

³¹ Attribution des prérogatives non financières



Elsa GUEGAN,

professeur agrégé de droit privé, université de Poitiers,
membre de l'institut Jean Caronnier



Nadège JULLIAN,

professeur agrégé de droit privé, École de Droit de Toulouse,
membre du centre de droit des affaires (EA 780)



Pascal JULIEN SAINT-AMAND,

notaire associé



Renaud MORTIER,

professeur agrégé de droit privé et de sciences criminelles,
avocat directeur associé, Cabinet FIDAL, président de la FNDP,
directeur honoraire du Centre de droit des affaires de Rennes (CDA)

1. - CONVOCATION ET INFORMATION

- A. - Convocation
- B. - Information

2. - DROITS DE VOTE

- A. - Attribution
- B. - Exercice

1^o Convention de transfert de l'exercice du droit de vote du nu-propriétaire à l'usufruitier

2^o Convention de vote pour bénéficier du régime de l'article 787 B du CGI (régime Dutreil) dans le cadre d'une législation étrangère

- C. - Abus

3. - ACTIONS EN JUSTICE

Si en matière de prérogatives non financières les règles applicables en présence d'un usufruit portant sur des droits sociaux sont en grande majorité acquises, il demeure encore quelques incertitudes s'agissant des actions en justice offertes à l'usufruitier.

1. Convocation et information

A. - Convocation

1 - Droit d'être convoqué. – Savoir qui convoquer à une assemblée est bien sûr une question essentielle car le défaut de convocation peut entraîner la nullité des décisions adoptées. Mais la convocation et l'information ne posent pas réellement de difficulté de répartition entre l'usufruitier et le nu-propriétaire : tous les deux y ont droit. En effet, depuis la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019¹ et la modification de l'article 1844 du Code

civil, le doute n'est plus permis. Tant le nu-propriétaire que l'usufruitier ont le droit de participer aux décisions collectives, en application de la première phrase de l'alinéa 3 de l'article 1844 du Code civil, dont les dispositions sont d'ordre public.

Le droit de participer étant défini comme le droit d'être présent, le nu-propriétaire et l'usufruitier doivent tous deux être convoqués à toutes les assemblées. Le champ d'application de cette disposition est le plus large possible puisque toutes les sociétés sont concernées.

1. L. n° 2019-744, 19 juill. 2019, de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés : JO 20 juill. 2019, texte n° 1 ; JCP E 2019, act. 522.

Conseil pratique : On convoquera systématiquement à toutes les assemblées tant l'usufruitier que le nu-propriétaire, indépendamment de savoir qui a le droit de vote. En effet, a été brisée par la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 la jurisprudence de la troisième chambre civile de la Cour de cassation qui avait refusé d'annuler une assemblée à laquelle l'usufruitier n'avait pas été convoqué².

2 - Droit de convoquer. – Sans confier directement aux associés le droit de convoquer à tout moment une assemblée générale, la loi leur reconnaît ponctuellement la faculté de provoquer une telle convocation.

Dans la société civile, si, pour quelque cause que ce soit (décès, démission, révocation, etc.), la société se trouve dépourvue de gérant, tout associé peut réunir les associés ou, à défaut, demander au président du tribunal statuant sur requête la désignation d'un mandataire chargé de le faire, à seule fin de nommer un ou plusieurs gérants (*C. civ.*, art. 1846, al. 5). Par ailleurs, tout associé non-gérant peut à tout moment, par lettre recommandée, demander au gérant de provoquer une délibération des associés sur une question déterminée³.

Dans la SARL, un ou plusieurs associés détenant la moitié des parts sociales ou détenant, s'ils représentent au moins le dixième des associés, le dixième des parts sociales, peuvent demander la réunion d'une assemblée (*C. com.*, art. L. 223-27, al. 4). En outre, tout associé peut demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée et de fixer son ordre du jour (*C. com.*, art. L. 223-27, al. 7). Enfin, si, pour quelque cause que ce soit, la société se trouve dépourvue de gérant ou si le gérant unique est placé en tutelle, tout associé convoque l'assemblée des associés à seule fin de procéder, le cas échéant, à la révocation du gérant unique et, dans tous les cas, à la désignation d'un ou de plusieurs gérants (*C. com.*, art. L. 223-27, al. 8).

Dans la SA, il est également prévu que l'assemblée, en principe convoquée par le conseil d'administration, peut être convoquée par un mandataire, désigné en justice, à la demande de tout intéressé en cas d'urgence, ou à la demande d'un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins 5 % du capital social ou d'une association d'actionnaires (*C. com.*, art. L. 225-103).

Les modalités d'exercice de ces droits en cas d'usufruit sur les droits sociaux ne sont pas précisées par la loi. S'il ne fait aucun doute que le nu-propriétaire, en sa qualité d'associé, peut exercer seul ces prérogatives, la situation de l'usufruitier est plus délicate (*sauf en cas d'urgence dans les sociétés par actions, l'action tendant à la désignation d'un mandataire étant alors ouverte à tout intéressé* : *C. com.*, art. L. 225-103, II, 2^o).

Plus largement, la Cour de cassation a eu l'occasion de trancher la question à propos du droit pour tout associé non-gérant d'une société civile de demander au gérant de provoquer une délibération des associés sur une question déterminée⁴. Dans un arrêt en date du 16 février 2022⁵ rendu après avis de la chambre commerciale⁶, la troisième chambre civile de la Cour de cassation juge que « l'usufruitier de parts sociales ne peut se voir

reconnaître la qualité d'associé, qui n'appartient qu'au nu-propriétaire, mais qu'il doit pouvoir provoquer une délibération des associés sur une question susceptible d'avoir une incidence directe sur son droit de jouissance ». Il en résulte que les mécanismes permettant d'impulser une convocation des associés devraient pouvoir être mobilisés par l'usufruitier chaque fois qu'il s'agit de provoquer une délibération sur une question susceptible d'avoir une incidence directe sur son droit de jouissance. Il reste que cette démonstration sera souvent périlleuse...⁷

B. - Information

3 - Droit de communication. – Dans la plupart des sociétés, la loi prévoit un droit de communication de documents préalablement à l'assemblée, et un droit de communication permanent de certains documents.

D'évidence, le droit d'information préalable aux assemblées (*V. par ex., C. com.*, art. L. 223-26, al. 2 concernant les documents à communiquer par le gérant aux associés de la SARL en vue de l'assemblée annuelle) est ouvert à tous ceux qui y participent : il est en effet indispensable à ladite participation. La communication tant à l'usufruitier qu'au nu-propriétaire s'imposera donc en raison de la nécessaire convocation des deux.

Concernant en revanche le droit de communication permanent, la solution est moins évidente puisqu'à chaque fois que ce droit existe, il est à destination des associés (*par ex., V. C. com.*, art. L. 223-26, al. 4 et R. 223-15, al. 1^{er} pour le droit de communication permanent dans les SARL). Que doit-on en conclure en présence d'un usufruitier ? Une application stricte des textes conduit à considérer que seul le nu-propriétaire, qui a la qualité d'associé, a accès à ces modalités d'information. Ce droit serait en revanche plus douteux concernant l'usufruitier. Mais la solution apparaît paradoxale, le nu-propriétaire n'étant pas le plus enclin à s'intéresser aux affaires sociales, surtout s'il ne dispose pas du droit de vote.

Dans la société anonyme toutefois, la loi accorde expressément un droit de communication des documents sociaux (*C. com.*, art. L. 225-115 à L. 225-117) « au nu-propriétaire et à l'usufruitier d'actions » (*C. com.*, art. L. 225-118).

4 - Droit de poser des questions écrites. – La loi réserve aux associés de SARL avant l'assemblée générale annuelle et aux actionnaires de SA avant toute assemblée le droit de poser des questions écrites auxquelles il sera répondu au cours de l'assemblée (*C. com.*, art. L. 223-26, al. 3 et L. 225-108, al. 3). Là encore, rien n'est précisé s'agissant de l'exercice de ce droit par l'usufruitier.

Conseil pratique : Rien ne s'oppose à ce que des dispositions statutaires organisent conventionnellement un droit d'information de l'usufruitier en l'absence de dispositions légales.

2. Droits de vote

A. - Attribution

5 - Dualité des textes applicables. – En matière de droit de vote, deux articles organisent la répartition légale du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-propriétaire de droits sociaux. Le premier, l'article 1844 du Code civil, constitue une règle de droit commun des sociétés. Il a ainsi vocation à s'appliquer à toutes les sociétés, quelle que soit leur forme. Un second texte, l'article L. 225-110 du Code de commerce fixant une clé de

2. Cass. 3^e civ., 15 sept. 2016, n° 15-15.172, P : JurisData n° 2016-018580 ; Dr. sociétés 2016, comm. 184, note H. Hovasse ; D. 2016, p. 2199, note Danos ; AJDI 2017, p. 139, obs. Porcheron ; Rev. sociétés 2017, p. 30, note de Ravel d'Esclapon ; RTD civ. 2017, p. 184, obs. Dross ; GPL 2016, p. 2645, note Dondero ; Bull. Joly 2016, p. 722, note A. Rabreau.

