

# LA SEMAINE JURIDIQUE

## NOTARIALE ET IMMOBILIÈRE

4 OCTOBRE 2019, HEBDOMADAIRE, N° 40

ISSN 0242-5785



1284

### Patrimoine : avis du comité juridique de la FNDP

Par J.-Fr. Desbuquois,  
Cl. Farge, C. Lisanti,  
E. Naudin et R. Mortier

**767 Fiscalité** - Vers une réforme de la fiscalité des successions et des donations ? Aperçu rapide par J.-J. Lubin

**779 Loi de finances** - Projet de loi de finances pour 2020 : les principales mesures

**769 Notaire** - Le droit local alsacien mosellan : enjeux et perspectives, Libres propos par O. Vix

**768 Rural** - L'homme, l'animal et le droit : colloque, Libres propos par Ch. Lebel

**773 Régimes matrimoniaux** - L'époux commun en biens doit, s'il en est requis, informer son conjoint sur l'affectation des sommes d'une certaine importance qu'il a prélevées, Zoom par S. Bernard

**774 Mariage** - Nullité d'un mariage célébré à Las Vegas pour défaut de consentement, Zoom par A. Picard

**785 Techno** - 3 questions à J. Letourneux, FoxNot : pour la digitalisation de la relation clients-notaires

DROIT DU PATRIMOINE

1284

# Nouveaux avis du comité juridique de la FNDP



## Avant-propos



Le 11 février 2019 s'est tenu au Sénat sous la présidence de François Pillet, alors sénateur actuellement membre du Conseil constitutionnel, un colloque célébrant les dix ans de la Fédération Nationale de Droit du Patrimoine (FNDP). Professionnels, universitaires et étudiants étaient réunis autour du thème des réformes patrimoniales récentes et à venir. Cette manifestation fut l'occasion de présenter les travaux du comité juridique de la FNDP : plus d'une dizaine d'avis, exprimant les propositions du comité sur des questions patrimoniales mais également de droit des obligations. Fruit de la réflexion d'universitaires et de praticiens spécialistes des questions patrimoniales, les avis du comité procèdent tous du même esprit : afin d'améliorer la sécurité juridique nécessaire à la mise en œuvre des opérations patrimoniales, il s'agit tant de proposer des évolutions du droit que de sécuriser les pratiques. Ce dossier rend parfaitement compte du double objectif des travaux du comité.

• **Proposer des évolutions du droit du patrimoine.** – Trois des avis présentés à l'occasion de cette belle manifestation constituent une véritable interpellation du législateur<sup>1</sup>. Interpellation pour :

- faire évoluer le droit des régimes matrimoniaux en vue de garantir une réelle autonomie professionnelle aux époux (*Renforcer l'autonomie professionnelle des époux*, par Estelle Naudin) ;
- soutenir la fiducie patrimoniale en admettant la possibilité d'une fiducie transmission (*Dévrouiller la fiducie patrimoniale*, par Claire Farge) ;
- clarifier le concept de société holding animatrice de groupe, notion qui suscite autant de difficultés conceptuelles que pratiques (*Sécuriser le concept de société holding animatrice de groupe*, par Jean-François Desbuquois).

• **Sécuriser les pratiques.** – Tel est l'objectif de l'avis suscité par la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019<sup>2</sup>, texte qui vient consacrer la possibilité d'organiser contractuellement l'exercice du droit de vote du nu-propriétaire de droits sociaux au profit de l'usufruitier (*Maîtriser le nouvel exercice conventionnel par l'usufruitier du droit de vote du nu-propriétaire*, par Renaud Mortier). Avis sur un thème d'une actualité brûlante et qui tend à attirer l'attention des praticiens, à la fois sur les potentialités offertes par le nouveau texte mais également sur les précautions qui s'imposent.

Gageons que ces avis de la FNDP susciteront l'intérêt des notaires et qu'ils contribueront utilement à une clarification et à une évolution positive du droit du patrimoine.

