



IRDA PARIS
INSTITUT DE RECHERCHE
EN DROIT DES AFFAIRES DE PARIS

Les Rendez-vous de l'IRDA

n° 2019-01

**Le démembrement de propriété de droits sociaux
après la loi de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des
sociétés du 19 juillet 2019**

Caroline COUPET

Professeur à l'Université Paris 2, membre de l'IRDA

Transcription de l'intervention orale



Je suis très honorée d'ouvrir ainsi le cycle des rendez-vous de l'IRDA. La première intervention est importante car il s'agit de donner le ton pour les rencontres à venir, qui doit être celui de l'échange, de la discussion collective et de la convivialité. Pour cette raison, ce n'est pas une conférence que je délivrerai : je ferai plutôt un bref état des lieux et je vous ferai part d'un certain nombre de questionnements, sans y apporter de réponses, sur lesquels l'on pourra ensuite échanger.

Le thème qui a été choisi pour ces premiers rendez-vous est celui du démembrement de droits sociaux après la loi de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés du 19 juillet dernier.

Cela ne faisait pas deux mois que la loi PACTE avait été adoptée que la loi de simplification était publiée. Depuis longtemps néanmoins, cette loi traînait sur le bureau du Sénat et dans les esprits, puisque la proposition avait été déposée cinq ans auparavant par le sénateur Mohamed Soilihi. Le texte reprenait des propositions de réformes qu'il avait recueillies lors d'auditions réalisées à l'occasion d'une précédente loi de simplification. Parmi elles, précisément, figurait la volonté de « clarifier les règles d'attribution des droits attachés aux parts » démembrées. Le Sénateur avait en vue de retoucher l'article 1844 alinéa 3 relatif au droit de vote attaché aux parts qui font l'objet d'un usufruit.

Avant d'entrer dans le cœur du texte nouveau, il n'est peut-être pas inutile de faire quelques brefs rappels historiques. A la fin du 19^{ème} siècle et pendant la première moitié du 20^{ème} siècle, le démembrement de propriété de droits sociaux était pratiqué, mais il n'était pas spécifiquement réglementé. Et il suscitait déjà à l'époque des débats nourris. Il est une chose sur laquelle les juges et les auteurs s'accordaient : les statuts pouvaient régler librement la répartition du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-proprétaire et à défaut de disposition statutaire, l'usufruitier et le nu-proprétaire pouvaient convenir librement de la répartition du vote entre eux. La difficulté naissait en revanche en l'absence de solution statutaire ou conventionnelle. Cette difficulté ne paraît jamais avoir été tranchée judiciairement et elle ne suscitait pas de consensus en doctrine. Certains auteurs analysaient le vote comme un acte d'administration et estimait en conséquence que l'usufruitier pouvait voter en assemblée. D'autres distinguaient selon l'objet de l'assemblée : selon eux, l'usufruitier ne pouvait voter que sur les décisions ne modifiant pas les statuts. A l'inverse, lorsqu'une modification statutaire était projetée, l'exercice du vote risquait d'entamer la substance de la part, de sorte que le droit de vote devait être attribué au nu-proprétaire. Quant à la question de savoir à qui appartenait la qualité d'associé, elle n'était pas plus tranchée. Quelques arrêts s'étaient fondés sur la répartition statutaire du droit de vote pour reconnaître au seul titulaire du droit de vote la qualité d'associé.

La grande loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales qui constitue désormais le livre 2 du Code de commerce sur les sociétés, a entendu régler la question dans les SA, en adoptant ce qui est désormais l'article L. 225-110 du Code de commerce : le droit de vote appartient à l'usufruitier pour les délibérations ne modifiant pas les statuts, il appartient au nu-proprétaire pour les

délibérations modifiant les statuts. L'article a par la suite été complété, précisant que la disposition était simplement supplétive. Le texte a, en réalité, suscité bien des débats à l'époque – Hémard, Terré Mabilat y consacrent plusieurs pages de leur traité.

