cet égard, le nouvel article 385 du Code civil énonce que « l'administrateur légal est tenu d'apporter dans la gestion des biens du mineur des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt du mineur ».

²⁷² Cass. civ.1, 10 février 1998, n° 96-16.614 : *Déf.* 1998, art.36860, p.1039, note J. MASSIP ; Cass. civ.3, 23 juin 2004, *JurisData* n° 2004-024295 : *Def.* 2005, art.38121, p.445, note J. MASSIP.

²⁷³ Th. FOSSIER, *Dr. fam.* 2008, comm.148, note sous CA Paris, 2^e ch., sect. B, 12 juin 2008 : *JurisData* n° 2008-365241.

²⁷⁴ M. CRESP, « Le droit des personnes et de la famille de demain : un droit sans juge ? » *AJ fam.* 2014, p.107.

Un arrêt de la Cour de cassation concernant une société civile a retenu l'attention de certains, lesquels encouragent les praticiens et surtout les notaires à une grande vigilance lorsque désormais l'administration légale sera exercée par un seul parent²⁷⁵.

Une SCI avait été constituée par un couple marié, dont l'objet social était l'acquisition d'un bien immobilier constituant le logement familial. A son décès le mari laissa pour lui succéder son épouse ainsi que quatre enfants dont deux mineurs qui se trouvèrent placés sous le régime de l'administration légale sous contrôle judiciaire. Quelques années plus tard, la mère également gérante de la SCI décida de vendre le seul immeuble constituant son patrimoine qui fut par la suite revendu. Une fois revendu la mère et ses filles, représentées par un administrateur *ad hoc*, agirent en nullité de la vente pour absence d'autorisation préalable du juge des tutelles. Si la Cour d'appel de Chambéry infirma le jugement leur ayant donné gain de cause, la haute juridiction au visa de l'article 389-6 du Code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 15 octobre 2015 et de l'annexe 2 du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 a censuré et annulé l'arrêt : « *il ne peut être fait exception à la nullité de l'acte de vente d'un bien immobilier appartenant à une SCI résultant de l'absence d'autorisation préalable du juge des tutelles à la délibération ayant décidé de cette vente, au motif que l'acquéreur aurait contracté dans la croyance erronée que le gérant de la SCI propriétaire du bien vendu avait le pouvoir de consentir à la vente* ».

La Cour de cassation est venue préciser dans cet arrêt que doit être regardé comme un acte de disposition le vote portant sur la vente d'un élément d'actif immobilisé. En l'espèce, l'immeuble constituait également le logement de la famille. L'accord du juge était donc indispensable. Cependant, aujourd'hui une telle autorisation n'est plus nécessaire. L'administrateur légal pourra seul procéder au vote. En revanche, en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale, l'accord des deux parents sera nécessaire et en cas de désaccord le juge devra intervenir. La solution retenue protectrice des intérêts du mineur se trouve amoindrie aujourd'hui lorsqu'un seul des parents exerce l'autorité parentale.

²⁷⁵Cass.civ.1., 17 mai 2017, n° 15-24.840 : J. COMBRET, « Mineur et société civile : soyons vigilants ! », *Déf.* 2017, p.757 ; *Dr. famille* 2017, comm.188, note I. MARIA ; G. RAOUL-CORMEIL, « Incapacité et SCI : le dernier rôle avant trépas de la protection du mineur associé ! », *AJ fam.* 2017, p.406 ; *JCP N* 2017, 1235, note M. STORCK.

125. L'administrateur légal de l'associé mineur peut désormais sans l'autorisation du juge représenter son enfant mineur lors de délibération ayant pour objectif la vente d'un élément d'actif immobilisé, ici un immeuble, alors qu'une telle autorisation sera nécessaire lorsque l'administrateur légal souhaitera vendre un immeuble appartenant au mineur²⁷⁶. En effet, l'article 387-1, 1° du Code civil précise que l'administrateur légal ne peut sans l'autorisation du juge vendre de gré à gré un immeuble appartenant au mineur. L'écran de la personnalité morale vient faire obstacle à l'intervention du juge puisque l'immeuble ne fait pas partie du patrimoine du mineur mais de la société. L'autorisation de juge n'étant plus requise lors de la réalisation de la vente « la protection du mineur associé est abandonnée à la vigilance du notaire qui, en cas d'opposition d'intérêts entre le mineur associé et son représentant légal, devra surseoir à la passation de l'acte en attendant la désignation d'un administrateur *ad hoc* »²⁷⁷. En effet, le notaire pourra utiliser le dispositif d'alerte qu'offre l'article 387-3 alinéa 2 du Code civil²⁷⁸.

²⁷⁶ C.civ., art. 387-1, 2°.

²⁷⁷ G. RAOUL-CORMEI, *op.cit.*

²⁷⁸ C. civ., art 387-3 al.2 : « Le juge est saisi aux mêmes fins par les parents ou l'un d'eux, le ministère public ou tout tiers ayant connaissance d'actes ou omissions qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une situation de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci ». Le juge peut ainsi réduire les pouvoirs de l'administrateur légal unique et la première chambre civile est venue préciser qu'à cette occasion il n'est pas tenu de motiver sa décision au regard de la composition ou de la valeur du patrimoine du mineur : Cass. 1^{er} civ., 13 mai 2020, n° 19-15.380, *JurisData* n° 2020-006978. En l'espèce, une mère exerçant seule l'autorité parentale avait été condamnée pour fraude aux prestations familiales. Par ordonnance du 25 juin 2015, le juge des tutelles avait désigné un administrateur *ad hoc* afin d'examiner les comptes du mineur, suite à des retraits non autorisés. Le Procureur de la République avait par la suite sollicité sur le fondement de l'article 387-1 al.2 du Code civil, la mise en œuvre des mesures de contrôle prévues à l'article 387-3 du même code afin de protéger le patrimoine de l'enfant. Il avait été imposé à la mère d'obtenir l'autorisation du juge des tutelles pour tout placement et prélèvement de fonds de son fils ainsi que la transmission d'un compte rendu de gestion annuel au greffier en chef du tribunal de grande instance accompagné de pièces justificatives en vue de sa vérification. En détention, sa mère conteste cette décision et déboutée par les juges du fond, elle forma un pourvoi en cassation. Pour cette dernière, « *en se bornant à énoncer que le patrimoine du mineur était important et complexe, sans donner la moindre indication sur la consistance de celui-ci ni sur la nécessité des mesures prises au regard de ce patrimoine, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 387-3 du code civil.* » La première chambre civile rejette cependant le pourvoi précisant que « *le juge saisi sur le fondement du deuxième alinéa n'a pas à motiver sa décision au regard de la composition ou de la valeur du patrimoine* ». Lorsqu'il sera saisi sur le fondement de l'article 387-3 alinéa 2 du Code civil, il n'est pas nécessaire que le juge prenne en compte la composition et la valeur du patrimoine du mineur

126. En cas de doute sur les compétences ou les motivations de l'administrateur légal, les tiers peuvent alerter le juge qui ne peut se saisir d'office afin qu'un contrôle renforcé soit instauré. Ce dispositif est mis en place « afin de mieux préserver les intérêts du mineur pour que soient portées à la connaissance du juge toutes les situations à risques »²⁷⁹. Le juge pourra lorsqu'il aura été saisi et si la situation l'exige, soumettre l'acte litigieux et certaines situations à son contrôle²⁸⁰. Le juge pourra notamment exiger que les actes de disposition soient soumis à son autorisation préalable. De plus, le juge pourra également demander à l'administrateur légal de dresser un inventaire du patrimoine du mineur ainsi qu'un inventaire actualisé chaque année²⁸¹. De même, il peut demander à l'administrateur légal la remise d'un compte annuel de gestion²⁸². L'obligation pour l'administrateur légal exerçant seul l'autorité parentale de dresser un inventaire du patrimoine du mineur a été supprimée depuis le premier janvier 2016. Pour les inciter à mettre en œuvre ce dispositif d'alerte le législateur précise que « les tiers qui ont informé le juge de la situation ne sont pas garants de la gestion des biens du mineur faite par l'administrateur légal »²⁸³.

127. Toutefois, comme le souligne certains²⁸⁴ « le premier apport de la société civile est l'obligation pour l'administrateur légal (en sa qualité de gérant) de rendre des comptes de sa gestion. (...). La société civile constitue un cadre formel qui va permettre de tenir

pour étendre son contrôle. En revanche, il est indispensable de mentionner dans la requête introductive d'instance, les faits de nature à porter gravement préjudice aux intérêts patrimoniaux du mineur ou qui compromettent manifestement et substantiellement ceux-ci, sous peine d'irrecevabilité comme le prévoit l'article 1180-7 alinéa 2 du Code de procédure civile. Comme cela a été souligné, l'apport de cet arrêt consiste « à créer une indépendance procédurale entre les deux alinéas de l'article 387-3 du Code civil » : V. EGEA, *Dr. fam.*2020, comm.136.

²⁷⁹ S. MAUCLAIR, « De la rénovation des mécanismes de protection des intérêts de l'enfant mineur par l'ordonnance du 15 octobre 2015 », *RJPF* n° 12, 18 décembre 2015.

²⁸⁰ C. civ., art.387-3 al.1^{er} : « A l'occasion du contrôle des actes mentionnés à l'article 387-1, le juge peut, s'il l'estime indispensable à la sauvegarde des intérêts du mineur, en considération de la composition ou de la valeur du patrimoine, de l'âge du mineur ou de sa situation familiale, décider qu'un acte ou une série d'actes de disposition seront soumis à son autorisation préalable.

²⁸¹ C. civ., art. 387-4.

²⁸² C. civ., art.387-5 al.1.

²⁸³ C. civ., art. 387-3 al.3.

²⁸⁴ P-A. SOREAU, « La société civile : un outil au service de la gestion du patrimoine des mineurs » *Actes pratiques et stratégie patrimoniale* 2017, p.56, 22°. n°3,

une comptabilité du patrimoine de la société et indirectement du patrimoine du mineur. L'inventaire de l'administrateur légal est remplacé par le bilan de la société (...). Par le biais de la société civile il sera donc possible de suivre l'évolution du patrimoine du mineur alors que cela n'aurait pas été le cas si les actifs avaient été détenus en direct » et le gérant d'une société civile qui ne tient pas de comptabilité pourra être révoqué judiciairement pour cause légitime²⁸⁵. Cependant, le non-respect des règles comptables et juridique dans les sociétés de famille a été pointé du doigt. En effet, les contraintes des sociétés civiles sont « trop souvent éludées et il est patent de noter que la plupart des sociétés civiles de familles ne respectent pas les règles de base de son fonctionnement. La comptabilité est rarement tenue et le formalisme de son fonctionnement juridique n'est pas respecté. (...). Il est nécessaire de rappeler que le respect des règles sociétaires n'est pas une option. Le droit des sociétés, même souple dans une société civile, s'impose aux associés. L'absence de tenue d'une comptabilité et de suivi juridique peut remettre en cause l'existence même de la société qui peut être considérée comme fictive »²⁸⁶.

128. De même, le caractère familial d'une société ne dispense pas le gérant de son obligation de rendre compte de sa gestion par écrit une fois par an²⁸⁷ : une SCI familiale avait été constitué entre un couple et leurs trois enfants et dont le père était gérant. Suite à la vente par ce dernier, en instance de divorce, d'un chalet appartenant à la société un redressement fiscal a été adressé aux associés. Les enfants ainsi que leur

²⁸⁵ Cass. com., 4 novembre 2014, n° 13-22.487, *JurisData* n° 2014-027138 : *Dr. sociétés* 2015, comm.45, note H. HOVASSE. Une SCI familiale avait été constituée entre un père, sa fille et son époux. Suite à leur séparation, l'ex-mari sollicita notamment la révocation du gérant (le père) lui reprochant de ne pas avoir tenu de comptabilité et d'avoir ainsi manqué à son devoir de rendre compte de sa gestion. Si les juges du fond avaient écarté la faute de gestion du père gérant, la Cour de cassation casse la décision pour défaut de base légale : « Vu les articles 1850 et 1856 du Code civil ; Attendu que pour statuer comme il fait, l'arrêt retient que M. Meli (ex époux) ne peut exiger la tenue de la comptabilité de la société par un professionnel dès lors que celle-ci a un caractère familial et qu'elle n'a aucun revenu et dès lors que M. Meli n'a plus participé, depuis le mois d'août 2006, à son fonctionnement, ni versé sa contribution ; Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, impropres à établir qu'il ne pouvait être reproché à M. Duthoit (le gérant) d'avoir manqué à son obligation de rendre compte de sa gestion aux associés au moins une fois dans l'année, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

²⁸⁶ 116^e congés des notaires de France, 2020, Protéger : les vulnérables, les proches, le logement, les droits, p.57, n° 1134.

²⁸⁷ Cass.com., 23 octobre 2019, n° 17-31.653, *JurisData* n° 2019-018786 : *Dr. sociétés* 2020, comm.1093, note M. STORCK.

mère ont alors demandé en justice la révocation du gérant pour cause légitime. Ils reprochaient au gérant de ne pas avoir rendu compte de sa gestion et l'absence de rapport écrit au cours des dix-huit années qui avaient suivi la création de la société. Si sa révocation avait été ordonnée en première instance, la cour d'appel de Grenoble infirma le jugement et débouta les demandeurs. Pour cette dernière, la situation devait d'abord être analysée au regard de la situation particulière de cette société familiale. Par ailleurs, les demandeurs ne rapportaient pas la preuve d'avoir régulièrement et vainement sollicité le gérant afin qu'il dépose chaque année le rapport exigé. La chambre commerciale casse toutefois cette décision au visa des articles 1851 et 1856 du Code civil. Pour la Cour de cassation, le caractère familial de la société et l'absence de demande de rapport de la part des associés sont sans importance. De tels motifs n'exonèrent pas le gérant de son obligation de rendre compte de sa gestion au moins une fois dans l'année. Le manquement du gérant à cette obligation constitue une cause légitime de révocation. L'article 1856 du Code civil impose au gérant de rendre compte de sa gestion au moins une fois par an aux associés et cette reddition de compte doit comporter un rapport écrit sur l'activité de la société. Cette obligation incombe au gérant et « n'a pas à être réclamée par les associés. Elle doit être exécutée à son initiative et de façon spontanée par le gérant »²⁸⁸.

Cette décision, protectrice des associés quelle que soit leur implication dans la gestion de la société vient cependant alerter les gérants « ils ne doivent pas faire confiance au cadre sociétaire familial, faussement apaisé, et croire que la confiance née des liens familiaux les exempte de respecter les obligations attachées à leurs fonctions »²⁸⁹.

²⁸⁸ A. ZATTARA- GROS, *Gaz.Pal.*2020, p.68.

²⁸⁹ J-F. BARBIERI, « SCI familiale : reddition de compte et règlement de compte », *BJS* 2019, p.20.

Conclusion du chapitre 2

129. Les attraits du recours à la structure sociale et particulièrement à la société civile abordés dans le chapitre précédent ne doivent pas éclipser les risques qui en découlent.

130. Tout d'abord les conséquences des règles qui gouvernent le fonctionnement des sociétés viennent mettre à mal celles protectrices du mineur et de son patrimoine. En effet, la naissance de la personnalité morale permet d'exclure les règles de gestion ordinaires et protectrices du mineur. La jurisprudence fait une distinction rigoureuse entre la personnalité de la société et celle de ses associés qui illustre la supériorité du droit des sociétés sur celui des incapacités et notamment de l'administration légale. L'écran de la personnalité morale fait disparaître l'incapacité de l'associé mineur.

De plus, dans les sociétés de famille ; la gestion sociale est généralement confiée à l'un des administrateurs légaux ou à l'administrateur légal. Or, la liberté contractuelle qu'offre le recours à certaines formes sociales comme les sociétés civiles permet d'octroyer au gérant des pouvoirs qu'il n'aurait pas en simple qualité d'administrateur légal. En effet, un objet social largement rédigé lui permettra d'engager la société soit sans consultation de l'assemblée des associés soit sans consultation du second parent en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale pour l'accomplissement des actes de disposition.

131. Ensuite, les règles de représentation mise en place pour remédier à l'incapacité d'exercice du mineur font de cet associé particulier pourtant négligé par le législateur, un spectateur de la vie sociale.

La qualité d'associé donne vocation à exercer les droits attachés aux parts sociales et particulièrement le droit de participer aux assemblées et d'y voter. Cependant, l'associé mineur ne peut exercer son droit de vote puisque son ou ses administrateurs seront chargés de l'exercer pour son compte. L'associé mineur doit toutefois y être convoqué. En revanche, son ou ses administrateurs légaux exerceront son droit. A ce propos, son exercice a été largement facilité en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale. En effet, si quel que soit l'ordre du jour, la décision doit revêtir la qualification d'acte de disposition, l'administrateur légal unique bénéficie d'une large autonomie (sauf s'il s'agit d'un acte visé à l'article 387-1 du code civil) qui ne se traduit certes pas nécessairement

toujours par un affaiblissement de la protection du mineur mais qui facilite néanmoins la prise de décision.

En l'absence de dispositions spécifiques concernant l'associé mineur, c'est à ses représentants légaux d'assurer sa protection en tirant parti des avantages qu'offre le droit des sociétés. Encore faut-il qu'ils y veillent.

TITRE II : La protection du mineur associé

132. L'incapacité générale d'exercice qui frappe le mineur permet de le protéger en raison de sa vulnérabilité. Liée à la fonction parentale, l'administration légale est le mécanisme de représentation mais aussi de protection qui permet de pallier cette incapacité le temps de la minorité. Les dispositions concernant le mineur en droit des sociétés étant très limitées, cette mission de protection appartient à son ou ses représentants légaux.

Que ce soit donc lors de la formation de la société ou en cours de vie sociale la protection du mineur sera assurée en premier lieu par ses représentants légaux (Chapitre 1).

Toutefois, les conflits familiaux ou les oppositions d'intérêts entre le mineur et ses administrateurs légaux pourront éventuellement justifier l'exclusion de ces derniers (Chapitre 2).

CHAPITRE I : Une protection assurée par ses représentants légaux

133. Un enfant mineur peut devenir associé de différentes manières. Ce peut être par succession, par l'acquisition de droits sociaux ou par la réalisation d'un apport par l'intermédiaire de son ou de ses représentants légaux lorsqu'il n'est pas émancipé. Dans ce dernier cas, l'acte d'apport est déterminant puisqu'il fixe sa participation dans le capital de social et notamment l'ampleur de sa responsabilité.

L'incapacité du mineur n'est pas un obstacle à l'accès à la qualité d'associé. Toutefois, la vulnérabilité d'un associé et notamment sa minorité sont un inconvénient que les représentants légaux ne doivent pas négliger, en l'anticipant lors de l'accomplissement des modalités de constitution de la société (section 1).

134. La minorité de l'un des membres d'une société civile mérite une attention particulière en raison de l'ampleur de la responsabilité attachée à cette forme sociale. En effet, il s'agit de la seule forme de société à responsabilité illimitée ouverte au mineur puisqu'il ne peut être associé d'une SNC, sauf à avoir été autorisé par le juge à exercer le commerce lorsqu'il en fait la demande lors de son émancipation ou postérieurement. De même, il ne peut être associé d'une société en commandite à moins que la qualité recherchée soit celle de commanditaire. Cependant, dans ce cas, le danger est écarté puisque la responsabilité du commanditaire reste limitée au montant de son apport²⁹⁰.

La participation du mineur à une société à risque illimité fait peser sur lui un risque inhérent à cette forme sociale. Le mineur se trouve fragilisé et l'acquisition de la qualité d'associé vient mettre à mal le régime de protection mis en place par le droit civil.

Comme le fait remarquer T. FAVARIO, « la responsabilité pécuniaire du mineur associé demeure le point sensible, la source des principales réticences à accoler mineur et associé de société civile immobilière »²⁹¹. Cependant, l'ordre public sociétaire y reste limité et le législateur laisse aux rédacteurs des statuts une certaine liberté afin qu'ils puissent les adapter aux objectifs poursuivis par la société et aux personnes qui la compose. La responsabilité du mineur pourra alors faire l'objet de dispositions statutaires spécifiques. Les administrateurs légaux doivent donc être vigilants lors de la rédaction des statuts et les adapter à la minorité de l'associé en aménageant sa responsabilité (section 2).

²⁹⁰ C.com.art. L.222-1 al.2.

²⁹¹ T.FAVARIO, « le mineur associé d'une société civile immobilière », *RTDI* 2013, n° 2, p.7.

Section 1 : Une protection assurée par ses représentants légaux lors de constitution de la société

135. La participation du mineur à l'activité sociale dès la création de la société est une situation courante et les représentants légaux de l'enfant doivent être vigilants lors de leur prise de décision. En effet, l'acquisition de la qualité d'associé par un mineur doit être guidée par deux paramètres : la forme de la société à laquelle il prétend accéder (§1) et les modalités d'acquisition de cette qualité (§2).

§1. Concernant le choix de la forme sociale adaptée à la minorité de l'enfant

136. Avant d'aborder la protection de l'associé mineur, il convient de s'intéresser aux formes sociales qui lui sont accessibles. Sur ce point le droit des sociétés prévoit des règles spécifiques concernant les formes sociales interdites au mineur.

La présence d'un associé mineur vient donc restreindre la liberté de choix des administrateurs légaux fondateurs de la société. Certaines sociétés confèrent aux associés des qualités particulières et sont interdites au mineur (A). Cependant, certaines formes sociales leur sont tout de même accessibles et diverses options s'offrent aux représentants légaux (B).

A. L'existence de règles spécifiques interdisant certaines formes sociales au mineur

137. Tout d'abord, l'interdiction concerne les sociétés à vocation agricole. Les mineurs sont en effet exclus des groupements agricoles d'exploitation en commun, l'article L.323-1 du Code rural et de la pêche maritime ne faisant référence qu'aux personnes majeures²⁹². Un mineur même émancipé ne peut donc être membre d'un GAEC et cette

²⁹² « Les groupements agricoles d'exploitation en commun sont des sociétés civiles de personnes régies par les chapitres Ier et II du titre IX du livre III du code civil et par les dispositions du présent chapitre. Ils sont formés entre personnes physiques majeures ».

mise à l'écart se justifie par l'obligation faite aux membres d'un GAEC de participer effectivement à l'activité de la société²⁹³.

138. Ensuite l'article 387-2, 3° du Code civil interdit à l'administrateur légal d'exercer une profession libérale au nom du mineur. Donc, l'administrateur légal ne peut, même avec une autorisation, exercer une profession libérale au nom du mineur. La participation du mineur à la constitution d'une société permettant l'exercice d'une profession libérale semble donc compromise. En effet, la participation à ce type de société est soumise à une condition particulière qui est l'exercice d'une profession et le jeune âge du mineur lui fera défaut.

139. Enfin, l'interdiction concerne les sociétés conférant aux associés la qualité de commerçant.

Un mineur, non autorisé, ne peut être commerçant. Cette interdiction reste le principe malgré la disparition de la disposition qui le prévoyait expressément²⁹⁴. En effet, la loi du 15 juin 2010 est venue réécrire l'ancien article L.121-2 du code de commerce qui affirmait : « le mineur, même émancipé, ne peut être commerçant ». Il apparaissait « trop dangereux de permettre l'exercice du commerce à des personnes âgées de moins de dix-huit ans »²⁹⁵.

De ce fait, il ne peut faire partie des sociétés lui conférant cette qualité. Il se voit donc refuser l'entrée dans les sociétés en nom collectif puisqu'aux termes de l'article L.221-1 du Code de commerce, « les associés en nom collectif ont tous la qualité de commerçant », des sociétés en commandite simple ou par action lorsque la qualité de commandité est recherchée car le statut de ces derniers est assimilé à celui des associés en nom²⁹⁶. En revanche, le mineur peut être associé commanditaire, la capacité commerciale n'étant pas exigée.

140. La rigueur de cette interdiction a été atténuée par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Désormais, le mineur émancipé peut se voir attribuer la qualité de commerçant à condition d'avoir obtenu les

²⁹³ V. BARABE-BOUCHARD et M. HERAIL, *Droit rural*, 2^e éd., Ellipses, 2011, n° 67, p.32.

²⁹⁴ B. SAINTOURENS, « Mineur et activité commerciale : la réforme 2010 », *RTD com.*2010, p.686

²⁹⁵ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et E. BLARY- CLEMENT, *Droit commercial : Actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence*, 11^e éd., LGDJ, 2015, n° 233, p. 156.

²⁹⁶C. com., art. L.22-1 et L.226-1.

autorisations nécessaires. Avec cette réforme, le mineur se trouve dans une situation équivalente à celle mise en place par la loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 qui permettait au mineur émancipé, sous certaines conditions, d'être commerçant. La loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 en venant abaisser l'âge de la majorité et celle de l'émancipation judiciaire est venue supprimer la capacité commerciale du mineur. Une partie de la doctrine appelait à une modification en proposant « de permettre au mineur émancipé d'être commerçant sur décision du juge des tutelles »²⁹⁷.

La demande a été entendue puisque les actuels articles 413-8 du Code civil et L.121-2 du Code de commerce déclinent les conditions exigées pour qu'un mineur puisse devenir commerçant : être émancipé et avoir obtenu l'autorisation du juge. Depuis 2010, le législateur a confié à l'autorité judiciaire le pouvoir d'autoriser un mineur émancipé que ce soit par le mariage ou autorité de justice à exercer une activité commerciale. Ce pouvoir était auparavant réservé aux parents. Par cette nouvelle démarche « le législateur donne ainsi plus de solennité à l'autorisation d'être commerçant, sans doute soucieux d'attirer l'attention des requérants (père, mère, conseil de famille) sur la gravité de leur décision, le juge appréciant en opportunité la demande d'autorisation habilitant le mineur à exercer des activités commerciales »²⁹⁸. Ce contrôle du juge est annoncé comme une bonne chose car il ne paraît pas évident qu'un mineur de seize ans ait la maturité suffisante pour envisager une activité indépendante²⁹⁹. En fonction du moment de la demande d'autorisation, la compétence juridictionnelle est soit attribuée au juge des tutelles soit au président du tribunal judiciaire. Si la demande est faite au moment de la procédure d'émancipation, le juge des tutelles sera compétent pour autoriser ou non le mineur à être commerçant. Cependant, depuis la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures, c'est le juge aux affaires familiales qui exerce les fonctions de juge des tutelles des mineurs et qui connaît de l'émancipation³⁰⁰. En revanche, si la demande est faite postérieurement à l'émancipation, sera compétent le président du tribunal judiciaire.

²⁹⁷ A. CERMOLACCE, « Les contrats du mineur », *Dr.fam.* 2006, n°6, étude 27, 58°.

²⁹⁸ J-F. ESCHYLLE, « La capacité commerciale du mineur émancipé », *RTD com.*2013, p.19, n°16

²⁹⁹ B. SAINTOURENS, *art.préc.*, p.686

³⁰⁰ COJ., article L.213-3-1.

Toutefois, ces dispositions ne concernent que « les mineurs émancipés et ne sauraient être étendues aux mineurs non émancipés qui ne pourront toujours pas acquérir la qualité de commerçant »³⁰¹.

141. Le juge est désormais compétent pour examiner le bien-fondé d'une telle demande d'autorisation mais rien n'est précisé sur son rôle. Il devra néanmoins s'assurer de l'existence d'un juste motif³⁰². Faute de définition de cette notion, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

Il est toutefois permis d'affirmer qu'une telle demande constitue un juste motif dans le cas où un mineur se trouve héritier de parts de SNC ou de parts de SCS ou SCA lorsque la qualité attribuée est celle de commandité. En principe le décès de l'un des associés entraîne la dissolution de la société. Mais si une clause de continuation a été prévue et que le mineur héritier a été agréé par les autres associés il est possible d'éviter cette dissolution. S'il le souhaite, le mineur devra : s'il est déjà émancipé saisir le président du tribunal judiciaire afin d'être autorisé à exercer le commerce ou, s'il est âgé de seize ans, saisir le juge des tutelles aux fins d'émancipation et d'autorisation, dans un délai d'un an à compter du décès. Une telle demande peut être utile afin d'éviter la dissolution de la SNC ou une modification de la forme sociale en commandite simple où le mineur aurait la qualité de commanditaire et de conserver le caractère familial de la société.

Dans le cas du mineur de seize ans non émancipé, l'appréciation des justes motifs se fera en même temps que l'examen de la demande d'émancipation. Pour accorder l'émancipation au mineur « le juge de l'émancipation doit éprouver la maturité effective du futur émancipé et son aptitude à se comporter en adulte. Il doit également vérifier que la mesure est justifiée par l'intérêt de l'enfant ou un intérêt familial qui ne lui est pas contraire »³⁰³. De tels arguments peuvent également motiver une demande d'autorisation. Ils seront certainement appréciés différemment selon l'âge de l'adolescent.

Lorsque l'autorisation est donnée au mineur par le juge, elle doit faire l'objet d'une publicité. Le mineur émancipé doit déclarer dans sa demande d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, qu'il est « autorisé à être commerçant en

³⁰¹ A. CATHELINÉAU-ROULAUD, « Effets de la réglementation des incapacités sur les sociétés », *JCP E*, 2010, 1727

³⁰² J-F. ESCHYLLE, *op.cit.*, n° 21

³⁰³C. NEIRINCK, « Un nouveau motif d'émancipation du mineur : l'intérêt des tiers », *Dr.fam.* 2011, comm.97.

application de l'article L.121-2 »³⁰⁴ et adresser la décision de justice l'autorisant à être commerçant³⁰⁵. L'immatriculation du mineur « emporte présomption de la qualité de commerçant »³⁰⁶. Une fois autorisé le mineur émancipé devient un commerçant à part entière, « plus rien ne l'entrave ni ne le protège, il accède à la fois aux pouvoirs et aux risques de la pleine capacité »³⁰⁷.

Même si certaines structures ne lui sont pas accessibles, différentes options sont offertes à ses représentants légaux.

B. Les options offertes aux représentants légaux

142. Parmi les sociétés ouvertes au mineur il convient de distinguer celles dont la responsabilité des associés est limitée (1) et celle dont elle est illimitée (2).

1. Les sociétés à risque limités

143. La capacité du mineur à faire partie d'une société à responsabilité limitée conduit à distinguer les SARL et les sociétés par actions.

144. Tout d'abord, la société à responsabilité limitée d'origine allemande a été introduite en France en 1925 et a connu un grand succès.

La constitution d'une SARL est considérée comme un acte de commerce³⁰⁸ mais elle n'est pas interdite au mineur non émancipé³⁰⁹. En effet, la responsabilité des associés étant limitée au montant de leur apport, « la jurisprudence considère que leur entrée dans la société constitue une sorte de placement »³¹⁰. Malgré le fait que la souscription de parts de SARL soit considérée comme un acte de commerce, la doctrine s'attache à la finalité de l'acte.

³⁰⁴ C. com., art. R.123-37, 9°.

³⁰⁵ J-F. ESCHYLLE, *art. préc.*, n°25

³⁰⁶ C.com., art. L123-7.

³⁰⁷ P. CATALA, « Le mineur héritier en droit commercial », Mélanges J. HAMEL, in *Dix ans de conférences d'agrégation*, Dalloz, 1961, p.150.

³⁰⁸ Cass.com. 15 mai 1990, n° 88-18494 : *Bull.Joly* 1990, 787, note A. BRUNET.

³⁰⁹ J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, Dalloz, 1972, n° 381.

³¹⁰ M. GERMAIN ET V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, t.2, 20^e éd., LGDJ, 2017, n° 1056-40.

La société à responsabilité limitée est une société commerciale par sa forme mais ses associés n'ont pas la qualité de commerçant. Par conséquent un mineur peut en devenir associé par l'intermédiaire de son représentant légal. La jurisprudence a très tôt permis qu'un mineur puisse faire partie d'une telle société en qualité d'associé³¹¹.

145. Le législateur favorise lui-même la création de SARL dite de famille³¹², celles formées entre parents en ligne directe ou entre frère et sœur ainsi que les conjoints et les partenaires liés par un pacte civil de solidarité en leur réservant un statut particulier. L'article 239 bis AA du Code général des impôts permet aux SARL exerçant une activité industrielle, commerciale artisanale ou agricole de sortir du champ d'application de l'impôt sur les sociétés et d'opter pour le régime des sociétés de personnes. Les bénéficiaires seront imposés dans le cadre de l'impôt sur le revenu et en cas de résultats négatifs les associés pourront imputer leur quote-part de déficit sur les autres revenus imposables. La SARL de famille présente dans ce cas tout son intérêt. L'option pour le régime des sociétés de personnes doit être signée par tous les associés³¹³ et ils « doivent notifier leur option avant la date d'ouverture de cet exercice au service des impôts auprès duquel doit être souscrite la déclaration de résultats »³¹⁴. Le dépôt du procès-verbal d'assemblée générale extraordinaire au centre de formalités des entreprises ne suffit donc pas³¹⁵. Pour les sociétés nouvelles l'option s'applique immédiatement à condition d'être formulée dans l'acte de création³¹⁶.

Cependant, le choix de l'option pour le régime des sociétés de personnes est exclu pour les sociétés exerçant une activité libérale³¹⁷ et les professionnels doivent rester

³¹¹ CA Paris, 1^{re} ch., 21 novembre 1929 : *JCP G* 1930, p.47

³¹² F. PERROTIN, « Zoom sur les SARL de famille », *LPA* 2015, n°30, p.4 ; M.COZIAN, « Et pourquoi ne pas penser à la SARL de famille ? », *JCP E* 2006, 2423.

³¹³ CE 21 décembre 2006, req. n° 282078, *Dr.fisc.*2007, n°50, comm.1044.

³¹⁴ CGI., art. 46 terdecies A de l'annexe III.

³¹⁵ TA Nice, 12 octobre 2004, n° 00-23612, *Dr.fisc.*2004, n°47, comm.842.

³¹⁶ CGI., art.46 terdecies B de l'annexe III.

³¹⁷ Rép. min. éco., fin. et ind. n° 38112 à M. Christian Jeanjean : *JOAN Q*, 15 mars 2005, p. 2735 : *JCP E* 2005, 669 : « Conformément à l'article 239 bis AA du CGI, seules les entreprises familiales exploitées sous la forme de SARL dont l'activité est industrielle, commerciale, artisanale ou agricole peuvent opter pour le régime fiscal des sociétés de personnes prévu à l'article 8 du même code. Sont exclues de ce régime les sociétés exerçant une activité civile autre qu'agricole. S'agissant des entreprises familiales ayant une activité de prestations de services, elles peuvent bénéficier du régime dans la mesure où leur activité est

vigilants sous peine de voir leur responsabilité engagée. La responsabilité d'un notaire et d'un expert-comptable a été recherchée : la responsabilité contractuelle du notaire a été retenue au motif qu'il avait conseillé, lors de la constitution de SARL, à sa cliente exerçant la profession libérale d'expert immobilier, une option fiscale à laquelle elle ne pouvait prétendre. La responsabilité du comptable a été également retenue puisque ce dernier n'avait pas mis en garde sa cliente sur les conséquences pouvant résulter pour elle du choix d'un régime fiscal erroné³¹⁸. Par acte notarié un père et son fils avaient constitué une SARL ayant pour objet l'expertise de biens immobiliers et mobiliers. Dans une annexe aux statuts ils ont déclaré opter pour le régime fiscal des SARL de famille. Cependant, suite à une vérification de l'ensemble des déclarations, l'administration fiscale procéda à un redressement au motif que l'article 239 bis AA du Code général des impôts qui réserve le régime fiscal des sociétés de personnes aux sociétés exerçant une activité industrielle, commerciale ou artisanale ne pouvait s'appliquer à leur activité. La SARL assigna alors le notaire pour leur avoir conseillé une option fiscale à laquelle il ne pouvait prétendre mais également l'expert-comptable pour avoir dressé les documents comptables et les déclarations sous un régime fiscal erroné. Bien que ce dernier ne soit pas intervenu lors de la rédaction des statuts et qu'il n'ait pas conseillé le choix de cette option fiscale il lui appartenait d'attirer l'attention de ses clients sur cette erreur et les conséquences pouvant en découler. Pour la cour, le fait d'établir des déclarations dans le cadre d'un régime fiscal auquel la société ne pouvait prétendre constitue également une faute.

industrielle, commerciale, artisanale ou agricole. La nature civile des activités libérales notamment entraîne leur exclusion du régime optionnel. La loi n° 96-314 du 12 avril 1996 a ouvert le régime aux activités agricoles afin de faciliter l'exercice conjoint d'activités agricoles et commerciales. Ce motif ne peut être invoqué pour les activités libérales dès lors que la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 a permis aux membres des professions libérales d'exercer leur activité sous la forme de sociétés de capitaux, les sociétés d'exercice libéral. De plus, l'option des sociétés d'exercice libéral à responsabilité limitée pour le régime des sociétés de personnes serait source d'une grande complexité. En effet, le résultat imposable au nom des associés devrait être déterminé selon les règles applicables aux bénéficiaires non commerciaux à partir du résultat comptable de la société établi suivant les règles commerciales. Cette divergence des règles d'assiette obligerait à de nombreuses corrections et poserait de grandes difficultés d'application. L'élargissement de l'option pour le régime fiscal des sociétés de personnes aux activités libérales ne paraît donc pas opportun compte tenu de la complexité qui en découlerait et de l'absence de motifs analogues à ceux qui ont prévalu lors de l'extension du régime aux activités agricoles ».

³¹⁸ CA Dijon, chambre 1, section 1, 2 juillet. 1996, *JurisData* n° 1996-044460: *JCP E* 1997, pan.121.

146. Concernant la capacité du mineur à faire partie d'une SARL, le législateur est allé plus loin. Un premier pas avait été fait par la loi du 15 juillet 1985 autorisant la SARL à n'avoir qu'un seul associé : l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. La loi du 15 juin 2010 permet au mineur non émancipé de gérer une EURL. L'article L.223-18 du Code de commerce prévoit « la société à responsabilité limitée est gérée par une ou plusieurs personnes physiques ». Rien n'interdit au mineur émancipé de devenir gérant d'une SARL.

147. Enfin, sur la capacité du mineur à entrer dans une société par actions, il convient de se pencher sur sa capacité à faire partie des sociétés anonymes (SA), des sociétés par actions simplifiées, et des sociétés en commandites par actions (SCA).

Tout d'abord s'agissant de la SA et de la SAS, en tant que société de capitaux la responsabilité des actionnaires est limitée au montant de leur apport³¹⁹. La participation des actionnaires à la SA ne leur confère pas la qualité de commerçant³²⁰, aucune capacité particulière n'est requise. La souscription d'actions est considérée comme un acte de commerce accompli à titre isolé qui n'entraîne pas la qualité de commerçant. La souscription d'actions au nom du mineur par l'intermédiaire de son ou ses représentants légaux dans le cadre de l'administration légale ou par le tuteur en cas de tutelle, dument autorisé, est valable : « le risque est limité. Souscrire ou acquérir une action revient à faire un placement, non à engager la totalité de son patrimoine »³²¹. Le mineur émancipé, disposant de la même capacité qu'un majeur, peut accéder par lui-même à ce type de sociétés.

Ensuite, comme la SA et la SAS, la SCA est une société de capitaux mais elle compte deux catégories d'associés³²². Une distinction est faite entre les commandités qui ont la qualité de commerçant qui répondent solidairement et indéfiniment des dettes sociales et les commanditaires qui ont la qualité d'actionnaires et dont la responsabilité est limitée au montant de leurs apports. Ces derniers n'ayant pas la qualité de commerçant, la capacité commerciale n'étant pas requise, un mineur non émancipé peut être associé d'une SCA en tant que commanditaire à condition d'être valablement représenté par son représentant (administrateur ou tuteur).

³¹⁹ C.com., art. L.225-1.

³²⁰ Mémento Lefebvre, *Transmission d'entreprise*, 2015, n° 22686.

³²¹ Y. GUYON, *Droit des affaires*, t1, *Droit commercial général et des sociétés* 12^e éd., Economica, 2003, n° 277.

³²² C.com., art. L. 226-1 al 1^{er}.

En revanche, le mineur émancipé pourra être membre par lui-même d'une telle société que ce soit en qualité de commanditaire ou de commandité, dans ce dernier cas à condition d'avoir été autorisé par le juge à exercer le commerce³²³.

2. Dans les sociétés à risques illimités

148. La société civile est une forme sociale qui connaît un grand succès notamment dans le cadre familial afin d'associer les enfants à l'acquisition d'un bien immobilier ou de permettre la gestion puis la transmission du patrimoine familial. Elles jouent également un rôle important dans le monde des affaires : il arrive souvent qu'une SCI soit propriétaire d'immeubles qu'elle loue à une société d'exploitation³²⁴.

Sociétés de personnes dominées par un fort *intuitu personae*, leur statut est régi par les dispositions du code civil issues de la loi du 4 janvier 1978, aux articles 1845 à 1870-1.

149. S'agissant de la réglementation des sociétés civiles, aucune disposition particulière ne concerne l'associé mineur. Il faut alors se référer aux règles de droit commun des incapacités pour déterminer la capacité requise pour pouvoir participer à une société civile et apprécier la protection dont le mineur fait l'objet.

150. La société civile suscite également un intérêt particulier en raison de la responsabilité illimitée des associés³²⁵ qui en fait une société à risque. En effet, à l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales³²⁶. Le créancier non payé par la société pourra donc se retourner contre les associés et saisir leurs biens personnels à la condition toutefois « d'avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale » comme le prévoit l'article 1858 du Code civil. Bien que le principe de subsidiarité soit considéré comme « un rempart plus efficace dans les sociétés civiles que dans les autres sociétés à risque illimité »³²⁷ la responsabilité de l'associé mineur pourra être largement recherchée. Toutefois, à la différence des autres sociétés à

³²³ Les mêmes remarques sont applicables aux sociétés en commandite simple, sociétés de personnes, (C. com., art. L.222-1).

³²⁴ G. CHAUVIN, « Immobilier d'entreprise : propriété de la société commerciale ou d'une S.C.I. ? », *JCP G* 1988, I, 3320.

³²⁵ F. JULIENNE « Le mineur associé », *RTD com.*2015, p.199

³²⁶ C. civ., art. 1857.

³²⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 31^e éd., LexisNexis, 2018, n° 1543, p.634.

responsabilité illimitée, dans les sociétés civiles l'obligation à la dette des associés reste conjointe et non solidaire. Ainsi, « un associé ne peut jamais se voir réclamer par un créancier une fraction de la dette supérieure à sa participation au capital social »³²⁸. Donc lors de la constitution d'une société civile, les parents de l'associé mineur devront être prudents en ne lui attribuant qu'une faible participation car dans la mesure où il ne détiendra qu'une faible part du capital social, il ne s'exposera pas à des risques trop importants. Mais il faut toutefois être vigilant dans le cas où sa participation est involontaire c'est-à-dire lorsqu'il se trouve associé en tant qu'héritier de parts sociales. Pour le mineur émancipé, son entrée dans une société civile ne pose pas de problème puisqu'il est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile. De même, il est admis qu'un mineur non émancipé puisse faire partie d'une société civile. Cependant, malgré les risques encourus par ses associés, à la différence des sociétés commerciales, les dispositions qui régissent le fonctionnement et la constitution des sociétés civiles ne contiennent aucune disposition en ce qui concerne la capacité des associés. Une fois le choix de la forme sociale adaptée à leur projet effectué, le ou les parents du mineur devront assurer sa représentation lors de l'accomplissement de l'apport.

§2. La réalisation de l'acte d'apport par les représentants légaux du mineur

151. Bien que la participation du mineur à une société - en particulier à risques illimités - présente un risque, son entrée en société n'est contrôlée par le juge qu'en cas d'apport de certains biens. Ce sera le cas lorsqu'est apporté en société un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur et parfois en cas d'apport d'instruments financiers ou de valeurs mobilières. En dehors de ces hypothèses, l'entrée du mineur en société sera facilitée. En cas d'apport en numéraire l'autorisation du juge ne sera pas nécessaire. Dans ce cas, la protection du mineur est laissée aux parents administrateurs légaux ou à l'administrateur légal seul et pour déterminer le régime applicable il faut déterminer si l'acte d'apport constitue un acte d'administration ou de disposition par référence au décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008. En effet, en l'absence de dispositions particulières du droit des sociétés, ce sont celles du droit commun qui trouvent à s'appliquer. Dès lors que l'autorité parentale sera exercée conjointement, la protection

³²⁸ M. BRILLAT et S. GUILLAUD- BATAILLE, *La société civile, 3 instruments majeurs de la gestion de patrimoine*, Gualino, 2013, p.43.

du mineur et la marge de manœuvre des parents dépendra du régime juridique applicable à l'acte. En revanche, pour l'administrateur l'égal unique, cette qualification importe peu puisqu'il peut librement effectuer seul tous les actes d'administration et de disposition.

La protection assurée par les représentants légaux est donc appréciée au regard des modalités de représentation du mineur selon la classification des actes. Quel que soit le mode d'acquisition de la qualité d'associé, le mineur doit toujours être représenté (A) et le défaut de représentation sera sanctionné (B).

A. La nécessaire représentation du mineur par ses représentants légaux

152. Dans l'hypothèse où un mineur devient associé, lors de la constitution de la société, les difficultés se concentrent sur la qualification de l'acte d'apport et sur la marge de manœuvre des administrateurs légaux représentants de l'enfant mineur.

L'acquisition de droits sociaux peut résulter d'un apport. Aux termes de l'article 1843-3 du Code civil, « chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter en nature, en numéraire ou en industrie ».

En l'absence de disposition particulière se préoccupant du mineur, il faut tenir compte des règles de droit commun pour ce qui concerne les apports effectués pour le compte du mineur. Lorsque le mineur est placé sous le régime de l'administration légale, les pouvoirs du ou des administrateurs légaux dépendront de l'objet de l'apport. La nécessité d'obtenir l'autorisation du juge des tutelles n'est requise que dans des cas limitativement énumérés ou en cas de désaccord des administrateurs légaux exerçant conjointement l'autorité parentale. En revanche, pour ce qui concerne les autres types d'apports les textes restent silencieux et la doctrine n'est pas unanime sur la qualification à retenir ce qui peut placer les parents dans une situation délicate.

Il peut ainsi s'agir d'un apport en numéraire (1), en nature (2) ou en industrie (3).

1. l'apport en numéraire

153. L'apport en numéraire est un apport de somme d'argent. Ce type d'apport, fréquent, est évoqué par le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008, auquel il convient de se reporter pour déterminer s'il s'agit d'un acte d'administration ou de

disposition. En effet, l'article 382-1 du Code civil fait une distinction entre les actes d'administration et de disposition mais ce même article renvoie à l'article 496 de ce même code pour la définition de ces actes qui lui-même renvoie au décret de 2008. Ce dernier, classe dans la colonne 2 de l'annexe2 « tout apport en société non visé à l'annexe 1 ».

Il s'agit donc d'un acte de disposition qui peut être déclassé en acte d'administration selon les circonstances de l'espèce c'est-à-dire si l'acte a « de faibles conséquences sur le contenu ou la valeur du patrimoine de la personne protégée »³²⁹. Toutefois, le comité de coordination du registre du commerce et des sociétés³³⁰ pose une solution de principe dès lors que tout acte accorde au mineur la qualité d'associé sans distinction. Il soumet ainsi le mineur aux règles de protection les plus strictes, l'acte d'apport, de quelque nature qu'il soit, étant qualifié d'acte de disposition.

154. Cependant, l'apport peut être qualifié différemment selon la forme sociale retenue. Il a été soutenu que dans la mesure où la participation du mineur à une **société civile** fait peser sur son patrimoine un risque important, la qualification d'acte de disposition doit être retenue³³¹. Pour certains, la qualification d'acte de disposition doit être retenue sans distinguer selon qu'il s'agit d'un apport en numéraire ou en nature car « l'étendue de l'engagement de l'associé frappé d'incapacité n'est pas déterminée par l'apport qu'il effectue à la société mais par la responsabilité encourue au sein de la société »³³². Certains vont plus loin et, en raison du risque financier qui pèse sur l'associé mineur, une partie de la doctrine commande d'obtenir l'autorisation préalable du juge des tutelles lors de la constitution de la société³³³. Sur la nécessité de solliciter l'autorisation du juge, l'absence de réponse claire peut être source d'incertitudes. La solution sera différente selon les juges. En effet, comme l'a souligné un auteur, pour certains juges, la participation du mineur à la constitution d'une société civile relève de la seule responsabilité des parents administrateurs légaux. En revanche, d'autres imposent leur

³²⁹ Article 2 du décret du 22 décembre 2008, n° 2008-1484.

³³⁰ Avis du 27 mars 2013, n° 2013-010.

³³¹ M. LAROCHE, « le mineur en société civile », *Déf.* 2010, p.34, n° 13

³³² M. STORCK, S. FAGOT et Th. DE RAVEL D'ESCLAPON, *Les sociétés civiles immobilières*, LGDJ 2016, n° 293, p.103.

³³³ 91^e Congrès des notaires de France, Tours 1995, n° 502, p.962 ; J. MASSIP, « Les incapacités (étude théorique et pratique) *Déf.* 1995, n°86, p.104. Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Sociétés civiles*, 2006, n° 612.

autorisation préalable « estimant que l'entrée dans une SCI emporte renonciation à un droit, car le mineur devra se soumettre aux décisions de l'assemblée générale »³³⁴.

155. Dans les sociétés à responsabilité limitée l'apport en numéraire peut être qualifié différemment : la faculté de déclassement permise par l'annexe 2 du décret est tolérée par la doctrine « à la condition que le montant reste raisonnable au regard de la capacité financière du mineur, car la responsabilité de l'associé est limitée »³³⁵.

156. Une fois la nature de l'acte déterminée, il est possible d'apprécier le pouvoir des administrateurs légaux.

Lorsqu'il s'agit d'un acte de disposition, comme pour l'entrée du mineur dans une société civile, si l'administration légale est exercée conjointement par les parents, le double consentement sera nécessaire. Toutefois, en cas de désaccord, l'autorisation préalable du juge des tutelles est indispensable. En cas d'exercice unilatéral de l'administration légale, le parent administrateur légal pourra faire l'apport seul, l'autorisation du juge n'étant plus nécessaire. En effet, depuis le premier janvier 2016, l'administrateur légal unique peut agir seul sans autorisation du juge. Désormais, l'autorisation du juge n'est requise que pour une série d'actes limitativement énumérés à l'article 387-1 du Code civil parmi lesquels ne figure pas l'entrée dans une société civile.

157. Lorsqu'il s'agit d'un acte d'administration, comme l'entrée du mineur dans une société à responsabilité limitée : si l'administration légale est exercée conjointement par les parents l'article 382-1 du code civil prévoit que « chacun d'eux est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu de l'autre le pouvoir de faire seul les actes d'administration portant sur les biens du mineur » et le parent administrateur légal, pourra agir seul sans autorisation préalable du juge. Depuis le premier janvier 2016 (date d'entrée en vigueur de la réforme de l'administration légale), en présence d'un administrateur légal unique, la qualification des actes importe peu car, quelle que soit la qualification retenue, l'administrateur pourra seul passer l'acte sans l'autorisation du juge. En effet, dès lors qu'aucun apport en nature portant sur un immeuble ou un fonds de commerce

³³⁴ A. CHOUK, « Le mineur et la constitution d'une société civile immobilière » *AJ fam.* 2010, p.419.

³³⁵ F. JULIENNE, « L'entrée du mineur dans une société civile ou commerciale. A propos de l'avis rendu par le comité de coordination du registre du commerce et des sociétés », *JCP N* 2014, 1004, n° 8.

appartenant au mineur n'est envisagé, aucune autorisation ne sera nécessaire. On notera qu'une proposition avait toutefois été faite en ce sens lors du 102^{ème} Congrès des notaires de France consacré aux personnes vulnérables³³⁶.

2. l'apport en nature

158. L'apport en nature « consiste dans un bien quelconque ayant une valeur patrimoniale »³³⁷. Un tel apport peut avoir pour objet un bien meuble ou immeuble, un bien corporel ou incorporel.

La principale difficulté de ce type d'apport réside dans le fait qu'il est difficile à évaluer, notamment les immeubles et les fonds de commerce qui « ne font pas l'objet d'un prix de marché indiscutable »³³⁸. Lorsque l'apport porte sur un immeuble, un fonds de commerce appartenant à un mineur ou sur des valeurs mobilières ou des instruments financiers non admis à la négociation sur un marché réglementé, que l'administration légale soit exercée en commun ou non par les parents, ils doivent obtenir une autorisation du juge des tutelles selon l'article 387-1 du Code civil. L'autorisation du juge des tutelles doit être obtenue quelle que soit la forme sociale choisie.

Donc avant de réaliser un tel apport, les administrateurs légaux doivent attendre l'autorisation du juge. Une autorisation de juge obtenue après la réalisation de l'apport d'un immeuble ou d'un fonds de commerce appartenant à un mineur ne vaut toutefois pas confirmation de l'acte qui peut donc être annulé. En effet, pour la Cour de cassation une régularisation n'est possible que lorsque l'acte, après l'autorisation du juge, fait l'objet d'une réitération³³⁹. Dans l'espèce qui lui a été soumise, un homme décédé a laissé pour lui succéder son épouse et leur fille mineure. Après autorisation du juge des tutelles, la mère a vendu les deux immeubles dépendant de la succession. Elle a par la suite souscrit pour le compte de sa fille des parts de société civiles de placement immobilier sans autorisation préalable du juge. L'autorisation n'a été sollicitée et

³³⁶ 102^{ème} Congrès des Notaires de France, Strasbourg, 21-24 mai 2006, « *Les personnes vulnérables* », n° 2375.

³³⁷ M. GERMAIN ET V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, t.2., 20^e éd., LGDJ 2012, n° 1281.

³³⁸ Y. GUYON, *Droit des affaires, op.cit.*, n° 105.

³³⁹ Cass.civ.1^{re} , 7 novembre 2006 n° 04-15.799 : *D.* 2006, p. 3069, obs P. BOUTEILLER ; *AJ fam.* 2006, p.466, obs. L. PECAUT-RIVOLIER.

donnée par le juge qu'après afin de régulariser la situation. Toutefois, la valeur des parts souscrite ayant beaucoup chuté la mère agissant en son nom personnel et en qualité d'administratrice légale des biens de sa fille assigna la banque et le notaire afin d'obtenir, notamment, l'annulation des parts souscrites. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir retenue que la souscription des parts était nulle au motif que l'autorisation obtenue postérieurement ne valait pas réitération. L'autorisation du juge obtenue après l'accomplissement de l'acte ne suffit pas à en couvrir la nullité, il est indispensable que l'acte soit renouvelé. L'autorisation postérieure du juge n'est pas une confirmation.

Lorsque le mineur est placé sous tutelle, le tuteur doit obtenir l'autorisation du conseil de famille, ou à défaut, celle du juge. Toutefois l'article 505 alinéa 3 du Code civil précise que l'autorisation « 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 ». L'obligation du recours à un expert n'est pas prévue dans l'hypothèse où les parents sont titulaires de l'autorité parentale mais le juge recourt à cette expertise à titre d'information avant de se prononcer³⁴⁰. Quelle que soit la situation, le juge fixe dans son autorisation le prix du bien apporté.

159. Seuls ces de types d'apports font l'objet d'une réglementation particulière nécessitant l'intervention du juge pour les réaliser ou concernant leur évaluation. Or une évaluation aussi précise que possible est importante que ce soit lors de la constitution de la société ou en cours de vie sociale, pour protéger les créanciers ou dans l'intérêt des associés³⁴¹. Les parts ou les actions sont attribuées en proportion de l'apport effectué et le risque encouru est celui « qu'une surévaluation gonfle artificiellement le capital et donne à la société une solvabilité apparente plus grande que celle qui correspond à son véritable patrimoine »³⁴². La surévaluation d'un apport n'est pas une cause de nullité de ce dernier mais peut néanmoins engager la responsabilité de l'apporteur³⁴³.

Le risque peut également être une sous-estimation qui cependant ne cause de dommage qu'à l'apporteur qui se verra attribuer un nombre de parts ne correspondant pas à son

³⁴⁰ A. CATHELINÉAU-ROULAUD, *Capacité des contractants-Mineurs*, Fasc.8-20, n° 47.

³⁴¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, FL. DEBOISSY, *op.cit.*, n° 116.

³⁴² Y. GUYON, *op.cit.*, n° 105 ; A. LECOURT, *Répertoire de droit des sociétés*, mars 2005, n° 111.

³⁴³ Telle est la solution posée par la Cour de cassation : Cass.com. 26 Avril 2017, n° 15-28.091, *JurisData* n° 2017-007789 : *RTD com.* 2017, p. 623, obs. A. LECOURT ; *Dr. sociétés* 2017, comm.117, note R. MORTIER.

apport. Les statuts doivent alors contenir une évaluation de chaque apport en nature pour éviter que le capital social soit fictif.

160. Si le législateur ne prévoit aucun dispositif dans les sociétés de personnes, les SARL et les sociétés par actions sont dotées de règles qui viennent protéger l'apporteur en nature. En effet, dans les sociétés civiles aucun dispositif similaire n'est prévu. Donc l'obligation de solliciter l'autorisation du juge en cas d'apport d'un immeuble ou d'un fonds de commerce doit être respectée car « le fondement de l'intervention du juge est le contrôle de la valeur des parts »³⁴⁴.

Pendant longtemps la jurisprudence refusait que le mineur non émancipé fasse partie d'une SARL en raison de la responsabilité solidaire des associés concernant l'évaluation de ces apports. Lors de la création de la SARL, la loi du 7 mars 1925 n'avait prévu aucune procédure d'évaluation des apports en nature. Les associés étaient solidairement responsables à l'égard des tiers, pendant dix ans, de la valeur attribuée lors de la constitution de la société³⁴⁵. C'est la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales qui a mis en place une procédure de vérification avec l'intervention d'un commissaire aux apports, tout en maintenant la responsabilité solidaire des associés. Cette solidarité avait cependant été réduite à cinq ans à compter de la constitution de la société.

Désormais, les statuts de SARL doivent contenir une évaluation de chaque apport en nature et le rapport, établi sous la responsabilité d'un commissaire aux apports³⁴⁶, doit être annexé aux statuts³⁴⁷. Toutefois, les futurs associés peuvent à l'unanimité décider que l'intervention du commissaire aux apports ne sera pas obligatoire si la valeur d'aucun apport en nature n'excède trente mille euros³⁴⁸ ou si la valeur totale de l'ensemble des apports en nature n'excède pas la moitié du capital³⁴⁹.

Cette procédure de vérification des apports en nature est conseillée lors de la constitution d'une SARL mais également lorsque l'apport en nature est effectué en cours de vie sociale à l'occasion d'une augmentation de capital. Dans ce cas, et s'il n'y a pas eu

³⁴⁴ P-A. SOREAU, La société civile : un outil au service de la gestion du patrimoine des mineurs, *Actes pratiques et stratégie patrimoniale* 2017, n°3, p. 52, 7°.

³⁴⁵ J. HEMARD, F.TERRE, P.MABILAT, *Sociétés commerciales*, t.1, Dalloz 1972, p.420, n° 403.

³⁴⁶ D.KLING, « Le commissaire aux comptes et l'évaluation des apports », *BJS* 2009, 1186.

³⁴⁷ C.com., art. L.223-9, al 1^{er}

³⁴⁸ C.com., D.223-6-1.

³⁴⁹ C.com., art. L.223-9, al.2.

de commissaire aux apports ou que la valeur retenue est différente de celle proposée par le commissaire aux apports, les gérants de la société et les personnes qui ont souscrit à l'augmentation du capital sont solidairement responsables pendant cinq ans, à l'égard des tiers, de la valeur attribuée aux apports³⁵⁰.

Depuis la loi n° 88-15 du 5 janvier 1988, les associés sont exonérés de leur responsabilité si deux conditions sont réunies : les apports en nature doivent avoir fait chacun l'objet d'une évaluation par un commissaire aux apports et la valeur préconisée par ce dernier doit avoir été retenue par les associés³⁵¹.

Dorénavant, la responsabilité solidaire des associés pendant cinq ans ne pourra être retenue que dans deux hypothèses. Tout d'abord, lorsque la nomination d'un commissaire aux apports sera écartée ou lorsqu'il y a eu recours au commissaire aux apports mais que la valeur retenue par les associés est différente de celle proposée par lui.

161. Afin d'éviter tout risque de responsabilité solidaire, lorsque la société compte parmi ses associés un mineur, il paraît indispensable de faire appel à un commissaire aux apports et retenir son évaluation. Ce dernier est désigné à l'unanimité des futurs associés ou à défaut par une décision de justice et il doit être choisi sur la liste des commissaires aux comptes ou sur des listes d'experts établies par les cours et tribunaux³⁵². Dans ce cas, le seul risque pesant sur le mineur sera la perte du bien apporté.

162. Hormis les apports portant sur les biens visés à l'article 387-1 du Code civil, les autres apports en nature peuvent être effectués sans autorisation du juge. Le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 classe ce type d'apport dans son annexe 2 comme un acte de disposition qui peut être regardé comme un acte d'administration s'il a de faibles conséquences sur le contenu ou la valeur du patrimoine du mineur.

Lorsque le mineur se trouve sous administration légale si les parents exercent en commun l'autorité parentale ils doivent tous les deux consentir à l'acte sauf si l'acte est regardé comme un acte d'administration où le consentement d'un seul suffit³⁵³. Si un

³⁵⁰C.com., art. L.223-33.

³⁵¹ C.com., art.L.229-3, al 4.

³⁵² C.com., art.R.223-6

³⁵³ C. civ., art. 382-1

seul parent est titulaire de l'autorité parentale il pourra effectuer l'apport qu'il s'agisse d'un acte d'administration ou de disposition.

3. L'apport en industrie

163. L'apport en industrie consiste « dans l'engagement pris par un associé de consacrer tout ou partie de son activité aux affaires sociales en mettant à la disposition de la société son expérience, ses connaissances techniques ou professionnelles, son talent et sa notoriété »³⁵⁴.

Le caractère personnel de ce type d'apport implique que le mineur non émancipé ne puisse être représenté. Il semble donc qu'il ne puisse être concerné par ce type d'apport et que son jeune âge ne lui permette pas de répondre aux critères d'un tel apport. Toutefois, la possibilité pour un mineur d'apporter ses connaissances, son expérience ou son savoir-faire n'est pas tout à fait impossible.

L'article L.4153-1 du Code du travail interdit au mineur de moins de seize ans, soumis à l'obligation scolaire³⁵⁵, de travailler. Cependant cette interdiction est assortie d'un certain nombre d'exceptions. L'apprentissage permet notamment au mineur de bénéficier d'une formation professionnelle. Ainsi, peut bénéficier d'un contrat d'apprentissage : le mineur de seize ans, le mineur d'au moins quinze ans s'il justifie avoir accompli la scolarité du premier cycle de l'enseignement secondaire et enfin « les jeunes qui atteignent l'âge de quinze ans avant le terme de l'année civile peuvent être inscrits, sous statut scolaire, dans un lycée professionnel ou dans un centre de formation d'apprentis pour débiter leur formation, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat »³⁵⁶. Il s'agit d'un contrat écrit à durée déterminée conclu en principe

³⁵⁴Y. Guyon, *op. cit.*, n° 107.

³⁵⁵ Concernant le contenu de cette obligation scolaire, l'article L.122-1-1 du Code de l'éducation dispose que « La scolarité obligatoire doit au moins garantir à chaque élève les moyens nécessaires à l'acquisition d'un socle commun constitué d'un ensemble de connaissances et de compétences qu'il est indispensable de maîtriser pour accomplir avec succès sa scolarité, poursuivre sa formation, construire son avenir personnel et professionnel et réussir sa vie en société. Ce socle comprend : la maîtrise de la langue française ; la maîtrise des principaux éléments de mathématiques ; une culture humaniste et scientifique permettant le libre exercice de la citoyenneté ; la pratique d'au moins une langue vivante étrangère ; la maîtrise des techniques usuelles de l'information et de la communication.

³⁵⁶ C. trav., art. L.6222-1.

pour une durée de deux ans. De même, le mineur de plus de seize ans se voit reconnaître le droit de souscrire un contrat de travail, dans certaines conditions³⁵⁷.

Il est alors possible qu'un mineur puisse apporter son savoir-faire puisque le législateur lui offre la possibilité de bénéficier d'une formation professionnelle avant l'âge de dix-huit ans.

Ce type d'apport est toutefois interdit dans certaines structures mais est possible et s'envisage notamment dans les SARL qui sont accessibles aux mineurs. L'apport en industrie devra être prévu dans les statuts. A défaut, le travail effectué par l'associé au profit de la société ne peut être qualifié d'apport en industrie³⁵⁸. Toutefois, à la différence des apports en nature ou numéraire, l'apport en industrie ne compte pas pour la détermination du capital social³⁵⁹ mais « l'activité déployée au profit de la société donne vocation aux bénéfices c'est-à-dire aux réserves, aux dividendes et au boni de liquidation »³⁶⁰. Toutefois, la part de bénéfice comme la contribution aux pertes de l'apporteur en industrie est sauf disposition contraire égale à celle de l'associé qui a le moins apporté³⁶¹.

L'acte d'apport, en nature ou en numéraire doit donc être effectué selon les situations par le ou les administrateurs légaux du mineur mais toujours dans le respect des dispositions légales en vigueur dont la violation sera sanctionnée.

B. Sanction de la violation des règles de représentation du mineur

164. Le mineur est frappé d'une incapacité générale d'exercice qui implique qu'il soit représenté soit par un tuteur soit par ses administrateurs légaux ou l'administrateur légal. S'il est toutefois admis que le mineur non émancipé puisse effectuer seul les actes de la vie courante, la souscription de parts sociales doit en être écartée. Comme pour n'importe quel associé, l'acte d'apport est un acte grave qui comporte des risques, comme la perte du bien apporté. Le mineur ne pourra agir seul et le défaut de représentation sera sanctionné. Sera tout d'abord sanctionné le mineur dans l'hypothèse où il agirait seul sans être représenté (1).

³⁵⁷ M. SCHMITT, La protection de l'enfant au travail en droit français, *AJ fam.* 2006, p.132.

³⁵⁸ Telle est la solution de la Cour de cassation : Cass.com., 14 décembre 2004, n° 01-11.353, *JurisData* n° 2004-026294, *Dr. société* 2005, comm. 65 obs. F-X. LUCAS.

³⁵⁹ C. civ., art.1843-2.

³⁶⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 29^e éd., LexisNexis 2016, n° 150, p.71.

³⁶¹ C. civ., art. 1844-1 al.1^{er}.

De même, seront sanctionnés les manquements aux règles gouvernant la représentation de mineur. L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a permis l'introduction dans le Code civil d'un corps de règle applicable à toute forme de représentation. Ces règles sont ainsi regroupées aux articles 1153 à 1155 du Code civil. Le nouvel article 1153 du Code civil précise que le représentant légal « n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés ». Donc, lorsque le représentant légal n'agit pas dans le cadre de ses pouvoirs, la mauvaise représentation du mineur sera sanctionnée (2).

1)Le mineur agissant seul

165. Depuis le 1^{er} octobre 2016, les mineurs peuvent accomplir seuls, les actes courants autorisés par la loi ou l'usage à condition toutefois qu'ils soient conclus à des conditions normales³⁶². Cependant, ces actes pourront tout de même être annulés pour simple lésion³⁶³.

Malgré son incapacité, le mineur non émancipé peut être tenté d'effectuer seul l'opération d'apport en violation des règles de représentation qui lui sont indispensables.

Les exemples sont rares, concernant le droit des sociétés, où un mineur empiète sur les attributions de son représentant légal et accomplit un acte relevant de la compétence de ce dernier. Toutefois, la cour d'appel de Montpellier s'est prononcée sur la sanction à appliquer lors de la souscription de parts de société à responsabilité limitée par un mineur non émancipé et non représenté par ses parents administrateurs légaux³⁶⁴. En l'espèce un mineur de seize non émancipé participe, sans être représenté ni assisté de ses représentants légaux, à la constitution d'une SARL sans que son apport (10 000€ en numéraire) ne soit entièrement libéré. Peu de temps après la société, constituée avec ses parents, est mise en liquidation judiciaire et le mineur se trouve assigné afin de libérer le solde du capital. Si dans un premier temps le tribunal retient la responsabilité du mineur et celle de ses parents, la cour d'appel rappelle que « en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement ni de l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les

³⁶² C. civ., art. 1148.

³⁶³ C. civ., art.1149.

³⁶⁴ CA Montpellier, ch. 2, 29 janvier 2013, n° 12/01556 : *JurisData* n° 2013-010128 ; « Souscription de parts par un mineur non représenté », *Dr.sociétés* 2010, comm.156, note D. GALLOIS-COCHET.

associés fondateurs »³⁶⁵ ; elle précise que la souscription et la libération par un mineur non émancipé, de parts sociales non autorisée par ses deux parents ou par le juge des tutelles est nulle et de nul effet.

Concernant la responsabilité du mineur et celle de ses parents, l'arrêt les exclut dans l'hypothèse où l'incapacité du mineur n'était pas dissimulée. En effet, la cour souligne qu'« aucune faute ou fait dommageable ne peut être reproché au mineur du fait de la souscription de parts sociales non autorisée durant sa minorité, étant observé que son incapacité n'a pas été dissimulée aux associés et aux tiers puisque sa date de naissance est mentionnée sur les statuts dûment publiés. Sa responsabilité délictuelle ne saurait donc être recherchée ».

La solution retenue par la cour reste très protectrice du mineur. Sa responsabilité ne pourra pas facilement être recherchée dès lors que sa minorité n'aura pas été dissimulée. A cet égard, un exemplaire original des statuts doit être déposé au registre du commerce et des sociétés lors de l'immatriculation de la société et dans sa demande d'immatriculation toute personne est tenue d'indiquer sa date de naissance³⁶⁶. Il est alors difficile pour les tiers de mettre en avant leur ignorance de la présence d'un associé mineur d'autant que toute personne a la faculté de demander l'extrait Kbis d'une société auprès du greffe concerné. De même, bien que la faute de l'enfant ne soit pas une condition de la responsabilité de ses parents car il suffit normalement qu'il ait commis un fait dommageable³⁶⁷, la cour écarte ici la responsabilité des parents du fait de leur enfant en l'absence de faute de ce dernier. La responsabilité des parents sur le fondement de l'article 1242 alinéa 4 du Code civil a été écarté par la Cour.

2) La mauvaise représentation du mineur par ses parents

166. En raison de son incapacité, l'enfant ne peut exercer les droits dont il a la jouissance et ses parents sont alors chargés de faire entendre sa volonté et de défendre ses intérêts. Soucieux d'assurer au mieux la préservation des intérêts du mineur, le législateur a mis en place un système de représentation nécessitant le respect de certaines règles de forme.

³⁶⁵ C. com., art. L.235-1.

³⁶⁶ C. com., art. R.123-37, 2°.

³⁶⁷ Cass. Ass. plén., 9 mai 1984 : *Bull.civ.* 1984, n° 4.

Sont ainsi sanctionnés les actes accomplis irrégulièrement par les représentants légaux au nom du mineur. Il peut s'agir tout d'abord d'un dépassement de pouvoir. Ce sera le cas lorsque le ou les représentants légaux accompliront seul des actes qui auraient dû être préalablement autorisés par le juge ces tutelles ou le conseil de famille, cas des actes visés à l'article 387-1 du Code civil. Parmi ces actes, deux intéressent le droit des sociétés : tout d'abord apporter en société un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur ; ensuite, procéder à la réalisation d'un acte portant sur des valeurs mobilières ou instruments financiers au sens de l'article L. 211-1 du code monétaire et financier, si celui-ci engage le patrimoine du mineur pour le présent ou l'avenir par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives du mineur³⁶⁸.

Ce peut être enfin une absence de pouvoir du ou des représentants légaux lorsque ces derniers accomplissent des actes qui leur sont interdits (cas des actes mentionnés à l'article 387-2 du Code civil).

