

Université catholique de Louvain

Faculté de droit

Master complémentaire en notariat

**L'utilisation de la société de droit
commun comme outil de transmission
d'un portefeuille d'investissement**

Alexandre BUGGENHOUT

Mémoire en droit notarial des sociétés 2014-2015
La société de droit commun

Sous la direction
de M. Pierre NICAISE



Louvain-la-Neuve
Avril 2015

Introduction

Le recours à des techniques de planification successorale dans le but de réduire les droits de succession dus lors du décès, d'assurer l'unité du patrimoine familial mais également de fournir une aide matérielle immédiate à ses proches, bien souvent les enfants ou les petits-enfants, de toute façon amenés tôt ou tard à recueillir tout ou partie dudit patrimoine, est aujourd'hui devenu fort populaire. L'on songe ainsi naturellement et à titre exemplatif aux donations mobilières à taux réduits, aux donations immobilières réalisées à intervalle de trois ans, aux legs *de residuo* ou même à la simple rédaction d'un testament qui, correctement libellé et dans le respect des règles de la réserve héréditaire, permet d'augmenter le nombre d'héritiers et, par conséquent, de répartir la masse successorale sur un plus grand nombre de têtes, brisant ainsi la progressivité du régime de taxation établi en matière de droits de succession.

A côté de ces opérations bien connues du grand public et relativement peu complexes, existent également des mécanismes plus sophistiqués, qui impliquent la constitution et l'utilisation de personnes morales et qui peuvent s'articuler avec la passation d'un ou plusieurs actes susmentionnés. Peuvent ici être citées les fondations créées afin de garantir l'intégrité d'une partie du patrimoine (une collection d'art) ou de répondre à une situation familiale particulière (un enfant souffrant d'un handicap), les sociétés en commandite par actions utilisées comme véhicules de transmission de l'entreprise familiale ou encore les sociétés de droit commun, autrefois dénommées sociétés civiles.

L'utilisation de ces dernières sociétés à des fins de planification vise précisément à répondre à un double souhait très souvent rencontré dans la pratique : s'il est généralement reconnu intéressant de donner une partie de son patrimoine avant son décès, il est aussi quelquefois difficile de renoncer à en percevoir les fruits et surtout d'en abandonner la gestion. Or donc, la société de droit commun, couplée à une donation, permet de transférer la propriété juridique de biens tout en conservant le contrôle économique de ceux-ci, un peu à l'instar de ce qui se pratique par le biais de la société en commandite par actions s'agissant de l'entreprise du *paterfamilias*.

Cette combinaison donation / constitution d'une société de droit commun trouve généralement à s'appliquer lorsque les biens sont mobiliers¹ et plus précisément encore lorsqu'il s'agit de transférer un portefeuille d'investissement composé d'instruments financiers (actions, obligations, bons du Trésor...)². En effet, appréhendé dans sa globalité et non titre par titre, ce portefeuille ne peut être durablement transmis par donations à différents bénéficiaires, sous peine de rompre le travail de diversification opéré jusqu'alors et, très probablement, de détruire de la valeur. En réalité, pour garantir le respect de son intégrité et de sa stabilité financières, le portefeuille, une fois juridiquement dépecé et réparti entre les donataires, doit être économiquement reconstitué pour être soumis à une administration unique dans la mesure où il est primordial d'assurer cohérence, équilibre et réactivité dans sa gestion, résultat auquel il n'est possible d'arriver qu'en confiant la direction des transactions à une seule personne. Au surplus, atteindre une rentabilité acceptable sur portefeuille demande des connaissances relativement poussées du marché et des entreprises détenues, dont le donateur peut estimer être actuellement seul titulaire, la mise en place d'une société de droit commun lui permettant d'initier ensuite les donataires devenus associés aux rouages d'une gestion efficace, afin qu'ils puissent un jour reprendre le flambeau³.

Par conséquent, en pratique et schématiquement, le donateur consentira une donation de la quasi-totalité du portefeuille aux donataires et ces derniers apporteront ensuite à la société de droit commun à constituer ce qu'ils ont reçu, le donateur se contentant d'apporter quant à lui le solde du portefeuille. Le donateur, désigné par ailleurs gérant de la société, pourra ensuite continuer à réaliser des opérations financières sur le portefeuille, ce qui permet bien de répondre à sa double préoccupation décrite *supra*.

Le procédé étant esquissé, nous commencerons par traiter brièvement de la donation du portefeuille d'investissement (chapitre 1) pour ensuite nous attarder sur la constitution, le fonctionnement et la dissolution de la société de droit commun (chapitre 2).

¹ Apporter des biens immobiliers à une société de droit commun est tout à fait réalisable en théorie mais il n'y est que très peu recouru en pratique, eu égard au coût fiscal de l'opération qui peut se révéler particulièrement lourd, tant à la constitution qu'à la liquidation de la société. Sur cet aspect, voir A. CULOT, « La société de droit commun », in *Les entités de gestion et de transmission patrimoniales : aspects civils et fiscaux*, Limelette, Anthemis, 2014, p. 98 et s. ; A. CULOT et B. HUTS, « La société de droit commun », in *Planification successorale et structures sociétaires – Comment choisir, optimiser, gérer et... liquider ?*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 259 et s. ; B. HUTS, « La société civile », *Rec. Gén. Enr. Not.*, 2001, p. 108 et s.

² J. MALHERBE, « La constitution de sociétés ou de fondations à des fins de programmation patrimoniale », in *Aspects actuels de la programmation patrimoniale dans la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 215.

³ *Mutatis mutandis*, le même raisonnement vaut pour la transmission d'une collection d'art, pour laquelle harmonie et unicité sont également des facteurs prépondérants dans la détermination de sa valeur.

Chapitre 1. La donation d'un portefeuille d'investissement

Comme évoqué en introduction, il convient dans un premier temps de transférer la propriété de la quasi-totalité du portefeuille aux donataires, de sorte que le patrimoine du donateur ne comprenne plus, de ce point de vue là, qu'une infime partie de ce dernier, qui sera, lors de la constitution de la société, apportée à celle-ci et, lors du décès, transmise aux héritiers et taxée en droits de succession. Se posent alors tour à tour les questions du type de donation à adopter (section 1), des modalités pouvant affecter cette donation (section 2) et du moment de son intervention (section 3).

Section 1. Donation indirecte ou par acte notarié ?

L'on sait qu'à côté de la donation par acte authentique, érigée au rang de principe⁴, existent en toute légalité d'autres formes de donation dont le don manuel et la donation indirecte⁵. Toutefois, depuis la suppression des titres au porteur⁶, seuls titres susceptibles de faire l'objet d'un don manuel⁷, le recours à ce dernier ne se conçoit plus guère ici et il ne sera par conséquent pas abordé⁸. Plus intéressante pour notre propos est la donation indirecte, à tout le moins lorsque des titres dématérialisés composent le portefeuille. En effet, les titres nominatifs ne peuvent être donnés que par le biais d'un acte notarié⁹. S'agissant de titres dématérialisés donc, le choix entre donation indirecte ou authentique est ouvert¹⁰.

⁴ Loi du 21 mars 1804 portant le Code civil, article 931.

⁵ Au sujet des différentes formes de donation et de leur régime, voir E. DE WILDE D'ESTMAEL, « Le don par virement : enfin la réhabilitation après une condamnation sans procès ? », *R.G.F.*, 1998, p. 373.

⁶ Loi du 14 décembre 2005 portant suppression des titres au porteur, *M.B.*, 23 décembre 2005.

⁷ En France, la Cour de cassation a toutefois considéré à plusieurs reprises que la libéralité réalisée par un virement de compte à compte (qui peut être le support d'une donation de titres dématérialisés) était un transfert de fonds, opérant dessaisissement du donneur d'ordre et tradition au bénéficiaire, et était par conséquent un don manuel valablement effectué dans une forme moderne (voir J. SACE, « Don manuel et donation indirecte », note sous Bruxelles, 8 mars 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1214). En Belgique, dans le même sens, Mons, 20 novembre 1979, *R.C.J.B.*, 1984, p. 195, note P. DELNOY. *Contra*, en jurisprudence belge, Liège, 7 mars 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1081, note J. SACE, qui estime qu'un virement de compte à compte doit être considéré comme une donation indirecte. Pour un aperçu de jurisprudence belge et française partagée sur cette question, voir J. SACE, « La donation par virement », note sous Liège, 7 mars 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1084, et E. DE WILDE D'ESTMAEL, « Le don par virement... », *op. cit.*, p. 379. Voir également l'article fouillé de P. DELNOY, « La qualification de la donation par virement », note sous Mons, 20 novembre 1979, *R.C.J.B.*, 1984, p. 196.

⁸ Le don manuel demeure néanmoins utile lorsqu'il s'agit de donner une collection d'art par exemple.

⁹ P. KENEL et K. GEVAERT, *La donation de valeurs mobilières : outil de planification successorale*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 92.

¹⁰ P. KENEL et K. GEVAERT, *La donation de valeurs mobilières...*, *op. cit.*, p. 95.

§ 1^{er}. Donation indirecte

La donation indirecte de titres dématérialisés prend en pratique la forme d'un virement du compte du donateur à celui de chaque donataire¹¹. Outre le respect des conditions de validité applicables à toutes donations¹², il importe de préciser qu'une exigence supplémentaire existe : la donation indirecte est un acte qui ne laisse pas apparaître sa cause et, en ce sens, qui est qualifié d'abstrait¹³. Par conséquent, le virement ne peut contenir aucune mention sur sa cause gratuite et doit rester neutre, le donateur s'abstenant de faire figurer en communication un quelconque message¹⁴.

Brièvement, les avantages de la donation indirecte sont au nombre de quatre. Tout d'abord, cette opération n'est pas soumise à la perception de droits d'enregistrement, sauf présentation volontaire à l'administration. Ensuite, si trois années s'écoulent entre la donation non enregistrée et le décès du donateur, aucun droit de succession sur les biens donnés ne sera dû¹⁵. Par ailleurs, l'intervention d'un notaire n'est pas requise, de sorte qu'il est également possible de faire l'économie des honoraires de ce dernier. Enfin, cette donation est simple et rapide à mettre en œuvre.

Un pacte adjoint peut au surplus être dressé et reprendre la preuve de l'intention libérale, de l'acceptation des donataires (du vivant du donateur¹⁶) et des éventuelles charges et conditions dont la donation serait assortie¹⁷.

§ 2. Donation par acte notarié

Lorsque le portefeuille contient des titres nominatifs ou dématérialisés, il est nécessaire pour les premiers¹⁸ et possible pour les seconds de recourir à une donation authentique. Dans ce cas, l'acte est obligatoirement enregistré et donne lieu à la perception de droits réduits de

¹¹ Loi du 07 mai 1999 portant le Code des sociétés, *M.B.*, 06 août 1999, article 468 alinéa 2 pour les titres dématérialisés d'une société anonyme.

¹² C. DE WULF, *La rédaction d'actes notariés – Droit des personnes et droit patrimonial de la famille*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 466.

¹³ Bruxelles, 8 mars 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1212, note J. SACE.

¹⁴ P. KENEL et K. GEVAERT, *La donation de valeurs mobilières...*, *op. cit.*, p. 95.

¹⁵ Notons que des compagnies d'assurance acceptent de couvrir le risque de décès du donateur dans les trois ans en prenant en charge, le cas échéant, les droits de succession réclamés.

¹⁶ Loi du 21 mars 1804 portant le Code civil, article 932.

¹⁷ P. KENEL et K. GEVAERT, *La donation de valeurs mobilières...*, *op. cit.*, p. 95 ; E. DE WILDE D'ESTMAEL, « Le don par virement... », *op. cit.*, p. 385.

¹⁸ C. DE WULF, *La rédaction d'actes notariés...*, *op. cit.*, p. 467.

donation¹⁹. En contrepartie, les biens donnés quittent définitivement le patrimoine du donateur et ne réintègrent pas le patrimoine successoral au jour du décès²⁰. L'avantage indéniable de recourir à un notaire est en outre de garnir la donation de modalités précises, complètes et correctes sur le plan juridique.

L'on précisera que la donation peut valablement être actée par un notaire étranger. Il convient alors de se renseigner sur la manière dont le droit fiscal de l'Etat sur le territoire duquel le notaire est compétent traite ce type d'acte²¹. À titre exemplatif, aux Pays-Bas²² ou dans certains cantons suisses comme Vaud²³, une donation entre non résidents ne donne pas lieu à la perception de droits de donation. Il n'en reste pas moins que, dans ce cas, la survenance du décès du donateur dans les trois ans entrainera l'exigibilité des droits de succession, ce dont il est toutefois possible de se prémunir en présentant à la formalité de l'enregistrement une expédition de l'acte notarié étranger, et ce à n'importe quel moment pourvu que cela soit avant le décès^{24 25}.

Section 2. Modalités de la donation

La donation, qu'elle soit indirecte ou authentique, peut être assortie d'un certain nombre de modalités : il convient alors, dans la première hypothèse, de dresser un pacte adjoint et, dans la seconde, de prévoir dans l'acte notarié lui-même ces clauses particulières.

§ 1^{er}. Clause d'apport du portefeuille à une société de droit commun à constituer

Prima facie, la clause imposant aux donataires l'apport de l'objet même de la donation à une société de droit commun à constituer peut sembler en contradiction avec l'obligation pour le donateur de se dépouiller irrévocablement des biens donnés²⁶.

¹⁹ Arrêté royal du 30 novembre 1939 n°64 contenant le Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, *M.B.*, 01 décembre 1939, article 131*bis* (Région wallonne) ou 131§2 (Régions de Bruxelles-capitale et flamande).

²⁰ Arrêté royal du 31 mars 1936 n°308 établissant le Code des droits de succession, *M.B.*, 07 avril 1936, articles 7 et 66*bis*.

²¹ A. CULOT, « Les actes de la vie courante dans une optique de planification successorale », in *La planification successorale*, Limal, Anthemis, 2013, p. 31.

²² A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 106 ; A. CULOT et B. HUTS, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 268 ; B. HUTS, « La société civile », *op. cit.*, p. 116.

²³ P. KENEL et K. GEVAERT, *La donation de valeurs mobilières...*, *op. cit.*, p. 157.

²⁴ P. DE PAGE et A. DELIÈGE, « Les donations aux enfants », in *Aspects actuels de la programmation patrimoniale dans la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 163.

²⁵ Une autre parade consiste à souscrire une assurance (voir note infrapaginale n°15).

²⁶ Loi du 21 mars 1804 portant le Code civil, article 894.

En effet, comme nous le verrons par la suite, la société de droit commun ne dispose pas de personnalité juridique et donc de patrimoine propre. Se crée ainsi, dès la constitution de la société, une indivision entre les associés portant sur leurs apports. Autrement dit, le donateur-associé va recouvrer des droits indivis sur les biens qu'il a précédemment donnés, ce qui paraît difficile à concilier avec le principe de l'irrévocabilité des donations²⁷. Pour reprendre les termes de André Culot, « {c}e n'est plus l'associé apporteur qui sera propriétaire mais tous les associés au titre de l'indivision sociale, avec parmi eux, sans doute, l'associé apporteur, ce dernier n'ayant désormais plus d'autres droits que ceux dont disposent tous et chacun des associés »²⁸.

