

**Maîtriser le nouvel exercice conventionnel par l'usufruitier du droit de vote du nu-propriétaire
(L. n°2019-744 du 19 juill. 2019, art. 3)**

R. MORTIER

La loi n°2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés (dite « loi Soilihi »), a été publiée au JO du 20 juillet 2019 et est entrée en vigueur le lendemain, soit le 21 juillet 2019.

- ✓ Ce texte vient de loin, puisque la proposition de loi qui l'a portée avait été déposée au Sénat le 4 août 2014 par le sénateur Thani Mohamed Soilihi, aujourd'hui Vice-Président du Sénat, alors qu'il était rapporteur du projet de loi habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises. Le sénateur avait indiqué que de nombreuses suggestions complémentaires de simplification ou de clarification pouvaient être proposées. Puis... plus rien, jusqu'à ce que, un Président de la République et une législature plus tard, le texte sorte enfin de son état de léthargie.

L'élaboration de la loi du 19 juillet 2019 a été perturbée par l'adoption de la fameuse loi PACTE n°2019-486 du 22 mai 2019. Il a fallu, parfois dans l'urgence et donc imparfaitement, coordonner les deux réformes. C'est ainsi que la loi Soilihi a été expurgée de certaines dispositions consacrées par la loi PACTE (dispositions afférentes aux CAC notamment).

- ✓ Il eût certes été plus simple d'intégrer toutes les réformes dans la loi PACTE, mais le choix a été fait, délibérément, de laisser le processus d'adoption de la proposition de loi, entamé de longue date, suivre son cours, afin de « respecter le Parlement » (Typhanie Degois, in CR n°57 de la séance d'examen en commission des lois du 20 mars 2019). Le texte a connu en la dernière ligne droite de son parcours un coup d'accélérateur remarquable, puisque modifié par l'Assemblée nationale en première lecture, il a été adopté sans modification, en deuxième lecture, le 10 juillet 2019.

La loi Soilihi totalise 37 articles dont les deux premiers sont consacrés à la cession de fonds de commerce, et les autres au droit des sociétés, à l'exception peut être du dernier d'entre eux (art. 37), qui modifie l'article 1592 du Code civil, texte du droit de la vente, mais ce avec l'objectif premier de faire échapper au risque de nullité certaines cessions de droits sociaux.

Nous allons ici nous intéresser à l'article 3 de la loi, en ce que ce texte consacre notamment (outre la reconnaissance légale du droit de participer de l'usufruitier et du nu-propriétaire) la possibilité pour l'usufruitier de convenir avec son nu-propriétaire de l'exercice par le premier du droit de vote du second.

C. civ., art. 1844 consolidé

Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives.

Les copropriétaires d'une part sociale indivise sont représentés par un mandataire unique, choisi parmi les indivisaires ou en dehors d'eux. En cas de désaccord, le mandataire sera désigné en justice à la demande du plus diligent.

Si une part est grevée d'un usufruit, **le nu-propriétaire et l'usufruitier ont le droit de participer aux décisions collectives**. Le droit de vote appartient au nu-propriétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier. **Toutefois, pour les autres décisions, le nu-propriétaire et l'usufruitier peuvent convenir que le droit de vote sera exercé par l'usufruitier.**

Les statuts peuvent déroger aux dispositions ~~des deux alinéas qui précèdent~~ du deuxième alinéa et de la seconde phrase du troisième alinéa.

1. Mise en perspective du dispositif

Nouveauté : institution d'une faculté de dérogation conventionnelle. – La véritable nouveauté portée par l'article 3 de la loi Soilihi tient en l'institution d'un second niveau de dérogation, non plus statutaire, mais purement conventionnel. L'alinéa 3 de l'article 1844 du Code civil est en effet enrichi de l'ultime phrase suivante : « *Toutefois, pour les autres décisions, le nu-proprétaire et l'usufruitier peuvent convenir que le droit de vote sera exercé par l'usufruitier* ». Cette nouvelle liberté contractuelle est d'ordre public.

Maintiens

Maintien de la répartition légale du droit de vote. - La répartition légale actuelle demeure inchangée. La phrase classique bien connue des praticiens demeure, reprise à l'identique : « Le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier ». Pour les SA et SCA, l'article L. 225-110 du code de commerce continue de disposer que « le droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu-proprétaire dans les assemblées générales extraordinaires ».

