

DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

Sous la direction scientifique de Jacques MESTRE, Professeur agrégé des Facultés de droit, Doyen honoraire de la Faculté de droit de l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, et Dominique VELARDOCCIO, Agrégée des Facultés de droit, Professeur à la Faculté de droit de l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III.

Après un objectif affiché de soutien à la création d'entreprises dès 2002, le Gouvernement s'est aussi attelé aux dispositions favorisant la transmission d'entreprises. L'enjeu est d'importance puisque près de 500 000 entreprises seraient à reprendre à l'horizon 2010 ! La loi « Dutreil 2 » du 2 août 2005, en faveur des petites et moyennes entreprises, a ainsi souhaité mettre en place des mesures devant permettre au dirigeant de céder son entreprise mais aussi de transmettre son expérience et son savoir-faire. Même si l'efficacité de certaines dispositions adoptées est discutée (cf., notamment, Grosclaude L., *La location de droits sociaux : un coup d'épée dans l'eau*, RLDA 2006/1, n° 1), l'effort est louable devant la nécessité évidente de simplifier les règles fiscales et patrimoniales et de restructurer le marché des PME afin que ces « gazelles » soient plus fortes et surtout mieux armées dans un contexte concurrentiel de plus en plus marqué. La réforme attendue des successions s'intéresse aussi à cette problématique de la transmission d'entreprise. Il est question de pacte de renonciation à l'action en réduction pour atteinte à la réserve ; de donation-partage au profit des enfants et petits-enfants ; de validité du legs de résiduo étendue à la donation de résiduo. Maître Patrice Bonduelle nous propose ci-après un éclairage intéressant sur la question. Nous renvoyons également le lecteur au dossier dédié au thème de la transmission d'entreprises publié dans la revue *Droit & Patrimoine* (Dr. & patr. 2006, n° 148).

Hélène ALVES



Par Patrice
BONDUELLE
Notaire
Michelez et associés
Paris

Transmission d'entreprise : évolution fiscale, révolution civile

La réforme des successions et des libéralités en cours accorde une large place à la transmission d'entreprise. Maître Patrice Bonduelle, notaire, nous propose ci-après la synthèse des principales mesures, lesquelles témoignent d'une réelle volonté du législateur de favoriser la continuité de l'entreprise.

Projet de loi AN n° 223, 2005-2006, portant réforme des successions et des libéralités

La transmission des entreprises, objet à juste titre de toute l'attention du Gouvernement et du Parlement, a justifié ou accéléré ces dernières années de nombreuses réformes que les praticiens n'espéraient plus.

Les avancées ont été fréquentes et spectaculaires en matière fiscale surtout, avec en particulier l'exonération partielle (à hauteur de 75 %) de la transmission gratuite de l'entreprise que les bénéficiaires s'engagent à conserver (L. fin. 2000, n° 99-1172, 30 déc. 1999 ; L. fin. 2001, n° 2000-1352, 30 déc. 2000 ; L. n° 2003-721, 1^{er} août 2003 ; L. n° 2005-882, 2 août 2005) et la multiplication et l'élargissement des cas d'exonération des plus-values de cessions ou de transmission (spécialement par la loi de finances rectificative pour 2005, n° 2005-1720 du 30 décembre 2005...). Mais ces mesures sont venues très progressivement, par petites touches, comme si, étonné de sa propre audace, le législateur voulait en mesurer les effets avant d'aller plus loin.

Rien de semblable jusqu'à maintenant sur le plan juridique : beaucoup de discours et de velléité, quelques textes bienve-

nus mais épars (modification des règles d'agrément en cas de transmission familiale des parts de SARL : Ord. n° 2004-274, 25 mars 2004 modifiant C. com., art. L. 223-13 ; actions de préférence : Ord. n° 2004-604, 24 juin 2004 modifiant C. com., art. L. 228-11...). Mais d'amélioration concrète des conditions de la transmission gratuite, non. Jusqu'à ce que, enfin, habilement relié à cet enjeu majeur de la survie de l'entreprise à son propriétaire, un vaste projet de réforme du droit des successions et des libéralités (le quatrième depuis 1995) soit inscrit à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale.