Précisément, les droits d'un associé sur cette indivision sont représentés par des parts indivises accordées en contrepartie de ses apports, dont le nombre est, en principe, proportionnel à la valeur de ces derniers. Il est toutefois possible de prévoir, à titre exceptionnel, qu'il n'existe pas, à l'égard de certains associés déterminés, de relation entre la valeur des apports et le nombre de parts rémunérant ces apports. Par ailleurs, quand bien même tous les associés obtiendraient un nombre de parts proportionnel à leurs apports, encore est-il envisageable d'organiser une répartition asymétrique des revenus tirés de la gestion du portefeuille (plus-values, dividendes, intérêts...), en réservant une partie importante – mais pas la totalité²⁹ – de ceux-ci à l'un ou l'autre des associés, par la création de parts de différentes catégories ouvrant des droits distincts dans la participation aux bénéfices.

Il nous semble donc, eu égard à ce qui précède et dans le cas précis de la transmission d'un portefeuille d'investissement, que le respect de la règle de l'irrévocabilité des donations ne présente guère de difficultés lorsque l'attribution du nombre de parts est fonction de la valeur des apports. En ce cas en effet, chaque associé conserve en valeur des droits strictement identiques à ceux dont il disposait entre la donation et la constitution. L'assiette de ces droits est certes juridiquement différente puisqu'elle porte désormais sur l'indivision composée du portefeuille *in globo* plutôt que sur les titres donnés et eux seuls mais, nous le répétons, d'un point de vue économique, le principe de l'irrévocabilité de la donation est bel et bien respecté, la situation patrimoniale étant identique : le donateur-associé retrouve des droits indivis sur les biens précédemment transmis par donation aux donataires-associés mais lui-même

²⁷ E. DE WILDE D'ESTMAEL, *Transférer son patrimoine dans le cadre d'une planification successorale*, Bruxelles, Kluwer, 2007, p. 267.

²⁸ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 83.

²⁹ Loi du 07 mai 1999 portant le Code des sociétés, *M.B.*, 06 août 1999, article 32.

concède des droits indivis sur d'autres biens à ces mêmes donataires-associés et dans les mêmes proportions. Il y a en quelque sorte substitution à une quotité de biens donnés une quotité identique de biens apportés, de même genre. Il faut donc considérer, semble-t-il, que chaque fois que (a) l'attribution des parts est proportionnelle à la valeur de l'apport et (b) les biens donnés et apportés sont interchangeables ou fongibles, et tel est le cas de l'argent ou des valeurs mobilières³⁰, soit les éléments constitutifs d'un portefeuille d'investissement, la clause consistant à imposer aux donataires d'apporter l'objet même de la donation à une société de droit commun ne porte pas atteinte à l'obligation pour le donateur de se dépouiller irrévocablement des biens donnés. Ce n'est finalement que si l'une de ces deux conditions cumulatives n'est pas remplie que le risque de voir la donation annulée pour révocabilité existe. Dans ce dernier cas, il est plus prudent que le donateur procède seul à la constitution de la société pour ensuite donner la majorité des parts aux donataires³¹.

La question de l'incidence de la répartition des revenus sur cette problématique doit à notre sens être traitée de la même manière : si les revenus sont distribués aux associés dans une proportion identique aux parts dont ils sont propriétaires, cela ne saurait guère susciter de problème. Par contre, si la répartition est asymétrique, le risque d'annulation de la donation existe, à tous le moins si cette répartition inégale est réalisée au profit du donateur-associé. En ce cas, il pourrait être considéré que le donateur ne s'est pas valablement dépouillé des biens de manière irrévocable dans la mesure où il continue à percevoir seul la quasi-totalité des fruits générés.

Toujours dans la perspective d'assurer la validité de la donation, on sera enfin attentif à l'étendue des pouvoirs de gestion accordés au donateur-gérant par les statuts de la société. Si ces pouvoirs sont trop lâches, discrétionnaires ou illimités, le risque d'annulation pour révocabilité resurgit au motif que le donateur jouit encore, malgré la donation, d'un plein pouvoir de disposition sur les biens antérieurement donnés. Il est ainsi conseillé d'encadrer les pouvoirs du gérant, de limiter ou énumérer les actes qu'il peut poser et de prévoir des mécanismes de contrôle, par les autres associés, de la gestion mise en œuvre³².

³⁰ Tel n'est au contraire pas le cas d'une collection d'art composée d'œuvres par essence uniques.

³¹ Voir *infra*, section 3.

³² A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 107 ; A. CULOT et B. HUTS, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 270 ; B. HUTS, « La société civile », *op. cit.*, p. 117.

§ 2. Clause de réserve d'usufruit

L'insertion d'une clause de réserve d'usufruit a pour effet de permettre au donateur de continuer à percevoir les fruits générés par le portefeuille donné (dividendes et intérêts), seule la nue-propriété étant alors transmise aux donataires. D'un point de vue fiscal, cette réserve d'usufruit n'a aucun impact sur le montant des droits d'enregistrement dus. Même si la valeur transmise est plus faible que la valeur en pleine propriété puisque la valeur de l'usufruit y a été déduite, le législateur fiscal considère que les taux réduits doivent être appliqués sur la valeur en pleine propriété³³.

Lorsque la donation du portefeuille est suivie de la constitution de la société de droit commun, il n'est généralement pas opportun de prévoir ce type de clause. En effet, le donateur qui va apporter à la société l'usufruit du portefeuille va se voir attribuer, à titre de rémunération, un certain nombre de parts indivises en pleine propriété, qui, à son décès, se retrouveront dans son patrimoine et seront taxées en droits de succession³⁴. En outre, le donateur ne bénéficiera plus de l'intégralité des fruits produits par le portefeuille qui lui était reversée par le jeu de la réserve d'usufruit : dorénavant, c'est par le biais de ses parts indivises qu'il obtiendra une partie seulement de ces fruits, l'autre partie étant destinée à rémunérer les parts dont sont propriétaires les donataires, la répartition se réalisant en principe proportionnellement au nombre de parts détenues par chacun³⁵.

Par conséquent, et cette solution est préférable à une répartition asymétrique des revenus, plus discutable à l'aune du principe d'irrévocabilité des donations, le donateur qui souhaite continuer à bénéficier de l'entièreté des produits générés par la gestion du portefeuille est invité, dans un premier temps, à constituer seul la société et, dans un second temps, à donner les parts aux donataires, en s'en réservant l'usufruit par acte authentique³⁶. On ajoute que pour se prémunir du risque de ne pas percevoir les fruits de la gestion parce que, par exemple, la société ne dégage pas de bénéfices, le donateur peut veiller à stipuler à son profit une charge de rente financière facultative et complémentaire à son usufruit : l'acte de donation prévoit

³³ Arrêté royal du 30 novembre 1939 n°64 contenant le Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, *M.B.*, 01 décembre 1939, article 133, d) (Région wallonne) ou 133 (Régions de Bruxelles-capitale et flamande).

³⁴ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 108 ; A. CULOT et B. HUTS, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 270 ; B. HUTS, « La société civile », *op. cit.*, p. 118.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Une controverse existant quant à savoir si une réserve d'usufruit doit être constatée authentiquement ou peut simplement être prévue dans un pacte adjoint à une donation indirecte, nous recommandons de recourir à une donation notariée, éventuellement devant notaire étranger.

ainsi que, chaque année, le donateur a droit à un certain montant minimum, les fruits éventuellement produits par le portefeuille s'imputant sur ce montant et le solde éventuel pouvant être réclamé en exécution de la charge de rente³⁷.

§ 3. Clause de retour conventionnel

La clause de retour conventionnel, dont le régime est organisé aux articles 951 et 952 du Code civil, permet au donateur, en cas de prédécès du donataire ou du donataire et de ses descendants, de récupérer les biens donnés sans payer de droits de succession et, dans l'hypothèse où ces biens auraient été aliénés ou hypothéqués entre-temps, de les réintégrer à son patrimoine en quelques mains qu'ils puissent se trouver et quittes et libres de toutes charges et hypothèques. Il s'agit donc d'une condition résolutoire de la donation, qui opère dès lors avec effet rétroactif.

Dans le cadre d'une transmission d'un portefeuille d'investissement, dont la composition est naturellement destinée à évoluer selon les transactions d'achat et de vente de titres, il est utile de prévoir que la clause aura pour objet le portefeuille dans son état et son étendue au jour d'actionner ladite clause ou qu'une subrogation de biens s'opérera en cas d'aliénation des biens donnés³⁸.

La présence de cette clause dans un acte de donation est aujourd'hui incontournable, tant ses effets fiscaux et civils sont intéressants. Il convient donc de la prévoir lors de la donation du portefeuille, d'autant que l'exercice de ce droit est facultatif et que le donateur peut toujours y renoncer, à la lumière de la situation familiale et patrimoniale lors du décès du donataire. En outre, il faut penser à articuler l'article des statuts de la société consacré à la transmission des parts à cause de mort avec cette clause, en prévoyant dans les statuts que la procédure mise en place par cet article ne porte pas préjudice au droit de retour conventionnel repris dans l'acte de donation³⁹.

³⁷ V. DEHALLEUX, « La planification successorale par donation(s) », in *La planification successorale*, Limal, Anthemis, 2013, p. 143.

³⁸ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 110 ; A. CULOT et B. HUTS, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 272 ; B. HUTS, « La société civile », *op. cit.*, p. 120.

³⁹ Voir *infra*, chapitre 2, section 8, paragraphe 2.

§ 4. Clause relative à l'exécution d'une charge financière

La clause relative à l'exécution d'une charge financière vise à protéger le donateur qui devrait faire face à des frais importants (par exemple des dépenses d'entretien et de conservation de son immeuble d'habitation ou des factures de soins de maladie ou d'accueil en maison de repos) alors qu'il s'est appauvri au profit des donataires suite à la donation. En ce cas, les donataires sont tenus en exécution d'une charge de la donation – dont la violation est susceptible de conduire à la résolution de cette dernière⁴⁰ – de prendre en charge tout ou partie de ces montants ou de verser une rente viagère au donateur, à tout le moins si ce dernier le requiert.

La charge en question ne peut cependant pas imposer *de facto* aux donataires de supporter une prestation dont la valeur excède ou est même simplement équivalente à la valeur des biens donnés, faute de quoi il n'y a plus donation mais acte à titre onéreux⁴¹.

Enfin, il faut garder à l'esprit ici aussi que cette clause peut s'articuler avec les statuts de la société et y trouver une application ou un prolongement, par l'introduction d'un article relatif au prélèvement de capital. Sans trop nous étendre sur ce mécanisme qui sera abordé ultérieurement⁴², nous pouvons déjà indiquer qu'il consiste à permettre statutairement au gérant de la société de ponctionner une partie du capital social dans certaines hypothèses et sous certaines conditions. En l'occurrence, il pourrait être envisagé d'ouvrir ce droit de prélèvement au gérant uniquement, afin de lui permettre, sans condition de majorité particulière des voix attachées aux parts indivises, d'honorer des charges financières imposées aux associés en vertu d'actes de donation antérieurs⁴³.

Section 3. Donation préalable ou postérieure à la constitution ?

On s'en souvient, la donation peut précéder la constitution de la société sans que cela ne pose de problème quant au respect de la règle d'irrévocabilité du dépouillement lorsque les deux conditions suivantes sont cumulativement remplies : (a) l'attribution des parts est proportionnelle à la valeur de l'apport et (b) les biens donnés et apportés sont interchangeables ou fungibles. En matière de transmission d'un portefeuille d'investissement,

⁴⁰ Loi du 21 mars 1804 portant le Code civil, article 953.

⁴¹ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 109 ; A. CULOT et B. HUTS, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 271 ; B. HUTS, « La société civile », *op. cit.*, p. 118.

⁴² Voir *infra*, chapitre 2, section 10, paragraphe 1^{er}.

⁴³ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 116.

il n'est guère difficile de se conformer à ces deux exigences, de sorte que le plus souvent la donation prendra place préalablement à la constitution.

Le recours à une donation postérieure à la constitution, portant dès lors non plus directement sur les titres mais sur les parts indivises obtenues suite aux apports des titres à la société, ne se conçoit ainsi plus que dans trois cas bien définis, dont les deux premiers ont déjà été développés *supra* :

- L'une des deux conditions susmentionnées ne saurait être respectée, ce qui impliquerait soit (a) que chaque associé ne conserverait pas en valeur des droits strictement identiques à ceux dont il disposerait entre la donation et la constitution soit (b) que les biens donnés et apportés ne seraient pas substituables eu égard à leur nature et leurs caractéristiques et qu'il ne serait par conséquent pas possible de considérer la situation patrimoniale comme identique aux termes des opérations d'apports.
- Le donateur souhaiterait bénéficiaire seul, au travers d'un droit d'usufruit, des produits générés par la gestion du portefeuille et il n'a alors d'autre choix que de se réserver l'usufruit des parts indivises et de ne donner en conséquence que la nue-propriété desdites parts aux donataires.
- Les donataires (ou l'un deux) sont mineurs d'âge et, en application conjointe des articles 378 § 1^{er} et 410 § 1^{er} du Code civil, l'autorisation du juge de paix est requise pour conclure un pacte d'indivision, ce que sont précisément les statuts d'une société de droit commun. Les donataires mineurs d'âge devraient ainsi obtenir l'accord du juge pour réaliser les apports et constituer la société et il est plus que probable que ce dernier refuse d'autoriser l'opération face à la responsabilité illimitée qui pèse sur les associés d'une société de ce type⁴⁴. Pour cette raison, mais également par souci de simplicité et de praticité, voire de discrétion, il est préférable que le donateur constitue d'abord la société et, ensuite, donne la majorité des parts aux donataires, un ascendant acceptant pour les mineurs la donation, conformément à l'article 935 du Code civil⁴⁵.

En ces trois hypothèses donc, il est impératif que le donateur seul effectue les apports et constitue la société avant de donner la majorité des parts aux donataires par acte authentique

⁴⁴ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 112 ; A. CULOT et B. HUTS, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 274 ; B. HUTS, « La société civile », *op. cit.*, p. 120.

⁴⁵ C. DE WULF, *La rédaction d'actes notariés...*, *op. cit.*, p. 901.

belge ou étranger⁴⁶, éventuellement en s'en réservant l'usufruit⁴⁷. Le recours à l'acte notarié est en effet indispensable, eu égard au fait que les parts de la société de droit commun sont nécessairement nominatives⁴⁸.

⁴⁶ A. CULOT, « Les actes de la vie courante... », *op. cit.*, p. 31 ; P. DE PAGE et A. DELIÈGE, « Les donations... », *op. cit.*, p. 162 ; C. DE WULF, *La rédaction d'actes notariés...*, *op. cit.*, p. 899.

