

La question de la semaine

AVANCE EN COMPTE COURANT, INTERET SOCIAL ET CONVENTIONS REGLEMENTEES

Situation de fait :

Vos clients détiennent une holding, constituée sous la forme de société par actions simplifiée (SAS). Leurs participations dans cette holding s'élevaient respectivement à 20% et 80%. Dans l'optique de l'acquisition d'une résidence secondaire, le montage suivant est envisagé :

- Dans un premier temps, serait constituée une SCI dont les deux seuls actionnaires seraient l'épouse et la holding ;
- Dans un second temps, la holding réaliserait un apport en compte courant à la SCI, de manière à ce que celle-ci puisse s'acquitter du prix d'acquisition de la résidence secondaire.

Il est par ailleurs indiqué qu'un loyer sera versé à la holding par la SCI. Vous vous interrogez sur la faisabilité de ce montage.

Éléments juridiques :

Avant d'examiner les risques suscités par le montage, et de savoir si les qualifications d'abus de biens sociaux (B) ou d'acte anormal de gestion (C) peuvent être retenues, il convient, au préalable, de vérifier si l'apport en compte courant de la holding à la société civile constitue ou non une convention interdite ou, le cas échéant, une convention réglementée (A). Nous examinerons enfin la nécessité de prévoir le versement d'un loyer (D).

A. Les conventions interdites et les conventions réglementées

1) *Les conventions interdites*

Pour rappel, l'article L.225-43 alinéa 1^{er} du Code de commerce, sur renvoi de l'article L.227-12 du Code de commerce, énonce qu'il est interdit aux administrateurs, présidents, et aux autres dirigeants d'une société par action simplifiée :

- De contracter des emprunts sous quelque forme que ce soit auprès de la société ;
- De se faire consentir un découvert, en compte courant ou autrement ;
- De faire cautionner ou avaliser par la société leurs engagements envers les tiers.

Il est à noter que ces opérations sont autorisées lorsque l'administrateur ou le dirigeant est une personne morale. Par conséquent, une société-mère peut, dès lors que l'opération de crédit « inter sociétés » est une opération courante conclue à des conditions normales :

- Prêter des fonds ou en emprunter à sa filiale ;
- Cautionner les engagements de sa filiale.

C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcée la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 28 septembre 2016. Dans cette affaire, la cour d'appel avait considéré que la prohibition des conventions interdites visées par l'article L.225-43 du Code de commerce devait être étendue aux prêts consentis par une première société, en l'occurrence une holding, à une seconde société, qui était une SCI, dans la mesure où l'administrateur de la première était également gérant de la seconde et que celle-ci avait été uniquement constituée en vue de financer l'achat de la maison dudit administrateur. Autrement dit, la cour d'appel soutenait que l'administrateur de la holding, également gérant de la SCI, était le véritable bénéficiaire du prêt, la prise de participation de la holding dans la SCI étant à cet égard purement fictive et n'ayant servi qu'à permettre la conclusion de la convention de prêt. De la sorte, le gérant de la SCI n'apparaissait pas en qualité d'emprunteur, ce qui permettait d'éviter l'application de la prohibition visée à l'alinéa 1^{er} de l'article L.225-43.

La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel, estimant que l'article précité doit faire l'objet d'une interprétation restrictive. Les conventions de trésorerie conclues entre deux sociétés, donc entre deux personnes morales, ne sont pas des conventions interdites. Cette position est également celle que retient la chambre commerciale, comme en témoigne un arrêt rendu le 12 novembre 1969.

Le Compagnie nationale des commissaires aux comptes retient pareillement, à propos des sociétés anonymes, que « *le fait qu'une société anonyme accorde un prêt à une SCI, dont un associé est administrateur de la société anonyme, ne constitue pas en lui-même une convention interdite* ».

En l'espèce, dans le montage envisagé, l'apport en compte courant effectué par la holding à la SCI ne constitue donc pas, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, une convention interdite.