Excellent prétexte de cette réforme, la transmission d'entreprise y trouvera sa récompense sous la forme, on va le voir, de nombreux nouveaux outils pratiques : outils généraux, applicables quels que soient les actifs transmis mais qui trouveront pour l'entreprise individuelle ou des droits sociaux des applications généreuses et performantes ; outils particuliers à l'entreprise, bien pensés, bien conçus, qui permettront enfin de traiter cette dernière autrement qu'en maison de famille. Sauf accident politique, l'entrée en vigueur du nouveau texte est prévue pour le 1^{er} janvier 2007, ce qui laisse quelques mois

aux conseils pour oublier tout ce qu'ils croyaient savoir et adapter leurs pratiques.

Pour les mettre en appétit, voici les principales innovations qui permettront la poursuite de l'exploitation en cas de décès prématuré (I) et faciliteront la transmission organisée de l'entreprise (II).

I. - LA CONTINUITÉ DE L'ENTREPRISE

Le décès prématuré du chef d'entreprise entraîne bien sûr de très nombreuses difficultés juridiques, amplifiées par l'urgence de redonner un dirigeant à l'entreprise et de rassurer ses partenaires. La loi nouvelle permet d'anticiper ces situations de crise en facilitant l'administration provisoire de l'entreprise (A) et sa reprise par l'un des héritiers (B) (1).

A. - L'administration provisoire de l'entreprise

La réforme apporte ici des réponses immédiates et énergiques en permettant aux héritiers de s'impliquer personnellement ou par mandataire interposé.

1° Éviter l'acceptation tacite

Selon un vieux principe du droit successoral, l'héritier qui fait un acte « qu'il n'a le droit de faire qu'en sa qualité d'héritier » et qui « suppose nécessairement son intention d'héritier » est réputé avoir accepté tacitement la succession (C. civ., art. 778 actuel). Or, l'héritier acceptant est tenu des dettes de la succession, y compris sur son patrimoine personnel. S'il prend des initiatives au lendemain du décès, et même si celles-ci sont salutaires pour l'entreprise, il perd imprudemment le droit de renoncer ou de demander le bénéfice d'inventaire. Alors que l'héritier prudent qui s'en abstient, nuisant peut-être à l'entreprise, préserve sa sécurité personnelle. Conscient de ce dilemme et de l'imprécision des textes actuels, le législateur se propose de qualifier d'actes « conservatoires ou de surveillance et (...) d'administration provisoire » (2), « les opérations courantes nécessaires à la continuation immédiate de l'activité de l'entreprise dépendant de la succession (...), le renouvellement des baux (et/ou) la mise en œuvre de décisions d'administration ou de dispositions engagées par le défunt et nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise » (C. civ., art. 785 nouveau). Si l'héritier intervient sans prendre parti, ces actes n'impliqueront plus l'acceptation de la succession. Et si des actes plus graves sont nécessaires ou si les héritiers veulent éviter toute contestation sans pour autant se soumettre à la procédure plus lourde de l'acceptation à concurrence de l'actif net (qui remplace l'acceptation sous bénéfice d'inventaire), ils pourront demander une autorisation spéciale au juge (C. civ., art. 785, al. 2 nouveau).

2° La désignation d'un mandataire commun

Invités à s'impliquer et désinhibés par cette clarification, les héritiers, s'ils sont plusieurs, pourront toujours désigner l'un

d'eux ou un tiers comme mandataire pour administrer la succession. La loi nouvelle ne fait que le rappeler et renvoyer au droit commun du mandat (sauf en cas d'acceptation à concurrence de l'actif net d'au moins un héritier, qui impose une nomination judiciaire ; C. civ., art. 813, al. 2 nouveau).

Mais trois innovations majeures apparaissent ici pour faciliter la gestion immédiate de l'indivision, même en l'absence d'accord unanime des ayants droit :

- le mandat pourra n'être donné que par le ou les indivisaires titulaires d'au moins les deux tiers des droits indivis (C. civ., art. 815-3, al. 1^{er} nouveau) et non plus à l'unanimité comme actuellement ;

- le mandat peut être confié par le président du tribunal à toute personne qualifiée physique ou morale, à l'effet d'administrer provisoirement la succession en raison « de l'inertie, de la carence ou de la faute d'un ou plusieurs héritiers dans cette administration, de leur mésentente, d'une opposition d'intérêts entre eux ou de la complexité de la situation successorale » (C. civ., art. 813-1 nouveau). Si une entreprise dépend de la succession, le juge, saisi par « un héritier, un créancier (...) toute autre personne intéressée ou par le Ministère public » n'aura pas de mal à admettre la complexité de la situation successorale. Il en sera surtout ainsi lorsqu'un ou plusieurs héritiers travaillent dans l'entreprise ou sont candidats à sa reprise, d'où résultera une opposition d'intérêts entre eux ;