⁴⁷ J.-P. BOURS, « Grandeurs et misères des sociétés de droit commun », article paru dans le journal L'Echo du 23/09/2008.

⁴⁸ Document Deutsche Bank, « La société de droit commun », p. 5.

Chapitre 2. La constitution, le fonctionnement et la dissolution d'une société de droit commun

Section 1. Considérations introductives

La société de droit commun, visée par le Code des sociétés spécifiquement en ses articles 46 à 55 et incidemment en ses articles 1^{er} et 18 à 45, peut être définie comme « une indivision constituée par des personnes souhaitant mettre en commun leur patrimoine et leurs connaissances en vue d'atteindre un objectif commun, à savoir conserver et faire fructifier un patrimoine familial »⁴⁹. Il est ainsi possible, à la lumière de ces dispositions et de cette définition, de cerner quelques caractéristiques générales de cette société.

Tout d'abord, la constitution d'une société de droit commun suppose le respect des conditions suivantes⁵⁰ :

- La présence d'au moins deux associés⁵¹ ;
- L'apport à la société de biens matériels ou immatériels par chaque associé ;
- L'existence du but de lucre et de l'*affectio societatis* dans le chef de chaque associé ;
- La répartition, même asymétrique, des bénéfices et pertes de la société entre tous les associés.

Ensuite, il faut souligner que cette société est dépourvue de personnalité juridique et ne dispose donc pas d'un patrimoine propre⁵². Se crée par conséquent entre les associés une véritable indivision sociale, qu'il convient de distinguer d'une indivision pure : les associés, à travers l'apport à la société, sont en effet mus par la volonté de collaborer à la réalisation d'un objectif qui leur profitera à tous (*affectio societatis*) alors que cette volonté n'est pas présente dans le chef de simples indivisaires. En outre, cette indivision ne tombe pas sous le champ d'application de l'article 815 du Code civil dont la règle bien connue – « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision » – ne s'applique qu'à certaines indivisions comme, par

⁴⁹ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 80.

⁵⁰ B. SMETS et J.-P. VINCKE, *La société de droit commun*, Bruxelles, Standaard, 2000, p. 18, qui détaillent également les conditions propres aux contrats en général en page 12 et s.

⁵¹ Trois dans l'hypothèse où deux époux, seuls fondateurs, sont mariés sous le régime de la communauté et apportent uniquement des biens communs. En ce cas en effet, ces époux sont réputés ne constituer qu'un seul associé.

⁵² J. MALHERBE, « La constitution de sociétés... », *op. cit.*, p. 215.

exemple, l'indivision successorale⁵³. La société de droit commun est une indivision qui demeure dès lors jusqu'à la dissolution de la société, moment auquel intervient le partage des biens entre les associés⁵⁴.

Autre conséquence de cette absence de personnalité juridique⁵⁵, la société :

- ne peut ester seule en justice ;
- n'est soumise, eu égard à sa transparence fiscale, à aucune taxation en qualité de société, les associés étant donc directement taxés en tant que personnes physiques ;
- et ne doit pas nécessairement se voir attribuer de dénomination puisqu'elle ne jouit pas de la personnalité juridique. Néanmoins, il est utile de lui accorder un nom afin d'identifier le compte bancaire ouvert au nom de tous les associés et dont le pouvoir de gestion sera confié au gérant.

Enfin, le régime légal de la société de droit commun est particulièrement souple et discret : il n'existe pas de capital minimum à réunir pour constituer cette société ni d'obligation de fournir un plan financier, ses statuts peuvent indifféremment être établis et modifiés sous seing privé ou par acte authentique⁵⁶ et ne doivent pas être publiés ou déposés, aucune comptabilité ne doit être tenue et la société ne doit pas être enregistrée ou inscrite à un quelconque registre⁵⁷.

Le propos introductif épuisé, nous nous penchons plus avant dans les sections suivantes sur les points saillants rencontrés lors de la constitution (sections 2 à 4), le fonctionnement (sections 5 à 8) et la dissolution (section 9) d'une société de droit commun, avant d'aborder quelques questions particulières (section 10).

⁵³ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 85 ; B. SMETS et J.-P. VINCKE, *La société de droit commun*, *op. cit.*, p. 82. ; P. VAN OMMESLAGHE, « Le droit commun de la société et la société de droit commun », in *Aspects récents du droit des contrats*, Bruxelles, Jeune Barreau de Bruxelles, 2001, p. 207.

⁵⁴ P. DELNOY, *Les libéralités et les successions – Précis de droit civil*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 354 ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés – Précis, Droit européen et droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 360.

⁵⁵ B. SMETS et J.-P. VINCKE, *La société de droit commun*, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁶ Sauf apport de droits réels immobiliers, pour lequel l'acte notarié est indispensable.

⁵⁷ J. MALHERBE, « La constitution de sociétés... », *op. cit.*, p. 216.

Section 2. Apports et parts

§ 1^{er}. Apports

On l'a vu, chaque associé est tenu d'apporter à la société des biens matériels ou immatériels, faute de quoi la qualité d'associé ne peut lui être accordée. L'apport est en effet un élément constitutif essentiel de la société qui exige la constitution d'un patrimoine social indivis. En quelque sorte, cet apport constitue-t-il une première manifestation de cet état d'esprit qualifié d'*affectio societatis* qui doit animer tout associé. À défaut d'apport, l'« associé » qui se verrait reconnaître un droit dans les bénéfices et la répartition de l'actif de la société ne serait en fait rien d'autre qu'un donataire déguisé⁵⁸.

En l'espèce, les donataires apportent les titres précédemment reçus et le donateur apporte, quant à lui, le solde du portefeuille dont la valeur financière a été minimisée afin d'éviter le paiement de droits de succession importants au moment du décès. À la limite peut-on même envisager une donation préalable portant sur l'intégralité du portefeuille, les donataires apportant ensuite tous les titres transmis et le donateur apportant, comme le lui permet l'article 19 alinéa 2 du Code des sociétés, son industrie, c'est-à-dire, en l'occurrence, son expertise, son expérience, ses connaissances et son savoir-faire en matière de placements et de gestion financière⁵⁹.

Ce qui fait l'objet de l'apport ne fait plus partie du patrimoine de l'associé, une fois l'apport effectué⁶⁰. Un transfert de propriété au profit de la société s'est en effet valablement opéré et c'est désormais par le biais des règles de l'attribution de l'actif social lors de la dissolution de la société que l'associé peut espérer récupérer la propriété de tout ou partie du bien⁶¹.

On ajoute enfin que « chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter »⁶².

⁵⁸ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 81.

⁵⁹ Notons que la valeur d'un apport en industrie peut se révéler difficile à évaluer afin de déterminer le nombre de parts indivises rémunérant cet apport.

⁶⁰ Plus précisément, ce qui fait l'objet de l'apport ne fait plus partie du seul patrimoine de l'associé, une fois l'apport effectué. Cet objet a en effet intégré le patrimoine social indivis de la société, qui est propriété de tous les associés, y compris l'apporteur.

⁶¹ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 83.

⁶² Loi du 07 mai 1999 portant le Code des sociétés, *M.B.*, 06 août 1999, article 22 alinéa 1^{er}.

§ 2. Parts

En rémunération des apports réalisés par les associés, chacun d'entre eux reçoit en pleine propriété et, en principe, proportionnellement à la valeur de son apport, un certain nombre de parts indivises⁶³. Comme indiqué précédemment, il est toutefois possible de stipuler, à titre exceptionnel, qu'il n'existe pas, à l'égard de certains associés identifiés, de lien entre la valeur des apports et le nombre de parts rétribuant ces apports. Il faut néanmoins rester très prudent face à ce type de montage, le risque de voir l'opération requalifiée de contrat de société en donation déguisée étant alors d'autant plus sérieux que la différence entre la valeur desdits apports et le nombre de parts émises en contrepartie est importante⁶⁴.

Le nombre de parts dont chaque associé est propriétaire détermine ses droits sur le patrimoine social indivis au moment de la liquidation et sur les bénéfices et pertes en cours d'existence de la société. Une répartition asymétrique des revenus de la société peut toutefois être statutairement⁶⁵ mise en place en réservant, on s'en souvient, une partie importante – mais pas la totalité – de ceux-ci à l'un ou l'autre des associés par la création de parts de différentes catégories ouvrant des droits distincts dans la participation aux bénéfices.

Un registre des parts doit par ailleurs être dressé afin de reprendre l'identité des associés et le nombre de parts dont ils sont propriétaires. Il y sera fait mention des modifications sur l'identité d'un associé ou des changements survenant dans le partenariat (cession ou transmission de parts)⁶⁶.

Section 3. Durée

La durée d'existence de la société de droit commun peut être illimitée ou limitée. Dans la première hypothèse, il faut conserver à l'esprit que la dissolution de la société peut être provoquée par la seule volonté d'un associé, par le biais d'une renonciation notifiée à tous les autres associés⁶⁷. Même si cette renonciation doit être effectuée de bonne foi et ne pas être

⁶³ La société ne jouissant pas de la personnalité juridique, elle ne dispose pas d'un capital social et il ne peut par conséquent pas exister de parts représentatives du capital.

⁶⁴ B. SMETS et J.-P. VINCKE, *La société de droit commun*, *op. cit.*, p. 63.

⁶⁵ Il importe en effet de fixer dans les statuts le nombre de parts dont chaque associé est propriétaire afin de contrer la présomption de la loi du 07 mai 1999 portant le Code des sociétés, *M.B.*, 06 août 1999, article 30.

⁶⁶ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 81 ; A. CULOT et B. HUTS, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 241 ; B. HUTS, « La société civile », *op. cit.*, p. 101.

⁶⁷ Loi du 07 mai 1999 portant le Code des sociétés, *M.B.*, 06 août 1999, article 43.

exprimée à contretemps⁶⁸, ce n'est bien souvent pas le souhait du donateur de permettre à l'un des associés, singulièrement un des donataires, de dissoudre la société par sa seule volonté et de récupérer ainsi sa part dans l'actif, raison pour laquelle il est conseillé de limiter la durée de la société⁶⁹. En cette seconde hypothèse, la société se voit accorder une durée de vie en années ou correspondant à la durée de vie du survivant des donateurs par exemple. La dissolution ne peut alors plus être demandée par l'un des associés auprès du tribunal que pour autant qu'il existe des justes motifs, dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'appréciation du juge⁷⁰.

En toutes hypothèses, il est possible, en principe nécessairement de commun accord⁷¹, de modifier les statuts pour adapter la durée de la société, soit en la prorogeant soit en la réduisant, ou de décider de la dissolution anticipée de la société⁷².

Section 4. Objet social

De manière générale, la société de droit commun peut avoir un objet civil ou commercial⁷³. Dans l'hypothèse qui nous intéresse, son objet est civil⁷⁴ : il s'agit de la gestion commune de biens dont la propriété a été apportée à la société par l'investissement dans divers instruments financiers avec pour objectif le réinvestissement ou la distribution des revenus produits par cette gestion (plus-values, dividendes, intérêts...). Il est en outre utile de préciser dans les statuts que la société ne peut contracter de dettes et qu'elle ne peut exercer aucune activité commerciale⁷⁵. On se souvient enfin de l'importance de définir avec précision l'étendue des pouvoirs du gérant dans le but d'assurer la validité de la donation préalable⁷⁶ : c'est notamment en déterminant et en limitant avec soin l'objet de la société qu'il est possible d'atteindre cet objectif, outre ce qui est indiqué ci-dessous quant aux pouvoirs et responsabilités du gérant.

⁶⁸ *Ibidem*. Cf. loi du 07 mai 1999 portant le Code des sociétés, *M.B.*, 06 août 1999, article 44 pour deux illustrations.

⁶⁹ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 94 ; A. CULOT et B. HUTS, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 255 ; B. HUTS, « La société civile », *op. cit.*, p. 106 ; J. MALHERBE, « La constitution de sociétés... », *op. cit.*, p. 219.

⁷⁰ Loi du 07 mai 1999 portant le Code des sociétés, *M.B.*, 06 août 1999, article 45.

⁷¹ Sauf clause statutaire contraire.

⁷² J. MALHERBE, « La constitution de sociétés... », *op. cit.*, p. 219.

⁷³ Loi du 07 mai 1999 portant le Code des sociétés, *M.B.*, 06 août 1999, article 46.

⁷⁴ J. MALHERBE, « La constitution de sociétés... », *op. cit.*, p. 215.

⁷⁵ L'intérêt est d'éviter que l'objet de la société ne puisse être requalifié de commercial, entraînant notamment une responsabilité solidaire des associés. Cf. loi du 07 mai 1999 portant le Code des sociétés, *M.B.*, 06 août 1999, article 52.

⁷⁶ Voir *supra*, chapitre 1, section 2, paragraphe 1^{er}.

Section 5. Gestion de la société

Le Code des sociétés ne prévoit à l'endroit de la gestion de la société de droit commun qu'un régime supplétif et, au demeurant, fort imparfait. Ainsi, l'article 36 pallie l'absence de règles statutaires sur cette question et les articles 33 à 35 et 37 et 38 apportent quelques explications ou compléments d'information sur la manière d'interpréter ou d'appliquer les clauses statutaires qui y seraient relatives. Autant le dire tout de suite, ces articles sont la plupart du temps écartés par l'adoption de dispositions statutaires organisant la gestion, les associés étant soucieux de mettre en place un régime prévisible, complet et qui se suffit à lui-même. Sont ainsi bien souvent conventionnellement aménagés la nomination du gérant (§1^{er}), la définition de ses pouvoirs et responsabilités (§2), les hypothèses de sa révocation (§3) et les cas de responsabilités des associés (§4).

§ 1^{er}. Nomination du gérant

La société de droit commun est gérée par un ou plusieurs gérants, qui peu(ven)t être associé(s) ou non.

Le plus souvent, la nomination du gérant intervient dans les statuts (gérant statutaire). En ce cas, le gérant est irrévocable tant que dure la société sauf cause légitime⁷⁷ ou décision unanime des associés, en ce compris le gérant si il est lui-même associé⁷⁸. Il est également quelquefois prévu une clause de désignation d'un gérant successeur en cas de démission, révocation ou état d'indisponibilité durable et sérieux du premier gérant⁷⁹.

Autre possibilité, le gérant est nommé aux termes d'un acte postérieur aux statuts (gérant ordinaire). Cette nomination doit intervenir à l'unanimité des associés⁸⁰ et le gérant ainsi désigné (même associé par ailleurs) est alors révocable *ad nutum*⁸¹, sauf disposition contraire.

Dernière option enfin, le gérant n'est désigné ni par les statuts, ni par un acte postérieur et chacun des associés est alors automatiquement gérant⁸².

⁷⁷ Loi du 07 mai 1999 portant le Code des sociétés, *M.B.*, 06 août 1999, article 33 alinéa 2.

⁷⁸ J. MALHERBE, « La constitution de sociétés... », *op. cit.*, p. 217.