Maintien de la faculté de dérogation statutaire. - Par ailleurs, la possibilité de déroger dans les statuts à ladite répartition légale est également maintenue en l'état (C. civ., art. 1844 al. 4 inchangé, et pour les SA et SCA, C. com., art. L. 225-110, al. 4 inchangé). Avec elle continuera de s'appliquer la jurisprudence fixant ses limites, et notamment celle interdisant, au visa de l'article 578 du Code civil, de priver l'usufruitier de son droit de voter l'affectation des bénéfices (Cass. com., 31 mars 2004, n° 03-16.694, FS-P+B, Hénaux c/ Filliette-Hénaux : JurisData n° 2004-023106 ; Dr. sociétés 2004, comm. 107, note H. Hovasse ; Bull. civ. 2004, IV, n° 70 ; D. 2004, p. 1167, obs. A. Lienhard ; JCP E 2004, I, 929, note A. Rabreau ; Bull. Joly Sociétés 2004, p. 836, avis M.-A. Lafortune, note J. Madon et Th. Jacomet), ou encore celle validant (Cass. com. 2 décembre 2008, n°08-13.185, F-D, Sté Plastholding c./Rapeaud, Dr. sociétés 2009, comm. 46, note M.-L. Coquelet : « « Les statuts sont libres de décider que le droit de vote sera dévolu à l'usufruitier en cas de démembrement des parts sociales, sauf à réserver le droit pour le nu-proprétaire d'être convoqué à l'assemblée générale et de s'y exprimer »).

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 :

- La **règle conventionnelle** (C. civ., art. 1844 al. 3, 2^{ème} phrase) : le nu-proprétaire et l'usufruitier peuvent accorder l'exercice du droit de vote à l'usufruitier lors de décisions collectives relevant, en principe, des prérogatives du nu-proprétaire ; les statuts de la société ne peuvent écarter ou restreindre cette faculté.
- A défaut, à titre supplétif, la **règle statutaire** (C. civ., art. 1844, al. 4) : les statuts peuvent déroger à la répartition légale des droits de

vote (v. ci-dessous), sous réserve de ne pas priver l'usufruitier du droit de vote relatif à l'affectation des bénéfices, ainsi que le décide la jurisprudence par application de l'article 578 du Code civil.

- A défaut encore, à titre hyper supplétif, la **règle légale** (C. civ., art. 1844, al. 3, 1^{re} phrase) : à l'exception du vote portant sur l'affectation des bénéfices, lequel est réservé par la loi à l'usufruitier, le droit de vote appartient au nu-proprétaire.

2. Portées du dispositif

Objectifs du dispositif. – Monsieur le sénateur Thani Mohamed Soilihi, rédacteur de la proposition de loi, a fait valoir, idée reprise par tous les rapporteurs, que la disposition vise à ce que le « nu-proprétaire [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 ».

Pourquoi instituer une faculté de répartition conventionnelle du droit de vote

En évoquant une « pratique fréquente », le sénateur Soilihi évoque 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 « démembres », 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 d'avantage fiscal à en contourner l'application : soit par le biais de mandats de vote donnés par le nu-proprétaire 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 exemple attribution du droit de vote à l'usufruitier dans toutes les assemblées). La pratique ayant inspiré au sénateur Soilihi la réforme consiste à insérer dans les statuts une clause prévoyant que l'usufruitier et le nu-proprétaire 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 Soilihi, l'efficacité concrète du dispositif dépendait largement des bonnes volontés convergentes de l'usufruitier, du nu-proprétaire, et des dirigeants.

Portée juridique du dispositif. - L'innovation est considérable. Elle vise à permettre entre tout usufruitier et son nu-proprétaire de parts ou actions, la conclusion d'un contrat, hors les statuts, tendant à accroître le droit de vote de l'usufruitier. Le dispositif ouvre la voie à une (des) répartition(s) de droits de vote à géométrie variable.

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

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-proprété 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 avoir en vertu de contrats passés avec leurs nus propriétaires respectifs qui l'accepteraient, exercer le droit de vote dans toutes les assemblées.

Portée fiscale du dispositif. – La portée fiscale du dispositif devrait être 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, ainsi que nous l'exposons dans l'encadré ci-après.

Incidences fiscales du dispositif

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 afin de les faire échapper aux contraintes que la loi pose en toute rigueur pour les seuls titres grevés par 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 autres¹, 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.