167. L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations est venue clarifier les sanctions applicables en cas de mauvaise représentation³⁶⁹. Si auparavant, la jurisprudence hésitait entre l'inopposabilité de l'acte et sa nullité, désormais l'article 1156 du Code civil dispose que : « l'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté ». Que le ou les représentants légaux accomplissent un acte qui devait être préalablement autorisé par le juge ou un acte qui leur est interdit, cet acte sera inopposable au mineur. Cette sanction « présente, à l'instar de l'exception de nullité, l'avantage pour le mineur d'échapper à la prescription »³⁷⁰. Toutefois, ce même texte pose deux exceptions. La première est la ratification de l'acte par le représenté³⁷¹. Concernant le mineur, cette ratification ne peut intervenir qu'à sa majorité ou à la suite de son émancipation. La seconde est l'apparence, c'est-à-dire « si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des

³⁶⁸ C. civ., art. 387-1, 2° et 8°.

³⁶⁹ Ph. DIDIER, La représentation dans le nouveau droit des obligations, JCP G 2016, 580.

³⁷⁰ N. PETERKA, Les actes interdits dans la gestion du patrimoine du mineur, Actes pratiques et stratégie patrimoniale, n° 3- juillet-août-septembre 2017, p.28, 15°.

³⁷¹ C. civ., art. 1156 al.3.

déclarations du représenté ». Le mineur se trouvera alors engagé³⁷² mais « cela exclut en principe, les cas de représentation légale car les tiers sont censés connaître la loi et donc l'étendue des pouvoirs du représentant légal »³⁷³.

En cas de dépassement de pouvoir, l'article 1156 alinéa 2 du Code civil offre toutefois la possibilité aux tiers une action en nullité « lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs ».

168. A côté du dépassement de pouvoir, le législateur condamne le détournement de pouvoir sans pour autant en préciser le sens. Ce sera notamment le cas lorsque « l'opération est certes accomplie au sein du périmètre des pouvoirs de l'administrateur légal ou du tuteur mais sa conformité aux intérêts du mineur est suspecte en raison du manque d'impartialité affectant son représentant »³⁷⁴. Dans ce cas, le représenté peut demander la nullité de l'acte accompli à condition que le tiers ait eu connaissance de ce détournement ou qu'il ne pouvait l'ignorer³⁷⁵.

Au terme de l'article 1152, 1^o du Code civil, le délai de prescription de l'action en nullité est de cinq ans, son point de départ est fixé au jour de la majorité de l'enfant ou de son émancipation. Elle ne pourra donc être invoquée que par le mineur devenu majeur ou émancipé ainsi que pendant la minorité par le représentant légal, l'administrateur *ad hoc* ou le subrogé tuteur³⁷⁶. En revanche, ne peut être pris pour point de départ le jour à compter duquel le mineur devenu majeur a eu connaissance l'acte : « la prescription de l'action en nullité ouverte à l'égard des actes faits par ou au nom d'un mineur court du

³⁷² Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25 : « si, en principe, le représenté n'est pas obligé envers les tiers pour ce que le mandataire a fait au-delà du pouvoir qui lui a été donné, il en est autrement lorsqu'il résulte des circonstances que le tiers a pu légitimement croire que le représentant agissait en vertu d'un pouvoir et dans les limites de ce pouvoir ». Dans ces conditions, le représenté peut se trouver engager par les agissements du représentant agissant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs.

³⁷³ Y.BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU- TERNEYRE, Droit civil, Les obligations, 16^e éd. 2018-2019, Sirey, n° 217, p.88.

³⁷⁴ N. PETERKA, op.cit., 16^o ; « lorsque le représentant agit bien dans la limite de ses pouvoirs mais qu'il utilise ceux-ci dans un autre but que celui convenu ou prévu par la loi » : Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

³⁷⁵ C. civ., art. 1157.

³⁷⁶ PH.BONFILS ET A.GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz 2014, 2^{ème} éd., n° 991, p.598.

jour de sa majorité ou émancipation (...) »³⁷⁷. Toutefois, la rigueur de la règle peut être atténuée dans l'hypothèse d'une fraude organisée par l'administrateur légal et découverte après l'écoulement du délai de cinq ans. Dans ce cas, la prescription est inopposable, elle ne court que du jour où le dol ou la fraude ont été découverts³⁷⁸. De même, la Cour de cassation avait considéré que le report du point de départ de l'action au-delà de la majorité était possible en cas de gestion de fait prolongée établie par l'enfant : la prescription ne courait qu'à partir du jour où cette gestion a cessé³⁷⁹. Cependant, il a été mis fin à cette règle posée par la Cour de Cassation ; l'action se prescrit par cinq ans à compter de la majorité même si la gestion se poursuit³⁸⁰.

169. S'agissant des actes passés par le représentant légal lorsque ces derniers nécessitent au préalable une autorisation, trois concernent le droit des sociétés. L'article 387-1 du Code civil prévoit que « l'administrateur légal ne peut, sans l'autorisation préalable du juge des tutelles : apporter en société un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur ; procéder à la réalisation d'un acte portant sur des valeurs mobilières ou instruments financiers au sens de l'article L. 211-1 du code monétaire et financier, si celui-ci engage le patrimoine du mineur pour le présent ou l'avenir par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives du mineur . L'autorisation détermine les conditions de l'acte et, s'il y a lieu, le prix ou la mise à prix pour lequel l'acte est passé ». Ainsi que l'écrit un auteur, « dans le système d'autorisation, le contrôle est préalable au développement de l'activité réglementée. Le requérant doit s'abstenir d'agir tant qu'il n'est pas autorisé. Partant, l'expression « autorisation préalable », si elle évite toute ambiguïté, est pléonastique. L'objet contrôlé est un projet. Il est confronté avec un modèle »³⁸¹. Pour que l'acte accompli soit valable il doit ainsi respecter un certain ordre établi par la loi et l'autorisation étant une condition de validité de l'acte elle doit précéder l'intervention des représentants légaux³⁸².

³⁷⁷ Cass.civ. 1^{ère}, 5 mars 2002, n° 99-19.443 : *AJ Fam.* 2002,184 ; *JCP N* 2003, 1199, note TH. FOSSIER.

³⁷⁸ C. civ. ,Art. 1144; Cass.civ.1^{ère}, 19 décembre 1995, n° 93-17682 : *Déf.* 1996, 1002, obs J.MASSIP.

³⁷⁹ Cass. civ.1^{er}, 19 février 1991, n° 89-14418 : *RTD civ.* 1991, p.707, obs. J.HAUSER.

³⁸⁰ B.TEYSSIE, 18^e éd., LexisNexis, 2016, n° 580.

³⁸¹B. THUILLIER, « *L'autorisation, Etude de droit privé* », 1995, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, 1995, n° 24 et 256.

³⁸²B. THUILLIER, *op.cit.*, n° 198.

Afin d'assurer une meilleure protection des intérêts du mineur il convient de respecter l'ordre des formalités mises en place par le législateur. Le contrôle sera des plus efficace s'il est effectué préalablement car « une fois l'acte accompli, le conseil de famille (ou le juge des tutelles) prendra nécessairement en compte, dans l'élaboration de sa décision, non le seul intérêt du mineur, mais aussi les conséquences, peut-être fâcheuses pour le représentant légal qu'entraînerait sa désapprobation de l'acte, risquant ainsi de se trouver pris au piège par le représentant légal »³⁸³.

170. La protection de l'associé mineur lors de la constitution de la société repose entre les mains de ses administrateurs légaux et passe par l'anticipation statutaire et notamment par une rédaction adaptée des statuts afin d'aménager la mise en jeu de sa responsabilité lorsque sa participation se fait au sein d'une société à responsabilité illimitée.

Section 2 : Une rédaction adaptée des statuts : l'indispensable aménagement contractuel de la responsabilité du mineur associé

171. L'aménagement de la responsabilité de l'associé mineur permet d'atténuer les risques en cas d'emprunt souscrit par la société. Au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, lorsqu'une société civile recourt à l'emprunt, l'autorisation du juge n'a pas à être sollicitée mais la responsabilité des professionnels du crédit peut être recherchée et parfois même retenue. Ces solutions poussent les banques à refuser le crédit. En l'absence de dispositions législatives particulières concernant l'associé mineur, s'est aux parents associés d'aménager la responsabilité de ce dernier.

Le législateur laisse aux rédacteurs des statuts une grande liberté contractuelle qui permet de prendre en compte la présence de l'associé mineur. Les statuts pourront être rédigés de façon à ce que son patrimoine ne soit pas largement engagé en cas de participation à une société civile. A c'est égard, l'article 1844-1 du Code civil précise que si la part de chaque associé dans sa contribution aux pertes se détermine à proportion de sa part dans la capital social, les statuts peuvent en disposer autrement. En effet, si

³⁸³ C. FARGE, « *L'autonomie du mineur en matière contractuelle* », Thèse Paris II, 1998, n°425.

certaines mentions impératives doivent figurer dans les statuts³⁸⁴ la plupart des règles restent supplétives. Cependant, concernant la responsabilité pécuniaire des associés, le législateur fait une distinction entre l'obligation aux dettes et la contribution aux pertes. La contribution aux pertes concerne tous les associés, quelle que soit la forme sociale choisie et ne joue que dans les rapports entre associés. Elle est posée à l'article 1832 alinéa 3 du Code civil qui dispose que « les associés s'engagent à contribuer aux pertes ». Elle concerne « la charge définitive de chaque associé dans les pertes sociales »³⁸⁵. En cours de vie sociale les associés ne sont pas des débiteurs de la société même si elle réalise des pertes, la contribution aux pertes à lieu par principe à la dissolution de la société³⁸⁶. Il ne s'agit toutefois pas d'une règle d'ordre public.

L'obligation à la dette quant à elle n'existe que dans les sociétés à risques illimités et ne concerne que les relations entre associés et créanciers sociaux. Elle sera mise en œuvre dans l'hypothèse où la société ne peut plus payer ses créanciers et cette « responsabilité personnelle des associés d'une société civile est un mécanisme de garantie qui a été institué en vue de protéger les créanciers sociaux qui se heurteraient à une défaillance de la société »³⁸⁷. Et la Cour de cassation³⁸⁸ est venue rappeler que l'associé d'une société civile qui désintéresse un créancier social en application de l'article 1857 du code civil s'acquitte d'une dette de la société et non d'une dette personnelle.

Cependant, si l'aménagement de la contribution aux pertes de l'associé mineur reste possible (§1). En revanche, son obligation à la dette ne peut l'être mais pourra sous certaines conditions disparaître en pratique(B).

³⁸⁴ Les mentions obligatoires concernent l'identification de la société : l'article 1835 du Code civil précise que les statuts doivent déterminer « les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement ». Si ces indications ne figurent pas dans les statuts, l'article 1839 du même code, permet à tout intéressé de demander en justice, sous, astreinte, la régularisation de la constitution. L'action est également ouverte au ministère public et se prescrit par trois ans à compter de l'immatriculation de la société.

³⁸⁵ P. LE CANNU et B. DONDER, *Droit des sociétés*, 6^e éd, LGDJ, 2015, n° 1399.

³⁸⁶ Cass.com.13 novembre 2003, n° 01-14.062 : *Rev. sociétés* 2004, p.365, note D. RANDOUX.

³⁸⁷ H. HOVASSE, *Dr. sociétés* 2015, comm. 126.

³⁸⁸ Cass. Civ.3, 6 mai 2015, n° 14-15.222 : *JurisData* n° 2015-010268.

§1. L'aménagement de la contribution aux pertes de l'associé mineur

172. L'article 1844-1 du Code civil précise que la contribution aux pertes de chaque associé est déterminée en fonction de sa part dans le capital social. Aucune disposition particulière ne concerne l'associé mineur. Toutefois, il est possible d'insérer dans les statuts une clause d'inégalité de traitement prévoyant que l'un des associés, expressément désigné, ne sera tenu des dettes sociales que dans la limite du montant de son apport ou d'un montant prédéterminé³⁸⁹. La clause d'inégalité de traitement est valable lorsqu'elle ne dispense pas son bénéficiaire de toute contribution aux pertes sinon elle serait considérée comme léonine. En effet, l'article 1844-1 alinéa 2 du Code civil prévoit que sont réputées non écrites les clauses « attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes ». Les dispositions de cet article s'appliquent aux clauses contenues dans les statuts mais aussi à celles se trouvant dans des actes postérieurs, extra-statutaires³⁹⁰. Une clause restreignant le risque d'un associé reste valable comme le souligne la Cour de cassation en précisant que cet article « *n'interdit pas aux associés de fixer un partage des bénéfices et des pertes dans une proportion différente des apports, la cour d'appel retient que l'additif, en limitant le risque du GEF à une certaine somme, n'a pas prévu une exonération quasi-totale des pertes et ne lui a pas conféré une vocation quasi-exclusive aux bénéfices* »³⁹¹. Comme le souligne Claude CHAMPAUD « cette décision confirme la jurisprudence traditionnelle qui réduit à peu de chose la théorie des sociétés léonines » Est interdite la situation où « un associé s'approprie tous les bénéfices tandis que l'autre supporte toutes les pertes ».

173. Lorsqu'une société compte parmi ses membres un mineur, une telle clause peut présenter un avantage car elle pourra limiter son engagement.

Cette clause peut être envisagée que le mineur soit associé dès la constitution de la société ou qu'il acquière cette qualité en cours de vie sociale. Cependant, si l'effet d'une telle clause est de plafonner le risque financier pesant sur l'associé mineur, les autres

³⁸⁹ S. LACROIX-DE-SOUSA, « La société civile immobilière et ses associés vulnérables », *Rev.sociétés* 2017, p.395, n° 46.

³⁹⁰ CA Paris, 3^ech.A, 22 octobre 1996 : JCP 1997, I, 4012, n° 8, obs. JJ. CAUSIAN et A. VIANDIER.

³⁹¹ Cass.civ.1^{er}, 16 octobre 1990, n° 87-15.467 : *RTD com.* 1991, p.395, obs. C. CHAMPAUD ; *BJS* 1990, 1029, note. P. LE CANNU.

associés se voient attribuer une charge financière supplémentaire. A cet égard, l'article 1836 alinéa 2 du Code civil dispose que « en aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci ». La société ne peut donc pas imposer à ses membres, sans le consentement de chacun d'eux, de nouveaux engagements auxquels ils n'ont pas individuellement consenti, au moment où ils sont devenus associés³⁹². Le principe posé par cet article est d'ordre public et sanctionné par une nullité absolue qui peut être demandé par n'importe quel associé³⁹³.

L'inconvénient est que cette clause ne joue que dans les rapports entre associés, elle est inopposable aux créanciers³⁹⁴. Ainsi en cas de poursuites par un créancier, l'associé mineur ne pourra s'y soustraire mais il disposera d'un recours contre les autres associés majeurs.

174. Afin d'amoindrir le risque, il apparaît donc prudent de faire mentionner dans les statuts une faible participation du mineur et d'y faire figurer les aménagements de responsabilité existants. Ainsi, « les autres associés seront tenus pour le mineur, solidairement et proportionnellement pour le surplus des dettes »³⁹⁵.

Cependant, pour répondre aux inquiétudes, une modification de la règle concernant la responsabilité pécuniaire du mineur associé d'une société civile avait été faite : « Que la responsabilité d'un mineur dans une société civile soit limitée au montant de son apport »³⁹⁶.

Mais la solution la plus efficace serait de faire disparaître l'obligation à la dette de l'associé mineur.

³⁹² CA Paris, 3^e ch. sect. A, 27 juin 2000, n° 1999/12224 : *BJS* 2001, p.193, note H. LE NABASQUE ; F. RIZZO, « Le principe d'intangibilité des engagements des associés », *RTD com.*2000, p.27.

³⁹³ Cass.com., 13 novembre 2003, *JurisDatan*° 2003-020998 : D.2004. somm.2033, obs. B. THULLIER.

³⁹⁴ M. BRILLAT et S. GUILLAUD-BATAILLE, *La société civile : 3 instruments majeurs de la gestion de patrimoine*, 3^e éd., Gualino, p.52.

³⁹⁵ 113^e Congrès des notaires de France, *op.cit.*, n° 1771, p.295.

³⁹⁶ Vœu n°4 de la quatrième commission : la gestion du patrimoine du 91^e Congrès des notaires de France, Tours, 21-24 mai 1995, ». 112^{ème} Congrès des notaires de France, *La propriété immobilière : entre liberté et contraintes*, Nantes 2016, n° 4163.

§2. La disparition de l'obligation à la dette de l'associé mineur

175. A l'égard des tiers, les associés de société civile répondent indéfiniment des dettes sociales³⁹⁷. La participation du mineur à ce type de société est donc une opération risquée. En effet, un associé peut se trouver engager au-delà du montant de son apport³⁹⁸, le créancier qui n'a pas été payé « par la société, peut se retourner contre les associés et saisir leurs biens personnels »³⁹⁹.

Toutefois, la portée de l'obligation se trouve tout d'abord contrebalancé par le principe de subsidiarité. A ce propos, l'article 1858 du Code civil prévoit que « les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale » ; mais également ensuite, par le fait que l'obligation indéfinie aux dettes sociales soit conjointe puisque chacun des associés répond des dettes à proportion de sa part dans le capital social.

176. La portée de l'obligation à la dette peut néanmoins faire l'objet, avec plus ou moins de succès, d'aménagements. En effet, cette responsabilité personnelle des associés de sociétés civiles a pour but de protéger les créanciers sociaux contre une défaillance de la société.

Bien que l'obligation aux dettes présente un caractère subsidiaire, l'engagement de tous les associés même mineurs à l'égard des créanciers sociaux est déterminé en fonction de leur participation dans le capital social. S'il est possible de limiter contractuellement la contribution aux pertes d'un associé mineur, la même solution n'est pas opposable à l'égard des créanciers. En effet, les dispositions de l'article 1857 du Code civil restent d'ordre public et les statuts ne peuvent y déroger⁴⁰⁰. Mais des solutions restent envisageables. Aucune clause limitant ou excluant la responsabilité des associés y compris mineurs ne peut être contenue dans les statuts. Cependant, restent valables les renonciations individuelles de chaque créancier lors des contrats conclus avec la société. Dans un premier temps, pour que les créanciers puissent se retourner contre les associés, il est indispensable que le patrimoine social soit insuffisant pour les

³⁹⁷ C. civ., art. 1857.

³⁹⁸ M. COZIAN, A. VIANDIER ET F. DEBOISSY, *op.cit.*, n° 1126.

³⁹⁹ Y. GUYON, *op. cit.*, n° 228.

⁴⁰⁰ Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Sociétés civiles*, 2020, n° 20405, p.527.

désintéresser (A). Mais pour que la protection du mineur soit satisfaisante, il est possible que les créanciers renoncent à poursuivre l'associé mineur (B).

A) L'exigence d'un patrimoine social insuffisant

177. Lorsque qu'aucune renonciation des créanciers n'est obtenue du gérant lors des contrats conclus, l'associé mineur se trouve comme n'importe quel associé soumis aux dispositions de l'article 1858 du Code civil. Toutefois, leur responsabilité ne pourra être recherchée que lorsque les créanciers auront préalablement et vainement poursuivie la société. La jurisprudence est venue apporter quelques précisions.

Tout d'abord l'inefficacité des poursuites contre la société doit être constatée préalablement à l'engagement de poursuites contre les associés. Cette exigence a été rappelée par la Cour de cassation⁴⁰¹. En l'espèce, une société civile avait été poursuivie mais après l'introduction de l'instance contre ses deux associés. Une société civile immobilière avait souscrit un prêt auprès d'une banque mais comme laissé impayé la banque assigna les associés en remboursement. Pour la cour d'appel de Nîmes, bien que cette demande fût adressée en premier aux associés, elle considéra l'action recevable car la poursuite de la société, sous la forme d'une déclaration de créance, s'était par la suite révélée infructueuse par la clôture pour insuffisance d'actif de la liquidation judiciaire. Toutefois, la Cour de cassation, casse l'arrêt pour violation de l'article 1858 du Code civil. La cour, rappelle que les créanciers ne peuvent poursuivre les associés qu'après avoir préalablement poursuivie la personne morale : « *l'inefficacité des poursuites contre la société doit être constatée préalablement à l'engagement de poursuites contre les associés* ».

De même, les poursuites ne peuvent être engagées simultanément comme est venue le souligner la Cour de cassation⁴⁰². En l'espèce, une société civile ayant acquis un bâtiment s'est vue notifiée un redressement par l'administration fiscale. Elle a alors poursuivi la société venderesse ainsi que les associés. La Cour d'appel de Nîmes a retenu que la société civile immobilière avait commis une faute dolosive et condamne les associés à la garantir dans le cas où celle-ci s'avérerait impécunieuse, des conséquences dommageables du dol commis par cette société. La Cour de cassation casse l'arrêt pour

⁴⁰¹ Cass. com. 27 septembre 2005, n° 03-20.390, *JurisData* n° 2005-029928 : *Dr. sociétés* 2005, comm.211, note F-X. LUCAS ; *BJS* 2006, p.235, note A. REYGROBELLET.

⁴⁰² Cass. civ. 3., 7 février 2001, *JurisData* n° 008189 : *Dr. sociétés* 2001, comm. 94, note. Th. BONNEAU.

violation de l'article 1858 du Code civil. Cet article impose des poursuites successives et non simultanées : « non seulement cette motivation repose sur une hypothèse ne permettant pas de prouver la vanité des poursuites, mais également, elle méconnaît le principe d'antériorité des poursuites à l'encontre de la société »⁴⁰³. La jurisprudence reste tout de même protectrice des intérêts des associés.

178. Il y a donc un ordre chronologique à respecter qui impose aux créanciers de se retourner en premier contre la société. Mais cette exigence légale ne permet pas de mettre à l'abri l'associé mineur d'éventuelles poursuites lorsque le patrimoine social ne permettra pas de les désintéresser. Il est donc préférable d'obtenir des créanciers leur renonciation à poursuivre l'associé mineur lors des contrats conclus par le gérant.

B) La renonciation des créanciers à poursuivre l'associé mineur

179. La règle posée par l'article 1857 du Code civil ne peut être écartée par la seule volonté des associés. Donc face à l'inefficacité des clauses statutaires limitant la responsabilité de l'associé mineur, il est indispensable que les créanciers renoncent expressément à poursuivre cet associé. Ceci a été rappelé par la jurisprudence⁴⁰⁴ à l'occasion d'une affaire où une société civile immobilière avait été constituée entre deux associés. Le créancier de la société, une banque, après avoir justifié de vaines poursuites à l'égard de cette dernière réclama à chaque associé le paiement de sa part de la dette. Cependant, pour y échapper, l'un d'eux invoqua les dispositions d'une assemblée générale extraordinaire qui le dispensaient de toute contribution financière personnelle pour le financement de l'opération en cause. La Cour d'appel de Paris rappelle que le créancier ne peut se voir opposer une résolution d'assemblée générale de la société qui dispense l'un des associés de toute contribution financière personnelle pour le financement de l'opération en cause. Cette résolution « *n'a pour effet que de régler la contribution à la dette entre les associés, est inopposable aux créanciers de la SCI* ».

180. Donc, « à l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social (...) ». Mais dans un souci de protection de l'associé mineur, la pratique développe des solutions alternatives. Il est notamment

⁴⁰³ F-X. LUCAS, : *Dr. sociétés* 2004, comm.4.

⁴⁰⁴ CA Paris, 1^{re} ch., 5 mars 2003, n° 02-1809, *JurisData* n° 2003-212817.

possible de prévoir une clause de renonciation : la renonciation du droit à agir du créancier. En cas de défaillance de la société, elle interdit au créancier de poursuivre l'associé mineur bénéficiaire de la clause.

Pour que l'associé mineur puisse bénéficier de cet aménagement il est indispensable que les créanciers acceptent de renoncer à des poursuites personnelles. Donc une telle renonciation devra être expressément mentionnée dans le contrat entre la société et les créanciers concernés. Cette exigence a été rappelée depuis par la jurisprudence. Une société civile immobilière représentée par son gérant avait souscrit un prêt destiné au financement de travaux dans un immeuble. En garantie, les associés avaient donné en nantissement les parts sociales au profit de la banque. Quelques années après, la société fût mise en liquidation judiciaire et la banque poursuivit les associés en paiement des sommes restant dues proportionnellement à leurs parts dans le capital social. Le jugement de première instance condamna les associés au paiement des sommes dues, ces derniers firent appel de ce jugement. En effet, pour eux, la banque avait renoncé à toute poursuite individuelle à leur encontre sur le fondement de l'article 1857 du Code civil en s'appuyant sur les dispositions de l'acte de prêt : « le présent cautionnement ne comporte pas pour la caution d'engagement personnel. Les droits et actions de la Banque seront limités uniquement à la sûreté qui va lui être conférée sur le bien ci-après désigné sans qu'elle puisse exercer d'autres recours contre les cautions personnellement sur tous autres biens présents ou futurs ». La cour d'appel⁴⁰⁵ confirme le jugement : l'obtention par les banques d'une garantie de nature contractuelle, en l'espèce le cautionnement réel souscrit par les associés « *ne vaut [pas]renonciation de leur part à la responsabilité légale prévue par l'article 1857 du code civil qui n'est pas assimilable à une garantie* ». Pour la cour, la preuve n'a pas été rapportée que les banques ont renoncé de façon certaine et non univoque au bénéfice des dispositions de l'article 1857 du Code civil à l'égard des associés.

Il est donc nécessaire de prévoir une clause statutaire expresse imposant au gérant d'obtenir la renonciation des créanciers à poursuivre l'associé mineur en cas de difficultés.

Exemple de clause :

« *Le gérant ne peut conclure un acte qu'après avoir obtenu, lors des négociations qu'il mènera, la renonciation expresse du créancier à poursuivre l'associé mineur* ».

⁴⁰⁵ CA Angers, ch. com., 31 mars 2009, n° 08-246, *JurisData* n° 2009-378355 : *Dr. sociétés* 2010, comm. 5, note R. MORTIER.

181. Toutefois, le manquement du gérant ne peut être une cause de nullité de l'opération. En effet, « cette limite au pouvoir du gérant n'est pas opposable aux tiers et sa violation entraînera seulement la mise en jeu de la responsabilité du gérant »⁴⁰⁶.

182. A la différence de la clause d'inégalité de traitement, la clause de renonciation à poursuivre l'associé mineur paralyse l'action du créancier. Elle apparaît donc plus efficace puisqu'elle dispense l'associé mineur de son obligation à la dette mais elle n'est pas « une technique de protection absolue pour le mineur puisqu'elle n'est pas générale car mise en place au coup par coup dans le cadre du fonctionnement de la société et suppose bien sûr l'accord du créancier »⁴⁰⁷. Ainsi les créanciers sociaux et parmi eux les établissements de crédits peuvent s'engager à ne pas actionner le mineur « dans la mesure où la décision d'octroi de crédit au profit de la société ne résulte fréquemment pas de la situation financière de la personne protégée, mais bien plus de la situation des autres associés »⁴⁰⁸.

Modèle de clause de renonciation⁴⁰⁹ :

« Les parties exposent que parmi les associés de la société emprunteuse figure un enfant mineur, savoir :

Monsieur..... né à le

L'emprunteur étant la société et non Monsieur, la conclusion des présentes ne nécessite pas l'autorisation de Monsieur le Juge des tutelles.

L'attention des parties est cependant attirée sur le fait qu'en application de l'article 1857 du Code civil, tout associé de la société est tenu au prorata de sa participation dans la société, des dettes de la société.

Afin de tenir compte de cette situation, la banque renonce, de façon définitive, à poursuivre Monsieur au titre de son obligation aux dettes sociales au titre des parts à

⁴⁰⁶ J. COMBRET et A. HOUIS, « Focus sur mineur et droit des sociétés » *JCP N* 2018, 1361, n° 4.

⁴⁰⁷ J. COMBRET et A. HOUIS, *art.préc*, p.51.

⁴⁰⁸ M. STORCK, S. FAGOT, Th. DE RAVEL D'ESCLAPON, "Les sociétés civiles immobilières, LGDJ 2016, n°347, p.116.

⁴⁰⁹ M. STORCK, S. FAGOT, Th. DE RAVEL D'ESCLAPON, *op.cit.*, n° 348, p.117. Un modèle de courrier à adresser à la banque est également donné.

Ainsi :

-le caractère définitif de cette renonciation interdit qu'il soit poursuivi de ce chef, même après sa majorité ;

-la limitation de la renonciation aux seules parts à..... dont Monsieur est aujourd'hui titulaire n'emporte pas renonciation par la banque à poursuivre Monsieur au titre d'autres participations qu'il aurait un jour dans la société et dont il deviendrait propriétaire par transmission à titre gratuit ou onéreux.

Cette convention est acceptée par l'ensemble des parties. ».

183. Il est certain que la participation d'un mineur à une société à responsabilité illimitée fait peser sur celui-ci un risque lourd. Comme le souligne un auteur, « l'engagement d'un mineur en qualité d'associé d'une société civile constitue pour lui un risque certain dès lors que la société civile est à risque illimité : il est par la suite obligé aux dettes sociales et tenu de contribuer aux pertes, quels que soient les montants respectifs et le montant cumulé »⁴¹⁰. Or, aucune autorisation du juge n'est nécessaire dès lors que l'acte d'apport ne porte pas sur un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur.

Afin de protéger le patrimoine du mineur associé d'une société civile, l'ajout d'un troisième alinéa à l'article 1857 du Code civil a été proposé lors du 116^e congrès des notaires de France : « *L'associé, mineur à l'époque du fait générateur de l'obligation, ne sera pas tenu, à l'égard des tiers, des dettes sociales sur ses biens personnels. Sa contribution aux pertes sera limitée au montant des apports attachés à ses parts* ».

184. C'est aux parents d'anticiper lors de la rédaction des statuts et d'organiser cette limitation de prise de risque de l'associé mineur. Mais l'ordre public sociétaire qui empêche d'exonérer l'associé mineur de tout risque laisse sa protection au bon vouloir des créanciers. En effet, « cette renonciation résulte de la négociation et dépend des conditions particulières de chaque affaire. Elle reste donc rare en pratique et elle ne peut concerner que les dettes contractuelles et prévisibles »⁴¹¹.

⁴¹⁰ M. LAROCHE, *art. préc.*, n° 3.

⁴¹¹ V. PRADO, « Le mineur et la société civile », *LPA* 2020, p.9.

Conclusion du chapitre 1

185. Lors de la constitution de la société, la protection de l'associé mineur repose entre les mains de son ou ses administrateurs légaux chargés de le représenter. La difficulté première concerne la qualification de l'acte d'apport faite de disposition claire et uniforme.

Le mineur, en raison de son incapacité doit impérativement être représenté pour la conclusion du contrat de société et si l'on s'en tient aux recommandations du Conseil National des Greffiers des Tribunaux de Commerce, l'acte d'apport à une société civile ou commerciale doit être regardé comme un acte de disposition. Toutefois, dès lors qu'il ne porte pas sur un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur l'intervention du juge ne sera pas nécessaire. En effet, dans ces deux derniers cas, quelle que soit la forme sociale, l'article 387-1, 2° du code civil impose l'autorisation préalable du juge des tutelles. Il semble que concernant l'apport en numéraire, des distinctions puissent être envisageables. Ce type d'apport n'est pas strictement réglementé par les textes ; pourtant son régime juridique variera selon la qualification retenue lorsque l'autorité parentale est conjointe. En effet, le décret du 22 décembre 2008 considère qu'il s'agit d'un acte de disposition pouvant être regardé, selon les circonstances, comme un acte d'administration. Donc, si l'obligation au passif social est illimitée, ce qui est le cas dans une société civile, l'acte d'apport à une société civile doit systématiquement être qualifié d'acte de disposition. En revanche, il pourra être regardé comme un acte d'administration lorsque sa participation se fera au sein d'une société à responsabilité limitée.

Toutefois, il nous semble que quelle que soit la structure sociale qu'intègre le mineur, la prudence devrait conduire à considérer toujours l'acte d'apport comme un acte de disposition. Ainsi, en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale le mineur sera soumis au régime de protection le plus lourd qui impose l'accord des deux parents. Toutefois, en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale, il semble que cette exigence de qualification perde son sens puisque l'administrateur légal pourra agir seul sans autorisation du juge.

186. Faute de disposition législative concernant l'associé mineur, l'anticipation contractuelle reste le meilleur moyen pour tenter de remédier aux conséquences de sa participation à une société civile. Les solutions permettant de limiter les effets d'une

responsabilité illimitée de l'associé mineur ont été développées par la pratique. Des aménagements statutaires peuvent donc être prévus et sont même recommandés.

En effet, bien que la responsabilité indéfinie aux dettes sociales soit attachée à la qualité d'associé, les statuts peuvent prévoir des aménagements.

Tout d'abord quelle que soit la forme sociale, dans les rapports entre associés une modification de la contribution aux pertes peut être envisagée en prévoyant une clause d'inégalité de traitement en soulignant que l'associé mineur ne sera tenu des dettes sociales que dans la limite du montant de son apport ou d'un montant prédéterminé.

Ensuite, lorsque sa participation entraîne une irresponsabilité illimitée, un aménagement de son obligation à la dette est indispensable : une clause doit imposer au gérant d'obtenir des créanciers, et principalement des banques, une renonciation de leur part à poursuivre l'associé mineur.

Chapitre II : Les limites à l'intervention des représentants légaux

187. Pour certains auteurs, « la dépendance caractérise l'enfance »⁴¹². En effet, « l'exercice de l'autorité parentale et la représentation qu'elle implique sont de nature à permettre que les décisions relatives au mineur soient prises sans que celui-ci donne son avis »⁴¹³.

Si l'intérêt du mineur doit toujours guider ceux chargés de sa protection et notamment ceux chargés de la gestion de son patrimoine, le propre de la représentation « c'est de lier le représenté par une volonté qui n'est pas la sienne, donc de sortir ainsi du cercle normal de la volonté, conçue comme le principe même des actes juridiques »⁴¹⁴. Cependant, la conception moderne des droits de l'enfant a permis la mise en place de dispositions prévoyant la prise en compte de la volonté du mineur (section 1).

En raison des liens affectifs qui existent entre eux, les parents apparaissent donc comme les protecteurs naturels de leur enfant mineur et même si la famille doit conserver une place prépondérante dans le dispositif de protection du mineur, l'éviction de l'un des parents voir des deux peut être nécessaire (section 2).

⁴¹² C. NEIRINCK, « *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents* », LGDJ 1984, n°151, p.139

⁴¹³ Ph.BONFIS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, 2^eéd., Dalloz 2014, n°1207, p.724.

⁴¹⁴ Ph.BONFIS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, 3^eéd., Dalloz 2021, n° 522, p.298 : R. SAVATIER, « L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté de la personne » D. 1959.Chron.47.

Section 1 : La prise en compte de la volonté du mineur lors de la constitution de la société

188. L'article 388 du Code civil fixe l'âge de la majorité à dix-huit ans. En dessous de cet âge le mineur non émancipé est juridiquement incapable. Bien que le mineur ne puisse intervenir lui-même lors de la constitution de la société, il ne doit pas toutefois en être compétemment écarté. Il est indispensable que le mineur soit informé de l'opération envisagée.

La minorité n'est pas une période uniforme et le mineur doté de discernement doit être informé des décisions qui le concerne afin qu'il puisse au moins être averti des conséquences de son engagement. La prise en compte de la volonté du mineur passe par l'association de ce dernier à la décision de ses parents (§1).

Si, en ce qui concerne la personne de l'enfant, le législateur consacre des domaines où la volonté de ce dernier guide l'acte comme en matière d'adoption simple⁴¹⁵ ou plénière⁴¹⁶, s'agissant de la gestion de son patrimoine le droit tend à reconnaître au mineur une certaine autonomie (§2).

§1 : L'association du mineur à la décision de ses parents lors de la constitution de la société

189. L'administration légale des père et mère permet d'apporter une réponse à l'incapacité d'exercice du mineur, l'autorité parentale, en revanche, leur confère un pouvoir de décision. La représentation qu'elle implique conduit à ce que les décisions concernant le mineur soient prises sans que son avis ne lui soit demandé. Cependant, la prise en considération de la volonté du mineur est aujourd'hui une exigence légale et peut apparaître comme une limitation des droits parentaux. En effet, l'article 371-1alinéa 3 du Code civil impose aux parents d'associer leur enfant aux décisions qui le concernent en fonction de son âge et de son degré de maturité.

Désormais, les rapports des parents avec leurs enfants ne sont plus conçus comme une puissance. La loi du 4 juin 1970 a fait disparaître la puissance paternelle au profit de

⁴¹⁵ C.civ., art. 360 al.4.

⁴¹⁶ C.civ., art. 345 al.3.

l'autorité parentale attribuée conjointement aux père et mère. Il a fallu cependant attendre la loi du 4 mars 2002 pour voir redéfinie l'autorité parentale, devenue une notion fonctionnelle exercée dans l'intérêt de l'enfant. Elle « consacre formellement l'idée d'un droit commun de l'autorité parentale »⁴¹⁷ sans distinction, que les enfants soient nés pendant ou hors mariage et que les parents soient unis ou non. On est désormais loin de l'ancien droit romain qui faisait du *pater familias* le seul détenteur de l'autorité dans la famille, exerçant sur ses enfants la *patriapotesta*, puissance viagère, donnant le droit de vie et de mort et empêchant le fils d'avoir un patrimoine propre⁴¹⁸. L'autorité parentale est désormais considérée comme une fonction définie comme étant « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant »⁴¹⁹. Aujourd'hui, « même si l'autorité parentale conserve un aspect hiérarchique indispensable, un nouvel équilibre a été trouvé, intégrant la personne de l'enfant »⁴²⁰.

190. Issu de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, l'article 371-1 du Code civil est la transposition en droit interne de l'article 12 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant⁴²¹. La participation du mineur à la décision le concernant « permet de lui conférer un rôle dans la détermination de son intérêt, et devrait empêcher ou, au moins limiter, la prise de décision sans que le mineur ne soit consulté. Elle devrait également conduire à éviter, dans la mesure du possible, que des décisions soient prises contre le gré de l'enfant »⁴²². Cependant, comme le souligne la commission DEKEUWER-DEFOSSEZ, cette règle a surtout une valeur symbolique et permet de marquer la place de l'enfant, ce dernier « n'est pas seulement sujet passif de protection, mais aussi, au fur et à mesure qu'il grandit, acteur dans l'œuvre d'éducation menée par ses parents. L'enfant n'est cependant pas une personne qui se trouverait à égalité (au

⁴¹⁷ V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op.cit.*, p. 904, n° 2160.

⁴¹⁸ M-H. RENAUT, *Histoire du droit de la famille*, 2^e éd., Ellipses 2012, p.76.

⁴¹⁹ C.civ., art.371-1 al.1^{er}.

⁴²⁰ S.PARICARD, « Quelle autonomie pour l'enfant au sein d'un couple parental uni ? », in *Mél. C. Neirinck*, LexiNexis, 2015, p. 755.

⁴²¹ « Les états partie garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ».

⁴²² Ph.BONFILS et A.GOUTTENOIRE, *op.cit.*, n° 1208.

sens d'égalité de droits et de devoirs) avec ses père et mère : l'enfant reste un enfant, que ses père et mère associent aux décisions qu'ils prennent eux-mêmes »⁴²³.

191. Considéré comme « une affirmation de principe »⁴²⁴, l'article 371-1 alinéa 3 du code civil fait peser sur les parents une obligation d'information, ils ne sont pas toutefois dans l'obligation « de subordonner toutes leurs décisions au consentement de leur enfant mineur. L'obligation des parents consiste au minimum à informer l'enfant de la décision qu'ils envisagent et à lui demander son avis »⁴²⁵. Elle reste une obligation dépourvue de sanction.

Toutefois, au regard de la gravité et de la portée de l'acte d'apport notamment lorsque le mineur se trouve associé d'une société civile il peut être envisagé lors de la constitution de la société d'informer le futur associé des conséquences de son engagement. Même si seuls les parents interviennent en tant que représentant des enfants mineurs, il peut être prévu en amont d'informer les enfants en leur expliquant le fonctionnement de la société et la portée de leur engagement. La portée de cette information sera sans doute différente selon l'âge et la maturité de l'enfant. Mais à partir de seize ans elle pourrait être systématique puisqu'il s'agit de l'âge à partir duquel le mineur peut être émancipé et auquel s'éteint le droit de jouissance légale des parents. Les informations pourraient être données par le notaire chargé de la rédaction des statuts. Cependant, le recours à un notaire n'est une obligation que lorsqu'est apporté un bien soumis à publicité foncière. En effet, bien qu'ils doivent être établis par écrit⁴²⁶, les statuts peuvent prendre la forme d'un acte authentique ou sous seing privé.

192. En l'absence d'association du mineur à la décision de ses parents administrateurs légaux, pour les décisions qui concernent la gestion de son patrimoine et notamment concernant l'acquisition de la qualité d'associé la possibilité d'un aménagement des statuts de la société a été mis en avant. Il a été proposé, grâce à une clause, de permettre au mineur devenu majeur de confirmer sa volonté de demeurer dans la société dans

⁴²³ Rapport au Garde des Sceaux, rapport du groupe de travail présidé par F.DEKEUWER-DEFOSSEZ, « *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps* », La documentation française, septembre 1999, p.84.

⁴²⁴ S. DE LA CHAISE et J-J. LEMOULAND, « Les parents, les enfants, les tiers...et le juge », in *La condition juridique du mineur*, sous la direction de J-J. LEMOULAND, LexisNexis 2004, p.18.

⁴²⁵ Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *op.cit.*, n° 1212.

⁴²⁶ C. civ., art.1835.

laquelle il a été intégré sur décision de ses parents afin de manifester lui-même son *affectio societatis*. Cependant, « le désavantage de ce type de clauses serait d'introduire une incertitude sur le statut du mineur devenu associé qui est difficilement compatible avec la sécurité juridique requise pour la société mais son avantage serait d'éviter un engagement du mineur devenu majeur non consenti par lui »⁴²⁷.

Le mineur devrait donc selon son âge être informé des décisions qui le concernent. Le législateur reconnaît également une certaine autonomie au mineur

§2 : La reconnaissance d'une certaine autonomie au mineur

193. Bien que le mineur soit soumis à un régime de représentation, la loi lui reconnaît une certaine indépendance. La reconnaissance de cette autonomie s'illustre en droit des sociétés avec la possibilité pour le mineur non émancipé d'être autorisé à passer seul certains actes relatifs à la création et à la gestion d'une société unipersonnelle au travers de laquelle il lui sera possible d'exploiter une activité commerciale. Il s'agit toutefois d'une autonomie contrôlée puisque le mineur devra obtenir l'autorisation de ses administrateurs légaux. Que ce soit pour la constitution d'une société unipersonnelle ou pour bénéficier d'une capacité financière le mineur devra obtenir l'autorisation de son ou ses administrateurs légaux.

194. La minorité n'est plus considérée aujourd'hui comme une période uniforme allant de la naissance à la majorité. Elle est constituée de périodes intermédiaires, comme celle de l'adolescence, dont la reconnaissance s'apparente à une majorité progressive⁴²⁸.

La mise en place d'un statut particulier qui tiendrait compte de la capacité de fait des mineurs les plus âgés a été imaginé, « une sorte de sas de décompression entre la prétendue asphyxie de la minorité et l'oxygène de la majorité »⁴²⁹. Il s'agit de la pré-majorité, mouvement dont certains ont essayé d'en dessiner les contours en faveur

⁴²⁷ F. JULIENNE, « L'entrée d'un mineur dans une société civile ou commerciale », A propos de l'avis rendu par le Comité de coordination du registre du commerce et des sociétés », JCP N 2014, 1004, n°13.

⁴²⁸ Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, 2^e éd., Dalloz 2014, n° 22, p.11.

⁴²⁹ G. RAYMOND, A la recherche du concept d'adolescence dans le droit français », in *Les orientations du droit pour les adolescents en difficultés*, colloque Poitiers, 3 décembre 1992, PUF 1993, p.25.

d'une concrétisation législative ⁴³⁰ et à propos de laquelle un rapport avait été adressé en 1992 au secrétaire d'Etat à la famille dans l'objectif d'une codification de ce statut⁴³¹. Toutefois, dans l'objectif d'offrir au mineur une certaine autonomie, plus d'indépendance, le régime de l'assistance a été mis en avant car « il est impératif que l'extension de l'autonomie du mineur et l'évolution de son régime d'incapacité ne se fassent pas au détriment de sa protection »⁴³² et « techniquement, cette idée d'assistance pourrait se traduire par la nécessité, pour le mineur, d'obtenir l'autorisation du ou des titulaires de l'autorité parentale »⁴³³. Une sphère d'autonomie est donc attribuée au mineur et ce phénomène illustre l'évolution de la conception de la mission de protection des père et mère qui est devenue une fonction sociale au service de l'intérêt de l'enfant.

195. L'idée de l'existence d'une autonomie s'illustre en droit des sociétés au travers de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 qui offre la possibilité au mineur de seize ans de créer et gérer d'une EURL ou une SASU. Désormais, l'autonomie du mineur ne se limite pas aux seuls actes liés à sa personne, il peut parfois gérer son patrimoine. En effet, l'article 388-1-2 alinéa premier du Code civil prévoit qu'« un mineur âgé de seize ans révolus peut être autorisé, par son ou ses administrateurs légaux, à accomplir seul les actes d'administration nécessaires à la création et à la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle ». Pour un auteur, ces dispositions « participent sur le plan théorique, à un renouvellement de la conception des régimes de protection des incapables visant à considérer que la sauvegarde de leurs intérêts ne rime pas nécessairement avec une incapacité d'exercice »⁴³⁴.

196. C'est la loi du 11 juillet 1985 qui a donné naissance en France à la société unipersonnelle à responsabilité limitée. Il ne s'agit pas d'une nouvelle forme de société

⁴³⁰ F. GISSER, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la pré-majorité », *JCP G* 1984, I, 3142, p.17.

⁴³¹ E. ALFANDARI, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. MONEGER, P. VERDIER, P-Y. VERKINDT, « *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la convention internationale sur les droits de l'enfant* », Rapport au Secrétaire d'état de la Famille, aux Personnes âgées et aux Rapatriés, La documentation française, 1993, n° 60 et s.

⁴³² J-J. LEMOULAND, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD civ* 1997, p.21.

⁴³³ J-J. LEMOULAND, *art. préc.*, p19.

⁴³⁴ F. JULIENNE, « Le mineur, acteur de la vie économique ? *Dr. famille* 2010, étude 31, n° 2.

mais simplement d'une SARL ne comprenant qu'un associé Elle obéit aux mêmes règles que celles gouvernant la SARL, sous réserve de quelques adaptations en raison de la présence d'un seul associé. Cependant, elle ne relève pas seulement des dispositions de la SARL. Par la loi du 15 juin 2010, le législateur est venu étendre l'autonomie de gestion du mineur : « ces nouvelles mesures tendent à imposer le mineur comme un véritable acteur du monde économique qui n'est plus simplement associé à la gestion de ses intérêts mais se trouve promu au rang de véritable gestionnaire autonome »⁴³⁵. Le mineur même s'il n'est pas émancipé pourra être autorisé à créer une société commerciale par la forme pour y développer son activité puisque « cette société étant d'une personnalité juridique autonome distincte de celle de ses membres, la capacité à exercer une activité commerciale doit être appréciée, non pas en la personne des associés, mais en celle de la société elle-même ».⁴³⁶

La loi permet expressément au mineur âgé de seize ans⁴³⁷ non émancipé de créer une EURL. Ce dernier devra être autorisé, par ses administrateurs légaux ou celui exerçant seul l'autorité parentale, à effectuer seul les actes d'administration nécessaires à la création et à la gestion de la société. Il devra donc être autorisé et sa marge de manœuvre dépendra de cette autorisation car « à une généralisation de l'autonomie, le législateur a privilégié une personnalisation du régime de protection des mineurs qui est laissé à la discrétion de ses représentants légaux »⁴³⁸. L'extension de son autonomie ne doit pas se faire au détriment de sa protection.

Au choix, l'autorisation pourra revêtir soit la forme d'un acte sous seing soit d'un acte authentique mais elle doit impérativement contenir la liste des actes d'administration qui peuvent être passés par le mineur puisque son rôle est de « permettre au mineur de s'engager lui-même par les actes d'administration dont la liste est établie et d'exclure la

⁴³⁵ F. JULIENNE, *art. préc.*, n° 2.

⁴³⁶ A. BALLOT-LENA, « Le mineur commerçant », in *Réforme du droit civil et de la vie des affaires*, Actes du séminaire organisé par le centre de droit civil des affaires et du contentieux économique sous la direction de M. BOURASSIN et J. REVEL, Dalloz 2014, p.165 et s.

⁴³⁷ La loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives est venue apporter une précision concernant l'âge du mineur ; J-P. LEGROS, « L'âge minimal du mineur entrepreneur : 16 ans », *Dr. sociétés* 2012, repère 11.

⁴³⁸ F. JULIENNE, *art. préc.*, n° 8.

possibilité pour ses parents d'effectuer eux-mêmes ces actes »⁴³⁹. Elle n'a pas à être motivée puisqu'il s'agit d'une faculté laissée à la discrétion des parents⁴⁴⁰.

En revanche, les actes de disposition ne pourront pas être accomplis par le mineur de seize ans, non émancipé ; selon les cas, ils seront effectués par le ou les administrateurs légaux. Depuis le premier janvier 2016, le parent exerçant seul l'autorité parentale peut effectuer seul les actes de disposition sans avoir à solliciter l'autorisation du juge. Cependant, si l'autorité parentale est exercée en commun l'accord des deux parents est indispensable pour l'accomplissement de l'acte. Les actes accomplis par le mineur seul alors qu'ils auraient dû l'être par son représentant légal seront considérés comme nul.

197. Même si le législateur a permis au mineur d'acquérir une certaine autonomie, l'effectivité de celle-ci se trouve limitée par son incapacité bancaire.

La loi permet au mineur non émancipé seul d'ouvrir certains comptes. En effet, un mineur peut seul se faire ouvrir un livret A ou un livret jeune. En revanche, concernant l'ouverture d'un compte de dépôt, l'intervention des administrateurs légaux est exigée par les établissements bancaires⁴⁴¹.

L'ouverture d'un compte en banque au nom du mineur nécessite donc l'accord de son représentant légal ou de l'un des administrateurs légaux en tant qu'acte d'administration⁴⁴². Le mineur pourra alors être autorisé à effectuer seul un tel acte. Cependant, lors de l'ouverture du compte la présence des parents reste souhaitable, les établissements bancaires doivent les informer des conséquences de l'ouverture d'un compte au nom du mineur⁴⁴³.

Un mineur non émancipé pourra donc ouvrir et gérer le compte bancaire de l'EURL. Le mineur devra toutefois être autorisé par son représentant légal ou l'un d'eux, en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale, pour effectuer certains actes sur le compte. La Cour de cassation est venue préciser que tout retrait de capitaux d'un compte de dépôt constitue un acte d'administration⁴⁴⁴. En l'espèce, une mère administratrice légale sous

⁴³⁹ Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *op.cit.*, n° 1284.

⁴⁴⁰ F. JULIENNE, *art. préc.*, n° 11.

⁴⁴¹ J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Le compte en banque du mineur » *Revue de droit bancaire et financier* n°2, Mars 2008, étude 6.

⁴⁴² Décret n° 2008-1484, 22 décembre 2008, Ann.1, coll.1, II.

⁴⁴³ CA Douai, 3^e ch., 17 janvier 2013, n° 11/08443.

⁴⁴⁴ Cass.1^{er} civ., 11 octobre 2017, n° 15-24.946, *JurisData* n° 2017-019866 : *JCP G* 2017, 1320, note. J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *Dr. fam.*2017, comm.249, note I. MARIA.

contrôle judiciaire de son fils mineur avait ouvert au nom de celui-ci un compte de dépôt sur lequel elle avait placé une somme d'argent provenant de la succession du père. Elle avait cependant à plusieurs reprises prélevé à son profit certaines sommes. Une tutelle aux biens avait ainsi été ouverte et le tuteur assigna la banque en responsabilité et en remboursement des sommes prélevées par l'administratrice légale. En première instance comme en appel la banque fût condamnée. La cour d'appel de Limoges avait retenu pour condamner la banque que : les prélèvements effectués par la mère auraient dû, par leur importance, leur répétition et la période resserrée d'une semaine sur laquelle ils ont eu lieu, attirer son attention et entraîner une vigilance particulière de sa part. La banque forma un pourvoi en cassation et pour la cour « *l'administrateur légal, même placé sous contrôle judiciaire, a le pouvoir de faire seul les actes d'administration et peut seul « procéder à la réception des capitaux échus au mineur et les retirer du compte de dépôt sur lequel il les a versés* ». De plus la cour précise que « *la banque n'est pas garante de l'emploi des capitaux* ». Toutefois, l'article 387-3 alinéa 2 du Code civil précise tout de même que « tout tiers ayant connaissance d'actes ou omissions qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une situation de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci » doit en informer le juge.

Section 2 : L'exclusion des administrateurs légaux

198. Bien que les parents soient considérés comme les protecteurs naturels de l'enfant, l'éclatement des familles peut motiver la prise de certaines dispositions. En effet, un parent peut constituer une société avec un enfant. Il peut souhaiter qu'à son décès les parts de son enfant ne soit pas administrées par le parent survivant.

Lors de la constitution de la société, les conséquences d'un décès peuvent être anticipées. Le parent associé peut ainsi désigner un tiers de confiance qui représentera l'associé mineur à la place de l'administrateur légal restant. En effet, différentes techniques d'anticipation existent, notamment la clause d'exclusion de l'administration légale qui trouve ici son utilité. Elle permet au parent auteur de cette dernière, de préserver l'enfant mineur contre une mauvaise gestion de la part de l'autre parent

administrateur légal, en raison du fait qu'il entretient avec lui des relations difficiles⁴⁴⁵. Elle est ainsi un instrument de défiance à l'égard de l'ex-conjoint : « elle devient même un outil performant d'anticipation des conflits familiaux, dont l'enfant peut supporter les effets pervers au plan patrimonial »⁴⁴⁶. Les discordes familiales peuvent être la source d'opposition d'intérêt entre un enfant et ses parents et la désignation d'un tiers administrateur permettra d'éviter de recourir au juge afin qu'il désigne un administrateur *ad hoc*. Cette clause revêt de plus un intérêt particulier avec la disparition du contrôle judiciaire en cas d'exercice de l'administration légale par un seul parent « bien souvent, ce sont en effet les capacités, voir l'honnêteté du parent survivant ayant vocation à exercer seul l'administration légale, donc à bénéficier des revenus des biens du mineur, qui sont mis en cause par le disposant »⁴⁴⁷.

Même en l'absence de conflits familiaux, cette disposition peut être utile lorsque la gestion du bien transmis requière des compétences particulières.

Le mineur peut acquérir la qualité d'associé de différentes façons et notamment par voie de succession mais il peut également déjà en être associé et le parent survivant sera le seul administrateur légal. Dans cette situation, le parent associé peut, lors de la constitution de la société, anticiper les conséquences de son décès afin que le parent survivant ne soit pas le représentant de l'associé mineur.

Ce dernier peut alors par sa seule volonté priver le représentant de ses pouvoirs sur les parts sociales transmises à l'associé mineur (§1).

Toutefois, même en l'absence de dispositions écartant expressément les représentants légaux de la gestion des biens de l'enfant mineur certaines situations de fait justifient leur exclusion (§2).

§ 1 : L'anticipation du décès du parent associé lors de la constitution de la société

199. Lorsque le mineur associé hérite des parts sociales du parent avec lequel la société avait été constituée, cette transmission peut être accompagnée par la prise d'effet d'un

⁴⁴⁵ Ph. BONFILS, *op.cit.*, n ° 922.

⁴⁴⁶ Ph. DELMAS- SAINT-HILAIRE, « A propos de la clause d'exclusion de l'administration légale », in *Mél. R. LE GUIDE*, LexisNexis, 2014, p336.

⁴⁴⁷ H. FULCHIRON et B. BALIVET, *op.cit.*, p.84.

mandat à effet posthume destiné à protéger l'héritier mineur en écartant les règles issues des régimes légaux de protection(A). Cependant, la clause d'exclusion de l'administration légale est considérée comme la seule permettant une éviction efficace du parent administrateur légal (B).

A. La rédaction du mandat à effet posthume

200. Issu de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, le mandat à effet posthume est prévu et réglementé par les articles 812 et suivants du code civil. Grâce à celui-ci le *de cuius* peut avant son décès investir un mandataire de la mission de gérer et d'administrer « tout ou partie de sa succession » dès son ouverture « pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés ». En présence d'héritiers mineurs, la volonté du défunt prime sur le système légal de protection de l'incapable.

Il permet donc de confier à un tiers la gestion et l'administration de la succession tout en tenant les héritiers ici mineurs à l'écart ainsi que leurs administrateurs légaux. Toutefois, en contrepartie, le mandataire devra rendre des comptes annuellement et en fin de mandat aux héritiers ou à leurs représentants légaux.⁴⁴⁸ . Le recours à ce mandat permet notamment à un associé dont les héritiers sont mineurs d'organiser la gestion de ses parts.

La mise en place du mandat à effet posthume répond cependant à des conditions strictes (1) qui le fragilise et le font apparaître peu efficace (2).

1) Les conditions strictes concernant la validité du mandat à effet posthume

201. S'agissant de la nature juridique de ce mandat, les avis sont différents : certains auteurs estiment qu'il emporte représentation du défunt⁴⁴⁹, une représentation forcée des héritiers visés par le mandat⁴⁵⁰. D'autres estiment au contraire qu'il s'agit d'un mandat forcé n'emportant pas représentation des héritiers par le mandataire

⁴⁴⁸ C. civ., art. 812-7.

⁴⁴⁹ A-C. CHIARINY-DAUDET, « Les nouvelles représentations de la volonté en droit de la famille », *LPA*2007, p.6., n° 25 et s.

⁴⁵⁰ A. AYNES, « L'administration de la succession par autrui », *JCP N* 2008, 1246, n° 5.

posthume⁴⁵¹. Cette dernière est considérée comme étant « la seule permettant d'aboutir à une gestion efficace des biens successoraux sans compromettre gravement la situation des héritiers » et de « la seule conforme à la lettre de l'article 812 du code civil et à l'inspiration fiduciaire de l'institution »⁴⁵².

202. Tout d'abord, le mandat à effet posthume doit être donné en la forme authentique et être accepté en la même forme par le mandataire avant le décès du mandant⁴⁵³. Il prendra effet au décès de ce dernier. Il ne peut en principe excéder deux ans mais cette durée peut être prorogée une ou plusieurs fois par le juge saisi par un héritier ou par le mandataire⁴⁵⁴. Elle peut être portée à cinq ans, « prorogable dans les mêmes conditions, en raison de l'inaptitude, de l'âge du ou des héritiers, ou de la nécessité de gérer des biens professionnels »⁴⁵⁵.

Ensuite, l'article 812 alinéa premier précise que le mandat peut être conclu « dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés ». Mais lorsqu'il y a plusieurs héritiers et que le mandat touche à la gestion de parts sociales il est conseillé d'établir un mandat visant tous les héritiers⁴⁵⁶, y compris les héritiers majeurs, afin d'éviter les contraintes liées au régime de l'indivision des parts sociales.

Aux termes de l'article 812-1-1 alinéa premier, pour que le mandat soit valable, il doit être « justifié par un intérêt sérieux et légitime au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral, précisément motivé ». Ce type de mandat peut être source de tensions, le représentant légal du mineur se voit dépossédé par le défunt du pouvoir de gérer les biens dont celui-ci a hérité. Dès lors il pourra considérer que le mandat à effet posthume est injustifié et essayer d'obtenir sa révocation judiciaire pour absence ou disparition de l'intérêt sérieux et légitime⁴⁵⁷.

⁴⁵¹ M.GRIMALDI, « Le mandat à effet posthume » *Déf.* 2007, p.9, n° 5 ; J. COMBRET, « Le mandat à effet posthume : un acte manqué ? », *JCP N* 2013, 1191, n° 26 ; G. WICKER et C. ARNAUDIN, *Synthèse J-CI.Civil*, v° Mandats successoraux : mandat à effet posthume, n°6.

⁴⁵² *Mémento Lefebvre*, Transmission d'entreprise, 2015-20156, n° 510001.

⁴⁵³ C. civ., art. 821-1-1 al.3 et 4.

⁴⁵⁴ C. civ., art. 812-1-1 al 2.

⁴⁵⁵ C. civ., art. 812-1-1 al.2

⁴⁵⁶ A. BOUQUEMONT, « Le mandat à effet posthume appliqués aux titres sociaux », *JCP N* 2014, 1209, n° 6.

⁴⁵⁷ C. civ., art. 812-4, 3°.

Concernant l'appréciation du caractère sérieux et légitime pour la Cour de cassation⁴⁵⁸ il n'appartient pas au mandataire de rapporter la preuve de sa capacité à gérer les biens qui lui ont été confiés mais à celui qui demande la révocation du mandat, en établissant l'absence d'intérêt sérieux et légitime. L'exigence d'un intérêt sérieux et légitime est considérée comme une condition de validité du mandat à effet posthume, il s'agit de sa cause, elle doit donc être aussi précise que possible et reste soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond⁴⁵⁹. Son auteur, doit « mettre en exergue une difficulté réelle clairement identifiée » et « le mandat doit y apporter une réponse adaptée »⁴⁶⁰. En effet, « parce que le mandat à effet posthume dessaisit les héritiers de la gestion de leurs biens, contrevenant ainsi au principe de la saisine, et éventuellement, à leur droit à une réserve libre de charge, la loi ne lui donne force obligatoire que si la volonté du défunt trouve sa cause dans un intérêt légitime et sérieux »⁴⁶¹.

La loi exige qu'il soit justifié « au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral ». La présence d'un héritier mineur ne permet pas à elle seule de justifier le recours à ce type de mandat. La situation familiale doit également être prise en compte, le mandat devra permettre d'éviter d'éventuels conflits familiaux. La situation familiale doit alors être prise en compte : Madame L est décédée six mois après avoir déposé une requête en divorce. Elle laisse alors pour lui succéder son époux et leurs deux enfants mineurs. Par acte authentique, elle avait donné mandat à effet posthume à ses parents, notamment, pour gérer et administrer, pour le compte et dans l'intérêt de ses enfants, à compter de son décès, les biens composant sa succession. Le mandat fût accepté par les mandataires mais le Tribunal de grande instance des Sables d'Olonne déclara nul le mandat donné. Cependant, la Cour d'appel de Poitiers⁴⁶² confirma la validité des mandats donnés et acceptés. Tout d'abord la Cour précise qu'il est tout à fait envisageable de prévoir une désignation alternative de plusieurs mandataires. Sur la justification du recours au mandat : la mère avait mis en avant la minorité des enfants mais également la mésentente conjugale, les difficultés rencontrées lors de la procédure de divorce ainsi que des craintes sur la gestion du patrimoine par leur père. Cependant,

⁴⁵⁸ Cass.civ.1^{er}, 10 juin 2015, n° 14-10.377 : *AJ fam.* 2015, p. 556, obs. J. CASEY ; *JCP N* 2016, 1186, note M. NICOD.

⁴⁵⁹ Circ. n° 73-07/C1/5-2/GS, 29 mai 2007, p. 25 :

⁴⁶⁰A. BOUQUEMONT, *art.préc.*, n° 10.

⁴⁶¹ F. TERRE, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, coll. Précis, 4^e éd., Dalloz 2013, n°864, p.777.

⁴⁶² CA Poitiers, 3^e chambre civile, 19 Octobre 2011, n° 09/04345.

pour le père les craintes formulées par la mère n'étaient fondées que sur la mésentente conjugale et l'opposition d'intérêt provoqué par la procédure de divorce avait disparu du fait de l'extinction de l'instance. Or, pour la cour la minorité des enfants présente une caractéristique particulière puisqu'ils se trouvent propriétaires de parts sociales au sein de société gérées par leur père. En effet, il est légitime pour la Cour que les parents de la défunte puissent gérer et administrer les biens des enfants et le fait que leur père entretienne avec eux des relations difficiles ne peut être une cause de nullité du mandat. En ce qui concerne le patrimoine successoral, le mandat peut se justifier par la nature des biens transmis requérant des compétences particulières par exemple : « l'inaptitude de l'héritier s'apprécie à l'aune des biens transmis »⁴⁶³. La clause devra donc être sérieusement motivée « il faudrait exposer précisément dans le mandat les raisons pour lesquelles les règles de l'administration légale ne sont pas à même d'assurer une gestion propice des biens du mineur »⁴⁶⁴.

2) Le mandat à effet posthume portant sur des parts sociales

203. Il a été mis en avant que « le mandat à effet posthume semble assez inadapté lorsqu'il porte sur des droits sociaux à moins « d'accompagner le mandat de toute une série d'autres dispositions »⁴⁶⁵.

Le mandataire ne pourra tout d'abord exercer ses pouvoirs que lorsque la succession aura été acceptée par le ou les héritiers visés par le mandat sans qu'il y ait à faire de distinction selon le type d'acceptation.

En ce qui concerne la qualité d'associé, elle sera reconnue aux héritiers, qui le temps du mandat, seront privés des droits attachés à celle-ci⁴⁶⁶. Lorsqu'un mandat à effet posthume aura été mis en place, il ne peut porter que sur les droits sociaux.

Ensuite, le mandataire devra lorsque la succession aura été acceptée, solliciter l'agrément du ou des héritiers, lorsque celui-ci est imposé par les statuts. En ce qui concerne les sociétés civiles l'article 1870 du Code civil prévoit que la société continue avec les héritiers de l'associé décédé à moins que les statuts n'en disposent autrement. Donc lorsque la mise en place d'un mandat à effet posthume est envisagée l'associé

⁴⁶³ A. BOUQUEMONT, *art. préc.*, n° 14.

⁴⁶⁴ 113^e Congrès des notaires de France, *Familles, Solidarités, numérique, le notaire au cœur des mutations de la société*, Lille 17-20 septembre 2017, n°1860, p.324.

⁴⁶⁵ J. COMBRET, « Le mandat à effet posthume : un acte manqué ? », *JCP N* 2013, 1191, n° 22.

⁴⁶⁶ *Mémento Lefebvre*, Transmission d'entreprise, 2015-20156, n° 51090.

concerné doit s'assurer qu'aucune clause d'agrément n'a été mentionnée dans les statuts. Pour les SARL, l'article L.223-13 alinéa premier du Code de commerce pose pour principe celui de la libre transmission des parts mais les statuts peuvent prévoir une clause d'agrément. Donc comme pour les sociétés civiles, il faut s'assurer qu'aucune clause d'agrément n'est contenue dans les statuts. En effet, lorsqu'une clause d'agrément est mentionnée dans les statuts, cet agrément devra être demandé par les héritiers mineurs par l'intermédiaire du mandataire. Dans ce cas, un refus d'agrément pourrait être décidé et motivé par l'existence du mandat lorsque l'un des parents se trouve associé.

204. Certains auteurs ont mis en avant, à regret, qu'aucune publicité spéciale concernant le mandat à effet posthume n'ait été prévue par le législateur. A ce titre, un auteur a mis en avant le caractère gênant de cette absence de publicité car une information minimum est nécessaire que ce soit pour les éventuels associés non visés par le mandat et pour les tiers⁴⁶⁷. Ce dernier conseille, concernant l'information de la société de respecter les règles prévues en cas de cession de parts sociales ou d'actions : lorsqu'il porte sur des parts sociales, signification à la société⁴⁶⁸ de la prise d'effet du mandat, lorsqu'il porte sur des actions, une simple notification⁴⁶⁹. S'agissant de l'information des tiers, lorsque la mission du mandataire est d'assurer la gestion des parts sociales ou des actions dans les sociétés à responsabilité limitée « aucune formalité particulière n'a à être réalisée. En revanche, pour les sociétés à risque illimité, l'information des tiers est essentielle »⁴⁷⁰. Ainsi devrait s'appliquer les règles de publicités légales prévues lors de la cession de parts sociales et « en toute logique, il faudrait même imposer l'immatriculation du mandataire au RCS »⁴⁷¹. Seule est prévue, en tant qu'acte de dernière volonté, une mention au fichier central des dispositions de dernières volontés⁴⁷².

⁴⁶⁷ A. REYGROBELLET, « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés, le cas du mandat à effet posthume », *JCP N* 2009, 1360.

⁴⁶⁸ C. civ., art.1690.

⁴⁶⁹ C. com., art. R 228-10.

⁴⁷⁰ A. REYGROBELLET, *art. préc.*

⁴⁷¹ A. REYGROBELLET, *art. préc.*

⁴⁷² J-Fr. SAGAUT, « Le mandat à effet posthume : regard notarial à destination des chefs d'entreprises », *Dr. et Patrimoine* 2007, n° 162.

205. Une fois que l'héritier ou son représentant légal aura accepté la succession, le mandat va produire ses effets. La mission du mandataire portera sur les titres sociaux faisant partie de l'actif successoral, il exercera donc les droits politiques attachés aux titres. En cas de démembrement des droits sociaux, le mandat à effet posthume ne s'exercera que dans la limite des droits de vote attribués au nu-propriétaire ou à l'usufruitier mineur.

Il lui appartiendra de participer aux décisions collectives selon leur nature. Que le mandat soit spécial ou général, le mandataire ne pourra effectuer que les actes conservatoires et d'administration. En effet, sa mission étant de gérer et d'administrer les titres, il ne pourra pas prendre part aux décisions assimilées à des actes de disposition ; sa compétence « s'arrêtera aux assemblées générales ordinaires »⁴⁷³. Il pourra participer aux décisions concernant : la désignation ou la révocation des organes sociaux, l'approbation des comptes, l'affectation des résultats, la distribution ou non des dividendes sans toutefois pouvoir les percevoir puisque les héritiers restent les seuls titulaires des droits financiers attachés à la qualité d'associé. Il sera indispensable de le convoquer aux assemblées et de le laisser y prendre part. : Madame L est décédée six mois après avoir déposé une requête en divorce et laissa pour lui succéder ses deux enfants mineurs et son époux. Elle avait donné mandat à effet posthume à ses parents, qui l'avaient accepté, de gérer les biens composant sa succession pour le compte et dans l'intérêt des deux enfants. Parmi les biens composant sa succession se trouvaient des parts dans deux sociétés dont leur père était associé et gérant. La validité du mandat à effet posthume avait été validée par la cour d'appel de Poitiers par un arrêt du 19 Octobre 2011. Cependant, lors de deux assemblées générales ordinaires qui s'étaient tenues en 2008 et 2009, le père des enfants était intervenu en sa qualité de gérant mais aussi en sa qualité d'administrateur légal sous contrôle judiciaire de ces derniers. Les grands parents ont alors fait assigner le père devant le tribunal de commerce afin de voir prononcé l'annulation des deux assemblées. Le tribunal prononça la nullité des deux assemblées et le père fit appel de cette décision déclarant irrecevable l'action des grands parents et valable les résolutions prises lors les assemblées. En effet, selon lui, en vertu des règles d'ordre public relatives à l'administration légale sous contrôle judiciaire, il était en droit d'exercer son droit de vote en qualité d'administrateur légal des biens de ses enfants. Les grands parents soutenaient cependant qu'en raison de l'existence du mandat leur père avait perdu le droit de voter au nom de ses enfants. La

⁴⁷³ A. AYNES, *op.cit.*, n°18.

cour d'appel de Poitiers⁴⁷⁴ confirma le premier jugement : les grands parents ont par l'effet du mandat le pouvoir d'accomplir les actes d'administration provisoire qui concernent les droits et actions dont sont titulaires les enfants. Ils auraient donc dû voter aux deux assemblées générales au nom et pour le compte des enfants mineurs au lieu et place de leur père qui en a perdu le droit par le jeu du mandat.

206. Le mandataire ne pourra donc pas prendre part aux décisions regardées comme des actes de disposition. Il n'y a cependant pas de liste clairement établie. Il faut alors s'en remettre à la classification des actes. Toutefois, à titre indicatif, sont considérés par la jurisprudence, comme des actes de disposition : « le vote sur la dissolution de la société, sur la prorogation de sa durée, une fusion ou une scission de société, son changement de forme, sur la modification de l'objet social »⁴⁷⁵. Il pourra également demander l'inscription d'une résolution à l'ordre du jour

S'agissant de la mission du mandataire il avait été clairement posé lors des travaux préparatoires que « celui-ci n'a aucun pouvoir de disposer des biens, mais seulement de les administrer et de les gérer »⁴⁷⁶. Par conséquent, en ce qui concerne la vente des parts sociales, le mandataire ne peut effectuer une telle opération⁴⁷⁷ et il ne peut s'opposer à la vente des biens appartenant aux enfants mineurs par leur représentant légal. Telle est la solution posée par la Cour de cassation⁴⁷⁸ : « *les pouvoirs d'administration ou de gestion qui peuvent être conférés au mandataire posthume en vertu des articles 812, alinéa 1er et 812-1 du code civil, ne lui permettent pas de s'opposer à l'aliénation par les héritiers des biens mentionnés dans le mandat, laquelle constitue l'une des causes d'extinction de celui-ci prévues par l'article 812-4 du même code* ».