- le mandat peut avoir été donné, par le défunt, de son vivant, à un mandataire

personne physique ou personne morale choisi par lui. C'est le « mandat à effet posthume », innovation majeure qui pourra répondre, selon le rapporteur à l'Assemblée nationale, au besoin que satisfait dans d'autres pays la fiducie successorale (3). Car il s'agit bien d'un mécanisme « à trois » par lequel le futur défunt (constituant) désigne un mandataire (fiduciaire) pour gérer ses biens dans l'intérêt d'un ou plusieurs héritiers (bénéficiaires). Révélé par la pratique et mis en place avec mesure et prudence par le législateur qui le conditionne à la justification de son intérêt sérieux et légitime (4), applicable à tous les biens successoraux, ce nouvel outil se révélera particulièrement utile à l'entreprise individuelle ou sociale : s'il est trop tôt pour la transmettre ou pour désigner l'héritier reprenneur, le chef d'entreprise pourra ainsi assurer la continuité de l'entreprise en désignant une personne qualifiée, compétente et intègre, apte à accompagner la vente ou la reprise par un héritier si elle est possible. Ce mandat posthume, complémentaire éventuellement d'une désignation d'un administrateur sous contrôle judiciaire (C. civ., art. 389-3, al. 3) ou d'un tuteur (C. civ., art. 397) si les héritiers sont mineurs, et d'un exécuteur testamentaire (dont le statut est entièrement refondu par la réforme) peut être spécialement conféré pour tout ou partie de la succession, ce qui permet de le can-

« (...) le chef d'entreprise pourra ainsi assurer la continuité de l'entreprise en désignant une personne qualifiée, compétente et intègre, apte à accompagner la vente ou la reprise par un héritier si elle est possible »

(1) Les textes commentés sont ceux résultant du projet tel qu'il a été adopté par l'Assemblée nationale le 22 février 2006. La commission des lois du Sénat semble approuver les principales innovations mais devrait proposer quelques ajustements et améliorations bienvenus.

(2) n'impliquant pas par eux-mêmes d'acceptation tacite de la succession (C. civ., art. 779 actuel).

(3) La commission des lois de l'Assemblée nationale envisage la désignation d'une étude notariale ou d'un cabinet d'avocat organisé en société. Le nom du mandataire peut être suggéré par le requérant (Rapp. AN n° 2850, 2006, p. 167 et 172).

(4) « Le mandat n'est valable que s'il est justifié par un intérêt sérieux et légitime au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral, précisément motivé » (C. civ., art. 813-1 nouveau dans sa rédaction issue du vote de l'Assemblée nationale). Cette formulation est regrettable car elle semble conditionner la prise d'effet du mandat à cette justification. Pour plus d'efficacité, cet intérêt devrait être présumé et la preuve contraire incomber à l'opposant.

tonner aux biens professionnels ou de désigner si nécessaire un mandataire distinct pour le patrimoine privé.

La durée du mandat, fixée en principe à deux ans à compter du décès, peut être à durée indéterminée en raison « de l'incapacité, de l'âge du ou des héritiers ou de la nécessité de gérer des biens professionnels ou de posséder des compétences spécifiques pour administrer ou gérer le patrimoine familial » (C. civ., art. 812-1, al. 2 nouveau). Mais il prend fin en cas « d'aliénation » des biens mentionnés dans le mandat (C. civ., art. 812-4, 5° nouveau).

Littéralement, ce mandataire posthume reçoit des pouvoirs limités : actes conservatoires jusqu'à l'acceptation d'au moins un héritier, puis pouvoirs de « gérer et administrer » les biens concernés. Mais en pratique, ces pouvoirs peuvent être considérables et permettre de gérer l'entreprise individuelle, et de faire pour cela les actes de gestion courante, ou d'exercer la totalité des droits de vote si l'entreprise est en société, d'en désigner les dirigeants et de décider éventuellement des cessions d'actifs. S'il s'agit d'un groupe plus important et que les titres détenus par le futur défunt sont ceux d'une holding, le mandataire aura le plus souvent pouvoir de décider seul des cessions de participations.

Si parmi les héritiers se dégage un repreneur capable, ces mesures provisoires d'administration permettront de sauvegarder l'entreprise jusqu'à sa reprise.