Cécile Lisanti  
présidente du comité juridique de la FNDP,  
professeur à l'université de Montpellier

1 Une publication à suivre dans ces colonnes rendra compte des autres avis présentés lors du colloque.

2 V. A. Reygrobelle, *Droit des sociétés : ce que modifie la loi du 19 juillet 2019* : JCP N 2019, n° 30-34, 1263.

## SOMMAIRE

1285 Renforcer l'autonomie professionnelle des époux, par Estelle Naudin

1286 Déverrouiller la fiducie patrimoniale, par Claire Farge

1287 Sécuriser le concept de société holding animatrice de groupe, par Jean-François Desbuquois

1288 Maîtriser le nouvel exercice conventionnel par l'usufruitier du droit de vote du nu-propiétaire, par Renaud Mortier

## RÉGIMES MATRIMONIAUX

1285

## Renforcer l'autonomie professionnelle des époux

- Le comité juridique de la Fédération nationale de droit du patrimoine (FNDP) a eu l'occasion d'émettre deux avis soulignant la nécessité de garantir aux époux une réelle autonomie professionnelle.
- Quant à l'exercice de l'activité via une structure sociétariaire, une lecture restrictive de l'article 1832-2 du Code civil, limitant son champ d'application, est proposée.
- Quant aux clauses du contrat de mariage visant à protéger l'outil professionnel d'un époux en cas de divorce, une réécriture de l'article 265 du Code civil est souhaitée.



Étude rédigée par :  
**Estelle Naudin**,  
*professeur à la faculté de droit de Strasbourg,*  
*directrice du Master Droit du patrimoine,*  
*ingénierie juridique et fiscale du patrimoine*

1 - « *Chaque époux peut librement exercer une profession* ». Le principe est énoncé avec force par l'article 223 du Code civil, dans une rédaction aujourd'hui égalitaire. De fait, dans notre société contemporaine, les deux époux mènent le plus souvent une activité professionnelle, que ce soit par goût ou par nécessité économique. Toutefois, l'autonomie professionnelle des époux peut être mise à mal et soulève des difficultés que le comité juridique de la Fédération nationale de droit du patrimoine a eu l'occasion de souligner dans deux hypothèses distinctes.

2 - D'une part, lorsque le couple n'a pas rédigé de contrat de mariage, le régime légal de la communauté réduite aux acquêts concilie difficilement l'autonomie professionnelle avec l'exercice d'une

activité par le biais d'une structure sociétariaire. L'interprétation de l'article 1832-2 du Code civil a ainsi retenu l'attention du comité juridique, qui a proposé d'en retenir une lecture restrictive quant à son champ d'application<sup>2</sup> (1).

3 - D'autre part, lorsque le couple entend rédiger un contrat de mariage visant à assurer une large autonomie professionnelle aux époux sans sacrifier toute association patrimoniale, l'effectivité des clauses de leur convention peut être discutée en cas de divorce. L'article 265 du Code civil mériterait ainsi une réécriture<sup>3</sup> (2).

### 1. La lecture restrictive du champ d'application de l'article 1832-2 du Code civil

4 - Pour mesurer les difficultés concrètes que pose ce texte, prenons un exemple simple. Voici un couple marié, qui n'a pas pris

2 V.E. Naudin, *Champ d'application de l'article 1832-2 du code civil : pour une approche restrictive* : JCP N 2015, n° 44, 1193.

3 V.Cl. Farge, J.-Fr. Desbuquois, E. Naudin, *Pour une réécriture de l'article 265 alinéa 2 du code civil* : JCP N 2018, n° 39, 1289.

1 Le style oral de cette contribution a été conservé.

soin de dresser un contrat de mariage préalablement à leur union. À l'époque, les époux étaient jeunes, insouciants et sans le sou, les conseils d'un notaire leur paraissant superflus. Madame est aujourd'hui infirmière en secteur hospitalier. Monsieur, cadre dans une grande société, décide, à la suite de son licenciement, de fonder son entreprise. Avec un associé, il crée alors une SARL en apportant l'indemnité de licenciement qu'il vient de percevoir. Est donc en cause l'apport de fonds communs à une société.

5 - Au regard des dispositions de l'article 1832-2 du Code civil, alors même que la société vise à développer l'activité professionnelle de monsieur, l'apport des fonds communs devrait conduire à informer son épouse de son projet. Cette dernière pourrait, dès la réalisation de l'apport, demander à être associée pour la moitié des parts, sans que monsieur ne soit en mesure de s'y opposer. Si madame n'a pas demandé à être associée au moment de l'apport, elle pourrait encore ultérieurement demander à revêtir cette qualité pour la moitié des parts, et ce, tant qu'un divorce n'a pas été définitivement prononcé.

C'est dire si l'autonomie professionnelle de monsieur se révèle relative. À tout moment, l'associé majoritaire qu'il est, assurant la conduite des affaires sociales et de l'entreprise, pourrait se retrouver minoritaire. Un conflit conjugal pourrait parasiter la gestion de l'entreprise s'il n'a pas été demandé au conjoint de renoncer à revendiquer sa qualité d'associé au temps du bonheur des époux.