Or, un auteur considère néanmoins que le mandataire pourrait, sous condition, y procéder : « la notion d'acte de disposition étant empreinte d'une indéniable relativité, ce pouvoir devrait figurer parmi les prérogatives reconnues au mandataire, si, du moins, l'opération se révèle indispensable, voire seulement nécessaire à la préservation des intérêts des héritiers et à la pérennité de l'entreprise. Tel sera le cas, par exemple, s'il s'agit de faire entrer dans le capital social un partenaire extérieur apportant compétence

⁴⁷⁴ CA Poitiers, 2^e chambre civile, 11 Février 2014, n° 13/01889.

⁴⁷⁵ A. BOUQUEMONT, *art. préc.*, n° 30.

⁴⁷⁶ S. HUYGHE, *Rapp.AN* n° 2850, p.175 du 15 février 2006.

⁴⁷⁷ *Mémento pratique F. Lefebvre, op.cit.*, n° 51110

⁴⁷⁸ Cass.civ.1^{er}, 12 mai 2010, n° 09-10556 *JurisData* n° 2010-005870 ; *Dr. fam.*2010, comm.104, B. BEIGNIER ; *RTD civ.* 2010, p. 602, obs. M. GRIMALDI.

et/ou moyens financiers supplémentaires et que, à cette fin, une augmentation de capital est décidée »⁴⁷⁹. Mais bien que la pratique notariale⁴⁸⁰ ainsi que la doctrine⁴⁸¹ y soit favorable, la jurisprudence s'y oppose. Il a même été mis en avant que le pouvoir de disposition pourrait donc être partagé entre le mandataire et l'héritier « chacun l'exerçant à des fins différentes : l'héritier pour mettre fin au mandat et le mandataire pour une bonne exécution de sa mission »⁴⁸².

207. Lorsque le mandat s'exerce sur des parts sociales ou des actions en pleine propriété il n'y a pas de difficulté, mais des interrogations se posent en cas d'indivision car « le dispositif est confronté à la concurrence du droit des sociétés »⁴⁸³. Il a été même avancé que dans ce cas « le mandat à effet posthume semble assez inadapté lorsqu'il porte sur des droits sociaux. Au mieux, il risque de se révéler d'une utilité limitée, au pire, dépourvu de toute efficacité »⁴⁸⁴.

En cas d'indivision, l'article 1844 alinéa 2 du Code civil précise que « les copropriétaires d'une parts sociales indivises sont représentés par un mandataire unique, choisi parmi les indivisaires ou en dehors d'eux. En cas de désaccord, le mandataire sera désigné en

⁴⁷⁹ A. REYGRABELLET, *art.préc.*, n° 27.

⁴⁸⁰ Cinquième proposition de la troisième commission, « Renforcer l'efficacité du mandat à effet posthume », du 108^{ème} Congrès des notaires de France, « La transmission », Montpellier, 23-26 septembre 2012 : Une proposition d'extension du mandat aux actes de disposition avait été faite en ces termes : « Que le mandant puisse conventionnellement conférer au mandataire un pouvoir de disposition, expressément motivé par l'intérêt sérieux et légitime qui caractérise le mandat à effet posthume selon les modalités suivantes : - soit que le mandataire puisse être généralement autorisé, par le mandant, à réaliser les actes de disposition nécessaires à la bonne administration et gestion de tout ou partie de la succession sous mandat, ces actes de disposition ne mettant alors pas fin au mandat posthume, - soit que le mandataire puisse être autorisé spécialement, par le mandant, à gérer, administrer un bien spécifique, et à le vendre pour le compte des héritiers, auquel cas cette vente emporterait réalisation et extinction du mandat, - Que, dans les hypothèses visées ci-dessus, les pouvoirs des héritiers puissent être limités par le mandant, pendant la durée du mandat, de façon à ne pas nuire à son exécution ».

⁴⁸¹ F. JOURDAIN- THOMAS et S. SCHILLER, Quels pouvoirs peuvent être accordés à un mandataire à effet posthume ? *JCP N* 2013, 1212, 22° : « Proposition : Le comité juridique de la FNDP considère qu'il est souhaitable que le mandataire à effet posthume puisse se faire attribuer le pouvoir d'accomplir des actes personnels et des actes de disposition, soit par une application large des textes existants soit en modifiant ces textes ».

⁴⁸² A. BOUQUEMONT, *art.préc.*, n° 28.

⁴⁸³ J. PRIEUR et M. CLERMON, « La gestion de l'entreprise par un mandataire », *JCP N* 2006, 1297, 35°.

⁴⁸⁴ A. AYNES, *op.cit.*, n° 17.

justice à la demande du plus diligent ». A ce sujet, les commentateurs s'accordent pour dire que la règle de l'article 812 relève d'un droit spécial qui prime le régime général⁴⁸⁵. Le mandataire à effet posthume devrait être désigné mandataire unique de l'indivision. Toutefois, en cas de désaccord la nomination judiciaire d'un administrateur unique sera obligatoire et rien ne permet d'imposer le mandataire à effet posthume mandataire de l'indivision, en pareille situation son efficacité sera limitée.

Face aux inconvénients et aux incertitudes développées ci-dessus, la rédaction d'une clause d'exclusion de l'administration légale semble préférable.

B. La rédaction d'une clause d'exclusion de l'administration légale

208. Cette clause permet de soustraire de l'administration légale des père et mère, les biens donnés ou légués au mineur et de désigner un tiers administrateur : « une telle exclusion va à l'encontre des règles gouvernant l'autorité parentale puisqu'elle revient à empêcher un parent d'être administrateur desdits biens alors que la loi lui confère cette prérogative »⁴⁸⁶. Ainsi, l'ancien article 389-3 du Code civil a été repris et réécrit par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016. Le nouvel article 384 dispose que « ne sont pas soumis à l'administration légale les biens donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils soient administrés par un tiers. Le tiers administrateur a les pouvoirs qui lui sont conférés par la donation, le testament ou, à défaut, ceux d'un administrateur légal. Lorsque le tiers administrateur refuse cette fonction ou se trouve dans une des situations prévues aux articles 395 et 396, le juge des tutelles désigne un administrateur *ad hoc* pour le remplacer ».

209. En règle générale, la clause d'exclusion de l'administration légale s'accompagne d'une clause d'exclusion de la jouissance légale mais pour la Cour de cassation⁴⁸⁷ la clause d'exclusion de l'administration légale emporte privation de la jouissance légale. La Cour, vise l'article 383 du Code civil (aujourd'hui article 386-1) qui lie la jouissance à

⁴⁸⁵ J. PRIEUR et M. CLERMON, *art. préc.*, n° 35 et 36 ; *Mémento Francis Lefebvre, Transmission d'entreprise*, 2015-20156, n° 51100.

⁴⁸⁶ L. MAUGER-VIELPEAU, « La nouvelle clause d'exclusion de l'administration légale », *LPA*, 2017, n° 179-180, p.19.

⁴⁸⁷ Cass.civ.1^{er}., 11 février 2015, n° 13-27586.

l'administration légale. L'exclusion de l'administration légale « emporte nécessairement privation » de la jouissance légale « sans qu'il soit besoin de rapporter la preuve exigée par l'article 387 du Code civil (aujourd'hui article 386-4, 2°) d'une « condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas ». Ce dernier texte ne semble valoir que pour les clauses excluant la seule jouissance légale »⁴⁸⁸.

Donc lorsqu'une clause d'exclusion de l'administration légale est prévue elle emporte nécessairement privation de la jouissance légale. Dans ce cas, les parents ne pourront appréhender les dividendes versés par la société au mineur de moins de seize ans. A défaut, « les parents en tant que titulaires d'un droit de jouissance sur les biens de leurs enfants de moins de 16 ans, ont le droit de percevoir les dividendes. S'ils sont obligés d'affecter ces dividendes à l'entretien, la nourriture et l'éducation de l'enfant, ils ont la possibilité de s'approprier l'excédent »⁴⁸⁹.

210. En ce qui concerne la cause d'une telle clause, au regard de la jurisprudence, il apparaît que la seule volonté de priver l'autre parent des droits que lui donne la loi ne suffit pas à faire échec à la clause. La Cour de cassation l'a clairement admis⁴⁹⁰. En l'espèce, un père ne souhaitait pas qu'à son décès, la mère de l'enfant, administre et jouisse des biens qu'il lui laisserait. Par testament, il avait précisé que si, à son décès, son fils était encore mineur, la mère n'aurait ni l'administration légale ni la jouissance légale des biens recueillis dans sa succession, ces derniers seraient administrés, jusqu'à sa majorité ou à son émancipation par un tiers avec les pouvoirs d'un administrateur légal sous contrôle judiciaire. Si pour faire échec à la clause, la cour d'appel de Paris souligne que la volonté du père était manifestement d'écarter les règles légales d'attribution de l'administration légale, la Cour de cassation casse l'arrêt au visa de l'article 389-3 alinéa 3 du Code civil : « *les dispositions prises par le père montrent sa volonté d'exclure la mère de l'enfant de la gestion et de l'administration des biens recueillis dans la succession et n'entrent pas dans les prévisions du texte précité dès lors qu'elles visent, non pas à protéger le patrimoine transmis, mais à empêcher l'application des dispositions légales relatives à l'administration des biens du mineur ; Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui a ajouté des conditions à la loi, a méconnu le sens et la portée du texte susvisé, qu'elle a violé* ».

⁴⁸⁸ I. MARIA, *Dr. fam.* 2015, comm.80.

⁴⁸⁹ F. JULIENNE, *Def.* 2020., p.17.

⁴⁹⁰ Cass.1^{er} civ., 10 Juin 2015 n° 14-18.856 : *AJ fam.* .2015, p.551, obs. J. CASEY ; *RTD civ.*2015, p.668, obs. M. GRIMALDI.

Bien souvent, les mauvaises relations des parents séparés motivent l'existence d'une telle clause. Il est donc admis qu'un parent puisse écarter le second sans avoir à justifier sa décision. Aucune condition particulière n'est exigée que ce soit au regard de la vulnérabilité de l'héritier ou de la nature du patrimoine transmis, et pas même au regard de l'intérêt de l'enfant. Si pour certain, « l'intérêt de l'enfant doit seul justifier l'exclusion expresse du disposant et non une vengeance posthume ou une volonté de nuire »⁴⁹¹, la Cour de cassation⁴⁹² opte pour une solution différente. Pour cette dernière, les juges du fond ne peuvent annuler une clause d'exclusion de l'administration légale au motif qu'elle serait contraire à l'intérêt de l'enfant. De même, lors du 113^e congrès des notaires de France, il a été évoqué que lors de sa rédaction « il est inutile d'indiquer les motifs de la clause »⁴⁹³.

Cependant, « l'intérêt de l'enfant pourrait être pris en considération si la gestion des biens données ou légués par le tiers chargé de les administrer révélait son inaptitude ou sa malhonnêteté. Le parent investi de l'autorité parentale serait alors en droit, de saisir le juge pour lui demander de désigner un autre administrateur »⁴⁹⁴.

Sur ce point la Cour de cassation a refusé de renvoyer devant le Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité : les dispositions de l'article 384 du Code civil sont-elles conformes aux droits et libertés garantis par la Constitution, ne portent-elles pas atteinte au droit de mener une vie familiale normale en ne préservant ni ne tenant pas compte de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ? Dans sa décision du 15 juin 2017⁴⁹⁵, la première chambre civile décide qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la QPC, elle relève « d'une part, que le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas que l'administration des biens donnés ou légués à un mineur soit confiée à son père ou à sa mère, administrateur légal et titulaire de l'autorité parentale » et « d'autre part, que le législateur a prévu, afin d'assurer la protection de l'intérêt de l'enfant en présence d'une clause d'exclusion de l'administration légale, une garantie contre la défaillance du tiers administrateur institué par le donateur ou le testateur ».

⁴⁹¹ Y. FAVIER, « La constitution du patrimoine du mineur par les libéralités », *AJ fam.* 2002, p.360.

⁴⁹² Cass.civ.1^{re}, 26 juin 2013, n°11-25946 : *Déf.* 2013, p.972, note J. MASSIP ; *Dr.fam.* 2013, comm.124, note I. MARIA.

⁴⁹³ 113 Congrès des notaires de France, Lille 17-20 septembre 2017, *Famille, Solidarité, Numérique, le notaire au cœur des mutations de la société*, n° 1855, p.323.

⁴⁹⁴ J. MASSIP, *art. préc.*, p.973.

⁴⁹⁵ Cass. civ 1^{er}, 15 juin 2017, n° 17-40035, *JurisData* n° 2017-011578 : *JCP N* 2018, 1260, note V. PERRUCHOT- TRIBOULET et A. CERMOLACCE.

Il est certain que l'insertion d'une telle clause va à l'encontre des règles gouvernant l'autorité parentale mais « il est parfois de l'intérêt de l'enfant de voir son patrimoine administré par un tiers, loin des conflits conjugaux et du risque d'une mauvaise gestion du patrimoine par un administrateur légal incompetent »⁴⁹⁶. Même si toutes les familles ne sont pas rythmées par les conflits, l'ampleur des pouvoirs attribués au parent exerçant seul l'administration légale depuis le premier janvier 2016 peut être à l'origine de la mise en place d'une telle clause, certains auteurs considérant que le mineur reste moins bien protégé qu'auparavant. Ainsi on évite que « potentiellement, le parent survivant ne vienne mettre son « grain de sel » dans les biens successoraux. Cela est fort sage, car, dans nombre de cas, l'expérience montre que, lorsque cette clause existe, le défunt laisse des participations dans des sociétés familiales et il serait parfois désastreux de laisser le parent survivant prendre part à la vie sociale, parfois tenter de la bloquer, au nom, bien sûr, de l'intérêt de l'enfant (alors qu'il ne poursuit que ses rancœurs personnelles). On imagine les vendettas, les guerres de position, les blocages en tous genres, que l'on permettrait à ce parent de mener, et ceci parfois pendant des années, si la Cour de cassation devait revenir sur sa jurisprudence... Le tout au détriment des sociétés elles-mêmes, et donc au détriment des mineurs héritant de tout ou partie des titres sociaux »⁴⁹⁷.

211. Concernant la nature de l'acte excluant l'administration légale, il faut un acte de volonté : une libéralité. Elle ne peut intervenir dans le cadre d'une dévolution légale, « bien que la première chambre civile de la Cour de cassation ait une vision large et contestable de la notion de legs permettant de valider la clause d'exclusion de l'administration légale, il faut encore qu'elle s'inscrive dans le cadre d'une libéralité. Il ne faut pas oublier, que par principe, le parent survivant se voit confier par le législateur l'administration des biens de l'enfant mineur »⁴⁹⁸. Cependant, la libéralité support « ici testamentaire, ne vise pas à amender quantitativement la dévolution légale des biens, mais seulement à l'affranchir de la règle de l'administration légale en évinçant l'autre parent de la gestion des biens légués »⁴⁹⁹. En revanche, « l'exigence d'une libéralité relative expressément à un ou plusieurs biens déterminés apparaît, évidemment,

⁴⁹⁶ Y. FAVIER, *art.préc.*, p.361.

⁴⁹⁷ J. CASEY, « Clause d'exclusion de l'administration légale : toujours la question de la libéralité... » *AJ fam.* 2015, p.551.

⁴⁹⁸ L. MAUGER-VIELPEAU, *art.préc.*, p.21.

⁴⁹⁹ Ph. DELMAS- SAINT-HILAIRE, *op.cit.*, p.336.

lorsque la condition d'administration par un tiers ne résulte pas d'un testament, mais d'une donation entre vifs »⁵⁰⁰. De plus, la clause doit être insérée lors de la donation : « la clause de désignation doit être prévue au moment où la donation est réalisée. Aucun acte rectificatif ne peut introduire une désignation *a posteriori* ». ⁵⁰¹

La jurisprudence accorde néanmoins au dispositif une large portée. En effet, concernant le domaine de l'article 384 du Code civil, il est clairement posé par la Cour de cassation⁵⁰² que la portée de la clause d'exclusion de l'administration légale n'est plus limitée par la réserve héréditaire : « *Attendu que l'article 389-3 du code civil, qui permet au disposant, sans aucune distinction, de soustraire à l'administration légale des père et mère les biens qu'il donne ou lègue à un mineur, est une disposition générale qui ne comporte aucune exception pour la réserve héréditaire* ». Elle s'applique donc tant à la quotité disponible qu'à la réserve mettant ainsi fin à une ancienne controverse⁵⁰³. Cette solution ne s'applique toutefois que lorsque la libéralité émane des parents du mineur, elle sera différente lorsque la libéralité provient des grands parents. En effet, pour ces derniers la clause ne pourra porter que sur la quotité disponible⁵⁰⁴.

212. Le nouvel article 384 du Code civil reprend les dispositions de l'ancien article 389-3 alinéa 3 du même code. Concernant l'étendue des pouvoirs du tiers administrateur, tout dépend de la volonté du disposant. A défaut de volonté exprimée ses pouvoirs seront ceux d'un administrateur légal. Si par le passé ses pouvoirs étaient assimilés à ceux d'un administrateur légal sous contrôle judiciaire, aujourd'hui il est doté de pouvoirs importants. Toutefois, la nouveauté concerne le refus du tiers administrateur de sa

⁵⁰⁰ D. BOULANGER, « L'enfant gratifié, l'administrateur aux biens et la réserve héréditaire » *JCP N* 2013, 1121, 2°.

⁵⁰¹ C.FARGE et S. GUILLAUD-BATAILLE, « La désignation d'un tiers administrateur aux biens donnés ou légués à un mineur- Etat des lieux et perspectives d'évolution », *JCP N* 2019, 1167, 11°.

⁵⁰² Cass.civ.1^{er}, 6 mars 2013, n° 11-26728 : *RTD Civ.* 2013, p.421, obs. M. GRIMALDI. Solution confirmée ensuite : Cass.civ.1^{er}, 10 juin 2015, n° 14-18856 : « *L'article 389-3, alinéa 3, du Code civil, qui permet au disposant, sans aucune distinction, de soustraire à l'administration légale des père et mère les biens qu'il donne ou lègue à un mineur, est une disposition générale qui ne comporte aucune exception pour la réserve héréditaire* ».

⁵⁰³ D. BOULANGER, « L'efficacité totale des clauses d'exclusion de la jouissance ou de l'administration légale », *JCP N* 1994,101258 ; J. HAUSER, « L'administration aux biens donnés ou légués (Une controverse séculaire) », *Déf.* 2009, p.25.

⁵⁰⁴ J. HAUSER, *art. préc.*, n°4, p.27.

mission. Dans ce cas le juge des tutelles désignera pour le remplacer un administrateur *ad hoc*.

Modèle de clause de désignation d'un administrateur par testament⁵⁰⁵ :

« Je soussigné(e) M. ... (identification du testateur : prénom, nom, date et lieu de naissance, adresse) établis comme suit mon testament.

Je révoque toutes dispositions à cause de mort antérieures à ce jour.

Je lègue tous mes biens à mes enfants, nés ou à naître, vivants ou représentés par parts égales.

Mes enfants nés sont à ce jour :

- *M. ... (identification : prénom, nom, date et lieu de naissance)*
- *M. ... (identification : prénom, nom, date et lieu de naissance)*

Issus de mon union avec M. ... (identification du parent des enfants : prénom, nom, date et lieu de naissance).

Si mes enfants, ou l'un d'eux sont encore mineurs et n'ont pas été émancipés au jour de mon décès, M. X, leur père/Mme Y, leur mère, sera privé(é) de tous droits de jouissance et d'administration légale sur les biens légués.

Ceux-ci seront administrés par M. ... (identification de l'administrateur : prénom, nom, date et lieu de naissance), jusqu'à leur majorité.

En cas de prédécès de cette personne, de refus ou d'incapacité d'exercer cette fonction d'administrateur, je charge M. ... (identification de l'administrateur suppléant : prénom, nom, date et lieu de naissance) de remplir cette fonction.

L'administrateur sera investi des mêmes pouvoirs d'administration et de dispositions qui sont attribués à l'administrateur légal. Il exercera seul ses pouvoirs. Les droits et obligations de cet administrateur seront exercés sous le contrôle du juge des tutelles, conformément aux règles applicables en matière d'administration légale, lorsque celle-ci est exercée par un administrateur unique.

L'administrateur sera tenu d'établir un inventaire afin de déterminer les biens revenant à mes enfants légataires et soumis à son administration. En cas d'aliénation de tout ou partie de ces biens, les pouvoirs de l'administrateur se reporteront sur les biens qui leur seront subrogés. »

⁵⁰⁵ 116^e Congrès des notaires de France, Paris 2020, *Protéger : les vulnérables, les proches, le logement, les droits*, n° 1095, p.41.

213. La clause d'exclusion de l'administration légale « reste le mode privilégié d'anticipation dans la gestion du patrimoine du mineur et vient même supplanter le mandat à effet posthume »⁵⁰⁶. En effet, elle offre une portée plus grande à la volonté du *de cuius* et présente un grand intérêt avec la suppression du contrôle judiciaire en cas d'exercice par un parent de l'autorité parentale puisqu'elle ne peut être écartée par celui-ci et ne doit pas être motivée ni limitée dans le temps. La clause se révèle plus utile depuis l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 Octobre 2015 puisqu'elle permet de mettre de côté un administrateur légal unique doté de larges pouvoirs.

Toutefois, en l'absence de situation familiale conflictuelle, l'exclusion des représentants légaux sera nécessaire en raison de leur comportement.

§2. L'exclusion des représentants légaux résultant d'une situation de fait

Dans la mesure où le mineur non émancipé est incapable d'agir lui-même il doit être représenté par son ou ses représentants légaux. Cependant, cette représentation « implique une certaine neutralité »⁵⁰⁷. Or, en cas de défaillance des titulaires de l'autorité parentale un tiers devra être chargé de représenter l'associé mineur.

Ils pourront être écartés soit de manière ponctuelle par un administrateur *ad hoc* (A) soit de façon durable avec l'ouverture d'une tutelle aux biens (B).

A. La représentation ponctuelle de l'associé mineur par un administrateur *ad hoc*

214. Avec le recul de l'intervention du juge des tutelles notamment en présence d'un administrateur légal unique, la protection des intérêts du mineur et plus particulièrement lorsque ce dernier se voit attribué la qualité d'associé, repose sur les tiers. La protection du mineur repose alors sur le notaire lors de la constitution de la société mais également sur les banquiers lorsque la société décide de recourir à

⁵⁰⁶ Ph.DELMAS SAINT-HILAIRE, *op.cit.*, p.345.

⁵⁰⁷ A. GOUTTENOIRE, « L'intervention de l'administrateur *ad hoc* dans la gestion du patrimoine du mineur », *Droit et patrimoine*, 2020, n°300.

l'emprunt. L'intervention du juge n'étant nécessaire que dans certains cas précis, la mission de ces tiers est d'alerter le juge en cas de menace pour les intérêts du mineur associé. Toutefois, la décision du juge reste subordonnée à l'existence d'une opposition d'intérêts entre le mineur et ses représentants légaux (1) et les dispositions législatives actuelles permettent de faire douter de l'efficacité du dispositif (2).

1) Une représentation subordonnée à l'existence d'une opposition d'intérêt

215. L'entrée du mineur non émancipé dans une société n'est pas sans danger et le risque d'une mise en danger de ses intérêts est particulièrement présent, la plupart des décisions étant prises par ses représentants légaux.

Cette difficulté sera d'autant plus à craindre lorsque les parents sont également associés puisque « le fait que les parents soient de surcroît personnellement associés de la société ne modifie pas la question de la représentation du mineur »⁵⁰⁸ mais ce risque « prend une dimension particulière lorsque le mineur concerné par l'opération d'apport en société est âgé de moins de seize ans »⁵⁰⁹. Comme le prévoit l'article 386-1 du Code civil les administrateurs légaux bénéficient d'un droit de jouissance légale sur les biens de leur enfant mineur jusqu'à ses seize ans. Ils pourront à ce titre « utiliser et percevoir les fruits et revenus des biens appartenant au mineur »⁵¹⁰. Une telle situation peut justifier la désignation d'un administrateur *ad hoc* puisque « les parents sont conduits à accepter que leur enfant soit intégré dans une société alors qu'ils sont susceptibles de retirer les fruits et revenus issus de cette association »⁵¹¹. Pour certains, le fait que les parents soient associés au sein de la même société que leur enfant justifie la désignation d'un administrateur *ad hoc*⁵¹² notamment lorsqu'il sera question de vendre le bien immobilier détenu par la SCI⁵¹³. Dès lors que le gérant ne dispose pas du pouvoir statutaire de passer un tel acte pour le compte de la société, il devra être autorisé par les associés réunis en assemblée. Le décret du 22 décembre 2008 classe la vente d'un actif immobilisé parmi les actes de disposition pouvant être regardés comme des actes

⁵⁰⁸ Avis du Comité de coordination du registre du commerce et des sociétés n° 2013-010 du 27 mars 2013, p.3.

⁵⁰⁹ F.JULIENNE, *art.préc.*, n° 18.

⁵¹⁰ Y.BUFFELAN-LANORE et V.LARRIBAU-TERNEYRE, *op.cit.*, n° 1124.

⁵¹¹ F.JULIENNE, *art.préc.*, n° 18.

⁵¹² A. CATHELINÉAU-ROULEAU, *JCl*. Capacité des contractants- Mineurs, fasc.8-20

⁵¹³ Cridon Sud-Ouest, question n° 2257.

d'administration selon les circonstances de l'espèce. Lorsque le vote est regardé comme un acte de disposition, l'accord des deux parents est exigé (en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale). Il est alors considéré que si les deux parents sont associés et/ou gérant de la SCI, ces derniers sont en opposition d'intérêts avec le mineur. Un administrateur *ad hoc* devra être nommé.

Mais l'appréciation de ce risque ne doit pas se limiter à la constitution de la société, il peut se manifester en cours de vie sociale notamment lors de la prise de décision lors des assemblées.

216. Les parents devront donc être écartés lorsqu'il existe entre eux et leur enfant un conflit d'intérêt c'est-à-dire « lorsque l'enfant est victime de ses parents, ou même, plus largement, lorsque la protection des intérêts du mineur n'est pas complètement assurée par ses représentants légaux ou l'un d'entre eux »⁵¹⁴. Dans ce cas, l'administrateur *ad hoc* est le représentant ponctuel de l'enfant et un instrument de sa protection⁵¹⁵. En effet, l'article 383 alinéa premier du Code civil dispose que « lorsque les intérêts de l'administrateur légal unique ou, selon le cas, des deux administrateurs légaux sont en opposition avec ceux du mineur, ces derniers demandent la nomination d'un administrateur *ad hoc* par le juge des tutelles ». En tant que protecteur naturel de leur enfant, l'opposition d'intérêt entre celui-ci et ses parents apparaît comme une situation anormale. La nomination de l'administrateur *ad hoc* devra intervenir en cas d'opposition d'intérêts c'est-à-dire en cas d'intérêts divergeant. L'existence d'un conflit n'est en revanche pas nécessaire.

217. L'administrateur *ad hoc* sera désigné par le juge à la demande des représentants légaux, ou à défaut par le juge, à la demande du ministère public ou du mineur lui-même ou d'office⁵¹⁶. Quant à son choix, la préférence va aux personnes faisant partie de son entourage⁵¹⁷. De plus, dans l'hypothèse où l'administration légale est exercée

⁵¹⁴ Ph. BONFILS et A.GOUTTENOIRE, *op.cit.*, n° 1943.

⁵¹⁵ C.NEIRINCK, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs » *JCP G* 2000,I, 228.

⁵¹⁶ C.civ.,art. 383 al. 1^{er}.

⁵¹⁷ CPC art.1210-1 : « Lorsqu'en application des dispositions des articles 383 et 388-2 du code civil, la juridiction procède à la désignation d'un administrateur *ad hoc* et que dans l'intérêt de l'enfant, il est impossible de choisir celui-ci au sein de la famille ou parmi les proches du mineur, la juridiction peut désigner l'administrateur *ad hoc* parmi les personnes figurant sur la liste prévue à l'article R. 53 du code de procédure pénale ».

conjointement par les parents, l'article 383 alinéa 2 du Code civil permet au juge des tutelles lorsque les intérêts de l'un des deux administrateurs légaux sont en opposition avec ceux du mineur, d'autoriser l'autre à représenter l'enfant mineur pour un ou plusieurs actes déterminés.

S'agissant de sa mission, elle sera également précisée par le juge. Il devra représenter les intérêts du mineur mais sa nomination ne porte pas atteinte à l'autorité parentale, il accomplit une mission de représentation ponctuelle. En effet, il va se « substituer à l'administrateur légal uniquement dans le domaine où existe l'opposition d'intérêt »⁵¹⁸ et pour l'exercice de sa mission il bénéficie des pouvoirs accordés aux représentants légaux⁵¹⁹. Donc depuis le 1^{er} janvier 2016 et la disparition de l'administration légale pure et simple et celle sous contrôle judiciaire, les pouvoirs de l'administrateur *ad hoc* sont ceux d'un administrateur légal. Il n'existe cependant pas de véritable statut de l'administrateur *ad hoc*.

218. L'opposition d'intérêt est donc la condition qui justifie la nomination d'un administrateur *ad hoc*. Or, il n'existe pas de définition légale de l'opposition d'intérêt. Cette notion est alors laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation effectue quant à elle un contrôle de motivation et de qualification des faits. Cette absence de définition est pour partie légitime, « une définition risquant de figer une notion volontairement floue »⁵²⁰. Toutefois, au regard d'une jurisprudence récente il semble que cette opposition d'intérêt soit largement entendue par les juridictions. En effet, pour la Cour de cassation « même fondée sur l'article 383, la demande de désignation d'un administrateur *ad hoc* peut s'appuyer sur une divergence d'intérêts extrapatrimoniaux »⁵²¹. En l'espèce, deux enfants mineurs avaient sollicité par l'intermédiaire de leur avocat la désignation d'un administrateur *ad hoc* ayant appris que leur mère seule administratrice légale avait entrepris des démarches afin de vendre l'appartement qui dépendait de la succession de leur père et dans lequel ils souhaitaient retourner vivre avec leur belle-mère. La mère, qui entretenait de mauvaises relations avec ses enfants fit appel de cette décision qui fut confirmée par la cour d'appel de Paris. Elle forma alors un pourvoi en cassation. Elle soutenait qu'une telle désignation ne

⁵¹⁸ Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *op.cit.*, n° 1126.

⁵¹⁹ Cass.1^{er} civ. 8 mars 1988, n° 86-16.153, *JurisData* n° 1988-000597.

⁵²⁰ I.MARIA, *Dr.fam.* 2019, comm.158.

⁵²¹ I.MARIA, *Dr.fam.* 2019, comm.158; Cass. 1^{er} civ., 20 mars 2019, n° 18-10.935: *JurisData* n° 2019-004210: *Def.* 2019, p.33, obs. J. COMBRET; *Gaz.Pal.* 2019, p.66, obs. L. DALIBERT.

pouvait reposer que sur la constatation d'intérêts patrimoniaux inconciliables entre elle, administrateur légal unique, et ses enfants mineurs et que pour caractériser le conflit d'intérêt la Cour aurait dû relever l'existence d'intérêts patrimoniaux contraires à ceux de ses enfants mineurs et ne pas simplement constater une divergence entre le souhait des mineurs de réintégrer l'appartement de leur père et sa volonté de le vendre. La Cour de cassation approuva la décision de la cour d'appel et rejeta le pourvoi. En effet, après avoir souligné l'existence de relations particulièrement tendues entre les mineurs et leur mère qui ont tout de même conduit à leur placement chez leur belle mère et « *une divergence entre le souhait des enfants de réintégrer l'appartement où ils résidaient avec leur père pour y vivre avec cette dernière (leur belle-mère) et la volonté de leur mère de s'opposer à ce projet en vendant ce bien, la cour d'appel en a souverainement déduit l'existence d'une opposition d'intérêts (...) justifiant la désignation d'un administrateur ad hoc pour le règlement de la succession (...)* ».

Donc « rien ne limite l'opposition d'intérêts aux seuls conflits d'ordre patrimonial »⁵²², le juge des tutelles doit être vigilant et observer les relations qu'entretiennent les enfants avec leurs administrateurs légaux. Désormais, la volonté des enfants mineurs doit être prise en compte.

219. Toutefois, la désignation d'un administrateur *ad hoc* ne se justifie pas seulement en cas de risque de conflits entre les parents et leur enfant. Pour la jurisprudence, sa nomination peut intervenir en cas de mésentente parentale qui peut nuire à l'intérêt de l'enfant. Telle est la solution retenue par la cour d'appel de Dijon⁵²³ dans une décision du 12 octobre 2016 en matière civile. Cette solution avait cependant déjà été envisagée : « une telle nomination pourrait être systématique lorsqu'il existe un conflit entre les représentants légaux à propos de l'enfant. En effet, cette situation implique une opposition d'intérêt entre l'enfant et ses parents puisque du fait de leur conflit la représentation du mineur ne peut être assurée »⁵²⁴. Mais une telle solution avait été envisagée par une cour d'appel⁵²⁵. En l'espèce, plusieurs sociétés civiles avaient été constituées entre un couple et leurs deux enfants mineurs. Le juge des tutelles rejeta la demande de leur père tendant à voir ordonner le débloqué de fonds consignés auprès

⁵²² J. COMBRET, *art. préc.*

⁵²³ CA Dijon, 3^e ch. civile, 12 Octobre 2016, n°16-00591.

⁵²⁴ Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *op. cit.* n° 1110, p.663.

⁵²⁵ CA Lyon, 6^e chambre, 20 avril 2011, n° 10/03491.

d'un notaire, provenant du prix de vente de biens donnés en nue-propiété aux enfants et les affecter dans les comptes courant d'associés de ces derniers afin de rembourser l'arriéré, les frais hypothécaires et un découvert bancaire. L'ordonnance désigna également un administrateur *ad hoc* chargé de représenter les intérêts des enfants mineurs dans toutes les assemblées ou opérations concernant les SCI. Le père interjeta appel. S'il n'est pas opposé à la désignation d'un administrateur *ad hoc*, il demande toutefois à la cour d'infirmier l'ordonnance et d'ordonner le déblocage des fonds. La mère quant à elle soutenait que l'endettement de la SCI résultait d'une mauvaise gestion du père : les deux appartements, propriété de la société, dont l'un été occupé par le père des enfants, ne produisait pas de revenus locatifs suffisants. La cour, confirma la désignation de l'administrateur *ad hoc* « *dans la mesure où le conflit d'intérêt entre les époux en instance de divorce a une incidence sur celui des enfants dont les intérêts patrimoniaux propres sont en jeu. Une représentation des enfants mineurs distincte de celle de leurs représentants légaux est donc nécessaire* ».

Bien que la notion d'opposition d'intérêt soit entendue assez largement par la jurisprudence, il est toutefois permis de douter de l'efficacité de la nomination de l'administrateur *ad hoc*.

2) Une représentation cependant peu efficace

220. Bien qu'une opposition d'intérêt soit caractérisée, la nomination d'un administrateur *ad hoc* n'exclue pas les parents de l'enfant totalement puisque ces derniers pourront s'opposer à la décision de cet administrateur. Telle est la solution posée par la Cour de cassation⁵²⁶. En l'espèce, un enfant mineur sous administration légale avait bénéficié d'un legs portant sur deux appartements. Le père de l'enfant saisit le juge des tutelles qui désigna un administrateur *ad hoc* avec pour mission « de déterminer si le legs est conforme à l'intérêt du mineur et, dans l'affirmative, de l'accepter, de prendre toutes dispositions pour régler les droits de succession et de gérer les fonds versés au mineur ». Sans succès, la mère fit appel de cette ordonnance. Quelques années plus tard, le juge des tutelles autorisa l'administrateur *ad hoc* à accepter le legs. A nouveau la mère fait appel de cette décision mais l'appel, considéré comme tardif, sera rejeté. En effet, la cour d'appel de Poitiers considère que les parents,

⁵²⁶ Cass. 1^{er} civ., 3 octobre 2018, n° 17-27510, en° 2018-016933 : *Gaz. Pal.* 2019, p.70, note M. BRUGGEMAN.

ont en raison de la désignation d'un administrateur *ad hoc*, ont perdu leur droit d'agir pour le compte de leur enfant mineur et qu'alors, l'ordonnance du juge n'avait pas à leur être notifiée et qu'ils ne pouvaient interjeter appel que dans les quinze jours de la décision. La mère forma alors un pourvoi en cassation. La haute juridiction casse l'arrêt pour violation de l'article 1180-16 du Code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n° 2016-185 du 23 février 2016, ensemble les articles 1180-18, 1239 et 1241-1 du même code. La Cour rappelle que l'ordonnance du juge des tutelles devait être notifiée aux parents malgré la désignation d'un administrateur *ad hoc* et qu'en l'absence de cette notification, le délai pour interjeter appel n'avait pas commencé à courir.

Les praticiens doivent alors être attentifs dès lors qu'un administrateur *ad hoc* sera désigné pour assurer la protection d'un mineur soumis au régime de l'administration légale. A cette fin, certains⁵²⁷ conseillent alors au notaire de s'assurer que la décision du juge qui autorise la réalisation d'un acte ou l'acceptation d'une succession ait bien été notifiée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception aux parents, y compris en cas d'administration légale conjointe lorsque l'un des parents se voit attribuer le rôle d'administrateur *ad hoc*. D'autres précisent que « le certificat de non-recours devra viser l'ensemble des personnes concernées et pas le seul administrateur *ad hoc* afin d'être certain qu'il n'y a plus de recours possible »⁵²⁸.

Cette décision montre bien les limites du recours à un administrateur *ad hoc* : la nomination de ce dernier n'évince pas totalement les parents de l'enfant. Donc si les circonstances le justifient, l'ouverture d'une tutelle peut alors être envisagée.

B. L'exclusion durable des représentants légaux : l'ouverture d'une tutelle aux biens

221. La tutelle doit rester un régime exceptionnel qui et ne doit être ouverte qu'en dernier recours. Avant que le juge ne transforme une administration légale en tutelle, il dispose d'une palette d'outils : « le juge a le choix des remèdes »⁵²⁹. En effet, en cas d'atteinte aux intérêts de l'enfant mineur, le juge a la possibilité de personnaliser le fonctionnement d'une administration légale en renforçant son contrôle sans pour autant modifier le régime de protection.

⁵²⁷ N. PETERKA, *JCP N* 2019, 1116.

⁵²⁸ J. COMBRET, *Def.* 2019, p.25.

⁵²⁹ I. MARIA et G. RAOUL-CORMEIL, « La nouvelle administration légale : 1+1=1 ? » *Dr. fam.* 2016, dossier 4.

222. Le droit des sociétés traite peu du mineur qui est alors considéré comme n'importe quel associé et depuis le premier janvier 2016 le parent exerçant seul l'autorité parentale s'est vu attribué de larges pouvoirs concernant la gestion du patrimoine du mineur. Il peut désormais effectuer seul tous les actes de disposition, ce qui facilite la représentation du mineur et rend rare le contrôle du juge. Cependant, le contrôle du juge pourrait être rétabli. En effet, en cas de doute sur les compétences ou les motivations de l'administrateur légal, les tiers peuvent alerter le juge qui peut se saisir d'office afin qu'un contrôle renforcé soit instauré⁵³⁰. Un dispositif d'alerte a été mis en place « afin de mieux préserver les intérêts du mineur pour que soient portés à la connaissance du juge toutes les situations à risque. Ce dispositif permet d'éviter que l'absence de contrôle systématique du juge puisse nuire au mineur »⁵³¹. Ainsi certains actes pourront être soumis à l'autorisation du juge « s'il l'estime indispensable à la sauvegarde des intérêts du mineur » alors que les textes ne le prévoient pas expressément. Toutefois, ce contrôle judiciaire facultatif pourrait être un peu tardif et, comme le souligne un auteur, si « on peut sans doute se féliciter que le déficit de contrôle en amont de l'acte, dans l'administration unilatérale, soit compensé par l'organisation d'un contrôle en aval de ce dernier, susceptible de s'appliquer à tous les administrateurs légaux, pour autant, il est à craindre que la mise en place d'un tel dispositif ne soit décidée qu'une fois le dysfonctionnement de l'administration légale dénoncé par les tiers (C. civ., art. 387-3, al. 2 créé). Un tel contrôle paraît d'autant moins propre à assurer la « *sauvegarde des intérêts du mineur* » que l'établissement de l'inventaire ainsi que la vérification de la gestion de l'administrateur demeurent facultatifs »⁵³².

Cependant, il n'est pas certain que ce mécanisme suffise puisque concernant le droit des sociétés peu d'actes restent soumis à l'autorisation du juge alors que d'autres, pouvant avoir de graves conséquences, échappent à son contrôle. En effet, pour le législateur la souscription d'un emprunt au nom du mineur est un acte considéré comme assez grave pour que l'autorisation du juge soit nécessaire. En revanche, selon une jurisprudence constante, dès que l'emprunt est souscrit par une société à laquelle un mineur est associé cette autorisation disparaît. L'écran de la personne morale permet une

⁵³⁰ C. civ., art. 383.

⁵³¹ S. MAUCLAIR, « De la rénovation des mécanismes de protection des intérêts de l'enfant mineur par l'ordonnance du 15 octobre 2015 », *RJPF* 2015-12/7.

⁵³² N. PETERKA, « Déjudiciarisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs- A propos de l'ordonnance du 15 octobre 2015 », *JCP G*, 2015, 1160,

modification des règles mais ne fait pas pour autant disparaître le caractère dangereux de l'emprunt. Bien que le nouvel article 385 du Code civil impose à l'administrateur légal et aux administrateurs légaux « d'apporter dans la gestion des biens du mineur des soins prudents, diligents et avisés » la participation à l'activité sociale impose aux associés d'en respecter les règles. Bien que la société acquière la personnalité morale lors de son immatriculation, elle naît lors de la conclusion des statuts. L'article 1835 du Code civil précise que les statuts doivent être établis par écrit mais ils peuvent prendre la forme d'un acte authentique⁵³³ ou sous seing privé. Le passage devant le notaire n'est donc pas systématique. Dans ce cas, l'alerte peut être donnée lorsque la société recourt à l'emprunt, par le banquier.

De plus, aucune mesure de publicité concernant la décision du juge n'est prévue ce qui ne rassure pas les praticiens et qui peut avoir de lourdes conséquences sur la validité d'un acte et la responsabilité du rédacteur. Par conséquent, avant de procéder à un acte pour le compte du mineur, les notaires devront interroger le greffe du tribunal judiciaire pour savoir si le juge n'a pas soumis à son contrôle d'autres actes⁵³⁴.

Malgré l'existence de ces différents dispositifs, lorsque ces mesures ne suffisent pas, une solution plus radicale peut être mise en place : l'ouverture d'une tutelle aux biens.

223. L'article 391 alinéa premier du Code civil prévoit qu' « en cas d'administration légale, le juge des tutelles peut, à tout moment et pour cause grave, soit d'office, soit à la requête de parents ou alliés ou du ministère public décider d'ouvrir la tutelle après avoir entendu ou appelé, sauf urgence, l'administrateur légal ». Néanmoins, le juge ne pourra décider d'ouvrir une tutelle qu'après avoir entendu le ou les administrateurs légaux. Depuis la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 c'est le juge aux affaires familiales qui exerce les fonctions de juge des tutelles des mineurs et sera compétent, le juge des tutelles du lieu de résidence habituelle du mineur⁵³⁵.

Toutefois, l'ouverture d'une tutelle en application de l'article 391 du code civil est sans effet sur l'autorité parentale car il est admis en doctrine comme en jurisprudence que la

⁵³³ C. civ., art. 1835 : « Le passage devant un notaire est obligatoire lorsqu'est apporté un bien soumis à publicité foncière » M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés* 2016, 29^e éd., n° 219, p.104.

⁵³⁴ J. COMBRET et N. BAILLON-WIRTZ, *op.cit.*, n° 18.

⁵³⁵ CPC art., 1211.

tutelle est limitée à la gestion des biens du mineur⁵³⁶. Par conséquent, les père et mère continuent d'exercer l'autorité parentale mais ils ne peuvent plus assurer la représentation de leur enfant, la décision du juge se justifiant par une carence des parents dans la gestion des biens de leur enfant.

224. Lorsqu'une tutelle sera ouverte le juge des tutelles convoquera le conseil de famille qui pourra nommer comme tuteur soit l'administrateur légal soit un tiers⁵³⁷.

Dans ce cas, la représentation du mineur sera assurée par le tuteur qui pourra accomplir seul les actes conservatoires et d'administration nécessaires à la gestion du patrimoine du mineur⁵³⁸. En revanche, les actes de disposition devront être autorisés par le conseil de famille ou à défaut par le juge⁵³⁹. Les pouvoirs du tuteur seront plus faciles à vérifier. Mais comme le souligne certains, « la lourdeur du fonctionnement d'un conseil de famille conduit souvent les juges des tutelles mineurs à recourir, de préférence à l'ouverture de la tutelle, à la désignation d'un administrateur *ad hoc*, lequel, même en l'absence de contradiction d'intérêts entre le parent et le mineur, viendra, pour certains actes déterminés par le juge, suppléer l'administrateur légal défaillant »⁵⁴⁰. L'ouverture d'une tutelle n'est cependant pas définitive⁵⁴¹.

⁵³⁶ En jurisprudence : Cass., avis, 24 mars 2014, n° 13-70.010 : *RTD Civ.* 2010, p. 336, obs. J. HAUSER ; En doctrine : P.BLONDY et G.MORIN, Réforme de la tutelle et de l'administration légale, t.1, Répertoire du notariat *Deffrénois* 1972, 3^e éd., n° 167.

⁵³⁷ C.civ., art. 391 al.2. Comme le prévoit l'article 405 du Code civil, « le conseil de famille peut décider que l'exercice de la tutelle sera divisé entre un tuteur chargé de la personne du mineur et un tuteur chargé de la gestion de ses biens (...) ». En cas de défaillance de l'administrateur légal la désignation d'un tiers concernant la gestion des biens sera préférable. La cour d'appel de Bordeaux est venue préciser que malgré des négligences de la mère administratrice légale ayant conduits à la dilapidation d'une partie de l'héritage paternel, qui constitue une raison suffisante pour envisager la mise en place d'une mesure de protection, la mère reste chargée de la personne du mineur cette dernière n'ayant pas manifestée un désintérêt total à son égard : CA Bordeaux 3^e chambre civile, 17 mai 2017, n° 16/02447, *JurisData* n° 2017-009797 : *Dr.fam.2017*, comm.214, note I. MARIA

⁵³⁸ C.civ., art 504 al.1^{er}.

⁵³⁹ C.civ., art 505 al.1^{er}.

⁵⁴⁰ H. MORNET, *AJ fam.* 2014, p. 372, obs. sous Cass., avis, 24 mars 2014, n° 13-70.010.

⁵⁴¹ CA Versailles, 2^e ch., sect. 1, 28 mai 2015, n° 15/01524, *JurisData* n° 2015-013363 : suite au décès de son père, une enfant mineure se trouva héritière de deux immeubles procurant des revenus locatifs. Une tutelle aux biens avait été ouverte au motif que sa mère administratrice légale sous contrôle judiciaire « opérait une confusion entre ses dépenses personnelles et celles afférentes à la gestion et l'entretien des immeubles appartenant à la mineure ». Quelques années après, le juge prononça la mainlevée de la

Conclusion du chapitre 2 :

225. Les parents du mineur associé sont donc chargés d'assurer sa protection que ce soit lors des formalités de constitution de la société ou en cours de vie sociale. Mais cette mission de protection qui leur est confiée passe également par l'association du mineur au projet de constitution dans la mesure où son âge et son degré de maturité le permettent.

Toutefois, dans certaines circonstances cette mission de protection peut leur être retirée. Tout d'abord par le second parent titulaire de l'autorité parentale ayant constitué une société avec un ou plusieurs enfants mineurs. En effet, la défiance du parent associé à l'égard de l'autre peut motiver la prise de dispositions permettant d'anticiper les conséquences d'un décès et permettre l'exclusion du parent survivant de la gestion des parts sociales transmises. Pour y parvenir, différentes techniques sont offertes par le législateur et il apparaît que la rédaction d'un testament contenant une clause d'exclusion de l'administration légale permettra d'atteindre cet objectif. Ensuite, par le juge, soit de manière ponctuelle, avec la désignation d'un administrateur *ad hoc* en cas d'opposition d'intérêts entre le mineur et ses administrateurs légaux, soit de façon durable avec l'ouverture d'une tutelle aux biens lorsque la protection des intérêts du mineur n'est plus complètement assurée par ses représentants légaux.

tutelle, estimant que sa mère apparaissait en capacité de gérer les biens de sa fille. La grand-mère paternelle releva appel de cette décision. Cependant, pour la cour d'appel de Versailles⁵⁴¹ la mesure de tutelle n'est plus justifiée, la mère administratrice légale apparaissant apte à préserver les intérêts matériels de sa fille mineure : la cour relève tout d'abord que la mère « est en relation étroite avec le tuteur aux biens et veille particulièrement à la conservation du patrimoine de sa fille ». Ensuite, que le tuteur aux biens a lui-même reconnu, lors d'un conseil de famille d'un part, que la mère présentait la capacité nécessaire pour gérer les comptes de sa fille et d'autre part, qu'il avait été désigné en vue d'apaiser le conflit important qui opposait la mère aux grands-parents paternels plus qu'en raison d'un problème de gestion.

Conclusion de la première Partie

226. La protection de l'associé mineur lors de la constitution de la société est donc tributaire de la combinaison des règles du droit des mineurs et plus particulièrement celles de la représentation avec les règles du droit des sociétés. Il est indispensable de parvenir à un équilibre afin de faire bénéficier l'associé mineur d'une protection qui lui fait défaut, qu'il s'agisse de le protéger contre les règles du droit des sociétés, dans certains cas, ou à l'inverse, contre les règles de l'administration légale, qui donnent aux parents des pouvoirs importants.

227. Lorsque la société est pensée avec le mineur, ses parents peuvent tirer profit des avantages du recours à la forme sociétaire que ce soit pour permettre la transmission du patrimoine familial ou pour faire profiter les associés des avantages qui découlent de la naissance de la personnalité morale. Ce paravent permet notamment de concéder certains avantages sans que la qualification de donation ne soit retenue.

La société familiale est donc bien souvent un véritable support de stratégie patrimoniale et familiale. Elle n'en demeure pas moins une véritable société soumise au droit commun et au droit spécial des sociétés qui imposent une certaine rigueur (le respect des règles comptables et juridiques, l'obligation pour le gérant de rendre compte de sa gestion). De même, à compter de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés, elle devient un véritable sujet de droit indépendant des personnes qui la composent et la situation personnelle de l'associé mineur est donc sans incidence sur le groupement. Cette logique du droit des sociétés, qui ne se préoccupe pas de la situation de minorité d'un associé, génère un certain nombre de risques pour le mineur, qu'il faut essayer de circonscrire, spécialement celui tenant à sa responsabilité. En effet, aucune mesure législative particulière ne vise à restreindre cette responsabilité du mineur associé, or, lorsque sa participation se fait au sein d'une SCI, société familiale par excellence, cette responsabilité est illimitée. Certes, la jurisprudence fait peser sur les tiers de lourdes obligations pour pallier ce manque de protection par le législateur mais la liberté statutaire vient aussi et surtout permettre la mise en place de mesures de protection indispensables à cet associé vulnérable.

228. La protection de l'associé mineur pourra ainsi se faire grâce à la liberté statutaire qu'offre le droit des sociétés et ce sera donc aux parents, aux rédacteurs des statuts, d'anticiper les conséquences de sa participation. Lorsque la société est conçue avec le

mineur, bien que le droit des sociétés soit quasiment muet sur cet associé particulier, il permet cependant à ses représentants d'envisager certaines clauses qui permettront de compenser cette absence de protection par les textes.

229. Ainsi, si, à première vue, la supériorité des règles de fonctionnement de la société, notamment lorsque celle-ci a recours à l'emprunt, sur celles de l'administration légale, peut porter préjudice à l'associé mineur, la liberté statutaire qu'offre le droit des sociétés permet de rétablir un certain équilibre notamment en prévoyant dans les statuts que le gérant obtienne la renonciation de la banque à poursuivre le mineur.

230. Si les règles de fonctionnement de la structure qu'il intègre peuvent parfois nuire au mineur, celles de la représentation ne sont pas non plus sans conséquences. En effet, peu d'actes concernant le droit des sociétés, sont à l'heure actuelle soumis à l'autorisation préalable du juge des tutelles. Si, lorsque l'autorité parentale est conjointe, la réalisation des actes les plus graves, ceux qualifiés d'acte de disposition, nécessite l'accord des deux parents et si, en cas de désaccord le juge intervient pour la réalisation de l'acte, en revanche, lorsque l'autorité parentale est unilatérale, l'administrateur représentera seul le mineur. Cette souplesse, permise par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016 portant simplification et modernisation du droit de la famille, ne se traduit pas forcément par un manque de protection mais laisse à l'administrateur légal une grande liberté.

Quelle que soit les modalités d'exercice de l'autorité parentale, cette liberté sera d'autant plus grande lorsque vient se superposer à cette qualité celle de gérant. En effet, cette souplesse additionnée à celle permise par le droit des sociétés permettra d'attribuer au parent gérant de larges pouvoirs supprimant ainsi toute représentation de l'associé mineur.

Toutefois en cas de défaillance des administrateurs légaux ou de défiance du parent associé à l'égard de l'autre administrateur, le législateur offre différents systèmes ayant pour finalité leur exclusion définitive ou seulement ponctuelle mais leur efficacité semble relative. En effet, l'intervention du juge dépendra de la vigilance des tiers ou du second parent titulaire de l'autorité parentale mais apparaît tardive.

231. Lors de la constitution de la société mais plus largement lorsque la société est pensée avec le mineur, il est ainsi possible de rééquilibrer la situation afin que le droit

des sociétés n'anéantissent pas complètement la protection mise en place dans le cadre d'une gestion ordinaire de ses biens, en raison de sa vulnérabilité.

En revanche, lorsque la minorité d'un associé n'est pas envisagée, son intégration semble délicate., c'est ce que nous envisagerons dans notre seconde partie.

PARTIE II : LA SOCIÉTÉ CONFRONTÉE À L'ARRIVÉE DU MINEUR

232. Il arrive qu'un mineur perde l'un de ses parents auquel il est donc appelé à succéder. La présence d'un héritier mineur venant aux lieu et place de leur auteur associé est alors subie par les autres associés. En effet, le mineur pourra être amené à faire partie d'une société déjà constituée, par l'acquisition de droits sociaux par la voie successorale. Cette arrivée surprise peut notamment être le résultat de dispositions statutaires favorisant le maintien du caractère familial de la société.

A certaines exceptions près, le législateur n'envisage pas particulièrement cette situation. La présence de ce nouvel associé n'est traitée que pour certaines formes sociales (SNC et société en commandite) en raison du risque de dissolution que sa présence peut provoquer. Pour les autres formes, et bien que sa présence ne soit pas sans risques, son arrivée en cours de vie sociale comme lors de la constitution de la société n'est pas interdite par les textes. Ainsi, l'absence de dispositions légales particulières rend délicate la gestion de l'intégration du mineur qui, bien que pouvant s'avérer perturbante, peut néanmoins être acceptée par les associés (Titre I). La combinaison du droit de la minorité et du droit des sociétés soulève à nouveau certaines difficultés et impose parfois une évolution de la société.

233. L'anticipation reste alors le moyen le plus efficace pour éviter l'entrée de cet intrus dans la société. Il est en effet plus facile de répondre à une situation de crise lorsqu'elle a été prévue. L'arrivée du mineur entraîne certains bouleversements et le droit positif met à la disposition des rédacteurs des statuts des outils pouvant empêcher son entrée dans la société ou permettant d'imposer sa sortie. L'anticipation statutaire permet ainsi la mise à l'écart de la société de l'héritier mineur en excluant purement et simplement son entrée dans la société (Titre 2). Le droit des sociétés manifeste ici sa supériorité.

TITRE I : Une arrivée acceptée

234. Le législateur laisse à la disposition des associés le soin de pouvoir choisir qui leur succédera au sein de la société. La plupart du temps, l'entrée des héritiers ne se fait pas de plein droit et le décès d'un associé peut être une cause de dissolution de la société dans certaines formes sociales. Lorsque la poursuite de l'activité sociale n'est pas expressément prévue par les textes, le législateur laisse toutefois la possibilité aux associés de l'organiser et de maintenir ainsi le caractère familial de la société (Chapitre 1).

235. Toutefois, si les conséquences d'un décès peuvent être anticipées, l'événement ne peut l'être. Il se peut donc que le bénéficiaire soit un enfant mineur et son incapacité peut être source de difficultés au sein de certaines formes sociales. Lorsqu'est fait le choix d'intégrer le mineur malgré son incapacité, celle-ci conduit à une évolution de la société (Chapitre 2).

CHAPITRE I : L'arrivée perturbatrice du mineur en cours de vie sociale

236. Lorsque la société n'a pas été conçue dès le départ avec le mineur, son arrivée peut être perturbatrice. Le maintien du caractère familial de la société passe par la possibilité pour les associés de pouvoir choisir qui leur succédera au sein de la société et d'organiser l'entrée de leur enfant qui peut être mineur dans la société. Cependant, l'incapacité de ce dernier peut être un obstacle à son entrée dans la société et être source de difficultés.

Après avoir identifié les conditions dans lesquelles un mineur peut acquérir la qualité d'associé (section 1) nous verrons qu'elles sont les difficultés qui en découlent (section 2).

Section 1 : L'arrivée du mineur

237. Lorsqu'un associé souhaite transmettre ses parts sociales, le législateur n'impose pas de procédure d'agrément. C'est aux statuts de l'imposer ou non. Donc, en l'absence d'une telle clause dans les statuts, les parts sociales sont des biens qui vont faire partie de la succession de l'associé décédé et lorsque cette dernière aura été acceptée l'héritier deviendra associé de plein droit. Un mineur peut alors devenir associé par application des règles du droit civil (§1).

Les statuts peuvent également contenir une clause de continuation de la société avec les héritiers de l'associé décédé. Dans ce cas, lorsqu'aucune clause d'agrément n'est prévue le mineur héritier des parts sociales deviendra associé de plein droit. Un mineur peut devenir associé en cours de vie sociales par application des règles issues du droit des sociétés (§2).

§1 : Acquisition de la qualité d'associé en cours de vie sociale par application des règles du droit civil : le rôle des représentants légaux

238. En principe, les biens que reçoit le mineur à titre gratuit sont comme tous les autres soumis à l'administration légale des père et mère. Un enfant mineur peut devenir associé suite à une transmission à titre gratuit.

Ce sera donc aux représentants légaux du mineur d'assurer la représentation de ce dernier lorsqu'il devient associé que ce soit par voie de donation (A) ou de succession (B).

A) Le mineur associé par voie de donation

239. Un enfant mineur peut devenir associé par voie de donation de parts sociales (1) mais cette donation n'emporte pas transmission automatique du compte courant créditeur du donateur (2).

1) La donation des parts sociales

240. Toutes les parts sociales peuvent être transmises par donation à l'exception de celles représentant des apports en industrie⁵⁴². Un mineur peut devenir associé après donation de parts sociales mais les textes ne font pas de distinction selon que la participation future du mineur entraîne une responsabilité indéfinie ou non aux dettes sociales, ce qui pour certains paraît regrettable⁵⁴³. En effet, le risque de voir sa responsabilité largement engagée est différent selon que la donation porte sur des parts de SARL ou de société civile.

L'acquisition de la qualité d'associé par donation n'est pas abordée par le Code civil et l'ordonnance du 15 octobre 2015 reste muette à ce sujet. Il faut donc se référer aux articles 382 et 382-1 du code civil qui, pour ce dernier, fait référence à l'article 496 du Code civil qui renvoie au décret du 22 décembre 2008. Celui-ci fait une distinction entre l'acceptation d'une donation (ou d'un legs) sans charge considérée comme un acte d'administration qui peut donc être effectuée par chacun des administrateurs légaux ou

⁵⁴² Mémento Francis Lefebvre, *Droit de la famille*, 2016-2017, n° 62705, p. 666.

⁵⁴³ S. LACROIX-DE SOUSA, *art. préc.*, n°35.

par l'administrateur légal seul et l'acceptation d'une donation (ou d'un legs) avec charge qui constitue un acte de disposition. Dans ce cas, l'autorisation du juge n'est plus nécessaire pour son acceptation. Depuis le 1^{er} janvier 2016 l'administrateur unique pourra seul l'accepter alors que, comme auparavant, en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale, l'accord des deux administrateurs légaux sera indispensable. Les présomptions posées par la première annexe du décret sont irréfragables.

241. La difficulté qui se présente concerne la donation portant sur les parts sociales de société à responsabilité illimitée. En effet, la question qui se pose est la suivante : la donation de parts de société à responsabilité illimitée constitue-t-elle une donation avec charge ?

En l'absence de jurisprudence sur ce point la doctrine est partagée sur la qualification de charge au regard de la portée de l'engagement, de la responsabilité personnelle des associés en cas de défaillance de la société. La plupart des auteurs s'appuyant sur la définition de la notion de charge rejettent cette qualification : « la charge s'analyse comme une stipulation de la donation et non comme des contraintes liées aux applications des dispositions législatives »⁵⁴⁴. Pour d'autres, la qualification de charge devrait être retenue notamment lorsque la société aura emprunté des sommes importantes avant la donation. En effet, pour ces derniers, « il semble pourtant de simple bon sens que cette donation devrait être considérée comme une donation avec charge »⁵⁴⁵.

242. La responsabilité attachée à la qualité d'associé résulte de la loi : il s'agit d'une conséquence de la participation de l'associé à la vie sociale. Ainsi, il semble que la qualification d'acte d'administration doit être retenue. D'autres ont une approche plus nuancée estimant que la qualification d'acte de disposition devrait s'imposer afin de faire « prévaloir l'esprit des textes qui visent à protéger les intérêts patrimoniaux contre une atteinte trop grave, comme c'est le cas dans le cadre des donations de parts de

⁵⁴⁴ F.JULIENNE, *art. préc.*, p. 201. Dans le même sens, H. HOVASSE, A GAUDEMET, *Incapacités et sociétés, Actes pratiques et ingénierie sociétaire 2012*, 26°, p.8 : « La responsabilité personnelle des associés d'une société civile résulte de la nature même des parts sociales : elle n'est pas une création contractuelle trouvant sa source dans la donation » ; M-H. MONSERIE-BON, « Personnes protégée : une articulation entre droit des sociétés et droit civil non satisfaisante » *RLDC* 2013, n°103, p.63.

⁵⁴⁵ G.CREMONT et H.LENOUVEL, « La constitution du patrimoine d'une personne vulnérable par le biais d'une société civile immobilière », *RJPF* 2006, n° 5.

sociétés à responsabilité illimitée »⁵⁴⁶. Bien que l'existence d'un passif social ne puisse être assimilé à une charge, la qualification d'acte de disposition devrait être retenue afin d'assurer la protection la plus lourde en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale.

La distinction peut paraître aujourd'hui sans intérêt lorsque l'administration légale n'est exercée que par un seul des parents. Quelle que soit la qualification retenue, le parent pourra, seul, accepter une telle donation. En effet, l'autorisation du juge des tutelles n'est plus nécessaire alors qu'avant le 1^{er} janvier 2016 elle était indispensable en présence d'une administration légale sous contrôle judiciaire.

La qualification de donation avec charge étant exclue lorsque celle-ci porte sur des parts de société à responsabilité illimitée⁵⁴⁷, le ou les administrateurs légaux devront être attentifs à la « bonne santé de la société ». Néanmoins, pour assurer une protection suffisante du mineur, la qualification d'acte de disposition doit être retenue.

En ce qui concerne l'acceptation de la donation, lorsque l'administration légale est exercée conjointement, l'accord des deux parents sera indispensable. En revanche, lorsqu'elle ne sera exercée que par un seul, ce dernier sera libre de faire son choix. La règle est donc désormais plus contraignante dans les familles où l'autorité parentale est conjointe que dans les autres.

2) Le sort du compte courant d'associé de l'associé donateur

243. La donation de parts sociales n'emporte pas transmission du compte courant de l'associé donateur au bénéficiaire de cette donation, sauf disposition contraire. Telle est la solution posée par la Cour de cassation⁵⁴⁸: l'associé d'une SCI avait consenti à ses deux enfants une donation-partage portant notamment sur les parts de cette société. A son décès, son fils également gérant de la SCI avait renoncé à la succession. En revanche, sa fille soutenait en sa qualité de seule héritière qu'elle devenait propriétaire de la créance en compte courant d'associé de leur mère. Elle assigna la société et son frère pour que figure dans l'actif successoral le montant de ce compte courant et pour que soient rectifiés les écritures comptables de la société. Déboutée par la cour d'appel au

⁵⁴⁶ F. JULIENNE, *art. préc.*

⁵⁴⁷ 113^e Congrès des notaires de France, *Famille, Solidarité, Numérique : le notaire au cœur des mutations de la société*, Lille 17-20 septembre 2017, n° 1768, p. 295.

⁵⁴⁸ Cass.civ.3, 18 novembre 2009, n° 08-18.740, *JurisData* n° 2009-050354 : *BJS* 2010, p.241, note J.-P. GARCON.

motif que : après la donation, l'expert-comptable avait sur ordre de son frère, procédait dans les écritures au solde du compte courant en le ventilant au prorata des parts données à chacun par leur mère. Ainsi, au jour de la succession le compte courant était égal à zéro, de sorte que l'actif successoral ne pouvait comporter la somme déjà distribuée. Elle forma alors un pourvoi en cassation. La troisième chambre civile casse la décision au visa de l'article 1134 ancien du Code civil⁵⁴⁹. Pour cette dernière, la donation- partage ne portant que sur les droits d'associés sans autre précision, elle ne pouvait s'étendre au solde créditeur de son compte courant en l'absence de disposition en ce sens.

244. Les associés peuvent consentir des avances en compte courant qui sont regardés comme des prêts et remboursables à tout moment en l'absence de disposition contraire⁵⁵⁰. Dans ce cas, l'apporteur est à la fois associé et créancier de la société. Comme le souligne un auteur « les droits sociaux ne doivent pas en effet être confondus avec le compte courant d'associé. Alors que les premiers naissent du contrat de société lui-même, le second naît d'un prêt par l'associé à la société. Et même si le second ne se conçoit pas sans les premiers (comment concevoir un compte courant d'associé sans associé ?), ce lien de dépendance n'est qu'apparent, et non substantiel au point de traduire un rapport de principal à accessoire »⁵⁵¹.

Lorsqu'un associé souhaite faire donation de ses parts sociales mais aussi de son compte courant créditeur cette intention doit être expressément mentionnée dans l'acte.

Le mineur peut également devenir associé par voie de succession.

B) Le mineur associé par voie de succession

245. Au décès d'un associé laissant des enfants mineurs qui recueillent des parts de société dans la succession, ces derniers deviennent associés sauf clauses statutaires ou légales particulières, par le seul fait du décès⁵⁵².

L'article 768 du Code civil offre à tout héritier la possibilité d'accepter purement et simplement la succession, à concurrence de l'actif net ou d'y renoncer.

⁵⁴⁹Aujourd'hui devenu l'art.1103.

⁵⁵⁰ Cass. civ.3, 3 mai 2018, n° 16-16.558, *JurisData* n° 2018-007293.

⁵⁵¹R. MORTIER, *Dr. sociétés* 2010, comm.23.

⁵⁵² A.DELFOSSE, *Minorité et succession, Dr.et patrimoine* 1996, p.23.

Le mineur émancipé qui est capable de tous les actes de la vie civile, peut librement exercer l'option successorale. Le mineur non émancipé soumis à un régime de représentation ne pourra agir lui-même. Toutefois, la décision de ses représentants légaux devra être prise « au regard de l'endettement de la société et des perspectives de valorisation des parts sociales »⁵⁵³.

L'héritier, même s'il n'a pas la qualité d'associé a un intérêt légitime à connaître les comptes de la société. Pour exercer ses droits en tant qu'héritier, il doit connaître la valeur des parts. C'est pour cela que la société doit être en mesure de lui présenter les documents sociaux⁵⁵⁴.

246. L'article 387-1, 5° du Code civil prévoit, quelles que soient les modalités d'exercice de l'autorité parentale, que les administrateurs légaux ne peuvent sans l'autorisation préalable du juge des tutelles accepter purement et simplement une succession revenant au mineur. Cette solution s'applique également en cas de renonciation⁵⁵⁵. La renonciation à la succession exclut l'entrée de l'héritier mineur dans la société quelle que soit sa forme.

Avant le 1^{er} janvier 2016, lorsque l'administration légale était conjointe les parents pouvaient ensemble accepter purement et simplement une succession dévolue à leur enfant mineur⁵⁵⁶. Désormais, les administrateurs légaux ne peuvent plus, ensemble, accepter purement et simplement une succession revenant au mineur sans l'accord du juge. Il y a pour ces derniers un durcissement des modalités d'exercice de l'option successorale.

En revanche, concernant l'acceptation à concurrence de l'actif net, il convient de se reporter, comme en matière de donation de parts sociales, au décret du 22 décembre 2008. Celui-ci dans son annexe 1 colonne 1 classe ce type d'acte parmi les actes d'administration. Désormais, quelles que soient les modalités d'exercice de l'autorité parentale, l'administrateur légal pourra accepter une succession à concurrence de l'actif

⁵⁵³S. LACROIX-DE SOUSA, *art. préc.*, n° 39.

⁵⁵⁴ CA Pau, 2^e ch., I, 31 mai 2005, cahiers de jurisprudence d'Aquitaine et Midi-Pyrénées 2005-3, Pa.758, p.567. Société condamnée à communiquer : le bilan, le compte d'exploitation, le compte de pertes et profits et toute la liasse fiscale de chaque exercice depuis 1994 jusqu'au dernier exercice clôturé ainsi que les convocations et procès-verbaux des assemblées générales d'approbation des comptes sociaux depuis 1989 jusqu'au jour de l'action.

⁵⁵⁵ C. civ., art.387-1, 4°.

⁵⁵⁶ C. civ., art.389-5 ancien.

net. Ainsi, les autres associés peuvent se voir imposer la présence du nouvel associé mineur.

L'acceptation à concurrence de l'actif net, présentée comme l'une des trois branches de l'option successorale, intermédiaire entre l'acceptation pure et simple et la renonciation⁵⁵⁷, permet de limiter la responsabilité du mineur à l'égard des dettes sociales exigibles au jour du décès. L'acceptation à concurrence de l'actif net permet à l'héritier « de n'être tenu au paiement des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis » et « d'éviter la confusion de ses biens personnels avec ceux de la succession »⁵⁵⁸. Donc « le bénéficiaire d'inventaire limite le droit de poursuite des créanciers successoraux aux seuls biens successoraux, et les empêchent de poursuivre les autres biens dont le successeur est propriétaire »⁵⁵⁹.

247. Lorsqu'un enfant mineur se trouve héritier de parts de société civile, l'importance de son obligation à la dette fait peser sur son patrimoine un risque important et aucune disposition protectrice, malgré son incapacité, n'est prévue par le droit des sociétés.

Hormis l'hypothèse où le mineur se trouve héritier de parts de sociétés en nom collectif, le droit des sociétés ignore l'héritier mineur. Dans cette hypothèse, l'article L.221-15 alinéa 7 du Code de commerce prévoit qu'« en cas de continuation et si l'un ou plusieurs des héritiers de l'associé sont mineurs non émancipés, ceux-ci ne répondent des dettes sociales qu'à concurrence des forces de la succession de leur auteur ». L'héritier mineur ne sera pas personnellement obligé, il ne répondra des dettes sociales « qu'à concurrence de l'actif de la succession de son auteur »⁵⁶⁰. Cependant, une acceptation à concurrence de l'actif permettra d'obtenir un résultat équivalent : « le but recherché est de limiter l'obligation à la dette à un montant ne dépassant pas l'actif recueilli »⁵⁶¹.