3. D. n° 78-704, 3 juill. 1978, art. 39.

4. D. n° 78-704, 3 juill. 1978, art. 39.

5. Cass. 3^e civ., 16 févr. 2022, n° 20-15.164 : JurisData n° 2022-002154 ; Dr. sociétés 2022, comm. 38, note R. Mortier ; JCP G 2022, 288, note J. Laurent ; D. 2022, p. 440, note N. Jullian.

6. Cass. com., avis, 1^{er} déc. 2021, n° 20-15.164 : JCP E 2022, 1000, note R. Mortier et N. Jullian ; Dr. sociétés 2022, comm. 13, note R. Mortier.

7. R. Mortier, *La Cour de cassation tranche enfin : l'usufruitier n'est pas associé !* : BRDA 2/22, inf. 29.

répartition très proche est applicable aux SA et aux SCA. En conséquence, le champ d'application du premier texte est réduit à toutes les sociétés, à l'exception de ces deux dernières formes pour lesquelles le texte du Code de commerce sera sollicité.

6 - L'article 1844, alinéa 3, du Code civil. – Applicable à toutes les sociétés à l'exception des SA et des SCA, l'article 1844, alinéa 3, du Code civil dispose que « *Le droit de vote appartient au nu-propriétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier* ». Le principe posé est simple : l'usufruitier se voit attribuer par la loi le droit de voter les décisions concernant l'affectation des bénéfices, pour le reste, le vote appartient au nu-propriétaire.

7 - L'article L. 225-110 du Code de commerce. – L'article L. 225-110 prévoit quant à lui en son premier alinéa que : « *Le droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu-propriétaire dans les assemblées générales extraordinaires* ». La règle semble ainsi très proche de celle posée à l'article 1844, alinéa 3, du Code civil.

8 - Cependant, si en visant les AGO, il octroie à l'usufruitier le droit de vote en matière d'affectation des bénéfices comme l'article 1844 du Code civil, il lui attribue également le droit de voter dans d'autres très nombreux cas. En effet, relèvent notamment de l'assemblée générale ordinaire les décisions concernant l'approbation, la modification ou le rejet des comptes sociaux (C. com., art. L. 225-100), l'affectation des résultats qu'ils soient bénéficiaires ou déficitaires (C. com., art. L. 232-11), la mise en distribution des réserves libres, la nomination et la révocation des administrateurs, et l'approbation ou non des conventions réglementées.

9 - L'article applicable en matière de SAS. – De prime abord, on peut penser que l'article applicable en matière de SAS est l'article L. 225-110 du Code de commerce, notamment car l'article 1844 du Code civil s'intéresse aux « *parts* » et non aux actions ou encore aux droits sociaux.

Toutefois, deux éléments permettent de conclure à l'application de l'article 1844, alinéa 3, du Code civil aux SAS. D'abord, l'article L. 227-1, alinéa 3, exclut expressément l'application de l'article L. 225-110 aux SAS. Ensuite, dans le silence des statuts, il n'existe pas dans les SAS d'AGO et d'AGE, si bien que la distinction posée par l'article L. 225-110 ne peut s'appliquer aux SAS en principe. Partant, il faut utiliser le texte de droit commun, autrement dit l'article 1844 du Code civil, en présence d'une SAS.

10 - La possibilité de déroger à cette répartition. – Quel que soit le texte applicable, il est dans les deux cas possibles de déroger à cette répartition légale.

Chacun de ces deux textes prévoit expressément la possibilité d'y déroger, et ce dans les statuts. Le dernier alinéa de l'article 1844 du Code civil dispose ainsi que « *Les statuts peuvent déroger aux dispositions* » des deux alinéas qui précèdent et la répartition du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-propriétaire en fait partie. De même, le dernier alinéa de l'article L. 235-110 du Code de commerce prévoit que « *Les statuts peuvent déroger aux dispositions du premier alinéa* », autrement dit l'alinéa qui attribue à l'usufruitier le droit de vote dans les AGO et au nu-propriétaire dans les AGE.

L'instrumentum de la dérogation est donc imposé ; il ne peut en aucun cas être organisé une dérogation à cette répartition par acte extra statutaire⁸.

8. Sur cette question : R. Mortier, *L'usufruit des droits sociaux*, in *Guide de l'associé*, 2024-2025 : LexisNexis, p. 229, spéc. p. 238, n° 516. – Contra : F.-D. Poitrinal, *L'usufruit conventionnel d'actions, un outil financier méconnu* : Banque et droit sept.-oct. 1993, p. 8.

11 - Le droit de vote incompressible de l'usufruitier. – Reste à savoir quelle est l'étendue possible de cette dérogation. S'agissant de l'usufruitier, la Cour de cassation, dans le fameux arrêt Hénaux⁹, a affirmé qu'il n'est pas possible de priver l'usufruitier du droit de voter l'affectation des bénéfices. Un droit de vote incompressible est donc identifié au profit de l'usufruitier, et ce alors même qu'il n'a pas la qualité d'associé. Autrement dit, le droit pour l'usufruitier de voter l'affectation des bénéfices est une prérogative d'ordre public ; les statuts ne peuvent l'en priver. Partant, il est impossible dans les sociétés régies par l'article 1844, alinéa 4, du Code civil que le droit de vote de l'usufruitier prévu par la loi soit réduit. En revanche, dans les SA et les SCA, il est possible de réduire le droit de vote attribué à l'usufruitier par l'article L. 225-110 du Code de commerce. En effet, ce dernier attribuant à l'usufruitier le droit de vote en assemblée générale ordinaire, il est possible de réduire son droit de vote sous réserve de ne pas l'amputer du droit de voter l'affectation des bénéfices.

12 - Aurait-on pu retenir une solution différente ? Selon certains auteurs¹⁰, retenir la solution inverse reviendrait à priver l'usufruitier de la substance de son droit, puisqu'alors l'existence de fruits deviendrait hypothétique, le pouvoir de les faire apparaître n'étant plus entre les mains de l'usufruitier. Une solution plus nuancée aurait cependant pu être retenue. En effet, comme a pu le proposer le professeur Rabreau¹¹, il était envisageable de considérer que seul l'exercice abusif par le nu-propriétaire de son droit de voter l'affectation des bénéfices pouvait être sanctionné. Toutefois, à l'instar du professeur Mortier, il nous semble que « *ne pas avoir de droit ou ne pas pouvoir l'exercer, c'est un peu la même chose* »¹², si bien que la solution retenue par la Cour de cassation mérite d'être approuvée. Elle assure à l'usufruitier la possibilité de voter de manière à faire naître les dividendes.

13 - La situation singulière du nu-propriétaire. – En pratique, dans bien des cas, l'usufruitier était au préalable le propriétaire des titres. Il s'est dépossédé de ces derniers – au profit de ses héritiers – en conservant sur sa tête un droit d'usufruit. Partant, il est assez fréquent qu'il souhaite conserver le pouvoir au sein des assemblées, et continuer à voter librement. Toutefois, dans certains cas, le nu-propriétaire et l'usufruitier pourraient souhaiter mettre en place une autre répartition du droit de vote.

14 - Une fois affirmée l'impossibilité de priver l'usufruitier du droit de voter l'affectation des bénéfices, il restait à savoir jusqu'à quel point il était possible d'accroître son droit de vote. En négatif, se posait donc la question de savoir s'il existait par symétrie un droit de vote incompressible du nu-propriétaire.

15 - La chambre commerciale de la Cour de cassation, cassant une décision de la cour d'appel de Rennes du 27 mai 2003¹³, a ainsi une première fois dans l'arrêt Gérard considéré, au nom de la distinction entre le droit de participer et le droit de voter, que l'usufruitier de droits sociaux peut se voir attribuer la totalité du droit de vote¹⁴. L'unique limite semblait être le droit de

9. Cass. com., 31 mars 2004, n° 03-16.694 : JurisData n° 2004-023106 ; Bull. civ. IV, n° 70 ; D. 2004, p. 1167, obs. A. Lienhard ; JCP E 2004, I, 929, note A. Rabreau ; Dr. sociétés 2004, comm. 107, note H. Hovasse ; BJS 2004, p. 836, avis M.-A. Lafourture, note J. Madon et Th. Jacomet.

10. En ce sens : M. Jeantin, *Droit des sociétés* : Montchrestien, 3^e éd., 1994, n° 200, p. 104.

11. A. Rabreau, *L'usufruit des droits sociaux* : Litec, coll. Bibl. dr. entr., 2006, p. 253 et s.

12. R. Mortier, *L'usufruit des droits sociaux*, in *Guide de l'associé*, préc., n° 519.

13. Bull. Joly 2003, p. 1187, note F.-X. Lucas ; JCP N 2003, 1545, note J.-P. Garçon.

14. Cass. com., 22 févr. 2005, n° 03-17.421, F-D. Gerard c/ Cts Gérard : JurisData n° 2005-027218 ; D. 2005, somm., p. 1430, obs. Thuillier ; JCP G 2005, chron. 1, 156, p. 1397, obs. Caussain, Deboissy et Wicker ; Dr. & patr. 2005, p. 102, obs. D. Porrachia ; JCP N 2005, 1428, note J.-P. Garçon.

participer aux assemblées du nu-propriétaire. Cette solution a, quelques mois plus tard, été confirmée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, après avis de la chambre commerciale¹⁵.