C'est néanmoins avec l'adoption de la loi du 4 janvier 1978 que la question s'est posée sous sa forme actuelle. Cette loi a modifié le titre du Code civil consacré aux sociétés et a introduit en son sein l'article 1844 du Code civil, tel qu'on le connaissait jusqu'à cet été. L'article 1844 alinéa 3, pour ce qui nous intéresse, disposait : « *Si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier.* » Et l'alinéa 4 de préciser que la disposition n'était que supplétive. C'est justement cette précision qui a causé tant de discussions par la suite puisqu'on s'est demandé si cette liberté statutaire était bien sans limite. La Cour de cassation a fini par y apporter une réponse ; mais l'élaboration de l'édifice jurisprudentiel a pris du temps – onze ans exactement. Rappelons brièvement les solutions. Pouvait-on d'abord priver de l'entier droit de vote le nu-proprétaire au profit de l'usufruitier ? La Cour de cassation a énoncé que le nu-proprétaire peut être privé de son droit de vote, mais qu'il ne peut pas être privé de son droit de participer aux décisions collectives. La précision résulte de l'arrêt De Gaste de 1994. Mais le sens de l'arrêt n'était pas parfaitement clair à l'époque, de sorte qu'il a fallu un second arrêt, rendu en 2005, pour que l'on puisse pleinement prendre la mesure de la solution posée. Pouvait-on ensuite priver de droit de vote l'usufruitier ? La réponse a été apportée par un arrêt rendu en 2004 : l'usufruitier doit pouvoir se prononcer au moins sur l'affectation des bénéfices. C'est là un droit irréductible reconnu à l'usufruitier. Il est fondé non pas sur l'article 1844 du Code civil, mais sur l'article 578 du Code civil, article de droit des biens : priver l'usufruitier du droit de voter l'affectation des bénéfices, ce serait limiter exagérément son droit d'user et de jouir de la chose objet de l'usufruit. Il a donc fallu onze ans pour parvenir à construire un édifice jurisprudentiel qui paraissait à peu près stable. Sans doute quelques finitions étaient-elles encore nécessaires. Notamment, la troisième chambre civile avait nié le droit de participer de l'usufruitier, lorsque le droit de vote ne lui était pas réservé. La solution était regrettable et, surtout, l'on n'était pas certain que la chambre commerciale se prononce dans le même sens, à tel point que la pratique paraissait souvent convoquer tant le nu-proprétaire que l'usufruitier.

C'est donc dans ce contexte – relativement clair – qu'intervient la loi de simplification. La loi de simplification conserve la phrase qui composait auparavant l'alinéa 3 de l'article 1844. Mais elle lui adjoint deux phrases supplémentaires, l'une qui la précède, l'autre qui la succède. Ce troisième alinéa est désormais ainsi libellé : « *Si une part est grevée d'un usufruit, le nu-proprétaire et l'usufruitier ont le droit de participer aux décisions collectives. Le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier. Toutefois, pour les autres décisions, le nu-proprétaire et l'usufruitier peuvent convenir que le droit de vote sera exercé par l'usufruitier.* ». L'alinéa 4 précise en outre que la deuxième phrase est supplétive. La première et la dernière en revanche sont impératives. Voilà les grands traits du dispositif nouveau, censé clarifier l'état du droit, mais qui suscite en réalité plus de difficultés qu'il n'en résout.

Je vous propose de procéder en deux temps, en présentant le dispositif nouveau un plus en détails, puis en dégagant quelques questions sur lesquelles il sera possible de débattre.

I. Dispositif

Quelles sont les quelques certitudes, d'abord, que l'on peut avoir à la lecture de ce nouveau dispositif ? La réforme affecte tant le droit de participer, que le droit de voter.

(i) Le droit de participer

La première phrase de l'alinéa 3, consacrée au droit de participer, apporte une précision nouvelle : désormais, ni le nu-proprétaire ni l'usufruitier ne peuvent être privés de leur droit de participer. L'objectif des parlementaires est très clair : il s'agit de revenir sur la jurisprudence de la troisième chambre civile que j'ai évoquée. L'usufruitier, même lorsqu'il n'a pas le droit de vote, peut participer : la jurisprudence de la troisième chambre civile est cassée. Le nu-proprétaire, même lorsqu'il n'a pas le droit de vote, peut aussi participer : la jurisprudence De Gaste est consacrée.