Ainsi grâce aux conditions d'exercice de l'option successorale et ses conséquences, l'héritier de parts sociales et notamment de société civile se voit conférer une protection à l'égard des dettes sociales qui vient compenser l'absence de disposition protectrice en droit des sociétés.

⁵⁵⁷ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit des successions et des libéralités*, 7^e éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2016, n° 246 et s, p153.

⁵⁵⁸ Cciv.art.791, 3° et 1°.

⁵⁵⁹ Ch. JUBAULT, « Droit civil : les successions, les libéralités », 2^e éd. LGDJ 2010, n°1064, p.705

⁵⁶⁰ Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 20^e éd. Dalloz 2017, p.195, n° 191

⁵⁶¹ Ch. JUBAULT, *op.cit.*, n° 1063, p.704.

Cependant, lorsque l'entrée dans une société implique un engagement indéfini aux dettes sociales comme c'est le cas dans les sociétés civiles, une partie de la doctrine estime que cette entrée doit être soumise à l'accord du juge des tutelles⁵⁶².

L'acquisition de la qualité d'associé du mineur en cours de vie sociale peut également être permise par l'application du droit des sociétés.

§2 Acquisition de la qualité d'associé en cours de vie sociale par application des règles du droit des sociétés.

248. L'arrivée d'un héritier venant aux lieu et place de son auteur est parfois subie par les autres associés par application des mécanismes du droit des sociétés permettant la continuation de la société avec les héritiers de l'associé décédé. En l'absence de clause d'agrément, en acceptant la succession, l'héritier accède automatiquement à la qualité d'héritier et certaines clauses permettent de maintenir le caractère familial d'une société. Les associés peuvent organiser la transmission de leurs parts sociales et grâce aux techniques d'anticipation ils peuvent maintenir le caractère familial de la société.

249. En pratique l'intérêt de ces clauses est indiscutable mais leur validité ne fut pas admise sans difficulté. L'anticipation par l'inscription de clauses de continuation dans les statuts permet de pallier au danger d'une dissolution brutale de la société. Toutefois, la validité de certaines clauses de continuation a été contestée avant l'intervention du législateur en 1966. En effet, la clause de continuation avec certains héritiers a d'abord été perçue comme portant atteinte au principe de prohibition des pactes sur succession future. Si sa validité a été admise par les juges du fond, la Cour de Cassation l'a condamnée. C'est par un arrêt de principe rendu dans l'affaire *Gatellier*⁵⁶³ que les

⁵⁶² 102e Congrès des notaires de France, Les personnes vulnérables, Strasbourg 21-24 mai 2006, n° 2374, p.438 : « (...) l'accord du juge des tutelles sera toujours nécessaire pour l'entrée d'un enfant mineur dans une société civile, même lorsque celui-ci a ses deux parents administrateurs légaux purs et simples. La conclusion doit être la même quel que soit le mode opératoire utilisé pour entrer dans la société, que ce soit dès l'acte constitutif, ou lors d'une augmentation de capital, que ce soit par acquisition ou donation ou succession ».

⁵⁶³ Cass.ch. réunies, 28 avril 1961, n° 57-12.658 : *JurisData* n° 1961-096009 ; D.1961, jurispr. p.697, note BESSON ; A. CATEHLINÉAU, « Le sort des droits sociaux après le décès d'un associé » 1992, p.65 et s. ; J.DERRUPPE, « Un trou législatif : le choix du successeur d'un associé décédé » in. *Mél.* A.BRETON et F. DERRIDA, Dalloz 1991, p.74.

chambres réunies ont admis clairement leur validité. Puis ces possibilités offertes par la jurisprudence ont été consacrées le législateur. Désormais, pour les sociétés civiles, l'article 1870 du Code civil dispose que « la société n'est pas dissoute par le décès d'un associé, mais continue avec ses héritiers ou légataires, sauf à prévoir dans les statuts qu'ils doivent être agréés par les associés. Il peut toutefois, être convenu que ce décès entraînera la dissolution de la société ou que celle-ci continuera avec les seuls associés survivants. Il peut également être convenu que la société continuera soit avec le conjoint survivant, soit avec un ou plusieurs des héritiers, soit avec toute autre personne désignée par les statuts ou, si ceux-ci l'autorisent, par disposition testamentaire ».

Il est donc admis que le décès d'un associé ne doit pas être une entrave à la continuation de la personne morale. Même si le principe de la dissolution reste la solution pour certaines formes sociales, des exceptions sont toutefois admises.

Nous examinerons la validité des clauses de continuation dans les sociétés de personne (A) dans les sociétés de capitaux (B) et enfin dans les sociétés à responsabilité limitée (C).

A. La validité des clauses de continuation dans les sociétés de personnes

250. La menace de dissolution qui, en pratique, peut paraître gênante pousse les associés à prévoir des clauses statutaires de continuation.

L'article L.221-15 du Code de commerce pose que **la SNC** prend fin par le décès de l'un des associés. L'importance de la personnalité de chaque associé fait que le décès de l'un d'entre eux est en principe une cause de dissolution. Cependant, si toute atteinte à *l'intuitu personae* doit entraîner la dissolution de la société, en pratique l'utilisation des clauses de continuation est fréquente et même nécessaire. La dissolution étant considérée « le plus souvent comme une solution désastreuse, car elle intervient à un moment largement imprévisible et produit ses effets de manière brutale »⁵⁶⁴.

Les statuts peuvent donc prévoir qu'en cas de décès d'un associé la société continuera :

- soit avec ses héritiers⁵⁶⁵ ou l'héritier unique. La continuation de la société avec l'héritier peut être de plein droit ou soumise à l'agrément par les autres associés. Par

⁵⁶⁴ P.DIDIER et Ph.DIDIER, *Droit commercial, Les sociétés commerciales*, t.2, Economica, 2011, n° 582, p.464.

⁵⁶⁵ C.com., art. L.221-15 al 2.

héritier, il faut entendre toute personne appelée à la succession que ce soit directement ou par représentation⁵⁶⁶. Un légataire ne pourra donc pas en bénéficier.

En principe, la clause autorisant la continuation de la société avec l'héritier unique ou tous les héritiers est expressément prévue dans les statuts mais elle peut être tacite. En effet, la clause d'une SNC prévoyant que la société ne serait pas dissoute par le décès de l'un des associés « impliquait qu'elle continuerait avec ses héritiers »⁵⁶⁷.

- soit avec le conjoint survivant, avec un ou plusieurs héritiers, un tiers désigné dans les statuts ou si ces derniers l'autorisent, par dispositions testamentaires⁵⁶⁸.

Les autres associés acceptent alors de poursuivre l'activité sociale avec une personne dont l'identité n'est pas encore actuellement connue et que le disposant pourra désigner par testament.

La continuation de la société ne sera possible que si celle-ci est prévue par une clause statutaire insérée antérieurement au décès. A défaut, le décès de l'associé entraîne de plein droit la dissolution de la société et « la volonté des autres associés exprimée postérieurement ne saurait faire vivre cette société dissoute »⁵⁶⁹. La continuation de la société ne peut donc être envisagée après le décès d'un associé.

251. La **société en commandite** simple est également une société de personne mais elle a la particularité de regrouper deux catégories d'associés. L'article L.22-10 fait une distinction entre d'un côté les associés commandités dont le statut est calqué sur celui des associés de la SNC et de l'autre les associés commanditaires qui voient leur responsabilité limitée au montant de leur apport. Si le décès d'un commanditaire n'entraîne pas la dissolution de la société à l'inverse celui d'un commandité y met fin sauf disposition contraire des statuts⁵⁷⁰. Une clause de continuation de la société avec les héritiers de l'associé décédé peut être incluse dans les statuts, comme dans les sociétés en nom collectif.

252. A l'inverse, s'agissant de **la société civile**, aux termes de l'article 1870 du Code civil, « la société n'est pas dissoute par le décès d'un associé, mais continue avec ses héritiers ou légataires, sauf à prévoir dans les statuts qu'ils doivent être agréés par les

⁵⁶⁶ Mémento Lefebvre, *Droit de la famille*, 2016-2017, n° 62715, p.668.

⁵⁶⁷ Cass.com. 28 juin 1988, n° 87-10004 : *JCP E* 1988, II, 5292, p.650.

⁵⁶⁸ C.com., art. L.221-15 al 3.

⁵⁶⁹ J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, t.1, Dalloz 1972, n° 309, p.305.

⁵⁷⁰ C. com., art. L.222-10.

associés ». Le principe est donc la continuation de la société avec les héritiers ou les légataires de l'associé décédé mais la loi permet des aménagements statutaires qui peuvent être source de difficultés lors de leur interprétation. En effet, la Cour de cassation est venue préciser que le légataire de parts sociales n'a pas à être agréé lorsque la continuation de la société est prévue avec les ayants droit de l'associé décédé⁵⁷¹. Une société civile agricole avait été constituée entre deux associés (50% chacun). L'une avait cédé à son fils ses parts dont certaines en nue-propiété. Le second, décédé avait légué par testament ses parts sociales à son petit-fils. Ce dernier souhaitait se voir attribué les parts de son grand père mais les deux autres associés s'y opposaient au motif qu'il n'avait pas été agréé comme les statuts le prévoyaient. Le légataire assigna alors la société, la gérante et son fils en délivrance judiciaire du legs dont il était bénéficiaire et à laquelle ils étaient opposés. Pour ces derniers, il ne pouvait pas avoir la qualité d'associé et avait seulement droit à la valeur des parts sociales puisque les statuts ne dispensaient d'agrément que les héritiers et les ayants droits de l'associé décédé. Une disposition statutaire prévoyait « qu'en cas de décès d'un associé, la société continue entre les associés survivants et les héritiers et ayants droit de l'associé décédé, et éventuellement, son conjoint survivant commun en biens, lesquels héritiers, ayants droit et conjoint survivant ne sont pas soumis à l'agrément des associés survivants ». Pour la Cour d'appel, le bénéficiaire du legs devait être soumis à la procédure d'agrément. Elle refuse de voir le légataire de parts sociale comme un ayant droit de l'associé décédé : « *un légataire à titre particulier n'a pas la qualité d'héritier et que le terme « ayants droit » mentionné par l'article 11 paragraphe 2 des statuts doit s'entendre restrictivement de celui d'héritier ou venant aux droits d'un héritier, par exemple par représentation d'un héritier prédécédé, mais ne saurait être élargi au légataire à titre particulier, non mentionné dans le texte* ». Cependant, la Cour de cassation casse la décision rendue et ordonne la délivrance du legs. Pour elle, les statuts « *ne prévoyaient pas que le légataire d'un associé décédé était soumis à l'agrément des associé survivant* ». Le litige se trouvait donc sur l'interprétation du terme « ayant droit ». Au regard des dispositions statutaires le légataire doit être regardé comme un ayant droit et comme le souligne professeur HOVASSE « l'expression d'ayant droit ne suggère aucune source ou origine du droit dont une personne est titulaire : elle signifie seulement qu'une personne

⁵⁷¹ Cass. com., 5 avril 2018, n° 16-18.097, *JurisData* n° 2018-005271 : *Dr. rural* 2018, comm.143note J. CAYRON ; *Gaz.Pal.* 2018, p. 76, obs. D. GALLOIS-COCHET ; *Dr. sociétés* 2018, comm.100, note H. HOVASSE ; *Dr. fam.* 2018, comm.186, note M. NICOD.

est titulaire d'un droit. En revanche, c'est l'expression ayant-cause qui est pertinente pour désigner une personne qui tient son droit d'une autre personne appelée auteur. Mais les deux expressions sont, à notre époque, synonymes et sont employées indifféremment. On peut donc affirmer que l'ayant droit d'un associé décédé est celui qui tient son droit de celui-ci : assurément le légataire à titre particulier est un ayant droit, tel que visé dans la stipulation discutée »⁵⁷². Donc si le souhait des associés lors de la rédaction des statuts est de dispenser les héritiers de la procédure d'agrément et d'y soumettre les légataires cela doit être mentionné précisément afin qu'aucune interprétation ne soit possible.

B. Dans les sociétés de capitaux

253. La société anonyme, la société en commandite par actions et la société par actions simplifiée constituent la famille des sociétés par actions.

Dans la SA, en tant que société de capitaux, les apports passent avant la personne des actionnaires. C'est la raison pour laquelle l'utilisation des clauses d'agrément est en principe interdite. Toutefois, l'article L.228-23 alinéa 1 du Code de commerce précise que « dans une société dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, la cession d'actions ou de valeurs mobilières donnant accès au capital, à quelque titre que ce soit, peut être soumise à l'agrément de la société par une clause des statuts ». Si une telle clause peut être insérée dans les statuts pour éviter l'entrée de personnes indésirables, elle ne peut s'appliquer aux membres de la famille en cas de transmission par voie de succession, puisque le troisième alinéa de ce même article dispose que « cette clause est écartée en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession, soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant ». Cette liste est « d'interprétation stricte, le législateur n'ayant pas voulu entraver les transmissions d'actions entre proches parents »⁵⁷³. Avant l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 l'interdiction bénéficiait également aux associés, l'ancien article L.228-23 alinéa premier n'autorisait en effet l'application de la clause qu'aux tiers, c'est-à-dire toute personne étrangère à la société.

La clause d'agrément n'est donc valable que pour les cessions au profit de personnes qui ne sont ni un conjoint, ni un ascendant, ni un descendant de l'associé décédé. La règle est

⁵⁷² H. HOVASSE, *Dr.sociétés* 2018, comm.100.

⁵⁷³ Ph. MERLE, *op.cit.*, n° 377, p.406.

donc la libre transmission des actions au sein de la famille dans les SA non cotée. Ainsi au décès de l'un des actionnaires ses actions seront attribuées à ses héritiers. En acceptant la succession, l'héritier entre de plein droit dans la société en prenant la place de son auteur.

254. Si la clause d'agrément est strictement interdite dans les SA non cotées, **les autres sociétés de capitaux** à l'inverse l'autorisent et cette curiosité a été soulignée par certains auteurs⁵⁷⁴. Toutefois, afin de préserver le caractère familial de la société des dispositions particulières peuvent être prises comme une clause de continuation de la société avec les héritiers de l'associé décédé.

Si, dans la SA, le décès d'un actionnaire ne provoque pas la dissolution de la société la même solution ne s'applique pas à la SCA. Comme dans la SCS elle regroupe des associés commandités qui ont le même statut que les associés en nom et des associés commanditaires qui sont dans la même situation que les actionnaires leur responsabilité étant limitée au montant de leur apport et dont le nombre ne peut être inférieur à trois⁵⁷⁵. Donc si le décès d'un commanditaire ne pose pas de difficulté celui d'un commandité peut provoquer la disparition de la société puisque les dispositions gouvernant les sociétés en nom doivent s'appliquer. En principe, le décès d'un commandité entraîne la dissolution de la société, sauf clause contraire. Donc comme dans la SCS, les associés peuvent prévoir une clause de continuation de la société en cas de décès.

C) Dans la société à responsabilité limitée

255. A la différence des sociétés de personnes, la société à responsabilité limitée n'est pas dissoute par le décès de l'un des associés, sauf disposition contraire des statuts⁵⁷⁶. Les parts sociales sont transmises de plein droit aux héritiers. Cependant, sont intransmissibles les parts représentatives d'apport en industrie.

⁵⁷⁴ C. MALECKI, « Le remaniement du régime des clauses d'agrément par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 », D.2004, p.2775, n° 10.

⁵⁷⁵ C.com., art. L.226-1 al. 1^{er}.

⁵⁷⁶ C. com., art.L.223-41, al 2.

En principe, les parts de société à responsabilité limitée sont librement transmissibles⁵⁷⁷, notamment au sein de la famille. L'absence d'agrément est donc la règle et elle ne s'applique pas seulement qu'aux héritiers, elle vise toute transmission à cause de mort. Elle bénéficie donc aux légataires⁵⁷⁸ même à titre particulier⁵⁷⁹. Même si les statuts peuvent en décider autrement le législateur privilégie le cadre familial et étend le principe à la cession entre ascendant et descendant⁵⁸⁰. Toutefois, lorsque les statuts contiennent une clause d'agrément, les héritiers ne deviennent associés qu'après avoir été agréés dans les conditions de l'article L.223-14 c'est-à-dire dans celles organisant la cession des parts sociales à un tiers.

Lorsque l'héritier de l'associé décédé est également associé, il a été clairement posé que si les statuts peuvent soumettre à l'agrément de la société l'entrée des héritiers, c'est à la condition qu'ils ne soient pas déjà associés. En effet, viole l'article L.223-13 du Code de commerce (codifié à l'époque de la décision à l'article 44 de la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales), l'arrêt qui décide que doit jouer à l'encontre d'un héritier déjà associé la clause prévoyant l'agrément des autres associés⁵⁸¹. Cette solution a été rappelée par la cour d'appel de Pau ⁵⁸²: une SARL avait été constituée entre un père et son fils. Au décès du premier, le capital social fut réparti entre son épouse, leur fille et leur fils déjà associé. L'épouse avait par la suite fait donation à sa fille de ses parts sociales. Son frère, assigna cette dernière et la société pour que soit prononcée la nullité de la donation pour non-respect de la clause statutaire d'agrément. En effet, les statuts prévoyaient que « *les parts sociales ne peuvent être cédées à titre onéreux ou à titre gratuit, quelle que soit la qualité du cessionnaire, qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins les trois-quarts de parts sociales* ». Débouté par les juges de première instance, il fit appel de la décision. Pour la cour d'appel, une clause d'agrément ne peut être prévue que dans le cas où le cessionnaire ne serait pas déjà associé. Sa sœur étant déjà associée à la date de la donation, il en résulte que la clause d'agrément ne lui été pas applicable.

⁵⁷⁷ C.com., art. L 223-13 al. 1^{er}.

⁵⁷⁸ Mémento Lefebvre, *Transmission d'entreprise*, 2015-2016, n° 7502, p. 109.

⁵⁷⁹ *J.-Cl. Sociétés*, fasc.73-20, n°126.

⁵⁸⁰ C.com., art.L.223-13 al.2.

⁵⁸¹ Cass. com., 28 octobre 1974, n° 73-12368.

⁵⁸² CA Pau, 2^e chambre, 3 mai 2016, n°14/01536.

Donc si parmi les associés de la SARL un mineur associé se trouve également héritier de parts à la suite du décès de l'un de ses parents, la clause d'agrément ne peut être mise en œuvre.

Malgré ce principe, les statuts peuvent prévoir « qu'en cas de décès de l'un des associés la société continuera avec son héritier »⁵⁸³ ou « que la société continuera, soit avec le conjoint survivant, soit avec un ou plusieurs des héritiers, soit avec toute autre personne désignée par les statuts ou, si ceux-ci l'autorisent, par dispositions testamentaires⁵⁸⁴ en écartant dans ce cas l'exigence d'agrément. Concernant la SARL, il a fallu attendre l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004⁵⁸⁵ portant simplification du droit et des formalités des entreprises pour que cette faculté lui soit expressément reconnue. Auparavant, la doctrine regrettait l'absence pour la SARL de dispositions comparables à celles mises en place pour les sociétés en nom collectif⁵⁸⁶.

Donc lorsque la société continue avec les héritiers, l'ouverture de la succession emporte à leur égard attribution immédiate des parts sociales. La valeur des droits sociaux devra être rapportée à la succession et leur valeur sera déterminée au jour du décès dans les conditions de l'article 1843-4 du Code civil.

256. Bien que le caractère familial de la société soit préservé, l'arrivée de l'associé mineur peut être source de difficultés selon les formes sociales.

⁵⁸³ C.com., art. L.223-13, al.3.

⁵⁸⁴ C.com., art. L.223-13, al.4.

⁵⁸⁵ A. LECOURT, « Le nouveau régime de la transmission des parts sociales de la SARL suite au décès d'un associé » *Dr.sociétés*, avril 2005, p.7, étude 4 ; Th. MASSART, « Aspects sociétaires de l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises » *BJS* 2004, p.743.

⁵⁸⁶ J. DERRUPPE, « Un trou législatif : le choix du successeur d'un associé décédé », in *Mél.* A. BRETON et F. DERRIDA, Dalloz 1991, p.79.

Section 2 : Les difficultés liées à l'arrivée du nouvel associé mineur

257. La transmission des parts sociales aux héritiers, que la continuation de la société avec ces derniers soit consacrée par le législateur ou par les statuts, peut être source de difficultés lorsqu'elle concerne des héritiers mineurs.

Le décès d'un associé entraîne l'ouverture de sa succession et l'application des règles du droit des successions. Une fois la détermination des héritiers effectuée la succession sera transmise à ceux qui l'acceptent. La transmission successorale repose sur un principe : celui de la continuation de la personne du défunt. A l'origine, l'idée était « que le mort renaissait dans sa descendance »⁵⁸⁷. En effet, « l'héritier se trouve investi des droits et tenu des obligations qui constituent l'actif et le passif de la succession ; parce que sa personnalité se substitue à celle du défunt dans tous les rapports juridiques dont le défunt était titulaire. Le patrimoine du défunt se fond dans le patrimoine de l'héritier, parce que la personnalité du défunt ne fait plus qu'un avec la personnalité de l'héritier. »⁵⁸⁸.

La transmission des droits et des biens s'effectue par l'ouverture de la succession, par le seul effet du décès. Si l'héritier accepte la succession, l'acceptation ne fait que consolider la transmission successorale. L'entrée de l'héritier dans la société aura lieu dès lors que celui-ci accepte la succession. La continuation de celle-ci s'impose à eux dès l'instant où ils ont accepté la succession. Il pourra bénéficier de tous les droits attachés à la qualité d'associé (information, droit aux dividendes, droits politiques...) mais il sera tenu de toutes les obligations y afférant. Cependant lorsque le défunt avait la qualité de commerçant, la minorité de l'héritier n'est-elle pas source de difficultés ?

Quelle que soit la forme sociale, la mort d'un associé n'entraîne pas nécessairement la dissolution de la société. La loi mais également les statuts, peuvent prévoir la continuation de la société avec les héritiers de l'associé décédé. Ceux-ci en l'absence de clause d'agrément prennent donc la place de leur auteur au sein de la société. En effet, les statuts peuvent soumettre les héritiers de l'associé décédé à l'agrément de la société, mais en l'absence de clause, ils accèdent automatiquement à la qualité d'associé.

⁵⁸⁷Ph. MALAURIE, L. AYNES, « *Droit des successions et des libéralités* », 7^eed., LGDJ 2016, n° 1, p.18.

⁵⁸⁸ RIPERT, BOULANGER, *Traité de droit civil, t. IV, « Régimes matrimoniaux, successions, libéralités »* 1959, n° 2215, p. 704.

S'il y a des formes sociales où l'arrivée du mineur ne pose pas de difficulté (§1) dans d'autres elle soulève quelques difficultés (§2).

§1. Les formes sociales ne posant pas de difficultés

258. Le mineur peut être associé d'une société civile que ce soit lors de sa constitution ou en cours de vie sociale. Malgré le risque de voir sa responsabilité largement engagée, en l'absence de disposition statutaire particulière faute de protection légale, sa présence n'est pas une cause de dissolution de la société. Son arrivée n'est pas une menace pour la survie de la société de la société civile (A) ou de la société à responsabilité limitée (B).

A. La société civile

259. La transmission de parts de société civile en cas de décès à un héritier mineur ne fait pas l'objet de dispositions particulières. L'article 1870 du Code civil ne prévoyant pas un régime spécifique, le mineur héritier de parts de société civile devient associé sans qu'une transformation soit nécessaire et, comme n'importe quel associé, il répondra indéfiniment des dettes sociales. Toutefois, lorsque les parts transmises par le décès d'un associé sont représentatives d'un apport en industrie, elles sont annulées lors du décès de leur titulaire⁵⁸⁹. Les parts en industrie sont en effet intransmissibles.

Le mineur peut donc recevoir, que ce soit par donation ou par succession, des parts de société civile. En acceptant la succession, le mineur entre automatiquement dans la société et supporte donc toutes les conséquences de la vie sociétaire. Aucun dispositif particulier concernant le mineur héritier de parts de sociétés civiles n'a été imaginé par le législateur.

260. Cependant, une solution différente gouverne les sociétés civiles professionnelles puisque les héritiers de l'associé décédé ne peuvent acquérir la qualité d'associé. Sa participation à ce type de société est donc plus délicate puisqu'elle nécessite des compétences professionnelles qui, en raison de son jeune âge, lui font généralement défaut. Au décès de l'associé, les parts sociales seront transmises à ses héritiers mais seulement la finance. En effet, la qualité d'associé dans ce type de société est soumise à

⁵⁸⁹ Cass.1^{er} civ., 9 février 1995 : D 1955, somm. p.73 ; Mémento Lefebvre, Droit de la famille, 2016-2017, n° 62710, p.667.

une condition particulière qui est l'exercice d'une profession. Le titre n'est pas transmis aux héritiers qui se trouvent ainsi privés de droit de vote⁵⁹⁰. La loi⁵⁹¹ mais également la jurisprudence, posent que l'ayant-droit de l'associé décédé d'une SCP n'acquiert pas la qualité d'associé mais reste titulaire des parts sociales. Une exception est cependant prévue pour ceux qui remplissent les conditions permettant l'accès à la profession exercée par la société. Mais dans le cas où l'héritier est un mineur, cette exception est difficilement envisageable.

Malgré l'impossibilité de se voir reconnaître la qualité d'associé, l'héritier conserve sa vocation à la répartition des bénéfices jusqu'à la cession ou le rachat des parts sociales⁵⁹². Néanmoins une clause statutaire peut le priver de cette vocation aux bénéfices.

261. Ne prévoyant pas de disposition spécifique lorsqu'un mineur se trouve associé d'une société civile, comme n'importe quel autre associé, il devra répondre indéfiniment des dettes sociales proportionnellement à sa part dans le capital social.

S'il peut être protégé contre le passif social antérieur, en ce qui concerne le passif social postérieur, les risques sont plus incertains. En effet, la protection du mineur contre un passif antérieur important trouve sa source dans les modalités d'acceptation. Le Code civil autorise la continuation de la société avec les héritiers mineurs mais, à la différence de l'article L.221-15 alinéa 7 du Code de commerce, il n'impose pas de mesures particulières lors de l'acceptation de la succession. En effet, lorsqu'un mineur hérite de parts de société en nom collectif, le législateur précise qu'il ne répond des dettes sociales qu'à concurrence des forces de la succession de son auteur. Lorsqu'il hérite de parts de société civile ses représentants légaux disposeront d'une certaine marge de manœuvre.

Une acceptation à concurrence de l'actif net apparaît tout de même comme la solution lui assurant la meilleure protection puisqu'il ne sera tenu des dettes sociales antérieures à l'ouverture de la succession que dans la limite des forces de celle-ci/que dans la limite

⁵⁹⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op.it.*, n° 1706, p.705.

⁵⁹¹ art.24 al.2, L. n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles.

⁵⁹² Cass.1^{er} civ., 12 juillet 2012, n° 11-18453 : Solution rendue à propos d'une SCP d'architecte mais qui a vocation à s'appliquer à toutes, *BJS* 2012, n° 426, p.800, note D. GALLOIS-COCHET ; *Déf.* 2012, n°21, p.1074, obs. A. RABREAU. Solution confirmée ensuite : Cass.1^{er} civ., 1^{er} juin 2016, n° 13-28851 : *BJS* 2016, p.605, obs. Th. FAVARIO. La première chambre civile dans une décision du 27 janvier 2017, n° 15-28980 a précisé que les héritiers « conservent ce droit aussi longtemps que la valeur des parts sociales ne leur a pas été remboursée » : *BJS* 2017, p.231, obs. A. RABREAU.

de l'actif successoral mais elle ne garantit pas le maintien de la valeur des parts⁵⁹³. Même si l'acceptation n'est qu'à concurrence de l'actif net, la clause de continuation de la société avec les héritiers s'impose⁵⁹⁴. Lorsque parmi les dettes successorales se trouvent des dettes sociales « l'héritier sera tenu en tant que continuateur du défunt et l'option en faveur de l'acceptation à concurrence de l'actif net permettra de limiter sa responsabilité à hauteur de la valeur de l'actif net successoral recueilli. Cette limitation de la valeur de responsabilité concerne les dettes des sociétés *in bonis* ou radiées, nées et devenues exigibles avant le décès et qui n'auront pas été honorées au jour de l'option et les dettes des sociétés dont l'état de cessation des paiements serait survenu avant le décès »⁵⁹⁵.

262. Toutefois, le mineur peut être tenu de dettes dont l'associé décédé n'était pas personnellement tenu parce qu'elles sont devenues exigibles après son décès. Dans ce cas il supportera les conséquences en qualité d'associé dans les conditions des articles 1857 et 1858 du Code civil. Tout de même, pour certains auteurs, une acceptation pure et simple peut suffire si « l'objet de la société est limité » et donnent à titre d'exemple une société civile immobilière ayant pour unique actif un immeuble loué sans aucune procédure avec le locataire, aucun emprunt et qui génère des bénéfices⁵⁹⁶.

Toutefois, malgré l'acceptation, un héritier peut, depuis la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, demander en justice « à être déchargé en tout ou partie de son obligation à une dette successorale qu'il avait des motifs légitimes d'ignorer au moment de l'acceptation, lorsque l'acquiescement de cette dette aurait pour effet d'obérer gravement son patrimoine personnel »⁵⁹⁷. Pour les successions ouvertes depuis le 1^{er} janvier 2007 un héritier qui découvre, une fois devenu associé, un passif important peut donc demander à en être déchargé. La décharge sera toutefois laissée à l'appréciation discrétionnaire du juge⁵⁹⁸. Ce texte « reconnaît au juge

⁵⁹³ G. CREMONT et H. LENOUEVEL, « La constitution du patrimoine d'une personne vulnérable par le biais d'une société civile », RJPF mai 2006, n°5.

⁵⁹⁴ J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, *op.cit.*, n° 310, p.307 ; *J.Cl.soc.*, fasc.30-20 : Dissolution des sociétés : causes de dissolution propres à chaque type de société, n°.17.

⁵⁹⁵ M. CAZAJUS, « Conseiller l'héritier dans le choix de l'option en présence de parts de société civile dans la succession » *Def.* 2017, p.505.

⁵⁹⁶ 91^e Congrès des notaires de France, Tours, *Le droit et l'enfant*, 4^e commission, B. RYEEEN et B. BONIFACE, La gestion du patrimoine, n°507, p.965.

⁵⁹⁷ C. civ., art. 786 al. 2.

⁵⁹⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *op.cit.*, n° 219, p.146.

un pouvoir modérateur, fondé sur l'équité, qui permet d'éviter la ruine d'un héritier qui avait de bonnes raisons de ne pas connaître la nature déficitaire de la succession acceptée »⁵⁹⁹.

On peut penser que cette décharge ne pourra être demandée que par le mineur émancipé qui peut accepter seul une succession purement et simplement, alors que pour le mineur non émancipé, une autorisation du juge est indispensable pour une telle acceptation. Le mineur émancipé pourra lui-même exercer cette action dans les cinq mois du jour où il a eu connaissance de l'existence et de l'importance de la dette⁶⁰⁰. Cette demande en décharge relève de la juridiction dans le ressort de laquelle la succession a été ouverte, tant que le partage n'est pas définitif⁶⁰¹. Le mineur non émancipé devra en revanche être représenté. Le but de cette action reste de préserver le patrimoine personnel de l'héritier ici mineur contre une succession déficitaire. Mais il faut se placer au jour de l'option successorale pour apprécier l'état de la succession et les conséquences désastreuses nées d'une mauvaise gestion de l'indivision successorale sont indifférentes⁶⁰². Enfin, la Cour de cassation est venue rappeler que l'action en décharge de l'article 786 alinéa 2 du Code civil se distingue d'une action en nullité pour vice du consentement⁶⁰³. En l'espèce, un individu avait consenti un legs universel à son neveu. Ce dernier avait accepté purement et simplement la succession. Cependant, une banque a sollicité le paiement d'une créance garantie par le testateur. Le légataire, pour échapper au paiement de cette dette, a demandé à être déchargé de ce passif. Cette décharge a bien été prononcée par les juges du fond : *« le légataire n'a pas été informé de la créance revendiquée par la banque avant son acceptation pure et simple de la succession et que son consentement a été entaché d'une erreur substantielle sans laquelle il n'aurait pas accepté la succession, laquelle s'est révélée déficitaire »*. La Cour de cassation a toutefois censuré cette décision au visa de l'article 786 alinéa 2 du Code civil en précisant que *« En statuant ainsi, par un motif étranger aux conditions propres à décharger l'héritier de son obligation à la dette successorale, la cour d'appel a violé le texte précité »*. Pour la Cour, il y a eu une application erronée des conditions de l'article 786

⁵⁹⁹ M. NICOD, *Dr. fam.* 2017, comm.65.

⁶⁰⁰ C. civ., art. 786 al. 3.

⁶⁰¹ Cass. 1^{er} Civ., 4 juillet 2018, n° 17-20.570, *JurisData* n° 2018-011784 : *Rev. Procédures* 2018, comm. 254, note M. DOUCHY- OUDOT.

⁶⁰² CA Aix en Provence, 1^{er} chambre B, 25 juin 2015, n° 14/05720.

⁶⁰³ Cass.civ.1^{er} 4 janvier 2017, n° 16-12.293, *JurisData* n° 2017-000045 : *Déf.* 2017, p.389, obs. V. BREMOND ; *Aj fam.* 2017, p.206, obs. J CASEY ; *JCP N* 2017, 1187, note F. SAUVAGE.

alinéa 2 du Code civil qui permet de décharger un héritier de tout ou partie d'un passif successoral important dont il ignorait l'existence.

Pour que la décharge soit permise il faut tout d'abord que la découverte de la dette successorale soit postérieure à l'acceptation, l'héritier doit avoir eu des motifs légitimes de l'ignorer, et dont l'appréciation est laissée aux juges du fond. En l'espèce, le légataire a eu connaissance tardivement de l'engagement de caution « faute d'un fichier central des cautionnements »⁶⁰⁴. S'il en avait eu connaissance avant il aurait peut-être renoncé ou accepter la succession à concurrence de l'actif net. Ensuite, il faut que le paiement de cette dette ait pour effet d'obérer gravement le patrimoine de l'acceptant pur et simple c'est-à-dire que son paiement porte atteinte gravement à son patrimoine personnel, qu'il y ait un risque d'endettement : « le législateur a, en ayant recours à l'expression presque redondante « *obérer gravement* », marqué sa volonté que le mécanisme de l'article 786, alinéa 2, du Code civil demeure exceptionnel et réservé à des hypothèses d'une grande gravité : il s'agit, concrètement, d'empêcher que la dette inconnue ne provoque, « *à son insu* », la ruine de l'héritier, et non de remettre en cause toutes les petites dettes qui viennent seulement déséquilibrer les prévisions de l'héritier »⁶⁰⁵. Il ne suffit pas que le paiement de cette dette rende la succession déficitaire, il est indispensable que le patrimoine personnel de l'acceptant soit menacé.

Le mécanisme de décharge se distingue de l'action en nullité fondée sur l'erreur que ce soit dans ses conditions ou dans sa finalité puisque cette dernière a pour effet d'annuler l'option. En revanche, la décharge n'a pas d'effet rétroactif, l'héritier reste acceptant pur et simple. En effet, comme le souligne un auteur « la décharge annihile seulement l'obligation à la dette de l'héritier dont l'acceptation est par ailleurs maintenue »⁶⁰⁶. Elle

⁶⁰⁴ M. NICOD, art. préc. Concernant les justes motifs : « on peut imaginer que seront ainsi visés les cautionnements donnés par le défunt mais découverts tardivement faute d'une centralisation nationale de l'information sur l'ensemble des cautionnements donnés, ou encore les dommages constatés longtemps après le décès, tels que les dommages environnementaux causés par l'activité de l'entreprise individuelle, ou résultant d'une activité à l'étranger », S. Huyghe, Rapport de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, n° 2850, p. 95. De même, « la demande de décharge ne peut viser qu'une dette nouvelle et non un testament ou un legs découvert tardivement, qui constituent pourtant le seul cas prévu par le droit en vigueur. En effet, la mise en place d'un fichier central des dispositions des dernières volontés a rendu moins fréquente la découverte tardive d'un testament, et l'héritier pourra dans ce cas demander la nullité de son acceptation pour erreur en vertu de l'article 777 modifié par le projet de loi », H. de Richemont, Rapport de la Commission des lois du Sénat, n° 343, p. 75.

⁶⁰⁵ V. BREMOND, « Les nouveaux tempéraments à l'obligation *ultra vires successionis*, JCP N 2006, 1366, 9°.

⁶⁰⁶ F. SAUVAGE, art. préc.

permet ainsi de tempérer le principe d'irrévocabilité qui frappe l'acceptation pure et simple d'une succession.

263. Relèvent du passif de la succession, les dettes exigibles au jour du décès. Tout héritier qui accepte une succession doit répondre des dettes de la succession⁶⁰⁷ c'est-à-dire celles « contractées par le défunt et qui ne se sont pas trouvées éteintes par la mort de leur débiteur »⁶⁰⁸. Les dettes sociales exigibles après le décès ne sont pas des dettes successorales. Lorsque ces dernières sont importantes, une renonciation à la succession sera peut-être préférable. En effet, seuls les héritiers qui acceptent la succession et qui donc deviennent associés devront en répondre. En l'absence de clause d'agrément, la prise de la qualité d'associé se fera au jour du décès et « l'héritier sera débiteur de l'obligation aux dettes au titre de sa qualité d'associé nouvellement acquise »⁶⁰⁹. Dans ce cas, le choix de l'option sera sans incidence. Toutefois, concernant l'obligation des associés au passif social, lorsqu'un associé décède, une fois devenus associés, les héritiers ne sont toutefois tenus indéfiniment des dettes de la société que dans la double proportion de leur part dans le capital social et de leurs droits dans la succession. Telle est la solution posée par la Cour de cassation⁶¹⁰. Une société civile avait été constituée entre deux époux. Au décès du mari, leurs deux enfants qui avaient accepté purement et simplement la succession ont recueilli les parts et sont devenus associés. Cependant, un créancier qui n'avait pu obtenir le paiement de sa créance par la société assigna les héritiers en paiement sur le fondement des articles 1857 et 1585 du Code civil. La cour d'appel de Rouen dans sa décision du 25 octobre 2000 condamna les héritiers en leur qualité d'associé au motif que n'étaient pas applicables les règles de l'indivision successorale et que l'origine de propriété des parts n'était pas opposable au créancier. Les héritiers formèrent un pourvoi en cassation et la Cour de cassation cassa la décision au visa des articles 1220 et 1857 du Code civil. Pour cette dernière : « *les héritiers d'une personne, qui ont recueilli dans sa succession des parts sociales et sont devenus associés, ne*

⁶⁰⁷ Que son acceptation soit pure et simple (article 785 du code civil) ou à concurrence de l'actif net (article 791, 3° du code civil).

⁶⁰⁸ *JurisClasseur Civil code*, Art. 787 à 803- Fasc. unique : Successions- L'option de l'héritier, Acceptation à concurrence de l'actif net, 31°.

⁶⁰⁹ M. CAZAJUS, *art.préc.*

⁶¹⁰ Cass. 1^{er} civ. 1^{er} juillet 2003, n° 01-00563, *JurisData* n° 2003-019698 : *Déf.* 2003, p.1409, note V. BREMOND ; *RTD Civ.* 2004, p.291, obs. J. MESTRE ; *D.*2004, somm. p.1967, obs. J. REVEL ; *RJDA* 11/03, n° 1086, p.950.

sont tenus indéfiniment, à l'égard des tiers, des dettes de la société que dans la double proportion de leurs parts dans le capital social et de leurs droits respectifs dans la succession ». Ainsi, les enfants devenus associés ne peuvent être dispensés de participation aux dettes sociales. Mais ils ne pourront en être tenus à l'égard des tiers que selon leur participation dans le capital social et de leurs droits dans la succession. Le fait que la cour, pour justifier sa décision, fasse référence à la notion de dette successorale a toutefois laissé certains auteurs perplexes : « la solution qui conduit à faire peser sur les héritiers une part du passif social ne doit rien au droit des successions mais tout au droit des sociétés et au droit de l'indivision. Il n'aurait pas dû être question de dettes successorales mais de dettes sociales car si les héritiers sont ici tenus des dettes devenues exigibles après le décès de leur auteur, ce n'est pas en leur qualité d'héritiers mais en leur qualité d'indivisaires des droits sociaux et, partant, d'associés »⁶¹¹.

Pour les héritiers devenus associés, leur participation dépendra :

- de leur part dans le capital social : article 1857 du Code civil
- de leurs droits dans la succession. : article 1309 alinéa premier issu de

l'ordonnance n° 2016-131 du 16 février 2016⁶¹².

Pour une société civile constituée entre deux associés à parts égales : à son décès l'un d'eux laisse pour lui succéder quatre héritiers qui vont se partager la moitié des parts. Le créancier social ne pourra poursuivre l'associé survivant pour 50% et chacun des héritiers que pour 12.5 % de sa créance.

En présence d'une clause statutaire d'agrément, lorsqu'une dette devient exigible dans la période allant du décès à l'obtention de l'agrément « l'héritier n'étant pas encore associé, il ne peut avoir à les assumer au titre d'une qualité qu'il ne détient pas encore. Par ailleurs, le défunt perdant cette qualité par le décès, ces créances ne sauraient lui être imputées et l'héritier ne devrait pas non plus avoir à les assumer en tant que continuateur du défunt. La présence d'une clause d'agrément dans les statuts de la société civile limite donc le risque financier attaché à l'obligation aux dettes encouru par l'héritier de l'associé »⁶¹³.

⁶¹¹ F-X. LUCAS, *Dr. sociétés* 2004, comm.6.

⁶¹²C. civ. art. 1220 ancien.

⁶¹³ M. CAZAJUS, *op.cit.*

B. Dans la SARL et la SA

264. L'arrivée du mineur dans ce type de société ne pose pas de difficulté particulière dans la mesure où elle ne lui confère pas la qualité de commerçant. En effet, même si la SA est toujours commerciale, quel que soit son objet, les actionnaires ne sont pas des commerçants. De même, malgré le caractère commercial de la souscription de parts de SARL, les associés ne se voient pas attribuer la qualité de commerçant⁶¹⁴.

Donc le mineur non émancipé héritier de parts de SARL ou de SA peut librement entrer dans la société par l'intermédiaire de ses représentant légaux en cours de vie sociale.

Le mineur émancipé héritier pourra également en devenir membre puisqu'il dispose de la même capacité qu'un majeur pour tous les actes de la vie civile. Aucune disposition particulière n'est cependant prévue dans ce type de sociétés en raison de la minorité du nouvel associé.

Si l'arrivée du mineur en cours de vie sociale ne pose pas de difficultés pour les formes sociales que nous venons d'étudier, elle reste plus délicate dans d'autres.

§2. Les formes sociales soulevant des difficultés : SNC, SCS, SCA

265. Si l'arrivée d'un mineur en cours de vie sociale ne pose pas de difficulté pour certaines formes sociale, pour d'autres elle peut être perturbatrice.

En effet, lorsqu'un mineur a recueilli par succession les droits sociaux d'un associé en nom et qu'une clause des statuts prévoyait la continuation de la société avec les héritiers de l'associé décédé, cette acceptation constitue une menace pour la société. De même, une difficulté apparaît lorsqu'il se trouve héritier de parts de sociétés en commandite et que la qualité attribuée est celle de commandité. En effet, les associés commandités, comme les associés en nom, se voient attribuer la qualité de commerçant. Or, un mineur ne peut devenir commerçant que sous certaines conditions.

Un régime particulier est ainsi prévu par le législateur lorsqu'un mineur se trouve héritier de parts de SNC (A) ou de société en commandite simple ou par actions (B).

⁶¹⁴ Mémento Lefebvre, *Sociétés commerciales* 2012, n° 1315, p. 26.

A. La société en nom collectif

266. Bien que cette dernière soit inaccessible au mineur (1) des solutions sont envisagées lorsqu'il se trouve héritier de parts de SNC (2).

1) Une société interdite au mineur

267. La continuation de la société en nom collectif avec le ou les héritiers de l'associé prédécédé entraîne donc des difficultés lorsque ceux-ci sont mineurs. En effet, la société en nom collectif est strictement interdite au mineur et ce dernier se trouve dans une situation délicate lorsqu'il est l'héritier d'un associé. L'héritier mineur ne peut prendre la place de son auteur et la clause de continuation ne peut jouer son rôle.

Comme l'indique expressément l'article L.221-1 alinéa premier du code de commerce, quel que soit son objet, la société en nom collectif est toujours commerciale. Les associés ont tous la qualité de commerçant⁶¹⁵ et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Même si depuis l'entrée en vigueur le 17 juin 2010 de la loi du 15 juin 2010 sur l'EIRL plus aucun texte n'interdit au mineur d'être commerçant, le mineur non émancipé ne peut se voir attribuer cette qualité. Quant au mineur émancipé, ce dernier pourra être membre d'une telle société à condition d'avoir été autorisé par le juge à exercer une activité commerciale. A défaut d'autorisation il se trouve dans la même situation que le mineur non émancipé. Ils ne peuvent ni par eux même ni par l'intermédiaire de leurs représentants légaux se voir attribuer la qualité de commerçant et donc devenir associé d'une SNC. De même, une autorisation des représentants légaux est sans intérêt⁶¹⁶.

Cependant si aucune donation de parts de société en nom collectif ne peut être consentie à un mineur, il peut au décès d'un associé recueillir des parts sociales. Si les statuts contiennent également une clause de continuation de la société avec les héritiers, le mineur devient associé alors qu'il n'a pas la capacité requise. Ce n'est que lorsque les statuts prévoient la continuation de la société avec les héritiers d'un associé que la minorité soulève des difficultés mais des solutions sont envisagées.

⁶¹⁵ F-X. LUCAS, « Interrogation sur la qualité de commerçant de l'associé en nom », in *Mél.* A. HONORAT, éd. Frison-Roche 2000, p.281 et s.

⁶¹⁶ B. THUILLIER, « L'autorisation, Etude de droit privé », LGDJ 1995, p. ?

2) Les solutions envisagées

268. Tout d'abord, en cas de continuation et si un ou plusieurs des héritiers de l'associé sont mineurs, ceux-ci ne répondent des dettes sociales qu'à concurrence des forces de la succession de leur auteur. Le législateur a donc fait le choix de limiter la responsabilité des mineurs en vue d'assurer leur protection.

Ensuite, afin d'éviter la dissolution de la société la solution choisie par le législateur est celle de sa transformation. En effet, le dernier alinéa du même article impose la transformation de la SNC en société en commandite dans laquelle le mineur devient commanditaire, dans le délai d'un an à compter du décès. Le mineur pourra ainsi bénéficier du statut protecteur des associés commanditaires. A défaut de transformation, la société sera dissoute mais la dissolution n'interviendra qu'à l'expiration du délai d'un an, elle ne peut rétroagir au jour du décès de l'associé. Seule la transformation en société en commandite est envisagée par le Code de commerce mais la doctrine s'accorde sur le fait qu'une transformation en SARL soit également possible⁶¹⁷.

Toutefois, le non-respect de ces dispositions entraînera la dissolution de la société, sans possibilité de régularisation. En effet, le défaut de transformation dans l'année qui suit le décès, quelle qu'en soit la cause (la négligence ou l'inaction des représentants légaux), a pour conséquence la dissolution de la société⁶¹⁸. Cette solution a été rappelée par la cour d'appel de Paris. En l'espèce, une SNC avait été constituée entre une sœur et son frère. A son décès, ce dernier laissa pour lui succéder deux enfants mineurs ayant chacun un représentant légal. Les statuts prévoyaient qu'au cas où les héritiers de l'associé décédé seraient mineurs, la société devrait être transformée en société en commandite simple dans le délai d'un an à compter du décès. Cependant, la société n'a pas été transformée dans le délai imparti et l'associé survivante ainsi que les deux administrateurs légaux ont signé une promesse de vente portant sur le fonds de commerce de la société à un couple (un peu plus de trois ans après le décès du frère associé). Les bénéficiaires de cette promesse ont assigné la société, son associé et les représentants des enfants mineurs en dommage et intérêts pour inexécution de la promesse. Le TGI de Melun les condamna à indemniser les époux, ils firent appel de la décision. La cour d'appel de Paris

⁶¹⁷ Mémento Lefebvre, *Sociétés commerciales*, 2017, n° 24550, p.407 ; Y. GUYON, *Droit des affaires*, op.cit, n° 274, p.274.

⁶¹⁸ CA Paris 2^e ch., sect. B, 12 juin 1997, n° 95/11542, *JurisData* n° 1997-021414 ; *BJS* 1997, p.892, note P. LE CANNU.

confirma la décision. En effet, la non transformation de la société dans le délai d'un an à compter du décès entraîne la dissolution de la société et aucun moyen ne permet de réparer ce manquement. La société se trouve à l'expiration du délai d'un an en état de liquidation. De plus, concernant la validité de la promesse de vente, la cour considère que la dissolution ne produit pas ses effets à l'égard des tiers : « *la dissolution ne produit ses effets à l'égard des tiers qu'à compter de la date à laquelle elle est publiée au registre du commerce et des sociétés ; que, jusqu'à cette date, les organes de la société sont réputés conserver toutes leurs attributions ; Que la société dissoute conserve la personnalité morale pour les besoins de la liquidation* ». La société se trouvait engagée. Le défaut de régularisation de la vente (l'obtention de l'autorisation du juge des tutelles) était imputable aux promettants, leur attitude n'ayant permis sa réalisation.

Lors de débats à l'Assemblée nationale, une solution avait été proposée avant d'être ensuite retirée : la transformation de plein droit de la société⁶¹⁹.

En revanche, si dans l'année suivant le décès le mineur accède à la majorité, la transformation ne sera plus nécessaire. De même, le risque de dissolution peut être évité si le mineur est émancipé est autorisé à exercer le commerce. Mais une telle démarche pourrait avoir de graves conséquences puisque le mineur, en tant qu'associé en nom, devrait répondre indéfiniment et solidairement des dettes sociales.

B. Les sociétés en commandite : SCS et SCA

269. Sont assimilés aux associés en nom, les associés commandités des sociétés en commandite simple ou par actions. Elles comprennent deux catégories d'associés.

Tout d'abord, les commandités qui ont le statut des associés en nom. Ils se voient donc attribuer la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Puis les commanditaires, qui au contraire n'ont pas la qualité de commerçant et ne répondent des dettes sociales qu'à concurrence du montant de leur apport⁶²⁰ sauf s'ils s'immiscent dans la gestion de la société. L'associé commanditaire ne

⁶¹⁹J. O. Ass. nat., 12 juin 1965, p.2053 et 2054 ; Proposition : « En cas de continuation et si l'un ou plusieurs des héritiers de l'associé sont mineurs et non émancipés, la société est transformée de plein droit, à compter du décès, en société en commandite, dont le mineur devient commanditaire. Les commandités ont un délai de deux mois à compter du décès pour procéder aux formalités consécutives à la transformation de la société ».

⁶²⁰ C. com. art. L. 222-1.

peut être gérant mais il peut accomplir « des actes de gestion interne » : « il délibère et vote dans les assemblées »⁶²¹, dispose d'un droit de contrôle⁶²², intervient pour la nomination et la révocation du gérant ou l'approbation des comptes annuels⁶²³, mais il ne peut effectuer « aucun acte de gestion externe, même en vertu d'une procuration »⁶²⁴. Cette défense d'immixtion est la conséquence de la limitation de sa responsabilité et en cas de non-respect il pourra être tenu des dettes de la société comme un commandité⁶²⁵.

270. Le décès d'un commanditaire, même dans le silence des statuts ne met pas fin à la société. Les parts sociales sont transmises à ses héritiers qui entrent dans la société avec la même qualité que leur auteur. Cependant, deux situations sont à distinguer lorsque la continuation de la société avec les héritiers a été prévue par les statuts et que l'associé décédé était un commandité :

- l'associé décédé était le seul commandité et laisse comme héritier un enfant mineur : afin d'éviter la dissolution de la société, l'article L.222-10 laisse un délai d'un an à compter du décès, pour procéder à son remplacement par un nouveau commandité ou à la transformation de la société. Si à l'expiration du délai d'un an à compter du décès aucune des deux propositions n'a été mise en œuvre la société est dissoute de plein droit.

- si l'associé décédé n'était pas le seul commandité, la société continue mais les héritiers mineurs prennent la qualité de commanditaire. L'héritier ne peut prendre la place de son auteur au sein de la société.

Ces solutions s'appliquent au mineur non émancipé mais peuvent être étendues au mineur émancipé lorsque celui-ci n'a pas été autorisé par le juge à exercer une activité commerciale.

⁶²¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op.cit.*, n° 1578, p.648.

⁶²² C.com., art. L.222-7.

⁶²³ P. LE CANNU, B. DONDERO, *op.cit.*, n° 1411, p.904.

⁶²⁴ C. com., art. L. 222-6, al.1^{er}.

⁶²⁵ C. com, art. L.222-6, al.2.

Conclusion du chapitre 1

271. Un enfant mineur peut être amené à faire partie d'une société existante en cours de vie sociale.

Il peut tout d'abord être associé par voie de donation. Dans ce cas, l'acceptation de la donation y compris lorsqu'il s'agit de parts de sociétés civiles est considéré comme un acte d'administration. Cependant, la qualification d'acte de disposition devrait être retenue afin d'assurer la protection la plus lourde en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale. Il faut toutefois souligner que la donation de parts sociales n'emporte pas transmission automatique du compte courant créditeur de l'associé donateur, s'il en existe un. Donc lorsqu'un associé souhaite faire donation de ses parts et de son compte courant cela doit être expressément mentionné dans l'acte de donation.

Le mineur peut ensuite recueillir des parts sociales par voie de succession. Dans ce cas, le régime de l'acceptation dépendra de la nature de la succession.

Enfin, la qualité d'associé peut être attribuée au mineur par l'application d'une clause statutaire de continuation de la société avec les héritiers de l'associé décédé et cette clause est admise quelle que soit la forme sociale choisie.

272. Bien que la poursuite de l'activité sociale puisse se faire avec ce nouvel associé, son arrivée n'a pas les mêmes conséquences selon la forme sociale choisie. Elle reste en effet sans conséquence lorsqu'il s'agit de société ne conférant pas la qualité de commerçant. En revanche, lorsqu'il recueille des droits sociaux d'un associé en nom d'associé commandité une évolution de structure sociale est inévitable.

Lorsque la poursuite de l'activité sociale se fera avec le mineur, cela exige donc des changements dans le fonctionnement de la société ou dans la structure sociale : l'intégration de l'associé mineur passe par une évolution de la société.

CHAPITRE II : LE CHOIX D'UNE EVOLUTION DE LA SOCIETE

273. Lorsque le mineur acquiert la qualité d'associé en cours de vie sociale, la société ne peut rester telle qu'elle était.

Tout d'abord l'évolution aura lieu dans le fonctionnement de la société : le mineur devenu associé aura les mêmes devoirs mais bénéficie surtout des mêmes droits que n'importe quel autre associé, il ne devra pas être exclu de la vie sociale. L'associé mineur devra être intégré à la vie sociale de la structure qu'il intègre. Lorsque le choix est fait d'intégrer le mineur à la structure existante, il devra être considéré comme un véritable associé et être pleinement intégré à la vie sociale (Section 1)

274. Mais l'évolution de la société peut résulter du départ du mineur de la structure sociale qu'il a pourtant intégré. En effet, les mésententes familiales, l'exposition du mineur à un passif important lorsqu'il se trouve associé d'une société civile et qu'aucune disposition statutaire n'a été prise pour essayer de le mettre à l'abri d'un passif social trop important, peuvent inciter ses représentants à lui faire quitter la société (section 2).

Section1 : Le choix de l'intégration du mineur la vie sociale

275. Lorsqu'un enfant se voit attribuer la qualité d'associé en cours de vie sociale, ce dernier doit être considéré comme un véritable associé. Dans les sociétés ne conférant pas la qualité de commerçant à ses associés, la présence de ce dernier s'imposera aux autres associés. Il ne devra pas être exclu de la vie sociale même si sa participation n'était pas prévue lors de la constitution de la société. L'associé mineur pourra participer à la vie sociale (§1).

276. En revanche, il y a des circonstances où l'intégration du mineur à la vie sociale doit passer par un changement de forme sociale initialement choisie sous peine de disparition de la société. En principe, la décision de transformer une société est une décision qui appartient aux associés. Ils peuvent, en cours de vie sociale, la modifier suivant leurs besoins. Cependant, il se peut que la transformation de la société soit imposée aux associés par loi sous peine de dissolution (§.2).

§1. L'intégration de l'associé mineur et de ses représentants légaux à la vie de la société

277. Lorsque le choix est fait d'intégrer le mineur à la structure sociale existante, cette dernière doit être réelle.

En effet, en tant qu'associé, le mineur bénéficie de toutes les prérogatives qui lui permettent de prendre part à la vie sociale. Le mineur non émancipé devra bien sûr être assisté par ses représentants légaux mais il bénéficie toutefois des mêmes droits que n'importe quel autre associé.

Il pourra donc participer à la vie sociale (A) et sa mise à l'écart sera sanctionnée (B).

A. L'associé mineur : le droit de participer à la vie sociale

278. Pour que les associés puissent prendre part efficacement aux décisions collectives il est indispensable qu'ils soient informés de la situation de la société afin de pouvoir voter en connaissance de cause. Ainsi, l'article du Code civil prévoit que les documents sociaux doivent être communiqués au moins une fois par an aux associés. Lorsque ces derniers sont mineurs, ils devront être communiqués à ses représentants légaux. Cette règle s'applique également aux indivisaires de parts sociales en leur qualité d'associé (1). De même, leur présence aux assemblées ne pourra être écartée (2).

1) La communication des documents sociaux aux indivisaires de parts sociales

279. Afin de pouvoir s'exprimer correctement en connaissance de cause, les associés doivent être en mesure de connaître la situation de la société. Pour cela, tout associé bénéficie d'un droit d'information qui lui permet de prendre part à la vie de la société.

Tout d'abord, aux termes de l'article 1855 du Code civil, les associés ont le droit d'obtenir, au moins une fois par an, la communication des livres et des documents sociaux mais ils peuvent également poser par écrit des questions sur la gestion sociale « auxquelles il devra être répondu par écrit dans le délai d'un mois ». De plus, l'article 1856 du Code civil impose au gérant de rendre compte de sa gestion au moins une fois par an. Toutefois, en cas de non-respect de cette obligation la nullité des délibérations de l'assemblée est subordonnée à l'existence d'un préjudice subi par le demandeur⁶²⁶.

Par documents nécessaires à l'information des associés « sont sûrement visés le bilan et les comptes mais aussi toutes autres pièces dont les associés doivent avoir connaissance pour pouvoir porter un jugement éclairé sur la gestion du gérant, sur les résultats de l'exercice écoulé et sur les perspectives d'avenir »⁶²⁷.

Ce droit est attribué à tout associé, y compris à l'associé mineur, qui pourra agir par l'intermédiaire du ou de ses représentants légaux lorsqu'il n'est pas émancipé. Il s'agit d'un droit d'ordre public dont il ne peut être privé. Ce droit à l'information (permanente ou occasionnelle), dont les modalités dépendent de la forme sociale choisie, permet à tout associé de prendre des décisions en connaissance de cause.

⁶²⁶ Cass. com., 19 mars 2005, n° 02-13.599, *JurisData* n° 2005-028184 : *BJS* 2005, p.1269, obs. P. LE CANNU.

⁶²⁷ Mémento pratique Francis Lefebvre, *Sociétés civiles*, 2020, n° 8561, p.245.

280. La participation à la vie sociale qui implique la faculté de connaître la situation de la société passe par la communication des documents sociaux. Aux termes de l'article 1855 du Code civil les associés ont le droit d'obtenir, au moins une fois par an, la communication des livres et des documents sociaux. En cas d'indivision, la Cour de cassation est venue préciser que la représentation des indivisaires par un mandataire ne prive pas les copropriétaires indivis de bénéficier de la communication des documents sociaux⁶²⁸. Comme ils bénéficient de la qualité d'associé, ils peuvent exiger que leur soit communiquées certaines informations, sur le fondement de l'article 1855 du Code civil. En l'espèce, une SCI avait été constituée entre des époux. A son décès, le mari laissa pour lui succéder son épouse, leur fils mais également deux enfants issus d'une union précédente. La société ainsi que le fils du couple assignèrent les autres enfants aux fins de voir désigné un mandataire chargé de représenter l'indivision. Mais les enfants issus du premier mariage sollicitèrent reconventionnellement la condamnation de la SCI et de son gérant à leur communiquer divers documents : les bilans et les comptes d'exploitation depuis l'année 2006 ainsi que l'ensemble des relevés de compte. Condamnés à fournir les documents comptables demandés ils formèrent un pourvoi en cassation. Pour les auteurs du pourvoi : tout d'abord les statuts prévoyaient que les indivisaires devaient être représentés pour l'exercice de leurs droits, ce qui les privait du droit d'agir individuellement. Ensuite, les indivisaires ne pouvaient, malgré leur qualité individuelle d'associé, exercer leurs droits que par le truchement de leur mandataire lorsque l'existence d'un désaccord entre eux a rendu sa désignation nécessaire. Cependant, la Cour de cassation, approuve la cour d'appel d'Aix-en - Provence d'avoir retenu que « *la représentation des indivisaires par un mandataire ne privait pas les copropriétaires indivis de parts sociales, qui ont la qualité d'associé, du droit d'obtenir la communication de documents en application de l'article 1855 du code civil* ». Leur demande était donc recevable.

Malgré la présence d'un mandataire, dont la mission est de représenter les indivisaires lors du vote, les documents sociaux doivent être transmis aux indivisaires en tant qu'associés. Cette solution protectrice des intérêts des indivisaires permet à chacun

⁶²⁸ Cass.3^e civ., 27 juin 2019, n° 18-17.662, *JurisData* n° 2019-011187 : *BJS* 2019, p.22, obs. J. HEINICH ; *Dr. sociétés* 2019, comm. 143, note H. HOVASSE. Cette solution a été posée par le législateur pour les actions indivises. L'article L.225-118 du Code de commerce précise que le droit à communication des documents appartient à chacun des copropriétaires d'actions indivises. La Cour de cassation est venue étendre cette solution à l'indivision des parts sociales.

d'entre eux de prendre part aux assemblées auxquelles ils doivent être convoqués. Pour que leur participation soit effective, il est indispensable qu'ils puissent prendre connaissance individuellement des documents comptables.

Lorsque parmi les indivisaires se trouve un mineur, les administrateurs légaux pourront demander cette communication. Il semble que cette possibilité ne puisse être écartée par une clause statutaire : « l'information est un droit généralement considéré comme d'ordre public, le législateur prévoyant un minimum que l'on ne peut modifier que sous la seule condition de son amélioration »⁶²⁹.

2) La présence aux assemblées des indivisaires de parts sociales

281. Les décisions collectives sont en principe prises en assemblée à moins que les statuts n'en disposent autrement⁶³⁰.

L'article 1844 alinéa 1^{er} du Code civil offre à tout associé le droit de participer aux décisions collectives. Cette solution s'applique également aux indivisaires de parts sociales bien qu'ils soient représentés par un mandataire chargé de voter en leur nom. Telle est la solution retenue par la Cour de cassation⁶³¹. En l'espèce l'associé d'une société civile laisse pour lui succéder son épouse usufruitière et leurs trois enfants indivisaires. A la requête de l'un des enfants, un mandataire avait été désigné en justice afin de les représenter aux assemblées. L'une des indivisaires avait cependant donné mandat à son conjoint de la représenter à l'assemblée. La société assigna le couple. Si les juges de première instance avaient permis la participation des indivisaires, pour la cour d'appel de Rouen, la présence des indivisaires devait être exclue en raison de la désignation d'un mandataire commun : « *dès lors qu'un mandataire commun a été désigné pour représenter l'indivision aux assemblées générales de la société, il n'y a pas lieu de dissocier artificiellement la discussion préalable des points soumis au vote et le vote lui-même, qui participent d'une seule démarche intellectuelle, en sorte que la présence des indivisaires eux-mêmes aux assemblées générales est nécessairement exclue par la désignation d'un mandataire commun pour représenter l'indivision* ». La Cour de cassation

⁶²⁹ Th. DE RAVEL D'ESCLAPON, *JCP N* 2019, 1329.

⁶³⁰ Pour les sociétés civiles : article 1853 du Code civil. Pour les SARL : article L.223-27 al1er du Code de commerce.

⁶³¹ Cass.com., 21 janvier 2014, n° 13-10151, JurisData n° 2014-000578 : *JCP E* 2014, 1069, note A. COURET ; *Rev. sociétés* 2014, p.487, note P. LE CANNU ; *BJS* 2014, p.212, note D. PORACCHIA et H. BARBIER.

censure toutefois cette décision au visa de l'article 1844 du Code civil. Pour cette dernière, la qualité d'associé étant reconnue aux indivisaires, ils peuvent être présents aux assemblées.

Ainsi, le droit de vote sera exercé par le mandataire mais les indivisaires pourront assister aux assemblées. Ils devront alors être tous convoqués⁶³², ils pourront également prendre part aux débats⁶³³avec « inscription des dires au procès-verbal »⁶³⁴. Bien que cette solution permette aux indivisaires de s'exprimer pour certains « l'éventualité d'une participation de tous les indivisaires nous semble éloignée de la volonté du législateur d'assurer un déroulement harmonieux des assemblées en ne laissant s'y exprimer que leur représentant. Mais il est impossible d'écarter la règle : les statuts ne peuvent pas empêcher les associés de participer, l'article 1844, al.1 du Code civil étant d'ordre public »⁶³⁵.

282. Lorsque le comportement du gérant conduit à un manquement à son obligation d'information, tout associé peut demander la désignation d'un mandataire *ad hoc* qui aura pour mission d'effectuer des opérations ponctuelles dans une période limitée. Cette nomination peut intervenir lorsque les circonstances ne rendent pas impossible le fonctionnement normal de la société et ne la menacent pas d'un péril imminent. Telle est la solution posée par la Cour de cassation⁶³⁶.

Une SCI avait été constituée entre deux concubins. L'un des associés a assigné la société aux fins de voir prononcé son retrait et désigner un expert afin de déterminer la valeur de ses droits. En cours d'instance, cette dernière a renoncé à ses demandes et sollicité la désignation d'un mandataire pour une durée de six mois avec pour mission : de se faire communiquer les livres et documents sociaux pour les exercices clos de 2004 à 2015, d'établir pour chacun un rapport mentionnant les bénéfices et pertes éventuels ainsi que

⁶³² A. RABREAU, *Déf.* 2014, p.438.

⁶³³ R. MORTIER, *Dr. sociétés* 2014, comm.59 : « Si le droit de vote implique le droit de participer, la privation de droit de vote n'implique pas nécessairement la privation du droit de participer. La Cour de cassation serait-elle de cet avis, elle qui attache tant d'importance à la distinction ? » ; A. COURET, *op.cit.*, 29° : le co-indivisaire « vient à l'assemblée défendre un intérêt qui est celui dont il dispose dans la société. Il n'y a donc pas de raison majeure de lui retirer le droit de participer aux débats (...) »

⁶³⁴ P. LE CANNU, *Rev. sociétés* 2014, p.487, 19°.

⁶³⁵ Mémento pratique Francis Lefebvre, *Sociétés civiles*, 2020, n°9038, p.253.

⁶³⁶ Cass. civ.3, 21 juin 2018, n° 17-13.212, *JurisData* n° 2018-010671 : *Dr. sociétés* 2018, comm.163, note H. HOVASSE ; *Gaz.Pal.*2018, p.60, obs. ; M. STOCLET.

la réunion d'une assemblée générale pour statuer sur ces exercices, les approuver et se prononcer sur l'affectation des résultats. Les juges du fond ayant fait droit à ses demandes, le gérant, qui pendant de nombreuses années n'avait pas réuni d'assemblée ni fourni d'information sur sa gestion, forma un pourvoi en cassation. Le demandeur au pourvoi mit en avant dans un premier temps le défaut d'intérêt de son associé pour la société pendant leur vie commune et dans un second temps reprochait à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si les circonstances rendaient impossible le fonctionnement normal de la société et la menaçaient d'un péril imminent. La troisième chambre civile rejette toutefois le pourvoi. Pour cette dernière, la cour d'appel de Paris a légalement justifié sa décision de désigner un mandataire *ad hoc* en relevant qu'il existait une mésentente entre les associés, qu'aucune assemblée générale n'avait été tenue malgré les demandes de sa concubine et que celle-ci n'avait pas eu accès aux documents comptables. La désignation d'un mandataire ne nécessite pas que la mésentente entre les associés rende impossible le fonctionnement normal de la société et la menace d'un péril imminent.

Les circonstances permettant la désignation d'un mandataire *ad hoc* sont donc bien différentes de celles permettant la nomination d'un administrateur provisoire. Dès lors que la mésentente met en péril la société, la désignation d'un administrateur provisoire sera nécessaire. A défaut, l'intervention d'un mandataire *ad hoc* sera suffisante afin « de remettre les mécanismes sociaux en l'état où ils eussent dû se trouver, sans que les dysfonctionnements antérieurs aient mis en péril la société et sans qu'il soit nécessaire de substituer le mandataire au dirigeant dans la gestion courante de la société, la différence avec l'administration provisoire où il est demandé à l'administrateur de faire face, à la place des dirigeants, à une menace grave de fonctionnement qui affecte l'intérêt social »⁶³⁷.

La désignation du mandataire *ad hoc* par le juge sera bienvenue pour accomplir certains actes en cas de conflits entre les associés à condition que le fonctionnement de la société ne soit pas paralysé ou son avenir mis en péril. En effet, ce dernier « ne gère pas la société, il n'envisage pas de solutions de sorties de crise. Il intervient alors que des fautes ont été commises en vue de les réparer »⁶³⁸. Ainsi, les conditions de sa désignation restent plus souples, l'intérêt social n'étant pas menacé, puisqu'elle n'a pas

⁶³⁷ J-F. BARBIERI, *BJS* 2018, p. 504, 6°.

⁶³⁸ A. LECOURT, *RTD com.*2018, p.932.

pour effet de dessaisir le dirigeant de ses pouvoirs⁶³⁹. Toutefois, lorsque le mineur sera mis à l'écart de la vie sociale, des sanctions sont envisagées.

B. Les sanctions résultant de l'exclusion de l'associé mineur de la vie sociale

283. Malgré le fait que sa présence soit un événement imprévu et parfois non souhaité, le mineur devenu associé doit être traité comme tel. Il ne doit en aucun cas être écarté de la vie sociale.

284. Cette mise à l'écart de l'associé mineur peut avoir diverses conséquences comme par exemple la dissolution de la société, solution dégagée par une cour d'appel⁶⁴⁰. Une société à responsabilité limitée avait été constituée entre trois associés. L'un d'eux décéda le 23 mars 2005 en laissant pour lui succéder trois enfants mineurs. Son épouse, représentante légale des trois enfants mineurs, n'a plus été convoquée aux assemblées générales. Elle dû solliciter du Président du tribunal de commerce la désignation d'un mandataire *ad hoc* pour qu'une assemblée soit tenue (le 7 septembre 2006, statuant sur les comptes de l'année 2005). Depuis, la représentante des enfants mineurs n'a plus été convoquée, les comptes sociaux n'ont jamais été déposés au greffe du tribunal de commerce et les dividendes n'ont pas été distribués. La représentante légale se trouva totalement exclue par les autres associés de la vie de la société. La Cour d'appel prononça donc la dissolution anticipée de la SARL, cette mésentente paralysant le fonctionnement de la société. A cet égard, l'article 1844-7, 5° du Code civil prévoit la fin de la société par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société.

285. Le défaut de convocation d'un associé est une cause de nullité des délibérations prises qui peut être invoquée par tout associé, y compris par ceux régulièrement

⁶³⁹ Cass.com., 15 mars 2017, n° 15-12.742, *JurisData* n° 2017-004482.