16 - La solution pouvait alors surprendre. En effet, dans l'arrêt De Gaste, la Cour de cassation avait affirmé clairement la qualité d'associé du nu-propriétaire et elle avait, dans l'arrêt Château d'Yquem¹⁶, précisé que « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter (...) les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions ». Il semblait en conséquence incohérent que la Cour retienne la possibilité de priver le nu-propriétaire de tout droit de voter les décisions sociales. Toutefois, comme l'avait à l'époque brillamment relevé le professeur Zenati, « La jurisprudence de Gaste n'est pas, comme certains commentateurs se le sont demandé, remise en question par l'arrêt qui a réaffirmé ultérieurement le caractère d'ordre public du droit de vote (Cass. com., 9 févr. 1999 [...]). Cet arrêt n'interdit pas la privation conventionnelle du droit de vote alors que la loi la permet formellement ; il ne fait que conférer à la règle qui précède un caractère d'exception en interdisant, comme l'énonce expressément la Cour de cassation dans ladite décision, "une suppression du droit de vote non prévue par la loi" »¹⁷.

17 - **Le refus de consécration d'un droit de vote incompréhensible du nu-propriétaire.** – Si la présentation du professeur Zenati convainc, une question demeure : « N'aurait-on pas pu affirmer en parallèle l'impossibilité de priver le nu-propriétaire de certains droits de vote au nom de la définition de la nue-propriété »¹⁸ ?

18 - Il semble que cette idée ait séduit un temps les juges de la cour d'appel de Caen. Dans un arrêt en date du 19 février 2008, ces derniers ont retenu que la substance du droit de propriété du nu-propriétaire pouvait avoir été méconnue à l'occasion d'une opération de fusion-absorption faisant perdre au nu-propriétaire la majorité absolue dans la structure absorbante¹⁹. Cependant, le raisonnement des juges d'appel n'a pas séduit la Cour de cassation²⁰. Pour la Haute Cour, le nu-propriétaire ne bénéficie d'aucune prérogative d'ordre public afférente au droit de vote, son seul droit incompréhensible est d'être convoqué aux assemblées.

19 - La solution apparaît sévère tant la substance du droit du nu-propriétaire peut être mise en danger et même atteinte par l'attribution de la totalité du droit de vote à l'usufruitier²¹.

15. Cass. 2^e civ., 13 juill. 2005, n° 02-15.904, Roquelaure : JurisData n° 2005-029464 ; Bull. civ. II, n° 194 ; Bull. Joly 2006, p. 217, § 43, note P. Le Cannu ; D. 2005, p. 2152, obs. J.-Cl. Hallouin et E. Lamazerolles ; Dr. & patr. 2005, n° 143, p. 89, obs. D. Porrachia ; RJ com. 2006, p. 37, obs. L. Grosclaude. – Y. Paclot, Repenser l'attribution du droit de vote en cas de démembrement de droits sociaux : JCP E 2006, 1251.

16. Cass. com., 9 févr. 1999, n° 96-17.661, Château d'Yquem : JurisData n° 1999-000568 ; Bull. civ. IV, n° 44 ; Rev. soc. 1999, p. 82, note P. Le Cannu ; Dr. sociétés 1999, comm. 67, obs. Th. Bonneau ; Bull. Joly 1999, p. 566, note J.-J. Daigre ; JCP E 1999, p. 724, note Y. Guyon ; RJ com. 1999, p. 269, note Dom ; Déférénio 1999, p. 625, note Hovasse ; Dr. Aff. 1999, p. 563, obs. M. B. ; JCP E 1999, II, 10168, note Blanc ; D. 2000, somm., p. 231, obs. Hallouin.

17. F. Zenati, Usufruit des droits sociaux : Rép. sociétés Dalloz, 2003, n° 208.

18. R. Mortier, L'usufruit des droits sociaux, in Guide de l'associé, préc., n° 526. – Sur cette question, V. Y. Paclot, Repenser l'attribution du droit de vote en cas de démembrement des droits sociaux : JCP E 2006, n° 6-7, p. 297.

19. CA Caen, 1^{re} ch., sect. civ., 19 févr. 2008, n° 06/02901, Rapeaud c/ Sté Plastholding : JurisData n° 2008-362204 ; BRDA 21/2008, n° 2 ; Dr. sociétés 2008, comm. 198, note M.-L. Coquelet.

20. Cass. com., 2 déc. 2008, n° 08-13.185, F-D, Sté Plastholding c/ Rapeaud : JurisData n° 2008-046126 ; Dr. sociétés 2009, comm. 46, note M.-L. Coquelet.

21. V. pour une note tendant à justifier cette logique par le fait que « la protection du nu-propriétaire achoppe [...] sur l'intérêt social et le principe selon lequel la société est constituée dans l'intérêt commun des associés », M.-L. Coquelet, in Dr. sociétés 2009, comm. 46, préc. ss Cass. com., 2 déc. 2008, n° 08-13.185 : JurisData n° 2008-046126.

20 - La question du vote conjoint de l'usufruitier et du nu-propriétaire. – Au-delà de la question de l'attribution à l'usufruitier ou nu-propriétaire du droit de vote, s'est posée en jurisprudence la question de savoir s'il était possible d'exiger statutairement que le nu-propriétaire et l'usufruitier votent ensemble dans les assemblées.

21 - Sous l'empire du droit antérieur à la loi du 24 juillet 1966, la Cour de cassation a refusé la possibilité d'imposer un vote conjoint du nu-propriétaire et de l'usufruitier²². Cependant, dans un arrêt du 2 mars 1994, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a admis cette possibilité²³. Il nous semble ainsi qu'en dehors de l'hypothèse pour laquelle la jurisprudence estime que le droit de voter de l'usufruitier est incompréhensible, c'est-à-dire s'agissant de l'affectation des bénéfices, il est possible de prévoir dans les statuts que l'usufruitier et le nu-propriétaire votent ensemble. En pratique, il est donc nécessaire qu'ils se mettent d'accord en amont sur le sens de leur vote et qu'ils désignent un mandataire pour les représenter.

B. - Exercice

1° Convention de transfert de l'exercice du droit de vote du nu-propriétaire à l'usufruitier

22 - Faculté de dérogation conventionnelle à l'exercice légal du droit de vote. – L'article 3 de la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés²⁴ (dite « loi Mohamed Soilihi »), a modifié l'article 1844 du Code civil afin de permettre au nu-propriétaire de transférer à l'usufruitier l'exercice de son droit de vote²⁵. Le texte a ainsi été enrichi de l'ultime phrase suivante : « Toutefois, pour les autres décisions, le nu-propriétaire et l'usufruitier peuvent convenir que le droit de vote sera exercé par l'usufruitier ». Cette liberté contractuelle est d'ordre public. Elle permet aux usufruitiers minoritaires de s'abstraire de règles (légale ou statutaire) de répartition des droits de vote qui ignorent trop souvent leurs intérêts. Le dispositif semble cependant encore peu pratiqué : il ne produira ses fruits qu'à condition de rédiger avec le plus grand soin la convention afin d'y régler de nombreuses difficultés²⁶.

23 - Articulation des différentes règles : légale, statutaire(s), conventionnelle(s). – Lorsque des parts (de société civile, de société en nom collectif, de société à responsabilité limitée et de société en commandite simple) ou actions (de SAS, mais non de SA et SCA, régies par l'article L. 225-110 du Code de commerce) sont grevées d'usufruit, il y a désormais lieu concrètement, pour déterminer l'identité du votant pour une décision donnée, d'appliquer par ordre de priorité :

- l'attribution de droit de vote résultant des statuts à défaut de la loi ;
- le cas échéant, le transfert contractuel d'exercice du droit de vote du nu-propriétaire au profit de l'usufruitier (dispositif issu de la loi du 19 juillet 2019).

22. Cass. com., 18 juin 1974, n° 73-11.425 : Bull. civ. IV, n° 198 ; Rev. sociétés 1975, p. 481, note D. Brun-Tabourot ; RTD com. 1975, p. 561, obs. R. Houin.

23. Cass. 3^e civ., 2 mars 1994, n° 91-21.696, inédit, Buding c/ Buding : Rev. sociétés 1995, p. 41, note P. Didier. – J.-P. Garçon, La situation des titulaires de droits sociaux démembrés : JCP N 1995, n° 7, p. 269.

24. R. Mortier, B. Zabala, S. Bol, A.-F. Chéneau et M. Dubois, La loi Mohamed Soilihi article par article : Dr. sociétés 2019, étude 13 (1^{re} partie) ; Dr. sociétés 2019, étude 14 (2^{re} partie).

25. R. Mortier, Légalisation des conventions d'exercice du droit de vote du nu-propriétaire par l'usufruitier : Dr. sociétés 2019, comm. 164.

26. V. Rapp. FNDP, Maîtriser le nouvel exercice conventionnel par l'usufruitier du droit de vote du nu-propriétaire : JCP N 2019, 1288, R. Mortier.