6 - Dans ce contexte, une lecture restrictive du champ d'application de l'article 1832-2 du Code civil a été proposée par le comité juridique de la FNDP. Pour résoudre les difficultés soulevées par ce texte, il importait de revenir à l'essentiel, à savoir l'organisation des pouvoirs des époux régis par l'article 1421 du Code civil. Ce texte, après avoir posé dans un premier alinéa le principe de la gestion concurrente de la masse commune, ajoute dans un deuxième alinéa que l'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci, le tout, précise l'alinéa 3, sous réserve des articles 1422 à 1425 du Code civil. L'article 1421, alinéa 2 du Code civil déroge ainsi au principe de la gestion concurrente régissant les actes accomplis par les époux. Or, il apparaît que l'article 1832-2 du Code civil n'est que la traduction, sur le terrain du droit des sociétés, du principe de la gestion concurrente<sup>4</sup>. En effet, le texte organise l'exercice des pouvoirs au sein de la société lorsque les droits sociaux non négociables acquis par un époux sont communs et relèvent, en principe, de la gestion concurrente. Il faut en tirer la conclusion que l'article 1832-2 du Code civil ne doit pas s'appliquer lorsque l'époux exerce, par le biais de la société, une profession séparée nécessitant de lui reconnaître des pouvoirs exclusifs tant pour les actes d'administration que de disposition. La seule exception à l'autonomie de l'époux associé résulterait de l'article 1421 alinéa 3, qui renvoie aux articles 1422 à 1425 du Code civil. Ainsi, par exemple, l'accord des deux époux est requis pour vendre les parts sociales communes, tout comme la vente

d'un fonds de commerce commun nécessite l'accord du couple. De même, la donation des parts sociales non négociables ou l'affectation des parts communes en garantie de la dette d'un tiers suppose l'accord des deux époux.

## ATTENTION

→ Lorsque la société est le cadre dans lequel s'exerce l'activité professionnelle d'un époux, l'article 1832-2 du Code civil ne saurait donc s'appliquer, à défaut de quoi l'autonomie professionnelle d'un époux se trouve restreinte au-delà des nécessités imposées par la protection de la communauté.

7 - Cette clarification est nécessaire. En effet, les praticiens, compte tenu des sanctions prévues par l'article 1832-2 du Code civil, adoptent une démarche prudente qui consiste, aujourd'hui, à appliquer ce texte à tout apport de biens communs. Une telle clarification pourrait déjà être l'œuvre du juge en l'état actuel des textes. Mais à la lumière de la jurisprudence récente rendue en la matière, l'intervention du législateur paraît opportune pour veiller à la cohérence du régime des droits sociaux communs. La notion même de parts dites « non négociables » est difficile à cerner dans le paysage actuel du droit des sociétés compte tenu de l'engouement que suscitent aujourd'hui les sociétés par actions simplifiées. Ces sociétés sont bien éloignées du modèle de la société anonyme que le législateur avait en tête lors de la rédaction des textes du droit des régimes matrimoniaux.

8 - Ainsi, devant les mutations de notre société, tant dans la vie familiale que professionnelle des époux tant les carrières sont moins linéaires que par le passé, l'heure est venue de procéder à une adaptation des règles du régime légal. À défaut, les époux n'auront d'autre choix que de se détourner du régime de la communauté réduite aux acquêts afin d'assurer leur autonomie professionnelle. C'est alors une seconde difficulté qui va apparaître. L'article 265 du Code civil, relatif aux conséquences du divorce des époux, pourra menacer l'effectivité des clauses de leur contrat de mariage. Une 2<sup>e</sup> proposition du comité juridique de la FNDP retient ici l'attention, la réécriture du texte se révélant nécessaire.

## 2. La réécriture de l'article 265 du Code civil

9 - Chacun perçoit combien le régime de communauté peut être lourd de conséquences pour un époux chef d'entreprise. Au-delà de l'irruption du conjoint au sein du cercle des associés, le partage de la valeur de l'entreprise créée en cours d'union peut s'avérer impossible, et emporter au final une cession de l'entreprise. Le régime de la séparation de biens pure et simple permet d'éviter ces résultats.

Pour autant, ce régime n'est pas nécessairement conforme aux souhaits des époux, moins soucieux de cloisonner jalousement leur patrimoine que de préserver leur autonomie professionnelle et leurs actifs professionnels en cas de divorce.