⁶⁴⁰ CA Aix-en-Provence, 8^e chambre B, 8 janvier 2010, *JurisData* n° 2010-011049.

convoqués et même si la présence des associés non convoqués n'aurait eu aucune incidence sur le résultat du vote⁶⁴¹.

Bien que le non-respect des règles de convocation soit sanctionné par la nullité de l'assemblée, il est toutefois nécessaire pour le demandeur de rapporter la preuve d'un préjudice. Telle est la condition rappelée par la cour d'appel de Paris⁶⁴². Une société civile avait été constituée entre un couple et leurs trois enfants indivisaires. Le divorce du couple avait fait naître un conflit familial important entre le père gérant et les autres associés. Ces derniers ont demandé, notamment, l'annulation de plusieurs assemblées générales auxquelles les associés indivisaires avaient été irrégulièrement convoqués : non-respect du délai de convocation et envoi aux associés indivisaires d'une convocation collective et non individuelle à une mauvaise adresse. La cour d'appel de Paris confirme le refus d'annulation des assemblées faute pour les associés d'avoir démontrés l'existence d'un grief. Cette solution permet alors d'éviter une remise en cause trop facile des assemblées lorsque les modalités de convocation prévues n'ont pas été respectées.

En cas de non-respect du délai de convocation, la Cour de cassation avait déjà précisé le caractère impératif du délai de quinze jours et sa sanction en cas de non-respect. L'associé d'une société civile agricole et immobilière avait assigné la gérante, deux autres associés ainsi que la société aux fins d'obtenir : la révocation de la gérante, la dissolution anticipée de la société et la nullité d'une assemblée générale au motif que le délai de convocation de quinze jours prescrit par l'article 40 du décret du 3 juillet 1978 n'avait pas été respecté. Les juges du fond firent droit à ses demandes et un pourvoi en cassation fut formé par les autres associés. La Cour, sur ce point casse la décision. Pour

⁶⁴¹ Cass.civ.3, 21 octobre 1998, n° 96-16.537, *JurisData* n° 1998-003937 : une SCI avait été constitué entre onze associés. Deux d'entre eux ont assigné la société et certains associés aux fins de dissolution anticipée de la société, nullité des cessions de parts intervenues et nullité des décisions d'assemblées postérieures aux cessions. Leurs demandes ayant été rejetées par les juges du fond, ils formèrent un pourvoi en cassation. La cour censure la décision de la cour d'appel de Grenoble au visa des articles 1844 et 1844-10 du Code civil : « *pour rejeter la demande d'annulation des décisions prises par l'assemblée générale consécutive à l'annulation des cessions de parts, l'arrêt retient que les associés, régulièrement convoqués aux assemblées générales, ne peuvent se prévaloir de l'absence de convocation d'autres associés dans la mesure où les décisions prises leur feraient grief et que le non-respect du formalisme prévu par les statuts pour la convocation des associés aux assemblées générales ne peut entraîner la nullité des décisions de celles-ci que si l'absence des associés a eu une incidence sur les décisions prises* » la cour d'appel a violé les textes susvisés.

⁶⁴² CA Paris, 1^{er} mars 2018, n° 15/07467, *JurisData* n° : 2018-006120 : *BJS* 2018, p.581, obs. J-C. PUGNACCO ; *AJ fam.* 2018, p.350, obs. F. VINEY.

cette dernière, le non-respect des dispositions de l'article 40 du décret du 3 juillet 1978 est sanctionné par la nullité des décisions prises par une assemblée irrégulièrement convoquée à condition que l'associé irrégulièrement convoqué démontre l'existence d'un grief⁶⁴³. Ainsi, « il appartient, en pratique, à l'associé convoqué moins de quinze jours avant l'assemblée d'établir qu'il n'a pas pu se préparer dans de bonnes conditions. A cette occasion, la Cour avait également précisé que devait être retenue comme point de départ du délai de quinze jours, la date d'expédition de la convocation et non celle de sa réception.

Ensuite, concernant l'envoi de la convocation : les associés n'avaient pas communiqué leur changement d'adresse et le fait que chacun des indivisaires n'ait pas été convoqué individuellement est sans importance puisque les convocations auraient été envoyées à la même adresse où les intéressés n'auraient pas pu les réceptionner. En effet, les juges ont « de façon pragmatique, tiré argument du fait que toutes les convocations auraient été, de toute façon, expédiées à l'adresse unique fournie par les associés indivisaires. L'importance de respecter, dans leurs prérogatives d'associés, chacun des indivisaires, doit, malgré cette solution circonstancielle, être réaffirmée avec force »⁶⁴⁴.

286. En cas d'exclusion volontaire de la vie sociale, les associés exclus ne sont pas complètement démunis. L'article L.235-9 du Code de commerce précise que « les actions en nullité de la société ou d'actes et délibérations postérieurs à sa constitution se prescrivent par trois ans à compter du jour où la nullité est encourue » sans prévoir d'exception à ce point de départ. Mais la chambre commerciale de la Cour de cassation est venue apporter une précision en acceptant de reporter le point de départ de la prescription : « *l'action en nullité des délibérations sociales se prescrit par trois ans à compter du jour où elles sont prises, sauf dissimulation entraînant une impossibilité d'agir* »⁶⁴⁵. A la suite du décès de l'un des associés d'une société à responsabilité limitée,

⁶⁴³ Cass.ch. mixte, 16 décembre 2005, n° 04-10.986, *JurisData* n° 2005-031451 : *BJS* 2006, p. 536, obs. L. GROSCLAUDE ; *Dr. sociétés* 2006, comm.36, note F-X. LUCAS ; *D.* 2006, p. 146, obs. A. LIENHARD.

⁶⁴⁴ J-C. PAGNUCCO, *BJS* 2018, p.581.

⁶⁴⁵ Cass.com., 26 septembre 2018, n° 16-13.917 : *JurisData* n° 2018-017192 : *Dr.sociétés* 2019, comm.7, note J. HEINICH ; *Gaz.Pal.* 2019, p.55, obs. M. STOCLET. Comme le souligne J.HEINICH, bien que cette solution soit rendue en matière commerciale, elle « devrait être transposable en matière de sociétés civiles dans la mesure où l'article 1844-14 du Code civil est rédigé dans des termes identiques à ceux du premier alinéa de l'article L. 235-9 du Code de commerce ».

ce dernier laissa pour lui succéder son épouse et leurs enfants mineurs. Toutefois, pendant huit ans ils n'ont pas été convoqués par le gérant aux assemblées générales. Après le décès de son époux gérant, cette dernière avait donné mandat à l'un des cohéritiers, tant en son nom propre qu'à celui de ses enfants mineurs, de les représenter aux assemblées générales liées à la succession de leur auteur. Cependant, devenu gérant, il continua de les représenter aux différentes assemblées (alors qu'elles n'étaient plus liées à la succession) pendant de nombreuses années. L'épouse survivante et ses enfants devenus majeurs demandent, alors, notamment, la nullité des assemblées générales auxquelles ils n'avaient pas été convoqués, à l'exception de celles tenues après le décès et liées à la succession. La cour d'appel de Versailles, comme les juges de première instance, prononce la nullité de toutes les assemblées, considérant que la prescription de l'article L.235-9 du Code de commerce devait commencer à courir à compter du jour où les demandeurs à l'action en nullité avaient eu connaissance de la tenue des assemblées. Leur action était donc recevable mais la Cour de cassation casse l'arrêt. Elle rappelle que l'action en nullité des délibérations sociales se prescrit par trois ans à compter du jour où elles sont prises, sauf dissimulation entraînant une impossibilité d'agir mais casse la décision pour défaut de base légale lui reprochant de ne pas avoir recherché si « *les assemblées générales litigieuses avaient été dissimulées* ». En effet, la simple « constatation de l'absence de convocation des associés ne suffisait pas à repousser le point de départ de la prescription, les juges d'appel auraient dû rechercher si les assemblées générales litigieuses avaient été dissimulées »⁶⁴⁶.

287. Les représentants légaux ne peuvent donc pas simplement se contenter de mettre en avant l'absence de convocation pour obtenir l'annulation des délibérations des assemblées générales. La Cour de cassation exige en effet que la tenue de l'assemblée leur ait été dissimulée. Un couple associé d'une société à responsabilité demandait ainsi la nullité de la décision ayant permis la nomination du gérant pour défaut de leur convocation à l'assemblée générale l'ayant nommé. Ces derniers exercent toutefois leur action plus de trois ans après la tenue de l'assemblée puisqu'ils n'ont eu connaissance de l'identité du gérant que plusieurs années après sa nomination. Toutefois, la cour d'appel de Paris les déboute⁶⁴⁷ : si dans un premier temps elle évoque la possibilité de reporter le point de départ de la prescription de l'action en annulation des délibérations sociales,

⁶⁴⁶ J. HEINICH, *art. préc.*

⁶⁴⁷ CA Paris, pôle 5, ch.8, 16 novembre 2010, n° 09/13466 : *BJS* 2011, p. 300, note H. BARBIER.

la cour l'écarte ensuite, les appelants ne pouvant ignorer que des assemblées générales s'étaient tenues. En effet, les statuts prévoyaient : la réunion régulière de l'assemblée générale en fin d'exercice ; le fait que tout associé peut, à toute époque, prendre, par lui-même, et au siège social, connaissance des bilans, comptes de résultat et annexes, inventaire, rapports soumis aux assemblées et procès-verbaux de ces assemblées concernant les trois derniers exercices. Donc pour les juges « *aucune dissimulation imputable aux intimés ne saurait donc être pertinemment invoquée en l'espèce, les appelants ne pouvant ignorer que des assemblées générales s'étaient tenues ; que de plus, tous les procès-verbaux litigieux ont été déposés au greffe du tribunal de commerce, de sorte que les appelants n'ont été confrontés à aucune difficulté pour en obtenir communication* ».

Il n'y a donc qu'une seule exception qui permet de retarder le point de départ de la prescription : il s'agit de la dissimulation ayant entraîné une impossibilité d'agir.

Même si la reconnaissance de cette exception permettant de reporter le point de départ de la prescription semble positive en cas d'exclusion du mineur et de son représentant légal de la vie sociale, la jurisprudence reste stricte sur la notion de dissimulation. Elle restreint ainsi les hypothèses dans lesquelles le report du point de départ de la prescription pourra être retenu.

La dissimulation « suppose un comportement particulier du prétendu responsable. Elle constitue une exigence plus forte que le caractère inconnu des faits dommageables pour la ou les victimes »⁶⁴⁸. La démonstration de l'absence de convocation aux assemblées n'est alors pas suffisante car la dissimulation implique un élément intentionnel, la volonté de cacher une information. La Cour de cassation a même précisé « qu'il ne peut y avoir de dissimulation sans volonté de dissimuler »⁶⁴⁹.

C'est « le caractère volontaire de l'acte emportant dissimulation qui justifie que la partie qui en est responsable ne bénéficie plus de la protection que procure la prescription, et ce alors même qu'aucun texte ne le prévoirait »⁶⁵⁰.

288. Concernant les modalités de convocation des associés aux assemblées, le législateur en prévoit des différentes selon la forme sociale choisie et le caractère familial d'une

⁶⁴⁸ P. LE CANNU et B. DONDERO, « *Droit des sociétés* » coll. Domat, Droit privé, 8^e éd., LGDJ, 2019,

⁶⁴⁹ Cass.com., 24 septembre 2013, n° 12-24917.

⁶⁵⁰ M. STOCLET, *Gaz.Pal.* 2019, p.55.

société est sans incidence. Les formes doivent être respectées⁶⁵¹. Une société à responsabilité limitée avait été constituée entre un père et ses trois enfants dont l'un avait été désigné gérant. Il a par la suite été remplacé par l'un de ses frères. Le frère déchu quelques années après assigna la société et son actuel gérant en annulation des assemblées d'approbation des comptes pour absence de convocation régulière. Dans les SARL l'approbation des comptes annuels nécessite la réunion des associés en assemblée⁶⁵² qui doivent être convoqués « quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée, par lettre recommandée »⁶⁵³ et toute assemblée convoquée irrégulièrement peut être annulée⁶⁵⁴.

Or, selon la coutume familiale les associés étaient convoqués par lettre simple. Mais pour la cour d'appel, « aucune coutume, fut-elle familiale, ne permet en l'absence d'un associé lors d'une assemblée générale, d'échapper à la nullité découlant de l'inobservation des formalités imposées par l'article R.223-20 du Code de commerce ». De même, la cour d'appel s'était déjà prononcée sur le report du point de départ de l'article L.235-9 du Code civil. En effet, se posait la question de savoir si le frère, qui invoquait la nullité des délibérations dont certaines remontaient à plus de trois ans, pouvait se voir opposer la prescription de ce même article, alors qu'il n'avait pas été convoqué régulièrement et donc informé. Pour la Cour d'appel « en l'absence de preuve de la convocation des associés, de production du registre des délibérations, il y a lieu de considérer que la prescription n'a couru qu'à compter du jour où il a eu connaissance de ces délibérations ».

L'intégration de l'associé mineur passe donc par une participation effective à la vie sociale. Mais parfois son intégration nécessite une modification de la forme sociale initialement choisie.

⁶⁵¹ CA Bastia ch. Civ., 11 janvier 2012, n° 09/00392 : *BJS* 2012, p.417, note E. MOUIAL BASSILANA.

⁶⁵² C. com. art. L.223-26 al. 1er

⁶⁵³ C. com., art. R.223-20.

⁶⁵⁴ C. com., art.L.223-27 al. dernier.

§.2 L'indispensable transformation de la société lors de la transmission de parts de société en nom collectif ou de société en commandite

289.Lorsque le mineur hérite de parts de SNC ou de société en commandite lui attribuant la qualité de commandité, sous peine de dissolution, la loi impose la transformation de la structure (A).

A. Des transformations imposées par la loi

290.La transformation est forcée dès lors que la société ne remplit plus les conditions de validité de sa forme sociale. Elle devient obligatoire et est imposée par la loi comme condition de survie de la société. L'article L.223-3 du Code de commerce prévoit la transformation d'une SARL dès lors que le nombre maximum d'associé est dépassé. En cours de vie sociale, lorsque le nombre des associés devient supérieur à cent, la SARL doit être transformée dans un délai d'un an. En l'absence de transformation ou si le nombre d'associé n'a pas été ramené au moins à cent la société est automatiquement dissoute. Le législateur permet la survie de la société en changeant sa forme lorsqu'un mineur devient propriétaire de parts de SNC (1) ou acquière la qualité de commandité (2).

1)Le mineur héritier de parts de SNC

291.Parfois le législateur impose la transformation de la société en raison de la personne venant aux droits de l'associé décédé. Celle-ci doit donc intervenir lorsqu'un enfant mineur se trouve héritier de parts de sociétés en nom. En effet, aux termes de l'article L.221-15 du Code de commerce, en cas de continuation de la société et si un ou plusieurs héritiers de l'associé décédé est mineur, « la société doit être transformée, dans le délai d'un an, à compter du décès, en société en commandite dont le mineur devient commanditaire. A défaut, elle est dissoute » et elle doit être liquidée sans possibilité de régularisation.

La transformation s'impose lorsque l'héritier est un enfant mineur non émancipé. Elle s'applique également au mineur émancipé dans le cas où il n'a pas été autorisé par le juge à exercer le commerce. Grâce aux modifications apportées par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 sur l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, il est désormais permis au mineur émancipé d'être commerçant à condition d'y avoir été autorisé par le

juge. Donc lors du décès d'un associé de SNC laissant pour héritier des enfants mineurs et lorsque les statuts contiennent une clause de continuation avec ces derniers, il peut être envisageable de demander leur émancipation. Ainsi, lors de la demande d'émancipation il faudra également solliciter l'autorisation du juge aux affaires familiales qui depuis la loi du 12 mai 2009, exerce les fonctions de juge des tutelles des mineurs, pour que le mineur puisse bénéficier de la qualité de commerçant. Dans ce cas, la transformation de la société ne sera plus nécessaire. Mais cette solution paraît particulièrement dangereuse pour le mineur qui se verrait exposé à une responsabilité indéfinie et solidaire comme tous les associés de SNC, ce qui doit conduire à refuser cette pratique⁶⁵⁵. En effet, une telle pratique conduirait à écarter la protection mise en place par le législateur puisque, en choisissant au contraire la transformation de la société, le mineur se voit attribuer une responsabilité limitée au montant de son apport (qu'il devienne associé commanditaire ou de SARL).

2) Le mineur héritier de parts de société en commandite : associé commandité

292. Concernant la société en commandite simple, l'article L. 222-10 alinéa 2 du Code de commerce impose la transformation de la société lorsque l'associé décédé seul commandité laisse pour lui succéder un héritier mineur et qu'il n'a pas été procédé à son remplacement. Cette solution s'applique également au décès de l'unique associé commandité d'une société en commandité par action laissant un héritier mineur⁶⁵⁶.

De même, la transformation de la société sera indispensable à sa survie lorsqu'un associé commandité de société en commandite simple ou par action décède en laissant pour seul héritier des enfants mineurs. Dans l'hypothèse où, l'associé décédé était le seul commandité et que tous ses héritiers sont mineurs, alors qu'une clause de continuation est comprise dans les statuts, il doit être : soit procédé à son remplacement soit à la transformation de la société dans l'année de son décès. A défaut la société est dissoute de plein droit à l'expiration du délai d'un an⁶⁵⁷. Si, là encore l'émancipation et l'autorisation du juge permettent d'éviter la transformation de la société, elle expose toujours le mineur à une responsabilité indéfinie et solidaire puisque les commandités sont dans la même situation juridique que les associés en nom. Donc pour préserver au

⁶⁵⁵J.Cl. soc., Traité, fasc.33-10 : Transformation de société, n° 11.

⁶⁵⁶ Mémento Lefebvre, *Sociétés commerciales* 2017, n° 59001, p.918.

⁶⁵⁷C. com., art. L.222-10, al.2.

mieux les intérêts du mineur et respecter la finalité des textes, la transformation doit être privilégiée et elle se fera en SARL⁶⁵⁸.

C'est la personne de l'héritier et l'impératif de le protéger contre un engagement trop important qui nécessite la transformation de la société.

B. L'opération de transformation

293. La transformation d'une société est « l'opération consistant à changer sa forme juridique »⁶⁵⁹. Elle est une modification statutaire sans incidence sur la personnalité morale de la société. L'article 18443-3 du Code civile indique que « la transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle ». Le même principe est posé pour les sociétés commerciales à l'article L.210-6 alinéa premier du Code de commerce. Quelle que soit la forme sociale choisie la société qui se transforme doit respecter « les conditions imposées par la loi pour la validité de la société sous sa nouvelle forme »⁶⁶⁰.

294. Le maintien de la personnalité morale signifie que « c'est le même sujet de droit qui existe avant et après la modification de la forme sociale. Il y a donc une parfaite continuité puisque c'est la même personne qui exerce les droits acquis et les obligations souscrites avant la transformation »⁶⁶¹.

La transformation est donc une modification des statuts. Les associés seront alors convoqués lors d'une assemblée générale extraordinaire et celle-ci reste soumise aux mêmes conditions de fond et de forme que n'importe quelle modification statutaire. Toutefois, cette modification statutaire sera soumise à des conditions particulières qui varient selon la forme sociale concernée.

L'article 1836 du Code civil pose que « les statuts ne peuvent être modifiés, à défaut de clause contraire, que par accord unanime des associés ». Pour les sociétés commerciales des conditions spécifiques à chaque type de sociétés sont prévus. S'agissant de la SNC, l'article L.221-6 du Code de commerce impose la règle de l'unanimité des associés.

⁶⁵⁹ Mémento Lefebvre « *Sociétés commerciales* » 2017, n° 2060, p.353.

⁶⁶⁰ *J. Cl.soc.*, Traité, fasc.33-10 : Transformation de société, n° 21.

⁶⁶¹ F-X. LUCAS et J-C PAROT, « Transformations des sociétés : Aspects juridiques et fiscaux, 1^{re} partie » *Act.Prat.et Ingénierie sociétaire* 2003, n°71, p. 9.

Toutefois, certaines décisions pourront être prises à une majorité fixée dans les statuts. Pour la société en commandite simple, une distinction est faite entre les commandités et les commanditaires : « les modifications des statuts peuvent être décidées avec le consentement de tous les commandités et de la majorité en nombre et en capital des commanditaires. Les clauses édictant des conditions plus strictes de majorité sont réputées non écrites »⁶⁶². *A contrario*, certains en déduisent que des conditions moins sévères sont licites⁶⁶³. En principe, toute modification des statuts dans une SCA doit être décidée, sauf clause contraire, à l'unanimité des commandités⁶⁶⁴. Toutefois, lorsque est envisagé une transformation de la société des conditions de majorité spécifique ont été prévues. En effet, l'article L.226-14 du Code de commerce prévoit que la décision de transformation d'une SCA en SARL ou en SA doit être prise avec l'accord de la majorité des associés commandités.

La décision de procéder à la transformation de la société devra être prise par les associés survivants et les représentant légaux du mineur. Le mineur non émancipé soumis à un régime de représentation devra être assisté de ses représentants légaux. La décision de transformation est considérée comme un acte d'administration⁶⁶⁵. Dans ce cas, depuis le premier janvier 2016 lorsque l'autorité parentale est exercée par un seul des parents celui-ci peut seul représenter le mineur lors de cette assemblée générale. Tandis que lorsque l'autorité parentale est conjointe, le mineur pourra être représenté par chacun des administrateurs légaux.

Le mineur émancipé étant considéré comme un majeur pour les actes de la vie civile pourra exercer seul son droit de vote lors de l'assemblée ayant pour ordre du jour la transformation de la société.

⁶⁶² C. com., art. L.222-9 al., 3 et 4.

⁶⁶³ J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, *op.cit.*, n° 341, p.353.

⁶⁶⁴ C.com., art. L.226-11.

⁶⁶⁵ JOAN Q 4 février 1980, p.429 : A propos du pouvoir des époux sur des parts sociales communes. Le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 classe la décision de modification des statuts parmi les actes de disposition pouvant être regardés comme des actes d'administrations (colonne 2 de l'annexe 2) s'ils ont de faibles conséquences sur le patrimoine du mineur. Au regard de la portée de l'engagement du mineur qui reste limitée au montant de son apport la décision de transformation de SNC ou de société en commandite en société à responsabilité limitée ou en commandite en qualité de commanditaire doit être regardée comme un acte de disposition.

295. Pour effectuer la transformation, qui n'est pas automatique, la loi fixe donc un délai d'un an à compter du décès. Au terme de l'année, si la transformation n'a pas eu lieu, la société est dissoute mais la dissolution n'intervient qu'à cette date, elle ne peut pas rétroagir au jour du décès de l'associé⁶⁶⁶. En cas de non-respect du délai d'un an pour procéder à la transformation, la société est dissoute et aucun moyen ne permet d'y remédier. A l'expiration du délai, la société est en état de liquidation et il a été précisé par la Cour de cassation qu'une société dissoute ne peut être transformée⁶⁶⁷.

296. Même si la loi prévoit une transformation en commandite simple, l'adoption d'une autre forme, comme la société à responsabilité limitée reste possible puisque la responsabilité du mineur reste limitée au montant de son apport. En effet, pour certains auteurs, est licite la clause de transformation de la SNC en société à responsabilité limitée⁶⁶⁸. Le statut des commanditaires est calqué sur celui des associés de société à responsabilité limitée dans la mesure où leur risque est plafonné.

Transformation d'une SNC ou d'une SCS en SARL

Ces cas de transformation ne sont pas expressément réglementés ; le Code de commerce ne consacre aucune disposition particulière.

Lors de la constitution de la SNC ou de la SCS, des apports en nature ont pu être effectués par l'associé décédé. Dans ces types de société les apports en nature ne font pas l'objet d'une procédure de vérification. En revanche, en présence d'apport en nature lors de la constitution ou en cours de vie sociale d'une SARL, les statuts doivent contenir une évaluation de chaque apport en nature sous le contrôle d'un commissaire aux apports. Une telle évaluation doit -elle être effectuée en cas de transformation d'une SNC en SARL ? Dans une décision ancienne rendue à l'occasion de la transformation d'une SNC en SARL, la Cour de cassation a considéré que devait être respectée l'obligation d'évaluation des apports en nature, quelle que soit l'origine de la société : « le régime d'une SARL ne saurait être différent selon qu'elle existe sous cette forme par

⁶⁶⁶ J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, *op.cit.*, n° 311, p.310.

⁶⁶⁷ Cass.com. 12 novembre 1992, n° 91-10303 : JCP G 1993, 22039, note Y. GUYON ; *RJDA* 3/93, n° 225.

⁶⁶⁸ J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, *op.cit.*, n°311, p.310.

transformation d'une société d'autre nature déjà existante ou qu'elle a été constituée telle dès l'origine »⁶⁶⁹.

Lorsqu'un bien immobilier a fait l'objet d'un apport, en cas de transformation de la société en SARL l'article L.223-9 alinéa premier du Code de commerce s'applique. En présence d'associé mineur, lors de la transformation l'évaluation proposée par le commissaire aux apports devra être retenue afin d'écartier tout risque de responsabilité solidaire. Cependant, les biens immobiliers acquis par la société avant sa transformation restent dans son patrimoine et ne peuvent être regardés comme des apports nécessitant l'évaluation d'un commissaire aux apports⁶⁷⁰. Une SCI, qui avait acquis un immeuble, avait lors d'une assemblée générale décidé sa transformation en SARL. Cette dernière avait par la suite été placée en redressement puis en liquidation judiciaire. Le liquidateur avait alors demandé en justice l'autorisation de procéder à la cession de l'immeuble. Cependant, pour s'opposer à cette demande, le gérant et la SARL avaient contesté la régularité de la transformation. La cession ayant été autorisée par les juges du fond, un pourvoi en cassation fût formé. Pour les demandeurs, les statuts de SARL devaient contenir l'évaluation de chaque apport en nature, arrêtée sous la responsabilité d'un commissaire aux apports, que ce soit lors de la constitution de la société ou lorsque la SARL résulte d'une transformation. Or, les statuts ne mentionnaient pas l'existence de cet apport en nature donc aucune transformation de la SCI en SARL ne pouvait avoir eu lieu, faute d'indication des apports de la SARL résultant de la transformation de la SCI. La Cour de cassation rejette le pourvoi et rappelle que la SCI et la SARL ne constituaient pas deux sociétés distinctes mais bien une seule et même personne morale. L'immeuble acquis par la société à l'époque où elle était une SCI était resté dans son patrimoine malgré le changement de forme sociale. Ce changement n'ayant alors donné lieu à aucun apport de l'immeuble de la SCI à la SARL, l'intervention d'un commissaire aux apports était donc inutile.

297. A l'égard de la société, la transformation prendra effet au jour où elle a été décidée mais elle ne sera opposable aux tiers qu'après l'accomplissement des formalités de publicité.

⁶⁶⁹Cass. Chambre civile, 17 juin 1936.

⁶⁷⁰ Cass.com., 27 mai 2015, n° 13-27.458, *JurisData* n° 2015-012557 : *BJS* 2015, p. 587, note E. CICQUIAUD ; *Dr. sociétés* 2015, comm.146, note H. HOVASSE. Ce dernier recommande également, ici, de respecter la règle d'évaluation des apports en nature par un commissaire aux apports de l'article L.223-9 du Code de commerce.

La transformation régulière d'une société en une forme nouvelle n'entraîne donc pas la création d'une personne morale nouvelle et elle ne devient opposable aux tiers qu'après l'accomplissement des formalités de publicité.

La transformation ne provoquant pas la dissolution de la société, c'est toujours la même personne qui existe mais sous une forme sociale nouvelle. Par conséquent, la nouvelle société dispose du même patrimoine, conserve la même dénomination sociale et « les droits et obligations contractés par la société sous sa forme ancienne, subsistent sous sa forme nouvelle, sans qu'aucune formalité ne doive être accomplie »⁶⁷¹.

Les nouveaux droits sociaux sont réputés créés à compter de la date de la décision de transformation « et par le jeu de la subrogation réelle, ils prennent la place des droits anciens »⁶⁷². A partir de cette date, les associés sont assujettis à toutes les règles de la nouvelle forme sociale choisie. Donc si une société à risques illimités se transforme en société à risques limités, les associés verront pour l'avenir leur responsabilité limitée au montant de leur apport. Pour le mineur qui hérite de parts de société en nom, la transformation en SARL ou SCS en prenant la qualité de commanditaire fera que sa responsabilité sera limitée au montant de son apport.

Toutefois dans certaines circonstances, une sortie de la société sera préférable.

⁶⁷¹J. Cl. Société, fasc.1109, n° 31.

⁶⁷²Ph. MERLE, op.cit., n° 125, p.148 ;

Section 2 : Le choix de la sortie du mineur de la société

298. Le mineur devenu associé en cours de vie sociale peut dans son intérêt, lorsque par exemple l'endettement de la société est trop important, quitter la société. En effet, les intérêts du recours à la structure sociétaire, abordés en première partie, ne doivent pas faire oublier les conséquences d'un tel engagement. Le risque financier encouru par le mineur devenu associé d'une société civile ne doit pas être négligé. Même si l'associé mineur peut faire l'objet d'une protection particulière dans certaines circonstances comme en cas d'emprunt, sa minorité ne l'empêche pas de se soustraire à son obligation aux dettes sociales. Bien que des aménagements conventionnels soient envisageables lorsque la société est pensée avec le mineur, lorsque son arrivée n'a pas été anticipée la portée de son engagement reste considérable. Ses représentants légaux peuvent alors choisir de le « retirer » de la société et d'organiser son départ (§1).

Mais sa sortie peut également être souhaitée par les autres associés. La particularité des sociétés de famille tient au fait que viennent se superposer aux rapports entre associés des liens familiaux. Ce départ peut donc également être fait dans l'intérêt de la société comme lorsque les relations familiales se détériorent. En cas de mésentente ou de risques pour la survie de la société certains associés peuvent être tentés de procéder à son exclusion. Mais en l'absence d'une telle clause statutaire, l'exclusion de l'associé en raison de sa minorité ne pourra être obtenue. (§2).

§1 : Le départ organisé du mineur

299. Le départ du mineur peut se faire de différentes manières. Dans les sociétés civiles, le mineur peut sous certaines conditions quitter la société sans avoir à rechercher un successeur grâce à son droit de retrait. Le retrait permet aux représentants légaux ou au mineur émancipé de quitter la société sans chercher un acquéreur pour les parts sociales qu'il détient. Il s'agit d'un droit personnel que seul un associé peut exercer⁶⁷³. Il présente un grand intérêt en cas de mésentente familiale. En effet, le mineur peut quitter la société qui fonctionne normalement malgré des relations familiales conflictuelles. Le mineur, qui devra être représenté pourra exercer son droit de retrait (A).

⁶⁷³ Cass.com. 4 décembre 2012, n° 11-14.592, *JurisData* n° 2012-028181 : JCP E 2013, 1150, note Ch. LEBEL ; *BJS* 2013, p. 212, note M-H. MONSERIE-BON.

Les autres formes sociales ne permettent pas aux associés de quitter ainsi la société. Il sera alors possible de procéder à la cession des parts sociales appartenant à l'associé mineur dans le respect des dispositions légales et statutaires (B).

A.L' exercice du droit de retrait

300. L'exercice du droit de retrait par l'associé a pour finalité son départ de la société. La sortie de l'associé peut être voulue par celui-ci. Il lui est donc possible d'exercer son droit de retrait et d'obtenir le remboursement de ses droits sociaux. Ce droit « offre à l'associé vulnérable le moyen de préserver ses intérêts patrimoniaux en quittant rapidement une société dont il est indéfiniment tenu des dettes sociales »⁶⁷⁴. Le droit de retrait a été généralisé aux sociétés civiles par la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 et se définit « comme la manifestation de volonté de l'associé de reprendre ses apports en contraignant la société à lui racheter ses parts sociales en vue de leur annulation »⁶⁷⁵. L'article 1869 du Code civil précise qu'un associé peut se retirer de la société : dans les conditions prévues dans les statuts soit par décision unanime des autres associés, soit par une décision de justice, pour juste motif. En revanche, cette possibilité de retrait n'est pas offerte aux associés de sociétés en nom⁶⁷⁶. L'exercice du droit de retrait est une décision de l'associé (1) qui devra reposer sur de justes motifs (2) pour produire ses effets (3).

1) La décision de l'associé

301. Ce droit se distingue de la cession de parts sociales, même si sa finalité est identique, à savoir le départ de l'associé. Il se distingue également de l'exclusion car, en cas de retrait, l'initiative de la sortie vient de l'associé. Il s'agit d'un droit propre de l'associé mais, concernant l'associé mineur, ce droit devra être mis en œuvre par son ou ses représentants légaux. L'exercice du droit de retrait s'analyse juridiquement comme un rachat de droits sociaux de l'associé par la société et il s'effectue sous la forme d'une réduction de capital par l'annulation des parts de l'associé qui exerce son droit de retrait⁶⁷⁷.

⁶⁷⁴ S. LACROIX-De SOUSA, *art. préc.*, n° 50.

⁶⁷⁵ Ch. LEBEL, « Le droit de retrait de l'associé, *in* *Mél. R. LE GUIDE*, 2014, LexisNexis, n° 2, p.747.

⁶⁷⁶ P. LE CANNU, B. DONDERO, *op.cit.*, n°1394, p.894.

⁶⁷⁷ Mémento Lefebvre « *Sociétés civiles* » 2012, n° 20233, p.461.

Le mineur émancipé, capable comme un majeur, pourra seul exercer ce droit. En revanche, le mineur non émancipé soumis à un régime de représentation ne pourra agir lui-même. Il faut donc qualifier l'acte de retrait pour déterminer les modalités d'intervention des représentants légaux.

Les textes ne donnent pas de précision et le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 ne se prononce pas directement non plus. Il a été mis en avant que le retrait emporte un transfert de propriété et qu'il ne relève pas des actes de gestion courante⁶⁷⁸. Il doit donc être regardé comme un acte de disposition qui en fonction des circonstances pourra être considéré comme un acte d'administration. Dans ces circonstances afin d'assurer la meilleure des protections possibles c'est la qualification la plus contraignante qui doit être retenue. Ainsi, « dans le régime de l'administration légale, le traitement est celui d'un acte de disposition sans autorisation nécessaire du juge des tutelles »⁶⁷⁹. Lorsque l'administration légale est conjointe l'intervention des deux représentants légaux est indispensable. Si l'autorité parentale n'est exercée que par un parent, il pourra agir seul sans autorisation préalable du juge des tutelles, quelle que soit la qualification retenue.

2) les formes du retrait : l'exigence de justes motifs largement entendue

302. Tout d'abord, les conditions d'exercice du droit de retrait peuvent être prévues dans les statuts. Dans ce cas, elles devront être respectées mais elles ne doivent pas avoir pour finalité de priver l'associé d'un tel droit. Par exemple, il est admis que les statuts peuvent prévoir qu'un associé ne pourra se retirer qu'après l'écoulement d'un certain délai ou qu'avant de demander en justice le retrait il présente aux autres associés une offre de cession de ses parts⁶⁸⁰. L'associé d'une SCI avait saisi le tribunal de grande instance d'une action en retrait. Or, une disposition statutaire prévoyait que la demande en retrait par décision de justice impliquait « l'offre préalable faite par l'associé qui se retire aux autres associés de leur céder les parts concernées par la demande ». Si pour les juges du fond cette demande de retrait judiciaire faite immédiatement était recevable, pour la Cour de cassation non. Elle casse la décision rendue au visa des articles 1134 et 1869 du Code civil : pour la cour, la demande de retrait judiciaire était irrecevable puisque les statuts imposaient au préalable, à l'associé demandeur, de

⁶⁷⁸ S. LACROIX-De SOUSA, art. préc., n° 50.

⁶⁷⁹ F. JULIENNE, *Déf.* 2020, n° 155v8, p. 17

⁶⁸⁰ Cass.com., 20 mars 2007, n° 05-18.892 : *BJS* 2007, p.890, note J-J. BARBIERI.

proposer aux autres associés de leur céder ses parts. En effet, « si le retrait judiciaire apparaissait ici subsidiaire, c'est parce que les statuts le prévoyaient expressément »⁶⁸¹. Un associé qui souhaite se retirer doit donc le faire dans les conditions fixées par les statuts. Toutefois, en l'absence de clause statutaire le retrait n'est possible que s'il a été autorisé par une décision unanime des autres associés. Dans ce cas, l'associé qui sollicite l'autorisation ne peut prendre part au vote⁶⁸². L'administrateur légal, ne pourra prendre part au vote lorsque l'assemblée des associés devra se prononcer sur la demande de retrait de l'associé mineur mais en tant que représentant de l'associé il devra être convoqué. En cas d'inaction du gérant c'est-à-dire lorsqu'il garde le silence ou refuse de convoquer une assemblée générale pour se prononcer sur une demande de retrait qui lui a été faite, il appartient à l'associé concerné de faire procéder à la nomination d'un mandataire chargé de provoquer la délibération des associés⁶⁸³.

Lorsque la constitution d'une société civile est envisagée avec la participation d'un mineur, la possibilité d'exercice du droit de retrait ne doit pas être négligée. Les statuts doivent en fixer les modalités pour que la sortie de l'associé mineur soit plus aisée. La détermination de la « majorité » sera déterminante.

Enfin, le retrait de l'associé peut être le fait d'une décision de justice mais uniquement pour justes motifs, qu'il soit ou non prévu dans les statuts. La notion de justes motifs est appréciée par les juges du fond de façon subjective « par rapport à la situation personnelle de l'associé sans prendre en considération celle de la société, ne laissant pas prévaloir l'intérêt social sur les intérêts individuels, des associés⁶⁸⁴.

⁶⁸¹ F-X. LUCAS, *Dr. sociétés* 2007, comm. 92.

⁶⁸² Ch. LEBEL, *op.cit.*, n° 19, p.754.

⁶⁸³ Cass.com, 27 janvier 1998, n° 95-16.876, JurisData n° 1998-000216 : BJS 1998, p.538, note J-P. GARCON. Deux associés d'une société civile avaient saisi le gérant qui était également l'associé majoritaire d'une demande de retrait. Cependant, le gérant opposé à ces retraits refusait de provoquer la tenue d'une assemblée. Face à son refus, les associés demandèrent leur retrait en justice pour juste motif. N'ayant obtenu gain de cause la Cour de cassation avait été amenée à se prononcer et cette dernière approuva la Cour d'appel de Paris d'avoir retenue « *qu'il appartenait aux associés, en présence d'un gérant qui gardait le silence ou s'opposait à la demande de convoquer une assemblée générale, de faire procéder à la nomination d'un mandataire chargé de provoquer la délibération des associés, conformément à l'article 39 du décret du 3 juillet 1978, ce qu'ils ne soutiennent pas avoir fait* ».

⁶⁸⁴ Ch. LEBEL, *op.cit.*, n° 20, p.755.

S'il est permis au juge du fond de prendre en compte la situation personnelle de l'associé demandant le retrait, la simple convenance personnelle ne peut constituer un motif de retrait⁶⁸⁵.

Toutefois, la mésentente familiale peut constituer un juste motif de retrait y compris lorsqu'elle n'affecte pas le bon fonctionnement de la société⁶⁸⁶. Une SCI avait été constituée entre un couple et leurs trois enfants. Les différents familiaux existants depuis le décès de leur mère ont conduit l'une d'entre eux à assigner ses coassociés pour être autorisée à se retirer de la société. Cependant, sa demande fut rejetée par la cour d'appel de Paris. Pour cette dernière une mésentente familiale ne peut constituer un juste motif de retrait que si elle constitue un obstacle au bon fonctionnement de la société ou caractérise un abus de majorité, or en l'espèce le conflit familial n'affectait pas le bon fonctionnement des différentes sociétés. Toutefois la Cour de cassation casse la décision rendue : « *en statuant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si les justes motifs ne résidaient pas dans la disparition de l'affectio societatis consécutive aux conflits familiaux opposant les associés, à la perte de confiance de Mme Martine L (demandeur) envers le gérant, aux plaintes pénales déposées et à l'opposition des parties quant à la gestion des immeubles, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». La mésentente entre les associés⁶⁸⁷ a permis le retrait de l'associé malgré l'absence de dysfonctionnement de la société cependant « *l'affectio societatis ne requiert pas l'affection des associés les uns pour les autres. Cette méprise sur la signification de l'affectio societatis entraîne le retrait dans une dérive qui emporte avec elle le caractère obligatoire du contrat de société. Le retrait doit demeurer exceptionnel. Hors le cas d'un motif sérieux tiré de la situation personnelle d'un associé, il doit être conçu comme un remède à la maltraitance d'associé* »⁶⁸⁸.

La jurisprudence a une conception large de la notion de juste motif comme le souligne également une décision de la cour d'appel de Paris⁶⁸⁹. Une SCI avait été constituée entre

⁶⁸⁵ Cass.com., 8 mars 2005, *JurisData* n° 2005-027513 : *Dr. sociétés* 2005, comm.154, note F-X. LUCAS.

⁶⁸⁶ Cass. civ.3, 4 avril 2019, n° 17-31.052, *JurisData* n° 2019-005242.

⁶⁸⁷ Bien que le conflit familial n'ait pas perturbé le fonctionnement de la société, il avait conduit la candidate au retrait à démissionner de sa fonction de cogérante. De même, elle demandait son retrait en raison du refus de son frère de lui communiquer les comptes et de son attitude menaçante qui l'avait conduite à déposer une plainte pénale pour violences physiques.

⁶⁸⁸ H. HOVASSE, *Dr. sociétés* 2019, comm.123,

⁶⁸⁹ CA Paris, chambre 25, section B, 4 octobre 2002, n° 2000/19327, *JurisData* n° 2002-189266 : *BJS* 2003, p.224, note D. RANDOUX.

un couple et leur fils et avait pour objet la propriété, l'administration et l'exploitation d'un immeuble de famille. Suite au décès des parents, les parts sociales ont été réparties entre leur fils, son épouse, leurs enfants et sa sœur. Un important conflit familial a alors vu le jour. Pour la Cour d'appel de Paris, la mésentente entre les associés n'était pas un motif de dissolution de la société faute de paralysie dans son fonctionnement. En effet, malgré la discorde familiale, la société fonctionnait normalement puisque les assemblées étaient régulièrement convoquées, le gérant lui fournissait les informations dont elle faisait la demande et adressait les rapports de gérance ainsi que les procès-verbaux des délibérations d'assemblées. En revanche, cette mésentente grave justifiait le retrait de l'associé qui « *ne retire aucun bénéfice, mais est tenu d'en supporter les charges. En outre, sa position de minoritaire n'est pas de nature à lui permettre de faire prévaloir ses vues face au front solidaire des autres associés* ».

L'existence de justes motifs est appréciée largement par la jurisprudence et pourrait porter atteinte au caractère exceptionnel du droit de retrait. Comme le souligne un auteur, « il ne faudrait pas que l'article 1869 du Code civil devienne une échappatoire providentielle pour les associés dont la foi vacille et qui souhaitent mettre un terme à l'aventure sociale de manière très confortable, c'est-à-dire sans avoir à se préoccuper de trouver un acquéreur de leurs droits sociaux mais en demandant à la société qu'elle leur rembourse leur mise. Le retrait judiciaire pour justes motifs doit demeurer exceptionnel et il convient de prendre la mesure du danger qu'il y aurait à l'admettre trop aisément. Si une société ne doit pas être une prison, il ne faut pas non plus qu'elle devienne un moulin... »⁶⁹⁰.

303. Peut également exercer son droit de retrait l'associé tenu à l'écart de la vie sociale. En effet, constitue un juste motif de retrait le défaut de communication de documents auxquels tout associé à droit ainsi que l'atteinte à son droit de vote⁶⁹¹. Au décès de leur

⁶⁹⁰ F-X. LUCAS, *BJS* 2007, n° 2007-055, p. 271.

⁶⁹¹ CA Rouen, 1^{er} ch., sect. A, 20 juin 2001, n° 99-04551, *JurisData* n° 2001-162048.

Lorsqu'un associé est traité comme un intrus, qu'il se trouve écarté de la vie sociale, cette position peut constituer un juste motif de retrait. Telle est la solution retenue par une cour d'appel : CA Bordeaux, 2^e chambre civile, 28 janvier 2014, n° 11/07063, *JurisData* n° 2014-001451. Une SCI avait été constituée entre trois associés et la demande de retrait présentée par l'un d'entre eux lors d'une assemblée générale n'avait pas recueilli l'accord unanime des autres associés comme les statuts le prévoyaient. Ce dernier assigna alors la société et ses associés. Pour les juges du fond, il y avait une réelle mise à l'écart de l'associé demandeur de la vie sociale : l'absence de convocation aux assemblées générales, d'information, de

père, un frère et une sœur sont devenus titulaires de parts sociales dans deux SCI gérées par leur oncle. Ils ont assigné les sociétés ainsi que les autres associés afin de se voir autorisés, par le tribunal de grande instance, à se retirer des deux sociétés. Le tribunal fit droit à la demande de retrait du frère mais débouta la sœur de sa demande. La cour d'appel de Rouen autorisa toutefois le retrait des deux associés. Tout d'abord, la cour précise que le défaut d'information sur des éléments primordiaux que sont les comptes de la société, malgré les demandes faites par un associé, constitue un juste motif de retrait. En effet, l'article 1855 du Code civil prévoit que les associés ont le droit d'obtenir, au moins une fois par an, communication des livres et des documents sociaux. Or, le frère n'a jamais obtenu de réponse à sa demande, faite au gérant, de communication des bilans de la société. De plus, l'article 1844 alinéa premier du Code civil dispose que tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Or, la sœur avait été privée de son droit d'y voter et n'avait pas pu bénéficier des informations auxquelles elle avait droit, même si elle n'en n'avait pas fait la demande. Pour la cour d'appel de Rouen, la mise à l'écart des associés de la vie sociale constitue un juste motif de retrait. Lorsque les relations familiales aboutissent à la mise de côté de l'associé mineur et de ses représentant, le retrait judiciaire de ce dernier pourra être demandé afin qu'il puisse obtenir le remboursement de la valeur de ses droits sociaux.

3) Les effets du retrait

304. En exerçant son droit de retrait l'associé perd sa qualité d'associé et tous les droits qui y sont attachés. Toutefois, pour la Cour de cassation « *l'associé qui est autorisé à se retirer d'une société civile pour justes motifs par une décision de justice, sur le fondement de l'article 1869 du Code civil, ne perd sa qualité d'associé qu'après remboursement de la valeur de ses droits sociaux* »⁶⁹². Donc tant que le remboursement des droits n'a pas été effectué il demeure associé et conserve les mêmes droits et reste tenu des mêmes obligations. Tant que l'associé n'a pas obtenu le remboursement complet de la valeur de ses parts sociales, il conserve ses droits patrimoniaux et pourra continuer à percevoir

participation aux bénéfices de la société (loyers , fermages) et de jouissance du domaine constituaient de justes motifs de retrait au sens de l'article 1869 du code civil.

⁶⁹² Cass.com., 17 juin 2008, n° 06-15045, : *JurisData* n° 2008-044423 : JCP G 2008, 10169, note Ch. LEBEL ; *RTD com.*2008, p.588, obs. M-H. MONSERIE-BON.

les dividendes⁶⁹³. L'associé d'une SCI avait été autorisé par le juge à se retirer de la société. Cette dernière lui avait remboursé 80% de la valeur de ses parts sociales. Les associés ont alors estimé qu'il ne pouvait prétendre à l'intégralité des dividendes. La société et les associés ont alors demandé à ce que l'associé soit condamné à rembourser les dividendes qu'il avait perçus dans la proportion de la fraction de la valeur des parts correspondant aux paiements effectués en exécution du jugement. Cependant, pour la Cour de cassation malgré un remboursement partiel, le bénéficiaire conserve sa qualité d'associé et les droits qui y sont attachés : « *la SCI ayant elle-même fait valoir que, n'ayant pas été intégralement remboursé de la valeur de ses parts, M. X (le retrayant) avait conservé sa qualité d'associé lors de la perception des dividendes dont elle demandait le remboursement partiel, la cour d'appel en a exactement déduit, (...), que la SCI devait être déboutée de cette demande* ». Pour la Cour, la perception des dividendes étant liée à la qualité d'associé, qui disparaît au jour du remboursement complet de la valeur des parts, l'associé autorisé à se retirer a droit à l'intégralité des dividendes. En effet, comme le souligne un auteur « les paiements partiels acceptés par le débiteur éteignent partiellement une créance mais la qualité d'associé ne se divise pas, de telle sorte que l'associé retrayant demeure investi de tous ses droits jusqu'à parfait paiement. C'est le mérite reconnu à la solution de la Cour de cassation que d'inciter la société à désintéresser rapidement l'associé retrayant pour le priver de sa qualité d'associé »⁶⁹⁴. L'associé qui se retire pourra, jusqu'au remboursement de la valeur de ses parts, bénéficier de ses droits pécuniaires mais également exercer ses droits politiques. Il pourra avoir accès aux assemblées et y voter⁶⁹⁵. De même, « l'associé qui s'est retiré de la société reste fondé à faire valoir son droit d'information pour des documents afférents à une période où il était encore associé »⁶⁹⁶.

Étant toujours associé, il reste également tenu des dettes sociales devenues exigibles avant son retrait. Lorsque l'associé mineur est tenu d'une dette sociale importante

⁶⁹³ Cass. com., 27 avril 2011, n° 10-17.778, *JurisData* n° 2011-007260 : *BJS* 2011, p.876, note R. MORTIER. A propos d'une SCP, la cour d'appel de Paris est venue rappeler que l'associée retrayante avait droit à la part de bénéfices pour la période séparant l'exercice du retrait et le rachat de ses parts : CA Paris, Pôle 2, chambre 2, 10 janvier 2019, n° 16/25765, *JurisData* : 2019-000151.

⁶⁹⁴ H. HOVASSE, *Dr. sociétés* 2011, comm.151.

⁶⁹⁵ M. STORCK, « Les aménagements statutaires du retrait ou de l'exclusion d'un associé d'une SCI », *Déf.* 2018, p. 27.

⁶⁹⁶ *Mémento Pratique Francis Lefebvre, Sociétés civiles, 2020*, p.522, n° 20235.

devenue exigible, son retrait de la société sera inefficace. Il ne pourra échapper au paiement.

Toutefois, il semble au regard d'une jurisprudence récente, que la Cour de cassation permette d'aménager conventionnellement les conséquences financières du retrait et notamment la répartition des bénéfices⁶⁹⁷. En l'espèce, l'associé d'une SCP, propriétaire de parts en industrie et en capital, s'était retiré de la société et mis fin à son activité d'avocat. Il avait été conventionnellement prévu que la répartition des bénéfices serait fondée sur l'industrie de chaque associé, et non sur sa participation au capital social, de sorte que les parts sociales ne confèrent aux associés qu'une vocation à percevoir des bénéfices dont le montant serait fixé sur la base de leur contribution effective à l'activité de la société. La première chambre civile rappelle ici que « *l'associé retrayant conserve ses droits patrimoniaux tant qu'il n'a pas obtenu le remboursement intégral de ses parts sociales* » et ajoute que les associés ont toutefois « *la liberté de conclure des conventions dérogeant à cette règle pour déterminer leurs relations financières lors du retrait de l'un d'entre eux* ».

Il semble que cette solution puisse s'appliquer à toutes les sociétés civiles et pas seulement aux SCP⁶⁹⁸ bien qu'il soit difficile de l'affirmer car, comme le souligne un auteur, « si permettre aux associés de structures professionnelles de prévoir que ceux qui cessent de travailler ne seront pas rétribués de la même façon que ceux qui travaillent apparaît tout à fait sain – et même salutaire, si l'on souhaite éviter que des retrayants ne « jouent la montre » en faisant traîner l'évaluation de leurs droits sociaux pour toucher plus longtemps des bénéfices générés par l'activité d'autres qu'eux –, le problème se pose en des termes un peu différents dans une SCI où les associés ne détiendraient que des parts en capital »⁶⁹⁹.

305. Le remboursement des droits sociaux sera effectué dans les conditions de l'article 1869 alinéa 2 du Code civil soit :

⁶⁹⁷ Cass. 1^{er} civ., 8 janvier 2020, n° 17-13.863, *JurisData* n° 2020-000161 : *Gaz. Pal.* 2020, p. 80, obs. E. CASIMIR.

⁶⁹⁸ D. GALLOIS-COCHET, *JCP G* 2020, 270 : « le fait que cette solution soit fondée sur un texte de droit commun justifie une portée élargie à toute société dans laquelle un droit de retrait peut s'exercer : société civile (...) » ; R. MORTIER, *Dr. sociétés* 2020, comm. 47 : « La solution nous semble valoir pour toutes les sociétés civiles, en ce qu'elle est fondée notamment sur l'article 1869 du Code civil, texte régissant le retrait dans la société civile en général, dont la SCP n'est qu'une déclinaison ».

⁶⁹⁹ E. CASIMIR. *art. préc.*

- selon les dispositions de l'article 1844-9 alinéa 3 du Code civil, l'associé sortant peut obtenir des biens en nature. L'associé pourra se voir restituer le bien qu'il avait apporté ou d'autres biens si les statuts le prévoient et à défaut une décision unanime des associés sera nécessaire. Toutefois, si l'attribution en nature n'est pas suffisante elle peut être complétée par un versement en numéraire. De plus, la Cour de cassation est venue préciser que « l'associé qui se retire d'une société civile peut obtenir que lui soient attribués les biens qu'il a apportés lorsqu'ils se retrouvent en nature dans l'actif social »⁷⁰⁰.

- par le rachat des droits sociaux : l'évaluation des droits sociaux, à défaut de disposition statutaire doit être déterminée à la date la plus proche de leur remboursement⁷⁰¹. En cas de contestation sur la valeur des parts sociales, celle-ci sera déterminée par un expert désigné par les parties et à défaut d'accord par ordonnance du président du tribunal⁷⁰².

306. L'associé qui souhaite se retirer doit être vigilant lors de l'aménagement de ses conditions de départ. En effet, l'associé qui se retire et qui par convention renonce à toute action liée à son retrait, ne peut ensuite agir contre la société en remboursement de son compte courant d'associé⁷⁰³. L'associé d'un GAEC qui souhaitait se retirer avait assigné celui-ci et ses associés. Un procès-verbal de conciliation avait été conclu et les parties s'étaient accordées sur le principe du retrait et ses modalités. Cependant, le retrayant a par la suite assigné le GAEC afin d'obtenir le paiement du solde de son compte courant d'associé. Sur ce point, la cour d'appel de Colmar s'était opposée au remboursement aux motifs que la transaction portait « *non seulement sur les conséquences du retrait mais aussi sur la liquidation des droits des parties* » et qu'aucune

⁷⁰⁰ Cass. 3^e civ., 12 mai 2010, n° 09-14.747, *JurisData* n° 2010-005910 : une SCI avait été constituée entre un couple et deux autres associés. Suite à une mésentente entre les héritiers des associés, le couple qui avait apporté en nature des terrains avaient assigné la société et les associés pour obtenir l'autorisation de se retirer de la société et la restitution en nature des biens apportés. Si le tribunal de grande instance autorisa les époux à se retirer et leur attribua les immeubles affectés à l'exploitation du camping, pour la cour d'appel d'Amiens l'« associé retrayant ne peut prétendre qu'au remboursement de ses droits sociaux mais pas à la reprise de son apport en nature ». *BJS* 2010, p.825, note J-P. GARCON ; *JCP E* 2010, 1794, note Ch. LEBEL.

⁷⁰¹ Cass.com., 4 mai 2010, n° 08-20693 : *RTD com.* 2010, p.571, obs. M-H. MONSERIE-BON.

⁷⁰² C.civ., art.1843-4 al 1^{er}.

⁷⁰³ Cass.com., 2 octobre 2019, n° 17-31.224, *JurisData* n° 2019-017148 : *Gaz.Pal.* 2020, p. 56, obs. A. DALION.

réserve n'avait été émise quant à la liquidation de ces droits, qu'au contraire, les modalités de cette liquidation démontrent que les parties avaient entendu prendre en compte tous les aspects du fonctionnement du groupement depuis l'association des associés. Elle le condamne ainsi à des dommages et intérêts pour appel abusif, le retrayant forma un pourvoi en cassation. La Cour de cassation casse partiellement la décision : elle retient cependant que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'interprétation de la volonté commune des parties, rendue nécessaire par l'ambiguïté de leur convention, que la cour d'appel, a retenu qu'en renonçant à toute action liée à son retrait de la société, le demandeur avait renoncé à agir à l'encontre du GAEC en remboursement de son compte courant d'associé, de sorte que sa demande était irrecevable.

307. Une fois le remboursement effectué, les parts sociales de l'ancien associé doivent être annulées et le capital social réduit. Comme lors d'une cession de parts, le départ de l'associé est soumis aux mêmes formalités de publicité. Le retrait ne sera opposable aux tiers qu'à compter de sa publication. Toutefois, dans les structures n'autorisant pas l'exercice du droit de retrait, la cession des parts sociales appartenant au mineur peut être envisagée.

B. La cession des parts sociales appartenant au mineur

308. Le mineur émancipé, « capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile »⁷⁰⁴ peut seul, comme n'importe quel associé, procéder lui-même à la cession de ses parts sociales. En revanche, pour le mineur non émancipé, dans un souci de protection de ses intérêts, le législateur a instauré une réglementation particulière. Mais celle-ci ne s'applique pas aux parts sociales non négociables.

Il convient alors d'apprécier la protection accordée à l'associé mineur lors de la cession de parts sociales négociables (1) et non négociables (2).

⁷⁰⁴ C. civ., art 413-6.

1) La cession des parts négociables

309. Avant le premier janvier 2016, les cessions de titres, quelle qu'en soit la nature, pouvaient être effectuées librement par les administrateurs légaux sans autorisation du juge des tutelles que la cession soit qualifiée d'acte d'administration ou de disposition⁷⁰⁵. Cependant, l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 est venue modifier ce dispositif « dans un sens restrictif de la liberté des administrateurs légaux »⁷⁰⁶. Désormais, l'article 387-1, 8° du Code civil soumet à l'autorisation préalable du juge des tutelles « la réalisation d'un acte portant sur des valeurs mobilières ou instruments financiers au sens de l'article L. 211-1 du code monétaire et financier, si celui-ci engage le patrimoine du mineur pour le présent ou l'avenir par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives du mineur ».

Le champ d'application de ce texte reste large et « parmi les titres sociaux, seules les parts sociales non négociables (parts de société civile, de sociétés à responsabilité limitée notamment) ne constituent pas des instruments financiers et ne relèvent donc pas de l'article 387-1 »⁷⁰⁷.

Donc, lorsque les administrateurs légaux ou l'administrateur légal exerçant seul l'autorité parentale souhaitent céder des titres de sociétés cotées ils devront solliciter l'autorisation préalable du juge dès lors que l'opération revêt une certaine importance. Toutefois, lorsque la cession n'a que de faibles conséquences sur le patrimoine du mineur l'autorisation du juge ne sera plus indispensable : la cession doit alors être regardée comme un acte de disposition. Ainsi, en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale la cession devra être autorisée par les deux parents, le juge ne devra intervenir qu'en cas de désaccord. En revanche, en cas d'exercice de l'autorité parentale par un seul des parents ce dernier pourra seul effectuer la cession.

⁷⁰⁵ C. FARGE et J-M. PLAZY, « La vente d'actions non cotées par un mineur sous administration légale pure et simple » *JCP N* 2015, 1104, n°6.

⁷⁰⁶ P. CAMELO-CASSAN, « Les parents terribles de l'abus de droit : la donation-cession à l'épreuve de l'administration légale des biens du mineur » *Dr. fiscal* 2018, 496, n° 6.

⁷⁰⁷ J-F. DESBUQUOIS et C. FARGE, « Focus sur les pouvoirs de l'administrateur légal en matière bancaire, d'instruments financiers et de droits sociaux » *Actes prat. strat. patrimoniale* 2017, n° 3, étude 18, n°23, p.22.

Pour une partie de la doctrine le critère étant « peu précis et surtout peu prévisible, il est sans doute préférable, dans le doute, de solliciter une autorisation judiciaire dès lors que l'acte envisagé revêt une certaine importance quantitative ou qualitative »⁷⁰⁸.

2) La cession des parts sociales non négociables

310. Pour effectuer cette cession, le mineur non émancipé devra être représenté (1) et la cession devra respecter les dispositions statutaires la régissant (2). Toutefois, les représentants légaux devront être vigilants en présence d'un compte courant d'associé au nom du mineur car la cession des parts n'emporte pas cession automatique du compte courant d'associé (c).

a) La représentation de l'associé mineur

311. L'article 387-1 du Code civil n'est pas applicable aux droits sociaux non négociables qui peuvent appartenir à un associé mineur c'est-à-dire aux parts de sociétés civiles et de société à responsabilité limitée notamment⁷⁰⁹.

Toutefois, la cession des parts sociales de l'associé mineur ne fait pas l'objet de disposition particulière par le droit des sociétés. L'ordonnance du 15 octobre 2015 reste également muette sur ce point. Comme aucune disposition spéciale n'a été prévue par le droit des sociétés dans le cas où une cession de parts sociales appartenant à un associé mineur est envisagée il faut se référer aux articles 382 et 382-1 du Code civil.

Le décret du 22 décembre 2008 classe dans la colonne 2 de son annexe 2 les opérations « vente, échange, dation de droits incorporels ». La cession de parts doit donc être regardée comme un acte de disposition sauf circonstances d'espèce c'est-à-dire au regard des conséquences qu'elle produira sur le patrimoine du mineur. La qualification d'acte de disposition devrait être retenue afin que le mineur bénéficie d'une meilleure protection lorsque l'autorité parentale est exercée par ses deux parents. Dans ce cas, la cession requiert l'intervention des deux administrateurs légaux. Ce n'est qu'en cas de désaccord entre les administrateurs légaux que le juge des tutelles devra être saisi afin

⁷⁰⁸ A. GOUTTENOIRE, Représentation et administration légale, *in* Dalloz action Droit de la famille ss dir.de P.MURAT, n° 237-139.

⁷⁰⁹ Entrent dans la catégorie des instruments financiers de l'article L.221-1 du Code monétaire et financier les titres de capital émis par les sociétés par actions.

d'autoriser l'acte⁷¹⁰. En revanche, en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale, quelle que soit la qualification retenue, le parent pourra seul représenter son enfant mineur lors de la cession. En pratique, dans ce cas la distinction revêt une portée limitée. Comme auparavant, l'intervention du juge des tutelles n'est pas requise ni celle d'un professionnel. Néanmoins comme auparavant, les parents peuvent, afin d'éclairer leur décision, recourir à l'avis de spécialistes mais celui-ci reste facultatif⁷¹¹.

Toutefois, lorsque le mineur fait l'objet d'une mesure de protection l'article 505 alinéa 3 du Code civil prévoit un dispositif particulier pour la cession d'instruments financiers non admis à la négociation sur un marché réglementé ; il est destiné à protéger au mieux les intérêts de l'associé mineur malgré la lourdeur de la procédure. Dans ce cas, la cession doit être autorisée par le conseil de famille ou en cas d'urgence par le juge des tutelles mais seulement « après la réalisation d'une mesure d'instruction exécutée par un technicien ou le recueil de l'avis d'au moins deux professionnels qualifiés ».

312. Si dans le cadre des sociétés de famille la nécessité de recourir à l'avis d'un professionnel parfois coûteux peut paraître inutile, les parents étant la plupart du temps parti à la cession, le caractère familial peut parfois être source de contentieux. Le caractère familial d'une vente a même été mis en avant afin de faire échec à une action en nullité d'un contrat de cession de titres⁷¹². En l'espèce, une mère et ses enfants mineurs ont été considérés comme bien fondés à invoquer un dol à l'occasion de la cession de leurs droits sociaux. Ils ont été victimes du silence intentionnel et de la réticence du dirigeant (du frère), qui avait omis de leur communiquer les éléments de valorisation de leurs titres. Ce dernier avait volontairement dissimulé leur valeur à la mère dans l'intention de la tromper pour bénéficier d'un prix avantageux. L'article 1137 alinéa deux du Code civil précise que constitue un dol « la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ». C'est donc la réticence dolosive du frère dirigeant qui est à l'origine de l'erreur commise par sa sœur, représentante légale des deux enfants mineurs cédants également, qui a vicié son consentement. Ainsi lorsque le dol est démontré, le cessionnaire peut demander soit la nullité de la convention soit des dommages-intérêts.

⁷¹⁰ C.civ.art.387.

⁷¹¹ C. FARGE et J-M. PLAZY, *art. préc.*

⁷¹² CA Reims, chambre civile, 1^{er} sect., 19 août 2014, *JurisData* n° 2014-036817.

313. Quand bien même les représentant légaux de l'associé mineur respectent les conditions de représentation, la minorité de l'associé conduit à la prise de dispositions particulières. En effet, si l'autorisation du juge n'est pas une condition indispensable à la réalisation de la vente des parts sociales appartenant au mineur, des circonstances particulières nécessitent néanmoins l'intervention d'un tiers. En effet, l'intervention d'un administrateur *ad hoc* dans certaines circonstances peut être la bienvenue afin d'exclure tout conflit d'intérêt notamment lorsque la vente permet l'attribution des droits sociaux au père des enfants et le prix de la cession à leur mère⁷¹³. Un couple en instance de divorce avait quatre enfants (dont deux mineurs) propriétaires notamment de parts sociales. La cession de leurs droits sociaux avait été signée par les deux parents. La mère assigna le père et la société en nullité des ventes. Bien que les actes de cession aient été signés par les deux administrateurs légaux, l'opération prévue, qui consistait à attribuer les droits sociaux au père et le prix de vente à la mère, encourrait la nullité en l'absence de nomination d'un administrateur *ad hoc*. En effet, pour la cour d'appel de Toulouse « *l'opération convenue entre les deux administrateurs légaux des quatre enfants mineurs consistant pour le père à s'approprier leurs quatre actions respectives et pour la mère à en percevoir le prix est révélatrice d'une opposition d'intérêt entre les quatre enfants mineurs et chacun de leurs parents* » exigeait que soit nommé un administrateur *ad hoc* comme le prévoit l'article 389-3 alinéa 2 du Code civil. La cour d'appel prononce donc la nullité de la cession bien que les actes de cession des droits sociaux appartenant aux enfants mineurs aient été signés par les deux parents : « *Attendu que l'omission des formalités protectrices des intérêts des mineurs est sanctionnée par nullité relative (cour de cassation assemblée plénière 28 mai 1982 bulletin civil numéro 3), la mère est fondée à l'invoquer contre l'autre administrateur légal dès lors qu'elle peut exercer seule cette action en vertu des articles 389-5 et 504 alinéa 2 du Code civil applicable à la date de sa demande en justice* ».

La cession des parts sociales appartenant à l'associé mineur devra être effectuée dans le respect de la procédure d'agrément prévue par les statuts.

⁷¹³ CA Toulouse, 2^e ch. civ., 1^{er} sect., 9 janvier 2013, *JurisData* n° 2013-003846.

b) Une cession dans le respect de la procédure d'agrément prévue par les statuts

314. En principe, les cessions de parts sociales doivent être autorisées par les associés mais selon la forme sociale choisie, le législateur laisse ou non à ces derniers la possibilité d'en fixer les conditions.

L'agrément peut être imposé par la loi, c'est le cas pour les SNC. L'article L.221-13 du Code de commerce précise que les parts ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés et toute clause contraire sera réputée non écrite.

De même, lorsque le cessionnaire est un tiers, la cession de parts de SARL ou de sociétés civiles⁷¹⁴ doit être agréée. Toutefois, le législateur laisse aux associés la possibilité d'en fixer les modalités⁷¹⁵. Cela reste cependant facultatif si le cessionnaire est déjà associé ou s'il s'agit d'un membre de la famille⁷¹⁶.

Cependant, aucune sanction n'est clairement posée par le législateur lorsque la procédure d'agrément n'aura pas été respectée. Quelle sera donc la sanction applicable lorsqu'une cession est intervenue mais qu'aucun agrément n'a été obtenu ?

Concernant les sociétés civiles⁷¹⁷ et les SARL⁷¹⁸ la jurisprudence récente est venue sanctionner par la nullité la cession de parts non agréées. En revanche, concernant une cession de part de SNC la Cour de cassation est venue préciser que le défaut d'agrément unanime des associés n'entraîne pas la nullité de la cession mais son inopposabilité à la

⁷¹⁴ C.civ. art.1861 al.1^{er}.

⁷¹⁵ Pour les SARL : C. com., art. L.223-14 al.1^{er} : « Les parts sociales ne peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales, à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte ». Pour les sociétés civiles : C.civ. art.1861 al.2.

⁷¹⁶ Pour les SARL : C. com., art. L.223-13. Pour les sociétés civiles : C. civ., art.1861 al.2.

⁷¹⁷ Cass. civ3., 15 octobre 2015, n° 14-17.517, *JurisData* n° 2015-025446.

⁷¹⁸ Concernant une cession entre associés : Cass.com.10 février 2015, n° 13-25.588, *JurisData* n° 2015-002497 : une SARL avait été constituée entre trois associés et une assemblée générale avait donné son agrément à la cession des parts sociales entre les deux associés présents. Le troisième, absent, agit en nullité de la décision au motif que l'agrément a été donné en violation des conditions de majorité prévues par les statuts. Débouté par les juges du fond il forme un pourvoi en cassation. La chambre commerciale casse la décision rendue et rappelle que l'agrément donné à une cession de parts en violation des conditions de majorité prévues par les statuts est nul. Concernant une cession à un tiers : Cass.com., 21 janvier 2014, n° 12-29.221, *JurisData* n° 2014-000568 : *Dr. sociétés* 2014, comm.64, note D. GALLOIS-COCHET.

société et aux associés⁷¹⁹. En sanctionnant le défaut d'agrément par l'inopposabilité de la cession à la société et à ses associés la chambre commerciale rompt avec sa jurisprudence passée mais il semble que cette sanction devra également concerner les parts de sociétés civiles et de SARL⁷²⁰.

Faute d'agrément, le cessionnaire n'aura pas la qualité d'associé mais la cession sera maintenue et sera en revanche inopposable à la société. En cas de non-respect par les administrateurs légaux ou par l'administrateur légal de la procédure d'agrément, le mineur restera associé et continuera de se voir attribuer tous les droits mais également toutes les obligations attachées à cette qualité d'associé. Comme le souligne un auteur, s'« il est vrai que l'avantage de la sanction de l'inopposabilité réside dans sa mise en œuvre. En effet, la société et les associés dont le consentement n'a pas été sollicité ne sont pas obligés de saisir le juge pour faire constater l'absence d'agrément et le prononcé de la sanction correspondante. Ils peuvent se contenter d'ignorer la cession et de ne pas répondre aux sollicitations du cessionnaire. De son côté, la nullité permet de rétablir l'ordre des choses ou d'asseoir une situation litigieuse en cas de confirmation de l'acte nul »⁷²¹. Amenée à se prononcer sur le droit d'agir du cessionnaire dans un cas où la procédure d'agrément n'avait pas été respectée, la chambre commerciale n'a cependant pas tranché cette interrogation. Un des associés d'une société civile de moyen avait cédé ses parts à un tiers qui n'avait pas été agréé. Le cessionnaire demanda alors la nullité du contrat de cession. Si la nullité de cette cession fut prononcée par la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, la Cour de cassation casse la décision rendue au

⁷¹⁹ Cass.com., 16 mai 2018, n° 16-16.498, *JurisData* n° 2018-008094 : *BJS* 2018, p. 422, note J-F. BARBIERI ; *Dr. sociétés* 2018, comm.142, note C. COUPET ; *RTD Com.* 2018, p.707, obs. A. LECOURT : Une SNC avait été constituée entre trois associés : deux associés personnes physiques et un associé personne morale. Ce dernier, avait cependant cédé ses parts à un tiers (la société Farner et Cie) sans que l'agrément unanime des associés n'ait été obtenu. La SNC ainsi que les deux associés personnes physiques ont assigné le bénéficiaire (la société Copadig venant aux droits de la société Farner et Cie) pour que soit prononcée la nullité de la cession. Le cédant et le cessionnaire ont demandé, reconventionnellement, la nullité des assemblées auxquelles ils n'avaient pas été convoqués. La demande de nullité de la cession fut cependant rejetée par la Cour d'appel de Fort-de-France au motif que la cession des parts de SNC effectuée sans l'agrément unanime de tous les associés est inopposable à la société ainsi qu'aux autres associés. Cette solution fut confirmée par la Cour de cassation qui rejeta le pourvoi: « *le défaut d'agrément unanime des associés à la cession des parts sociales d'une société en nom collectif n'entraîne pas la nullité de la cession, laquelle est seulement inopposable aux tiers* ».