24 - Objectifs du dispositif. – M. le Sénateur Thani Mohamed Soilihi, rédacteur de la proposition de loi, avait fait valoir, idée reprise par tous les rapporteurs, que la disposition vise à ce que le « *nu-propriétaire [ait] la possibilité de déléguer intégralement son droit de vote à l'usufruitier* », ajoutant que ce cas « *correspond à une pratique fréquente, qu'il serait utile de sécuriser juridiquement* ».

a) Pourquoi instituer une faculté de répartition conventionnelle du droit de vote ?

25 - En évoquant une « *pratique fréquente* », le sénateur Mohamed Soilihi évoquait en réalité le fait que l'usufruit naît souvent de sa rétention sur la tête du donateur ou de sa réversion sur la tête du conjoint survivant, voire de l'exercice par ce dernier de son usufruit dit « *universel* ». L'ascendant en question aime généralement conserver le droit de voter dans toutes les assemblées, mais il ne le peut pas toujours, loin s'en faut : soit parce qu'il n'a pas la main sur les statuts et ne peut donc y faire insérer la clause tant désirée (hypothèse de l'associé minoritaire) ; soit parce que, bien qu'étant en son pouvoir de faire modifier les statuts (hypothèse de l'associé majoritaire), il se l'interdit afin de conserver tous les bénéfices d'un pacte Dutreil-Transmission. L'article 787 B du CGI dispose en effet, en son paragraphe i, que l'abattement de 75 % de l'assiette taxable joue « *en cas de donation avec réserve d'usufruit à la condition que les droits de vote de l'usufruitier soient statutairement limités aux décisions concernant l'affectation des bénéfices* ». Une donation de parts ou actions avec réserve d'usufruit sous le bénéfice du régime Dutreil s'accompagne donc toujours en pratique d'une clause des statuts limitant les droits de vote de l'usufruitier aux décisions d'affectation des bénéfices. Cette clause a vocation à s'appliquer à tous les titres dits « *démembrés* », en ce compris tous ceux non grevés d'un pacte Dutreil, ce qui aboutit à généraliser la contrainte et incite ceux qui la subissent sans en tirer davantage fiscal à en contourner l'application : soit par le biais de mandats de vote donnés par le nu-propriétaire à l'usufruitier ; soit en sollicitant l'insertion dans les statuts d'une clé de répartition du droit de vote visant leurs titres et favorable à l'usufruitier (par ex., attribution du droit de vote à l'usufruitier dans toutes les assemblées). La pratique ayant inspiré au sénateur Mohamed Soilihi, la réforme consiste à insérer dans les statuts une clause prévoyant que l'usufruitier et le nu-propriétaire peuvent convenir des modalités d'exercice du droit de vote afférent aux droits sociaux grevés d'usufruit. En l'état du droit positif antérieur à l'entrée en vigueur de la loi Mohamed Soilihi, l'efficacité concrète du dispositif dépendait largement des bonnes volontés convergentes de l'usufruitier, du nu-propriétaire, et des dirigeants.

26 - Portée juridique du dispositif. – Le dispositif vise à permettre entre tout usufruitier et son nu-propriétaire de parts ou actions la conclusion d'un contrat, hors les statuts, tendant à accroître le droit de vote effectif de l'usufruitier.

b) Incidences pratiques quant à la dévolution des droits de vote en assemblées

27 - Par exemple, au sein d'une seule et même SAS, un premier usufruitier pourrait, parce qu'il aurait réalisé une donation de ses actions en nue-propriété à ses enfants, sous le bénéfice du pacte Dutreil, n'avoir, pour donner pleine efficacité à ce dernier (CGI, art. 787 B, i), que le droit de voter l'affectation des bénéfices en vertu d'une disposition statutaire expresse (C. civ., art. 1844, al. 4), tandis qu'un deuxième et un troisième usufruitier, associés minoritaires pour lesquels la transmission de la nue-propriété n'a pas bénéficié de l'abattement Dutreil, pourraient en vertu de contrats passés avec leurs nus-propriétaires respectifs qui l'accepteraient, exercer le droit de vote dans toutes les assemblées.

28 - Portée fiscale du dispositif. – La portée fiscale du dispositif est neutre dans la mesure où il faut s'interdire d'y recourir pour contourner les contraintes afférentes au droit de vote lors de la transmission, sous le bénéfice d'un dispositif Dutreil, de droits sociaux grevés d'un usufruit.

c) Incidences fiscales du dispositif

29 - Pratiques envisageables. – Rien ne paraît interdire que le nouveau dispositif conventionnel d'accroissement des droits de vote de l'usufruitier vise au sein d'une même société les titres non éligibles à l'abattement d'assiette de la loi Dutreil. C'est même l'une des principales utilités de la nouvelle liberté instituée que de permettre de faire échapper les titres non grevés par un pacte Dutreil aux contraintes que la loi pose en toute rigueur pour les seuls titres grevés d'un engagement de conservation. L'administration fiscale devrait sans difficultés se ranger à cette analyse puisque déjà elle admettait que la contrainte posée par l'article 787 B, i du CGI ne s'appliquait qu'aux titres transmis selon le régime Dutreil et non aux autres²⁷, validant la pratique consistant dans les statuts à distinguer plusieurs types de titres pour leur appliquer des clés de répartition des droits de vote différentes en cas de démembrement (désignation par catégorie, numéros, titulaires...). La technique est efficace, mais elle reste délicate à instituer, puisqu'elle passe nécessairement par une modification des statuts. Désormais, chaque usufruitier pourrait obtenir de son nu-propriétaire par voie de convention un élargissement de ses pouvoirs.

30 - Pratiques déconseillées (risque d'abus de droit fiscal). – En revanche il faut mettre en garde le contribuable contre toute tentation de contourner la contrainte posée par l'article 787 B, i précité du CGI en respectant à la lettre la contrainte qu'il pose (clause statutaire limitant le droit de vote de l'usufruitier au droit de voter l'affectation des bénéfices) pour la vider de sa substance en concluant entre l'usufruitier et son (ses) nu(s)-propriétaire(s) une convention aux termes de laquelle le droit de vote du (des) nu(s)-propriétaire(s) serait finalement exercé en tout ou partie par l'usufruitier. Il y aurait là un fort risque de qualification d'abus de droit par fraude à la loi car le dispositif légal, bien que respecté à la lettre, ne le serait pas dans son esprit, qui est d'inciter à une transmission effective des droits de vote en assemblée, et il ne serait sans doute pas difficile à l'administration fiscale d'établir que le procédé ainsi mis en œuvre a un but exclusivement (LPF, art. L. 64), ou sinon principalement, fiscal (LPF, art. L. 64 A).

31 - Inapplication aux SA et SCA. – La faculté de dérogation conventionnelle est destinée à s'appliquer à toutes les sociétés puisqu'elle figure dans un texte du droit commun des sociétés. Cependant les sociétés anonymes (SA) et sociétés en commandite par actions (SCA) ne sont pas éligibles au nouveau dispositif, car ces deux sociétés sont régies en ce domaine par un texte de droit spécial (C. com., art. L. 225-110), lequel évincé le droit commun par application de la règle *specialia generalibus derogant*. On ne sait si l'exclusion a été voulue comme telle. C'est en vain que l'on prétendrait pouvoir isoler le nouveau dispositif des dispositions qui le précédent, pour l'étendre aux SA et SCA (ce qui est indéniablement le cas, par exemple, du premier alinéa de l'article 1844 du Code civil, posant le droit de participation aux décisions collectives d'ordre public des associés), car il s'articule de manière indivisible avec la règle de répartition du droit de vote qui la précède (« *Toutefois, pour les autres décisions...* »).

27. BOFiP, BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10-20140519, § 300 : « *Cette condition /l'application de l'exonération partielle aux donations consenties avec réserve d'usufruit est subordonnée à la condition que les droits de vote de l'usufruitier soient limités dans les statuts aux seules décisions concernant l'affectation des bénéfices] ne fait pas obstacle à ce que les statuts réservent cette limitation à une partie des titres de la société* ».

Dans l'absolu, il est certes regrettable que les SA et SCA soient maintenues à l'écart d'un dispositif destiné pour l'essentiel à profiter aux associés minoritaires, mais on peut se féliciter que ce faisant la plupart des sociétés dont l'actionnariat se compose de dizaines, centaines, milliers, voire millions de personnes, et tout spécialement la totalité des sociétés cotées en Bourse, n'aient pas à subir un mécanisme qui aurait singulièrement pu compliquer voire rendre ingérable la tenue de leurs assemblées.

32 - Parties à la convention. – Les parties à la convention seront nécessairement, quelle que soit sa forme (acte authentique, acte sous seing privé...), d'une part, un ou plusieurs usufruitiers, et d'autre part, celui ou ceux, nu(s)-propriétaire(s), détaining la nue-propriété correspondante. En cas d'indivision en usufruit ou en nue-propriété, chaque indivisaire sans exception devrait consentir à la convention. Il pourrait y avoir, dans l'absolu, autant de conventions que de paires d'usufruitiers et de nus-propriétaires, et même davantage, si l'on conçoit qu'une même paire pourrait conclure plusieurs conventions ayant chacune pour objet des catégories différentes de titres de la même société.

