

La renonciation au droit préférentiel de souscription ne constitue pas une donation indirecte

Gonzague Reynal de Saint Michel

Étudiant, Université Jean Moulin Lyon 3, M2 Droit notarial interne

L'article L.225-132 alinéa 1^{er} du Code de commerce confère aux associés des sociétés par actions la possibilité de souscrire en priorité aux nouvelles actions émises lors d'une augmentation de capital social, proportionnellement au nombre d'actions possédées. Les statuts de la société ne peuvent l'exclure : toute clause contraire est réputée non écrite. C'est sur la question de savoir si ces règles sont applicables aux sociétés civiles que le juge d'appel a statué dans un arrêt rendu en sa première chambre civile, le 13 novembre 2018.

Plus concrètement, lors d'une assemblée générale extraordinaire, l'associé majoritaire d'une société civile immobilière (SCI) a renoncé à son droit préférentiel de souscription (DPS) sans contrepartie, laissant l'opportunité à son associé (son fils) de souscrire aux nouvelles parts ainsi émises. Les statuts de la SCI ne prévoyaient pas cette possibilité mais la résolution n° 7 du procès-verbal inscrivait la renonciation. L'administration fiscale a opéré un redressement considérant que la renonciation au DPS caractérisait son existence et constituait une donation indirecte au profit de son fils. Les associés de la SCI ont donc assigné la direction générale des Finances publiques en annulation de l'avis de mise en recouvrement.

Bien que les juges du fond aient rejeté la demande, la Cour de cassation, dans une décision du 13 octobre 2016 a cassé et annulé l'arrêt d'appel au motif que la simple inscription de la renonciation au DPS dans le procès-verbal de l'assemblée générale ne suffisait pas à établir son existence dont l'associé aurait été titulaire. Elle a donc renvoyé l'affaire devant la cour d'appel de Lyon.

Dans cet arrêt, la cour d'appel retient que la loi ne confère pas aux associés des sociétés civiles un droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital de sorte qu'il n'est pas admis que l'on puisse renoncer à ce droit : « on ne peut pas renoncer à un droit que l'on ne possède pas ». La renonciation inscrite au procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire constitue donc une erreur dépourvue de tout effet. Il n'est pas nécessaire de rechercher l'intention libérale d'une donation dans cette renonciation.

La cour d'appel se conforme donc à la décision de la Cour de cassation en considérant que le DPS n'est pas admis dans les sociétés civiles si les statuts ne prévoient rien. Ainsi, la seule renonciation au DPS ne peut pas être qualifiée de donation indirecte par l'administration fiscale.

Bacaly n° 13 - Janvier-Juin 2019

Arrêt commenté :

CA Lyon, 1^{re} chambre civile B, 13 novembre 2018, n° 17/01024