⁷⁹ Voir *infra*, section 10, paragraphe 3.

⁸⁰ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 88.

⁸¹ Loi du 07 mai 1999 portant le Code des sociétés, *M.B.*, 06 août 1999, article 33 alinéa 2.

⁸² Loi du 07 mai 1999 portant le Code des sociétés, *M.B.*, 06 août 1999, article 36.

§ 2. Pouvoirs et responsabilités du gérant

A) Pouvoirs du gérant

Si rien n'est statutairement prévu quant à l'étendue des pouvoirs attribués au gérant, l'article 33 du Code des sociétés indique que l'associé-gérant statutaire (l'associé-gérant ordinaire y est assimilé⁸³) peut faire, en dépit de l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, pour autant que ce soit sans fraude. Les pouvoirs reconnus à ce type de gérant sont donc particulièrement larges : il peut poser tous les actes d'administration ou de disposition qui rentrent dans le champ de l'objet social et sont justifiés eu égard aux circonstances⁸⁴.

Les articles 34 et 35 du Code des sociétés organisent, à défaut de clauses statutaires, le mode de gestion face à une pluralité d'associés-gérants, en mettant respectivement en place une gestion concurrente et une gestion conjointe.

Si enfin les statuts ne règlent pas les pouvoirs du gérant dans toutes autres situations, il faut s'en remettre à l'article 36 du Code des sociétés.

Généralement, et fort heureusement d'ailleurs, les statuts définissent les pouvoirs du gérant, qui devront être exercés conformément à l'objet social et aux intérêts de la société⁸⁵. Ces pouvoirs comprennent traditionnellement le droit d'aliéner les éléments du patrimoine social indivis, d'utiliser le produit en résultant pour réinvestir en instruments financiers, d'encaisser les revenus, de réinvestir des instruments financiers prochainement échus, de décider de l'affectation des revenus (distribution ou capitalisation), de recourir aux services d'un tiers pour gérer tout ou partie du portefeuille ou pour bénéficier de conseils en placement, de représenter les associés en justice ou lors des assemblées générales des sociétés détenues en portefeuille⁸⁶...

Même si aucune comptabilité ne doit légalement être tenue, le gérant doit conserver les documents relatifs aux frais, dépenses et revenus de la société afin de se ménager la

⁸³ J. MALHERBE, « La constitution de sociétés... », *op. cit.*, p. 217.

⁸⁴ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 89.

⁸⁵ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 90 ; A. CULOT et B. HUTS, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 251 ; B. HUTS, « La société civile », *op. cit.*, p. 104.

⁸⁶ J. MALHERBE, « La constitution de sociétés... », *op. cit.*, p. 217.

possibilité de remplir son obligation de compte-rendu⁸⁷ et de permettre aux associés d'exercer un contrôle sur sa gestion.

B) Responsabilités du gérant

Le gérant outrepassant les limites de son mandat (dont les contours sont définis par l'objet social de la société et les pouvoirs reconnus au gérant) engage sa responsabilité illimitée sur son patrimoine propre, sans que ne puissent en être inquiétés les associés.

À l'inverse, si le gérant respecte le mandat de gestion comprenant notamment pouvoir d'engager les associés pour telle ou telle opération⁸⁸, tous les associés sont valablement liés sans autre condition⁸⁹, sans limite sur leur patrimoine personnel⁹⁰ et sans qu'il ne soit nécessaire de préciser, à notre sens, que l'engagement doit être de nature à promouvoir l'objet social⁹¹. En effet, l'engagement qui ne serait pas de nature à favoriser la réalisation de l'objet de la société viole les limites du mandat conféré au gérant, de sorte que l'on se trouve dans l'hypothèse abordée à l'alinéa précédent et non pas dans le cadre d'une exécution conforme du mandat.

Quant à imposer au gérant de révéler au tiers cocontractant sa qualité de représentant de tous les associés⁹², cela est justifié, selon nous, non pas tant pour obliger valablement ces derniers⁹³ que par la nécessité de permettre au tiers de connaître l'identité des associés et surtout leur degré de solvabilité, chaque associé étant, dans le cas qui nous retient, en principe tenu par part virile à l'égard des créanciers et non solidairement⁹⁴.

§ 3. Révocation du gérant

On l'a dit, le gérant statutaire est irrévocable tant que dure la société sauf décision unanime des associés, en ce compris le gérant si il est lui-même associé, ou cause légitime⁹⁵. La notion de cause légitime recouvre le manquement du gérant à ses obligations, que celui-ci soit fautif

⁸⁷ Loi du 21 mars 1804 portant le Code civil, article 1993.

⁸⁸ Voir *supra*, les pouvoirs traditionnellement reconnus par les statuts au gérant.

⁸⁹ Loi du 07 mai 1999 portant le Code des sociétés, *M.B.*, 06 août 1999, article 51.

⁹⁰ D'où l'intérêt de prévoir statutairement que le gérant ne peut contracter de dettes.

⁹¹ Thèse soutenue par A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 90.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ En effet, ni le droit des sociétés ni le droit commun du mandat ne subordonnent la validité et l'opposabilité d'un engagement à pareille condition. Mieux encore, le droit commun du mandat connaît la figure du mandat dit non représentatif ou de représentation imparfaite.

⁹⁴ Loi du 07 mai 1999 portant le Code des sociétés, *M.B.*, 06 août 1999, article 52.

⁹⁵ Loi du 07 mai 1999 portant le Code des sociétés, *M.B.*, 06 août 1999, article 33 alinéa 2.

(exemple : le gérant se désintéresse de l'exercice de sa mission) ou non (exemple : le gérant est durablement privé de ses capacités mentales)⁹⁶. Cette révocation doit être demandée en justice et un seul associé peut valablement saisir le tribunal, nulle unanimité ou majorité n'étant exigée.

On l'a vu également, le gérant ordinaire est révocable *ad nutum*⁹⁷ à l'unanimité des associés réunis en assemblée générale (à l'exclusion du gérant-associé⁹⁸), sauf disposition statutaire contraire. Par ailleurs, à peine de rendre le statut de gérant ordinaire potentiellement plus protecteur que celui de gérant statutaire, il semble que la révocation pour cause légitime trouve également ici à s'appliquer.

§ 4. Responsabilités des associés

Les associés sont responsables des engagements de la société pris auprès d'un tiers en exécution d'un acte contracté soit par tous les associés soit par le gérant dans les limites du mandat de gestion lui conféré par lesdits associés. En ces deux hypothèses, les associés sont tenus des engagements sur leur patrimoine propre de manière illimitée, eu égard à l'absence de personnalité juridique dans le chef de la société de droit commun. Leur responsabilité n'est par conséquent pas limitée à leurs apports : ils sont responsables sur tous leurs biens, *in infinitum*⁹⁹.

Le principe posé, deux précisions doivent être apportées¹⁰⁰ : premièrement, un associé inquiété par un créancier social peut contraindre ce dernier à s'en prendre prioritairement aux biens composant le patrimoine social indivis plutôt qu'à ses biens personnels. Ce n'est finalement que si les biens sociaux se révèlent d'une valeur insuffisante pour désintéresser le créancier que les biens propres peuvent être exécutés.

Deuxièmement, l'obligation à la dette, c'est-à-dire la relation entre le créancier social et les associés du point de vue du règlement de la dette, se calcule en principe par parts viriles¹⁰¹ : chaque associé doit payer un même montant au créancier, correspondant à la valeur de la dette

⁹⁶ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 87 et 91.

⁹⁷ Loi du 07 mai 1999 portant le Code des sociétés, *M.B.*, 06 août 1999, article 33 alinéa 2.

⁹⁸ Document ING – Private banking, « La société civile de droit commun et la planification successorale », p. 5.

⁹⁹ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 96.

¹⁰⁰ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 97.

¹⁰¹ Loi du 07 mai 1999 portant le Code des sociétés, *M.B.*, 06 août 1999, article 52. Si l'objet de la société est commercial, les associés sont solidairement tenus.

divisée par le nombre d'associés. La contribution à la dette, soit la relation entre les associés eux-mêmes du point de vue du règlement de la dette, se détermine quant à elle conformément aux stipulations des statuts et au nombre de parts réservé à chaque associé, matérialisant en principe¹⁰² ses obligations sur les pertes subies par la société.

Cela est logique dans la mesure où le créancier social n'est pas partie au contrat de société et où ses clauses ne peuvent dès lors lui être opposées. C'est donc bien l'article 52 du Code des sociétés qui fixe, aux yeux du créancier, les devoirs de chaque associé quant aux dettes. Notons que cela peut servir ou, au contraire, desservir le créancier : si ce dernier peut poursuivre chaque associé par part égale quand bien même l'un ou l'autre associé possède un intérêt moindre dans la société, il ne peut tirer du contrat de société le droit de réclamer à un associé plus que sa part virile dans l'hypothèse où cet associé a un plus grand intérêt que les autres dans la société¹⁰³.

Quant aux créanciers personnels d'un associé, soit les créanciers titulaires d'un droit de créance dont l'origine est étrangère à l'activité sociale, il semble qu'il ne leur est pas possible d'exercer de recours ou de saisies sur les biens apportés à la société par leur débiteur, en tous cas tant que dure la société¹⁰⁴. En effet, ces créanciers ne peuvent se voir reconnaître plus de droits que leur débiteur : or, l'associé est lié par le contrat de société et ne peut détourner tout ou partie du patrimoine social indivis de sa finalité¹⁰⁵. Il apparaît par conséquent que les droits des créanciers personnels doivent ainsi être reportés sur ce qui reviendra à leur débiteur lors de la liquidation de la société et du partage de l'actif net¹⁰⁶. Confrontés à un acte posé par leur débiteur en fraude de leurs droits, les créanciers ne se trouvent toutefois pas nécessairement démunis, le recours à l'action paulienne demeurant toujours possible¹⁰⁷.

On observe enfin que l'associé qui se retire de la société demeure tenu des dettes sociales qui existent au moment de son retrait, seules les dettes nées ultérieurement ne le liant en principe pas¹⁰⁸.

¹⁰² Sauf répartition asymétrique des revenus et pertes.

¹⁰³ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 97.

¹⁰⁴ B. SMETS et J.-P. VINCKE, *La société de droit commun, op. cit.*, p. 48.

¹⁰⁵ P. VAN OMMESLAGHE, « Le droit commun de la société... », *op. cit.*, p. 215.

¹⁰⁶ J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés – Précis...*, *op. cit.*, p. 360.

¹⁰⁷ Loi du 21 mars 1804 portant le Code civil, article 1167.

¹⁰⁸ J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés – Précis...*, *op. cit.*, p. 357.

Section 6. Assemblée générale

Il importe de prévoir dans les statuts la tenue et l'organisation d'une assemblée générale des associés, au moins une fois l'an. Les décisions, incluant bien sûr la décision de modification des statuts, y sont adoptées à l'unanimité¹⁰⁹, sauf clause statutaire contraire¹¹⁰. C'est précisément lors de l'assemblée générale que les associés peuvent notamment exercer un contrôle effectif sur le gérant et son activité¹¹¹, l'interroger sur certains aspects de celle-ci et, plus généralement, sur tout ce qui intéresse la société et son objet, lui donner décharge pour sa gestion, nommer ou révoquer un gérant ordinaire et, dans une certaine mesure, prendre part à la politique de gestion de la société¹¹².

On rappelle néanmoins que le gérant peut s'être vu reconnaître statutairement certains pouvoirs exclusifs quant à cette politique. On songe tout particulièrement aux décisions d'affectation du bénéfice (distribution ou capitalisation) ou d'investissement ou de désinvestissement en instruments financiers spécifiques. En pareil cas, les associés ne peuvent s'immiscer dans la gestion¹¹³, sous peine de détruire la stratégie jusqu'alors mise en place par le gérant et, surtout, de l'empêcher d'exécuter son mandat en se substituant à lui. Si les associés souhaitent récupérer la main, une modification statutaire des compétences accordées au gérant ou une révocation du gérant actuel suivie de la nomination d'un gérant acquis à leur cause s'impose.

Section 7. Modifications des statuts

On l'a dit, les statuts ne peuvent être modifiés que de l'accord de tous les associés. En effet, la modification concerne ici le contrat en tant que tel et ne peut donc intervenir que du consentement mutuel de ces derniers¹¹⁴. Une clause statutaire autorisant une altération des statuts à une majorité qualifiée ou même simple peut néanmoins être prévue. En ce cas, cette clause doit bien évidemment être suivie¹¹⁵.

¹⁰⁹ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 91 ; B. SMETS et J.-P. VINCKE, *La société de droit commun*, *op. cit.*, p. 45 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Le droit commun de la société... », *op. cit.*, p. 225.

¹¹⁰ Il est en ce cas recommandé d'indiquer expressément dans les statuts que la minorité est tenue de s'incliner face aux décisions de la majorité.

¹¹¹ On se souvient de l'importance de permettre un tel contrôle par les associés pour éviter de considérer que le donateur, par ailleurs gérant, ne se serait pas irrévocablement dépouillé des biens donnés en conservant sur ceux-ci une gestion discrétionnaire et illimitée. Voir *supra*, chapitre 1, section 2, paragraphe 1^{er}.

¹¹² A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 95 ; A. CULOT et B. HUTS, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 257 ; B. HUTS, « La société civile », *op. cit.*, p. 107.

¹¹³ Loi du 07 mai 1999 portant le Code des sociétés, *M.B.*, 06 août 1999, article 33 alinéa 1^{er}.

¹¹⁴ Loi du 21 mars 1804 portant le Code civil, article 1134.

¹¹⁵ P. VAN OMMESLAGHE, « Le droit commun de la société... », *op. cit.*, p. 227.

Il est parfois soutenu que l'objet de la société ne peut être modifié qu'à l'unanimité des associés, quand bien même une disposition statutaire permet la modification des statuts à la majorité. La raison avancée à l'appui de ce raisonnement est que l'on touche là à l'essence même de la convention et que cette altération est trop fondamentale que pour être imposée à une minorité récalcitrante¹¹⁶. Cela est toutefois discutable sur le plan de la liberté contractuelle et de l'exécution de la convention-loi, *a fortiori* si la clause vise non la modification des statuts en général mais spécifiquement la modification de l'objet social. À notre sens, c'est faire violence aux termes du contrat conclu par les associés que d'écarter pareille clause, à tout le moins lorsqu'elle règle explicitement la question.

Section 8. Transfert des parts

La société de droit commun est une société de personnes : l'identité des associés a joué un rôle déterminant dans la volonté de chaque associé de conclure le contrat de société. Par conséquent, pour éviter de porter atteinte à ce caractère *intuitu personae* en permettant l'introduction d'un tiers dans la société en lieu et place d'un associé qui lui aurait transféré ses parts, le principe est celui de l'incessibilité desdites parts. Ce n'est finalement que si tous les associés consentent au transfert¹¹⁷ ou si ce dernier est autorisé par les statuts que le principe évoqué peut être contré.