33 - Usufruits concernés. – Le principe de liberté contractuelle ne devrait sur ce terrain subir aucune limitation. Peuvent être englobés dans le champ de la convention tout ou partie des titres grevés d'usufruit. Ne pourrait ainsi faire l'objet du transfert conventionnel de l'exercice du droit de vote qu'une fraction des titres détenus en usufruit et en nue-propriété dans la société par les signataires : telles parts sociales désignées par leurs numéros, telle catégorie d'actions désignée par une lettre de l'alphabet... Plusieurs conventions pourraient d'ailleurs être conclues entre les susdits signataires, ayant chacune un périmètre de titres bien délimité et étanche, selon les techniques de désignation précitées.

34 - Droits de vote concernant tout ou partie des « autres décisions ». – La phrase ajoutée par la loi Mohamed Soilihi débute par la formulation suivante : « *Toutefois, pour les autres décisions* ». Quelles sont ces autres décisions visées par la loi nouvelle, pour lesquelles l'exercice du droit de vote peut être transféré à l'usufruitier ? D'évidence, la formule renvoie à la phrase qui la précède, et donc aux décisions autres que celles « *concernant l'affectation des bénéfices* ». L'interprétation est confortée par le fait que la convention nouvellement autorisée ne peut avoir pour objet que d'accroître l'exercice du droit de vote de l'usufruitier au détriment du nu-propriétaire, ce qui n'a précisément de sens que pour les décisions non attribuées par la loi à l'usufruitier. Quant au périmètre exact des décisions concernées par le transfert du nu-propriétaire à l'usufruitier de l'exercice du droit de vote, il nous semble pouvoir être déterminé par la convention. Le transfert peut donc viser tous les autres droits de vote, et ainsi aboutir à conférer à l'usufruitier l'exercice du droit de vote dans toutes les assemblées, sans jamais pouvoir départir le nu-propriétaire du droit de vote que la loi ou les statuts lui conféreraient par ailleurs au titre de l'exigence d'un vote unanime des associés. Cependant, le transfert pourrait parfaitement ne viser qu'une partie des autres droits de vote. Qui peut le plus, peut le moins. Ainsi l'usufruitier pourrait, au titre de la convention de l'article 1844, alinéa 3 *in fine* du Code civil, ne se voir par exemple transférer (le nu-propriétaire conservant toutes les autres prérogatives de vote, hors bien sûr le droit de voter l'affectation des bénéfices) que l'exercice du droit de voter une augmentation ou une réduction de capital, ou encore une fusion, ou encore l'institution d'une réserve statutaire...

35 - Durée. – Bien qu'ayant la nature juridique d'un mandat²⁸, il ne nous semble pas que la convention visée par l'article 1844, alinéa 3, du Code civil soit soumise à l'interdiction pénale des mandats généraux de vote prévue expressément dans certaines sociétés. Une telle conclusion serait contraire à l'esprit du nouveau dispositif, lequel est destiné à s'inscrire dans la durée, et non à produire ses effets pour telle ou telle assemblée. La convention peut en conséquence parfaitement être conclue pour la durée de l'usufruit. Le caractère révocable du mandat vient d'ailleurs atténuer la rigueur d'un tel engagement pour le nu-propriétaire. Dans l'hypothèse de la convention conclue pour la durée de l'usufruit, soit ce dernier est viager, auquel cas la convention aura vocation à produire ses effets jusqu'au décès de l'usufruitier, soit l'usufruit est à durée fixe (5 ans, 10 ans...), auquel cas la convention aura vocation à produire ses effets jusqu'au terme dudit usufruit. Le mandat peut cependant également être conclu pour une durée inférieure à celle de l'usufruit. Ainsi est-il parfaitement envisageable, par exemple, que le titulaire d'un usufruit viager bénéficie d'un transfert d'exercice de son droit de vote par le nu-propriétaire pour une durée de 5 ans, renouvelables ou non.

36 - Objet. – L'exercice du droit de vote. – Un premier point important doit être souligné : la loi nouvelle précise que le nu-propriétaire et l'usufruitier peuvent convenir que « *le droit de vote sera exercé par l'usufruitier* ». Techniquement, le transfert conventionnel ne porte donc pas sur le droit de vote lui-même, mais uniquement sur son exercice. Autrement dit, le droit de vote visé par le dispositif de l'article 1844, alinéa 3 *in fine* du Code civil semble demeurer celui du nu-propriétaire, qui en demeure l'attributaire, son exercice seul étant transféré à l'usufruitier. L'analyse se confirme à la lecture des motifs de la proposition de loi, le sénateur Mohamed Soilihi ayant souhaité que le « *nu-propriétaire [ait] la possibilité de déléguer intégralement son droit de vote à l'usufruitier* ». L'article 1844, alinéa 3 *in fine* emprunterait ainsi à la technique de la délégation de vote, ou plus certainement du mandat. L'observation n'est pas anodine, et aboutit à conclure au caractère révocable du transfert d'exercice du droit de vote.

37 - Notification de la convention à la société. – La loi ne précise pas le procédé permettant de rendre la convention d'exercice du droit de vote opposable à la société. En l'absence d'exigence particulière, on pourra procéder à une simple notification de la convention par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

38 - Révocation de la convention. – La nature juridique de mandat du transfert de l'exercice du droit de vote du nu-propriétaire à l'usufruitier a pour nécessaire conséquence sa libre révocation. La loi pose en effet la libre révocation du mandat par le mandant, « *quand bon lui semble* » (C. civ., art. 2004). Le contrat peut cependant fixer un préavis. Cette possibilité de révocation est d'ordre public : même si le contrat prévoyait une durée précise, et quand bien même il préciserait être irrévocable, le mandant (ici le nu-propriétaire) peut y mettre fin avant terme de manière valable. La Cour de cassation a ainsi posé dans une jurisprudence célèbre que « *le mandat même stipulé irrévocable, de rechercher un acquéreur en vue de la vente d'un bien, ne prive pas le mandant du droit de renoncer à l'opération* »²⁹. En ce cas cependant, le mandant (nu-propriétaire) devrait indemniser le mandataire (usufruitier).

28. Le comité juridique de la FNDP a conclu à l'unanimité que la nature juridique du nouveau dispositif d'exercice du droit de vote par l'usufruitier est celle d'un mandat (V. JCP N 2019, 1288, R. Mortier, préc.).

29. Cass. 1^{re} civ., 5 févr. 2002, n° 99-20.895 : JurisData n° 2002-012945 ; Bull. civ. I, n° 40 ; JCP G 2003, 10029, note Martin. – Cass. 1^{re} civ., 10 mai 2006 :

39 - Sanctions de la révocation. – Ainsi que nous venons de le préciser, si la convention transférant à l'usufruitier l'exercice du droit de vote est stipulée irrévocable, cela ne prive pas le nu-propriétaire, mandant, du droit de révoquer la convention. Cependant, en ce cas, la responsabilité du mandant nu-propriétaire peut être engagée par l'usufruitier mandataire. Il suffira d'ailleurs que la convention soit à durée déterminée pour que la révocation par le nu-propriétaire engage sa responsabilité³⁰. Il nous apparaît d'ailleurs, de manière générale, qu'en tout état de cause le mandat de l'article 1844, alinéa 3 du Code civil est un mandat d'intérêt commun en ce que l'usufruitier, qui l'exerce, ne le fait pas dans l'intérêt exclusif du nu-propriétaire mandant, mais également dans son propre intérêt, raison pour laquelle d'ailleurs il aura sollicité le contrat auprès du nu-propriétaire. On sait que dans cette hypothèse du mandat d'intérêt commun, la jurisprudence considère que la révocation du mandat oblige le mandant à indemniser le mandataire, sauf stipulation contraire du contrat³¹. Dans tous les cas, le montant de l'indemnité sera fixé par le juge, mais il pourrait tout aussi bien être arrêté par le contrat lui-même.

d) Dispositions à prévoir dans le contrat

40 - Nous conseillons de régler expressément dans le contrat :

- la question de la révocation ; la précision selon laquelle le mandat est irrévocable, bien que ne pouvant être imposée en nature au mandant, peut avoir un effet dissuasif sur le nu-propriétaire ;
- le cas échéant, un délai de préavis ;
- l'absence ou l'existence d'un droit à indemnité en cas de révocation, et éventuellement la fixation de son montant.

41 - Caractère d'ordre public du dispositif. – Le législateur a voulu éviter que les associés majoritaires ne privent les minoritaires de la nouvelle faculté conventionnelle de transfert par le nu-propriétaire de son droit de vote à l'usufruitier. Ainsi, à la fin du dernier alinéa de l'article 1844 réformé du Code civil, il a remplacé les mots « *des deux alinéas qui précédent* » par les mots : « *du deuxième alinéa et de la seconde phrase du troisième alinéa* ». Il en résulte concrètement que le dernier alinéa en question, dont on rappelle qu'il habilite les statuts à déroger aux stipulations légales, continue de s'appliquer à droit constant, en ce qu'il ne vise pas le nouveau dispositif (qui figure à la troisième phrase du deuxième alinéa), mais seulement le dispositif légal d'exercice du droit de vote en cas d'indivision (« *deuxième alinéa* »), ainsi que le dispositif légal de répartition du droit de vote entre usufruitier et nu-propriétaire (« *seconde phrase du troisième alinéa* », terme trompeur puisque second ne s'emploie pas en présence d'un troisième, ce qui est ici le cas).