B. - La reprise de l'entreprise

Trois mécanismes complémentaires sont mis en place pour faciliter ce relais :

- un élargissement à toutes les entreprises du sursis à partage de deux ans, si l'un des indivisaires ne peut la reprendre qu'à l'expiration de ce délai (C. civ., art. 815, al. 2 ancien modifié et désormais codifié sous C. civ., art. 820) ;

- une faculté de demander un maintien de l'indivision de toute entreprise (et plus seulement de l'entreprise agricole ; C. civ., art. 815-1 ancien modifié et codifié sous C. civ., art. 821 nouveau) pendant une durée de cinq ans renouvelable jusqu'à la majorité des descendants mineurs ou même, lorsqu'il est demandé par le conjoint survivant, jusqu'au décès de dernier ;

- un réaménagement profond du mécanisme de l'attribution préférentielle (C. civ., art. 831 nouveau) qui devient en particulier applicable aux « droits sociaux sans préjudice de l'application des dispositions légales ou des clauses statutaires sur la continuation d'une société avec le conjoint survivant ou un ou plusieurs héritiers », mécanisme à relier aux nouvelles dispositions relatives à la transmission de parts de la SARL (C. com., art. L. 223-13) et aux facultés qu'offre la SAS.

On voit que la réforme en cours permettra de sécuriser et de faciliter la transmission successorale de l'entreprise individuelle ou sociale, spécialement en cas de décès prématuré. Mais elle n'en reste pas là. Elle apporte de nouveaux outils pour la transmission anticipée.

II. - LA TRANSMISSION ANTICIPÉE DE L'ENTREPRISE

La loi nouvelle affranchit le droit des libéralités des contraintes excessives qui l'étouffaient. Il devient plus facile de choisir son repreneur (1) et même de désigner le successeur de son successeur (2) en toute sécurité (3).

A. - Choisir son repreneur

1° La réduction en valeur

Si le repreneur est un héritier réservataire (enfant), l'entreprise peut lui être transmise par donation ou par testament, à charge

pour lui de supporter éventuellement une soulte au profit de ses cohéritiers. Le réservataire, en effet, bénéficie déjà du principe de la réduction en valeur. S'il a les moyens de payer la soulte (et les droits de succession), il conservera donc l'entreprise. Mais le repreneur non réservataire (comme un tiers ou un petit-enfant) subit actuellement la réduction en nature et ne peut donc conserver toute l'entreprise ou tous les droits sociaux la représentant sans l'accord des réservataires.

Ce principe de la réduction en nature est abandonné, tout comme celui du partage en nature. L'attribution par donation ou par testament devient donc soluble dans une soulte. Au disposant et au repreneur d'en organiser le financement : constitution progressive d'un patrimoine privé d'une valeur significative, assurance-vie, recours à l'emprunt et, dans les PME à chaque fois que ce sera possible, séparation de l'immobilier de l'entreprise pour faciliter les partages.

2° La donation-partage nouvelle

Pour désigner son successeur, on pourra aussi utiliser le nouveau mécanisme, très attendu de la donation-partage « transgénérationnelle » c'est-à-dire la donation-partage dans laquelle les enfants et/ou d'autres descendants du donateur recevraient des biens. Il arrive en effet, souvent, que les enfants donateurs soient d'un âge déjà avancé et à l'abri du besoin. Il s'avère alors plus opportun d'opérer, au moins partiellement, un saut de génération, voire plus. Les petits-enfants pourront désormais recevoir tout ou partie de la part de leur père et mère qui y renoncera.

Acte sûr bénéficiant pleinement du gel des valeurs données (C. civ., art. 1078), cette donation-partage d'un nouveau genre deviendra plus encore qu'aujourd'hui, l'outil normal de transmission de patrimoine en présence de réservataires. Car on n'a pas fini de mesurer les pièges que recèlent les donations simples ou les dons manuels de droits sociaux rapportables ou réductibles « d'après leur état au jour de la donation et leur valeur au décès » ou « au partage » (C. civ., art. 922 et 860). Appliquées à une transmission d'entreprise, ces règles constituent des bombes à retardement dont les intéressés évaluent rarement le risque... avant le décès du donateur !

Et en l'absence de réservataires, la donation-partage pourra même accueillir des héritiers ordinaires (frères et sœurs, neveux ou nièces...), ce qui permettra de procéder au règlement anticipé de la succession dans les meilleures conditions juridiques et fiscales.