Il est toutefois possible, sans le consentement des associés, de céder à un tiers non pas la qualité d'associé mais l'un ou l'autre droit détachable de la qualité d'associé (singulièrement le droit aux dividendes)¹¹⁸. En ce cas en effet, l'associé demeure bien associé et le tiers reste étranger à la société¹¹⁹.

Le transfert de parts, lorsqu'il est autorisé, peut intervenir entre vifs (§ 1^{er}) ou pour cause de mort (§ 2).

§ 1^{er}. Cession de parts entre vifs

La cession de parts entre vifs autorisée par les statuts est très souvent soumise à conditions. En la matière, tout est concevable. Le plus souvent, les statuts prévoient l'agrément préalable

¹¹⁶ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 92.

¹¹⁷ Loi du 07 mai 1999 portant le Code des sociétés, *M.B.*, 06 août 1999, article 38.

¹¹⁸ La cession du droit de vote, inhérent à la qualité d'associé, semble par contre exclue pour cette raison.

¹¹⁹ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 92.

et écrit de tout ou partie des associés ou du gérant¹²⁰, éventuellement suivi, en cas de refus d'agrément, par une obligation de reprise par les opposants, ou organisent un droit de préemption en faveur des autres associés, éventuellement couplé à un agrément en cas de non-exercice dudit droit de préemption. Il est aussi envisageable de mettre en place un droit de suite qui oblige l'associé désirant céder ses parts à permettre aux autres associés de céder également leurs parts aux mêmes conditions ou, à l'inverse, une obligation de suite qui permet à l'associé cédant de contraindre les autres associés à céder leurs parts aux mêmes conditions¹²¹.

L'insertion de clauses statutaires modalisant la cession est conseillée : celles-ci lient les associés, ne sont en règle pas susceptibles d'une appréciation judiciaire et participent au maintien du caractère familial et privé de la société¹²².

§ 2. Transmission de parts à cause de mort

La société de droit commun est en principe automatiquement dissoute au décès de l'un des associés¹²³. Il est néanmoins possible et même souhaitable d'échapper à cette dissolution de plein droit en insérant dans les statuts une clause de continuation ou de prorogation¹²⁴. Le donateur, ou l'un d'eux si ils sont plusieurs, peut en effet ne pas souhaiter que son décès entraîne dissolution de la société, parce que les donataires associés sont encore trop jeunes pour disposer librement du capital ou parce qu'il importe de ne pas interrompre brutalement une stratégie d'investissement par exemple.

Si une disposition statutaire précise que la société n'est pas dissoute de plein droit par la mort d'un associé, les clauses évoquées lors de la cession de parts entre vifs peuvent *mutatis mutandis* trouver à s'appliquer en cas de transmission de parts à cause de mort. Il importe de mentionner expressément dans lesdites dispositions que leur application ne porte pas préjudice au droit de retour conventionnel prévu dans les actes de donation antérieurs, tout particulièrement l'acte de donation ayant précédé la constitution de la société, et ce afin de

¹²⁰ J. MALHERBE, « La constitution de sociétés... », *op. cit.*, p. 218.

¹²¹ J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés – Précis...*, *op. cit.*, p. 558.

¹²² A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 93 ; A. CULOT et B. HUTS, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 255 ; B. HUTS, « La société civile », *op. cit.*, p. 105.

¹²³ Loi du 07 mai 1999 portant le Code des sociétés, *M.B.*, 06 août 1999, article 39.

¹²⁴ Voir *infra*, section 10, paragraphe 4.

permettre au donateur de récupérer les biens donnés sans être assujéti aux conditions particulières qu'elles mettent en œuvre¹²⁵.

Section 9. Dissolution et liquidation

On l'a déjà évoqué, il est utile de limiter la durée de la société dans le temps pour éviter la dissolution par la seule volonté d'une partie¹²⁶ et d'écarter la dissolution de plein droit de la société pour cause de décès de l'un des associés¹²⁷. On supprime aussi fréquemment dans les statuts l'hypothèse de dissolution pour interdiction ou incapacité et insolvabilité ou déconfiture d'un associé. Il est ainsi généralement prévu statutairement que la société est dissoute à l'arrivée de son terme, à l'unanimité des associés ou si il ne demeure qu'un associé.

Quant à la liquidation de la société, l'article 55 du Code des sociétés stipule que les règles concernant le partage des successions s'y appliquent¹²⁸. En pratique, le gérant, après avoir apuré l'éventuel passif, procède au partage de l'actif net de la société entre les associés, proportionnellement au nombre de parts dont chacun est titulaire, sauf clause de répartition asymétrique¹²⁹.

Section 10. Questions particulières

Certaines questions particulières, souvent suscitées par un souhait spécifique des associés, peuvent se poser lors de la rédaction des statuts ou la constitution de la société. Nous épingleons successivement les clauses de prélèvement de capital (§ 1^{er}), de répartition asymétrique des revenus (§ 2), de désignation d'un gérant successeur (§ 3) et de continuation ou de prorogation (§ 4) ainsi que l'incidence fiscale de la constitution de la société de droit commun (§ 5) et la notion d'abus fiscal en la matière (§ 6).

§ 1^{er}. Clause de prélèvement de capital

La clause de prélèvement de capital vise à permettre au gérant de la société de prélever au profit d'un associé, dans un nombre déterminé de cas et sous strictes conditions, une partie du capital social indivis à la demande de cet associé ou même d'initiative. Il peut en effet être utile d'autoriser le gérant à ponctionner une partie du patrimoine social pour aider

¹²⁵ Voir *supra*, chapitre 1, section 2, paragraphe 3.

¹²⁶ Voir *supra*, section 3.

¹²⁷ Voir *supra*, section 8, paragraphe 2.

¹²⁸ Voir loi du 21 mars 1804 portant le Code civil, articles 815 et suivants. On rappelle néanmoins que l'article 815 ne trouve pas vocation à s'appliquer à la société de droit commun (voir *supra*, section 1).

¹²⁹ Voir *infra*, section 10, paragraphe 2.

financièrement un associé dans la réalisation d'un projet immobilier ou professionnel ou pour lui permettre de faire face à des dépenses importantes et imprévisibles, comme des frais de soins de santé par exemple. On se souvient également de l'intérêt d'articuler cette clause statutaire avec la clause relative à l'exécution d'une charge financière éventuellement contenue dans l'acte de donation antérieur¹³⁰.

Pour être efficace et éviter les tensions entre associés, la clause doit énumérer précisément les hypothèses ouvrant le droit, pour un associé ou pour le gérant, de demander aux autres associés le prélèvement d'une fraction du capital. Elle doit également prévoir les conditions de majorité (simple ou qualifiée) à réunir pour autoriser l'opération et, éventuellement, l'existence d'un droit de veto dans le chef du gérant¹³¹. Enfin, elle peut utilement préciser que le prélèvement ne peut excéder tel ou tel pourcentage du capital dont l'associé est, à travers ses parts, propriétaire¹³².

Une fois le prélèvement réalisé, l'associé qui en a bénéficié ne dispose bien évidemment plus que d'un nombre de parts réduit à due concurrence. Par conséquent, un avenant aux statuts doit être dressé et le registre des parts doit être mis à jour¹³³.

§ 2. Clause de répartition asymétrique des revenus

La société a vocation, en cours d'existence, à générer des bénéfices par le biais de la gestion du portefeuille (plus-values, dividendes, intérêts...). Une fois ces bénéfices dégagés, le gérant peut décider de les capitaliser, c'est-à-dire de les conserver dans la société en vue d'un réinvestissement ultérieur¹³⁴, ou, au contraire, de les distribuer, en tout ou en partie, aux associés, étant entendu que ce choix est en principe laissé à sa discrétion par les statuts.

Si le gérant décide de procéder à une distribution, cette dernière a en règle lieu proportionnellement aux parts de chaque associé : on parle alors de répartition symétrique des revenus. Il est toutefois possible de prévoir statutairement, par une clause de répartition asymétrique des revenus, que l'attribution des revenus n'est pas proportionnelle aux parts des

¹³⁰ Voir *supra*, chapitre 1, section 2, paragraphe 4.

¹³¹ P. DE PAGE et A. DELIÈGE, « Les donations... », *op. cit.*, p. 162.

¹³² A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 115 ; A. CULOT et B. HUTS, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 277 ; B. HUTS, « La société civile », *op. cit.*, p. 122.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ Il faut néanmoins être attentif au fait que les associés peuvent alors se retrouver taxés sur des bénéfices qui ne leur auront pas été attribués (voir J.-P. BOURS, « Grandeurs et misères... », *op. cit.*).

associés et, par là-même, de garantir une partie importante – mais pas la totalité¹³⁵ – des bénéfices à l'un ou l'autre des associés¹³⁶, en créant des parts de différentes catégories ouvrant des droits distincts dans la participation auxdits bénéfices.

On rappelle que si l'associé bénéficiant de cette clause est le donateur, le risque existe de voir la nullité de la donation prononcée au motif qu'il ne s'est pas irrévocablement dépouillé des biens puisqu'il continue à percevoir seul la quasi-totalité des fruits produits. Pour cette raison, mais également parce qu'il pourrait y avoir abus de droit dans le chef de l'associé bénéficiaire, sans considération cette fois sur sa qualité ou non de donateur, il est recommandé de demeurer mesuré dans la répartition asymétrique envisagée et de justifier cette dernière, par exemple par l'état de santé de l'associé^{137 138}.

Il ne faut enfin pas perdre de vue qu'une attribution massive des bénéfices au donateur par le jeu de cette clause est susceptible de gonfler son patrimoine et peut dès lors provoquer le paiement de droits de succession importants lors du décès, ce que les parties cherchent précisément à éviter en couplant donation et constitution d'une société de droit commun¹³⁹...

§ 3. Clause de désignation d'un gérant successeur

On l'a évoqué, une clause de désignation d'un gérant successeur peut être statutairement prévue et jouer en cas de démission, révocation ou état d'indisponibilité durable et sérieux du premier gérant¹⁴⁰. Cela permet au rédacteur des statuts, bien souvent le gérant initial, de transmettre à une personne de confiance la mainmise sur la gestion et le contrôle de la société¹⁴¹ et de lui assurer, en lui conférant qualité de gérant statutaire, une stabilité importante, à tous le moins si il est associé par ailleurs.

¹³⁵ Loi du 07 mai 1999 portant le Code des sociétés, *M.B.*, 06 août 1999, article 32, qui prohibe le pacte léonin.

¹³⁶ J. MALHERBE, « La constitution de sociétés... », *op. cit.*, p. 218.

¹³⁷ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 116 ; A. CULOT et B. HUTS, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 278 ; B. HUTS, « La société civile », *op. cit.*, p. 123 ; J. MALHERBE, « La constitution de sociétés... », *op. cit.*, p. 217.

¹³⁸ Pour mémoire, le donateur qui souhaite continuer à bénéficier de l'entièreté des revenus tirés de la gestion du portefeuille est invité, dans un premier temps, à constituer seul la société et, dans un second temps, à donner par acte authentique les parts aux donataires, en s'en réservant l'usufruit. Voir *supra*, chapitre 1, section 2, paragraphe 2.

¹³⁹ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 116 ; A. CULOT et B. HUTS, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 278 ; B. HUTS, « La société civile », *op. cit.*, p. 123.

¹⁴⁰ Voir *supra*, section 5, paragraphe 1^{er}.

¹⁴¹ J. MALHERBE, « La constitution de sociétés... », *op. cit.*, p. 217.

§ 4. Clause de prorogation ou de continuation

Si rien n'est statutairement prévu, la société de droit commun est dissoute de plein droit au décès de l'un des associés¹⁴². Il est par conséquent souhaitable de contrer cette dissolution automatique en insérant dans les statuts une clause de prorogation ou de continuation¹⁴³. La société poursuit alors son existence avec les associés survivants et les successeurs de l'associé décédé (clause de prorogation) ou avec les seuls associés survivants (clause de continuation)¹⁴⁴. Dans ce dernier cas, la part du défunt associé vient accroître la part des associés restants. Si, en cette hypothèse, l'associé décédé avait des successeurs qui se trouvent ne pas être associés par ailleurs, les associés restants sont tenus d'indemniser ceux-ci qui ont droit à la contre-valeur économique des parts indivises du *de cuius*¹⁴⁵.

Que l'une ou l'autre clause ait été prévue, il n'en reste pas moins que les associés restants peuvent toujours réduire la durée de la société en modifiant les statuts ou provoquer sa dissolution sur une base volontaire. En principe, ces décisions doivent toutefois réunir l'accord unanime des associés, sauf disposition statutaire contraire¹⁴⁶.

§ 5. Incidence fiscale de la constitution de la société de droit commun

Conséquence de son absence de personnalité juridique, la société de droit commun est fiscalement transparente : elle n'est soumise à aucune taxation sur les revenus en tant que société, les associés étant donc directement imposés en qualité de personnes physiques.

Ainsi, les plus-values sur actions ne sont actuellement pas imposables¹⁴⁷. Par ailleurs, si un précompte mobilier belge est retenu à la source lors de la mise en paiement des intérêts et dividendes, les associés ne doivent plus déclarer ces revenus dans leur déclaration d'impôts, le paiement du précompte étant réputé libératoire¹⁴⁸. À la dissolution de la société, aucune perception d'impôts sur les revenus n'a lieu dans la mesure où les revenus générés ont déjà été imposés à l'impôt des personnes physiques¹⁴⁹.

¹⁴² Loi du 07 mai 1999 portant le Code des sociétés, *M.B.*, 06 août 1999, article 39.

¹⁴³ J. MALHERBE, « La constitution de sociétés... », *op. cit.*, p. 219.

¹⁴⁴ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 95 ; A. CULOT et B. HUTS, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 256 ; B. HUTS, « La société civile », *op. cit.*, p. 107.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ Voir *supra*, section 7.

¹⁴⁷ Document Deutsche Bank, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 6.

¹⁴⁸ P. DE PAGE et A. DELIÈGE, « Les donations... », *op. cit.*, p. 161 ; E. DE WILDE D'ESTMAEL, *Transférer son patrimoine...*, *op. cit.*, p. 267.

¹⁴⁹ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 101 ; A. CULOT et B. HUTS, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 263 ; B. HUTS, « La société civile », *op. cit.*, p. 111.

Du point de vue des droits d'enregistrement à présent, l'apport de biens mobiliers à une société de droit commun peut se faire indifféremment par acte authentique ou sous seing privé. Dans la première hypothèse, le droit fixe général de 50 euros est exigible, puisque le droit proportionnel perçu sur la valeur des biens apportés est actuellement de 0 %¹⁵⁰. Dans la seconde hypothèse, il n'est même pas obligatoire de présenter l'acte à la formalité de l'enregistrement, sauf volonté des associés de conférer date certaine à celui-ci, auquel cas le droit fixe général de 50 euros doit également être acquitté¹⁵¹. Lors de la dissolution de la société, le même raisonnement est valable *mutatis mutandis* : le partage des biens mobiliers peut intervenir aux termes d'un acte soit authentique soit sous seing privé, avec les mêmes conséquences fiscales que celles qui viennent d'être exposées¹⁵².