2° Convention de vote pour bénéficier du régime de l'article 787 B du CGI (régime Dutreil) dans le cadre d'une législation étrangère

42 - Le régime de faveur de l'article 787 B du CGI est applicable non seulement aux sociétés françaises, mais également aux sociétés de droit étranger : « *Les sociétés étrangères peuvent bénéficier de ce dispositif, étant précisé que les conditions d'application sont dans ce cas identiques à celles exigées pour les transmissions de titres de sociétés françaises. Les sociétés étrangères, sous réserve que soient respectées les conditions*

fixées par l'article 787 B du CGI, peuvent bénéficier de ce dispositif. Dans ce cas, les conditions d'application de cette mesure sont identiques à celles exigées des sociétés françaises (RM Bobe n° 103615 : JOAN 31 oct. 2006, p. 11334) »³².

43 - La donation de la nue-propriété des titres d'une société opérationnelle ou d'une holding animatrice de droit étranger est donc éligible au bénéfice du régime de faveur sous réserve que les conditions posées par ce régime soient remplies.

44 - En cas de donation de titres démembrés, le bénéfice du régime d'exonération partielle est notamment subordonné « *à la condition que les droits de vote de l'usufruitier soient statutairement limités aux décisions concernant l'affectation des bénéfices* » (CGI, art. 787 B, avant dernier al.).

45 - En droit français, cette limitation ne pose pas de difficultés, car quelle que soit la forme de la société, que le capital soit divisé en actions ou en parts sociales, il est possible de répartir dans les statuts le droit de vote entre l'usufruitier et le nu-propriétaire.

46 - Lorsque la donation porte sur des titres de sociétés étrangères la situation est plus complexe.

Trois situations doivent être distinguées :

- la première situation est celle dans laquelle la législation du pays étranger connaît le démembrement de propriété et la possibilité de répartir dans les statuts de la société les pouvoirs entre l'usufruitier et le nu-propriétaire. C'est le cas de la Belgique et du Luxembourg par exemple. Pour ces pays, les statuts pourront prévoir la limitation des pouvoirs de l'usufruitier et la donation peut, en conséquence, toutes conditions remplies par ailleurs, bénéficier du régime d'exonération partielle de l'article 787 B ;

- la deuxième situation est celle des pays dont la législation ne connaît pas le démembrement de propriété. En ce cas, et pour des raisons civiles, la donation ne peut être réalisée en nue-propriété, puisque selon les règles de DIP françaises en matière de droit des biens, la reconnaissance de la validité ou non du démembrement de propriété relève de la « *lex rei sitae* » (loi de situation du bien)³³ ;

- la troisième et dernière situation est celle dans laquelle la législation connaît le démembrement de propriété, mais le droit des sociétés ne permet pas de répartir les pouvoirs entre l'usufruitier et le nu-propriétaire. La convention de vote peut alors être utilisée pour permettre la transmission en nue-propriété dans le cadre du régime de l'article 787 B tout en permettant à l'usufruitier d'exercer le droit de vote pour la distribution des bénéfices.

47 - En droit suisse par exemple, en cas d'usufruit sur une action, le droit suisse des sociétés prévoit que le droit de vote appartient à l'usufruitier. Il est possible de déroger à cette réglementation et d'attribuer statutairement le droit de vote au nu-propriétaire. Les statuts ne peuvent toutefois pas prévoir une répartition du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-propriétaire. L'intégralité du droit de vote d'une action appartient ainsi à l'usufruitier ou au nu-propriétaire. L'administration fiscale française a admis, dans le cadre d'un recueil non publié, la possibilité pour un résident fiscal français de transmettre, dans le cadre du régime Dutreil, la nue-propriété des titres d'une société suisse dont les statuts ont été adaptés pour prévoir que l'intégralité du droit de vote (en ce compris l'affectation des bénéfices) appartient au nu-propriétaire. Parallèlement, la donation a prévu une clause imposant une charge aux enfants donataires de la nue-propriété des titres de voter l'affectation des bénéfices, selon les instructions données par les usufruitiers.

Bull. civ. I, n° 269. – *Idem pour le mandat d'intérêt commun* : Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2001 : Bull. civ. I, n° 239.

30. A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux* : LGDJ, coll. Précis Domat, 12^e éd., 2017, n° 702.

31. Cass. com., 11 déc. 1973 : Bull. civ. IV, n° 358. – Cass. com., 10 oct. 1984 : Bull. civ. IV, n° 260.

32. BOI-ENR-DMTC-10-20-40-10, § 30.

33. Cass. req., 19 mars 1872. – Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2010, n° 08-19.293, FS-P+B+I : JurisData n° 2010-051393.

48 - Le droit de vote a été par conséquent attribué aux nus-propriétaires avec un pouvoir donné à l'usufruitier par une convention de vote prévue dans l'acte de donation d'imposer aux nus-propriétaires de voter l'affectation des bénéfices dans le sens indiqué par l'usufruitier. Parallèlement, pour sécuriser l'application de cette convention de vote, l'acte de donation a prévu que le non-respect de cette convention, constituant une condition déterminante de la donation, ouvrirait la possibilité pour le donateur de révoquer la donation.

49 - L'adaptation des statuts doublée d'une convention de vote a ainsi permis de placer, dans le cadre du régime d'exonération partielle de l'article 787 B, la donation de la nue-propriété de titres d'une société dont la législation ne permettait pas la répartition statutaire des droits de vote entre usufruitier et nu-propriétaire.

C. - Abus

50 - **Les questions.** – L'absence de qualité d'associé de l'usufruitier conduit à s'interroger sur la possibilité pour ce dernier de commettre un abus de droit de vote³⁴. En effet, les questions sont nombreuses, un usufruitier peut-il commettre un abus de droit de vote ? Peut-il en être victime et s'en plaindre ? Mais encore, le nu-propriétaire, pour les décisions pour lesquelles il ne peut pas prendre part au vote, peut-il se plaindre d'un abus de droit de vote commis par un autre associé ou par son usufruitier ? Afin d'en présenter les réponses, acquises ou proposées, nous nous attarderons, en premier lieu, sur la situation de l'usufruitier auteur de l'abus de droit de vote, puis, en second lieu, sur celle de l'usufruitier victime de l'abus de droit de vote de la part des autres associés ou de son nu-propriétaire.

51 - **Le cas de l'usufruitier auteur d'un abus de droit de vote.** – En premier lieu, parce qu'il dispose du droit de voter³⁵ ou qu'il l'exerce pour le compte du nu-propriétaire en raison d'une convention lui en transférant l'exercice³⁶, l'usufruitier peut être acteur d'un abus de droit de vote. La Cour de cassation a d'ailleurs déjà retenu cette possibilité par le passé³⁷. En effet, les critères de l'abus de droit de vote n'imposent pas que celui qui commet l'abus soit un associé. Il suffit qu'il vote en contrariété à l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser son intérêt au détriment de celui des autres votants.

52 - Reste à savoir si le nu-propriétaire pourrait agir sur ce fondement contre l'usufruitier de ses titres s'il estime que ce dernier commet un abus de droit de vote. Sur ce point, la Cour de cassation ne s'est à ce jour pas prononcée. Il nous semble néanmoins que reconnaître la possibilité pour le nu-propriétaire de contester la décision prise, alors qu'il ne disposait pas du droit de voter en raison de la répartition des prérogatives politiques entre eux, reviendrait à ériger l'abus de droit de vote en « mécanisme de contrôle général des décisions votées au regard de la répartition des droits entre usufruitier et nu-propriétaire »³⁸. En revanche, le nu-propriétaire pourrait agir contre l'usufruitier sur le fondement du droit des biens s'il estime que, par son vote, son droit de propriété est menacé. Enfin, il est toujours possible d'agir

sur le fondement de la fraude contre l'usufruitier si les conditions en sont réunies.

53 - **Le cas de l'usufruitier invoquant l'abus de droit de vote.** – En second lieu, l'usufruitier pourrait-il se plaindre d'un abus de droit de vote ? Cette question se subdivise en deux hypothèses. D'une part, l'usufruitier peut-il agir sur le fondement de l'abus de droit de vote ou bien cette action est-elle réservée à son nu-propriétaire en tant qu'associé ? D'autre part, l'usufruitier peut-il être victime d'un abus de droit de vote de la part de son nu-propriétaire ?

54 - **L'usufruitier peut-il agir contre les associés sur le fondement de l'abus de droit de vote ?** – D'une part, s'agissant de l'hypothèse où un usufruitier de droits sociaux estime qu'un autre votant a abusé de son droit de vote, il nous semble nécessaire de distinguer selon que l'usufruitier disposait du droit de voter lors de la délibération en cause.