Une remarque simplement à ce stade : l'on peut évidemment s'interroger sur le contenu du droit de participer. Il est possible d'y ranger au moins le droit d'être convoqué et de jouir des informations dues aux associés avant l'assemblée, d'assister aux délibérations et d'y prendre la parole. Mais pourrait-on y ranger aussi d'autres droits de nature politique, comme par exemple celui de prendre connaissance des documents sociaux à tout moment de l'exercice ? Pourrait-on y ranger encore celui de demander l'inscription de points ou de projets à l'ordre du jour, lorsque la loi ou les statuts réservent ce droit aux associés ? Pourrait-on y ranger enfin le droit de poser des questions écrites ? Il faut garder à l'esprit que ces différents droits politique, en effet, sont reconnus aux associés. Or en l'état des textes et en l'état de la jurisprudence, l'on ne sait pas si l'usufruitier est associé, de sorte qu'on ne sait pas vraiment s'il faut les reconnaître à l'usufruitier. Si ces différents droits politiques étaient considérés comme une composante du droit de participer, le doute ne serait plus possible : il faudrait désormais les reconnaître – sans discussion à l'usufruitier. Il existe donc sur ce point un risque de contentieux évident.

(ii) Le droit de vote

Quant au droit de vote, l'article 1844 al. 3 distingue désormais l'attribution du droit de vote – qui est légale ou statutaire –, de son exercice – qui peut être aménagé conventionnellement.

L'attribution du droit de vote est régie par la seconde phrase de l'alinéa 3, qui reste inchangée et dont le caractère supplétif continue d'être affirmé : « *le nu-proprétaire est titulaire du droit de vote, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier* ». Le principe supplétif donc demeure. Quant à la limite jurisprudentielle posée à la liberté statutaire – l'usufruitier ne peut jamais être privé de son droit de voter l'affectation des bénéfices –, elle n'est pas reprise expressément. Elle reste actuelle néanmoins, puisque la solution était fondée sur un autre texte,

l'article 578 C. civ. Les travaux parlementaires sont du reste très clairs sur ce point. Bien sûr, il aurait été de bonne méthode de coucher la solution par écrit, pour une raison d'accessibilité de la règle de droit. La solution n'est demeurée pas moins certaine : l'attribution du droit de vote est régie, par les statuts, et à défaut de précision statutaire, par la loi – sans que l'usufruitier ne puisse jamais être privé de son droit de voter l'affectation des bénéfices.

Mais, et c'est là une innovation de la loi de simplification, le texte précise que lorsque le droit de vote lui est reconnu légalement ou statutairement, le nu-proprétaire peut confier à l'usufruitier l'exercice de ce droit de vote (et les statuts ne peuvent pas déroger à cette disposition). Le texte ne régit plus ici l'attribution du droit de vote, sa titularité, mais son exercice : lorsque le nu-proprétaire s'est vu attribuer le droit de vote, il peut en confier l'exercice à l'usufruitier. Si l'on y regarde de plus près, il s'agit d'un contrat par lequel l'un donne à l'autre le pouvoir d'exercer son droit de vote en son nom et pour son compte. Il s'agit donc d'un mandat (d'une procuration) ; il s'agit également d'une convention de vote.

Quel était l'objectif poursuivi par le législateur ici ? La chose n'est pas claire. Le sénateur Mohamed Soihili dans la proposition de loi indiquait : *« Ce dernier cas correspond à une pratique fréquente, qu'il serait utile de sécuriser juridiquement »*. La députée chargée de rapporter sur le texte, Typhanie Degois (d'ailleurs une ancienne étudiante du Master 2 droit des affaires diplômée il n'y a pas si longtemps que cela), indique que la loi *« ajoute également la faculté pour le nu-proprétaire de déléguer son droit de vote à l'usufruitier, ce qui constitue ainsi un nouvel aménagement de la règle qui prévoit que le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices »*. Enfin, le rapport du sénat mentionne que *« Le présent article prévoit également la faculté pour le nu-proprétaire de déléguer ses pouvoirs à l'usufruitier. Cette délégation étant courante dans la pratique, cette dernière précision semble utile pour la sécurité juridique des décisions collectives des sociétés prises avec de telles délégations »*. Il s'agirait donc de consacrer textuellement une pratique qui avait couru. Quelle pratique néanmoins ? Cela n'est pas certain. L'on peut penser à deux pratiques courantes – qui toutes deux passent par la conclusion d'un mandat de vote entre nu-proprétaire et usufruitier :