⁷²⁰ B. DONDERO, *JCP E* 2018, 1374, 13°.

⁷²¹ A. DALION, *Gaz.Pal.*2018, p. 79

visa de l'article 1861 du Code civil⁷²². Elle rappelle ainsi que « *seuls les associés dont le consentement est requis pour la cession des parts sociales et la société peuvent invoquer les dispositions de ce texte (...) le cessionnaire, ne pouvait pas invoquer l'absence d'agrément à la cession* ». Cette solution ne s'applique que si la décision d'agrément est confiée à l'assemblée des associés. Comme l'a souligné un auteur « la faculté d'invoquer l'absence d'agrément est certes une prérogative qui appartient aux associés, mais elle ne peut être exercée qu'à la condition qu'ils ne soient pas partie à la cession »⁷²³. Le cessionnaire comme le cédant⁷²⁴ ne peuvent invoquer le non-respect d'une procédure d'agrément mais l'associé cédant peut participer au vote lors de l'assemblée générale statuant sur la demande d'agrément⁷²⁵.

315. L'agrément devra toutefois être donné dans un délai raisonnable. En effet, le silence d'un associé peut être constitutif d'un abus lors de l'exercice de son droit d'agrément⁷²⁶. Une SNC avait été constituée entre deux associés. L'un souhaitait céder ses parts et avait présenté plusieurs tiers acquéreurs. Cependant, face au silence de son associé, le cédant l'assigna en paiement de dommages et intérêts en invoquant un exercice abusif de son droit d'agrément. Les juges du fond ayant accédé à sa demande, son associé se pourvoit en cassation. La chambre commerciale approuve la Cour d'appel d'avoir retenu que le demandeur « *s'est abstenu de répondre à toutes les propositions, en gardant le silence sans motif valable, et relève que ce n'est qu'au cours de la procédure d'appel, en 2015, soit six ans après la première notification faite par son associé de sa volonté de céder ses parts, qu'il a fait connaître son intention de se porter acquéreur de celles-ci, avec deux propositions successives présentées en 2015 et 2016, à la suite desquelles il a finalement acquis la totalité des parts sociales de la société ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que M. X... s'était fautivement abstenu d'exercer son droit d'agrément, la cour d'appel a pu retenir qu'il avait engagé sa responsabilité à l'égard de son associé* ».

⁷²² Cass.com., 16 octobre 2019, n°17-18.494, JurisData n° 2019-018138 : *BJS* 2020, p. 34, note C. BARRILLON ; *Dr. sociétés* 2020, comm.2, note R. MORTIER.

⁷²³ C-A. MICHEL, *Gaz. Pal.*2020, p. 62.

⁷²⁴ Cass. civ.3., 6 décembre 2000, n° 99-11.332, *JurisData* n° 2000-007217.

⁷²⁵ *Mémento pratique Francis Lefebvre, Sociétés civiles* 2020, n° 21362, p.576.

⁷²⁶ Cass.com., 6 février 2019, n° 17-20.112 : *Dr. sociétés* 2019, comm.84, note J-F. HAMELIN.

Les parts de SNC ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés et les statuts ne peuvent y déroger⁷²⁷. Cette exigence de consentement unanime doit conduire les associés à se prononcer dans un délai raisonnable mais surtout à donner une réponse pour ne pas empêcher la cession car le silence d'un associé ne vaut pas consentement de sa part⁷²⁸.

La Cour ne se prononce pas ici sur la sanction d'un refus d'agrément mais sur celle d'« une abstention fautive d'exercer le droit d'agrément »⁷²⁹. En refusant de se prononcer sur les demandes d'agrément qui lui ont été faites, l'associé a abusé de son droit. Comme cela a été souligné, « il devrait y avoir abus du droit en cas d'intention malveillante, lorsque l'on cherche à nuire à autrui sans intérêt pour soi-même, voire sans égard pour l'intérêt social »⁷³⁰.

c) La cession de parts sociales n'emporte pas cession automatique du compte courant d'associé

316. La Cour de cassation est venue préciser que la cession des parts sociales n'emporte pas de plein droit cession du solde créditeur du compte courant d'associé du cédant⁷³¹. Après avoir cédé la totalité de leurs parts sociales qu'ils détenaient dans le capital d'une SARL, l'un des cédants assigna la société en remboursement de sa créance en compte courant d'associé. Pour rejeter sa demande, la Cour d'appel retient tout d'abord que les comptes courants d'associés avaient fait partie des négociations et avaient été pris en compte par les cocontractants pour la détermination du prix de cession des parts et qu'ils ont été cédés avec les parts dont la cession était indissociable de celle des comptes courants. Elle ajoute ensuite que les seuls débiteurs de la créance de compte courant ne peuvent être que les cessionnaires, et non la société qui n'était pas partie à l'acte de cession. La chambre commerciale casse la décision au visa de l'article 1134 ancien du Code civil⁷³² : « *la cession de parts sociales n'emporte pas cession du compte courant ouvert au nom du cédant, la cour d'appel, qui n'a pas constaté l'existence d'un accord de*

⁷²⁷ C.com., art. L.221-13 al.2 et 3.

⁷²⁸ A. LECOURT, Cession des droits sociaux, *Répertoire des sociétés* 2017, n° 374.

⁷²⁹ M. BUCHERGER, *Gaz. Pal.* 2019, p.63.

⁷³⁰ A. LECOURT, *RTD com.*2019, p.683.

⁷³¹ Cass.com.,11 janvier 2017, n° 15-14.064, *JurisData* n° 2017-000222 : *BJS* 2017, p.163, note J-F. BARBIERI ; *Dr. sociétés* 2017, comm.56, note R. MORTIER.

⁷³² Aujourd'hui devenu l'article 1103.

cession ayant porté sur les comptes courants, a violé le texte susvisé ». En l'absence de disposition particulière, la cession des droits sociaux n'emporte pas cession du compte courant ouvert au nom de l'associé cédant. Lorsque celui-ci dispose d'un compte courant créditeur son sort doit être expressément envisagé lors de la cession des parts sociales. Il faudra préciser de façon non équivoque soit son remboursement au cédant, soit sa cession au cessionnaire⁷³³ ou la renonciation du cédant⁷³⁴.

Lors de la vente des parts sociales de l'associé mineur, son ou ses représentants légaux devront être vigilants lorsque le mineur bénéficie d'une créance en compte courant d'associé. Le choix pourra dépendre des conditions de son départ de la société. En effet, lorsque son départ est la conséquence de tensions familiales son remboursement pourra être préférable.

317. Toutefois, le départ de l'associé mineur peut être souhaité par les autres associés, notamment en cas de mésentente familiale, qui pourront sous certaines conditions procéder à l'exclusion de l'associé mineur.

⁷³³Pour un exemple de clause, Mémento pratique Francis Lefebvre, *Sociétés civiles*, 2020, n° 21317, p.569.

« **Clause de transfert de compte courant d'associé** : Il résulte de l'arrêté de compte de la société ..., établi ce jour, que le compte courant du cédant dans les livres de la société présente un solde créditeur de ...€.

Le cédant cède cette créance sur la société au cessionnaire qui accepte, sans autre garantie que celle de l'existence de la créance cédée et de la solvabilité actuelle de la société.

Le montant de la créance a été payé comptant par le cessionnaire au cédant au moyen de la remise d'un chèque numéro ... sur la banque Le cédant reconnaît ce paiement et en donne quittance au cessionnaire.

Le cessionnaire dispose à compter de ce jour de la créance ainsi cédée. A cet effet, le cédant subroge le cessionnaire dans tous les droits et actions résultant de sa qualité de créancier. »

⁷³⁴ M.STORCK, *JCP N* 2017, 1232.

§2 : L'exclusion de l'associé mineur

318. L'exclusion de l'associé n'est envisagée par la loi que dans certaines circonstances, à titre de sanction. Par exemple, en cas de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer une entreprise, le tribunal peut ordonner les dirigeants de céder leurs parts sociales ou actions⁷³⁵. Mais aussi lorsque l'incapacité d'un associé risque d'entraîner l'annulation de la société.

Il n'y a véritablement que dans deux types de société que la minorité d'un héritier de l'associé décédé risque d'entraîner la dissolution de la société. S'agissant de la **société en nom collectif** : lorsqu'un enfant mineur se trouve héritier de parts de société en nom l'article L.221-15 alinéa 6 du Code civil sanctionne l'absence de transformation de la société, dans le délai imparti, par la dissolution de celle-ci. De même, concernant la **société en commandite simple** l'article L.222-10 alinéa 2 du code de commerce applique la même sanction en l'absence de transformation de la société ou de remplacement de l'associé décédé seul commandité lorsque celui-ci laisse pour lui succéder un enfant mineur. En pareille circonstance l'inaction des représentants légaux chargés de représenter le mineur non émancipé pourrait avoir de graves conséquences. Leur négligence pourrait conduire la société à sa disparition. Afin de l'éviter, les autres associés peuvent proposer au juge le rachat des droits sociaux de l'associé mineur. Grâce à l'exclusion du mineur, la nullité de la société ne sera pas prononcée.

Pour y parvenir, l'article L.235-6 alinéa 2 du Code de commerce⁷³⁶ permet, à défaut de régularisation et si l'action est intentée dans les six mois, à la société ou à un associé de soumettre au tribunal « toute mesure susceptible de supprimer l'intérêt du demandeur notamment par le rachat de ses droits sociaux ».

319. Néanmoins, un associé ne peut être contraint de se retirer de la société que si la loi ou les statuts l'y obligent. Dans le silence des statuts et en dehors des cas prévus par le législateur l'exclusion de l'associé mineur ne pourra être envisageable.

La minorité d'un associé dans les sociétés n'attribuant pas la qualité de commerçant, peut-elle être un motif d'exclusion tout comme la mésentente ? Selon l'article 1844-7, 5° du Code civil, la mésentente entre associés lorsqu'elle paralyse le fonctionnement de la société peut être une cause de dissolution judiciaire. Cependant, afin d'écarter la

⁷³⁵ C. com., art. L.653-9.

⁷³⁶ C. civ., art. 1844-12 al.2.

dissolution les juges du fond, au nom de l'intérêt social, imposaient au demandeur le rachat de ses droits sociaux. L'exclusion était considérée « *conforme à la notion institutionnelle de la société, qui veut qu'une société ne soit pas un contrat abandonné, en tant que tel, à la volonté de ceux qui lui ont donné naissance, mais plutôt une institution, c'est-à-dire un corps social dépassant les volontés individuelles. Dans une telle hypothèse, il faut prendre en considération l'intérêt social, et admettre que les associés n'ont pas un droit intangible à faire partie de la société* »⁷³⁷. Toutefois, la Cour de cassation opposée à la cession forcée de parts qui aboutissait à l'exclusion de l'associé est venue mettre un terme à cette pratique en s'opposant aux exclusions fondées sur aucun texte en précisant « *qu'aucune disposition légale ne donne pouvoir à la juridiction saisie d'obliger l'associé qui demande la dissolution de la société par application de l'article 1844-5, 5° du Code civil à céder ses parts à cette dernière et aux associés qui offrent de les racheter* »⁷³⁸. Dans ces conditions, lorsque la participation du mineur à l'activité sociale ne lui confère pas la qualité de commerçant, son incapacité ne constitue pas un motif d'exclusion puisque l'entrée dans ce type de structure ne lui est pas interdite. Quant à la mésentente, elle ne peut constituer un motif d'exclusion faute de texte.

Le droit pour un associé de rester dans la société n'a rien d'absolu mais en l'absence de clause statutaire d'exclusion les cas d'exclusion légale restent peu fréquents. Il est vrai que dans les sociétés conférant aux associés la qualité de commerçant l'exclusion judiciaire du mineur est possible notamment en cas d'inaction de ses représentants légaux. Elle permet dans ce cas d'éviter l'annulation de la société. Toutefois, dans les sociétés civile l'exclusion de ce dernier, en l'absence de clause, est impossible.

⁷³⁷ CA Reims, 24 avril 1989, *JurisData* n° 1989-605252 ; JCP E 1990, 15677, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

⁷³⁸ Cass.com., 12 mars 1996, n° 93-17.813, *JurisData* n° 1996-000817 : *BJS* 1996, p.576, obs. J.-J. DAIGRE ; *RTD civ.* 1996, p.897, obs. J. MESTRE ; *JCP E* 1996, 831, note. Y. PACLOT ; Solution reprise ensuite par CA Toulouse, 2^e ch.2^e sect., 10 juin 1999, *JurisData* n° : JCP G 2000, 10372, note. J.-J. DAIGRE.

Conclusion du chapitre 2

320. Lorsque le mineur acquiert la qualité d'associé en cours de vie sociale, la société est amenée à évoluer.

Ce peut être tout d'abord une évolution dans son fonctionnement. Cela passe tout d'abord par une prise en compte effective de ce nouvel associé. Comme tout associé majeur, il devra être convoqué aux assemblées et les documents sociaux devront lui être communiqués. En cas de manquement, la désignation d'un mandataire *ad hoc* sera bienvenue. En effet, tant que la mécontente ne met pas la société en péril cette nomination reste suffisante.

De même, lorsque les parts sociales sont indivises chaque indivisaire, malgré la présence d'un mandataire chargé de représenter l'indivision, doit être destinataire des documents sociaux et notamment des bilans. Ils pourront également assister aux assemblées et prendre part aux débats. Le défaut de convocation de l'associé mineur, comme pour les majeurs, ne sera pas sans conséquences. En effet, il s'agit d'une cause de nullité des délibérations prises. La jurisprudence reste vigilante quant au respect de cette obligation car cette nullité peut être invoquée par n'importe quel associé à la condition toutefois de rapporter la preuve d'un préjudice. Les modalités de convocation doivent également être respectées car le caractère familial de la société ne dispense pas du respect de ces dernières.

Ensuite lorsque le mineur hérite de parts de société en nom ou de société en commandite simple ou par action et que la qualité attribuée est celle de commandité, cette évolution passe par un changement de forme sociale imposé par le législateur sous peine de dissolution. L'opération de transformation est alors regardée comme une modification statutaire qui n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle.

321. Même devenu associé, en cas de graves difficultés financières ou lorsque les relations familiales se détériorent, il peut être opportun de faire sortir le mineur de la structure qu'il a pourtant intégré.

Il pourra tout d'abord par l'intermédiaire de ses représentants légaux, lorsque cela est permis, exercer son droit de retrait qui doit être regardé comme un acte de disposition. Lorsque les statuts l'organisent, les conditions fixées devront être respectées mais à défaut la jurisprudence entend largement la notion de juste motif permettant le retrait judiciaire de l'associé demandeur. L'associé qui se retire ne perd cependant sa qualité

d'associé qu'après avoir obtenu le remboursement total de la valeur de ses parts sociales. Tant que celui-ci n'est pas intervenu il conserve ses droits patrimoniaux et pourra continuer à percevoir les dividendes. Mais attention, il reste également tenu des dettes sociales exigibles avant son retrait.

Donc lorsque la situation financière de la société décline et que son retrait est envisagé comme pour tout associé le remboursement doit intervenir rapidement afin de le priver de sa qualité d'associé.

La sortie de la société pourra enfin se faire grâce à la cession des parts sociales de l'associé mineur. Hormis l'hypothèse où la cession concerne des parts négociables, le législateur ne prévoit pas de disposition spécifique lorsqu'il s'agit d'une cession de parts appartenant à un associé mineur. Afin qu'il puisse bénéficier d'une meilleure protection en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale la qualification d'acte de disposition doit être retenue. Toutefois, le caractère familial de la société impose la prise de précautions. En effet, la désignation d'un administrateur *ad hoc* est indispensable afin d'exclure tout conflit d'intérêt lorsque la vente est effectuée au profit de ses ou de l'un de ses parents.

Faute d'anticipation, les associés peuvent se voir imposer l'arrivée de ce nouvel associé mineur dont la participation n'a pas été prévue. L'anticipation statutaire reste le moyen le plus efficace pour que son entrée ne soit pas imposée mais choisie par les associés qui pourront même lui refuser cette entrée.

TITRE II : Une entrée refusée

322. Un mineur peut devenir associé de différentes manières : il peut être associé dès l'origine, lors de la constitution de la société mais il peut devenir associé par transmission successorale du fait du décès de l'un de ses parents par exemple. Dans ce cas, sa présence n'était alors pas envisagée lors la constitution de la société.

Or, il a été montré précédemment que la présence d'un mineur au sein d'une société peut être source de difficultés et d'incertitudes qui peuvent pousser les associés à refuser sa présence.

Le désir de vouloir tenir à l'écart les héritiers de l'associé décédé peut avoir plusieurs motivations. Tout d'abord, la présence des héritiers, et notamment d'un mineur, peut représenter une menace de dissolution de la société. Sa mise à l'écart peut donc être une condition de survie de la société telle qu'elle avait été souhaitée à l'origine par ses fondateurs. Cette mise à l'écart a été comparée au « procédé chirurgical de l'amputation : la survie d'un ensemble sain ne peut être obtenue que par la mesure radicale et nécessaire qu'est la disparition du membre malade »⁷³⁹. Mais le décès d'un associé comme celui de tout individu peut faire ressortir les tensions familiales. Ce peut être le cas lorsqu'une société est constituée entre époux et qu'au décès de l'un celui-ci laisse pour lui succéder des enfants issus d'une union précédente. Le climat au sein de la société peut se trouver perturbé et les éventuels dissentiments peuvent avoir des conséquences sur son bon fonctionnement et sa survie⁷⁴⁰.

C'est aux statuts qu'est laissé le soin d'organiser la mise à l'écart des futurs héritiers. Toutefois, une plus ou moins grande liberté est laissée au rédacteur par le législateur selon la forme sociale choisie. Les statuts viennent donc poser les objectifs et les règles d'organisation et de fonctionnement de la société. Ils organisent tant les relations entre la société et les associés que les rapports des associés entre eux. Devant être passés par écrit, par acte authentique ou sous seing privé, ils contiennent le pacte social régissant l'ensemble de la vie sociale. Ce sont eux qui marquent l'échange des consentements

⁷³⁹ J.-P. STORCK « La continuation d'une société par l'élimination d'un associé » *Rev. sociétés* 1982, n° 1, p. 233.

⁷⁴⁰ I. PASCUAL « La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés » *RTD com.* 1998, p273, n° 41 et s.

entre les associés et « tiennent de lieu de loi aux associés, comme le contrat tient lieu de loi aux parties »⁷⁴¹ dès leur signature.

Un certain nombre de mentions obligatoires doivent y figurer⁷⁴² parmi lesquelles les modalités de fonctionnement de la société et notamment les modalités dans lesquelles les décisions collectives seront prises lorsque la loi reste muette ou permet des aménagements. En ce qui concerne leur rédaction, les auteurs doivent être vigilants et répondre aux attentes des futurs associés pour éviter d'éventuelles contestations.

Selon les motivations de chaque associé, c'est grâce aux statuts que les héritiers pourront être mis à l'écart de la vie sociale (Chapitre 1). Mais si les statuts peuvent organiser l'exclusion pure et simple des futurs héritiers, cette dernière ne peut avoir lieu que dans le respect des dispositions légales protectrices des intérêts de l'héritier évincé (Chapitre 2).

⁷⁴¹Y. GUYON, Droit des affaires, *op.cit.*, n° 141, p.149.

⁷⁴² Pour les sociétés civile, l'article 1835 du code civil dispose que les statuts « déterminent, outre les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement ». Pour les sociétés commerciales l'article L.210-2 prévoit que les statuts précisent : « La forme, la durée qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans, la dénomination sociale, le siège social, l'objet social et le montant du capital social sont déterminés par les statuts de la société ».

CHAPITRE I : La mise à l'écart statutaire de l'héritier

323. Au décès d'un associé, les droits sociaux qui lui appartenaient devraient en principe être transmis à ses héritiers. Toutefois, la société peut s'y opposer.

Le décès d'un associé n'entraîne pas nécessairement la dissolution de la société. L'article 1870 du Code civil prévoit en effet que la société n'est pas dissoute par le décès d'un associé, mais continue avec ses héritiers ou légataire. Mais il laisse toutefois le soin aux statuts d'en disposer autrement ou de déterminer les conditions dans lesquelles les héritiers deviendront associés.

Parmi les solutions offertes toutes ne paraissent pas cependant avoir la même rigueur. Le législateur laisse aux associés le soin de choisir les modalités de continuation de la société suite au décès de l'un d'eux. Comme ils ont pu choisir les personnes avec lesquelles ils ont constitué la société, ils peuvent organiser la transmission des parts sociales et déterminer les personnes qui pourront devenir associé. Toutefois, parmi les outils proposés par le législateur aucun ne concerne particulièrement le mineur. Ce dernier ne bénéficie pas de disposition particulière.

La clause d'agrément laisse aux associés plus de liberté. Bien qu'elle permette aux associés de faire barrage à l'entrée d'héritiers indésirables, elle leur laisse tout de même la possibilité de revenir sur leur décision ou de faire un choix parmi les héritiers. Le regard des associés ne sera pas peut être le même selon l'âge des héritiers. En effet, lorsqu'un mineur se trouve héritier de parts de SNC, le législateur laisse aux associés un délai d'un an à compter de l'acceptation de la succession pour procéder à la transformation de la société. A défaut elle sera dissoute. Cependant, la dissolution pourra être évitée si pendant l'année le mineur accède à la majorité. De même, qu'un adolescent ne sera pas regardé de la même manière qu'un jeune enfant.

Le rédacteur des statuts bénéficie d'un certain choix. Il dispose tout d'abord des clauses à effet immédiat (section 1). Toutefois, la clause d'agrément peut être préférable car elle laisse aux associés la possibilité de faire un choix parmi les héritiers (section 2).

Section 1 : Les clauses à effet immédiat

324. Certaines clauses peuvent s'appliquer au décès de l'un des associés sans que l'avis des associés survivants ne soit pris en compte. Les parts sociales de l'associé décédé seront transmises à ses héritiers qui ne peuvent pas se voir attribué la qualité d'associé mais bénéficient tout de même d'un droit à la valeur des parts sociales. Il s'agit des clauses de continuation (§1).

Lorsque les statuts prévoient la continuation d'une société avec les héritiers de l'associé décédé et qu'aucune clause d'agrément n'a été prévue, l'héritier mineur devient associé de plein droit dès lors que la succession aura été acceptée. De même, lorsque les relations familiales deviennent conflictuelles, l'insertion d'une clause d'exclusion est indispensable (§2). Si en principe la tenue d'une assemblée est nécessaire, cette décision peut également appartenir au gérant, notamment lorsque l'exclusion repose sur l'incapacité d'un associé. Dans ce cas, la clause d'exclusion retrouve son automaticité.

§ 1. Les clauses de continuation

325. L'intention des associés peut être d'anticiper un décès qui pourrait conduire à la dissolution de la société en cas de transmission des parts sociales à un héritier mineur. Ce danger peut apparaître en cas de transmission de parts de SNC ou de société en commandite lorsque la qualité attribuée est celle de commandité. Dans ce cas, l'insertion d'une clause de continuation avec les seuls associés survivants peut être envisageable (A). Toutefois, afin que tous les héritiers ne soient pas mis à l'écart mais seulement les mineurs, il peut être prévu une clause de continuation de la société avec les seuls héritiers majeurs (B).

A. La continuation de la société avec les seuls associés survivants

326. Grâce à la clause de continuation de la société entre les seuls associés survivants, l'associé décédé n'a pas à être remplacé et cette clause « est celle qui correspond le mieux à *l'intuitu personae* existant dans les sociétés de personnes, puisqu'elle permet aux associés survivants de continuer la société entre eux, sans avoir à accueillir de

nouveaux éléments dont *l'affectio societatis* n'a pas nécessairement l'intensité souhaitable »⁷⁴³.

La validité de cette clause ne fait plus aucun doute : pour les sociétés civiles, l'article 1870 alinéa du Code civil précise que peut « être convenu que le décès entraînera la dissolution de la société ou que celle-ci continuera avec les seuls associés survivants ». Cette solution est également admise dans les SARL⁷⁴⁴ et les SNC⁷⁴⁵.

Dans ce cas, les associés souhaitent écarter la continuation de la société avec les héritiers de l'associé décédé en précisant dans les statuts qu'elle continuera mais seulement entre les associés survivants. Les parts de l'associé décédé vont donc être transmises de plein droit aux seuls associés survivants et à aucun moment les héritiers ne vont pouvoir acquérir la qualité d'associé⁷⁴⁶.

Toutefois, ils ne pourront pas être privés de tout droit : en contrepartie ils auront droit à la valeur des parts de leur auteur. Les héritiers ne sont pas considérés comme des associés mais comme des créanciers de la société⁷⁴⁷. Les héritiers n'accèdent pas « même provisoirement en attendant le paiement, à la qualité d'associé, par le décès de son auteur »⁷⁴⁸.

327. Quelle que soit la forme sociale choisie la valeur des parts sociales est déterminée au jour du décès, dans les conditions de l'article 1843-4 du Code civil en cas de contestation. Les parts pourront être rachetées :

- par la société : elle procédera alors à une réduction de capital de la valeur des parts. La société sera elle-même débitrice de la valeur des parts.

- par les associés survivants pour leur compte personnel ou pour des personnes agréées par eux. Cette dernière possibilité n'est pas expressément prévue par le Code de commerce mais elle reste envisageable. En effet, la Cour de cassation a validé une clause statutaire de SARL offrant la faculté aux associés survivants de racheter les parts pour leur compte ou celui d'un tiers à condition de faire connaître leur intention dans un délai

⁷⁴³ J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, *op.cit.*, n° 315, p. 316.

⁷⁴⁴ C. com., art. L.223-13, al.3.

⁷⁴⁵ C. com., art. L.221-15, al 2.

⁷⁴⁶ Mémento Lefebvre, Transmission d'entreprise, 2015-2016, n ° 7640, p. 114.

⁷⁴⁷ C. com., art.L 221-5 al.4.

⁷⁴⁸ J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, *op.cit.*, n° 316, p. 317.

déterminé⁷⁴⁹. La solution peut être transposée aux SNC⁷⁵⁰ : en l'absence de clause, le rachat des parts par les associés survivants reste possible. La décision devra être prise à l'unanimité, à défaut le rachat devra être effectué par la société⁷⁵¹. L'associé qui effectue le rachat sera personnellement débiteur de la valeur des parts.

Exemple de clause :

MUTATION PAR DECES

« La société n'est pas dissoute par le décès d'un associé mais elle se poursuit entre les seuls associés survivants ou avec le seul associé survivant avec alors obligation de régulariser pour ce dernier dans le délai légal.

Les ayants droit n'ont droit qu'à la valeur des parts sociales de leur auteur. Cette valeur doit être payée soit par le ou les associés survivants soit par la société elle-même qui devra les racheter en vue de leur annulation, quel que soit le cas de rachat de paiement total de leur valeur devra intervenir au plus tard dans les cinq mois du décès. A défaut de règlement total dans ce délai, les intérêts sur la somme due courront au double de ceux exigibles par l'administration fiscale en cas de dépôt tardif de la déclaration de succession

Cette valeur est déterminée au jour du décès d'un commun accord ou à dire d'expert mandaté par la partie la plus diligente. Les frais d'expertise seront alors supportés moitié par la société, moitié par la succession ou par les ayants-droit évincés, selon le cas.

Chaque ayant droit dispose d'un droit de rachat proportionnel au nombre de parts recueillies par suite du décès, et ce rachat proportionnel ne pourra porter que sur des parts entières. » ».

⁷⁴⁹ Mémento Lefebvre, *Transmission d'entreprise*, 2015-2016, n° 7517, p. 109 : « Cette solution, libérale par rapport à la lettre du texte, se justifie en pratique car, si les associés survivants ont le droit de racheter les parts du défunt, rien ne leur interdit de céder ensuite ces parts à des tiers agréés par eux. En validant la clause, la Cour de cassation permet d'éviter l'étape intermédiaire du rachat par la société et les frais qu'elle occasionne ».

⁷⁵⁰ Mémento Lefebvre, *Sociétés commerciales*, 2017, n° 24511, p. 404.

⁷⁵¹ Mémento Lefebvre, *Transmission d'entreprise*, 2015-2016, n° 7641, p. 115.

B. La clause de continuation avec certains héritiers : les héritiers capables

328. Les statuts peuvent également prévoir qu'en cas de décès d'un associé, la société ne sera pas dissoute mais qu'elle continuera avec une ou plusieurs personnes déterminées à l'avance. L'article 1870 alinéa 3 du Code civil cite : le conjoint survivant, un ou plusieurs des héritiers, toute autre personne désignée par les statuts ou, si ceux-ci l'autorisent, par disposition testamentaire.

329. Cette clause apparaît moins restrictive que la précédente et dans ce cas, « la société se poursuit avec les personnes déterminées sans qu'elles aient besoin d'être agréées par les associés en place. L'agrément est sous-entendu. »⁷⁵².

Le décès d'un associé reste un événement incertain et il est difficile de savoir, si à son décès, lui succéderont des héritiers mineurs. Donc pour que les héritiers majeurs ne soient pas exclus de la société il peut être intéressant de prévoir une telle clause et également d'imposer la capacité comme condition indispensable pour devenir associé. Ainsi, la clause permet aux héritiers majeurs de devenir associé et d'exclure l'enfant mineur alors même que la société lui est accessible.

Exemple de clause :

« La société n'est pas dissoute par le décès d'un associé. En cas de décès de l'un d'entre eux, elle continuera avec les héritiers majeurs » sans qu'il soit nécessaire de les nommer⁷⁵³.

Si l'intérêt des clauses de continuation est incontestable, une clause d'exclusion peut également être envisagée dans les statuts.

⁷⁵² « Quels aménagements statutaires pour les héritiers de parts sociales de SARL ? *Cahiers de droit de l'entreprise*, janvier 2012, prat.1.

⁷⁵³Y. CAYRON, « Les conséquences du décès de l'associé , aspects civils et sociétaires » *Droit rural*, n° 448, décembre 2016, dossier 14, 16.

§2 : Une clause d'exclusion de l'associé mineur

330. L'exclusion peut se définir comme « une sortie du groupement que le membre n'a pas voulue et qu'il subit comme une contrainte. Pour le membre d'une société, l'exclusion entraîne la perte de la qualité d'associé »⁷⁵⁴. Il pourrait être ainsi prévu dans les statuts d'exiger que la capacité soit une condition pour pouvoir bénéficier de la qualité d'associé. Le mineur héritier de parts sociales pourrait donc se voir exclu de la société bien que la société lui soit accessible. La clause prévoyant l'exclusion d'un enfant mineur pour cause d'incapacité peut paraître légitime au regard des difficultés que sa présence peut faire naître dans certaines formes sociales.

331. La validité des clauses statutaires d'exclusion ne fait aujourd'hui plus aucun doute. Elles peuvent être valablement prévues dans toutes les formes sociales sans qu'une disposition légale les autorisant ne soit nécessaire.

Toutefois, le législateur prévoit expressément cette possibilité dans certaines formes sociales comme les SAS⁷⁵⁵ ou les sociétés d'exercice libéral⁷⁵⁶. Dans les autres, la jurisprudence a d'abord admis de manière indirecte la validité de telle clause puis elle l'a explicitement admise dans toutes les formes sociales notamment à propos d'une SCI⁷⁵⁷.

Pour jouer son rôle elle doit être insérée dans les statuts (A) et sa mise en œuvre doit se faire dans le respect de certaines conditions (B).

A : L'insertion d'une clause d'exclusion dans les statuts

Un associé ne peut être exclu que lorsque les statuts contiennent une clause d'exclusion (1) qui précise le motif (2).

1) L'adoption de la clause d'exclusion

332. Quelle que soit la forme sociale, une clause statutaire d'exclusion nécessite l'accord unanime des associés. Dans les SAS les clauses statutaires d'exclusion doivent être

⁷⁵⁴ D. GALLOIS-COCHET « L'obscurité clarté du régime de l'exclusion statutaire » *Dr. sociétés* 2014, étude 23, n° 3,

⁷⁵⁵ C. com., art. L. 227-16.

⁷⁵⁶ art.21 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990.

⁷⁵⁷ Cass.com., 20 mars 2012, n° 11-10.855.

adoptées ou modifiées à l'unanimité des associés⁷⁵⁸. Dans les autres formes sociales, l'introduction de la clause nécessite le consentement de tous les associés, que ce soit lors de la constitution de la société ou en cours de vie sociale⁷⁵⁹. De même, en cas de modification d'une clause d'exclusion en cours de vie sociale, l'accord de tous les associés est indispensable car l'adoption de la résolution, ajoutant de nouveaux motifs d'exclusion, entraîne une augmentation des engagements de l'associé⁷⁶⁰. Il a été mis en avant que certaines modifications seraient susceptibles d'être adoptées à la majorité prévue pour la modification des statuts : celles n'entraînant pas une augmentation des engagements de ceux-ci, comme les questions d'ordre procédural (le délai des différentes étapes de la procédure)⁷⁶¹.

Si pour la plupart des auteurs, la règle de l'unanimité doit être retenue, que la clause soit prévue lors de la constitution de la société ou insérée en cours de vie sociale, pour d'autres, son adoption pourrait se faire à la majorité renforcée des associés⁷⁶². Cependant, au regard de la finalité de la clause il semble que la règle de l'unanimité est à privilégier.

2) L'exigence d'un motif d'exclusion

333. Quel qu'il soit, il est indispensable que le motif d'exclusion soit prévu par les statuts.

L'exclusion d'un associé peut être envisagée à titre de sanction mais elle peut également être prévue pour une cause objective. Les statuts peuvent imposer la capacité comme condition indispensable à l'acquisition de la qualité d'associé. L'état d'incapacité qui frappe le mineur peut provoquer son exclusion de la société.

La perte de la qualité d'associé de plein droit pour un motif objectif fait l'objet de discussions. Pour certains la clause prévoyant la perte automatique de la qualité d'associé suite à la survenance d'un critère objectif doit être qualifiée de clause d'éviction « se

⁷⁵⁸ C. com., art. L. 229-19 : « Les clauses statutaires visées aux articles L. 227-13, L. 227-16 et L. 227-17 ne peuvent être adoptées ou modifiées qu'à l'unanimité des associés.

⁷⁵⁹ CA Paris, 3^e ch., sect. A, 27 mars 2001, *JurisData* n° 2001-149860 : *Dr. sociétés* 2002, comm.14, note F-X. LUCAS.

⁷⁶⁰ CA Paris, pôle 5, ch.8, 17 février 2015, *JurisData* n° 2015-006833 : *BJS* 2015, n° 113 t 6, p. 359, note. R. MORTIER.

⁷⁶¹ D.GALLOIS-COCHET, *Dr. sociétés* 2015, comm.108, note sous CA Paris, pôle 5, ch.8, 17 février 2015.

⁷⁶² S. DANA-DESMARET, note sous CA Paris, 7 juin 1988, *Rev. sociétés* 1989, p. 252.

caractérisant par son automaticité fondée sur des critères purement objectifs »⁷⁶³. D'autres, s'interrogent sur l'opportunité⁷⁶⁴ d'une telle distinction et qualifient cette clause d'exclusion de plein droit⁷⁶⁵.

B. La mise en œuvre de la clause d'exclusion de l'associé mineur

334. Lors de la rédaction des statuts, il est laissé au rédacteur une grande liberté quant au choix de l'organe compétent pour prononcer cette exclusion.

Selon les statuts la décision pourra être prise soit :

- par l'assemblée des associés.

- par le gérant de la société. La chambre commerciale de la Cour de cassation a clairement validé la clause attribuant le pouvoir d'exclure au gérant⁷⁶⁶. La solution rendue concernait une société civile mais la solution peut être formulée pour toutes les formes sociales⁷⁶⁷.

Lors de la rédaction de la clause d'exclusion, la désignation de l'organe compétent pour se prononcer sur celle-ci doit être faite en fonction du motif d'exclusion choisi. Lorsque l'exclusion d'un associé repose sur l'incapacité de ce dernier, le gérant dont l'une des missions est de faire respecter les dispositions statutaires peut se voir confier ce pouvoir⁷⁶⁸.

335. Lorsque l'exclusion d'un associé doit passer par la tenue d'une assemblée, l'associé contre lequel la procédure d'exclusion est engagée ne peut être privé de son droit de

⁷⁶³ R. MORTIER, note sous Cass. com., 9 mars 2017, n° 15-14.416 : *Dr. sociétés* 2017, comm. 138.

⁷⁶⁴ D. GALLOIS-COCHET, « Clause d'éviction et clause d'exclusion : faut-il distinguer ? » *Gaz.Pal* 2018, p. 50.

⁷⁶⁵ Y. PACLOT, « Validation judiciaire de la clause statutaire d'exclusion de plein droit » *JCP E* 2016, 1341.

⁷⁶⁶ Cass.com.20 mars 2012, n° 11-10.855 : *JCP E* 2012, 1569, étude J-P. GARCON ; J. GRANOTIER, « L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres ? » *JCP G* 2012, n°22, doct.653 ; *Dr. sociétés* 2012, comm. 77, note H. HOVASSE.

⁷⁶⁷ H. HOVASSE, *art.préc.*

⁷⁶⁸ « De manière logique et sécurisante, la compétence de l'organe habilité à prononcer l'exclusion devrait être ajustée en fonction du degré de subjectivité du motif d'exclusion ». J-P. GARCON, *art.préc.*, n° 20.

voter. Telle est la solution retenue par la Cour de cassation à propos d'une SAS⁷⁶⁹ ainsi que par la Cour d'appel de Colmar pour une SARL⁷⁷⁰.

La clause qui prive l'associé visé par la procédure d'exclusion, contraire à l'article 1844 alinéa premier du Code civil, doit être réputée non écrite. La Cour de cassation ⁷⁷¹ rappelle « *qu'il résulte de l'article 1844, alinéas 1 et 4, du Code civil que tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et que les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi ; qu'il résulte encore de l'article 1844-10, alinéa 2, du même code que toute clause statutaire contraire est réputée non écrite* ». En l'espèce, les statuts d'une SAS prévoyaient que « *dans tous les cas, l'associé objet de la procédure d'exclusion ne peut prendre part au vote de la résolution relative à son exclusion et les calculs (de quorum) et de majorité sont faits sans tenir compte des voix dont il dispose* ».

Il est donc classiquement admis qu'une clause statutaire d'exclusion qui prive l'associé, objet de l'exclusion, de son droit de participer à cette décision et d'y voter est nulle.

Toutefois, la Cour de cassation vient de valider la clause statutaire suivante : « *lorsque la société comprend au moins trois associés, l'assemblée générale statuant à l'unanimité moins les voix de l'associé mis en cause, peut, sur proposition de tout associé, exclure tout membre de la société pour les causes suivantes (...)* »⁷⁷². L'associé d'une société civile de moyens avait été exclu suite à l'application de cette clause. Il assigna la société en annulation de son exclusion. Débouté par les juges du fond, il forma un pourvoi en cassation soutenant que « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter, les statuts ne pouvant déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi ; qu'à défaut, la clause des statuts doit être réputée non écrite ; qu'ainsi, lorsque les statuts subordonnent l'exclusion d'un associé à une décision collective des associés,

⁷⁶⁹ Cass. com., 23 octobre 2007, n° 06-16537.

⁷⁷⁰ CA Colmar, 1^{er} civ., sect. A, 18 janvier 2011, n° 09/03020, *JurisData* n° 2011-002991 : *Dr. sociétés* 2011, comm. 110, note M. ROUSSILLE. En l'espèce, l'associé d'une SARL avait été exclu lors d'une assemblée. Il assigna la société afin d'obtenir l'annulation de cette exclusion et l'indemnisation de son préjudice. Une clause statutaire prévoyait que l'exclusion d'un associé devait être prononcée « *à l'unanimité des associés non concernés, l'associé exclu appelé à présenter sa défense à l'assemblée* ». Pour la Cour d'appel de Colmar, une telle clause méconnaissait le droit de tout associé d'exercer son droit de voter aux assemblées. Elle a ainsi considéré cette clause nulle et annulée la décision d'exclusion.

⁷⁷¹ Cass. com., 6 mai 2014, n° 13-14960 : *D.* 2014, p.1485, note B. DONDERO ; *BJS* 2014, p.506, note R. MORTIER.

⁷⁷² Cass. com., 24 octobre 2018, n° 17-26402, *JurisData* n° 2018-018758 : G. GAEDE et Y. PACLOT, *JCP G* 2019, 101 ; *Dr. sociétés* 2019, comm.21, note R. MORTIER ; *Gaz.Pal.* 2019, p. 59, obs. A. RABREAU.

celui dont l'exclusion est envisagée ne peut être privé de son droit de participer à cette décision et de voter sur la proposition, ce droit de vote impliquant nécessairement que la voix de l'associé, objet de la procédure d'exclusion, soit prise en considération ». La chambre commerciale rejette toutefois le pourvoi : pour elle, la clause statutaire litigieuse ne déroge pas aux dispositions de l'article 1844 du Code civil, le demandeur convoqué a bien émis un vote dont il a été tenu compte « *la décision de son exclusion s'est trouvée acquise en raison de l'unanimité des voix des autres associés qui y étaient favorables* ».

L'associé concerné par l'exclusion n'est pas privé de son droit de voter mais voit son vote neutralisé, car en rejetant le pourvoi, la Cour reprend la distinction faite « entre privation du droit de vote – strictement prohibée par l'article 1844 et comme telle réputée non écrite – et règle de majorité, pouvant aboutir comme en l'espèce à vider de toute portée le droit de vote néanmoins formellement exercé par l'associé exclu »⁷⁷³.

La solution retenue vient porter atteinte au droit de vote de tout associé non pas dans son principe puisque l'associé concerné par l'exclusion a bien voté mais dans son application puisque sa voix est écartée pour le calcul de la majorité⁷⁷⁴.

En présence d'une telle clause, l'associé mineur dont l'exclusion sera à l'ordre du jour devra être convoqué ainsi que ses représentants légaux qui pourront prendre part au vote. Cependant, leur voix ne sera pas comptabilisée.

336. Devra être respecté le principe du contradictoire qui n'a pas « la même fonction qu'en droit processuel où il permet à chaque partie de développer son argumentation devant un juge impartial. Il s'agit plutôt, en droit des sociétés, de favoriser un débat, propre à permettre l'adoption de la meilleure décision possible, dans l'intérêt social, mais en tenant compte également des intérêts particuliers »⁷⁷⁵.

Lorsque l'exclusion d'un associé repose sur un motif objectif comme celui de son incapacité, la nécessité de respecter cette obligation ne paraît pas pour certains indispensable comme pour le professeur HOVASSE « la contradiction s'avère utile et contribue à une saine application d'une règle lorsque se trouve en cause un comportement susceptible d'appréciation. Mais elle est sans intérêt lorsqu'est en cause

⁷⁷³ R. MORTIER, *art. préc.*

⁷⁷⁴ B. BRIGNON, *BJS* 2019, p.23.

⁷⁷⁵ J. GRANOTIER, « L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres ? » *JCP G*, I, doctr.653, n° 10, p. 1071.

une qualité objective ; le temps est trop précieux pour être perdu à discuter des évidences »⁷⁷⁶. Cependant, le non-respect du contradictoire n'entraîne pas la nullité de la décision d'exclusion, l'associé exclu dispose seulement d'une action en dommages et intérêts⁷⁷⁷.

Le législateur laisse aux associés le soin de choisir les modalités de continuation de la société au décès de l'un d'entre eux. Mais lorsque les statuts prévoient une clause de continuation de la société avec les héritiers de l'associé décédé une clause d'agrément doit être prévue dans les statuts.

Section 2 : la clause d'agrément : neutralisation de la clause de continuation de la société avec les héritiers de l'associé décédé

337. L'exclusion systématique des héritiers mineurs n'est pas nécessairement bienvenue. Il peut être envisagé de laisser le choix aux associés survivants de l'entrée ou non dans la société de ces héritiers.

La loi offre aux associés la possibilité d'aménager la transmission de leurs droits sociaux mais en cas de décès de l'un d'entre eux, les associés survivants peuvent s'opposer à l'arrivée de ces nouveaux associés dont parfois ils ne connaissaient pas l'existence. La clause d'agrément est applicable tant dans les cessions entre vifs qu'en cas de transmission à cause de mort « permet d'exercer un droit de contrôle sur la transmission des droits sociaux ». Seules les parts sociales représentatives d'un apport en industrie sont intransmissibles.

Le décès d'un individu reste l'événement indéterminable par excellence et nul ne sait si lui succéderont des enfants majeurs ou non. Donc face au danger de la présence d'un associé mineur la clause d'agrément apparaît comme indispensable. Elle pourra être associée à la clause de continuation de la société avec les héritiers. Les héritiers majeurs lors du décès pourront bénéficier des parts de leur auteur grâce au bénéfice de la clause de continuation et les associés mineurs pourront être mis de côté par les associés

⁷⁷⁶ Note sous Cass. com., 20 mars 2012, n°11-10855, *Dr. sociétés* 2012, comm.77. Dans le même sens : R. MORTIER, *art.préc.*

⁷⁷⁷ Cass. com., 9 novembre 2010, n° 10-10150, *JurisData* n° 2010020769 : *Dr. sociétés* 2011, comm. 25, obs. M-L. COQUELET. La chambre commerciale a refusé de sanctionner par la nullité la délibération d'une assemblée générale qui avait permis l'exclusion d'un associé (une SARL) alors que son exclusion n'avait pas été inscrite à l'ordre du jour et portée à la connaissance de la société qui en avait alors été absente.

survivants grâce à la clause d'agrément. Toutefois une telle clause doit être expressément prévue par les statuts. En effet, si elle n'est pas prévue dans les statuts les héritiers de l'associé décédé deviennent associés de plein droit sans que les autres associés puissent s'y opposer. La clause d'agrément laisse aux associés survivants le choix de l'entrée ou non des héritiers mineurs au sein de la société. L'âge et l'état des relations familiales seront des éléments qui peuvent avoir une influence sur la décision des associés.

338. En laissant aux associés la possibilité de se prononcer sur l'entrée des héritiers, la clause d'agrément permet de faire barrage (§ 1). Seuls les associés survivants ou l'associé unique, peuvent se prononcer. En effet, les héritiers de l'associé décédé ne participent pas au vote dont va dépendre leur éventuel agrément : « on ne comprendrait d'ailleurs pas que ceux qui ont besoin d'être agréés pour devenir associé participent eux-mêmes au vote dont va dépendre l'attribution d'une qualité à laquelle s'attache précisément le droit de participation aux décisions collectives »⁷⁷⁸. Pour J. RICHARD, si les parts sociales transmises font partie du patrimoine des héritiers de l'associé décédé, leurs droits d'associés ne sont en revanche pas opposables à la société. Les héritiers de l'associé seront ainsi temporairement mis à l'écart pendant la procédure d'agrément (§ 2).

§1 : L'insertion d'une clause d'agrément

339. Le décès d'un associé n'est pas traité de la même manière en droit des sociétés et la liberté laissée au rédacteur de la clause n'est pas la même selon la forme sociale choisie par les associés. Toutefois, quelle que soit la forme sociale, le législateur ne prévoit pas de dispositions particulières en ce qui concerne les héritiers mineurs qui se voient confrontés aux dispositions gouvernant le fonctionnement des sociétés.

La validité des clauses d'agrément n'est pas admise de la même manière dans toutes les sociétés. En effet, la liberté du ou des rédacteurs des statuts est plus ou moins étendue selon la forme sociale choisie. Cependant, quelle que soit la forme sociale, une telle

⁷⁷⁸ J. RICHARD « L'application d'une clause d'agrément des héritiers de l'associé décédé d'une SARL », *JCP E* 1990, 15785, Toutefois, une solution différente avait été développée par F. BOULARAN. Selon lui les héritiers devraient pouvoir participer au vote lorsque la décision porte sur leur agrément. : « SARL : l'agrément des héritiers » *JCP N* 1987, p. 24.

clause doit être expressément prévue dans les statuts. En effet, « les associés restants ne peuvent pas invoquer la clause d'agrément de droit commun, car celle-ci ne concerne que les cessions à titre onéreux ou les cessions à titre gratuit entre personnes vivantes. A défaut de stipulation particulière dans les statuts, les parts sociales sont des biens qui font partie de la succession que les héritiers ont vocation à se partager et les héritiers de l'associé décédé d'une société civile deviennent associés de plein droit »⁷⁷⁹.

Néanmoins, si la clause d'agrément est strictement interdite dans les sociétés anonymes (A) une position différente est prise dans les autres formes sociales (B).

A. Une interdiction dans la SA

340. L'article L.228-23 alinéa 3 du Code de commerce pose que la clause d'agrément est « écartée en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession, soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant ». Dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, une clause d'agrément ne peut s'appliquer aux cessions entre membres de la famille. L'interdiction vise toute transmission d'action y compris celle à titre gratuit dont les donations⁷⁸⁰.

La volonté du législateur est bien de favoriser la transmission des titres et ne pas empêcher les transmissions d'actions entre conjoints et parents en ligne directe. Les clauses d'agréments qui pourraient être contenues dans les statuts ne sont pas applicables aux héritiers mais le législateur prévoit une exception : lorsqu'elles figurent dans les statuts d'une société non cotée, qui réserve une partie de ses actions à ses salariés et qu'elles aient pour objet d'éviter que ces actions ne soient dévolues à des personnes n'ayant pas la qualité de salarié de la société⁷⁸¹.

Dans les SA, aucun moyen ne permet donc aux associés survivants de s'opposer à l'entrée des héritiers de l'actionnaire disparu : « sans doute faut-il voir dans la prohibition de l'agrément appliqué aux héritiers de l'actionnaire décédé l'un des derniers vestiges d'une conception familiale, héréditaire des sociétés commerciales, estimant légitime que les héritiers prennent la place de leur auteur au sein de la société

⁷⁷⁹J.CAYRON, « Les conséquences du décès de l'associé, aspects civils et sociétaires » *Dr. rural* n° 448, décembre 2016, dossier 14,5°.

⁷⁸⁰Rép.min. n° 59160 : *JOAN* 22 mars 2011, p. 2851.

⁷⁸¹C.com., art. L.228-23, al.4.

commerciale même si ces héritiers ne présentent guère d'aptitude pour la gestion des affaires »⁷⁸².

Toutefois, il semble que cette interdiction ne s'applique pas aux sociétés par actions simplifiées en cas de transmission des actions aux membres de la famille. En effet, l'article L.227-14 du Code de commerce dispose que « les statuts peuvent soumettre toutes cessions d'actions à l'agrément préalable de la société ». Toute personne peut donc être soumise à l'agrément préalable de la société quel que soit le mode de cession des actions y compris lorsqu'elle a lieu entre actionnaires. Les statuts devront prévoir les conditions d'obtention de cet agrément. Si la clause d'agrément est strictement interdite dans les sociétés anonymes elle reste admise dans les autres structures.

B. Une clause autorisée dans les autres formes sociales

Si dans les SA, une clause d'agrément ne peut être mise en œuvre lorsque l'héritier de l'associé décédé est un proche parent, le législateur l'autorise lors de la transmission de parts de SARL (1) et de sociétés de personnes (2).

1) Dans la SARL

341. Pour les sociétés à responsabilité limitée le principe reste celui de la libre transmission des parts sociales. Cependant, l'article L.223-13 alinéa 2 du Code de commerce, modifié par l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 offre la possibilité aux associés, grâce aux statuts, de soumettre l'entrée des héritiers dans la société à un agrément.

Il ne s'agit pas donc d'une obligation mais d'une simple faculté offerte aux associés puisque l'article L.223-13 alinéa 2 précise que « toutefois, les statuts peuvent stipuler que le conjoint, un héritier, un ascendant ou un descendant ne peut devenir associé qu'après avoir été agréé dans les conditions prévues à l'article L.223-14 ». Il peut être simplement prévu dans les statuts que « *toutes transmissions de parts sociales suite au décès d'un associé, au profit d'un non associé, doivent être soumises à l'agrément des associés survivants dans les conditions de l'article L.223-14 alinéa premier du Code de commerce. Les parts sociales ne pourront alors être transmises qu'avec le consentement de la majorité des associés survivants représentant la moitié des parts sociales.* ». Une telle

⁷⁸² B. SAINTOURENS, « L'héritier de l'associé », *op.cit.*, p.1034.

rédaction apparaît peu satisfaisante puisqu'elle ne tient pas compte des spécificités liées à la transmission des parts à cause de mort⁷⁸³.

Toutefois, bien qu'elle soit insérée dans les statuts, une clause d'agrément ne peut s'appliquer lorsque l'héritier est déjà associé au moment du décès⁷⁸⁴. Si un mineur est déjà associé d'une SARL et qu'il se trouve héritier de parts, la clause d'agrément ne pourra lui être appliquée.

342. En principe, les parts de SARL sont donc librement transmissibles mais les statuts peuvent prévoir qu'un héritier ne pourra devenir associé qu'après avoir été agréé. En présence d'une clause d'agrément il faut donc consulter les statuts pour savoir à quelle majorité ce dernier doit être accordé ou refusé.

L'article L. 223-13 alinéa 3 du code de commerce prévoit qu'« à peine de nullité de la clause, les délais accordés à la société pour statuer sur l'agrément ne peuvent être plus longs que ceux prévus à l'article L. 223-14 du code de commerce et la majorité exigée ne peut être plus forte que celle prévue audit article ». L'agrément doit être donné dans les conditions de l'article L.223-14 du code de commerce. Il devra être donné, à moins que les statuts n'en disposent autrement, « qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales »⁷⁸⁵. Les statuts peuvent prévoir une majorité moins importante ou s'en tenir à celle prévue par le code de commerce considéré comme « une majorité plafond »⁷⁸⁶. De plus, le délai pour statuer sur l'agrément ne peut excéder trois mois. En l'absence de décision à l'expiration de ce délai l'agrément est réputé acquis.

343. Les héritiers doivent alors se faire connaître. Ils doivent adresser à la société et à chacun des associés une copie de l'acte de notoriété ou un intitulé d'inventaire délivré par le notaire chargé du règlement de la succession⁷⁸⁷. Ce n'est qu'à compter de la notification de ces documents que le délai, imparti à la société pour se prononcer sur l'agrément, commence à courir. Dans les huit jours de la notification de ces pièces, les associés doivent être convoqués par le gérant en assemblée afin de rendre une décision,

⁷⁸⁴ CA Pau, 2^e chambre, 3 mai 2016, n°14/01536.

⁷⁸⁵ C.com., art. L.223-14, al.1^{er}.

⁷⁸⁶ J. RICHARD, « L'application d'une clause d'agrément des héritiers de l'associé décédé d'une SARL » *JCP E* 1990, 15785.

⁷⁸⁷ Mémento Francis Lefebvre, *Transmission d'entreprise*, 2015-2016, n° 7527, p. 110

mais si les statuts le permettent les associés peuvent être consultés par écrit. Leur décision devra être notifiée aux héritiers par lettre recommandée avec avis de réception⁷⁸⁸.

La procédure et les conditions d'agrément des plus proches parents de l'associé décédé sont donc identiques à celles de la cession de parts à un tiers lorsque les statuts n'en disposent pas autrement. Il est toutefois possible de prévoir une majorité réduite ou un délai plus court. En effet, les statuts ne peuvent pas être plus exigeants à l'égard des héritiers : « la règle est logique car les associés, le conjoint, les proches parents ou les héritiers ne doivent pas être victimes d'une discrimination à rebours »⁷⁸⁹.

344. Mais quelle est la sanction en cas de non-respect par les associés de la majorité prévue par les statuts ?

345. La solution dégagée par la Cour de cassation concernait une cession entre vifs de parts sociales mais elle peut être transposée en cas de cession à cause de mort. Une SARL était constituée entre trois associés. Lors d'une assemblée générale à laquelle n'ont participé que deux des associés a été agréée une cession de parts. Le troisième associé n'ayant pas participé agit en nullité de la délibération prise en soutenant que l'agrément avait été donné en violation des conditions de majorité prévues par les statuts. Si son action fut rejetée par la Cour d'appel, la Cour de cassation cassa l'arrêt : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le non-respect des stipulations contenues dans les statuts ou dans le règlement intérieur n'est pas sanctionné par la nullité sauf lorsqu'il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition impérative, d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci et que la possibilité donnée aux associés de société à responsabilité limitée de limiter la cessibilité des parts sociales entre eux relève des dispositions impératives des articles L. 223-14 et L. 223-16 du Code de commerce, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »⁷⁹⁰. La violation d'une disposition statutaire qui aménage une disposition impérative doit donc être sanctionnée par la nullité de la délibération.

⁷⁸⁸ C. com., art. R.223-12.

⁷⁸⁹ Y.G UYON, *Les sociétés ; Aménagements statutaires et conventions entre associés, Traité des contrats*, 5^e éd., LGDJ 2002, n° 104, p.181.

⁷⁹⁰ Cass. com., 10 février 2015, n° 13-25.588. : *Dr. sociétés* 2015, comm.67, note D. GALLOIS-COCHET, *BJS* 2015, p. 238, note J.-Ch. PAGNUCCO.

Comme le soulignent certains⁷⁹¹, trop souvent la clause applicable en cas de décès est calquée sur les dispositions applicables aux cessions entre vifs. Or, ces deux situations doivent être distinguées et une majorité spécifique doit être prévue en cas de décès d'un associé car « son absence à l'assemblée générale doit évidemment être prise en compte »⁷⁹². La clause doit être rédigée correctement afin qu'elle puisse jouer au mieux son rôle et éviter toute contestation des administrateurs légaux de l'héritier mineur qui se verrait refuser l'entrée dans la société. De plus, pour la Cour de cassation⁷⁹³, dès que les statuts contiennent une clause d'agrément, celle-ci doit s'appliquer malgré l'impossibilité de respecter les modalités de majorité imposée par la clause. Telle est la solution dégagée par la Cour de cassation. Une SARL avait été constituée entre deux associés se répartissant la moitié des parts sociales. Au décès de l'un des associés ses parts furent transmises à ses héritiers. Les statuts contenaient une clause imposant l'agrément des héritiers, la décision devait être prise à la majorité des associés représentant au moins les trois quarts du capital social et l'associé refusa d'agréer les héritiers. Cependant, l'associé survivant ne détenait que la moitié du capital social. La cour d'appel de Pau dans un premier temps considéra que dans ces conditions, la clause devait être écartée et que les héritiers devenaient associés de plein droit de la SARL⁷⁹⁴. La Cour de cassation opta pour une solution différente et pour elle l'impossibilité de réunir la majorité requise par les statuts n'est pas un obstacle à l'application de la clause, les héritiers ne peuvent devenir automatiquement associés: « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que l'article 18 des statuts stipulait qu'un héritier ne pouvait devenir associé qu'après avoir été agréé dans les conditions prévues par l'article 13, à savoir à la majorité des associés représentant au moins les 3/4 du capital social, et que l'assemblée générale des associés avait refusé cet agrément la cour d'appel a méconnu les termes clairs et précis des statuts de la société* ». Pour la Cour, le fait que la société soit constituée entre deux associés détenteur chacun de la moitié du capital social ne prive pas l'associé survivant de son droit de refuser l'agrément des héritiers de l'associé décédé bien qu'il soit dans l'impossibilité de remplir les conditions de majorités exigées par les statuts.

⁷⁹¹ N. RANDOUX et W. ALTIDE, « Une friche juridique : la clause d'agrément en cas de décès » JCP N 2016, 1089, n° 17.

⁷⁹² *Ibid.*

⁷⁹³ Cass.com. 5 février 1991, n° 89-16844, *JurisData* : 1991-000369 ; *D.* 1992, p. 3, note J. DERRUPPE ; *Def.* 1992, p. 892 obs. P. LE CANNU : *Revue des sociétés* 1991, p.529, note B. SAINTOURENS.

⁷⁹⁴ CA Pau, 2^e ch., 7 mars 1989 : *JurisData* n°1989-041567 ; *JCP E* 1990, II, 15785, J. RICHARD.

Donc, pour éviter tout blocage dans le fonctionnement de la société il est recommandé de prévoir dans les statuts que seuls les associés survivants pourront se prononcer sur l'agrément des futurs héritiers. Une telle clause a déjà été validée par une Cour d'appel⁷⁹⁵. La Cour a déclaré valable la clause des statuts prévoyant que « *toutes transmissions, attributions ou dévolutions de parts ayant leur cause dans le décès d'un associé sont soumises à l'agrément des associés subsistants donné à la majorité des trois quarts des parts sociales possédées par eux* ». Cette clause contenue dans les statuts d'une SARL a eu en l'espèce une conséquence difficilement acceptable pour les héritiers de l'associé décédé. Au décès de l'un des associés qui se trouvait être un associé majoritaire ses héritiers avaient mis en avant que « la clause prévue dans les statuts relative à la transmission des parts pour cause de décès d'un associé doit être réputée non écrite, aucune disposition légale ne permettant qu'une infime minorité des parts sociales puisse refuser l'agrément d'une énorme majorité d'entre elles (...) ». Cette clause considérée comme valable a eu pour effet au décès de l'associé majoritaire de donner aux associés minoritaires le pouvoir de décider ou non de l'agrément des héritiers.

2) Dans les sociétés de personnes

346. En principe, les parts de **sociétés civiles** se transmettent librement aux héritiers et aux légataires mais les statuts peuvent en disposer autrement. Ces derniers peuvent prévoir qu'ils devront être agréés par les associés⁷⁹⁶. Toutefois, comme en cas de transmission de parts de SARL, l'agrément ne peut être imposé lorsque les héritiers ou les légataires sont déjà associés. Cependant, cet article ne précise pas les conditions dans lesquelles il doit être donné. Ce sont donc aux statuts que revient le soin d'en fixer les conditions : ils devront notamment déterminer la majorité à laquelle l'agrément devra être accordé. En cas de transmission des parts suite au décès d'un associé, les rédacteurs des statuts doivent être attentifs aux conditions de majorité choisies afin d'éviter tout blocage dans le fonctionnement de la société. A moins qu'ils ne donnent compétence au gérant pour se prononcer sur l'agrément⁷⁹⁷. Mais il est vivement conseillé de prévoir une

⁷⁹⁵ CA Pau, 2^e ch. 1^{er} sect., 21 février 2012, n°10/01495 : *BRDA* 8/12, n°5, p.4 ; *RJDA* 6/12, n°598, p. 556.

⁷⁹⁶ C. civ., art. 1870, al. 1^{er}.

⁷⁹⁷ C. civ., art. 1861, al.2. Toutefois, en cas de décès de l'associé gérant, si celui-ci été seul compétent pour se prononcer sur la demande d'agrément, l'article 1846 alinéa 5 du Code civil précise que « tout associé peut demander au président du tribunal statuant sur requête la désignation d'un mandataire chargé de réunir les associés en vue de nommer un ou plusieurs gérants ».

clause statutaire relative à l'agrément suite au décès d'un associé⁷⁹⁸. Donner compétence au gérant pour se prononcer seul sur une demande d'agrément peut être source de blocage au décès de celui-ci.

Le rédacteur des statuts doit également être précis lorsqu'il désigne les personnes qui seront soumises à la procédure d'agrément. En effet, en cas de contestations les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain d'interprétation mais « cette appréciation ne doit pas confiner à la dénaturation de la clause d'agrément que les juges doivent interpréter »⁷⁹⁹.

347. En cas de silence des statuts sur les conditions de mise en œuvre de la clause d'agrément, il est admis que peuvent être transposées aux mutations par décès les solutions retenues pour l'agrément des cessions entre vifs⁸⁰⁰. Donc en cas de silence des statuts la règle de l'unanimité doit être retenue⁸⁰¹.

Toutefois, lorsque les statuts organisent l'agrément des futurs associés les héritiers ou les légataires de l'associé décédé qui n'obtiennent pas cet agrément dans les conditions prévues par les statuts ne peuvent se prévaloir d'un agrément tacite⁸⁰². En outre, le non-respect des dispositions statutaires n'est pas sanctionné par la nullité : « *sous réserve des cas dans lesquels il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition impérative d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci, le non-respect des stipulations contenues dans les statuts ou dans le règlement intérieur n'est pas sanctionné par la nullité* »⁸⁰³. Pour les sociétés civiles, à la différence des sociétés à responsabilité limitée, la procédure d'agrément n'est pas encadrée par des dispositions d'ordre public. Le législateur se contente de laisser aux associés la possibilité de prévoir une clause

⁷⁹⁸ J. PRIEUR, « La cession de parts de sociétés civiles aspects juridiques » 2012, 1397.

⁷⁹⁹ J. CAYRON, *Dr. rural* 2018, comm.143.

⁸⁰⁰ Mémento Francis Lefebvre, *Sociétés civiles*, 2012, n° 22040, p. 530.

⁸⁰¹ C..civ., art. 1861, al.1^{er} : « Les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec l'agrément de tous les associés ».

⁸⁰² Cass. civ. 3^{ème}, 8 juillet 2015, n° 13-27.248 : *BJS* 2015, p. 585, obs. J-P. GARCON.

⁸⁰³ Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855 : *Dr. sociétés* 2010, comm.156, note M-L. COQUELET. Solution rendue à propos d'une société commerciale mais qui peut être étendue aux sociétés civiles. Exemple pour une société civile (le litige portait sur le défaut de convocation du gérant non associé d'une société civile à une assemblée générale alors que sa présence été prévue par les statuts) : Cass.3^e civ., 19 juillet 2000, n° 98-17.258 : *Dr. sociétés* 2000, comm. 170, obs. Th. BONNEAU ; *RTD Com.* 2000, p.963, note M-H. MONSERIE-BON.

d'agrément des héritiers de l'associé décédé et d'en fixer les conditions⁸⁰⁴. La procédure d'agrément relève de la liberté statutaire. Même si les auteurs des statuts bénéficient d'une grande liberté, certaines situations imprévues peuvent toujours apparaître et il appartient aux magistrats de faire preuve de pragmatisme comme ce fût le cas récemment.

Une société civile d'exploitation agricole à responsabilité limitée avait été constituée entre deux associés dont l'un était gérant. A son décès, il laissa pour lui succéder son épouse et leurs trois enfants. Les statuts qui organisaient la continuation de la société imposaient aux héritiers d'être agréés. Les héritiers devaient, selon les exigences statutaires, demander leur agrément dans les six mois du décès à la société et les associés devaient statuer sur leur demande dans les trente jours de la notification faute de quoi l'agrément serait réputé acquis. Or, les héritiers adressèrent leur demande directement au seul associé survivant qui contesta leur qualité d'associés, l'agrément ne devant pas être réputé acquis. La cour d'appel de Toulouse débouta l'associé survivant et la Cour de cassation⁸⁰⁵ rejeta le pourvoi estimant régulière la demande d'agrément adressée au seul associé car l'absence de notification de la demande à la société n'a pas porté atteinte à son droit d'accepter ou de refuser l'agrément : « il aurait été excessif de sanctionner le défaut de notification à la société par une nullité, d'autant que cette notification était impossible en l'absence de gérant pour la recevoir »⁸⁰⁶. Se posait la question suivante : la demande d'agrément adressée au seul associé survivant était-elle valable faute de représentant légal alors que les statuts exigeaient une notification à la société ? Il a été souligné que « la notification est, en principe, inefficace. La personnalité morale de la société est distincte de celle de son associé unique ; notifier à l'associé unique, ce n'est pas la même chose que de notifier à la société »⁸⁰⁷. Cependant, la décision de la Cour doit être approuvée en raison de la singularité des faits. En effet, bien qu'il ne soit pas gérant, l'associé unique seul survivant était le seul à pouvoir se prononcer et le fait que la demande lui soit adressé à lui et non à la société n'a pas porté atteinte à la substance de son droit.

⁸⁰⁴ C. civ., art. 1861, al.2 : « Les statuts peuvent toutefois convenir que cet agrément sera obtenu à une majorité qu'ils déterminent (...) ».

⁸⁰⁵ Cass. com., 3 mai 2018, n° 16-24.381 : *JurisData* n° 2018-021216 ; *Dr. rural*2019, comm. 5, note E. NAUDIN et F. COLLARD.

⁸⁰⁶ H. HOVASSE, *Dr.sociétés* 2018, comm.141.

⁸⁰⁷ E. NAUDIN et F. COLLARD, *art. préc.*

348. Lorsque les associés refusent l'agrément ils doivent toutefois respecter les dispositions statutaires l'encadrant. Leur violation sera sanctionnée comme est venue le montrer une décision de la Cour de cassation. Une SCI avait été constituée entre trois associés. L'un décède et laisse sa fille comme seule héritière. Cette dernière sollicite son agrément comme associé auprès des associés et de la société. Lors d'une assemblée, réunie quelques jours après, les associés ont refusé de l'agréer et l'ont informé de leurs refus. Cependant, estimant que ce refus ne lui avait pas été notifié dans les délais convenus dans les statuts, elle revendiqua sa qualité d'associé. Les statuts prévoyaient que lors de la transmission des parts sociales au décès d'un associé « *les héritiers de celui-ci ne deviennent associés qu'en cas d'agrément des associés survivants; si la société n'a pas fait connaître sa décision dans le délai de trois mois de la réception de la notification, l'agrément est réputé acquis ; la notification de la demande d'agrément et celle de la décision de la société sont faites par envoi recommandé avec demande d'avis de réception ou par acte extra-judiciaire* ». Bien que le TGI de Draguignan l'ait débouté de ses prétentions, la cour d'appel d'Aix-en-Provence les approuva et les associés formèrent un pourvoi en cassation. Pour la troisième chambre civile⁸⁰⁸, « *les lettres des associés des 28 février et 3 mars 2015 ne pouvaient valoir notification de refus d'agrément de la SCI dès lors qu'ils n'agissaient pas au nom de cette personne morale (...)* ». Le refus d'agrément devait être notifié par la société elle-même. Les courriers des associés ne suffisaient pas. En effet, les statuts exigeaient que ces derniers s'expriment au nom de la personne morale pour notifier sa décision. N'ayant pas respecté les dispositions statutaires, l'héritière des parts sociales a donc acquis la qualité d'associé à l'expiration de délai accordé à la SCI par les statuts pour se prononcer sur son agrément.

349. En raison de *l'intuitu personae* qui gouverne les **SNC** les changements d'associés s'avèrent difficile puisque la société a été constituée selon les qualités propres de chacun de ses membres. Donc, en principe, la société devrait être dissoute par le décès de l'un de ses associés. Toutefois, si le décès d'un associé de SNC entraîne en principe la dissolution de la société, les statuts peuvent prévoir sa continuation⁸⁰⁹. Mais quel que soit le cas de continuation envisagé par les statuts, un agrément peut être imposé. Le législateur autorise donc les statuts à soumettre l'entrée des héritiers à l'agrément

⁸⁰⁸ Cass. 3^e civ., 16 janvier 2020, n° 18-26.010, *JurisData* n° 2020-004751 : *Rev. des sociétés* 2020, p. 299, note J-F. BARBIERI ; *JCP N* 2020, 1092, note Th. De RAVEL d' ESCLAPON.

⁸⁰⁹ C. com., art. L. 221-15 al.2.

préalable des associés survivants. Lorsque les statuts prévoient la continuation de la société, peuvent être soumis à l'agrément :

- les héritiers « ab intestat » lorsque la continuation de la société est envisagée avec tous les héritiers de l'associé décédé.
- les légataires lorsque les statuts prévoient la continuation de la société avec la personne désignée par disposition testamentaire.

Toutefois, le Code de commerce ne précise pas les conditions dans lesquelles cet agrément doit être donné. L'article L.221-15 alinéa 2 du Code de commerce évoque bien la possibilité de prévoir une clause d'agrément des héritiers de l'associé décédé mais il ne précise pas les conditions dans lesquelles il devra être donné. Il est alors admis que peuvent être imposées celles envisagées lors d'une cession entre vif en raison du caractère *intuitu personae* de la SNC⁸¹⁰. L'agrément doit donc être donné « avec le consentement de tous les associés »⁸¹¹.