S'il disposait du droit de voter, rien ne devrait s'opposer à ce qu'il puisse agir en abus puisqu'il subit la rupture d'égalité résultant de l'abus de droit de vote du ou des autres votants. En effet, parce qu'il était celui qui disposait de la possibilité de prendre part à la décision en cause, il est celui qui subit en premier chef l'abus du droit de vote de la part des autres votants. En outre se pose la question de savoir si son nu-propriétaire pourrait agir à sa place en cas d'inaction de cet usufruitier. Sur ce point, il nous semble que la qualité d'associé du nu-propriétaire doit lui offrir la possibilité d'agir en abus du droit de vote « *qu'il ait disposé ou non du droit de voter pour la décision contestée. Il pourra doubler cette action d'un recours contre l'usufruitier sur le terrain de la responsabilité civile ou encore dans des cas extrêmes demander la déchéance de l'usufruit pour abus de jouissance* » (C. civ., art. 618, al. 1)³⁹.

55 - Si l'usufruitier ne disposait pas du droit de voter lors de cette délibération, l'abus est subi par le nu-propriétaire. C'est lui qui subit le détournement de la règle majoritaire par les autres votants. Toutefois, l'usufruitier devrait pouvoir agir sur ce fondement chaque fois que la décision adoptée ou empêchée par l'abus du droit de vote a une incidence directe sur son droit de jouissance⁴⁰.

56 - **L'usufruitier peut-il agir sur ce fondement contre son nu-propriétaire ?** – Enfin, lorsque l'usufruitier n'a pas voté lors de la décision, car le droit de vote appartenait à son nu-propriétaire et que justement c'est le vote de ce dernier qui serait abusif, l'usufruitier peut-il agir sur ce fondement ? De la même façon que lorsque le nu-propriétaire reproche le sens du vote de son usufruitier, il nous semble que le fondement d'une telle contestation ne peut être trouvé dans l'abus de droit de vote tel que dégagé par la jurisprudence.

57 - En effet, l'abus de droit de vote n'a pas pour vocation d'arbitrer les conflits entre usufruitier et nu-propriétaire sur le sens de leur vote. Ainsi, comme nous l'avons écrit avec notre collègue Julia Heinich, « *admettre le contraire risquerait de détourner l'action en abus du droit de vote de sa nature. Il ne serait plus question de sanctionner un détournement de la règle majoritaire contraire à l'intérêt de la société* »⁴¹ mais de contrôler les décisions votées au regard de la répartition des droits entre usufruitier et nu-propriétaire. C'est vers le droit des biens que l'usufruitier doit donc se diriger, s'il estime que le nu-propriétaire

34. Sur cette question : J. Heinich et N. Jullian, *Réflexions autour de l'abus de droit de vote*, in Mél. en l'honneur du professeur Hervé Le Nabasque, à paraître.

35. V. Attribution des prérogatives non financières : Act. prat. ing. sociétaire 2025, n° 4, dossier 31, spéc. § 5 et s.

36. V. Attribution des prérogatives non financières : Act. prat. ing. sociétaire 2025, n° 4, dossier 31, spéc. § 22 et s.

37. Cass. com., 22 févr. 2005, n° 03-17.421 : JurisData n° 2005-027218 ; JCP N 2005, n° 42, 1428, note J.-P. Garçon. – Cass. com., 2 déc. 2008, n° 08-13.185, préc. – Sur cette question : C. Coupet, *L'attribution du droit de vote dans les sociétés : LGDJ*, 2015.

38. J. Heinich et N. Jullian, *Réflexions autour de l'abus de droit de vote*, préc.

39. J. Heinich et N. Jullian, *Réflexions autour de l'abus de droit de vote*, préc.

40. Sur cette question, V. Cass. 3^e civ., 11 juill. 2024, n° 23-10.013 : JurisData n° 2024-010917 ; Dr. sociétés 2024, comm. 130, note R. Mortier ; JCP E 2024, 1327, note J. Laurent ; JCP G 2014, 1096, note N. Kilgus ; JCP N 2025, 1009, note S. Le Normand-Caillère ; D. 2024, p. 1646, note J.-B. Barbieri ; RTD com. 2024, p. 928, note A. Lecourt.

41. J. Heinich et N. Jullian, *Réflexions autour de l'abus de droit de vote*, préc.

entraîne sa jouissance⁴² ou encore vers le principe général selon lequel la fraude corrompt tout⁴³.

3. Actions en justice

58 - Le contrôle du bon fonctionnement de la société justifie la création, par la loi, d'un certain nombre d'actions en justice. La difficulté est que le plus souvent ces actions sont expressément réservées aux associés. Par exemple, l'exercice d'une action sociale *ut singuli* est confié aux associés (*C. civ.*, art. 1843-5. – *C. com.*, art. L. 223-22 et L. 225-252). La question se pose alors de savoir si l'usufruitier peut exercer l'action réservée aux associés alors qu'il n'a pas cette qualité. À supposer même que la loi ne réserve pas l'exercice d'une action aux associés, par exemple une action en nullité, se pose encore la question de savoir si cette action pourra être exercée par l'usufruitier seul, par le nu-propriétaire seul, par les deux conjointement ou alternativement.

59 - Il n'existe pas pour l'action en justice une clé de répartition générale, à l'image de celle attribuant le droit de vote. La thèse reconnaissance à l'usufruitier la jouissance de tous les droits d'un propriétaire, « comme le propriétaire lui-même »⁴⁴ (*C. civ.*, art. 578) devrait aboutir à reconnaître une vocation de principe de l'usufruitier à exercer les actions en justice, à la fois pour le compte de l'associé et pour son compte personnel, sous réserve de ne pas porter atteinte à la substance de la chose (*C. civ.*, art. 578). Ainsi, l'action en dissolution de la société paraît difficilement pouvant être exercée par l'usufruitier. De manière générale, toutes les actions portant atteinte à la substance des droits sociaux seraient réservées au nu-propriétaire. Mais la jurisprudence en matière d'action en justice en cas d'usufruit est assez incertaine⁴⁵. La Cour de cassation tend en effet à transposer à l'exercice d'une action en justice le critère de l'incidence directe formulé dans son arrêt du 16 février 2022⁴⁶. En témoigne un arrêt en date du 11 juillet 2024⁴⁷ par lequel la Cour de cassation, en sa troisième chambre civile, retient que « *si les statuts peuvent réserver le droit de vote aux associés sur les questions autres que celles relatives à l'affectation des bénéfices (...), ils ne peuvent, en revanche, priver l'usufruitier de parts sociales du droit de contester une délibération collective susceptible d'avoir une incidence directe sur son droit de jouissance* ».

60 - Ainsi l'usufruitier serait recevable à agir en justice chaque fois que l'exercice de l'action est susceptible d'avoir une incidence directe sur son droit de jouissance.

Remarque : On pourrait être tenté, comme dans l'affaire tranchée par l'arrêt du 11 juillet 2024, d'aménager conventionnellement le droit à agir en stipulant dans les statuts que telle ou telle action pourra être exercée par le nu-propriétaire ou par l'usufruitier (à l'image d'une clause statutaire qui répartirait le droit de vote entre le nu-propriétaire et l'usufruitier). On peut toutefois douter de la validité une telle clause⁴⁸, qui pourrait s'analyser comme la renonciation anticipée, par celui privé du droit d'agir, à un droit non acquis. En ce sens, dans l'arrêt du 11 juillet 2024, la clause statutaire privant l'usufruitier du droit de contester toute décision collective autre que celles relatives à l'affectation des bénéfices est justement écartée au visa des articles 578 du Code civil, 31 du Code de procédure civile et 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (droit à un recours effectif au juge).

61 - Droit de demander la désignation d'un expert de gestion. – L'expertise de gestion est un moyen privilégié de contrôler l'activité des dirigeants. Mais il s'agit d'une action attitrée, ouverte à un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital dans les sociétés par actions (*C. com.*, art. L. 225-231), ou à un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital social dans la SARL (*C. com.*, art. L. 223-27). Une application littérale des textes conduirait à considérer que l'usufruitier, en ce qu'il n'est pas associé, n'est pas recevable à solliciter une expertise de gestion. C'est en ce sens qu'a jugé un tribunal de commerce : « *lorsque les actions sont grevées d'un usufruit, le droit de demander l'expertise appartient au nu-propriétaire puisque lui seul a la qualité d'associé* »⁴⁹. La jurisprudence de la troisième chambre civile de la Cour de cassation devrait toutefois conduire à lui permettre de solliciter une telle expertise s'il démontre que la mesure est susceptible d'avoir une incidence directe sur son droit de jouissance, ce qui sera en pratique particulièrement délicat car « *si incidence il y a, c'est sur le fonctionnement ou encore sur le patrimoine de la société, de sorte que l'incidence sur le droit de jouissance de l'usufruitier semble plutôt indirecte* »⁵⁰.

62 - Une telle solution est toutefois peu satisfaisante car trop radicale pour l'usufruitier. Aussi, serait-il préférable de permettre à la partie à l'usufruit la plus diligente d'agir. Tant l'usufruitier que le nu-propriétaire devraient pouvoir solliciter, séparément ou conjointement, une expertise de gestion, en ne comptabilisant qu'une seule fois la fraction du capital social grevée d'usufruit⁵¹.