- Une première pratique est utilisée dans la situation suivante. La règle légale de répartition des pouvoirs s'applique soit que les statuts l'ait reprise, soit que les statuts n'aient rien prévu. L'assemblée s'apprête à voter une distribution de réserves. Qui est titulaire du droit de vote ? Si l'on considère que voter une distribution de réserves équivaut à voter sur l'affectation des bénéfices, le vote appartient à l'usufruitier. Les réserves sont en effet des bénéfices qui n'ont pas été distribués à la fin de l'exercice. Mais faut-il vraiment considérer que la distribution de réserves revienne à une affectation des bénéfices ? La Cour de cassation, lorsqu'elle a été interrogée sur le point de savoir qui du nu-proprétaire ou de l'usufruitier devait se voir attribuer les réserves distribuées sous forme de dividendes – c'est-à-dire à une toute autre occasion, a semblé considérer ces dividendes distribués sur les réserves non pas comme des fruits, mais comme des produits. Cela a fait germer le doute : peut-être le vote sur la distribution des réserves appartiendrait-il plutôt au nu-proprétaire. Pour contourner l'incertitude, la pratique a donc imaginé recourir à un mandat de vote confié par le nu-

propriétaire à l'usufruitier. De 2 choses l'une alors. Soit le droit de vote devait être reconnu à l'usufruitier et c'est bien lui qui a voté – la décision est valable. Soit le droit de vote devait être reconnu au nu-propiétaire, mais il a donné mandat de voter à l'usufruitier – la décision est encore valable. Voilà donc quelle pourrait être la pratique visée par le législateur.

- Le mandat de vote entre nu-propiétaire et usufruitier a encore une autre utilité pratique. Il n'est pas rare que les statuts réservent le droit de vote au nu-propiétaire, pour les décisions autres que l'affectation des bénéfices, afin que certains associés puissent bénéficier du régime fiscal avantageux du Pacte Dutreil. En effet, une donation de parts avec réserve d'usufruit ne peut bénéficier de ce dispositif, que si le droit de vote de l'usufruitier est statutairement limité aux décisions concernant l'affectation des bénéfices. C'est une exigence du Code général des impôts. Or cette répartition statutaire du droit de vote, ne convient pas forcément aux autres associés de la société, précisément aux autres usufruitiers, qui peuvent désirer exercer seul le droit de vote. Précisément ces autres associés peuvent se soustraire à la répartition statutaire du droit de vote, par le biais d'un mandat de vote. Voilà une autre pratique que le législateur aurait pu vouloir consacrer dans le corps de l'article 1844.

Mais en définitive, peu importe la pratique visée par le législateur, pourrait-on soutenir, l'important est le résultat : le nu-propiétaire peut donner mandat de voter à l'usufruitier. Cela n'est pas tout à fait certain – car la portée de la précision législative est loin d'être claire. La connaissance de la pratique exacte visée par le législateur pourrait être utile à l'interprète...

Venons-en justement aux questions que le texte suscite.

II. Les questions

J'évoquerai six questions soulevées par ce nouveau dispositif.

- (i) Les deux premières découlent de la première phrase relative au droit de participer.