Enfin spécifiquement en matière de transmission d'entreprise, la faculté d'accueillir un tiers à la donation-partage et de profiter ici encore pleinement de la sécurité de cet acte est élargie par la réforme aux donations de droits sociaux représentative d'une entreprise, ce qui permettra d'utiliser largement ce mécanisme méconnu (et de bénéficier éventuellement de l'exonération spécifique de l'article 790 A du Code général des impôts - jusqu'à 300 000 € - en cas de transmission aux salariés de l'entreprise).

B. - Choisir le successeur de son successeur

Répondant à une demande des praticiens, le Gouvernement se proposait de légaliser la donation de residuo, sur le modèle du legs de residuo, par laquelle une personne pourra donner des biens à une autre (premier donataire) à charge pour celle-ci de transmettre à son propre décès ces biens ou ce qui en restera (le residuo) à un second bénéficiaire désigné (deuxième donataire).

Mais, emportée par son enthousiasme, la commission des lois de l'Assemblée nationale est allée plus loin et a libéré « les do-

nations graduelles » prohibées ou très strictement encadrées depuis la révolution. Il devient donc possible de donner ou de léguer un bien à charge pour le premier bénéficiaire de le conserver et de le rendre à un second bénéficiaire. Ici, le premier bénéficiaire a une obligation de conservation. Il ne peut céder ni à titre gratuit ni à titre onéreux, ni même léguer le bien reçu, qu'il doit rendre en nature au deuxième bénéficiaire.

Et ce mécanisme pourrait ouvrir de nouveaux horizons en matière de transmission d'entreprise : transmission au second conjoint d'une fraction du capital de la société à charge de la rendre au descendant du donateur, transmission à un enfant reprenneur qualifié mais sans descendance, à charge de rendre à ses frères et sœurs ou à leurs descendants....

Le deuxième bénéficiaire étant réputé recevoir ces biens du donateur, cette transmission n'est imposable qu'une fois par l'effet d'une « fiction civile et fiscale » au tarif applicable entre le donateur et le bénéficiaire final. Sans doute la charge de rendre n'étant elle-même exigible qu'au deuxième décès, ce mécanisme ne devrait être utilisé en pratique que pour des participations minoritaires ou des actifs moins stratégiques (l'immobilier d'entreprise par exemple).

Dans le même esprit, une donation-partage par laquelle les enfants recevraient l'usufruit des titres et les petits-enfants ou certains d'entre eux leur nue-propriété, permettrait d'organiser deux sauts de génération en une seule fois et d'organiser le paiement des droits au moment le plus opportuniste.

C. - Sécuriser la transmission

Plusieurs mesures générales, mais d'une importance considérable lorsque la transmission porte sur une entreprise, apportent enfin une plus grande sécurité à la transmission opérée.

1° Sécuriser le partage successoral

La rescision pour lésion du plus du quart, principale cause d'annulation du partage, devra désormais être invoquée dans un délai ramené de cinq à deux ans, ce qui limitera les cas de contestation, spécialement en matière de transmission d'entreprise où les valorisations sont à la fois très variables et toujours discutables. De plus, la rescision constatée entraîne en principe la nullité du partage, sanction disproportionnée à laquelle la réforme substitue une simple action en complément de part (C. civ., art. 990 nouveau), préservant ainsi les attributions déjà réalisées.

2° Contractualiser la réserve héréditaire

Ce que la révolution avait banni au nom de l'égalité successorale et de l'abolition du droit d'aînesse et avait frappé de nullité avec vigueur, par trois fois dans un Code pourtant économe de ses mots (C. civ., art. 722, 791 et 1130), la réforme l'autorisera. Enfin les héritiers majeurs seront libres de renoncer à tout ou partie de leurs droits réservataires dans la succession non encore ouverte de leurs ascendants. Enfin ils seront considérés comme des majeurs. Enfin le consentement des futurs héritiers obligera leurs auteurs (5). Enfin l'anticipation suc-

cessorale pourra être contractualisée. Enfin les praticiens auront l'outil qui permettra de sécuriser les transmissions qu'ils organisent et de consolider des transmissions mal engagées. Et ici encore, c'est en présence d'une entreprise que ce nouvel instrument trouvera toute son utilité. Prenons trois exemples :