2) *Les conventions réglementées*

Sont réglementées les conventions qui ne sont ni interdites ni libres. Pour rappel, les conventions libres sont celles portant sur des **opérations courantes** et **conclues à des conditions normales**, ces conditions étant appréciées souverainement par les juges du fond.

Il ne suffit pas que l'opération entre dans l'objet social pour qu'elle soit considérée comme courante. En outre, les conditions normales supposent que le prix ne soit pas dérisoire ou que la contrepartie offerte par l'acquéreur dans la convention soit suffisante. L'administrateur cocontractant ne doit pas retirer de l'opération un avantage qu'il n'aurait pas obtenu s'il avait été un client ou un fournisseur quelconque de la société.

En l'occurrence, le prêt consenti par une holding à une société civile dans laquelle elle détient des participations afin que celle-ci puisse financer l'acquisition d'une résidence secondaire au profit de son associé principal, ne saurait être regardé comme une convention portant sur une opération courante. Partant, n'étant ni libre ni interdite, la convention est a priori réglementée.

A cet égard, l'article L.227-10 du Code de commerce, applicable aux SAS, met en place un contrôle a posteriori des conventions réglementées. A la différence des sociétés anonymes, aucune autorisation légale préalable n'est requise pour les SAS, à moins que les statuts ne le prévoient expressément. Les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et son président, l'un de ses dirigeants, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10% ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L.233-3 du Code de commerce, doivent ainsi faire l'objet

Natixis Wealth Management
Pôle « Solutions patrimoniales »
Département Ingénierie patrimoniale
115, rue Montmartre 75002 Paris
www.wealthmanagement.natixis.com

Sélection 1818
Contact commercial : 01 58 19 70 23
contact@selection1818.com
115, rue Montmartre
75002 Paris
www.selection1818.com

d'un rapport établi par le commissaire aux comptes ou, s'il n'en est pas désigné, par le président. Ensuite, les associés doivent statuer sur le rapport ainsi établi.

Ainsi, en l'espèce, la convention de trésorerie conclue entre la holding et la SCI ne peut être considérée comme une convention réglementée devant faire l'objet d'un rapport par le commissaire aux comptes, que s'il est démontré que la SCI constitue une personne interposée et que l'épouse est la véritable bénéficiaire du prêt. Il est à noter que, contrairement à l'article L.225-38 relatif aux sociétés anonymes, l'article L.227-10 du Code de commerce, qui concerne les SAS, ne vise pas les personnes retirant de la convention un avantage indirect. Il en résulte que l'interposition de personnes devra, en cas de remise en cause de l'acte, être prouvée. A cet égard, la Compagnie nationale des commissaires aux comptes estime que « *la détention [par l'administrateur] d'une fraction, même importante, du capital social ne constitue pas en elle-même, la preuve de l'interposition de personnes* ». Ainsi, le fait que l'épouse détienne une participation importante dans la SCI, ne suffira pas, a priori, à prouver l'interposition de personnes.

Si la procédure n'est pas respectée, seuls des dommages-intérêts peuvent être obtenus en cas de préjudice ; la convention n'encourt pas la nullité. Toutefois, certains auteurs estiment que la nullité de la convention conclue peut être obtenue sur le fondement de l'article 1161 du Code civil, pour toutes les conventions libres. Il ressort de cet article qu'un représentant ne peut pas agir pour le compte des deux parties au contrat ni contracter pour son propre compte avec le représenté à peine de nullité de l'acte, à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié. Il semblerait que les conventions conclues par une SAS avec une autre société ayant le même représentant légal ne puissent être concernées par l'application de l'article 1161 du Code civil, le droit spécial des sociétés devant être apprécié à l'égard des conventions interdites, libres et réglementées, comme un bloc. Ainsi, le droit commun des contrats et l'article 1161 du Code civil ne devraient a priori pas s'appliquer aux conventions demeurées libres. En l'espèce, la convention de trésorerie demeurerait libre si la preuve de l'interposition de personnes ne pouvait être prouvée. En tout état de cause, en l'absence de décision jurisprudentielle, de nombreuses incertitudes persistent en la matière, de sorte qu'il est préférable de faire approuver la convention de trésorerie par les associés.