§ 6. Abus fiscal et société de droit commun

En vue de lutter contre l'abus fiscal, le législateur a introduit en mars 2012 une mesure générale anti-abus dans le Code des droits d'enregistrement¹⁵³ et le Code des droits de succession¹⁵⁴. Cette mesure a suscité de nombreuses incertitudes et critiques, non pas quant à son objectif, mais plutôt sur sa portée et l'insécurité juridique générée. Il faut préciser que l'administration fiscale a publié plusieurs circulaires censées éclairer le texte légal et que ces circulaires elles-mêmes, loin de clarifier la situation, prêtent le flanc à la critique¹⁵⁵.

Sans procéder ici à l'analyse exhaustive de cette mesure générale anti-abus, qui déborde largement du cadre du présent travail, nous répondons simplement à l'inquiétude légitime que peut susciter cette mesure dans le chef des associés de la société de droit commun. La question est donc la suivante : existe-t-il un risque que l'administration considère la combinaison donation / constitution de société de droit commun comme étant constitutive d'un abus fiscal ?

¹⁵⁰ Arrêté royal du 30 novembre 1939 n°64 contenant le Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, *M.B.*, 01 décembre 1939, article 115.

¹⁵¹ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 98.

¹⁵² Document ING – Private banking, « La société civile de droit commun... », *op. cit.*, p. 9.

¹⁵³ Arrêté royal du 30 novembre 1939 n°64 contenant le Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, *M.B.*, 01 décembre 1939, article 18 paragraphe 2.

¹⁵⁴ Arrêté royal du 31 mars 1936 n°308 établissant le Code des droits de succession, *M.B.*, 07 avril 1936, article 106 alinéa 2.

¹⁵⁵ E. DE WILDE D'ESTMAEL, « Les droits de donation et les droits de succession à l'épreuve de la nouvelle règle sur l'abus fiscal », *Rec. Gén. Enr. Not.*, 2012, p. 281 ; P. DE PAGE et M. VAN MOLLE, « La programmation patrimoniale à l'heure de l'introduction d'une mesure générale anti-abus en matière fiscale : état de la question », *R.P.P.*, 2014, p. 378.

À juste titre et fort heureusement, la doctrine s'accorde pour considérer qu'il ne saurait y avoir d'abus face à l'enchaînement de ces actes juridiques, peu importe par ailleurs que la donation précède ou suive la constitution de la société¹⁵⁶. Il est en effet avancé que la société de droit commun est un instrument civil de gestion d'une indivision¹⁵⁷, que la donation reste un acte isolé par rapport à cet instrument de gestion et aux objectifs civils légitimes poursuivis par les fondateurs¹⁵⁸ et que la création de la société, ne permettant pas de diminuer ou supprimer l'impôt, n'a pas de but fiscal, ce qui ne saurait dès lors conduire à un abus fiscal¹⁵⁹.

De manière plus pointue, certains auteurs se sont penchés sur l'incidence de la capitalisation des revenus produits par la société par rapport à la question de l'abus fiscal¹⁶⁰. En effet, le fondateur qui, après avoir constitué la société, donne la nue-propriété des parts indivises à ses héritiers en s'en réservant l'usufruit et qui, nommé gérant, décide de ne pas se distribuer les revenus mais de les conserver au sein de la société, favorise l'augmentation de valeur du capital social indivis, au profit des associés nus-propriétaires. À son décès, son patrimoine présente ainsi une valeur plus faible que s'il s'était versé les bénéfices de la société en qualité d'usufruitier des parts, ce qui implique par conséquent une perception de droits de succession également plus faible.

Ces auteurs estiment néanmoins qu'il n'y a pas ici non plus d'abus fiscal, à nouveau à bon droit nous semble-t-il : la circonstance que l'usufruitier des parts ne bénéficie pas de distribution de revenus ressort du droit des sociétés et ses conséquences, notamment fiscales, s'imposent, le fait que l'usufruitier soit gérant ou dispose d'une majorité quelconque à l'assemblée générale et ait eu, à ce titre, la possibilité de se faire attribuer les revenus se révélant par ailleurs non pertinente¹⁶¹. Une société peut en effet décider de mettre ses bénéfices en réserve et de ne distribuer des revenus qu'irrégulièrement, l'administration

¹⁵⁶ A. CULOT, « Les actes de la vie courante... », *op. cit.*, p. 32 ; V.-A. DE BRAUWERE et G. DE FOY, « Abus fiscal en ingénierie patrimoniale : le tigre de papier », *Rec. Gén. Enr. Not.*, 2012, p. 307 ; E. DE WILDE D'ESTMAEL, « Les droits de donation... », *op. cit.*, p. 295 ; P. DE PAGE et M. VAN MOLLE, « La programmation patrimoniale... », *op. cit.*, p. 400.

¹⁵⁷ P. DE PAGE et M. VAN MOLLE, « La programmation patrimoniale... », *op. cit.*, p. 400.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ A. CULOT, « Les actes de la vie courante... », *op. cit.*, p. 32 ; E. DE WILDE D'ESTMAEL, « Les droits de donation ... », *op. cit.*, p. 295.

¹⁶⁰ V.-A. DE BRAUWERE et G. DE FOY, « Abus fiscal en ingénierie patrimoniale... », *op. cit.*, p. 307.

¹⁶¹ *Ibidem*. Les auteurs citent à ce sujet un intéressant arrêt de la Cour de cassation française du 10 février 2009 qui précise que c'est la décision de procéder à la distribution de dividendes qui fait naître le fruit. Par conséquent, c'est la personne qui se trouve être usufruitière au jour de ladite décision qui est en droit de percevoir les dividendes. Dès lors, si l'usufruitier est décédé avant que le dividende n'ait été versé mais alors même que la décision de l'attribuer a été adoptée de son vivant, il convient de déclarer cette créance de l'usufruitier sur la société à l'administration fiscale.

fiscale et les cours et tribunaux ne se voyant en aucun cas reconnaître un quelconque pouvoir d'appréciation ou de substitution en la matière.

Conclusion

La société de droit commun est un instrument de gestion d'une indivision particulièrement efficace, flexible et discret, singulièrement lorsqu'il s'agit de permettre à une personne de continuer à administrer un portefeuille d'investissement, éventuellement en s'en réservant les fruits, dont les composants ont fait l'objet d'une donation.

En effet, alors même que la propriété des titres a été transférée, le donateur (qui aura pris soin d'être désigné gérant de la société dans les statuts) peut poursuivre la direction de la stratégie d'investissement appliquée jusqu'alors au portefeuille, sans avoir à subir d'immixtion intempestive de la part des autres associés dans cette gestion. Il est néanmoins tenu de respecter strictement les statuts et tout particulièrement l'objet même de son mandat, défini par les dispositions statutaires relatives à l'objet de la société et aux pouvoirs du gérant.

Par ailleurs, une importante liberté est laissée aux associés dans la rédaction des statuts, de sorte qu'il est effectivement possible de personnaliser la société et d'y insérer bon nombre de clauses particulières destinées à prendre en compte tel ou tel souhait spécifique des parties. La seule véritable interdiction est celle de la clause léonine. On se souvient néanmoins qu'il est possible à ce sujet de stipuler une répartition asymétrique des revenus, même si il est conseillé de rester modéré. Cela n'est toutefois pas nécessairement souhaitable eu égard à la règle de l'irrévocabilité des donations et au fait que ces revenus peuvent accroître la valeur du patrimoine du donateur, rendant ainsi exigible à son décès des droits de succession supplémentaires.

Autre avantage de cette société, les formalités qui l'encadrent sont extrêmement réduites, ce qui contribue à sa confidentialité : pas de comptabilité, pas de publication, pas d'enregistrement¹⁶², pas d'inscription et pas de dépôt de quelque document que ce soit. Dans la même optique, la société ne dispose pas de personnalité juridique, ce qui entraîne une transparence fiscale de cette dernière et, par là-même, participe, à côté d'autres motifs, à l'éloignement du spectre de l'abus fiscal.

¹⁶² Sauf constitution par acte authentique ou présentation volontaire à la formalité de l'enregistrement bien entendu.

In fine, l'attention doit donc principalement être portée sur la rédaction des statuts, qui doit être complète, précise et correcte, tant les règles mises en place de manière supplétive par le Code des sociétés sont peu détaillées voire inexistantes à l'endroit de la société de droit commun. Les associés seront bien inspirés de demander conseil à un professionnel de la planification successorale à ce propos et, en tout état de cause, de veiller à la cohérence et à l'équité des règles statutaires adoptées. En effet, s'il est recouru à cet instrument de gestion, il convient d'en jouer le jeu et de suivre les statuts à la lettre¹⁶³, notamment en se comportant comme un gérant ou un associé normalement prudent et diligent, prévoyant et prévenant, faute de quoi l'administration fiscale, d'initiative, ou le juge civil, à la demande d'un associé, pourrait être amené à se pencher sur la validité de ce véhicule de transmission par ailleurs très peu commenté à ce jour par ces autorités publiques¹⁶⁴...

¹⁶³ E. DE WILDE D'ESTMAEL, *Transférer son patrimoine...*, *op. cit.*, p. 267.

¹⁶⁴ A. CULOT, « La société de droit commun », *op. cit.*, p. 117.

Annexe

Modèle de statuts d'une société de droit commun émanant de l'étude des Notaires associés Pierre Van den Eynde, Lorette Rousseau, Catherine Hatert et Joost De Potter, dont la reproduction a été ici autorisée par Maître Van den Eynde.

SOCIETE *

SOCIETE DE DROIT COMMUN SANS PERSONNALITE JURIDIQUE

STATUTS

Article 1.- Constitution de la Société de droit commun

Les Associés constituent une Société de droit commun sans personnalité juridique (ci-après dénommée la « Société »).

La Société porte la dénomination « **Société *** ».

Le siège de la Société est établi *.

Le siège de la Société peut à tout moment être déplacé par décision des Gérants.

Article 2.- Durée

La Société est constituée à la date de signature de la présente Convention et prendra fin à la mort du dernier des Apporteurs initiaux, sauf décision de prorogation pour une durée déterminée de l'assemblée générale des Associés prise à la majorité des trois quarts des voix.

Article 3.- Objet

La Société a pour objet la détention et la gestion du Patrimoine privé mobilier apporté (tel que défini à l'article 4 de la présente Convention) et la mise en valeur de ce Patrimoine, ce qui peut comprendre la vente d'élément du Patrimoine et le réinvestissement du produit de la vente dans d'autres instruments de placement et la répartition de tout ou partie des revenus générés par le Patrimoine.

La gestion comprend tous les actes d'administration et de disposition permettant utilement de réaliser l'objet social.

Les placements peuvent être effectués, tant en Belgique qu'à l'étranger, en actions, parts, obligations, certificats, espèces ou en toutes autres valeurs mobilières, en ce compris tous instruments de placement à caractère spéculatif, tels que des hedge funds, et de façon générale en toutes classes d'actifs.

Les actes commerciaux sont expressément exclus de l'objet de la Société.

Article 4.- Apports

4.1 Les Associés ont effectué les apports suivants, en pleine propriété, à la Société :

<u>Associé</u>	<u>Apport</u>
M*	*,00 €
M*	*,00 €

(ci-après dénommés les « Apports initiaux »).

Les Apports Initiaux sont représentés par des parts B numérotées B1 et B2, représentant les apports en espèces.

Associé

M*

(ci-après dénommé l' « Apport complémentaire »)

L'Apport complémentaire est représenté par des parts A numérotées A1 à *.

M* a fait le * donation indivise desdites parts A à

M*

M*

M*

chacune ayant un tiers dans l'indivision,

Les * précités étant désignés comme les « Associés ».

4.2 Les apports complémentaires à la Société par un ou plusieurs Associés ou par un tiers (ci-après dénommés les « Apports Complémentaires ») ne peuvent être réalisés que moyennant accord de l'assemblée générale des Associés statuant à la majorité des trois-quarts des voix. En cas d'Apport Complémentaire, un avenant à la présente Convention sera rédigé et signé par tous les Associés. Les modifications apportées à la répartition des parts entre Associés telles que définies à l'article 5 de la présente Convention seront consignées par écrit dans le registre des parts nominatives.

4.3 Les Associés apportent, en outre, à la Société tous les intérêts, dividendes, bénéfices et revenus futurs, quels qu'ils soient, de leur Apport Initial et, le cas échéant, de leur(s) Apport(s) Complémentaire(s), sauf si l'assemblée générale des Associés décide de la distribution desdits intérêts, dividendes, bénéfices et revenus aux Associés (ci-après dénommés les « Apports de Revenus Futurs »).

4.4 Les apports des Associés à la Société appartiennent en indivision aux Associés, chacun proportionnellement à son Apport, tel que représenté par le nombre de parts attribuées à chacun, conformément à l'article 5 de la présente Convention.

En cas de donation de parts, le donataire devient Associé en lieu et place du donateur à concurrence du nombre de parts données, nonobstant le fait que le donataire n'ait pas effectué d'apport. Si la donation porte sur la nue-propiété ou l'usufruit de parts, le donataire devient, selon le cas, Associé en nue-propiété ou en usufruit, à concurrence du nombre de parts données, nonobstant le fait que le donataire n'ait pas effectué d'apport.

4.5 Les Apports et les Apports de Revenus Futurs constituent ensemble le patrimoine indivis apporté à la Société (désigné dans la présente Convention comme le « Patrimoine »).

Article 5 - Parts

5.1 Afin notamment de déterminer la part de chaque Associé dans la répartition des bénéfices et des pertes de la Société et, en cas de dissolution, dans le solde de liquidation, les parts de chaque Associé sont fixées, proportionnellement aux apports de chaque Associé dans la Société, de la manière suivante :

<u>Associé</u>	<u>Parts</u>
M*	Part n°B
M*	Part n°B
M*	Parts nos A en indivision, chacune pour un tiers.

5.2 Cette répartition des parts sera adaptée en cas d'Apport Complémentaire, de cession de parts à titre gratuit ou à titre onéreux, de retrait, d'admission ou de décès d'un Associé ou dans les autres cas prévus aux articles 14 et 15 de la présente Convention.

5.3 En cas de donation de parts, le donataire devient titulaire des parts données en lieu et place du donateur, nonobstant le fait que le donataire n'ait pas effectué d'apport. Si la donation porte sur la nue-propiété ou l'usufruit de parts, le donataire devient, selon le cas, titulaire en nue-propiété ou en usufruit des parts données, nonobstant le fait qu'il n'ait pas effectué d'apport.

Article 6 - Registre des parts nominatives

Un registre des parts nominatives est tenu à l'adresse de la Société par les Gérants. Dans ce registre sont mentionnés les noms, prénoms et domicile de tous les Associés, le nombre de parts qu'ils détiennent respectivement dans la Société ainsi que toutes les modifications subséquentes. En cas de démembrement de la propriété de parts en usufruit/nue-propriété, il sera fait mention dans le registre des parts nominatives de ce démembrement et du nom de l'usufruitier et du nu-propriétaire.