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 serait exercé ainsi réservé par les statuts au(x) 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).

3. Domaine du dispositif

Inapplication aux SA et SCA. – La nouvelle 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

¹ BOFIP, BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10-20140519, n°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** » (souligné par nous).

un texte de droit spécial (C. com., art. L. 225-110), lequel évince 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 précèdent, 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... »). 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.

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), détenant 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.

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 pourraient 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 désignations précitées.

Droits de vote concernant tout ou partie des « autres décisions ». – La phrase ajoutée par la loi Soilihi débute par la formulation suivante : « Toutefois, pour les autres décisions ». Quelles sont ces autres décisions visées par la loi nouvelle, décisions 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 confèreraient 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 al. 3 *in fine*, 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...

4. Modalités du dispositif

Durée. – Bien qu’ayant la nature juridique d’un mandat, il ne nous semble pas que la convention visée par l’article 1844 alinéa 3 soit soumise à l’interdiction des mandats généraux de vote dans les 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-proprétaire. 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 (5ans, 10 ans...), auquel cas la convention aura vocation à produire ses effets jusqu’au terme dudit usufruit. L’usufruit 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-proprétaire pour une durée de cinq ans renouvelables.

Objet : l’exercice du droit de vote. – Un premier point important doit être souligné : la loi nouvelle précise que le nu-proprétaire 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 al. 3 *in fine* semble demeurer celui du nu-proprétaire, 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 Soilihi ayant souhaité que le « nu-proprétaire [ait] la possibilité de déléguer intégralement son droit de vote à l’usufruitier ». L’article 1844 al. 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, ainsi que nous le détaillerons ultérieurement.

5. Efficacité du dispositif

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, une simple notification des caractéristiques essentielles de la convention (parties, durée, titres concernés, droits de vote dont l’exercice est transféré), effectuée par LRAR pour des questions évidentes de preuve, devrait suffire.

Révocation de la convention. – La nature juridique de mandat du transfert de l’exercice du droit de vote du nu-proprétaire 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-proprétaire) 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, ne prive pas le mandant du droit de renoncer à l’opération » (Cass. 1^{re} civ., 5 févr. 2002, Bull. civ. I, n°40 ; JCP G 2003, 10029, note Martin ; Cass. 1^{re} civ. 10 mai 2006, Bull. civ. I, n°269 ; *idem* pour le mandat d’intérêt commun : Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2001, Bull. civ. I, n°239). En ce cas cependant le mandant (nu-proprétaire) devrait indemniser le mandataire (usufruitier).

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 par le nu-proprétaire, mandant, du droit de révoquer la convention. Cependant, en ce cas, la

responsabilité du mandant nu-proprétaire 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-proprétaire engage sa responsabilité (A. Bénabent, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, LGDJ, Précis Domat, 12^{ème} éd., 2017, n°702). Il nous apparaît d'ailleurs, de manière générale, qu'en tout état de cause, le mandat de l'article 1844, al. 3 est un mandat d'intérêt commun en ce que l'usufruitier, qui l'exerce, ne le fait pas dans l'intérêt exclusif du nu-proprétaire mandant, mais également dans son propre intérêt, raison pour laquelle d'ailleurs il aura sollicité le contrat auprès du nu-proprétaire. 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 contrat (Cass. com., 11 déc. 1973, Bull. civ. IV, n°358 ; Cass. com., 10 oct. 1984, Bull. civ. IV, n°260). 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.

Dispositions à prévoir dans le contrat

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-proprétaire ;

-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.

Hypothèse particulière du contrat lié à une donation

Dans de nombreuses hypothèses, la convention de transfert de l'exercice du droit de vote sera conclue à l'occasion d'une donation (simple ou partage) par un associé (généralement non éligible au pacte Dutreuil transmission) de la nue-proprété de ses titres à ses enfants. En ce cas, le donateur, qui se sera réservé l'usufruit, souhaitera en cette qualité exercer le droit de vote dans toutes les assemblées. Le donateur pourra en ce cas parfaitement envisager de viser le contrat de transfert du droit de vote dans l'acte de donation afin d'en faire une charge de ladite donation. On sait que l'inexécution d'une telle charge ouvre la voie d'une révocation de la donation (C. civ., art. 953 et s.). Une telle révocation est rarement souhaitée par le donateur, au regard de ses effets radicaux ; elle constitue cependant en pratique une arme dissuasive incitant fortement le donataire à respecter ses engagements, de sorte qu'elle devrait conduire en pratique à l'absence de révocation par le donataire nu-proprétaire du transfert de l'exercice de son droit de vote consenti au profit de l'usufruitier donateur.