L'on peut s'interroger d'abord sur le retentissement que la précision apportée par la première phrase du troisième alinéa pourrait avoir sur l'interprétation du premier alinéa. En effet, le premier alinéa énonce que tout associé a le droit de participer. Jusqu'alors, on entendait par « participer au sens » du premier alinéa, participer et voter. Cependant, la jurisprudence y donnait un sens différent lorsqu'elle avait à traiter du démembrement de propriété : participer s'entendait alors *stricto sensu*, à l'exclusion du droit de vote. Cette différence de sens n'était guère satisfaisante lorsqu'elle était d'origine jurisprudentielle. Elle l'est moins encore maintenant qu'elle est légale : peut-on bien donner, en effet, un sens différent au même terme employé à deux alinéas d'intervalle ? Alors ne se risque-t-on pas un jour à ce que la Cour opère un revirement pour admettre qu'un associé puisse être privé statutairement du droit de vote, du moment où il n'est pas privé du droit de participer ? Elle reviendrait ainsi sur la solution Château d'Yquem de 1999. Telle n'était clairement pas

l'intention du législateur. Le risque est-il pour autant inexistant, au moins à long terme ? L'on peut pousser un peu plus encore la réflexion. Un revirement de jurisprudence serait-il pas souhaitable (certains écrits doctrinaux ne s'y sont pas montrés hostiles) ? De sorte que l'on pourrait être ainsi satisfait de ce que le législateur ait apporté un peu d'eau au moulin des tenants de la privation du droit de vote... A l'inverse, devrait-on y voir un danger ? Ne pourrait-on pas souhaiter alors que le législateur précise l'alinéa 1^{er}, en indiquant que tout associé a le droit de participer et de voter ? Cette première interrogation peut être ainsi résumée : la réforme de l'alinéa 3 risque-t-elle d'affecter à terme l'interprétation de l'alinéa 1^{er} ? Si oui, faut-il y remédier ?

Il est une deuxième question, encore, que la réforme suscite inmanquablement : la nouvelle rédaction est-elle susceptible d'affecter la reconnaissance de la qualité d'associé ? Ce n'était clairement pas là l'intention du législateur. Mais toute modification apportée au droit de participer, dont la Cour de cassation a fait une caractéristique de la qualité d'associé, conduit nécessairement à s'interroger. Le texte nouveau ne pourrait-il pas finalement fournir un fondement textuel aisé à ceux qui prône la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier ? Il faut rappeler que la question est loin d'être théorique. La détermination de la qualité d'associé permet de déterminer le titulaire des droits et obligations que la loi reconnaît ou fait peser sur les associés : obligation aux dettes sociales dans les sociétés à risque illimité, possibilité de demander la nomination d'un administrateur provisoire ou d'un expert de gestion etc. La détermination de la qualité d'associé est également importante lorsque la loi rend nécessaire le décompte des associés. Par exemple, une société civile suppose une pluralité d'associés. Lorsque la société n'est plus constituée que d'un usufruitier et d'un nu-proprétaire peut-elle continuer de fonctionner régulièrement ? La réforme donc est-elle susceptible d'affecter la reconnaissance de la qualité d'associé ?

(ii) Les trois questions suivantes concernent, elles, l'exercice du droit de vote.

L'usufruitier peut se voir confier l'exercice du droit de vote par le nu-proprétaire. La convention peut être qualifiée de mandat ; elle peut être qualifiée encore de convention de vote. Cette analyse conduit à se poser trois questions.

D'abord, puisqu'il s'agit là d'un mandat, faut-il y appliquer le droit commun du mandat et avec quelles conséquences ? En droit commun, en effet, le mandat est librement révocable. En droit commun encore, le mandat qui porte sur des actes de disposition doit être exprès – le mandat conçu en des termes généraux, lui, n'embrasse que les actes conservatoires et les actes d'administration. L'on pourrait se demander ainsi si le nu-proprétaire peut confier un mandat de vote à l'usufruitier pour la durée de l'usufruit. Faut-il au contraire que le mandat soit donné pour une assemblée déterminée ? Faut-il plutôt distinguer selon que l'exercice du droit de vote constitue un acte d'administration ou un acte de disposition ? Et l'exercice du droit de vote constitue-t-il un acte d'administration ou un acte de disposition ? A admettre que le nu-proprétaire puisse confier un mandat pendant toute la durée de l'usufruit, serait-il bien efficace ou l'usufruitier risquerait-il à tout moment de se heurter à la révocation du mandat ? La question est évidemment d'une grande importance pratique. Notamment, lorsque le démembrement résulte d'une donation avec réserve

d'usufruit, le donateur usufruitier pourrait avoir envie d'ériger en condition de la donation, l'exécution d'une convention par laquelle le donataire nu-propriétaire lui confie l'exercice du droit de vote. Cette pratique est-elle envisageable ?