Article 7 - Compte en banque

7.1 Les Gérants pourront ouvrir un compte commun au nom de la Société auprès d'une banque désignée par les Gérants et y transférer les apports. Les Gérants, tels que désignés conformément à l'article 9 de la présente Convention, auront seuls pouvoir de signature pour ledit compte. En outre, dans le cadre des relations bancaires, les Gérants seront les seuls interlocuteurs habilités de la banque.

A défaut, les apports resteront déposés dans les comptes des Associés.

7.2 Les mêmes règles de signature et d'habilitation s'appliqueront dans le cadre des relations avec les banques, les institutions financières ou les intermédiaires financiers, pour tout compte ouvert par les Gérants ainsi que pour tout contrat de gestion de portefeuille ou tout autre contrat de ce type conclu par les Gérants en vertu de leurs pouvoirs tels que définis à l'article 9.8, viii) de la présente Convention.

Article 8 - Assemblée générale des Associés

8.1 L'assemblée générale des Associés, régulièrement constituée, représente tous les Associés. Ses décisions ont un caractère obligatoire pour tous les Associés, en ce compris les absents et ceux qui auraient émis un vote négatif.

8.2 L'assemblée générale des Associés a le pouvoir de poser tous les actes qui ne relèvent pas de la compétence des Gérants, telle que définie à l'article 9.8 de la présente Convention. Les pouvoirs de l'assemblée générale des Associés comprend notamment l'approbation des comptes de résultats annuels de la Société. L'assemblée générale des Associés peut déléguer certains de ses pouvoirs aux Gérants.

8.3 L'assemblée générale des Associés se réunit une fois par an le * à * au siège de la Société. Les Gérants convoquent les Associés à cette assemblée. Les points à l'ordre du jour comprendront notamment l'approbation du compte de résultat de l'exercice écoulé.

Par ailleurs, l'assemblée générale des Associés peut être convoquée à tout moment à la demande d'un Associé ou des Gérants, soit par l'Associé qui en fait la demande, soit par les Gérants.

- 8.4** Les convocations à l'assemblée générale des Associés sont adressées par écrit, par fax ou par mail, à tous les Associés au moins huit jours avant la date prévue. Elles mentionnent le lieu, la date, l'heure et l'ordre du jour de l'assemblée.
- 8.5** L'assemblée générale des Associés est présidée jusqu'à son décès par M* ou, à défaut, par le plus âgé des Associés. Le Président désigne un secrétaire. Chaque Associé peut donner mandat par écrit à un autre Associé afin qu'il le représente à l'assemblée générale des Associés et qu'il vote en son nom et pour son compte.
- 8.6** L'assemblée générale des Associés ne peut pas délibérer sur des points qui ne sont pas repris à l'ordre du jour, sauf si tous les Associés sont personnellement présents et décident à l'unanimité d'ajouter un/des point(s) à l'ordre du jour.
- 8.7** A l'assemblée générale des Associés, chaque Associé a un nombre de voix égal au nombre de parts qui lui sont attribuées, conformément à l'article 5 de la présente Convention.
- 8.8** En cas de démembrement de la propriété de parts en usufruit/nue-propriété, seul l'usufruitier pourra exercer le droit de vote à l'assemblée générale des Associés.
Cependant, l'usufruitier et le nu-propriétaire seront tous deux convoqués à l'assemblée générale des Associés, le nu-propriétaire pouvant assister à l'assemblée générale des Associés mais sans avoir de droit de vote.
- 8.9** Sauf dans les cas où la présente Convention prévoit des majorités différentes ou l'unanimité, les décisions de l'assemblée générale des Associés sont prises à une majorité des trois quarts des voix des Associés présents ou représentés, étant entendu que ces décisions doivent avoir obtenu l'accord des Gérants s'ils sont Associés.
- 8.10** Les délibérations et décisions de l'assemblée générale des Associés sont consignées dans des procès-verbaux qui sont signés par le président de l'assemblée et par les autres Associés présents. Ces procès-verbaux sont conservés dans un registre tenu par les Gérants.

Article 9 - Gestion

- 9.1** L'assemblée générale des Associés désigne à l'unanimité un ou plusieurs Gérants de la Société (désignés dans la présente Convention comme les "Gérants"), qui ne doivent pas nécessairement être Associés. En principe, les Gérants peuvent être révoqués à tout moment par l'assemblée générale des Associés à l'unanimité. Les mandats des Gérants seront non rémunérés.
- 9.2** Par la présente Convention, les Associés nomment M* et M*, en qualité de premiers Gérants de la Société. Ils sont nommés à vie et, contrairement au principe de révocabilité *ad nutum* établi ci-dessus, ils ne peuvent être révoqués pendant la durée de leur mandat sauf incapacité civile juridiquement établie.
- 9.3** En cas de démission, de décès ou d'incapacité civile des deux gérants, l'assemblée générale des Associés désignera à l'unanimité un ou plusieurs Gérants de la Société, conformément aux articles 9.1 et 18 de la présente Convention.
- 9.4** Pour autant que de besoin, il est stipulé que le mandat des Gérants est qualifié de contrat de mandat, dans le cadre duquel les Gérants doivent être considérés comme mandataires des Associés. Chaque fois que les Gérants agiront en leur qualité de mandataires des Associés, ils en feront mention, notamment à l'égard des tiers.
- 9.5** La Société est valablement représentée dans tous ses actes, y compris la représentation en justice, par un Gérant agissant seul, sous réserve de l'article 18.
- 9.6** En cas de pluralité de Gérants, les Gérants désignent un président en leur sein. Chaque Gérant peut convoquer les autres Gérants, et ce par écrit, par fax ou par mail, au moins 8 jours avant la date prévue, sauf en cas d'extrême urgence.

Tous les Gérants doivent être présents ou représentés lors des délibérations des Gérants. Un Gérant peut se faire représenter par un autre Gérant. Si tous les Gérants ne sont pas présents ou représentés à la réunion des Gérants prévue, une nouvelle réunion doit être convoquée, conformément à la procédure susmentionnée. A cette deuxième réunion, les Gérants peuvent valablement décider, indépendamment du nombre de Gérants présents ou représentés.

Les décisions des Gérants sont prises à l'unanimité des voix des Gérants présents ou représentés. A défaut d'unanimité et en cas de blocage persistant, les Gérants sont tenus de convoquer une assemblée générale des Associés qui statuera sur les points demeurés litigieux.

9.7 Les Gérants peuvent effectuer et accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet de la Société, dans le cadre d'une gestion raisonnable et de bon père de famille, agissant dans ce cadre au nom et pour compte de tous les Associés, sans préjudice des pouvoirs explicitement réservés à l'Assemblée Générale des Associés par la présente Convention. Les Gérants sont exclusivement compétents et disposent de la plus large compétence pour poser tous les actes de gestion et de disposition relatifs au Patrimoine.

Les Gérants sont, notamment, exclusivement compétents pour les actes de gestion et de disposition suivants :

- i) Les placements – investissements et réinvestissements - tant en Belgique qu'à l'étranger, en actions, parts, obligations, certificats, espèces ou en toutes autres valeurs mobilières, en ce compris tous instruments de placement à caractère spéculatif, tels que des hedge funds, et de façon générale en toutes classes d'actifs.
- ii) L'encaissement des intérêts, des dividendes, des bénéfices, des revenus et des fruits de quelque nature qu'ils soient produits par le Patrimoine.
- iii) Le versement aux Associés des intérêts, des dividendes, des bénéfices, des revenus et des fruits de quelque nature qu'ils soient produits par le Patrimoine et non réinvestis.
- iv) Le report de l'attribution ou de la mise en paiement aux Associés desdits intérêts, dividendes, bénéfices, revenus et fruits de quelque nature qu'ils soient produits par le Patrimoine et non réinvestis.
- v) Le fait de contracter des dettes (emprunts, crédits ou autre engagement de passif généralement quelconque), mais uniquement dans la mesure nécessaire, le cas échéant, pour rembourser à un Associé qui se retire sa part dans le Patrimoine, tel que prévu à l'article 15.3, al. 4 de la présente Convention.
- vi) La délégation, sous leur responsabilité, de certaines tâches administratives déterminées à un mandataire.
- vii) La représentation des Associés à l'égard des tiers, y compris en justice.
- viii) L'ouverture de tout compte de quelque nature qu'il soit auprès de banques ou d'institutions financières, le choix ou le changement d'intermédiaire financier, la conclusion de contrats de gestion de portefeuille ou tout autre contrat de ce type.
- ix) Le vote dans tout organe délibérant ou de gestion d'une personne morale dans laquelle la Société aurait investi.
- x) L'aliénation et le réinvestissement des éléments du Patrimoine.
- xi) L'achat, la vente, la location ou la cession de l'usage à des tiers d'éléments du Patrimoine.

9.8 Les Gérants conservent tous les documents et registres ayant trait à la Société, à ses activités, à ses revenus, frais et dépenses. Chaque Associé a le droit, s'il le souhaite, de les consulter.

Article 10 – Comptes de résultats et affectation des résultats

10.1 L'exercice comptable est fixé par année calendrier et commence le * pour se terminer le *, à l'exception du premier exercice qui commence à la date de signature de la présente Convention et se clôture le *.

10.2 Tous les ans, et pour la première fois en *, les Gérants rédigent, dans les soixante jours suivant l'expiration de l'exercice comptable écoulé, un compte des recettes et dépenses de la Société durant ledit exercice comptable, faisant apparaître un résultat net pour l'exercice (bénéfice ou perte). Les Gérants communiquent immédiatement ce compte de résultats de la Société à tous les Associés. En cas de démembrement de la propriété de parts en usufruit/nue-propiété, le compte de résultats est communiqué tant au nu-propiétaire qu'à l'usufruitier. Les bénéfices comprennent uniquement les dividendes et intérêts des placements, les plus-values s'ajoutant à la nue-propiété.

10.3 Sauf en cas de pertes de l'exercice, tous les ans, les Gérants soumettent à l'assemblée générale des Associés une proposition quant à l'affectation de tout ou partie des bénéfices de l'exercice.

L'Assemblée générale des Associés statue sur la proposition des Gérants au cours de sa réunion annuelle. Il ne peut être dérogé à la proposition des Gérants que par un vote à l'unanimité de l'Assemblée générale des Associés.

Toute distribution de bénéfices ne peut se faire qu'avec l'accord des Gérants.

Les bénéfices non distribués en tout ou en partie aux Associés, sont considérés comme apportés par les Associés à la Société conformément à l'article 4 de la présente Convention.

10.4 Les Gérants peuvent à tout moment, sous leur responsabilité, décider de distribuer aux Associés des avances sur la distribution annuelle définitive de bénéfices conformément à l'article 10.3. de la présente Convention.

Article 11 – Répartition des bénéfices

En cas d'attribution de bénéfices aux Associés conformément à l'article 10.3. de la présente Convention, ceux-ci seront distribués aux Associés, proportionnellement au nombre de parts qui leur sont attribuées, conformément à l'article 5 de la présente Convention.

En cas de démembrement de la propriété de parts en usufruit/nue-propriété, les bénéfiques sont attribués exclusivement à l'usufruitier.

Article 12. – Clause de continuation

Le décès d'un ou plusieurs Associés ne met pas fin à la Société.

En cas de décès d'un ou plusieurs Associés, la Société sera poursuivie par les autres Associés, avec les ayant-droits des Associés prédécédés, jusqu'à la dissolution de la Société.

Dans pareilles circonstances, tous les droits, toutes les obligations et tous les engagements qui incombent aux Associés du chef de la présente Convention sont intégralement cédés aux ayant-droits des Associés prédécédés.

Article 13. – Cessibilité des parts

13.1 Les parts sont librement cessibles pour cause de mort conformément à l'article 12 de la présente Convention. La même règle s'applique, en cas de démembrement de la propriété de parts en usufruit/nue-propriété, tant dans le chef du nu-propiétaire que de l'usufruitier.

13.2 Un Associé ne peut céder ses parts à un tiers que moyennant l'accord de l'Assemblée générale des Associés statuant à l'unanimité et l'accord des Gérants. La même règle s'applique, en cas de démembrement de la propriété de parts en usufruit/nue-propriété, tant dans le chef du nu-propiétaire que de l'usufruitier.

13.3 Chaque cession en application du présent article sera consignée par écrit dans le registre des parts nominatives.

Article 14. – Admission d'Associés

14.1. Sauf en cas de décès d'un Associé et d'admission de plein droit de ses ayant-droits dans la Société, l'admission d'un nouvel associé est toujours soumise à une décision de l'Assemblée générale prise à l'unanimité.

14.2. Chaque nouvel associé doit marquer son accord exprès sur les termes de la présente Convention qui fera, à cette occasion, l'objet d'un avenant signé par tous les Associés en ce compris le nouvel associé.

Article 15. – Retrait d'Associés

15.1. Avant le décès de M* un Associé n'a le droit de se retirer de la Société que moyennant l'accord de *.

- 15.2.** Après le décès de M*, tout Associé a le droit de se retirer librement de la Société.
- 15.3.** En cas de retrait d'un Associé, conformément à l'article 15.1 ou 15.2 de la présente Convention, l'Associé concerné recevra sa part dans le Patrimoine détenu par la Société.

Les Gérants dresseront, sur la demande de l'Associé qui se retire, un rapport sur la valeur de sa part dans le Patrimoine.

Cette valeur sera établie d'après la valeur intrinsèque des parts de la Société, celles-ci étant définies comme étant l'actif net du Patrimoine à la date de la demande de retrait, corrigé par les plus- ou moins-values latentes affectant le Patrimoine et sous déduction de tous les coûts qui seraient encourus par une liquidation de tous les actifs.

A défaut d'accord sur la détermination de la valeur intrinsèque, celle-ci sera, à la demande des Gérants, établie par un expert indépendant désigné par l'Assemblée Générale des Associés à l'unanimité des voix ou, à défaut de pareille unanimité, par le Président de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises. La détermination de la valeur intrinsèque qui sera faite par l'expert indépendant liera tous Associés.

La valeur de la part de l'Associé qui se retire lui sera payée dans les 6 mois suivant son retrait, soit en espèces par réalisation d'actifs prélevés sur le Patrimoine ou par un emprunt contracté par la Société si la réalisation d'éléments de son Patrimoine s'avérait, à ce moment-là, inopportune ou contrindiquée, soit en nature par attribution d'actifs prélevés sur le Patrimoine, et ce au choix des Gérants.

- 15.4.** En cas de démembrement de la propriété de parts en usufruit/nue-propriété, si le nu-propriétaire souhaite se retirer, conformément à l'article 15.1 ou 15.2, il recevra sa part dans le Patrimoine détenu par la Société. La part du nu-propriétaire correspond à la part de l'Associé en pleine propriété et la valeur en sera déterminée conformément à l'article 15.3, sauf qu'elle restera grevée du droit d'usufruit de l'usufruitier.