350. Concernant les **sociétés en commandite simple**, le décès d'un commanditaire n'est pas une cause de dissolution de la société et la transmission des parts à ses héritiers ne pose pas de difficultés lorsque ceux-ci sont mineurs. Mais les statuts peuvent tout de même prévoir que les héritiers de l'associé décédé devront être agréés. Faute de précisions sur les modalités de cet agrément par le législateur, les statuts peuvent prévoir que cet agrément pourra être donné dans les mêmes conditions qu'en cas de décès d'un associé en nom⁸¹².

En ce qui concerne les associés commandités, leur statut est quant à lui calqué sur celui des associés en nom. Donc en principe le décès d'un associé commandité est une cause de dissolution de la société à moins que les statuts n'en disposent autrement. Pour éviter qu'un associé mineur ne vienne perturber le fonctionnement de la société une clause d'agrément peut être prévue par les statuts dans les mêmes conditions qu'en cas de décès d'un associé en nom. Si une clause de continuation de la société avec les tous les héritiers de l'associé décédé est comprise dans les statuts il est indispensable qu'une clause d'agrément y soit associée afin d'éviter notamment l'arrivée d'un mineur au sein de la société qui entraînerait sa transformation ou sa dissolution.

⁸¹⁰ Mémento Francis Lefebvre, *Transmission d'entreprise*, 2015-2016, n° 7666, p. 116.

⁸¹¹ C. com., art. L.221-13.

⁸¹² Mémento Francis Lefebvre, *Sociétés commerciales* 2017, n° 28131, p. 421.

Exemple de clause :

MUTATION PAR DECES

« Tout ayant droit, héritier ou légataire, doit pour devenir associé, obtenir l'agrément de la collectivité des associés se prononçant par décision extraordinaire hors la présence de ces dévolutaires, les voix attachées aux parts de leur auteur n'étant par retenues pour le calcul du quorum et de la majorité.

Les ayants droit doivent justifier de leurs qualités et demander leur agrément s'il y a lieu, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans un délai de trois mois à compter du décès ou de la disparition de la personnalité morale de l'associé.

Les ayants droit qui ne deviennent pas associés n'ont droit qu'à la valeur des parts sociales de leur auteur. Cette valeur doit être payée par les nouveaux titulaires des parts, ou par la société elle-même, si celle-ci les a rachetées en vue de leur annulation. Cette valeur est déterminée au jour du décès ou de la disparition de la personnalité morale dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du Code civil.

Les frais d'expertise sont supportés moitié par la société, moitié par la succession ou par les ayants-droit évincés, selon le cas. ».

Lorsque les statuts prévoient une clause d'agrément, tant que les associés ne se sont pas prononcés sur la demande faite, l'héritier des parts sociales se trouve à l'écart de la vie sociale.

§2. La mise à l'écart temporaire des héritiers mineurs durant la procédure d'agrément

351. Tant que les associés ne se seront pas prononcés sur la demande d'agrément formulée par les héritiers, les droits attachés aux parts transmises ne pourront être exercés par ces derniers. L'objet d'une telle clause est bien de mettre à l'écart les éventuels héritiers indésirables. Elle serait sans intérêt si ceux-ci pouvaient prendre part à la vie sociale.

Entre la date du décès de l'associé et la décision de l'assemblée concernant l'agrément ou non des héritiers, quels sont les droits de ces derniers ? Cette période intermédiaire

n'est pas expressément organisée par le législateur et aucune disposition particulière concernant les héritiers mineurs n'est prévue.

C'est aux seuls associés survivants que revient la décision d'agréeer ou non les héritiers de l'associé décédé. Pendant cette période, les parts sociales de l'associé décédé sont donc gelées. En effet, tant qu'aucune décision n'a été prise l'exercice des droits attachés aux parts transmises est suspendu. Les héritiers détiennent la propriété des parts transmises par l'associé décédé sans toutefois pouvoir se voir reconnaître la qualité d'associé tant que la procédure d'agrément n'est pas terminée (A). La qualité d'associé leur étant refusé les héritiers de l'associé décédé se trouvent dans une situation délicate (B).

A. Une mise à l'écart justifiée par la non attribution de la qualité d'associé aux héritiers

352. La mise à l'écart des héritiers les prive ainsi de tous les droits politiques (1) et aux dividendes (2) dont bénéficient normalement les associés.

1) La privation des droits politiques

353. S'agissant de l'exercice des droits d'associé « logiquement, nier la qualité d'associé au successeur jusqu'à son agrément doit conduire à ne lui reconnaître aucun droit d'associé, qu'il soit politique ou financier »⁸¹³. La Cour de cassation a récemment précisé qu'aucune disposition n'interdit au gérant de convoquer une assemblée générale lorsqu'une procédure d'agrément est pendante. En autorisant le gérant à convoquer une assemblée certains estiment, toutefois, que les intérêts des héritiers ne sont pas assurés⁸¹⁴.

Les héritiers ne doivent donc pas être convoqués aux assemblées⁸¹⁵ et encore moins prendre part au vote. Cette solution a été rappelée par la Cour d'appel de Paris⁸¹⁶. Ne

⁸¹³ C.COUPET, *art.préc.*

⁸¹⁴ X. DELPECH, « Difficultés juridiques autour de l'agrément de l'héritier d'un associé de SARL décédé », *Dalloz actualité*, 18 mai 2018.

⁸¹⁵ Cass. civ. 1^{er.}, 9 juillet 1991, n° 90-12503, *JurisData* n° 1991-001959 : *Def.* 1991, n° 23, p.1333, obs. P. LE CANNU ; *JCP E* 1991, pan.1111 ; *RTD Com.* 1992, p.204, obs. M. JEANTIN.

⁸¹⁶ CA Paris, pôle 2, ch.1, 13 mars 2013 : *Dr. sociétés* 2013, comm. 99, H. HOVASSE.

bénéficiant pas de la qualité d'associé les héritiers de l'associé décédé se voient priver du droit de participer aux assemblées et d'y voter à moins que la loi ne leur en donne la possibilité et en particulier l'article R.323-41 du Code rural et de la pêche maritime lorsqu'il s'agit des héritiers d'un GAEC⁸¹⁷.

Il semble également que la communication des documents sociaux lui soit refusée⁸¹⁸. Il se trouve donc privé de tout droit d'information durant la procédure d'agrément.

S'est posée la question de savoir si les héritiers, leurs administrateurs légaux, pouvaient exiger du gérant la désignation, pendant la procédure d'agrément, d'un mandataire pour le compte de la succession. La Cour de cassation s'est prononcée à ce sujet mais une cour d'appel s'y était opposée estimant qu'il n'appartenait pas au gérant « *de solliciter la désignation d'un mandataire pour le compte de la dévolution successorale alors qu'aussi longtemps que l'agrément n'est pas expressément donné ou tacitement acquis, la mise en œuvre des droits inhérents aux parts dévolues est gelée ; qu'un mandataire désigné par le président de la juridiction ne peut exercer plus de droits que n'en disposerait le mandant lui-même* »⁸¹⁹. La Cour de cassation⁸²⁰ retient à son tour qu'il n'appartient ni au gérant ni à la société de solliciter la désignation d'un mandataire durant la procédure d'agrément sans toutefois être aussi claire ce que certains lui reprochent.⁸²¹ En effet, pour la Cour, il n'appartient ni au gérant ni à la société de nommer un mandataire mais elle ne précise pas si les héritiers peuvent solliciter cette nomination.

354. Mais en cas de non-respect de ces règles, quelle sanction doit être appliquée ? La Cour de cassation s'est prononcée sur le sort d'une assemblée et des décisions qui ont été prises à laquelle avait participé un héritier non encore agréé. L'interdiction pour les héritiers non agréés de participer aux décisions collectives est sanctionnée par la nullité

⁸¹⁷ « Les héritiers d'un associé décédé qui ne sont pas admis de plein droit dans le groupement participent, jusqu'à la décision concernant cette admission, aux délibérations de l'assemblée générale par l'intermédiaire de l'un d'entre eux qui les y représente ou, s'il y a lieu, par l'intermédiaire de leur représentant légal, avec les voix dont disposait leur auteur, en raison de sa qualité d'associé et, le cas échéant, des parts de capital qu'il détenait.

⁸¹⁸ P. LE CANNU, *Def.* 1994, p.561 : CA Agen, chambre 1, 23 février 1993, *JurisData* n° 1993-044305.

⁸¹⁹ CA Saint- Denis (Réunion), ch. comm., 1^{er} avril 2015, *JurisData* n° 2015-011542.

⁸²⁰ Cass.com., 3 mai 2018, n° 15-20.851 : *Dalloz actualité* 18 mai 2018, obs. X. DELPECH ; *Def.* 2018, p. 25, obs. J-F. HAMELIN ; *RTD Com.* 2018, p.711, obs. A. LECOURT.

⁸²¹ C. COUPET, « Quels droits pour l'héritier d'un associé décédé, entre le décès et l'agrément ? *Dr.sociétés* 2018, comm.122.

de l'assemblée et des délibérations prises⁸²². Une SCI avait été constituée entre quatre associés. Au décès de l'un d'eux et une fois sa succession ouverte, une assemblée générale avait été convoquée afin de nommer le nouveau gérant. Cependant, le gérant avait été nommé par une assemblée à laquelle avait participé mais aussi voté les héritiers de l'associé décédé alors qu'ils ne disposaient pas de la qualité d'associé puisque n'avait pas été mise en œuvre la procédure d'agrément comme les statuts l'exigeaient. Pour la Cour de cassation, les intéressés « *qui n'avaient pas obtenu d'agrément dans les conditions prévues par les statuts, ne pouvaient se prévaloir d'un agrément tacite et n'étaient pas associés de la SCI, avaient cependant pris part à l'assemblée générale et à l'élection des gérants, la cour d'appel, qui, sans être tenue de procéder à des recherches ou de répondre à des conclusions que ses constatations rendaient inopérantes, en a exactement déduit que l'assemblée générale qui s'était tenue irrégulièrement devait être déclarée nulle, comme la désignation de M. X (héritier de l'associé et non agréé) en qualité de gérant, a légalement justifié sa décision* ». La Cour ne fait pas de distinction selon que le vote des héritiers ait été ou non décisif et rejette la théorie dite du vote utile⁸²³ mis en avant par les auteurs du pourvoi. En l'espèce, comme le prévoyait les statuts, le gérant pouvait être un non associé et la majorité nécessaire à sa nomination était une majorité simple, le vote de ces derniers étant sans influence.

355. Toutefois, concernant l'exercice du droit de vote, le législateur a prévu une solution différente lorsque les héritiers sont ceux d'un associé d'un GAEC puisque l'article R.323-41 du Code rural et de la pêche maritime autorise les héritiers à prendre part à la gestion sociale. Cependant, cette règle « tout à fait exorbitante du droit commun des sociétés, (...) », n'a pas pour effet de faire échapper les héritiers à la procédure d'agrément prévue par les statuts⁸²⁴ et peut se justifier « par le fait que les héritiers travaillent souvent dans l'exploitation agricole, sans être associés du GAEC : le caractère familial de

⁸²² Cass. civ.3, 8 juillet 2015, n° 13-27248 : *BJS* 2015,p.585, obs. J-P GARCON ; *Dr. sociétés* 2015, comm.189, note R. MORTIER.

⁸²³ Théorie du vote utile ou efficace consiste « pour le juge à écarter lorsqu'il le peut (donc principalement dans le cas d'une nullité facultative) la nullité d'une décision sociale pour cette raison que l'irrégularité entachant l'adoption de cette décision n'aurait pas, au regard de la répartition des voix, d'incidence réelle sur la situation de droit et la décision susceptible d'être prise (et ainsi ne ferait pas grief à la victime), A. CONSTANTIN, *RTD Com.*2015, p.533.

⁸²⁴ B. SAINTOURENS, « Les droits des héritiers de l'associé décédé : la spécificité de transmission des parts à cause de mort » *Rev. Sociétés* 2010, p.42, n°9.

la profession d'agriculteur justifierait la solution »⁸²⁵ . Donc dès lors qu'est soumis au vote leur demande d'agrément, lors de l'assemblée générale à laquelle ils ont été convoqués, les héritiers de l'associé décédé ne peuvent pas participer au vote, « ce droit de vote temporaire n'emporte pas en lui-même transfert aux héritiers de la qualité d'associé »⁸²⁶.

356. Tant que les héritiers n'ont pas été agréés, ils ne peuvent être regardés comme des associés et ainsi pouvoir bénéficier des droits qui y sont attachés en ce qui concerne le fonctionnement de la société. Les parts transmises deviennent la propriété des héritiers mais elles ne leur permettent pas de se prévaloir de la qualité d'associé tant que la procédure d'agrément n'est pas arrivée à son terme. Ce n'est qu'à l'issue de cette dernière que les héritiers deviendront associés ou non. La Cour de cassation est notamment venue affirmer que l'agrément n'avait pas d'effet rétroactif⁸²⁷. Il ne vaut donc que pour l'avenir bien que la doctrine ait par le passé soutenu une solution contraire⁸²⁸. Un héritier ne devient associé qu'au jour de son agrément et non pas au jour de sa demande.

357. Malgré l'interdiction faite aux héritiers de prendre part à la vie sociale pendant la durée de la procédure d'agrément, que faire si une décision urgente doit être prise et qu'elle nécessite la prise en compte de toutes les parts sociales y compris de celles de l'associé décédé ? Ce peut être le cas lorsque l'unanimité est nécessaire ou que les héritiers détiennent des parts représentant la majorité du capital social. La prise de décision se trouve alors bloquée. Des solutions ont été proposées : tout d'abord la nomination par le juge des référés d'un « mandataire chargé de voter pour le compte de ces parts sociales ».⁸²⁹ Il semble au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation que cette solution soit à écarter.

⁸²⁵ G. DROUOT, *art.préc.*, n° 21

⁸²⁶ B. SAINTOURENS, *op.cit.*

⁸²⁷ Cass.com., 3 mai 2018, n° 15-20851, JurisData n° 2018-007157 : *Dr.sociétés* 2018, comm.122, note C. COUPET; *BJS* 2018, p.425, obs. Cl.-A. MICHEL.

⁸²⁸ J.HEMARD, F.TERRE, P.MABILAT, *op.cit.*, n°310, p.308 : « Lorsque, par l'effet de l'agrément reçu, l'héritier déjà titulaire des parts est devenu associé, cette dernière qualité doit lui être reconnue rétroactivement depuis le jour du décès ».

⁸²⁹ « Quels aménagements statutaires pour les héritiers de parts sociales de SARL ? » Etude in Cahier pratique rédigé par : Infoleg Service d'information réglementaire, aux entreprises de la Chambre de

Ensuite, il a été proposé de ne pas provisoirement tenir compte de ces droits : « les conditions de *quorum* et de majorité ont vocation à dénombrer les titulaires du droit de vote. Or, par la mise en œuvre de la distinction du titre et de la finance, la qualité d'associé est momentanément « gelée », elle est en attente d'attribution et il paraît justifié de ne pas en tenir compte. Le détenteur de la finance n'a ainsi pas la possibilité d'être représenté dans les affaires de la vie sociale »⁸³⁰.

Il serait intéressant d'insérer dans les statuts, une clause de neutralisation temporaire des droits sociaux afin qu'ils ne soient pas pris en compte, pendant qu'une procédure d'agrément est pendante, dans le calcul du *quorum* et de la majorité nécessaire à l'adoption d'une décision collective⁸³¹.

358. N'étant pas réglementée ni bornée dans le temps, la période allant du décès à la décision concernant l'agrément doit être réduite dans le temps. Il est conseillé aux héritiers de se faire connaître le plus tôt possible. Au jour du décès ils bénéficient du droit de demander leur agrément sans qu'un délai ne leur soit imposé. Il est donc suggéré de mentionner dans les statuts⁸³² :

- un délai maximum pour demander l'agrément

- une sanction en cas de non-respect de ce délai par les héritiers : qu'ils ne pourront être agréés.

L'héritier soumis à la procédure d'agrément sera également privé de droits financiers.

2) La privation des droits aux dividendes

359. Si les héritiers sont privés de droits politiques pendant la procédure d'agrément ils ne peuvent non plus bénéficier de droits financiers. Les textes ne prévoient pas de dispositions particulières à ce sujet, sauf en ce qui concerne les sociétés civiles professionnelles. En effet, « (...) l'associé, ses héritiers ou ayants droit, selon les cas, ne peuvent exercer aucun droit dans la société. Toutefois, et à moins qu'ils n'en soient

commerce et d'industrie de Paris : *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 1, Janvier 2012, prat. 1. Dans le même sens Mémento Lefebvre, *Transmission d'entreprise*, 2015-2016, n°7543, p.112.

⁸³⁰ G.DROUOT, « L'agrément de l'héritier : de l'utilité de distinguer le titre de la finance » *RTD Civ.*2017, p.3055, n°23 :

⁸³¹ N. RANDOUX et W. ALTIDE, « Une friche juridique : la clause d'agrément en cas de décès » *JCP N* 2016, 1089, n° 12.

⁸³² N. RANDOUX et W. ALTIDE, *art.préc.*, n° 13.

déchus, ils conservent vocation à la répartition des bénéfices, dans les conditions prévues par les statuts »⁸³³. Dans les autres formes sociales, en l'absence de précision la jurisprudence s'y oppose.

360. Toujours en s'appuyant sur la qualité d'associé et le droit commun des sociétés la chambre commerciale de la Cour de cassation refuse aux héritiers pendant la procédure d'agrément le droit aux dividendes. La Cour a eu l'occasion de préciser que seul un associé a qualité pour percevoir les dividendes⁸³⁴ et refuse ainsi ce bénéfice aux héritiers soumis à une clause d'agrément. Cette solution fondée sur la qualité d'associé⁸³⁵ concernait un GAEC. L'originalité de la décision a tout de même été soulignée⁸³⁶. En effet, concernant les GAEC l'article R.323-41 du Code rural et de la pêche maritime attribue aux héritiers le droit de voter aux assemblées générales dans l'attente de leur agrément mais la première chambre civile en revanche leur refuse le droit de profiter d'éventuels bénéfices pendant la procédure d'agrément : ainsi, les héritiers et légataires d'un associé décédé d'un GAEC « ont le droit de participer aux décisions sociales, alors qu'ils n'ont pas la qualité d'associés ! De façon paradoxale, ils pourraient délibérer sur l'affectation d'un bénéfice auquel ils ne pourraient prétendre »⁸³⁷.

En l'espèce, malgré le décès de l'un des associés d'un GAEC les statuts organisaient la continuation de la société en exigeant que les héritiers soient soumis à l'agrément des associés survivants. Ce dernier leur ayant été refusé, ils demandèrent par voie de référer à la société le paiement d'une provision au titre des bénéfices réalisés entre le décès de leur auteur et le refus d'agrément. Si la cour d'appel a dans un premier temps accédé à leur demande la Cour de cassation non : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'article R. 323-41 du Code rural, qui permet seulement aux héritiers non encore agréés de participer aux délibérations de l'assemblée générale du groupement et ne déroge pas, en ce qui concerne le droit sur les bénéfices, aux dispositions de droit commun de l'article 1870-1 du Code civil, ne confère aux héritiers non agréés aucun droit sur les bénéfices réalisés par le groupement postérieurement au décès de leur auteur, la cour d'appel a violé le premier de ces textes par fausse application et le second par refus d'application* ».

⁸³³ L. 29 novembre 1966, art. 24, dernier alinéa.

⁸³⁴ Cass.1^{er} civ., 5 novembre 2014, n° 13-25820 : Flash *Defrénois*- n°46, p. 8.

⁸³⁵ G. DROUOT, *art. préc.*, n° 25

⁸³⁶ Cass.com., 14 décembre 2004, n°01-10893 : *Dr. sociétés* 2005, comm.45, note F-X. LUCAS ; *RTD com.* 2005, p.126, obs. M-H. MONSERIE-BON.

⁸³⁷ H. HOVASSE, *Def.* 2005, p. 902.

Cette décision rendue à propos d'un GAEC doit être étendue à toutes les formes sociales⁸³⁸ bien qu'elle ne fasse pas l'unanimité. En effet, pour certains des distinctions doivent être faites et « si la société distribue un dividende, il y a lieu de décider que les propriétaires de droits sociaux peuvent y prétendre et, donc agir pour l'obtenir, même s'ils n'ont pas encore été agréés »⁸³⁹. Cette proposition qui a été saluée « ne remet pas en cause la finalité de l'agrément »⁸⁴⁰.

Mais cette solution a été confirmée depuis pour une société civile⁸⁴¹. Une SCI avait été constituée entre un couple et deux associés (les frères du mari). Un an après le décès de son mari, l'épouse laissa pour lui succéder les deux frères en qualité de légataires particuliers pour la pleine propriété de ses parts dans le capital de la société ainsi qu'un neveu. Ce dernier, assigna les légataires et la société afin d'obtenir notamment leur condamnation au paiement de divers sommes correspondants aux dividendes distribués avant la délivrance du legs de parts sociales. En effet, le décès de l'associé était survenu en 2011 et la délivrance du legs plus d'un an après. Or, pendant cette période des dividendes avaient été distribués. Pour le demandeur, seul héritier, ces derniers devaient lui revenir. Débouté par les juges du fond, il forma un pourvoi en cassation. La Cour rejette toutefois le pourvoi. Après avoir relevé que le demandeur n'avait pas été agréé comme associé de la SCI « *la cour d'appel en a exactement déduit qu'il ne pouvait prétendre aux bénéfices distribués après encaissement des loyers, postérieurement au décès de son auteur, avant la délivrance de leur legs* ».

L'héritier qui se voit refuser l'agrément ne peut prétendre aux dividendes attribués entre le décès et la délivrance du legs fait à un tiers. Cette absence de droits aux dividendes des légataires⁸⁴² ne signifiait pas pour autant que le neveu en tant qu'héritier pouvait les percevoir. En effet, seule la qualité d'associé permet la perception de dividendes, celle de simple d'héritier reste insuffisante.

⁸³⁸ Une exception concerne toutefois les SCP. L'article 24 dernier alinéa de la loi du 29 novembre 1966, laisse aux héritiers ou ayants-droit, qui ne peuvent exercer aucun droit dans la société, leur vocation à la répartition des bénéfices, à moins qu'ils n'en soient déçus, dans les conditions prévues par les statuts.

⁸³⁹ H. HOVASSE, *Dr. sociétés* 2013, comm.99, note sous CA Paris, pôle 2, ch.1, 13 mars 2013 n° 12-067.88.

⁸⁴⁰ G.DROUOT, *art.préc.*, n° 25.

⁸⁴¹ Cass. 1^{re} civ., 2 septembre 2020, n° 19-14.604, *JurisData* n° 2020-012468 : *Dr. fam.* 2020, comm.150, obs. M. NICOD.

⁸⁴² Comme le prévoit l'article 1014 du Code civil, le légataire particulier bénéficie d'un droit à la chose léguée au jour du décès mais il ne peut s'en mettre en possession ou prétendre aux fruits et intérêts qu'à compter du jour de sa demande en délivrance ou du jour auquel cette délivrance lui a été volontairement consentie.

Bien que cette décision soit venue confirmer l'impossibilité pour les héritiers candidats à l'agrément de pouvoir bénéficier des dividendes distribués, elle ne précise pas le sort de ces dividendes durant la période allant du décès de l'associé à la délivrance du legs. Des pistes ont été mises en avant par certains : « Deux analyses sont possibles : raisonner à partir de la qualité d'associé ou à partir des parts sociales. Si l'on raisonne à partir de la qualité d'associé, les dividendes qui auraient dû revenir au défunt doivent être répartis entre les associés restants. Si l'on raisonne, en revanche, à partir des parts sociales, la fraction de dividendes attachée aux parts du défunt doit être réservée au légataire particulier et il la recevra après la délivrance. Quelle analyse privilégier ? L'article 1844-1 du Code civil n'est pas d'un grand secours car, d'un côté, il accorde à la qualité d'associé une place centrale dans la répartition des dividendes, mais, de l'autre, il lie le dividende à la part sociale. Il est donc difficile de trancher. Et cela est d'autant plus difficile que le légataire particulier est privé du droit aux fruits pendant cette période par un texte spécial. Mais il faut bien articuler cette interdiction de principe avec les règles inhérentes au pacte social. En pratique, donc, il semblerait tout de même judicieux de prévoir par une résolution expresse, à l'heure de la décision de distribution, que la fraction de dividendes attachée aux parts du défunt reviendra au légataire particulier lorsqu'il aura été agréé et mis en possession des parts. Cette solution permet de respecter l'équilibre souhaité par les statuts dans la répartition du bénéfice, mais elle suppose de rattacher conceptuellement le droit au dividende à la part sociale, et non à la qualité d'associé, et cela peut être discuté »⁸⁴³.

Cette mise à l'écart des héritiers durant la procédure d'agrément, les place néanmoins dans une position délicate.

B. La situation délicate des héritiers de l'associé décédé

361. La procédure d'agrément prive donc les héritiers de tous les droits attribués aux associés, cette qualité leur étant refusée pendant cette période.

Que peuvent-ils alors faire si les décisions prises portent atteinte à leurs intérêts ?

Les prérogatives dont bénéficient les administrateurs légaux chargés de représenter les héritiers mineurs trouvent ici leur source dans le droit commun. Un auteur⁸⁴⁴ cite à titre d'exemple, la saisine du juge des référés pour que soit suspendue une décision qui

⁸⁴³ C. BARRILLON, *Gaz.Pal.*2020, p.81.

⁸⁴⁴ P. LE CANNU, *Def.* 1994, n°8, p.561 sous CA Agen, 3 février 1993, *JurisData* n° 1993-044305.

pourrait avoir des effets irréversibles, sur le fondement de l'article 808 du Code de procédure civile. Les associés survivants ne doivent pas profiter de cette période pour prendre des décisions importantes, pouvant avoir de graves conséquences sur l'avenir de la société comme une transformation, qui normalement nécessite l'accord unanime de tous les associés. Le juge pourra ainsi bloquer la prise de décision tant que les associés ne se seront pas prononcés sur la demande d'agrément qui leur a été soumise.

362. Même s'ils se trouvent écartés de toute prise de décision, les héritiers doivent être vigilants lorsqu'ils sollicitent l'agrément des associés survivants et notamment lorsque la propriété des parts est indivise. Dans ce cas, l'agrément des indivisaires se fait un par un, il doit être sollicité par chacun⁸⁴⁵. Les associés survivants peuvent ainsi faire un « tri » certains des héritiers pourront être agréés et d'autres non. Chacun des héritiers indivisaires doit individuellement demander son agrément ; « puisque tous ont vocation à devenir associés, tous doivent solliciter l'agrément »⁸⁴⁶. En effet, la jurisprudence reconnaît la qualité d'associé à chaque indivisaire⁸⁴⁷. La position de la Cour de cassation est claire mais les auteurs se sont par le passé longtemps interrogés pour savoir qui avait cette qualité d'associé en cas d'indivision. Plusieurs courants se sont dégagés : si certains estimaient qu'il y avait un associé en plusieurs personnes distinctes⁸⁴⁸, pour d'autres, il fallait reconnaître à chaque indivisaire la qualité d'associé⁸⁴⁹.

363. En présence d'une clause d'agrément, bien que les héritiers soient devenus propriétaires des parts sociales de l'associé décédé, ils ne deviennent pas associés de plein droit. Ils doivent demander cet agrément mais auparavant il est indispensable qu'ils aient accepté la succession. En effet, pour que les associés puissent se prononcer sur l'agrément, il est indispensable que la succession de l'associé décédé ait été acceptée

⁸⁴⁵ CA Besançon, 2^e ch. civ., 29 avril 2009, *JurisData* n° 2009-376728 : *Dr. sociétés* 2009, comm.155, note R. MORTIER.

⁸⁴⁶ R. MORTIER, *art. préc.*

⁸⁴⁷ Cass.com. 21 janvier 2014, n° 13-10151 : *RJDA* 5/14, n° 443. Solution déjà posée auparavant : Cass.civ.1^{re}, 6 février 1980, n° 78-12513 : *Rev. sociétés* 1980, p.521, note A. VIANDIER.

⁸⁴⁸ J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, *op.cit.*, n° 516, p.577 : si « une ou plusieurs actions sont attribuées en copropriété à plusieurs actionnaires, le nombre de ceux-ci ne permet pas de considérer qu'il y a, en ce qui les concerne, plusieurs actionnaires ; il n'y a alors qu'un seul actionnaire en plusieurs personnes distinctes ; ».

⁸⁴⁹ A. VIANDIER, « *La notion d'associé* », LGDJ 1978, n° 238 et 239, p. 229 et 230.

par ses héritiers. Peu importe que l'acceptation soit pure et simple ou à concurrence de l'actif net. Un père associé dans différentes sociétés (SCI, SARL et 9 GFA) laisse pour héritiers deux enfants mineurs issue d'un mariage précédant. Il lègue à ces derniers l'intégralité de son patrimoine en précisant que l'administration légale de leur mère sera renforcée par une co-administration sous contrôle judiciaire exercée par ses sœurs. En l'absence, de communication de certains documents, notamment des statuts des différents GFA, des documents sociaux, l'administratrice légale saisit le Président du tribunal de grande instance, qui fit droit à sa demande, pour que soit désigné un expert chargé notamment d'évaluer l'ensemble des parts sociales détenues par le défunt. Elle assigna également l'une des sœurs, gérante, aux fins de la voir condamner à communiquer l'ensemble des comptes de résultats et bilans des GFA depuis leur constitution. Afin de pouvoir respecter ses obligations successorales en tant qu'administratrice légale de ses enfants mineurs, elle bénéficie d'un droit à l'information ainsi qu'à la communication annuelle des documents sociaux des groupements. La cour d'appel de Montpellier souligna d'une part, qu'en l'absence d'acceptation de la succession, la procédure d'agrément des héritiers prévue par les statuts ne peut être déclenchée, qu'en conséquent les enfants n'ont pas la qualité d'associé et d'autre part, que leur mère, tant en son nom personnel qu'en qualité de représentante de ses enfants mineurs, ne peut avoir la qualité d'associé et ne peut donc se prévaloir d'un droit à l'information et à la communication annuelle des documents sociaux bénéficiant au seuls associés⁸⁵⁰.

⁸⁵⁰ CA Montpellier, 5^e chambre, section A, 24 mai 2007, n° 06/06566.

Conclusion du chapitre 1

364. Comme nous l'avons vu précédemment, l'arrivée d'un associé en cours de vie sociale peut être source de perturbations. Quelles que soient les motivations, seule l'anticipation statutaire permet sa mise à l'écart. En effet, lors de la rédaction des statuts les associés peuvent déterminer les modalités de continuation de la société suite au décès de l'un d'entre eux.

Ils peuvent dans un premier temps prévoir des clauses qui vont s'appliquer automatiquement sans consultation des associés survivants. Sont admises : la clause de continuation de la société avec les seuls associés survivants, les seuls héritiers capables ainsi qu'une clause d'exclusion de l'associé mineur.

Ces clauses trouvent tout leur intérêt notamment lorsque la forme sociale choisie ne permet pas l'insertion d'une clause d'agrément comme dans les SA en cas de succession à un descendant.

La rédaction d'une clause d'agrément est peut-être à privilégier. Lors du décès d'un associé elle laisse une marge de manœuvre aux associés. Elle constitue un barrage qui selon les circonstances permettra l'entrée ou non de l'héritier mineur de parts sociales.

Toutefois, lorsqu'une demande d'agrément est faite, l'héritier mineur, ne peut exercer les droits attachés aux parts. Privé de droits politiques et financiers, il se trouve alors dans une situation délicate à l'écart de la vie sociale. Mais lorsque l'agrément lui est refusé, l'éviction du mineur doit se faire dans le respect de ses droits.

CHAPITRE II : Les droits du mineur évincé

365.Au décès de l'associé, ses parts sociales sont transmises à ses héritiers qui n'acquièrent pas automatiquement la qualité d'associé. En revanche, ils se trouvent, dès le décès, propriétaire des droits sociaux.

Les statuts peuvent, avec une plus ou moins grande liberté, selon la forme sociale choisie fixer le sort des héritiers en cas de décès de l'un des associés. Cette liberté statutaire, qui leur permet de mettre les héritiers de l'associé décédé à l'écart, est toute de même contrebalancée par un dispositif légal protecteur des intérêts des héritiers évincés. Cependant, aucune disposition légale ne concerne le mineur en particulier. Il se trouve donc soumis au même régime que les majeurs.

Comme tout héritier de parts sociales, les mineurs mis à l'écart de la société devront être indemnisés (section 1) et cette indemnisation nécessite l'évaluation des parts sociales (section 2).

Section 1 : La nécessaire indemnisation des héritiers mineurs

366. Lorsque la société doit se prononcer, son choix ne peut être que l'agrément ou le refus d'agrément. Si elle choisit d'agréer les héritiers, la Cour de cassation refuse que l'agrément puisse être assorti d'une condition⁸⁵¹. En cas de refus d'agrément des héritiers ou légataires de l'associé décédé, sa décision n'a pas à être motivée. Les héritiers ne peuvent se prévaloir d'un droit à entrer dans la société.

Toutefois, les associés, lorsqu'ils refusent d'agréer un héritier ne peuvent se soustraire au remboursement de la valeur des parts. Il s'agit d'une obligation légale (§1) à laquelle les associés restants ne peuvent échapper (§2).

§1. L'obligation légale de remboursement des parts sociales

367. En ce qui concerne le droit commun des sociétés, l'article 1870-1, alinéa premier du Code civil prévoit que « les héritiers ou légataires qui ne deviennent pas associés n'ont droit qu'à la valeur des parts sociales de leur auteur. Cette valeur doit leur être payée par les nouveaux titulaires des parts ou par la société elle-même si celle-ci les a rachetées en vue de leur annulation ». Les débiteurs de cette obligation de remboursement ne peuvent s'y soustraire.

La solution vaut également dans la SARL même lorsque les parts ne sont pas détenus par les cédants depuis au moins deux ans. La condition d'ancienneté de deux ans est supprimée dès lors que le refus d'agrément intervient suite au décès d'un associé comme en dispose l'article L.223-14 alinéa 6 du Code de commerce⁸⁵².

S'agissant des modalités de remboursement, l'article 1870-1 du Code civil prévoit deux possibilités : soit le rachat des parts sociales, qui peut être effectué par un associé ou par un tiers à condition qu'il obtienne l'agrément ; soit le rachat par la société elle-même. Les parts seront annulées et le capital social réduit. Toutefois, cette obligation de rachat se distingue d'une cession de parts sociales à un tiers (A). De plus l'héritier non agréé, en sa qualité d'héritier peut demander le remboursement du compte courant de l'associé décédé (B).

⁸⁵¹ Cass.com., 17 janvier 2012, n° 09-17212 : *Dr. sociétés* 2012, comm. 64, note D. GALLOIS-COCHET.

⁸⁵² « Sauf en cas de succession, de liquidation de communauté de biens entre époux, ou de donation au profit d'un conjoint, ascendant ou descendant, l'associé cédant ne peut se prévaloir des dispositions des troisième et cinquième alinéas ci-dessus, s'il ne détient ses parts depuis au moins deux ans ».

A. Le rachat des parts par la société : une opération distincte d'une cession de parts sociales à un tiers

368. Le rachat des parts sociales par la société elle-même ne constitue pas, pour la chambre commerciale de la Cour de cassation⁸⁵³, une cession de parts soumise au droit d'enregistrement de l'article 726,I, 2° du Code général des impôts⁸⁵⁴. Un associé d'une société civile immobilière est décédé, sans héritier direct, après avoir institué par testament une légataire universelle et octroyé un legs particulier portant sur des parts sociales à un tiers. Les statuts prévoyaient que malgré le décès de l'un des associés la société continuerait avec les seuls associés survivants. Ne pouvant devenir associés, ils se trouvaient créanciers de la valeur des parts sociales qui leurs avaient été transmises. Deux actes ont alors été établis : l'un pour « constater le rachat des titres » et le second pour effectuer la réduction de capital. Un rappel d'impôt a été mis à la charge de la SCI accompagné d'une majoration de 40% et d'intérêts de retard par l'administration fiscale au motif qu'il s'agissait d'une cession de parts sociales donnant ouverture à la perception des droits de mutation, dans les mêmes conditions que si des associés avaient cédé leurs parts à des tiers. Si dans un premier temps le tribunal de grande instance, saisi par la SCI lui donna raison, la cour d'appel de Bordeaux approuva l'analyse de l'administration fiscale. Cependant, la chambre commerciale de la Cour de cassation écarta cette requalification faite par l'administration fiscale et cassa la décision au motif « *qu'en statuant ainsi, alors que l'acte litigieux ne pouvait recevoir légalement la qualification de cession de parts sociales, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ». Cette solution saluée par la doctrine⁸⁵⁵ doit s'appliquer quelle que soit la forme sociale choisie⁸⁵⁶.

369. L'opération de rachat des parts sociales en vue de leur annulation doit être qualifiée « de remboursement d'apport consécutif à une réduction de capital »⁸⁵⁷. Elle se distingue de l'opération de cession à un tiers. Le rachat par une société de ses droits

⁸⁵³ Cass.com., 22 octobre 2013, n° 12-23.737 : *JurisData* n° 2013-023426.

⁸⁵⁴ « Les cessions de droits sociaux sont soumises à un droit d'enregistrement dont le taux est fixé : (...) à 5 % : pour les cessions de participations dans des personnes morales à prépondérance immobilière. »

⁸⁵⁵ J-P. GARCON, *JCP N* 2014, 1361; *Dr.sociétés* 2014, comm.5, note H.HOVASSE ; *Droit fiscal* 2014, comm.171, note J-P. MAUBLANC.

⁸⁵⁶ J-P. GARCON, *art.préc.*

⁸⁵⁷ H. HOVASSE, *art. préc.*

sociaux n'est pas une opération qui a une nature unique pour le Professeur R.MORTIER qui fait une distinction entre le rachat cession et le rachat remboursement : lorsque le rachat n'est pas lié à une réduction de capital il constitue une cession de droits sociaux et doit être employé le terme de rachat cession. Par contre si le rachat implique une réduction du capital « ce que la société vise, à travers lui, n'est plus l'acquisition de ses propres droits sociaux, mais leur annulation, leur destruction »⁸⁵⁸. Lorsque le rachat opère un remboursement d'apport, il s'agit d'un rachat remboursement.

Donc pour éviter toute confusion sur la nature de l'acte, dès lors qu'une assemblée générale refuse d'agréer les héritiers ou les légataires ou que les statuts organisent la continuation de la société avec les seuls associés survivants il est conseillé de ne pas parler de rachat ou de cession de parts sociales mais de convention d'indemnisation dans les statuts ou lors de l'assemblée générale réunie suite au décès de l'associé.⁸⁵⁹

La chambre commerciale a également précisé que cette opération ne constitue pas une opération de partage assujetti au droit de l'article 746 du Code général des impôts: « *c'est à bon droit que la cour d'appel, hors dénaturation, retient que la réduction de capital constatée dans les procès-verbaux de l'assemblée générale des associés de la société n'était pas un partage assujetti au droit du même nom.* »⁸⁶⁰.

Une réduction de capital suivi d'un remboursement n'est donc pas soumise au droit de partage. En refusant d'agréer les héritiers, les associés souhaitent poursuivre l'activité sociale entre eux et n'ont pas l'intention de mettre fin à la société.

L'acte constatant la réduction de capital doit être enregistré dans le délai d'un mois à compter de sa date⁸⁶¹ au service des impôts des entreprises de la résidence du notaire s'il s'agit d'un acte notarié⁸⁶² ou du domicile de l'un des associés s'il s'agit d'un acte sous seing privé⁸⁶³.

L'article 26 de la loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 est venu supprimer le droit fixe d'enregistrement qui s'appliquait à certains actes dont la réduction de capital. Depuis le 1^{er} janvier 2019, l'acte concernant une réduction est enregistré gratuitement⁸⁶⁴.

⁸⁵⁸ R. MORTIER « *Le rachat par la société de ses droits sociaux* », Dalloz 2013, n°757, p. 571.

⁸⁵⁹ J.-P. GARCON, *art.préc.*

⁸⁶⁰ Cass.com., 23 septembre 2008, n° 07-12.493, JurisData n° 2008-045083 : *Revue de droit fiscal* n°49, décembre 2008, comm.608, note. G.BLANLUET ; *LPA* 2008, p.6, note B. JADAUD.

⁸⁶¹ Art. 635, 5° du CGI.

⁸⁶² Art. 650 du CGI.

⁸⁶³ Art. 652 du CGI

⁸⁶⁴ CGI, art. 814 C.

370. Cette obligation de rachat doit intervenir dans les délais fixés par le législateur. Pour les SARL, l'article L.223-14 alinéa 3 du Code de commerce laisse un délai de trois mois à compter du refus d'agrément aux associés pour acquérir ou faire acquérir les parts des héritiers exclus. Toutefois, ce délai peut être prorogé par décision du juge, à la demande du gérant, sans que cette prorogation ne puisse excéder six mois. L'alinéa 4 du même article, offre dans les mêmes délais la possibilité à la société de réduire son capital et procéder au rachat en vue de leur annulation. Pour les sociétés civiles, l'article 1863 alinéa premier du Code civil laisse le même délai de six mois aux associés ou aux tiers pour procéder au rachat. Toutefois, les statuts peuvent en disposer autrement sans que le délai prévu par eux ne « puisse excéder un an ni être inférieur à un mois »⁸⁶⁵. De même, à défaut d'acquéreur, la société peut effectuer le rachat⁸⁶⁶.

L'héritier mineur s'étant vu opposer un refus d'agrément pourra demander par l'intermédiaire de ses représentants légaux le remboursement du compte courant d'associé de l'associé décédé.

B. Le remboursement du compte courant de l'associé décédé aux héritiers évincés

371. Les comptes courants d'associés sont des dettes de la société. L'associé est alors un créancier et ses héritiers, bien que n'ayant pas acquis la qualité d'associé, pourront en demander le remboursement comme l'a précisé une Cour d'appel. Une société civile immobilière était constituée notamment entre deux époux divorcés. A son décès l'un d'eux laissa sa sœur comme seule héritière, Mme C. Une assemblée générale extraordinaire lui refusa son agrément et elle saisit alors le président du Tribunal de grande instance aux fins d'évaluation de ses parts sociales. Elle assigna également au fond la SCI pour d'obtenir le paiement de la valeur des parts et le remboursement d'un compte courant d'associé. Elle saisit ensuite le juge de la mise en état d'une demande en paiement d'une provision du montant du compte courant et ce-denier fit droit à sa demande. La SCI releva appel de cette décision et soutenait que n'étant pas associé, Mme C n'avait aucun droit sur ce compte courant d'associé et que l'action était prescrite puisqu'elle avait agi plus de dix ans après (le concours d'associé apporté par son frère).

⁸⁶⁵ C.civ. art.1864.

⁸⁶⁶ C.civ., art. 1863 al.2.

Toutefois, la Cour d'appel de Nîmes⁸⁶⁷ confirma l'ordonnance. Tout d'abord, Mme C. était bien fondée en sa qualité d'héritière à demander le remboursement du compte courant d'associé. Elle agissait ici en tant que créancière de la société : « *Celui qui accorde à la société une avance en compte courant n'agit pas en sa qualité d'associé mais en qualité de prêteur créancier, de sorte qu'il importe peu que Mme C. n'ait pas été agréée par la société, dès lors qu'elle agit en sa qualité de créancière, saisie de plein droit, (...) des biens, droits et actions du défunt.* ». De plus, concernant la prescription de l'action, celle-ci ne court qu'à compter du jour où l'héritière en demande le paiement et non au jour de sa constitution : « *Sauf disposition particulière des statuts ou convention de compte courant d'associé, en l'espèce inexistantes, le compte courant d'associé qui s'analyse en un prêt à durée indéterminée consenti par l'associé à la société, est remboursable à tout moment, sauf motif légitime pris des conséquences d'un remboursement intégral et immédiat sur l'intérêt social de celle-ci ou sa pérennité, en l'espèce non invoquées.* ».

372. Il n'existe pas de définition légale du compte courant d'associé mais il « consiste pour l'associé à consentir à la société des avances ou des prêts en versant directement des fonds ou en laissant à sa disposition des sommes qu'il renonce provisoirement à percevoir »⁸⁶⁸. Les héritiers, qui se trouvent mis à l'écart de la société ont le pouvoir de solliciter à tout moment le remboursement d'un compte courant d'associé, s'il en existe un. Ils peuvent bénéficier de liquidités si le remboursement de la valeur des parts sociales tarde. Mais, il est toutefois envisageable de prévoir dans les statuts une clause organisant les modalités de ce remboursement afin qu'il ne puisse être demandé n'importe quand par les héritiers ou leurs représentants légaux.

373. En l'absence de convention ou de disposition statutaire contraire, le remboursement peut ainsi être demandé à tout moment lorsque son créancier en fait la demande et la situation financière de la société est sans incidence. Une SARL avait été constituée entre cinq associés. L'un d'entre eux demanda le remboursement de son compte courant d'associé mais la société refusa en raison de difficultés financières et pour cette dernière, le remboursement ne pouvait avoir lieu puisque les statuts précisait que « chaque associé peut consentir des avances à la société sous forme de versements dans la caisse sociale. Les conditions de rémunération et de retrait de ces

⁸⁶⁷ CA Nîmes, 2^e chambre civile, section A, 15 novembre 2018, n° 18/01043.

⁸⁶⁸ Rép. min. n° 34969 à M. de CUTTOLI : JO Sénat Q, 23 oct. 1980, p. 4001.

comptes courants sont fixées par la gérance ». Débouté en première instance il interjeta appel de la décision. Or, la gérance n'ayant pas fixée ses conditions la cour d'appel d'Aix-en-Provence ordonne son remboursement. Après avoir rappelé que « *la caractéristique essentielle du compte courant d'associé est, en l'absence de convention particulière ou statutaire, d'être remboursable à tout moment* » elle précise que « *même lorsque la société fait face à des difficultés, elle ne peut pas s'opposer à la demande de remboursement de son compte courant par un associé* »⁸⁶⁹. Toutefois, la société qui justifie être dans l'impossibilité de rembourser immédiatement l'intégralité peut se voir accorder des délais de paiement⁸⁷⁰. Mais les associés ne peuvent échapper à leur obligation d'indemnisation de l'héritier évincé.

§2. Une obligation d'indemnisation à laquelle les associés restants ne peuvent échapper

374. Le législateur, pose une exigence d'indemnisation des héritiers non agréés en envisageant alternativement : soit le rachat par un coassocié ou un tiers agréé soit le rachat par la société.

Cette exigence d'indemnisation ne peut être contournée par les associés restants et la jurisprudence condamne les pratiques conduisant à une absence d'indemnisation des héritiers mis à l'écart. C'est la raison pour laquelle, les héritiers ne sont pas tenus de présenter aux associés survivants un plan de cession (A). De même, les associés restants ne peuvent pas se contenter de simplement rechercher un acquéreur pour les parts sociales (B).

A. Les héritiers n'ont pas à présenter un plan de cession des parts sociales transmises

375. Les associés survivants ne peuvent ainsi exiger que l'héritiers exclu leur présente un projet de cession des parts de son auteur. Il n'a donc pas à trouver un acquéreur ni établir un projet de cession pour être indemnisé. Telle est la solution retenue par la Cour

⁸⁶⁹ CA Aix-en-Provence, 8^e chambre B, 6 juillet 2017, n° 15/05231, *JurisData* n° 2017-013884.

⁸⁷⁰ CA Paris, Pôle 5, chambre 8, 24 février 2015, n° 13/20394, *JurisData* n° 2015-009878.

de cassation⁸⁷¹ à propos d'un GAEC et la portée de la décision doit être étendue à toutes les sociétés civiles⁸⁷² car « il est inconcevable qu'une personne sans titre d'associé puisse prétendre le transmettre, nul ne pouvant transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même »⁸⁷³.

En l'espèce, au décès d'un associé, ses héritiers, son épouse et leurs deux enfants mineurs, se heurtèrent au refus d'agrément des associés survivants. Faute d'accord sur l'évaluation des parts son épouse (agissant à titre personnel et en tant qu'administratrice légale des enfants) sollicita du président du tribunal de grande instance la nomination d'un expert sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil. Elle saisit ensuite le tribunal pour d'obtenir le remboursement du compte courant d'associé de son époux et le paiement de la valeur des parts sociales litigieuses. Toutefois, cette dernière demande fut rejetée par les premiers juges et la cour d'appel de Pau confirma le jugement estimant que les héritiers n'avaient pas observé les dispositions statutaires. En effet, pour les juges du fond le renvoi effectué par les statuts du GAEC à la cession des parts sociales entre vifs en cas de décès de l'un d'entre eux, obligeait les ayants-droit de l'associé décédé à leur proposer à eux ou à la société un plan de cession s'ils souhaitaient obtenir le rachat des parts sociales en cas de refus d'agrément. Les statuts prévoyaient qu'à défaut ils ne pouvaient bénéficier du rachat des parts. Toutefois la chambre commerciale de la Cour de cassation cassa l'arrêt au motif « *qu'il résulte de l'article 10-2 des statuts du GAEC, relatif à la transmission des parts par décès, qu'en l'absence d'agrément des ayants droit de l'associé décédé, les droits sociaux correspondants doivent être rachetés soit par le ou les associés survivants, soit par un ou plusieurs tiers désignés par eux, soit par le groupement lui-même et que si cet article renvoie, à cet égard, à l'article 9-2, relatif à la cession des parts, ce renvoi ne peut avoir pour effet d'obliger les ayants droit à présenter un projet de cession portant sur des parts qui, en l'absence d'agrément, ne leur ont pas été transmises* ». La Cour dispense donc les héritiers d'une telle obligation car « en l'absence d'agrément, il n'y a pas de transmission et donc un éventuel projet de cession n'aurait pas d'objet »⁸⁷⁴.

⁸⁷¹ Cass.com., 29 septembre 2009, n°08-16.368, *JurisData* n° 2009-049687:BJJS 2010, p.56, note J-J. BARBIERI; *Dr. rural* 2010, comm.3, note Ch. LEBEL; *RTD Com* 2010, p.161, obs. M-H. MONSERIE-BON; *Dr.sociétés* 2009, comm.221, note R.MORTIER; *Rev.sociétés* 2010, p.42, note B. SAINTOURENS.

⁸⁷² Solution rendue au visa de l'article 1870-1 du Code civil relatif au droit commun des sociétés civiles doit alors s'appliquer à toutes les sociétés civiles.

⁸⁷³ R. MORTIER, *art.préc.*

⁸⁷⁴ J-J. BARBIERI, *art.préc.*, p.58

Ainsi, l'héritier non agréé de l'associé décédé n'est pas dans l'obligation de trouver un acquéreur pour ses parts sociales pour être indemnisé.

Pour la Cour de cassation, en l'absence d'agrément, les parts ne leur ont pas été transmises. Cette solution, saluée par la doctrine ne peut être qu'approuvée puisqu'elle offre aux héritiers non agréés une meilleure protection malgré une rédaction lacunaire des statuts.

Il reste donc important de distinguer les cessions de parts entre vifs et celles à cause de mort car « les héritiers ne peuvent rester prisonniers d'une telle situation, où ils sont titulaires de droits personnels ayant une valeur économique, sans pouvoir en obtenir le règlement ». ⁸⁷⁵ En effet, les héritiers ne peuvent pas être soumis aux mêmes dispositions statutaires que les associés puisqu'ils ne sont pas propriétaires des parts transmises : « le droit que leur reconnaît l'article 1870-1 du code civil est une créance de somme d'argent représentative de la valeur desdites parts » ⁸⁷⁶.

Mais l'affaire ne s'arrêta pas là et la Haute juridiction renvoya les parties devant la cour d'appel de Bordeaux. La cour d'appel de renvoi se prononça le 31 mai 2012 dans le sens donné par la Cour de cassation le 29 septembre 2009 et le GAEC se pourvut alors une seconde fois en cassation. Dans cette décision la chambre commerciale tout en maintenant sa position approuva la cour d'appel de Bordeaux sur la sanction à appliquer aux associés ⁸⁷⁷. La résistance abusive des associés qui a conduit à faire durer dix ans la procédure doit être sanctionnée par des dommages intérêts.

Il est donc conseillé aux associés, comme le rappelle un auteur, quelle que soit la forme sociale choisie, de ne pas faire durer la procédure de manière exagérer « sauf à prendre le risque d'une sanction allant au-delà de la réparation du simple retard dans l'exécution, puisqu'il existe un préjudice distinct, dû à la mauvaise foi fondant les

⁸⁷⁵ Ch. LEBEL, *art.préc.*

⁸⁷⁶ B. SAINTOURENS, *art.préc.*

⁸⁷⁷ Cass.com., 25 mars 2014, n°12-24.487, *JurisData* n° 2014-005975 : «*Et attendu, d'autre part, qu'après avoir relevé que la demande en paiement de la valeur des parts remontait au moins à l'année 2003 et que leur valeur à dire d'expert était connue depuis 2004, l'arrêt retient que le GAEC résiste ainsi depuis plusieurs années aux demandes de la veuve de l'associé décédé et de ses héritiers mineurs, pourtant fondées en droit ; qu'il ajoute que malgré les termes explicites de l'arrêt de la Cour de cassation du 29 septembre 2009, le GAEC a entendu poursuivre cette résistance qui est donc manifestement abusive ; qu'il retient enfin que cette résistance a causé aux appelants, qui se sont heurtés à la mauvaise foi de leur débiteur, un préjudice indépendant du simple retard qu'il convient d'indemniser ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* » ; *Dr.rural* 2014, comm.190, note Ch. LEBEL.

manœuvres dilatoires des associés »⁸⁷⁸. Encore une fois la décision de la Cour est à saluer puisqu'elle apporte aux héritiers une réparation venant compenser la durée importante de la procédure, volontairement retardée par les associés survivants. De même, les associés ne peuvent se contenter de présenter un acquéreur pour se décharger de leur obligation d'indemnisation.

B. La simple présentation d'un tiers acquéreur par les associés ne suffit pas à les décharger de leur obligation d'indemnisation

376. Le refus d'agrément des héritiers de l'associé décédé fait peser sur les associés restants une obligation de rachat des parts qu'il détenait. Il s'agit d'une obligation personnelle des associés et la désignation d'un acquéreur ne les décharge pas de leur obligation comme est venue le rappeler la Cour d'appel de Poitiers. Une société à responsabilité limitée avait été constituée entre trois frères. En 2004, l'un d'eux décéda et laissa pour lui succéder ses deux enfants mineurs placés sous le régime de l'administration légale sous contrôle judiciaire de leur mère.

Les statuts prévoyaient qu'aux décès de l'un des associés l'entrée des héritiers ne se ferait pas automatiquement : les statuts exigeaient l'agrément des associés restants. Cet agrément a donc été demandé par les enfants, aux associés, par l'intermédiaire de leur mère et leur a été refusé.

Toutefois, en cas de refus d'agrément, les associés sont tenus d'acquérir ou de faire acquérir les parts⁸⁷⁹. C'est ainsi que lors d'une assemblée générale extraordinaire la SARL a agréé la SAS ESYO en qualité de nouvel associé et lui laissa le soin d'effectuer une offre de rachat des parts appartenant à la succession de l'associé décédé. Cependant, la SAS ne s'est jamais portée acquéreur des parts. La mère des enfants, en sa qualité d'administratrice légale a assigné les deux associés restants devant le tribunal de grande instance pour que ces derniers soient condamnés à lui payer notamment la valeur des parts sociales ainsi que des dommages intérêts. Le tribunal débouta la mère de ses demandes et cette dernière releva appel de cette décision. La Cour d'appel infirma le jugement⁸⁸⁰.

⁸⁷⁸ Ch. LEBEL, *art.préc.*

⁸⁷⁹C.com., art. L.223-14 al.3.

⁸⁸⁰ CA Poitiers, 2^echambrecivile, 10 novembre 2015, n° 14/04491.

Les associés de la SARL ayant refusé aux héritiers leur agrément avaient pour obligation d'acquérir ou de faire acquérir les parts comme le prévoient les textes. La défaillance du tiers, ici la SAS ESYO, qui n'a pu effectuer le rachat, n'exonérait pas les associés de leur obligation de rachat. Le paiement de la valeur des parts sociales ayant pour conséquence le refus d'agrément, l'impossibilité pour la SAS de procéder au rachat est inopposable aux héritiers non agréés. Pour la Cour, les associés qui avaient refusé l'agrément avaient l'obligation d'acquérir ou de faire acquérir les parts et, dans la mesure où cette acquisition n'a pu être effective, les associés étaient tenus par leur obligation principale qui pesait sur eux d'acquérir eux-mêmes ces parts. En effet, la seule désignation d'un tiers acquéreur ne satisfait pas aux obligations du texte et ne les exonère pas de leur propre obligation et « *ni le défaut de solvabilité de la société ESYO, ni les délais de procédure devant le juge des tutelles ne sauraient être excipés pour décharger les associés de leur obligation telle que définie par l'alinéa 3 de l'article L.223-14 du Code de commerce* ».

Au regard de la protection des héritiers non agréés cette décision apparaît positive puisqu'elle empêche les associés de se décharger trop facilement de leur obligation de rachat. Ces derniers doivent être prudents et ne pas se contenter de présenter un acheteur car en cas de défaillance de ce dernier leur obligation d'indemnisation ne s'éteint pas.

Que le rachat soit effectué par un associé ou la société il nécessite au préalable d'évaluer les parts sociales appartenant aux héritiers de l'associé décédé.

Section 2 : L'évaluation des parts sociales transmises

377. En refusant l'agrément, les associés sont tenus de régler aux héritiers la valeur des parts sociales dont l'évaluation est encadrée par le législateur (§1). Cette évaluation doit être aussi précise que possible puisque la décision des associés pourra en dépendre. En effet, si cette dernière est trop importante l'agrément pourra être préférable. Mais une fois l'agrément refusé les associés ne pourront pas revenir sur leur décision qui est irréversible (§2).

§1. Une évaluation encadrée par le législateur

378. Le rachat des parts sociales en cas de refus d'agrément est organisé par le législateur. Pour la date d'évaluation des droits sociaux : l'article 1870 -1 alinéa 2 du Code civil ainsi que les articles L.221-15 alinéa 6 du Code de commerce pour les SNC et l'article L.223-13 alinéa dernier pour les SARL du Code de commerce retiennent le jour du décès de l'associé.

L'interdiction faite aux héritiers de participer à la vie sociale pendant la procédure les empêche de pouvoir être informé sur la santé de la société. Donc en cas de refus d'agrément, la protection de ces derniers et surtout de la valeur des parts sociales est assurée par la date d'évaluation des droits sociaux. Celle-ci est fixée au jour du décès de l'associé. En retenant cette date, les héritiers non agréés sont mis à l'abri de mauvaises décisions qui pourraient être prises par les associés. Mais la valeur des parts sociale peut également subir une variation favorable dont les héritiers ne pourront bénéficier. Toutefois, en cas de retrait ou d'exclusion la valorisation des parts se fait à la date du remboursement.

379. Quant au prix, ces mêmes articles renvoient à l'article 1843-4 du Code civil, dont les dispositions sont d'ordre public, pour en fixer les conditions. Celui-ci a fait l'objet de modifications par l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 prise en application de l'article 3 de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises. Son effet principal aura été d'imposer à l'expert lorsqu'il a été nommé le respect des modalités de valorisation statutaires et extrastatutaires. Désormais, il est clairement affirmé que lorsqu'un expert a dû être nommé, parce que la loi renvoie à l'article 1843-4 du Code civil et que les parties sont en désaccord, alors l'expert est tenu « d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts de la société ou par toute convention liant les parties ».

La volonté du législateur était de mettre un terme à la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation qui avait « privé d'efficacité toutes les directives d'évaluation, statutaires et extrastatutaires, considérant que l'expert était libre ».⁸⁸¹

⁸⁸¹R.MORTIER « Le nouvel article 1843-4 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 », *Dr.sociétés* 2014, étude 19.

En effet, la Cour de cassation considérait comme inefficaces les clauses statutaires d'évaluation et affirmait que « seul l'expert détermine les critères qu'il juge les plus appropriés pour fixer la valeur des droits, parmi lesquels peuvent figurer ceux prévus par les statuts »⁸⁸².

Lorsqu'il avait été nommé, l'expert était libre au moment de procéder à l'évaluation des parts. Le juge ne pouvait procéder à cette évaluation ni même lui imposer une méthode.

380. A défaut d'accord entre les parties sur la valeur des parts sociales, le recours à l'expertise ne peut donc être évité. Toutefois, l'expert est désormais tenu d'appliquer les règles d'évaluation lorsqu'elles sont précisées. Il n'intervient qu'à titre subsidiaire comme mandataire commun des parties et les dispositions de l'article 1843-4 du Code civil « ont pour finalité de permettre à un processus de cession ou de rachat imposé d'aller à son terme en dépit d'une contestation entre le cédant et le cessionnaire sur la valeur des droits sociaux »⁸⁸³. Ce n'est donc qu'en l'absence de dispositions statutaires ou conventionnelles qu'il demeure libre de déterminer un prix selon la méthode qu'il juge opportune dans l'intérêt de tous.

L'expert peut être désigné soit par les parties soit à défaut d'accord entre elles par le président du tribunal (de commerce ou de grande instance, avant son remplacement par le tribunal judiciaire) statuant en la forme des référés sans recours possible. Depuis le premier janvier 2020, il est désigné par un jugement du président du tribunal judiciaire statuant selon la procédure accélérée au fond.

381. La décision de l'expert s'impose aux parties ainsi qu'au juge sauf erreur grossière de sa part, envisagée comme « l'erreur qu'un technicien normalement soucieux de son art ne saurait commettre. C'est donc par rapport au comportement d'un appréciateur avisé et consciencieux qu'il y a lieu d'apprécier si la bourde expérimentale est à ce point grave qu'elle mérite d'être qualifiée d'erreur grossière »⁸⁸⁴. Si l'erreur grossière est retenue l'expertise devra être annulée. Si auparavant, le non-respect par l'expert des

⁸⁸² Cass.com., 5 mai 2009, n° 08-17.465 : *Dr.sociétés* 2009, comm.114, note R.MORTIER ; La Cour de cassation avait déjà retenu une solution équivalente qui n'avait pas manqué de faire réagir la doctrine, Cass.com., 4 décembre 2007, n° 06-13.912 : Solution confirmée ensuite : Cass.com. 3 mai 2012, n° 11-12.717.

⁸⁸³ Rapport du président de la République

⁸⁸⁴ M.COZIAN, A.VIANDIER, F.DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 29^eéd.LexisNexis 2016, n° 983, p. 428.

dispositions statutaires permettant l'évaluation des parts ne pouvait être qualifié d'erreur grossière⁸⁸⁵ aujourd'hui probablement que oui.

Le président du tribunal judiciaire est seul compétent pour procéder à la désignation de l'expert en cas de contestations entre les parties à moins que les statuts n'en disposent autrement.

382. La Cour de cassation est venue préciser que ne doit pas être considérée comme nulle ou inapplicable la clause statutaire qui confie au tribunal arbitral le soin d'évaluer les droits sociaux de l'associé exclu et de trancher les litiges⁸⁸⁶. L'assemblée générale d'une société civile avait exclu l'un de ses membres et fixé la valeur de ses parts sociales. Ce dernier contesta leur valeur et assigna la société aux fins de voir désigner un expert en application de l'article 1843-4 du Code civil. Le président du tribunal de grande instance de Paris se déclara incompétent en raison de l'existence d'une clause statutaire qui accordait au tribunal arbitral le pouvoir de procéder lui-même à l'évaluation des parts sociales de l'associé retrayant ou exclu et de statuer en dernier ressort. L'appel-nullité formé par ce dernier ayant été jugé irrecevable par la cour d'appel de Paris, l'associé exclu forma un pourvoi en cassation. En faisant prévaloir la clause statutaire litigieuse contraire aux dispositions d'ordre public de l'article 1843-4 du Code civil, les juges du fond avaient commis un excès de pouvoir. Cependant, la chambre commerciale, rejeta le pourvoi en le déclarant irrecevable faute d'excès de pouvoir. Elle approuve la cour d'appel d'avoir retenue que « *le caractère d'ordre public de l'article 1843-4 du code civil n'exclut pas l'arbitrabilité du litige* » et que la clause qui « *accorde aux arbitres le pouvoir de procéder eux-mêmes à cette évaluation et de trancher le litige, contrairement au pouvoir de l'expert nommé en application de l'article 1843-4 du code civil d'évaluer sans trancher, ne la rend pas manifestement inapplicable ou nulle* ».

Bien que la Cour admette la validité de la clause statutaire qui confie à l'arbitre le soin de trancher les litiges et le pouvoir d'évaluer la valeur des parts, elle laisse le tribunal arbitral « seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel, de sorte qu'il peut par exemple apprécier si la clause d'arbitrage a bien été acceptée par les parties ou si le litige est bien visé par elle. Conséquence de ce principe : la juridiction d'État saisie d'un litige relevant d'une convention d'arbitrage

⁸⁸⁵ Cass.com., 16 février 2010, n° 09-11668 : RJDA 5/10, n° 523, p.493.

⁸⁸⁶ Cass.com., 10 octobre 2018, n° 16-22.215, *JurisData* n° 2018-017444: *BJS* 2019, p.7, obs. D. COHEN; *RTD Com.* 2018, p.940, obs. A. LECOURT; *Gaz.Pal.* 2019, p.61, obs. K. RODRIGUEZ.

doit se déclarer « *incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable* » (CPC, art. 1448, al. 1) »⁸⁸⁷. Toutefois, il incombe à la juridiction arbitrale de déterminer l'étendue de sa compétence. Comme le souligne un auteur « la balle est désormais dans le camp du tribunal arbitral qui aura le choix entre appliquer ou non l'article 1843-4. Ou bien il jugera que l'article 1843-4 s'impose à lui, et il aura alors deux possibilités : se déclarer compétent pour désigner lui-même l'expert ou se déclarer incompetent pour le faire et laisser les parties saisir le juge à cette fin. Ou bien il écarte purement et simplement l'application de l'article 1843-4, en jugeant qu'il est compétent pour valoriser lui-même les parts de l'associé exclu ; cette dernière solution est la plus probable au regard de la rédaction de la clause compromissoire à l'origine du litige et devrait s'imposer si le tribunal statue en amiable compositeur »⁸⁸⁸.

Les associés doivent toutefois avant de se prononcer sur l'agrément ou non de l'héritier connaître la valeur des parts transmises car le refus d'agrément est une décision irréversible.

§2. Le refus d'agrément : une décision irréversible

383. En refusant aux héritiers la qualité d'associé, les associés survivants sont tenus de leur régler la valeur des parts sociales leur appartenant. Une fois l'agrément refusé, les associés ne peuvent pas revenir sur leur décision au motif que la valeur des parts fixée par l'expert est trop élevée. Le refus d'agrément est irréversible. Il peut être intéressant pour les associés devant se prononcer sur l'entrée d'un héritier de procéder au préalable à une évaluation des droits sociaux de ce dernier. Si leur valeur apparaît trop importante et leur rachat compromis, les agréer pourra être préférable. D'autant plus que le refus d'agrément d'un héritier est irréversible même si l'expertise réalisée conduit l'associé restant à devoir verser un montant élevé qu'il ne peut honorer. Telle est la solution d'une Cour d'appel⁸⁸⁹.

Une société civile immobilière avait été constituée entre une mère et ses trois enfants. A son décès, celle-ci laissa pour héritiers ses trois enfants puis deux ans plus tard, l'un des

⁸⁸⁷ R. MORTIER, *Dr.sociétés* 2019, comm.2.

⁸⁸⁸ E. LAMAZEROLLES, *Recueil Dalloz* 2020, p.118.

⁸⁸⁹ CA Pau, 2^o ch., 1^{ère} section, 25 novembre 2010, n^o 09/02970 : *Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine et Midi-Pyrénées* 2010, p.139.

frères décéda également et laissa pour lui succéder sa fille unique Mme M. Les statuts prévoyaient qu'en cas de décès d'un associé, la société continuait avec les héritiers et ayants droit de l'associé décédé à condition qu'ils soient agréés. Mme. M se vit refuser sa demande d'agrément par Mme. F associée unique de la SCI à la suite du rachat par cette dernière des parts de son second frère. La notification de refus d'agrément été également accompagnée d'une offre de rachat des parts transmises précisant que cette offre était ferme et définitive. N'ayant pas réussi à se mettre d'accord sur le rachat des parts, un expert fut nommé par le TGI statuant en la forme des référés afin de déterminer la valeur réelle des parts. Ce dernier dans son rapport fixa la somme de 145 317€ à laquelle devaient s'ajouter les intérêts. Au regard de l'importance de la valeur des parts, déterminée par l'expert, l'associé unique se rétracta. Elle renonça à son refus d'agrément. En effet, compte tenu du cout financier elle informa Mme. M qu'il lui été impossible de racheter les parts et elle lui signifia son agrément.

Mme. M assigna toutefois l'associé unique en paiement, notamment, de cette somme. Le TGI fit droit à la demande de cette dernière en ce qui concernait le paiement de la valeur des parts. L'associé unique releva appel de cette décision mais la cour d'appel de Pau confirma le jugement de première instance. L'associé unique soutenait tout d'abord que le refus d'agrément ne créé pas un droit irréversible pour l'héritière, qu'elle pouvait renoncer à ce droit. Pour elle, aucun texte n'exclut que les associés ou la société elle-même ne puisse au vu de l'expertise renoncer au refus d'agrément : « sinon comment mettre à leur charge une obligation qu'elle se trouverait incapable de remplir, ce qui est le cas en l'espèce ». Enfin, elle estimait qu'elle ne devait pas être condamnée elle. Elle rappelait que si un associé ne peut se porter acquéreur c'est la SCI qui devait procéder au rachat. Or, les statuts prévoyaient ici que ce sont les associés qui bénéficient d'un droit de rachat des parts⁸⁹⁰.

384. Lorsqu'une demande d'agrément se présente à eux, les associés doivent rester vigilants. Ils ne doivent pas se contenter de prendre en compte la personne des héritiers. La décision rendue reste protectrice des intérêts de l'héritière non agréée. En l'espèce, la somme fixée par l'expert était largement supérieure à celle proposée par l'associé unique. L'exclusion ou le refus opposé aux héritiers les prive d'un droit, ils doivent être

⁸⁹⁰ (...) « Si l'agrément est refusé, les associés jouissent d'un droit de rachat des parts dans les conditions fixées sous le paragraphe 3 ci-après, mais ce rachat doit porter sur la totalité des parts dont l'associé décédé était propriétaire ».

indemnisés pour compenser cette perte et les associés ne peuvent revenir sur leur décision au seul motif que le résultat de l'expertise ne leur convient pas.

Du côté de l'associé, la décision apparaît toutefois sévère puisque les dispositions statutaires en faisaient la seule bénéficiaire. Il est toutefois permis de penser qu'une solution différente est possible lorsque les statuts envisagent les rachats des parts sociales de l'associé décédé soit par les associés et à défaut par la société.

385. Les statuts peuvent librement fixer les critères permettant d'effectuer l'évaluation des parts sociales. Ils peuvent également organiser les modalités de paiement des honoraires de l'expert désigné sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil. Toutefois, en l'absence de disposition particulière, la détermination de la charge du paiement des honoraires de l'expert relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Telle est la solution posée par la Cour de cassation⁸⁹¹. L'associé d'une société civile avait été exclu lors d'une assemblée générale et au cours de laquelle avait été également fixée la valeur de ses parts sociales. En désaccord avec la valeur retenue en application d'une clause statutaire, il avait obtenu en justice la désignation d'un expert qui avait déposé son rapport le 2 Août 2013. Cependant, avançant une erreur grossière, il avait obtenu l'annulation de l'expertise et s'était désisté en appel de ses demandes relatives à l'expertise et demanda le partage par moitié avec la société des frais d'expertise. La cour d'appel de Paris rejeta sa demande et condamna l'associé exclu à supporter seul les frais au motif que le tiers évaluateur ne pouvait s'exonérer des méthodes d'évaluation librement consenties par les parties, qu'en l'espèce, les statuts et le règlement intérieur de la SCM fixaient un mode de calcul précis de la valeur de la part sociale, que M. M. ne pouvait donc demander à un tiers évaluateur, en dehors d'une contestation précise sur la valeur fixée par l'assemblée générale de la SCM, de mettre en œuvre une autre méthode de calcul, et qu'en ayant fait cette demande puis sollicité l'annulation du rapport dont la conclusion ne lui convenait pas, il avait fait engager des frais inutiles dont il devait supporter seul la charge. L'associé forma alors un pourvoi en cassation considérant que le paiement des honoraires devait être partagé par moitié puisque, en application de l'article 1843-4 du Code civil, dans son ancienne rédaction, le tiers estimateur était libre de déterminer la valeur des parts litigieuses malgré la présence de critères d'évaluations dans les statuts. La Cour de cassation rejeta toutefois le pourvoi : *« sauf disposition légale contraire, la charge du paiement des honoraires de l'expert*

⁸⁹¹ Cass. com., 26 septembre 2018, n° 17-12.982.

désigné en application de l'article 1843-4 du code civil est fixée par convention entre l'associé retrayant et la société ; qu'à défaut de convention, la détermination de cette charge relève de l'appréciation souveraine des juges du fond ». En l'absence de disposition statutaire c'est donc aux juges que revient le soin de répartir le paiement des honoraires. Ainsi, dans le silence de la loi et des statuts, les juges optent pour un partage égalitaire⁸⁹² des frais entre la société et l'associé exclu, retrayant, cédant ou non agréé.