• Maintien de l'entreprise dans la famille

Un chef d'entreprise a plusieurs enfants dont un seul se prépare à en reprendre la direction. Très souvent l'entreprise représente plus que la part de l'enfant dans la succession à venir et surtout même plus que sa part de réserve et la quotité disponible réunies. Concrètement cela obligera le reprenneur à dédommager ses frères et sœurs à hauteur de l'excédent, ce qui s'ajoutant aux droits de mutation à titre gratuit, sera souvent totalement insupportable et poussera la famille à céder l'entreprise. Les frères et sœurs sont souvent disposés à renoncer à une partie de leurs droits pour permettre le maintien

de l'entreprise dans la famille, reconnaissant qu'il s'agit d'un actif d'une nature différente des autres biens successoraux et que sa valorisation est aléatoire. Aujourd'hui leur consentement est inefficace et la parole donnée peut être reprise (pacte sur succession future) par leur renonçant (ou ses ayants droit) au décès des parents. Que la parole donnée de bonne foi puisse être reprise ou faire l'objet d'un chantage était insupportable à tout point de vue et maintenait le reprenneur dans une situation incertaine.

Désormais, dans de telles situations, un pacte familial d'ensemble sera le socle d'une transmission de l'entreprise sécurisée et définitive, permettant au reprenneur de se consacrer pleinement au développement de l'entreprise au lieu de veiller à ses arrières.

• Transmission mal engagée

Des donations indirectes de titres de sociétés ont été réalisées par simple transfert au profit d'un enfant travaillant dans l'entreprise. Dix ou vingt ans plus tard, l'entreprise s'est beaucoup développée, principalement mais pas exclusivement en raison des efforts du reprenneur. Chacun voit ce qui peut advenir de cette entreprise familiale quand les autres héritiers demanderont le rapport successoral : expertise, contre-expertise, décision judiciaire aléatoire, l'enfant reprenneur aura tout intérêt à céder sa participation et à s'organiser pour limiter son dû (invocation du caractère précipitaire de la donation, preuve que l'augmentation de valeur de l'entreprise est due à la variation positive de son « état » résultant de sa seule initiative (en tuant le père !), mise en place d'obstacles à la preuve de la subrogation...). Comprenant leur erreur, les parents pourront consentir une donation-partage, à laquelle les donations indirectes seront réincorporées. Mais s'ils n'ont plus suffisamment d'autres biens à donner ou si le coût fiscal de la réévaluation est supérieur à l'économie espérée d'impôt sur les plus-values, il n'est pas certain que le reprenneur y consente. Le pacte de renonciation à l'action en réduction pourra ici sécuriser la transmission réalisée et spécialement, sous l'autorité des parents, reconnaître la part prise par le reprenneur dans la valorisation de l'entreprise et conférer aux donations passées un caractère au moins partiellement précipitaire. En obtenant une forme de *quibus* des autres enfants renonçant à l'action en réduction, après peut-être signature >

« Enfin les héritiers majeurs seront libres de renoncer à tout ou partie de leurs droits réservataires dans la succession non encore ouverte de leurs ascendants. (5) »

(5) Ce pacte sur succession future est frappé de nullité et son exécution ne pouvait donc être demandée judiciairement.

d'une donation-partage et paiement d'une soulte partielle, les donateurs sécuriseront les opérations passées.

• Gérance majoritaire

Malgré l'amélioration du statut du gérant majoritaire, on trouve encore beaucoup de SARL dont la moitié (ou plus) du capital est détenue par des proches parents, se considérant plus comme prête-noms que comme associés. Pour mettre fin à ces situations absurdes et dangereuses avant le décès des associés fictifs, la donation se révèle plus appropriée que la cession tant sur le plan civil (aucun prix n'est demandé) que sur le plan fiscal (les droits d'enregistrement et l'impôt sur la plus-value excédant le plus souvent les droits de donation). Mais si le donateur a des descendants, la donation est évidemment

soumise à la réunion fictive de l'article 922 du Code civil et au risque de réduction (risque élevé ici encore puisque la valeur de l'entreprise peut considérablement augmenter). Si les enfants du « donateur » renoncent à l'action en réduction sur ce bien déterminé (C. civ., art. 929, al. 2 nouveau) l'opération sera définitive. Et les donataires n'ont pas à craindre de rendre le produit de leur travail au décès de l'associé fictif.