En cas de désignation d'un expert indépendant chargé de déterminer la valeur intrinsèque de la part du nu-propriétaire qui souhaite se retirer, le nu-propriétaire exercera exceptionnellement le droit de vote, à la place de l'usufruitier, à l'Assemblée Générale des Associés statuant sur la désignation dudit expert indépendant.

Article 16. - Dissolution de la Société

- 16.1** Conformément à l'article 12 de la présente Convention, la Société ne sera pas dissoute en cas de décès d'un Associé. La Société sera poursuivie entre les ayants droits de l'Associé décédé et les autres Associés jusqu'à sa dissolution.
- 16.2** La Société ne sera pas dissoute en cas d'incapacité d'un Associé.
- 16.3** La Société ne sera pas dissoute en cas d'insolvabilité notoire d'un Associé ou en cas de retrait d'un Associé de la Société.
- 16.4** La Société peut être dissoute anticipativement moyennant une décision de l'Assemblée Générale des Associés prise à la majorité des trois quarts des voix des Associés présents ou représentés, étant entendu que cette décision doit avoir obtenu l'accord des Gérants s'ils sont Associés.
- 16.5** La Société sera dissoute de plein droit si elle ne compte plus qu'un seul Associé.

Article 17. - Liquidation

- 17.1** En cas de dissolution ou de cessation des activités de la Société, elle sera liquidée conformément aux dispositions du présent article.
- 17.2** Après apurement de toutes les dettes, de tous les frais et de toutes les charges de la liquidation, l'actif net de la Société sera réparti par les Gérants entre les Associés proportionnellement au nombre de parts attribuées à chacun, conformément à l'article 5 de la présente Convention.

En cas de démembrement de la propriété de parts en usufruit/nue-propriété, la propriété des éléments d'actif net de la Société répartis restera scindée en nue-propriété et usufruit et toutes les règles en matière de démembrement de la propriété des parts prévues par la présente Convention (et en particulier les droits de l'usufruitier) resteront applicables aux éléments d'actif net répartis.

- 17.3** La présente Convention constituant une indivision conventionnelle sous forme de société, les articles 815 et suivants du Code civil ne s'appliquent pas.

Article 18. - Censeur

- 18.1** Les Gérants ont le pouvoir de nommer à tout moment un censeur pour la Société (ci-après désigné le « Censeur ») et un ou plusieurs censeurs successeurs en cas de décès ou d'incapacité du censeur précédent.

Le Censeur est nommé à vie. Il peut être révoqué en cas d'incapacité civile juridiquement établie ou par décision de l'assemblée générale des Associés prise à l'unanimité.

18.2 Le Censeur se voit conférer les pouvoirs suivants :

(i) Le Censeur a accès aux comptes de la société et des avoirs de la société.

(ii) Le Censeur ratifie la désignation par l'assemblée générale des Associés, en vertu de l'article 9.4, du/des Gérants(s) qui succèderaient aux Gérants statutaires nommés dans la présente Convention, dans le cas où le plus jeune des Associés n'a pas atteint l'âge de 35 ans. A défaut d'accord du Censeur ou de l'assemblée, le Censeur désigne ce ou ces gérants.

(iii) Sauf en cas d'extrême urgence, le Censeur ratifie les actes et décisions du/des Gérant(s) si le Gérant unique ou le plus âgé des Gérants n'a pas atteint l'âge de 35 ans ou si l'assemblée générale des Associés statuant à la majorité des trois quarts des voix le requiert. Dans pareilles circonstances, toute décision ou acte du/des Gérant(s) doit être communiqué au Censeur, lequel est tenu de ratifier ou de remplacer la décision du/des Gérant(s) en faisant toute diligence appropriée dès la réception de ladite communication. Le Censeur devra intervenir à l'acte sauf s'il décide de ne pas y intervenir et communique cette décision par écrit.

(iv) Tout conflit entre Associés doit être soumis à la conciliation préalable du Censeur avant d'être déféré à l'arbitrage prévu à l'article 19.3 de la présente Convention.

Article 19. - Dispositions diverses

19.1 Les notifications doivent être faites par lettre aux adresses mentionnées dans la présente Convention ou à toute autre adresse communiquée ultérieurement.

19.2 La présente Convention contient l'intégralité de l'accord des Associés en ce qui concerne son objet. Elle ne peut être modifiée et/ou complétée que moyennant l'accord de tous les Associés et moyennant un avenant écrit signé par chacun d'eux.

19.3 La présente Convention est exclusivement soumise au droit belge, et ne peut être interprétée que conformément au droit belge.

Tous litiges pouvant naître de la présente Convention seront soumis à un arbitrage selon les règles du CEPANI.

19.4 Si une ou plusieurs des dispositions de la présente Convention devaient être privées de validité ou d'effet en raison de la loi applicable, ceci n'affectera pas la validité ou l'effet des autres dispositions. De plus, les Parties à cette Convention s'engagent à remplacer de bonne foi la ou les dispositions de cette Convention privées de validité ou d'effet en raison de la loi applicable par une ou des dispositions ayant un effet similaire.

19.5 Les Parties à la présente convention s'engagent à conserver le caractère strictement confidentiel de la présente Convention. Elles s'engagent à ne divulguer ni l'existence ni le contenu de la présente Convention à des tiers quelconques, sauf dans les cas où elles seraient tenues de le faire en vertu de la loi ou des règlements, ou à la demande des autorités judiciaires et/ou administratives.

19.6. Les parts A* appartiennent aux Associés qui en sont titulaires personnellement et restent, du point de vue du régime matrimonial ou de tout régime assimilé, dans le patrimoine propre de chacun.

Par conséquent, elles ne peuvent entrer et être apportées dans une communauté ou société matrimoniale ou toute autre communauté ou société créée par une convention de vie commune de quelque nature qu'elle soit ou résultant d'un partenariat ou de toute autre forme de vie commune d'un Associé.

Les parts A* ne peuvent pas intervenir dans un décompte de partage en exécution d'un régime matrimonial légal, de conventions matrimoniales, de conventions de vie commune de quelque nature qu'elles soient, d'un partenariat ou de toute autre forme de vie commune d'un Associé.

L'interdiction reprise ci-dessus porte également sur tous les fruits et les revenus produits par les biens donnés ainsi que les biens, fruits et revenus qui sont subrogés aux biens donnés.

19.7. En cas de prédécès d'un Associé titulaire de parts A, avec ou sans descendants avant l'Associé titulaire de la part B2, celui-ci s'est réservé à son profit, à titre facultatif, le droit de retour sur les parts A du prédécédé.

Le droit de retour ne joue que dans le chef du prédécédé sur sa part indivise.

Le droit de retour porte sur la quotité de l'Associé dans les parts A, pour autant qu'elles existent toujours en nature et au même titre dans la succession de l'Associé au moment du décès de ce dernier. A défaut, le droit de retour portera sur les biens qui leur auraient été subrogés. Si, nonobstant l'obligation de faire emploi des sommes provenant de l'aliénation des parts A, l'Associé n'y a pas procédé ou s'il est impossible

d'apporter la preuve de la subrogation, le retour opérera sur une somme d'argent équivalente à la part du donataire prédécédé dans la valeur des biens donnés, revalorisée sur base de l'indice belge des prix à la consommation à la date du décès du donataire.

L'Associé titulaire de la part B2* devra faire connaître son choix, par lettre recommandée à la poste (le cachet de la poste faisant foi), à sa meilleure convenance, soit aux héritiers légaux ou testamentaires de l'Associé décédé, soit au notaire liquidateur de la succession, dans un délai de deux (2) mois à dater du décès.

A défaut pour l'Associé titulaire de la part B2 d'avoir fait connaître sa décision d'exiger, ou non, le retour dans le délai susmentionné, le droit de retour conventionnel s'appliquera de plein droit.

En conséquence, et sous réserve de ce qui a été précisé ci-dessus à l'article 4, les Associés ne pourront disposer des parts A* aussi longtemps que l'Associé titulaire de la part B2* sera en vie sans l'accord écrit de celui-ci. Ils ne pourront pas grever les parts A* des droits réels, ni les mettre en garantie de leurs dettes ou d'obligations souscrites par des tiers.

19.8. Pacte d'indivision

Les Associés titulaires de parts A* conviennent expressément de rester en indivision quant aux parts pendant une période de cinq ans, renouvelable, à partir du *.

Fait à *, en * exemplaires, le *,

chaque partie reconnaissant avoir reçu le sien et * exemplaires supplémentaires étant conservés par le gérant et un par le censeur.

Bibliographie

1. Législation

Loi du 14 décembre 2005 portant suppression des titres au porteur, *M.B.*, 23 décembre 2005.

Loi du 07 mai 1999 portant le Code des sociétés, *M.B.*, 06 août 1999.

Arrêté royal du 30 novembre 1939 n°64 contenant le Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, *M.B.*, 01 décembre 1939.

Arrêté royal du 31 mars 1936 n°308 établissant le Code des droits de succession, *M.B.*, 07 avril 1936.

Loi du 21 mars 1804 portant le Code civil.

2. Jurisprudence

Bruxelles, 8 mars 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1211, note J. SACE.

Liège, 7 mars 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1079, note J. SACE.

Mons, 20 novembre 1979, *R.C.J.B.*, 1984, p. 192, note P. DELNOY.

3. Doctrine

BOURS, J.-P., « Grandeurs et misères des sociétés de droit commun », article paru dans le journal L'Echo du 23/09/2008.

CULOT, A., « La société de droit commun », in *Les entités de gestion et de transmission patrimoniales : aspects civils et fiscaux*, Limelette, Anthemis, 2014, p. 77 et s.

CULOT, A., « Les actes de la vie courante dans une optique de planification successorale », in *La planification successorale*, Limal, Anthemis, 2013, p. 7 et s.

CULOT, A. et HUTS, B., « La société de droit commun », in *Planification successorale et structures sociétaires – Comment choisir, optimiser, gérer et... liquider ?*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 237 et s.

DE BRAUWERE, V.-A. et DE FOY, G., « Abus fiscal en ingénierie patrimoniale : le tigre de papier », *Rec. Gén. Enr. Not.*, 2012, p. 297 et s.

DE PAGE, P. et DELIÈGE, A., « Les donations aux enfants », in *Aspects actuels de la programmation patrimoniale dans la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 153 et s.

DE PAGE, P. et VAN MOLLE, M., « La programmation patrimoniale à l'heure de l'introduction d'une mesure générale anti-abus en matière fiscale : état de la question », *R.P.P.*, 2014, p. 377 et s.

DE WILDE D'ESTMAEL, E., « Les droits de donation et les droits de succession à l'épreuve de la nouvelle règle sur l'abus fiscal », *Rec. Gén. Enr. Not.*, 2012, p. 280 et s.

DE WILDE D'ESTMAEL, E., *Transférer son patrimoine dans le cadre d'une planification successorale*, Bruxelles, Kluwer, 2007.

DE WILDE D'ESTMAEL, E., « Le don par virement : enfin la réhabilitation après une condamnation sans procès ? », *R.G.F.*, 1998, p. 370 et s.

DE WULF, C., *La rédaction d'actes notariés – Droit des personnes et droit patrimonial de la famille*, Waterloo, Kluwer, 2013.

DEHALLEUX, V., « La planification successorale par donation(s) », in *La planification successorale*, Limal, Anthemis, 2013, p. 107 et s.

DELNOY, P., *Les libéralités et les successions – Précis de droit civil*, Bruxelles, Larcier, 2013.

DELNOY, P., « La qualification de la donation par virement », note sous Mons, 20 novembre 1979, *R.C.J.B.*, 1984, p. 196 et s.

HUTS, B., « La société civile », *Rec. Gén. Enr. Not.*, 2001, p. 97 et s.

KENEL, P. et GEVAERT, K., *La donation de valeurs mobilières : outil de planification successorale*, Bruxelles, Larcier, 2006.

MALHERBE, J., DE CORDT, Y., LAMBRECHT, P. et MALHERBE, P., *Droit des sociétés – Précis, Droit européen et droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

MALHERBE, J., « La constitution de sociétés ou de fondations à des fins de programmation patrimoniale », in *Aspects actuels de la programmation patrimoniale dans la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 201 et s.

SACE, J., « Don manuel et donation indirecte », note sous Bruxelles, 8 mars 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1214 et s.

SACE, J., « La donation par virement », note sous Liège, 7 mars 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1084 et s.

SMETS, B. et VINCKE, J.-P., *La société de droit commun*, Bruxelles, Standaard, 2000.

VAN OMMESLAGHE, P., « Le droit commun de la société et la société de droit commun », in *Aspects récents du droit des contrats*, Bruxelles, Jeune Barreau de Bruxelles, 2001, p. 155 et s.

4. Divers

Document Deutsche Bank, « La société de droit commun ».

Document ING – Private banking, « La société civile de droit commun et la planification successorale ».

Table des matières

Introduction.....	3
Chapitre 1. La donation d'un portefeuille d'investissement.....	5
Section 1. Donation indirecte ou par acte notarié ?.....	5
§ 1 ^{er} . Donation indirecte.....	6
§ 2. Donation par acte notarié.....	6
Section 2. Modalités de la donation.....	7
§ 1 ^{er} . Clause d'apport du portefeuille à une société de droit commun à constituer.....	7
§ 2. Clause de réserve d'usufruit.....	10
§ 3. Clause de retour conventionnel.....	11
§ 4. Clause relative à l'exécution d'une charge financière.....	12
Section 3. Donation préalable ou postérieure à la constitution ?.....	12
Chapitre 2. La constitution, le fonctionnement et la dissolution d'une société de droit commun.....	15
Section 1. Considérations introductives.....	15
Section 2. Apports et parts.....	17
§ 1 ^{er} . Apports.....	17
§ 2. Parts.....	18
Section 3. Durée.....	18
Section 4. Objet social.....	19
Section 5. Gestion de la société.....	20
§ 1 ^{er} . Nomination du gérant.....	20
§ 2. Pouvoirs et responsabilités du gérant.....	21
§ 3. Révocation du gérant.....	22
§ 4. Responsabilités des associés.....	23
Section 6. Assemblée générale.....	25
Section 7. Modifications des statuts.....	25
Section 8. Transfert des parts.....	26

§ 1 ^{er} . Cession de parts entre vifs.....	26
§ 2. Transmission de parts à cause de mort.....	27
Section 9. Dissolution et liquidation.....	28
Section 10. Questions particulières.....	28
§ 1 ^{er} . Clause de prélèvement de capital.....	28
§ 2. Clause de répartition asymétrique des revenus.....	29
§ 3. Clause de désignation d'un gérant successeur.....	30
§ 4. Clause de prorogation ou de continuation.....	31
§ 5. Incidence fiscale de la constitution de la société de droit commun.....	31
§ 6. Abus fiscal et société de droit commun.....	32
 Conclusion.....	 35
 Annexe.....	 37
 Bibliographie.....	 39