Cependant, aujourd'hui, lorsque les statuts fixent les modalités d'évaluation des parts sociales cette répartition ne devrait plus avoir lieu. En effet, comme le souligne un auteur « sous l'empire du nouvel article 1843-4 du Code civil, la répartition égalitaire des honoraires de l'expert devrait avoir une place moindre. En effet, dorénavant, l'expert est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts de la société ou par toute convention liant les parties. De ce fait, en présence de règles de calcul suffisamment précises, l'issue de la mission de l'expert est sans surprise. La désignation judiciaire engendre donc des frais inutiles que seule la partie l'ayant sollicitée devrait supporter »⁸⁹³.

En cas de contestation et lorsque les statuts contiennent les règles et modalités de détermination de la valeur des parts, les représentants légaux du mineur devront être prudents pour ne pas être condamnés à supporter le paiement entier des honoraires de l'expert.

⁸⁹² CA Nîmes, 2^e ch. Section B, 27 mai 2004, *JurisData* n° 2004-248511 : « *sauf en cas d'abus manifeste d'une des parties à cette procédure, la charge des frais qu'elle requiert doit être partagée également entre elles, en proportion de l'intérêt égal qu'elles y trouvent chacune* ».

⁸⁹³ C-A. MICHEL, *Gaz.Pal.*2018, p.70, 2^o.

Conclusion du chapitre 2

386. Le mineur héritier de droits sociaux et qui se voit privé d'accès à la société devra alors être indemnisé.

Ainsi, le mineur, comme tout héritier évincé, aura droit au remboursement de la valeur de ses parts sociales et pourra, s'il en existe, en demander également le remboursement du compte courant d'associé.

Le rachat de ses parts pourra être effectué par un associé, un tiers ou par la société elle-même. Il s'agit ici d'une obligation légale et les stratagèmes des associés pour s'y soustraire seront sanctionnés. En effet, les clauses statutaires organisant la cession de parts entre vifs ne peuvent s'appliquer en cas de décès. De même, le simple fait de présenter un acquéreur n'est pas suffisant et ne les décharge pas de leur obligation.

Les solutions jurisprudentielles sont en effet bienveillantes quant au respect de cette obligation d'indemnisation. Donc, avant de se prononcer sur l'entrée ou non de l'héritier, il est conseillé aux associés survivants d'effectuer au préalable une évaluation des parts sociales concernées car la jurisprudence reste protectrice des héritiers non agréés.

Conclusion de la seconde partie

387. Comme nous l'avons vu dans la première partie, lorsque la société est pensée dès sa constitution avec le mineur, une protection de cet associé vulnérable peut être mise en place. En revanche, lorsque la société est confrontée à son arrivée en cours de vie sociale et que la minorité d'un associé n'est pas envisagée dans les statuts, le droit des sociétés retrouve sa supériorité dans le sens où les règles applicables aux majeurs s'appliqueront également à lui.

388. Le mineur peut être amené à faire partie d'une société déjà constituée par l'acquisition de droits sociaux par donation ou par succession. Cette arrivée et notamment permise lorsque les statuts contiennent une clause de continuation de la société avec les héritiers de l'associé décédé.

Pour certaines structures comme les SNC, son arrivée est une réelle menace puisqu'elle peut entraîner une dissolution de la société faute de transformation. Mais quelle que soit la société, son intégration passe toujours par une évolution de la société.

Une évolution dans sa forme, d'abord. Dans ce cas le droit des sociétés protège le mineur en lui refusant l'accès aux sociétés attribuant à leur membres la qualité de commerçant ainsi qu'une importante responsabilité.

Une évolution dans son fonctionnement, ensuite. En effet, le mineur devient un véritable associé qui dispose des mêmes prérogatives que n'importe quel associé mais aussi des mêmes obligations. Le droit des sociétés reste muet sur le statut de cet associé mineur. Ce dernier devra être représenté et les incertitudes sur la qualification d'acte d'administration/acte de disposition qui doit être attribuée aux décisions portées à l'ordre du jour peut constituer une menace pour le fonctionnement de la société lorsque le gérant ne sera pas doté de larges pouvoirs. De même, l'arrivée de ce nouvel associé emporte l'intervention de ses représentants légaux et les mésententes familiales peuvent nuire au bon fonctionnement de la société.

Toutefois, bien que devenu associé le mineur n'est pas « prisonnier » de ce statut. Lorsque ses intérêts sont mis à mal, son départ peut être envisagé.

389. Il est donc indispensable lors de la constitution d'une société d'anticiper les conséquences de la minorité d'un associé même s'il n'est pas présent lors de la

constitution. La rédaction d'une clause d'agrément permise dans la plupart des structures est donc indispensable.

CONCLUSION GENERALE

390. L'absence de disposition protectrice de l'associé mineur en droit des sociétés fait de ce dernier un associé comme les autres.

Qu'il soit associé dès la constitution de la société ou en cours de vie sociale, viennent s'articuler deux corps de règles : celles de la structure qu'il intègre et celles du droit des mineurs et plus particulièrement celles de la représentation, largement assouplies depuis le premier janvier 2016 en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale.

391. Comme nous l'avons vu, **l'intégration du mineur lors de la constitution de la société** peut répondre à diverses motivations mais malgré les avantages procurés, les attraits attachés à la personnalité morale peuvent être risqués pour l'associé mineur.

L'anticipation statutaire et les aménagements contractuels permettent donc d'assurer la protection de l'associé mineur, laquelle n'est pas envisagée par notre droit positif.

L'absence de disposition concernant l'associé mineur fait de ses parents et des tiers ses seuls protecteurs. Mais elle laisse également les professionnels dans le doute lors de la constitution de la société faute de réponses claires.

L'acte d'apport n'est pas traité de manière identique et sa qualification juridique pourra différer selon sa nature, la forme sociale choisie et les circonstances de l'espèce.

La primauté du droit des sociétés sur celui des incapacités et l'absence de disposition protectrice conduisent la jurisprudence à faire peser sur les tiers (banques et notaires) un devoir d'information et de conseil lourd. En cas de manquement, leur responsabilité pourra être engagée afin de pallier cette absence de protection de l'associé mineur. De même, l'écran de la personnalité morale permet d'exclure les règles de gestion traditionnelles des biens du mineur, comme par exemple lorsque la société aura recours à l'emprunt. La Cour de cassation faisant une application stricte des textes considère que la société ayant une personnalité distincte de celle des associés, l'emprunt n'est pas contracté par l'associé mineur mais par la société elle-même. L'écran de la personne morale vient exclure l'application des règles ordinaires protectrices du mineur. Si contracter un emprunt au nom du mineur est un acte grave qui justifie l'autorisation du juge des tutelles, cette dernière n'est plus nécessaire lorsque l'emprunt est contracté par la société dont le mineur est associé y compris dans le cas où, il est associé majoritaire

Faute de disposition le concernant la protection de l'associé mineur est ainsi tributaire de la combinaison du droit des sociétés et du droit des mineurs et la liberté statutaire peut permettre de trouver un équilibre pour atténuer les risques issus de la naissance de la personnalité morale et d'esquisser cette protection qui lui fait défaut. En revanche lorsque la société n'a pas été pensée avec l'associé mineur, le droit des sociétés retrouve sa supériorité, faute d'anticipation.

392. L'acquisition de cette qualité d'associé peut également se faire en cours de vie sociale. Le mineur peut en effet perdre l'un de ses parents et pourra être appelé à lui succéder. Le mineur pourra ainsi faire partie d'une société au sein de laquelle la minorité de l'un des associés n'a pas été anticipé. Dans ce cas, le mineur devenu associé sera de nouveau considéré comme un associé majeur. Il bénéficiera des droits attachés à la qualité d'associé mais sera également soumis aux obligations qui vont avec. Faute de disposition le concernant en cas de dysfonctionnement (mésentente familiale/ la société génère des pertes importantes), une sortie de la société est la seule solution envisageable pour préserver l'associé mineur (exercice du droit de retrait lorsqu'il est permis/ cession des parts sociales).

Ici encore l'anticipation statutaire est la seule à pouvoir permettre la protection du mineur héritier de parts sociales. En effet, bien que lors de la constitution de la société les associés soient tous majeurs les conséquences du décès de l'un d'eux ne doivent pas être négligées.

393. Que le mineur acquière la qualité d'associé lors de la constitution de la société ou en cours de vie sociale, les textes restent muets. Quelle que soit la forme sociale, aucune disposition ne concerne l'associé mineur. L'associé mineur est assimilé à un associé majeur. Les dispositions en vigueur ne permettent donc pas de lui conférer la protection qui lui est due en raison de sa vulnérabilité. Toutefois, ce vide législatif est compensé par la pratique qui permet une certaine protection de cet associé particulier mais seulement au cas par cas. L'anticipation lors de la rédaction des statuts est indispensable. Cela passe par la prise de précautions afin d'atténuer la supériorité du droit des sociétés ou par la prise de dispositions laissant le choix aux associés sur la possibilité ou non d'accepter l'héritier mineur de parts sociales au regard de la santé financière de la société ou de l'état des relations familiales. Si, dans le cadre d'une gestion ordinaire du patrimoine d'un enfant, sa minorité justifie la mise en place de règles protectrices,

lorsqu'il acquiert la qualité d'associé, le droit des sociétés ne fait pas du mineur un associé à part. Le droit des sociétés s'applique donc à tous les associés sans distinction. Ce n'est qu'occasionnellement que sa vulnérabilité est prise en compte afin de l'exclure de certaines sociétés.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux

- BARABE-BOUCHARD (V.), HERAIL (M.), *Droit rural*, 2^e éd., Ellipses, 2011.
- BONFILS (Ph.), GOUTTENOIRE (A.), *Droit des mineurs*, 3^e éd., Dalloz, 2021.
- BUFFELAN- LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil. Introduction Biens Personnes. Famille*, 21^e éd., par Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, Sirey, Université, Dalloz, 2019-2020.
- COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, 32^e éd., LexisNexis, 2019.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), BLARY- CLEMENT (E.), *Droit commercial : Actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence*, 11^e éd., LGDJ, 2015.
- EGEA (V.), *Droit de la famille*, 3^e éd., LexisNexis 2020.
- GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, t.2, 20^e éd., LGDJ, 2017.
- HEMARD (J.), TERRE (F.), MABILAT (P.), *Sociétés commerciales*, t.1, Dalloz, 1972.
- JUBAULT (Ch.), *Droit civil : les successions, les libéralités*, 2^e éd. LGDJ 2010.
- LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, coll.Domat, Droit privé, 8^e éd., LGDJ, 2019.
- MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), *Droit des successions et des libéralités*, 7^e éd.,coll.droit civil, LGDJ, 2016.
- MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), *Droit de la famille*, 5^e éd., LGDJ, 2015.
- MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), *Droit des personnes : la protection des mineurs et des majeurs*, 10^e éd., LGDJ, 2018.
- MERLE (Ph.), FAUCHON (A.), *Droit commercial ; Sociétés commerciales*, 25^e éd., Précis Dalloz 2021.
- MESTRE (J.), PANCAZZI (M.-E.), GROSSI (I.), VIGNAL (N.), MERLAND (L.), MESTRE-CHAMI (A.-S.), *Droit commercial: Activité commerciale - Structures d'entreprises (commerçants, sociétés et autres groupements)*, Tome 1, 31^{ème} édition, LGDJ, 2021.
- REINHARD (Y.), THOMASSET-PIERRE (S.), NOURISSAT (C.),*Droit commercial*, 8^e éd., LexisNexis, 2012.
- RENAUT (M-H.), *Histoire du droit de la famille*, 2^e éd., Ellipses 2012.
- SERLOOTEN (P.), *Droit fiscal des affaires*, 6^e éd., Dalloz, 2007.
- TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, 10^e éd. Dalloz, 2015.
- TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), GAUDEMET (S.), *Les successions, les libéralités*, coll.Précis, 4^e éd., Dalloz 2013.
- TEYSSIE (B.), *Droit civil, les personnes*, 18^e éd., LexisNexis, 2016, n° 580.
- VIDAL (D.), *Droit des sociétés*, 5^e éd., LGDJ, 2006.

II. Ouvrages spécialisés, monographies, thèses, actes de colloques

II.a – Ouvrages spécialisés

BRILLAT (M.), GUILLAUD- BATAILLE (S.), *La société civile : Société de gestion de portefeuille, Société civile immobilière, Société civile holding, 3 instruments majeurs de la gestion de patrimoine*, Gualino, 2013.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2004,

GUYON (Y.), *Les sociétés ; Aménagements statutaires et conventions entre associés, Traité des contrats*, 5^e éd., LGDJ 2002.

LEMOULAND(J.-J.),dir., *La condition juridique du mineur*, LexisNexis, 2004.

MASSIP (J.), *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Répertoire Defrénois 2009.

NEIRINCK (C.), *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents* , LGDJ 1984.

ROLAND (H.), BOYER (L.), *ADAGES du droit français*, 3^e éd., Litec, 1992.

STORCK (M.), FAGOT (S.), DE RAVEL D'ESCLAPON (Th.), *Les sociétés civiles immobilières*, LGDJ 2019.

VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, LGDJ 1978.

II.b – Thèses

ALVAREZ ELORZA (A.), « La contribution du juge judiciaire à la révélation de l'unité conceptuelle de la notion de famille » 2018.

BOULOGNE-YANG-TING (C.), « Les incapacité et le droit des sociétés », LGDJ,Coll. Bibliothèque de droit privé, 2007.

FARGE (C.), « L'autonomie du mineur en matière contractuelle », Thèse Paris II, 1998.

MORTIER (R.), « Le rachat par la société de ses droits sociaux », Dalloz 2013.

RODRIGUEZ (K.), « Le droit commun des personnes morales », 2001.

SAINT AFFRIQUE- TIBERGHIE (D. de), « La société civile comme mode d'organisation du patrimoine », 2002.

THUILLIER (B.), « L'autorisation, Etude de droit privé », 1995, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, 1995.

III. c – Actes de colloques

80^e Congrès des notaires de France, « *Le notariat et les personnes protégées* », Versailles, 27-30 mai 1984.

91^e Congrès des notaires de France, « *le droit et l'enfant* », Tours 21-24 mai 1995.

102^e Congrès des notaires de France, « *Les personnes vulnérables* », Strasbourg 21-24 mai 2006.

108^e Congrès des notaires de France, « *La transmission* », Montpellier, 23-26 septembre 2012.

113^e Congrès des notaires de France, « *Famille, solidarité, numérique: le notaire au cœur des mutations de la société* », Lille 17-20 septembre 2017.

116^e congrès des notaires de France, « *Protéger : les vulnérables, les proches, le logement, les droits* » Paris 2020.

LECOURT (A.) RODRIGUEZ (K.), « Les principales nouveautés du régime général de l'obligation », in *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, sous la direction de V.LARRIBAU-TERNEYRE et S.PELLE, Actes du colloque du 20 mai 2016, UPPA 2016, p.211.

RAYMOND (G.), « A la recherche du concept d'adolescence dans le droit français », in *Les orientations du droit pour les adolescents en difficultés*, colloque Poitier, 3 décembre 1992.

BALLOT-LENA (A.), « Le mineur commerçant », Réforme du droit civil et de la vie des affaires, Actes du séminaire organisé par le centre de droit civil des affaires et du contentieux économique sous la direction de M. BOURASSIN et J. REVEL, Dalloz 2014, p.165.

III. d – Encyclopédies

CATHELINÉAU- ROULEAU (A.), « Capacité des contractants- Mineurs », *J.-Cl. Sociétés Traité*, fasc.8-20.

CORPART (I.), « Administration légale des biens du mineur », *Rep. Civ. Dalloz*, 2018.

CORPART (I.), RAYMOND (G.), « Tutelle des mineurs » par I. Corpart, *Rep. Civ. Dalloz*, 2019.

LEVILLAIN (N.), « Successions - L'option de l'héritier, Acceptation à concurrence de l'actif net », *J.-Cl. Civil code*, Art. 787 à 803, fasc. unique, 2017.

PETERKA (N.), « Successions- Rapport des libéralités. Généralités et domaine d'application », *J.-Cl. Civil Code*, fasc. unique.

STORCK (M.), « SOCIÉTÉS À RESPONSABILITÉ LIMITÉE. – Parts sociales. – Cession. Transmission. Nantissement », *J.-Cl.Sociétés*, fasc.73-20, 2021

WICKER (G.) et LAFAURIE (K.), « SUCCESSIONS. – Mandats successoraux. – Mandat à effet posthume » *J.-Cl. Civil*, fasc. unique, 2021.

III. Articles de doctrine

AYNES (A.), « L'administration de la succession par autrui », *JCP N* 2008, 1246.

BAHUREL (Ch.), « Réserve et sociétés », *Def.* 2019, p.54.

BONIFACE (B.) « Une solution pour le mineur propriétaire d'un fonds de commerce : la location-gérance », *JCP N* 1995, I, p.597.

BOULANGER (D.), « L'enfant gratifié, l'administrateur aux biens et la réserve héréditaire », *JCP N* 2013, 1121.

BOULANGER(D.),« L'efficacité totale des clauses d'exclusion de la jouissance ou de l'administration légale », *JCP N* 1994, 101258.

BOUQUEMONT (A.),

- « Le mandat à effet posthume appliqués aux titres sociaux », *JCP N* 2014, 1209.
- « La vente des titres du mineur sous administration légale pure et simple » *RJPF* 2014.

CAMELO-CASSAN (P.), « Les parents terribles de l'abus de droit : la donation-cession à l'épreuve de l'administration légale des biens du mineur » *Dr. fiscal* 2018, 496.

CATHELINEAU-ROULAUD (A.), « Effets de la réglementation des incapacités sur les sociétés », *JCP E*, 2010, 1727.

CAYRON (Y.), « Les conséquences du décès de l'associé , aspects civils et sociétaires » *Droit rural* n° 448, Décembre 2016, dossier 14.

CAYRON (J.), « Les conséquences du décès de l'associé, aspects civils et sociétaires » *Dr. rural* n° 448, décembre 2016, dossier 14.

CAZAJUS (M.), « Conseiller l'héritier dans le choix de l'option en présence de parts de société civile dans la succession » *Def.* 2017, p.505

CERMOLACCE (A.), « Les contrats du mineur », *Dr.fam.* 2006, n°6, étude 27.

CHAUVIN (G.), « Immobilier d'entreprise : propriété de la société commerciale ou d'une S.C.I. ? », *JCP G* 1988, I, 3320.

CHIARINY-DAUDET (A-C.), « Les nouvelles représentations de la volonté en droit de la famille », *LPA* 2007, p.6.

CHOUK (A.), « Le mineur et la constitution d'une société civile immobilière » *AJ fam.* 2010, p.419.

COLLARD (F.), « L'autorisation du juge est insusceptible d'être érigée en condition suspensive », *JCP N* 2014, 1337.

COMBRET (J.),

- « Mineur et société civile : soyons vigilants ! », *Def.* 2017, p.757.
- « Le mandat à effet posthume : un acte manqué ? », *JCP N* 2013, 1191.

COMBRET (J.), HOUIS (A.), « Focus sur mineur et droit des sociétés » *JCPN* 2018, 1361.

CORPART (I.), « Le déclin de l'émancipation des mineurs», *JCP N* 2003, 1523.

COZIAN (M.), « Abus de droit, apport-cession et apport donation : la Cour de cassation serait-elle en train de perdre le cap ? » *JCP E* 2007, 2100.

COZIAN (M.), « Et pourquoi ne pas penser à la SARL de famille ? », *JCP E* 2006, 2423 .

CREMONT (G.), LENOUEVEL (H.), « La constitution du patrimoine d'une personne vulnérable par le biais d'une société civile immobilière », *RJPF* 2006, n° 5.

- CRESP (M), « Le droit des personnes et de la famille de demain : un droit sans juge ? » *AJ fam.* 2014, p.107.
- DEBOISSY (F.), QUILICI (S.), « SCI et optimisation fiscale », *Actes prat.ing.sociétaire* 2009, dossier 2, p.33,
- DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.), « A propos de la clause d'exclusion de l'administration légale », *in Mél. R. LE GUIDEDEC*, LexisNexis, 2014, p336
- DERERUPE (J.), « Un trou législatif : le choix du successeur d'un associé décédé » *in. Mél. A.BRETON et F.DERRIDA*, Dalloz 1991, p.74
- DESBUQUOIS (J-F.), FARGE (C.), « Focus sur les pouvoirs de l'administrateur légal en matière bancaire, d'instruments financiers et de droits sociaux » *Actes prat. strat. patrimoniale* 2017, n° 3, étude 18.
- DIDIER (Ph.), La représentation dans le nouveau droit des obligations, *JCP G* 2016, 580.
- DROUOT (G.), « L'agrément de l'héritier : de l'utilité de distinguer le titre de la finance » *RTD civ.*2017, p.3055.
- DUMERY (A.), « La sanction des actes passés par le mineur non émancipé : bilan et perspectives », *Gaz.Pal.* 2009, p.4.
- ESCHYLLE (J.-F.), « La capacité commerciale du mineur émancipé », *RTD com.*2013, p.19.
- LUCAS (F.-X.), « Élimination de l'associé de société civile failli ou déconfit » *BJS* 1999, p.436.
- FARGE (C.), PLAZY (J.-M.), « La vente d'actions non cotées par un mineur sous administration légale pure et simple » *JCP N* 2015, 1104,
- FARGE (C.), GUILLAUD-BATAILLE (S.), « La désignation d'un tiers administrateur aux biens donnés ou légués à un mineur- Etat des lieux et perspectives d'évolution », *JCP N* 2019, 1167,
- FAVARIO, (T.), « Le mineur associé d'une société civile immobilière », *RTDI* 2013, n° 2, p.7.
- FAVIER (Y.), « La constitution du patrimoine du mineur par les libéralités », *AJ fam.* 2002, p.360.
- FERNOUX (P.),
- « SCI et démembrement de propriété : l'épilogue heureux d'un long combat », *Dr. fiscal* 2007, 302.
 - « L'actualité de l'abus de droit ou comment cerner la frontière entre abus de droit et optimisation fiscale », *Dr. et Patrimoine*, février 2008, n° 167, p.61.
- FULCHIRON (H.), BALIVET (B.), « Juillet 2015-Juin 2016 : réforme tout azimut ! (1^{ère} partie), *Dr.et Patrimoine* 2016, n°263, p.80.
- GALLOIS-COCHET (D.) « L'obscur clarté du régime de l'exclusion statutaire » *Dr.sociétés* 2014, étude 23.
- GARÇON (J.-P.),
- « Technique sociétaire et libéralité indirecte » *in Mél. R. LE GUIDEDEC*, LexisNexis 2014, p.431.
 - « La situation des titulaires de droits sociaux démembrés (à propos des arrêts de la Chambre commerciale du 4 janvier 1994 et de la troisième Chambre civile du 2 mars 1994 de la Cour de cassation) », *JCP N* 1995, n°7, p.269.

- GENTILHOMME (R.), « Apport en nue-propriété, transmission et abus de droit », *JCP N* 1998, n°3 p.62.
- GISSER (F.), « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP G* 1984, I, 3142.
- GOUTTENOIRE (A.),
- « Le statut juridique de l'enfant », *RLDC* 2011, n° 87, p.36.
 - « L'intervention de l'administrateur *ad hoc* dans la gestion du patrimoine du mineur », *Droit et patrimoine* 2020, n°300, p.34.
- GRANOTIER (J.), « L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres ? » *JCP G* 2012, n°22, doctr.653.
- GRATADOUR (H.), « De la modification de la protection des mineurs et des majeurs vulnérables par l'ordonnance portant simplification et modification du droit e la famille », *RLDC* 2016, n°135, p.36.
- GRIMALDI (M.), « Le mandat à effet posthume » *Def.* 2007, p.3.
- HAUSER (J.), « L'administration aux biens donnés ou légués (Une controverse séculaire) », *Def* 2009, p.25.
- HOVASSE (H.), GAUDEMET (A.), Incapacités et sociétés, *Actes pratiques et ing. sociétaire* 2012, p.8.
- JOURDAIN- THOMAS (F.), SCHILLER (S.), Quels pouvoirs peuvent être accordés à un mandataire à effet posthume ? *JCP N* 2013, 1212.
- JUDEAU, (Y.), « Donation de titres sociaux : le piège des plus-values- . -2^e partie : l'effet de purge des plus-values privées », *JCP N* 2021, 1256.
- JULIENNE (F.)
- « Le mineur associé : quelle protection ? », *Def.* 2020, p.17.
 - « Le mineur associé », *RTD com.* 2015, p.199.
 - « L'entrée du mineur dans une société civile ou commerciale. A propos de l'avis rendu par le comité de coordination du registre du commerce et des sociétés », *JCP N* 2014, 1004.
- KLING (D.), « Le commissaire aux comptes et l'évaluation des apports », *Bull. Joly des sociétés*, 2009, 1186.
- LA CHAISE (S. de), LEMOULAND (J.-J.), « Les parents, les enfants, les tiers...et le juge », *in La condition juridique du mineur*, sous la direction de J.-J. LEMOULAND, LexisNexis, 2004.
- LACROIX-DE-SOUSA (S.), « La société civile immobilière et ses associés vulnérables », *Rev.sociétés* 2017, p.395.
- LAROCHE (M.), « le mineur en société civile », *Def.* 2010, p.34.
- LASSERRE CAPDEVILLE (J.), « Le compte en banque du mineur » *Revue de droit bancaire et financier* n°2, Mars 2008, étude 6.
- LE GUIDEC (R.), « Successions-partage-successions et libéralités » *JCP G*, 2010, doctr.203.

LE CANNU (P.), « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives », *in* *Mél.* Ph.MERLE, Dalloz 2013, p.452.

LEBEL (Ch.), « Le droit de retrait de l'associé, *in* *Mél.* R. LE GUIDEDEC, 2014, LexisNexis, p.747.

LECOURT (A.), « Le nouveau régime de la transmission des parts sociales de la SARL suite au décès d'un associé » *Dr.sociétés* 2005, p.7, étude 4

LÉCUYER (H.), « Le patrimoine du mineur », *Gaz.Pal.* 2003, p.2.

LEGROS (J-P.), « L'âge minimal du mineur entrepreneur : 16 ans », *Dr.sociétés* 2012, repère 11.

LEMOULAND (J-J.),

- « La société familiale et l'incapable », *Journal des sociétés*, juillet 2016, N° 143, p33
- « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD civ* 1997, p.1.

LEYRAT (H.) et A. MEILLER (A.), « L'ingénierie patrimoniale à l'épreuve du « mini-abus de droit fiscal » *Def.* 2020, p.28.

LIBCHABER (R.), « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Def.* 2000, p.1409.

LUCAS (F-X.), « Interrogation sur la qualité de commerçant de l'associé en nom », *in* *Mél.* A.HONORAT, éd. Frison-Roche 2000, p.281.

LUCAS (F-X.), PAROT (J-C.), « Transformations des sociétés : Aspects juridiques et fiscaux, 1^{re} partie » *Act.Prat.et Ingénierie sociétaire* 2003, n°71, p.9.

MAGNIN (F.), « La société civile immobilière et le mineur », *LPA* 1999, n° 232, p.4

MALECKI (C.), « Le remaniement du régime des clauses d'agrément par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 », *D.*2004, p.2775.

MARIA (I.),

- « Fallait-il uniformiser le régime de l'administration légale ? », *Droit et patrimoine*, n°300, mars 2020.
- « Loi de modernisation et de simplification du droit : mesures pour les personnes protégées », *Dr.fam.* 2015, comm.81

MARIA (I.), RAOUL-CORMEIL (G.), « La nouvelle administration légale : 1+1=1 ? », *Dr.fam.* 2016, dossier 4.

MASSIP (J.) « , Principes généraux de fonctionnement de l'administration légale (a) », *Def.* 1995, p.662.

MAUCLAIR (S.), « De la rénovation des mécanismes de protection des intérêts de l'enfant mineur par l'ordonnance du 15 octobre 2015 », *RJPF* n° 12, 18 décembre 2015.

MAUGER-VIELPEAU (L.), « La nouvelle clause d'exclusion de l'administration légale », *LPA*, 2017, n° 179-180, p.19.

MONSERIE-BON (M-H.), « Personnes protégée : une articulation entre droit des sociétés et droit civil non satisfaisante » *RLDC* 2013, n°103, p.63.

MOREAU (S.), « L'émancipation : rajeunissement ou déclin ? », *JCP G* 1975, I, 2718.

MORTIER (R.),

- « Le nouvel article 1843-4 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 », *Dr.sociétés* 2014, étude 19.
- « L'apport de nue-propriété à une société civile suivi de la donation des parts sociales », *in Mél.* H. HOVASSE, LexisNexis 2016, p.3330.

MORTIER (R.), GENTILHOMME (R.), « La société : technique de gratification », *JCP N* 2014, 1334.

NEIRINCK (C.), « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs » *JCP G* 2000,I, doctr. 228,

PAGNUCCO (J-C.), « L'obligation à la dette de l'associé indéfiniment responsable » *RTD Com.* 2012, p.55.

PARICARD (S.), « Quelle autonomie pour l'enfant au sein d'un couple parental uni ? », *in Mél. C. NEIRINCK*, LexisNexis, 2015.

PASCUAL (L.), « La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés » *RTD com.* 1998, p273,

PETERKA (N.),

- « Les actes interdits dans la gestion du patrimoine du mineur », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, n° 3- Juillet-Août-Septembre 2017, p.28.
- « Déjudiciarisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs- A propos de l'ordonnance du 15 octobre 2015 », *JCP G*, 2015, 1160.

PRADO (V.), « Le mineur et la société civile », *LPA* 2020, p.9.

PRIEUR (J.), « La cession de parts de sociétés civiles aspects juridiques » *JCP N* 2012, 1397

PRIEUR (J.), HOUIS (A.), « Sociétés civiles : les limites à l'instrumentalisation », *JCP N* 2015, 1230.

PRIEUR (J.), CLERMON (M.), « La gestion de l'entreprise par un mandataire », *JCP N* 2006, 1297.

RAKOTOAHINY (M.), « Incapacité et sociétés » *Journal des sociétés* 2017, n° 15, p.12.

RANDOUX (N.), ALTIDE (W.), « Une friche juridique : la clause d'agrément en cas de décès » *JCP N* 2016, 1089.

RAVEL D' ESCLAPON (Th. de), « Les aménagements statutaires de la gérance de société civile immobilière », *Def.* 2018, p.37.

REYGROBELLET (A.), « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés, le cas du mandat à effet posthume », *JCP N* 2009, 1360.

ROUVIER (H.), BARDAWIL (B.), « Sécuriser une cession de droits sociaux détenus par des enfants mineurs » *JCP E* 2013, 1557.

SAGAUT (J-Fr.), « Le mandat à effet posthume : regard notarial à destination des chefs d'entreprises », *Dr. et Patrimoine* 2007, n° 162.

SAINTOURENS (B.),

- « Mineur et activité commerciale : la réforme 2010. Note sous la Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *RTD com.* 2010, p.686.
- « Les droits des héritiers de l'associé décédé : la spécificité de transmission des parts à cause de mort », *Rev. Sociétés* 2010, p.42, n°9.

SCHMITT (M.), La protection de l'enfant au travail en droit français, *AJfam.* 2006, p.132.

SOREAU (P.-A.), La société civile : un outil au service de la gestion du patrimoine des mineurs, *Actes pratiques et stratégie patrimoniale* 2017, n°3, Dossier 24.

STORCK (M.),

- « Les aménagements statutaires du retrait ou de l'exclusion d'un associé d'une SCI », *Def.*2018, p. 27.
- « La continuation d'une société par l'élimination d'un associé » *Rev.sociétés* 1982, n° 1, p.233.

VAUVILLE (F.), « La pratique de l'émancipation judiciaire ou l'ambivalence d'une institution marginale », *D.*1990, p.283.

ZATTARA-GROS (A-F.), « Le nouveau droit applicable au mineur associé: vers un droit civil des sociétés? », in *Mél. H. HOVASSE*, LexisNexis, 2015, p204.

IV. Notes de jurisprudence

BARBIER (H.),

- sous Cass.com., 20 mars 2007, n° 05-18.892 : *Bull. Joly des sociétés*, 2007, p.890.
- sous Cass.com., 29 septembre 2009, n° 08-16.368, JurisData n° 2009-049687 : *Bull. Joly des sociétés*, 2010, p.56.
- sous CA Paris, pôle 5, ch.8, 16 novembre 2010, n° 09/13466 : *Bull. Joly des sociétés*, 2011, p. 300
- sous Cass.civ.1^{ère}, 8 janvier 2020, n° 17-13.863, JurisData n° 2020-000161 : *Rev.sociétés* 2020, p.241.

BARRILLON (C.),

- sous Cass.civ.1^{ère}, 2 septembre 2020, n° 19-14.604 : *Gaz.Pal.*2020, p.81.
- sous Cass.com., 16 octobre 2019, n°17-18.494, JurisData n° 2019-018138 : *Bull. Joly des sociétés*, 2020, p. 34.

BARBIERI, sous Cass.com., 23 octobre 2019, n° 17-31.653, JurisData n° 2019-018786 : *Bull. Joly des sociétés*, 2019, p.20.

BEIGNIER (B.),

- sous Cass.civ.1^{ère}, 30 septembre 2009, n° 08-17.411 : JurisData : 2009-049667 ; *Dr.fam.* 2009, comm.143.
- sous Cass.civ.1^{ère}, 12 mai 2010, n° 09-10556 JurisData n° 2010-005870 : *Dr.fam.*2010, comm.104.

BICHERON (F.), sous Cass.civ.1^{ère}, 30 septembre 2009, n° 08-17.411 : *AJ fam.* 2009, p.459.

BLANLUET (G.), sous Cass.com., 23 septembre 2008, n° 07-12.493, JurisData n° 2008-045083 : *Revue de droit fiscal* n°49, décembre 2008, comm.608,

BONNEAU (Th.), sous Cass. Civ. 3^e ch., 7 février 2001, JurisData n° 008189 : *Dr. sociétés* 2001, comm. 94.

BOUTEILLER (P.), sous Cass.civ1., 7 novembre 2006 n° 04-15.799 : D. 2006, p. 3069.

BREMOND (V.), sous Cass. 1^{er} civ. 1^{er} juillet 2003, n° 01-00563, JurisData n° 2003-019698 : *Def.* 2003, p.1409.

BRIGNON (B.),

- sous Cass.com., 24 octobre 2018, n° 17-26402, JurisData n° 2018-018758 : *Bull. Joly des sociétés*, 2019, p.23.
- sous Cass.com., 27 mars 2019, n° 17-23.886 : *Gaz.Pal.* 2019, p.67.
- sous Cass.civ.1^{ère}, 8 janvier 2020, n° 17-13.863, JurisData n° 2020-000161 : *JCP E* 2020, 1183.

BRUGGEMAN (M.)

- sous Cass.civ.1^{ère}, 3 Octobre 2018, n° 17-27510, JurisData n° 2018-016933 : *Gaz. Pal.* 2019, p.70.
- sous Cass.civ.1^{ère}, 10 juin 2015, n° 14-10.377 et n° 14-12.553, F-P+B, JurisData n° 2015-013654 et Cass.civ.1^{ère}, 10 juin 2015, n° 14-18.856 et n° 14-20.146, F-P+B, JurisData n° 2015-013656, « Le mineur héritier, son représentant légal et la volonté du de cujus », *Dr. fam.* 2015, comm. 174.

BRUN (Ph.), note sous Cass.1^{er} civ., 8 janvier 2020, n° 18-23.948, JurisData n° 2020-000169 : *JCP N* 2020.

BUCHERGER (M.), sous Cass.com., 6 février 2019, n° 17-20.112 : *Gaz.Pal.* 2019, p.63.

CASEY (J.),

- sous Cass.civ.1^{er}, 10 juin 2015, n° 14-10.377 : *Aj fam.* 2015, p. 556.
- sous Cass.1^{er} civ., 10 Juin 2015 n° 14-18.856 : *Aj fam.* .2015, p.551.

CASIMIR (E.), sous Cass. 1^{er} civ., 8 janvier 2020, n° 17-13.863, JurisData n° 2020-000161 : *Gaz.Pal.* 2020, p. 80.

CAYRON (J.), sous Cass.com., 5 avril 2018, n° 16-18.097 : *Dr.rural* 2018, comm.143.

CHAMPAUD (C.), sous Cass.civ.1^{er}, 16 octobre 1990, n° 87-15.467 : *RTD com.* 1991, p.395.

COHEN (D.), sous Cass.com.10 octobre 2018, n° 16-22.215, JurisData n° 2018-017444 : *Bull. Joly des sociétés* 2019, p.7.

COMBRET (J.)

- sous Cass. 1^{er} civ., 20 mars 2019, n° 18-10.935: JurisData n° 2019-004210: *Def.* 2019, p.33.
- sous Cass. 1^{er} civ., 3 Octobre 2018, n° 17-27510, JurisData n° 2018-016933 : *Def.* 2019, p.25.

COQUELET (M-L.), sous Cass.com., 18 mai 2010, n° 09-14.855 : *Dr.sociétés* 2010, comm.156.

COUPET (C.), sous Cass.com., 3 mai 2018, n° 15-20.851 : *Dr.sociétés* 2018, comm.122.

COURET (A.), sous Cass.com., 21 janvier 2014, n° 13-10.151, JurisData n° 2014-000578 : *JCP E* 2014, 1069.

DAGORNE-LABBE (Y.), sous Cass.1^{er} civ., 8 janvier 2020, n° 18-23.948, JurisData n° 2020-000169 : *Def.2020*, p.23.

DAIGRE (J.-J.), sous CA Paris.3^e ch.C, 11 février 2000, n°1998/24770 : *Bull. Joly des sociétés*, 2000, p.567.

DALIBERT (L.) sous Cass. 1^{er} civ., 20 mars 2019, n° 18-10.935:JurisData n° 2019-004210:*Gaz.Pal.* 2019, p.66.

DALION (A.), sous Cass.com., 2 octobre 2019, n° 17-31.224, JurisData n° 2019-017148 : *Gaz.Pal.*2020,p.56.

DELEBEQUE (Ph.), sous Cass. civ.1, 17 mars 1992, n° 90-16.606, JurisData n° 1992-000534 : D.1992, p.401.

DESLANDES (M.), sous CAA Nancy, 27 décembre 1990 : *Dr.sociétés* 1992, comm.99.

DOM (J-Ph.), sous Cass. 3^e civ., 28 septembre 2005, n° 04-14.756, JurisData n° 2005-030156 : *Rev. sociétés* 2006, p.103.

DONDERO (B.), sous Cass.com., 16 mai 2018, n° 16-16.498, jurisData n° 2018-008094: *JCP E* 2018, 1374.

FOSSIER (Th.),

- sousCA Paris, 2^e ch., sect.B, 12 juin 2008 : JurisData n° 2008-365241 : *Dr.fam.* 2008, comm.148.
- sousCass.civ.1^{ère}, 5 mars 2002, n° 99-19.443 : *AJ Fam.* 2002, 184.

GALLOIS- COCHET (D.),

- sousCass.civ.1^{ère}, 8 janvier 2020, n° 17-13.863, JurisData n° 2020-000161 : *JCP G* 2020, 270.
- sousCass. com., 10 février 2015, n° 13-25.588. : *Dr.sociétés* 2015, comm.67.
- sousCass.com., 21 janvier 2014, n° 12-29.221, JurisData n° 2014-000568 : *Dr.sociétés* 2014, comm.64.
- sous CA Montpellier, ch. 2, 29 janvier 2013, n° 12/01556 : JurisData n° 2013-010128 : *Dr.sociétés* 2010, comm.156.
- sous Cass.com. 17 janvier 2012, n° 09-17212 : *Dr.sociétés* 2012, comm. 64.
- sousCass.civ.1^{ère}, 12 juillet 2012, n° 11-18453 : *Bull. Joly des sociétés*,2012, n° 426, p.800.
- sousCass. com., 5 avril 2018, n° 16-18.097, JurisData n° 2018-005271: *Gaz.Pal.* 2018, p.76.

GARÇON (J.-P.),

- sous Cass. 3^e civ., 28 septembre 2005, n° 04-14.756, JurisData n° 2005-030156 : *JCP N* 2005, 1492.
- sous Cass.com., 10 février 2009, n° 07-21.806 : *JCP N* 2009, 1171.
- sous Cass.com. 3 mars 2009, n°07-20871 : *Bull. Joly des sociétés*,2009, p.552.
- sousCass.civ.3, 18 novembre 2009, n° 08-18.740, JurisData n° 2009-050354 : *Bull. Joly des sociétés*,2010, p.241.
- sous Cass. com. 18 décembre 2012, n° 11-27.745 : *JCP N* 2013, 1010.
- sous Cass.com., 22 octobre 2013, n° 12-23.737 : *JCP N* 2014, 1361.
- sous Cass.civ.3, 8 juillet 2015, n° 13-27.248 : *Bull. Joly des sociétés*,2015, p.585.

- GOURDON (P.), sous Cass.civ.1^{er}, 3 février 2016, n° 14-26.060, JurisData n° 2016-001631: *Gaz.Pal.*2016, p. 76.
- GRIMALDI (M.),
- sousCass.civ.1^{ère}, 6 mars 2013, n° 11-26728 : *RTD Civ.* 2013, p.421.
 - sousCass.civ.1^{ère}, 10 Juin 2015 n° 14-18.856 : *RTD Civ.*2015, p.668.
 - sousCass.civ.1^{ère}, 11 juillet 2019, n° 18-19415, jurisData n° 2019-012602 : *RTD Civ.* 2019, p.634.
- GRUNDELER (G.), sous Cass.1^{er} civ., 8 janvier 2020, n° 17-13.863, JurisData n° 2020-000161 : *Rev.sociétés* 2020, p.363.
- GUYON (Y.), sous Cass.com. 12 novembre 1992, n° 91-10303 : *JCP G* 1993, 22039.
- HALLOUIN (J-C.), sous Cass. com.31 mars 2004, n° 03-16.694, JurisData n° 2004-023106 : *D.*2004, p.2925.
- HAMELIN (J-F.), sous Cass.com., 6 février 2019, n° 17-20.112 : *Dr.sociétés* 2019, comm.84.
- HAUSER (J.),
- sousCass.civ.1^{ère}, 19 février 1991, n° 89-14418 : *RTD civ.* 1991, p.707.
 - sous Cass. 3^e civ., 28 septembre 2005, n° 04-14.756, JurisData n° 2005-030156 : *RTD civ.* p.757.
 - sous Cass., avis, 24 mars 2014, n° 13-70.010 : *RTD Civ.* 2010, p. 336.
- HEINICH (J.),
- sous Cass.com., 26 septembre 2018, n° 16-13.917 : JurisData n° 2018-017192 : *Dr.sociétés* 2019, comm.7.
 - sous Cass.3^e civ., 27 juin 2019, n° 18-17.662, JurisData n° 2019-011187 : *Bull. Joly des sociétés*,2019, p.22.
- HONORAT (J.),
- sous Civ.3, 21 octobre 1998, n° 99-16.537 : *Def.* 1999, p.1192.
 - sousCass.civ.1^{ère}, 14 juin 2000, n° 98-13.660, JurisData n° 2000-002469 : *Def.* 2001, p.528.
- HOVASSE (H.),
- sous Cass.com., 14 décembre 2004, n°01-10893 : *Def.* 2005, p.902.
 - sous Cass.com., 10 février 2009, n° 07-21.806, JurisData n° 2009-046999 : *JCP E* 2008, 1647.
 - sous Cass. com., 29 sept. 2009, n° 08-15.125 : *JCP E* 2009, 2066.
 - sous Cass. com. 18 décembre 2012, n° 11-27.745 : *JCP E* 2013, 1066.
 - sous CA Paris, pôle 2, ch.1, 13 mars 2013 n° 12-067.88 : *Dr. sociétés* 2013, comm.99.
 - sous Cass.com., 22 octobre 2013, n° 12-23.737 : *Dr.sociétés* 2014, comm.5.
 - sous Cass. com., 4 novembre 2014, n° 13-22.487, JurisData n° 2014-027138 : *Dr. sociétés* 2015, comm.45.
 - sous Cass. Civ.3, 6 mai 2015, n° 14-15.222 : *Dr. sociétés* 2015, comm. 126.
 - sous Cass.com., 27 mai 2015, n° 13-27.458, JurisData n° 2015-012557 : *Dr. sociétés* 2015, comm.146.
 - sous Cass.com., 3 mai 2018, n° 16-24.381, JurisData n° 2018-021216 : *Dr.sociétés* 2018, comm.141.
 - sousCass. com., 5 avril 2018, n° 16-18.097, JurisData n° 2018-005271: *Dr.sociétés* 2018, comm.100.

- sous Cass. civ.3, 21 juin 2018, n° 17-13.212, JurisData n° 2018-010671 : *Dr. sociétés* 2018, comm.163.
- sous Cass. civ.3, 4 avril 2019, n° 17-31.052, JurisData n° 2019-005242 : *Dr. sociétés* 2019, comm.123.
- sous Cass.3^e civ., 27 juin 2019, n° 18-17.662, JurisData n° 2019-011187 : *Dr.sociétés* 2019, comm. 143.

JEANTIN (M.), sous Cass.civ.1^{ère}, 9 juillet 1991, n° 90-12503, JurisData n° 1991-001959 : *RTD Com.* 1992, p.204.

JUZAN (L.), sous Cass.civ.1^{ère}, 11 juillet 2019, n° 18-19415, jurisData n° 2019-012602 : *Gaz.Pal.*2019, p.62.

KADDOUCH (R.) sous Cass.Com. 22 février 2005 n° 03-17.421 : *JCP E* 2005, 968.

LASSERRE-CAPDEVILLE (J.) sous Cass.civ.1^{ère}, 11 octobre 2017, n° 15-24.946, JurisData n° 2017-019866 : *JCP G* 2017, 1320.

LE CANNU (P.),

- sous CA Paris 2^e ch., sect.B, 12 juin 1997, n° 95/11542, JurisData n° 1997-021414 : *Bull. Joly des sociétés*, 1997, p.892.
- sous Cass.civ.1^{ère}, 9 juillet 1991, n° 90-12503, JurisData n° 1991-001959 : *Def.* 1991, n° 23, p.1333.
- sous CA Agen, ch.1, 23 février 1993, JurisData n° 1993-044305 : *Def.* 1994, p.561 .
- sous Cass. com., 4 janvier 1994 n° 91-20.256 : *Def.*1994, p.556.
- sous Cass. com., 19 mars 2005, n° 02-13.599, JurisData n° 2005-028184 : *Bull. Joly des sociétés*, 2005, p.1269,

LEBEL (Ch.),

- sous Cass.com., 29 septembre 2009, n° 08-16.368, JurisData n° 2009-049687 : *Dr. rural* 2010, comm.3.
- sous Cass.com. 4 décembre 2012, n° 11-14.592, JurisData n° 2012-028181 : *JCP E* 2013, 1150.
- sous Cass.com., 25 mars 2014, n°12-24.487, JurisData n° 2014-005975 : *Dr.rural* 2014, comm.190.

LECOURT (A.),

- sous Cass.com. 26 Avril 2017, n° 15-28.091, JurisData n° 2017-007789 : *RTD com.* 2017, p. 623.
- sous Cass.com., 3 mai 2018, n° 15-20.85 : *RTD Com.* 2018, p.711.
- sous Cass.com., 16 mai 2018, n° 16-16.498, JurisData n° 2018-008094 : *RTD com.* 2018, p.707.
- sous Cass. civ.3, 21 juin 2018, n° 17-13.212, JurisData n° 2018-010671 : *RTD com.*2018, p.932.
- sous Cass.com.10 octobre 2018, n° 16-22.215, JurisData n° 2018-017444 : *RTD Com.*2018, p.940.
- sous Cass.com., 6 février 2019, n° 17-20.112 : *RTD com.*2019, p.683.
- sous Cass.com., 27 mars 2019, n° 17-23.886 : *RTD Com.*2019, p.686.

LEDAN (J.), sous Cass.com. 3 mars 2009, n°07-20871 : *JCP N* 2009, 1312.

LEDUCQ (X.), sous Cass.civ.1^{ère}, 8 janvier 2020, n° 18-23.948, JurisData n° 2020-000169 : *Gaz.Pal.*2020, p.83.

LESGUILLIER (G.), note sous CA Paris, 2^e ch. Sect.A, 9 juin 1986 : JurisData n° 1986-601444 : *Bull. Joly des sociétés*, 1986, p.1031.

LIENHARD (A.), sous Cass.ch. mixte, 16 décembre 2005, n° 04-10.986, JurisData n° 2005-031451 : D. 2006, p. 146.

LUCAS (F-X.),

- sous Cass. 3^e civ., 24 janvier 2001, n° 99-12841, JurisData n° 2001-007877 : *Bull. Joly des sociétés*, 2001, p. 529.
- sous CA Paris, 3^e ch., sect. A, 27 mars 2001, JurisData n° ; *Dr. sociétés* 2002, comm.14.
- sous CA Paris, 25^e ch. A, 21 février 2003, JurisData n° 2003-217944 : *Dr. sociétés* 2004, comm.5.
- sous CA Paris, 1^{re} ch., 5 mars 2003, n° 02-1809, JurisData n° 2003-212817 : *Dr. sociétés* 2004, comm.4.
- sous Cass.com., 14 décembre 2004, n° 01-11.353, JurisData n° 2004-026294, *Dr. société* 2005, comm. 65.
- sous Cass.com., 8 mars 2005, JurisData n° 2005-027513 : *Dr.sociétés* 2005, comm.154.

MARIA (I.),

- sous Cass.civ.1^{ère}, 26 juin 2013, n°11-25946 : *Dr.fam.* 2013, comm.124.
- sous Cass.civ.1^{ère}, 11 février 2015, n° 13-27586 : *Dr. fam.* 2015, comm.80.
- sous CA Bordeaux 3^e chambre civile, 17 mai 2017, n° 16/02447, JurisData n° 2017-009797 : *Dr.fam.2017*, comm.214.
- sous Cass.civ.1^{ère}, 17 mai 2017, n° 15-24.840 : *Dr. fam.* 2017, comm.188.
- sous Cass.civ.1^{ère}, 11 octobre 2017, n° 15-24.946, JurisData n° 2017-019866 : *Dr. fam.* 2017, comm.249.
- sous Cass.civ.1^{ère}, 20 mars 2019, n° 18-10.935: JurisData n° 2019-004210; *Dr.fam.* 2019, comm.158.

MASSIP (J.)

- sous Cass.civ.1^{ère} 14 juin 2000, n° 98-13.660, JurisData n° 2000-002469: *Def.* 2000, p.1315.
- sous Cass. civ.3^e, 28 septembre 2005, n° 04-14.756, JurisData n° 2005-030156 : *Def.* 2000, p.1315.
- sous Cass.civ.1^{ère}, 26 juin 2013, n°11-25946: *Def.* 2013, p.972.

MAUBLANC (J-P.), note sous Cass.com., 22 octobre 2013, n° 12-23.737 : *Droit fiscal* 2014, comm.171.

MESTRE (J.), sous Cass. 1^{er} civ., 1^{er} juillet 2003, n° 01-00563, JurisData n° 2003-019698: *RTD civ.* 2004. p.291.

MICHEL (C.-A.),

- sous Cass.civ.1^{ère}, 15 mai 2018, n° 14-11.123, JurisData n° 2018-008107 : *Gaz.Pal.* 2018, p.53.
- sous Cass. com., 26 septembre 2018, n° 17-12.982 : *Gaz.Pal.* 2018, p.70.

MONNET (J.), sous Cass.com., 28 novembre 2006, n° 03-10.684: *Dr. sociétés* 2007, comm.33.

MONSERIE-BON (M.-H.), sous Cass.com., 14 décembre 2004, n°01-10893 : *RTD com.* 2005, p.126.

MORNET (H.), sous Cass., avis, 24 mars 2014, n° 13-70.010 : *AJ fam.* 2014, p. 372

MORTIER (R.),

- sous CA Angers, ch.com., 31 mars 2009, JurisData n° 2009-378355 : *Dr.sociétés* 2010, comm.5.
- sous CA Besançon, 2^e ch.civ., 29 avril 2009, JurisData n° 2009-376728 : *Dr.sociétés* 2009, comm.155.
- sous Cass.com., 5 mai 2009, n° 08-17.465 : *Dr.sociétés* 2009, comm.114.
- sousCass.com., 29 septembre 2009, n° 08-16.368, JurisData n° 2009-049687 : *Dr.sociétés* 2009, comm.221.
- sous Cass. com., 27 avril 2011, n° 10-17.778, JurisData n° 2011-007260 : *Bull. Joly des sociétés*,2011, p.876.
- sous Cass.com., 21 janvier 2014, n° 13-10151, JurisData n° 2014-000578 :*Dr. sociétés* 2014, comm.59.
- sous Cass. civ.3, 8 juillet 2015, n° 13-27248 :*Dr. sociétés* 2015, comm.189.
- sous Cass.com.,11 janvier 2017, n° 15-14.064, JurisData n° 2017-000222 : *Dr. sociétés* 2017, comm.56.
- sous Cass.com. 9 mars 2017, n° 15-14.416 : *Dr. sociétés* 2017, comm.138
- sous Cass.com. 26 Avril 2017, n° 15-28.091, JurisData n° 2017-007789 : *Dr. sociétés* 2017, comm.117.
- sousCass.com.10 octobre 2018, n° 16-22.215, JurisData n° 2018-017444: *Dr.sociétés* 2019, comm.2
- sousCass.com., 16 octobre 2019, n°17-18.494, JurisData n° 2019-018138 : *Dr. sociétés* 2020, comm.2.
- sous Cass.com., 24 octobre 2018, n° 17-26402, JurisData n° 2018-018758 : *Dr.sociétés* 2019, comm.21.

MOUIAL BASSILANA (E.), sous CA Bastia ch. Civ., 11 janvier 2012, n° 09/00392 : *Bull. Joly des sociétés*,2012, p.417.

NAUDIN (E.), COLLARD (F.), sous Cass.com., 3 mai 2018, n° 16-24.381 : JurisData n° 2018-021216 : *Dr. rural* 2019, comm..5.

NEIRINCK (C.), sous CA Fort-de-France, 26 nov. 2010, JurisData n° 2010-028234 : *Dr.fam.* 2011, comm.97.

NICOD (M.),

- sousCass.civ.1^{ère}, 10 juin 2015, n° 14-10.377 : *JCP N* 2016, 1186.
- sousCass.civ.1^{ère}, 24 janvier 2018, n° 17-13.017, JurisData n° 2018-000619 : *Dr.fam.*2018, comm.102.
- sousCass.civ.1^{ère}., 15 mai 2018, n° 14-11.123, JurisData n° 2018-008107 : *Dr. fam.* 2018, comm.216.
- sousCass.civ.1^{ère}, 11 juillet 2019, n° 18-19415, jurisData n° 2019-012602 :*Dr.fam.* 2019, comm.208.
- sousCass.civ.1^{ère}, 2 septembre 2020, n° 19-14.604, JurisData n° 2020-012468 : *Dr. fam.* 2020, comm.150.

PECAUT-RIVOLIER (L.), sous Cass.civ.1^{ère}, 7 novembre 2006 n° 04-15.799 : *AJ fam.* 2006, p.466.

PERRUCHOT- TRIBOULET (V.), CERMOLACCE (A.), sous Cass.civ.1^{ère}, 15 juin 2017, n° 17-40035, JurisData n° 2017-011578 : *JCP N* 2018, 1260.

PETERKA (N.),

- sousCass.civ.1^{ère}, 14 mars 2018, n° 17-16.482 : *Bull. Joly des sociétés*,2018, p.342.
- sousCass.civ.1^{ère}, 3 Octobre 2018, n° 17-27510, JurisData n° 2018-016933 : *JCP N* 2019, 1116.

PUGNACCO (J.-C.), sous CA Paris, 1^{er} mars 2018, n° 15/07467, JurisData n° : 2018-006120 : *Bull. Joly des sociétés*, 2018, p.581.

RANDOUX (D.),

- sous Cass.civ.1^{ère} 14 juin 2000, n° 98-13.660, JurisData n° 2000-002469 : *Bull. Joly des sociétés*, 2000, 1091.
- sous CA Paris, chambre 25, section B, 4 octobre 2002, n° 2000/19327, JurisData n° 2002-189266 : *Bull. Joly des sociétés*, 2003, p.224.
- sous Cass.com. 13 novembre 2003 n° 01-14.062 : *Rev.sociétés* 2004, p.365

RAOUL-CORMEIL (G.), sous Cass.civ.1., 17 mai 2017, n° 15-24.840 : *AJ fam.* 2017, p.406.

RAVEL d'ESCLAPON (Th. de),

- sous Cass.3^e civ, 15 septembre 2016, n° 15-15.172, JurisData n° 2016-018580 : *JCPN* 2017, 1112.
- sous Cass. civ.3, 12 octobre 2017, n° 16-19.069 : *JCP N* 2018, 1114.
- sous Cass.3^e civ., 27 juin 2019, n° 18-17.662, JurisData n° 2019-011187 : *JCP N* 2019, 1329
- sous Cass. 3^e civ., 16 janvier 2020, n° 18-26.010, JurisData n° 2020-004751 : *JCP N* 2020, 1092.
- sous Cass.3^e civ., 16 janvier 2020, n° 18-21.394, JurisData n° 2020-000635 : *Bull. Joly des sociétés*, 2020, p.30.

REINHARD (Y.), sous Cass.com. 23 octobre 1990, n° 89-13.999: D.1991,I, p.173.

REYGROBELLET (A.) sous Cass. com. 27 septembre 2005, n° 03-20.390, JurisData n° 2005-029928 : *Bull. Joly des sociétés*, 2006, p.235.

RICHARD (J.), sous CA Pau, 2^e ch., 7 mars 1989 JurisData : 1989-041567 : *JCP E* 1990, II, 15785.

RODRIGUEZ (K.),

- sous Cass.civ.1^{ère}, 24 janvier 2018, n° 17-13.017, JurisData n° 2018-000619 : *Gaz.Pal.* 2018, p.63.
- sous Cass.com. 10 octobre 2018, n° 16-22.215, JurisData n° 2018-017444 : *Gaz.Pal.* 2019, p.61.

SAINTOURENS (B.),

- sous Cass.com., 29 septembre 2009, n° 08-16.368, JurisData n° 2009-049687 : « Les droits des héritiers de l'associé décédé : la spécificité de transmission des parts à cause de mort », *Rev.sociétés* 2010, p.42.
- sous Cass. com., 14 décembre 2004, n°03-12.878, « clause de continuation d'une société en nom collectif après le décès d'un associé : l'option des héritiers », *Bull. Joly Sociétés* 2005, n°4, p.528

SAUVAGE (F.), sous Cass.civ.1^{er} 4 janvier 2017, n° 16-12.293, JurisData n° 2017-000045 : *JCP N* 2017, 1187.

STOCLET (M.), sous Cass.com., 26 septembre 2018, n° 16-13.917 : JurisData n° 2018-017192 : *Gaz.Pal.* 2019, p.55.

STORCK (M.),

- sous Cass.com., 11 janvier 2017, n° 15-14.064, JurisData n° 2017-000222 : *JCP N* 2017, 1232.

- sous Cass.civ.1^{ère}, 17 mai 2017, n° 15-24.840 : *JCP N* 2017, 1235.
- sous Cass.com., 23 octobre 2019, n° 17-31.653, JurisData n° 2019-018786 : *Dr.sociétés* 2020, comm.1093.

THULLIER (B.) sous Cass.com., 13 novembre 2003, JurisData n° 2003-020998 : D.2004. somm.2033.

ZATTARA- GROS (A.), sous Cass.com., 23 octobre 2019, n° 17-31.653, JurisData n° 2019-018786 : *Gaz.Pal.*2020, p.68.

Index alphabétique

A

- **Administration légale**, 113
- clause d'exclusion, 208 et s.
- **Administrateur *ad hoc***, 215, 220
- **Agrément**,
- clause, 339 et s.
- procédure, 351 et s.
- **Apport**,
- nature, 153 et s.
- numéraire, 158 et s.
- industrie 163 et s.
- **Apport donation**, 63
- **Autorité parentale**, 114, 117

C

- **Cession de parts sociales**,
- négociables, 309
- non négociables, 310 et s.
- **Clauses de continuation**, 250 et s.
- associés survivants, 326
- associés capables, 328
- **Contribution aux pertes**,
- aménagement, 172 et s.

D

- **Donation-cession**, 69
- **Droit de retrait**, 299 et s.

E

- **Emprunt**, 82, 86 et s.

F

- **Famille**, 10

M

- **Mandat à effet posthume**, 200 et s.
- **Mineur**,
- associé, 5
- commerçant, 139 et s.
- incapacité, 2

O

- **Obligation à la dette**,
- principe, 175
- renonciation des créanciers, 179, 182
- **Opposition d'intérêt**, 93, 125, 215

P

- **Personnalité morale**,
- définition, 6
- conséquences, 84

R

- **Représentation**, 164 et s.

S

- **Société**, 11
- **Société de famille**, 10, 11, 17

T

- **Transformation**, 290 et s.
- imposée,
- volontaire,
- **Tutelle**, 221 et s.

SOMMAIRE

PARTIE I : LE MINEUR ASSOCIE LORS DE LA CONSTITUTION DE LA SOCIETE	22
TITRE I : Les motivations de la création d'une société de famille	23
CHAPITRE I : Les attraits de la forme sociétaire	24
Section1 :Constitution progressive d'un patrimoine au profit du mineur.....	25
§1 : Le mineur héritier d'un fonds de commerce	25
A. L'apport en société du fonds de commerce appartenant au mineur.....	26
B. La mise en location gérance du fonds de commerce appartenant au mineur	28
§2. Exclusion de la qualification de donation indirecte de certains avantages sociaux	31
A. La mise en réserve systématique des bénéfices.....	31
B. La clause de répartition inégale des bénéfices et des dettes	34
1) La clause de répartition inégale des bénéfices : rejet de la qualification de donation indirecte	34
2) Contribution inégale aux pertes : hypothèses de requalification en donation indirecte en l'absence de disposition statutaire	36
Section 2 : La société : outil de transgression des règles successorales et fiscales	38
§1 : Outil de contournement des règles successorales	38
A. Avantager indirectement certains héritiers.....	39
1) La fraude : limite au pouvoir d'avantager un membre de la famille	39
a) Fraude aux droits des enfants nés d'un premier mariage	39
b. Fraude aux droits des héritiers réservataires	40
B. Le rapport des donations effectuées par l'interposition d'une société	41
§2. Le contournement des règles fiscales	46
A. Transmettre à moindre coût.....	46
B. La sanction des techniques frauduleuses : cas de la constitution d'une SCI dans le but de dissimuler son patrimoine personnel	55
CHAPITRE II : Les risques pour le mineur	58
Section 1 : Les risques issus de l'outil sociétaire lui-même	59
§1. Conséquences des règles gouvernant le fonctionnement des sociétés	59
A. L'écran de la personnalité morale : exclusion des règles de gestion traditionnelles et prudentes des biens du mineur.....	60
1) L'emprunt souscrit par la société civile comportant un associé mineur	60
2) La responsabilité de la banque prêteuse	64
B. L'administrateur légal occupant la fonction de gérant : pouvoir d'effectuer seul les actes entrant dans l'objet social	70
1) Parent et gérant, une prise de décision facilitée : risque d'opposition d'intérêt ?	70
2) L'objet social : limite aux pouvoirs du gérant	72
§2 : La mise à l'écart de l'associé mineur incapable d'exercer lui-même son droit de vote	76
A. La qualification du droit de vote	77

B. Les parts sociales démembrées : privation de l'associé mineur nu-proprétaire de son droit de vote	78
Section 2 : Les risques issus des règles de représentation dans le contexte sociétaire ..	83
§1 : Une protection assurée en cas d'autorité parentale conjointe	84
§2 : Un danger potentiel en cas d'autorité parentale unilatérale	86
A. La promotion de l'administrateur légal grâce au recul de l'intervention du juge	86
B. L'impact en droit des sociétés.....	91
TITRE II : La protection du mineur associé.....	99
CHAPITRE I : Une protection assurée par ses représentants légaux	100
section 1 : une protection assurée par ses représentants légaux lors de constitution de la société	101
§1. Concernant le choix de la forme sociale adaptée à la minorité de l'enfant	101
A. L'existence de règles spécifiques interdisant certaines formes sociales au mineur	101
B. Les options offertes aux représentants légaux	105
1. Les sociétés à risque limités	105
2. Dans les sociétés à risques illimités.....	109
§2. La réalisation de l'acte d'apport par les représentants légaux du mineur	110
A. La nécessaire représentation du mineur par ses représentants légaux.....	111
1. l'apport en numéraire	111
2. l'apport en nature	114
3. L'apport en industrie	118
B. Sanction de la violation des règles de représentation du mineur	119
1) Le mineur agissant seul	120
2) La mauvaise représentation du mineur par ses parents	121
Section 2 : Une rédaction adaptée des statuts : l'indispensable aménagement contractuel de la responsabilité du mineur associé	125
§1. L'aménagement de la contribution aux pertes de l'associé mineur	127
§2. La disparition de l'obligation à la dette de l'associé mineur.....	129
A) L'exigence d'un patrimoine social insuffisant.....	130
B) La renonciation des créanciers à poursuivre l'associé mineur	131
Chapitre II : Les limites à l'intervention des représentants légaux.....	137
Section 1 : La prise en compte de la volonté du mineur lors de la constitution de la société	138
§1 : L'association du mineur à la décision de ses parents lors de la constitution de la société	138
§2 : La reconnaissance d'une certaine autonomie au mineur	141
Section 2 : L'exclusion des administrateurs légaux.....	145
§ 1 : L'anticipation du décès du parent associé lors de la constitution de la société	146
A. La rédaction du mandat à effet posthume	147
1) Les conditions strictes concernant la validité du mandat à effet posthume	147
2) Le mandat à effet posthume portant sur des parts sociales	150
B. La rédaction d'une clause d'exclusion de l'administration légale	155
§2. L'exclusion des représentants légaux résultant d'une situation de fait	161

A. La représentation ponctuelle de l'associé mineur par un administrateur <i>ad hoc</i>	161
1) Une représentation subordonnée à l'existence d'une opposition d'intérêt.	162
2) Une représentation cependant peu efficace	166
B. L'exclusion durable des représentants légaux : l'ouverture d'une tutelle aux biens	167
PARTIE II : LA SOCIETE CONFRONTEE À L'ARRIVÉE DU MINEUR	175
TITRE I : Une arrivée acceptée	176
CHAPITRE I : L'arrivée perturbatrice du mineur en cours de vie sociale	177
Section 1 : L'arrivée du mineur	177
§1 : Acquisition de la qualité d'associé en cours de vie sociale par application des règles du droit civil : le rôle des représentants légaux	178
A) Le mineur associé par voie de donation	178
1) La donation des parts sociales	178
2) Le sort du compte courant d'associé de l'associé donateur.....	180
B) Le mineur associé par voie de succession	181
§2 Acquisition de la qualité d'associé en cours de vie sociale par application des règles du droit des sociétés.....	184
A. La validité des clauses de continuation dans les sociétés de personnes.....	185
B. Dans les sociétés de capitaux.....	188
C) Dans la société à responsabilité limitée.....	189
Section 2 : Les difficultés liées à l'arrivée du nouvel associé mineur	192
§1. Les formes sociales ne posant pas de difficultés	193
A. La société civile	193
B. Dans la SARL et la SA	200
§2. Les formes sociales soulevant des difficultés : SNC, SCS, SCA	200
A. La société en nom collectif.....	201
1) Une société interdite au mineur	201
2) Les solutions envisagées	202
B. Les sociétés en commandite : SCS et SCA.....	203
CHAPITRE II : LE CHOIX D'UNE EVOLUTION DE LA SOCIETE.....	206
Section1 : Le choix de l'intégration du mineur la vie sociale	207
§1. L'intégration de l'associé mineur et de ses représentants légaux à la vie de la société	207
A. L'associé mineur : le droit de participer à la vie sociale	208
1) La communication des documents sociaux aux indivisaires de parts sociales	208
2) La présence aux assemblées des indivisaires de parts sociales.....	210
B. Les sanctions résultant de l'exclusion de l'associé mineur de la vie sociale	213
§.2 L'indispensable transformation de la société lors de la transmission de parts de société en nom collectif ou de société en commandite	219
A. Des transformations imposées par la loi	219
1)Le mineur héritier de parts de SNC.....	219

2) Le mineur héritier de parts de société en commandite : associé commandité	220
B. L'opération de transformation.....	221
Section 2 : Le choix de la sortie du mineur de la société	226
§1 : Le départ organisé du mineur	226
A. L'exercice du droit de retrait.....	227
1) La décision de l'associé	227
2) les formes du retrait : l'exigence de justes motifs largement entendue.....	228
3) Les effets du retrait	232
B. La cession des parts sociales appartenant au mineur	236
§2 : L'exclusion de l'associé mineur	246
TITRE II : Une entrée refusée	250
CHAPITRE I : La mise à l'écart statutaire de l'héritier	252
Section 1 : Les clauses à effet immédiat	253
§ 1. Les clauses de continuation.....	253
A. La continuation de la société avec les seuls associés survivants.....	253
B. La clause de continuation avec certains héritiers : les héritiers capables.....	256
§2 : Une clause d'exclusion de l'associé mineur	257
A : L'insertion d'une clause d'exclusion dans les statuts	257
1) L'adoption de la clause d'exclusion	257
B. La mise en œuvre de la clause d'exclusion de l'associé mineur.....	259
Section 2 : la clause d'agrément : neutralisation de la clause de continuation de la société avec les héritiers de l'associé décédé.....	262
§1 : L'insertion d'une clause d'agrément.....	263
A. Une interdiction dans la SA.....	264
1) Dans la SARL	265
§2. La mise à l'écart temporaire des héritiers mineurs durant la procédure d'agrément.....	274
A. Une mise à l'écart justifiée par la non attribution de la qualité d'associé aux héritiers	275
1) La privation des droits politiques.....	275
2) La privation des droits aux dividendes.....	279
B. La situation délicate des héritiers de l'associé décédé.....	282
CHAPITRE II : Les droits du mineur évincé	286
Section 1 : La nécessaire indemnisation des héritiers mineurs	287
§1. L'obligation légale de remboursement des parts sociales.....	287
A. Le rachat des parts par la société : une opération distincte d'une cession de parts sociales à un tiers	288
B. Le remboursement du compte courant de l'associé décédé aux héritiers évincés	290
§2. Une obligation d'indemnisation à laquelle les associés restants ne peuvent échapper.....	292
A. Les héritiers n'ont pas à présenter un plan de cession des parts sociales transmises	292

B. La simple présentation d'un tiers acquéreur par les associés ne suffit pas à les décharger de leur obligation d'indemnisation.....	295
Section 2 : L'évaluation des parts sociales transmises.....	296
§1. Une évaluation encadrée par le législateur	297
§2. Le refus d'agrément: une décision irréversible.....	300

ECOLE DOCTORALE :
Ecole doctorale des sciences Sociales et Humanités (ED 481)

LABORATOIRE :
Institut Fédératif de recherche sur les Transitions Juridiques