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-proprétaire de son droit de vote à l'usufruitier. Ainsi, à la fin du dernier alinéa de l'article 1844 réformé, il a remplacé les mots « des deux alinéas qui précèdent » 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-proprétaire (« seconde phrase du troisième alinéa », terme trompeur puisque second ne s'emploie pas en présence d'un troisième, ce qui est ici le cas).

Décès d'une des parties. – En cas de décès de l'une des parties (usufruitier, nu-propiétaire), il faut selon nous conclure à l'extinction du contrat. L'article 2003 du Code civil attache en effet expressément au décès du mandant ou du mandataire un effet extinctif du contrat, procédant de son caractère *intuitu personae*, lequel est absolument indéniable en l'espèce. Plusieurs cas peuvent cependant être envisagés.

- La première hypothèse concerne le **décès de l'usufruitier** (mandataire), à travers l'hypothèse fréquente de l'usufruit successif, autrement dénommé usufruit réversible. On sait qu'un tel usufruit est un second usufruit, qui s'ouvre à l'extinction du premier usufruit. L'hypothèse est généralement celle d'un conjoint survivant qui, au décès de son conjoint, devient usufruitier des biens dont ce dernier était lui-même usufruitier. Dès lors que la convention est consentie au bénéfice du premier usufruitier, et non au bénéfice du second, son caractère personnel conduit à l'extinction du mandat de vote, sans transmission à l'usufruitier successif. Cependant, rien n'interdit selon nous de stipuler le contraire, et ainsi de prévoir dans le contrat qu'au décès du premier usufruitier, l'usufruitier successif sera bénéficiaire du transfert d'exercice du droit de vote consenti par le nu-propiétaire. En ce cas, celui qui a vocation à devenir usufruitier successif devra être signataire de la convention en qualité de mandataire. Le nu-propiétaire, mandant, aura ainsi deux mandataires : l'un immédiat, et l'autre sous condition de sa survie au premier. On peut considérer qu'en réalité il y a en ce cas deux mandats, à effets successifs, comme il y a deux usufruits à effets successifs. Il serait d'ailleurs parfaitement envisageable que le second mandat ait un périmètre de titres et de pouvoirs différent du premier.
- La seconde hypothèse concerne le **décès du nu-propiétaire** (mandant). Plusieurs observations peuvent être ici faites. En premier lieu, les actes conclus par le mandataire (usufruitier) restent valables tant qu'il n'est pas informé du décès (C. civ., art. 2008). Ajoutons que dans notre espèce particulière il y aura lieu d'informer la société de ce décès afin qu'elle puisse prendre acte de la fin du mandat et ne plus prendre en compte de ce chef l'exercice du droit de vote par l'usufruitier. Ce point peut poser une réelle difficulté. Supposons qu'un ascendant bénéficie de la part de sa fille, à laquelle il a donné la nue-propiété de ses titres, d'un transfert d'exercice de ses droits de vote. En cas de décès de cette dernière, ses héritiers, petits enfants de l'usufruitier donateur, seront déliés du mandat ainsi donné par leur mère.

CONCLUSION : rapprochement avec la convention d'attribution des réserves distribuées. Le régime de l'usufruit de droits sociaux semble évoluer vers un régime de plus en plus contractuel. On se souvient que, déjà, la Chambre commerciale de la Cour de cassation admet que l'usufruitier et le nu-propiétaire puissent convenir par contrat de la répartition entre eux des réserves sociales mises en distribution².

² Cass. com., 27 mai 2015, n°14-16.246 (Donier) et 24 mai 2016, n°15-17.788 (Mulliez) (« Dans le cas où la collectivité des associés décide de distribuer un dividende par prélèvement sur les réserves, le droit de jouissance de l'usufruitier de droits sociaux s'exerce, **sauf convention contraire** entre celui-ci et le nu-propiétaire, sous la forme d'un quasi-usufruit, sur le produit de cette distribution revenant aux parts sociales grevées d'usufruit, de sorte que l'usufruitier se trouve tenu, en application du premier des textes susvisés (C. civ., art. 587), d'une dette de restitution exigible au terme de l'usufruit »).