B. L'abus de biens sociaux

Pour rappel, se rend coupable d'abus de bien social le dirigeant social qui fait de mauvaise foi, des biens, du crédit, de ses pouvoirs ou des voix, un usage qu'il sait contraire à l'intérêt de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société dans laquelle il est directement ou indirectement intéressé. Ainsi, la caractérisation de l'abus de bien social suppose la constatation d'une contrariété à l'intérêt social.

A défaut de définition légale de l'intérêt social, la jurisprudence adopte une démarche souple et pragmatique et recherche à qui a profité l'acte de gestion litigieux. La violation de l'intérêt social est par définition plus difficile à caractériser dans un groupe de sociétés dès lors que l'acte d'appauvrissement d'une société membre du groupe peut apparaître légitime, en tant qu'il est profitable à l'ensemble du groupe. C'est la raison pour laquelle la chambre criminelle de la Cour de cassation a posé un fait justificatif, tiré de la notion d'intérêt de groupe, dans un arrêt rendu le 4 février 1985. Cela étant, l'intérêt de groupe a été enserré dans d'étroites limites, devenant ainsi une véritable *probatio diabolica*. L'appauvrissement est légitime et l'intérêt de groupe peut être invoqué utilement par le dirigeant social, si et seulement si quatre conditions cumulatives sont réunies :

- Les sociétés concernées par le flux financier litigieux sont membres du même groupe.
- Il existe un intérêt économique commun ; il est indispensable que les sociétés du groupe soient complémentaires ou que le groupe présente une cohérence globale.

Natixis Wealth Management
Pôle « Solutions patrimoniales »
Département Ingénierie patrimoniale
115, rue Montmartre 75002 Paris
www.wealthmanagement.natixis.com

Sélection 1818
Contact commercial : 01 58 19 70 23
contact@selection1818.com
115, rue Montmartre
75002 Paris
www.selection1818.com

- Le concours financier consenti par une société ne doit pas être démuné de contrepartie et ne doit pas rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des différentes sociétés du groupe.
- L'opération dictée par l'intérêt de groupe, à la charge d'une société, ne doit pas excéder ses possibilités financières.

En tout état de cause, il convient de noter si les fonds prêtés par la holding à la SCI ne servent que l'intérêt personnel de l'épouse, en ce qu'ils permettent d'acquérir une résidence secondaire dont elle aura la disposition, ce seul fait ne suffit pas à caractériser l'abus de bien social. L'utilisation de fonds sociaux à des fins personnelles constitue bien l'un des éléments caractéristiques de l'abus de bien sociaux. Mais pour que l'infraction soit caractérisée sur le plan matériel, encore faut-il que soit apportée la preuve que l'acte litigieux est contraire aux intérêts de la société. Ainsi, dans un arrêt rendu le 24 octobre 1996, la chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans une affaire semblable, cassé l'arrêt d'appel qui retenait la qualification d'abus de biens sociaux au seul motif que le président d'une société avait employé les fonds sociaux pour procurer, à lui-même et à sa mère, un logement, alors même qu'il avait assuré à la personne morale une juste rémunération de ses dépenses.

Ainsi, afin de prémunir de tout éventuel abus de biens sociaux, deux précisions doivent être apportées :

- D'une part, il convient d'assurer à la holding une rémunération suffisante. Autrement dit, l'apport en compte courant de la holding à la SCI doit comporter pour la première une contrepartie suffisante, sous peine que soit retenue une contrariété à l'intérêt social. L'intérêt annuel rémunérant le compte courant ne doit donc pas être dérisoire mais suffisamment important.
- D'autre part, la participation que détient la holding dans la SCI doit également être suffisamment importante. En effet, il sera difficile de retenir que l'avance en compte courant effectuée à la SCI d'un montant permettant l'acquisition d'une résidence, n'est pas contraire à l'intérêt social de la holding si la participation de celle-ci dans la SCI est faible voire très faible.