63 - Demande de désignation d'un commissaire aux comptes. – Indépendamment des seuils légaux, la désignation d'un commissaire aux comptes peut être obtenue en justice à la demande de tout associé, dans la SNC (*C. com.*, art. L. 221-9, al. 3) ou d'un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital social dans les SARL et sociétés par actions (*C. com.*, art. L. 223-35, L. 225-218 et L. 227-9-1). Un arrêt de la cour d'appel de Paris a reconnu au nu-propriétaire la qualité pour solliciter cette mesure, parce qu'elle est de nature à assurer la conservation et la protection de ses intérêts⁵². Pour le professeur Zenati, « *cette jurisprudence signifie implicitement que c'est à l'usufruitier qu'il appartient normalement de solliciter la désignation d'un commissaire aux comptes* ».

42. Sur la reconnaissance de la possibilité pour un usufruitier d'exercer tant les actions réelles que personnelles lui permettant de préserver son droit : *Cass. 3^e civ.*, 7 avr. 2004, n° 02-13.703 : *JurisData* n° 2004-023250 ; *Bull. civ. III*, n° 85.

43. R. Mortier, *Le clair-obscur de l'unanimité des associés* : Dr. sociétés 2024, répère 3.

44. R. Mortier, *La jouissance de la qualité d'associé*, in Mél. J.-J. Daigle : *Joly* éd., 2017, p. 223 et s.

45. F. Zenati, *Usufruit des droits sociaux*, Répertoire des sociétés : *Dalloz*, n° 236 et s.

46. *Cass. 3^e civ.*, 16 févr. 2022, n° 20-15.164, préc.

47. *Cass. 3^e civ.*, 11 juill. 2024, n° 23-10.013 : *JurisData* n° 2024-010917 ; *JCP G* 2024, act. 1096, comm. N. Kilgus ; *JCP E* 2024, 1327, note J. Laurent ; *JCP N* 2025, 1009, note S. Le Normand-Caillère ; *D.* 2024, p. 1646, note J.-B. Barbiéri ; *Actes prat. strat. patrimoniale* 2024, n° 3, 3, É. Guégan.

48. En ce sens : R. Mortier, *Usufruit des droits sociaux*, in *Guide de l'associé* : LexisNexis, 2023, p. 248.

49. *T. com. Roanne*, ord. réf., 13 sept. 1991 : *RTD com.* 1992, p. 201, obs. Y. Reinhard.

50. R. Mortier, *La Cour de cassation tranche enfin : l'usufruitier n'est pas associé !*, préc.

51. R. Mortier, *Usufruit des droits sociaux*, Fiche 21 in *Guide de l'associé* : LexisNexis, 2023, p. 249.

52. *CA Paris*, 22 janv. 1971 : *D.* 1971, p. 517, note Y. Guyon ; *JCP* 1971, II, 16937, obs. Rousseau ; *Rev. sociétés* 1971, p. 413.

ter la désignation d'un commissaire aux comptes ; la référence à la conservation des droits du *nu-propriétaire* implique le caractère restrictif et d'exception qui s'attache à son droit d'agir en la matière »⁵³. Cependant, une application stricte des textes à la lumière de la jurisprudence de la troisième chambre civile de la Cour de cassation devrait conduire à ne pas permettre à l'usufruitier de solliciter la désignation d'un commissaire aux comptes. En effet, bien qu'en sa qualité d'attributaire des dividendes il soit hautement intéressé à cette mesure de contrôle et de transparence, il n'est pas certain que cela suffise à établir une incidence directe sur son droit de jouissance.

64 - **Action sociale *ut singuli*.** – S'agissant de l'action sociale, l'opinion qui prédomine est que l'usufruitier, n'étant pas associé, n'est pas recevable à agir⁵⁴. Celui-ci pourrait tout au plus exercer une action personnelle en réparation. Là encore, le critère de l'incidence directe ne lui sera d'aucun secours car l'action, en ce qu'elle vise à reconstituer le patrimoine social, n'aura le plus souvent qu'une incidence indirecte sur son droit de jouissance. En réalité, comme a pu l'écrire le professeur Renaud Mortier, « *du fait même de l'interposition de la personnalité morale de la société, l'incidence devrait très rarement être considérée comme directe dès lors qu'elle ne se manifestera le plus souvent que par ricochet* »⁵⁵.

65 - **Action en nullité d'une décision sociale.** – La question de l'action en contestation d'une décision sociale par l'usufruitier a donné lieu à un arrêt de la troisième chambre civile en date du 11 juillet 2024⁵⁶. Dans cette affaire, se posait la question de l'efficacité d'une clause des statuts énonçant que les usufruitiers seraient irrecevables à contester toute décision collective quelle que soit sa forme, à la seule exception des décisions collectives portant sur l'affection des résultats. Selon le pourvoi, en faisant application de la clause pour déclarer irrecevables les demandes d'annulation d'une assemblée générale émanant des usufruitiers, les juges d'appel auraient violé l'article 578 du Code civil, ensemble l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme. L'argument est accueilli par la troisième chambre civile de la Cour de cassation. Au visa des articles 578 du Code civil, 31 du Code de procédure civile et 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, elle juge que « *si les statuts peuvent réservé le droit de vote aux associés sur les questions autres que celles relatives à l'affection des bénéfices (...⁵⁷), ils ne peuvent, en revanche, priver l'usufruitier de parts sociales du droit de contester une délibération collective susceptible d'avoir une incidence directe sur son droit de jouissance* ». Elle considère en conséquence qu'« *en se fondant sur une clause statutaire de nature à priver l'usufruitier de son droit de contester des délibérations susceptibles de porter*

une atteinte directe à son droit de jouissance », la cour d'appel a violé les textes susvisés.

66 - De prime abord, la solution paraît logique ; on ne voit pas pourquoi l'usufruitier pourrait être privé de la faculté de défendre son droit de jouissance. Un arrêt en date du 7 avril 2004 reconnaissait déjà à l'usufruitier le droit d'ester en justice « *pour défendre ou protéger son droit de jouissance* »⁵⁸.

Pour autant, à y réfléchir, il n'est pas aisément saisir toute la portée. Pourquoi brandir le filtre de « *l'incidence directe* » ? Qu'en est-il des décisions affectant de manière indirecte le droit de jouissance de l'usufruitier ? Les statuts pourraient-ils priver l'usufruitier du droit de les contester ? Plus encore, l'usufruitier a-t-il qualité pour les contester ?

Remarque : La solution pourrait être interprétée comme réservant à l'usufruitier le droit de contester les seules décisions sociales ayant une incidence directe sur son droit de jouissance, l'action en nullité étant par principe attribuée à l'associé.

67 - Une telle solution serait toutefois contestable car la faculté de contester une décision sociale n'est pas une prérogative sociétaire mais bien une prérogative judiciaire⁵⁹ qui n'est pas attachée à la qualité d'associé. Par suite, les seules conditions pertinentes pour établir le droit de l'usufruitier de contester une décision sociale devraient être celles posées à l'article 31 du Code de procédure civile : l'intérêt et la qualité pour agir. En matière de nullité, ces conditions se recoupent avec la distinction entre les nullités absolues et relatives. En cas de nullité absolue, l'action de l'usufruitier existe dès lors qu'il a un intérêt légitime au succès de sa prétention (CPC, art. 31. – C. civ., art. 1180). De même, lorsque la loi attribue l'action en nullité à tout intéressé (C. com., art. L. 223-29, L. 229-30 et L. 227-9), on ne voit pas pourquoi l'usufruitier aurait moins de droit qu'un tiers. L'intérêt légitime suffit à ouvrir l'action et rien ne permet de réduire l'intérêt légitime au seul risque d'une atteinte directe à son droit de jouissance⁶⁰.

68 - En cas de nullité relative, l'usufruitier a qualité pour agir chaque fois que la règle violée entend protéger ses intérêts (C. civ., art. 1181), en particulier son droit de participer aux décisions sociales (C. civ., art. 1844). L'usufruitier devrait ainsi pouvoir invoquer une irrégularité dans sa convocation pour contester une décision sociale par exemple, sous réserve de démontrer son intérêt à agir. Là encore, on ne voit pas pourquoi sa qualité et son intérêt à agir seraient réservés à l'hypothèse d'une décision affectant directement son droit de jouissance, alors que ce critère ne ressort d'aucun texte⁶¹. ■

53. F. Zenati, *Usufruit des droits sociaux* : Rép. sociétés Dalloz, n° 247.

54. F. Zenati, *Usufruit des droits sociaux* : Rép. sociétés Dalloz, n° 242.

55. R. Mortier, *La Cour de cassation tranche enfin : l'usufruitier n'est pas associé !*, préc.

56. Cass. 3^e civ., 11 juill. 2024, n° 23-10.013, préc.

57. Cass. com., 31 mars 2004, n° 03-16.694 : JurisData n° 2004-023106 ; Bull. civ. IV, n° 70 : JCP N 2004, n° 26, 1303, note H. Hovasse.

58. Cass. 3^e civ., 7 avr. 2004, n° 02-13.703 : JurisData n° 2004-023250.

59. V. égal., J.-B. Barbièri, *Une confirmation des décisions collectives (trop) facilitée ?* : D. 2024, p. 1646.

60. J. Laurent, *Caractère d'ordre public du droit pour l'usufruitier de parts sociales de contester une délibération sociale contredisant sa jouissance* : JCP E 2024, 1327 : qualifiant ce critère de « *scorie inutile* ».

61. R. Mortier, *La Cour de cassation tranche enfin : l'usufruitier n'est pas associé !*, préc.