Ensuite, puisqu'il s'agit d'un mandat de vote, faut-il y appliquer le droit spécial du mandat de vote ? Dans certaines formes sociales, en effet, le mandat de vote – que l'on appelle encore procuration de vote – est réglementé. C'est le cas par exemple des SARL. Le Code de commerce prévoit qu'un associé ne peut se faire représenter que par un autre associé ou son conjoint ; il ne se peut se faire représenter par une autre personne que si les statuts le permettent. Les textes réglementaires prévoient encore que le mandat est donné pour une seule assemblée. Ces dispositions pourraient-elles s'appliquer au mandat conclu entre le nu-propriétaire et l'usufruitier ? Avec quelles conséquences ?

Enfin, puisqu'il s'agit d'une convention de vote, faut-il y appliquer les règles enserrant la validité des conventions de vote dégagées par la jurisprudence sur le fondement de l'alinéa 1^{er} ? Sur ce fondement, en effet, l'on a coutume d'affirmer que le mandat de voter doit être temporaire, spécial et donné en connaissance de cause, c'est-à-dire sur un ordre du jour déterminé. Voirin, par exemple, qui a consacré un article aux mandats permanents il y a près d'un siècle, écrit : « *L'émission d'un pouvoir permanent est (...) pour l'actionnaire l'équivalent d'une adhésion aveugle à toutes les résolutions qui pourront être soumises aux assemblées générales. C'est une abdication et, qui plus est, une abdication consentie dans la nuit, puisque l'actionnaire est hors d'état d'en mesurer actuellement la portée. Elle est nulle à cause de l'ignorance de son auteur* »¹. La Cour de cassation a d'ailleurs déjà eu l'occasion plus récemment d'annuler un mandat irrévocable au motif qu'il privait le mandant de sa liberté de vote, dans un arrêt en date du 17 juin 1974. A admettre l'application de ces solutions générales au mandat conclu entre le nu-propriétaire et l'usufruitier, la figure d'une donation avec réserve d'usufruit, conditionnée à l'exécution d'une convention de vote, précédemment évoquée, serait condamnée.

Pour conclure, l'on peut se poser une sixième question, plus transversale, cette réforme du droit commun des sociétés affecte-t-elle le droit des sociétés anonymes ? Il faut rappeler que l'attribution du droit de vote est régie par un article spécifique qui confère le droit de voter en assemblée générale ordinaire à l'usufruitier et en assemblée générale extraordinaire au nu-propriétaire. Dans ce contexte, la réforme, et plus précisément, les première et troisième phrases de l'alinéa 3, ont-elles vocation à régir les sociétés anonymes ? Le droit spécial déroge-t-il au droit général ? Les deux textes ont-ils au contraire vocation à s'appliquer conjointement ? Il faut remarquer que la question n'est pas sans importance pratique. Notamment, les textes réglementaires obligent aujourd'hui les sociétés anonymes à convoquer le titulaire du droit de vote, lorsque les titres sont nominatifs. Il semblait résulter de la lettre du texte réglementaire que l'usufruitier n'avait pas à être convoqué lorsqu'il n'était pas titulaire du droit de vote. S'il fallait admettre que le droit de participer bénéficie aussi à l'usufruitier, le texte réglementaire en deviendrait illégal. Et pour la société qui continuerait

¹ P. Voirin, « Les pouvoirs permanents souscrits par les actionnaires à l'effet de se faire représenter aux assemblées générales », *DH* 1931, chron. p. 49.



à respecter le texte réglementaire, la situation ne serait pas sans risque : la violation de l'article 1844 est sanctionnée par la nullité.

Voilà quelques interrogations donc, que je sou mets à votre réflexion.

* * *
*