Le législateur a pris son temps mais la réforme d'ensemble du droit des successions et des libéralités marque un tournant profond et salutaire qui va totalement bouleverser les pratiques en ouvrant de nouvelles libertés. Aux praticiens désormais de s'approprier ces nouveaux outils pour faciliter la survie et la transmission gratuite des entreprises. ♦

NOUVEAU ! Les commentaires ci-après actualisent l'édition 2006 du Lamy Sociétés commerciales

DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

Par *Hélène Alves*
Secrétaire générale de la Rédaction
Lamy sociétés commerciales

SOCIÉTÉS ET AUTRES REGROUPEMENTS

Qualification d'actes de commerce

Le tribunal de commerce est compétent pour connaître des litiges portant sur l'activité d'une association qui offre de manière permanente aux particuliers un site Internet visant à favoriser les échanges d'immeubles.

Cass. com., 14 févr. 2006, n° 05-13.453, P+B

On le sait, le tribunal de grande instance est le juge naturel du contentieux des associations. Mais nombreuses sont les associations qui se livrent à une activité purement civile tout en réalisant quelques opérations commerciales. Que se passe-t-il en telle occurrence ?

En fait, la doctrine admet généralement que les actes mentionnés à l'article L. 110-1 du Code de commerce n'ont un caractère commercial que lorsqu'ils sont répétés (Didier, La compétence législative du droit commercial, RTD com. 1965, p. 535 ; Calais-Auloy, J. Cl. Commercial, art. 632, n° 11 et 169 ; en sens contraire cependant Hamel, Lagarde et Jauffret, Droit commercial, D. 1980, n° 150) et la jurisprudence paraît fixée en ce sens (CA Paris, 17 juin 1971, D. 1971, jur., p. 620, RTD com. 1971, p. 979, obs. Jauffret).

Or, il se trouve que le secteur associatif trouve, dans le domaine de la prestation de services, son champ d'intervention privilégié. En effet, de très nombreuses activités telles que, notamment, activité de location de meubles (équipements informatiques, véhicules), de transport (aérien, maritime ou

terrestre), les opérations financières (banques, assurances), les entreprises de spectacles (théâtres, cinémas, spectacles sportifs) constituent des actes de commerce, au sens des articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de commerce.

La nature civile ou commerciale de ce type d'activités nécessite, le plus souvent, une analyse au cas par cas de la part de la jurisprudence, notamment en ce qui concerne les conditions dans lesquelles ces activités sont exercées.

Appelée à se prononcer sur les conséquences liées à l'exercice par une association d'une activité commerciale à titre habituel, la Cour de cassation invitait la Cour d'appel de Pau à rechercher si l'activité commerciale de l'association « revêtait un caractère spéculatif répété au point de priver l'objet statutaire » (Cass. com., 12 févr. 1985, n°s 83-10.864 et 83-11.286, Bull. civ. IV, n° 59). Cette formule laissa perplexe une partie de la doctrine qui y a vu un retour à la théorie de l'accessoire. Plus qu'un simple retour à cette théorie, la jurisprudence de la Cour de cassation posait une véritable limite à l'exercice par les associations d'une activité commerciale. Mal comprise, celle-ci avait pour but de concilier, à la fois, l'esprit de la loi de 1901 et la nécessité d'assurer de manière autonome la survie financière de nombreuses associations. Indirectement, elle a pour conséquence de confiner l'activité lucrative dans le rôle d'une « activité-moyen » mise au service d'un groupement qui, quant à lui, doit nécessairement conserver un but non lucratif (cf. Lamy Associations).

La décision du 12 février 1985 a apporté des précisions concernant deux situations susceptibles de se présenter en matière associative :

- soit en effet l'exercice de l'activité commerciale n'a qu'un caractère accessoire de telle sorte que l'association demeure un groupement civil relevant également du droit civil pour l'ensemble de ses activités, par application de la théorie dite de l'« accessoire civil » ;

- soit il s'agit d'une activité commerciale habituelle, sans pour autant que cette dernière prime sur l'objet statutaire de l'association et, dans cette hypothèse, l'association tout en conservant son caractère de groupement civil, relève du droit commercial pour l'exercice de son activité commerciale ; à ce stade, il convient en effet de rappeler que la Cour de cassation (Cass. com., 14 janv. 1958, n° 1.367, Bull. civ. III, n° 23) est venue préciser qu'« une activité commerciale pouvait être commerciale bien que secondaire ». La principale justification de la conservation du caractère civil de l'objet statutaire du groupement