C. L'acte anormal de gestion

L'acte anormal de gestion désigne l'acte qu'une entreprise a accompli dans un intérêt autre que le sien. A cet égard, les critères d'appréciation de l'acte anormal de gestion semblent se recouper avec ceux de l'abus de bien social. Est anormal tout acte qui n'est pas accompli dans l'intérêt de l'exploitation de l'entreprise, en ce qu'il ne comporte pas de contrepartie suffisante pour celle-ci.

Ainsi, l'avance en compte courant doit comporter pour la holding une rémunération suffisamment importante. La jurisprudence indique que l'appréciation du caractère normal de la rémunération d'une avance de fonds consentie par une entreprise est évaluée par rapport à la rémunération que le prêteur pourrait obtenir d'un établissement financier auprès duquel il placerait des sommes équivalentes dans des conditions analogues.

Toutefois, dans un arrêt rendu le 23 octobre 2007, la Cour administrative d'appel de Versailles a fait une application particulière de l'acte anormal de gestion. Elle retient, dans un schéma similaire, que la holding, qui détenait pourtant 60% des parts de la SCI, avait, en finançant intégralement l'acquisition de l'immeuble au moyen d'une avance en compte courant effectuée à la SCI, effectué une libéralité égale à 40% du coût de l'acquisition au profit de l'associé personne physique de la SCI, également gérant de la holding. L'associé personne physique était ainsi devenu indirectement propriétaire d'une partie de l'immeuble sans avoir contribué à son financement, de sorte que les dépenses supportées par la holding étaient, à hauteur de la participation de ce dernier dans la SCI, imposables sur le fondement de l'article 109 du CGI au titre des revenus réputés distribués. Cet arrêt a été critiqué, au motif que l'avance consentie par la holding à la SCI ne constituait pas une charge, dès lors qu'était prévue une rémunération à un taux annuel de 5%. En outre, a été avancé le

Natixis Wealth Management
 Pôle « Solutions patrimoniales »
 Département Ingénierie patrimoniale
 115, rue Montmartre 75002 Paris
www.wealthmanagement.natixis.com

Sélection 1818
 Contact commercial : 01 58 19 70 23
contact@selection1818.com
 115, rue Montmartre
 75002 Paris
www.selection1818.com

fait que l'associé personne physique ne bénéficie d'aucun avantage particulier car, la société civile s'endettant à hauteur du montant de l'acquisition du bien immobilier, la valeur des parts ne se trouve pas accrue.

En tout état de cause, il semblerait, selon certains auteurs, que la situation eût été différente « *si la société avait comptabilisé une créance d'un montant équivalent sur son associé* ».

D. Le loyer

Pour rappel, une SCI soumise à l'IR peut mettre gratuitement à la disposition de ses associés un bien immobilier dont elle est propriétaire. Tel n'est pas le cas d'une SCI soumise à l'IS ; dans cette hypothèse, un loyer devra nécessairement être prévu. La mise à disposition gratuite peut en effet être analysée comme un acte anormal de gestion contraire à ses intérêts, en ce qu'elle renoncerait, ce faisant, à des recettes futures.

En l'espèce, un loyer devra effectivement être versé par l'épouse à la SCI, quand bien même la SCI serait à l'IR, car elle est détenue en partie par une structure à l'IS. Ce montage présente ainsi l'inconvénient pour l'associé personne physique de la SCI de devoir verser un loyer à la SCI, sur lequel elle devra payer un impôt...à hauteur de sa participation dans le capital de la SCI.

Il convient de préciser qu'il devra s'agir d'un véritable loyer de marché, le versement d'un loyer dérisoire n'étant pas de nature à éviter le risque de l'acte anormal de gestion.