<sup>4</sup> Déjà en ce sens : J. Revel, *Droit des sociétés et régime matrimonial : présence et discrétion* : D. 1993, chron. p. 33, spéc. n° 21.

10 - Face à ce souhait légitime des couples, les praticiens sont toutefois bien en peine de garantir l'effectivité des clauses d'un contrat de mariage visant, uniquement en cas de divorce, à éviter un partage en valeur des actifs professionnels. L'article 265 du Code civil, issu de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, dispose en effet que : « *Le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage et sur les donations de biens présents quelle que soit leur forme* ». Toutefois, l'alinéa 2 du texte prévoit la révocation de plein droit « *des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux [...] sauf volonté contraire de l'époux qui les a consentis. Cette volonté est constatée dans la convention signée par les époux et contresignée par les avocats ou par le juge au moment du prononcé du divorce et rend irrévocables l'avantage ou la disposition maintenus* ».

11 - Pour mesurer les inconvénients de ce texte, prenons, une fois encore, un exemple. Voici un couple qui a décidé de se marier d'ici quelques semaines. Madame est actuellement salariée, mais elle envisage de créer prochainement son entreprise. Monsieur est professeur de littérature, et n'a pas du tout le goût des affaires. Le régime de la séparation de biens ne séduit pas le couple, précisément car les époux entendent adopter un régime réalisant une association patrimoniale qui peut s'avérer utile pour protéger le conjoint en cas de décès, ou en vue de transmissions futures pour leurs enfants. Le couple s'accorde néanmoins sur le fait de préserver l'entreprise qui sera créée par madame, en particulier en cas de divorce.

Imaginons que soit proposé à ce couple un régime de participation aux acquêts. Ce régime, qui a tout de même quelques adeptes bien qu'il soit très peu pratiqué par le notariat, présente, dit-on, les avantages d'un régime séparatiste pendant l'union, en ce qu'il assure une certaine autonomie aux époux et permet un cloisonnement des patrimoines très utile face aux dettes professionnelles. Mais c'est un régime d'esprit communautaire, permettant une association patrimoniale qui se manifesterà à la dissolution de l'union : seront comparés le patrimoine originaire et le patrimoine final de chacun, et celui qui s'est le plus enrichi sera débiteur d'une créance de participation.

12 - Pour répondre au souhait du couple d'éviter que cette association patrimoniale ne menace la pérennité de l'entreprise en cas de divorce, il est prévu une clause qui conduira, pour le calcul de la créance de participation, à exclure les biens professionnels. Aujourd'hui, l'efficacité de cette clause n'est pas garantie. En effet, le risque est que le raisonnement suivant soit tenu au jour du divorce. La clause qui conduit à exclure les biens professionnels dans le calcul de la créance de participation serait un avantage matrimonial, comme l'a d'ailleurs précisé la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 27 avril 2011<sup>5</sup>. Cet avantage matrimonial prendrait effet à la dissolution du régime. C'est bien là tout l'intérêt du régime de la participation aux acquêts, dont l'esprit communautaire ne se

manifeste qu'à la dissolution. Il en résulterait que, « mécaniquement », par application de l'article 265 du Code civil, cet avantage devrait être révoqué de plein droit en cas de divorce.

## REMARQUE

→ **La même difficulté pourrait d'ailleurs se poser pour d'autres types d'aménagements du régime matrimonial. Par exemple, si le couple adopte un régime de communauté, l'effectivité de la clause qui prévoit, en cas de divorce, la reprise à titre de propre de l'entreprise ou de la société créée en cours d'union, avec ou sans indemnisation de la communauté, pourrait être discutée.**

13 - Pour éviter le problème, pourrait-on alors prévoir, dès la conclusion du contrat de mariage, que les époux écartent cette révocation automatique de l'article 265 du Code civil ? Une réponse ministérielle du 26 mai 2009 apporte ici une réponse positive en énonçant que « la volonté des époux de maintenir les avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux et des dispositions à cause de mort peut être manifestée dans le contrat de mariage, le changement de régime matrimonial ou la libéralité. Au moment du divorce, le juge constatera l'accord de l'époux pour rendre irrévocable l'avantage ou la disposition consentis »<sup>6</sup>.

Pourtant, le juge ne semble pas partager une telle souplesse. Ainsi, la Cour de cassation admet que soit réputée non écrite une clause de non-divorce inscrite dans une donation de biens présents entre époux au motif qu'il est interdit de déroger à l'article 265, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil<sup>7</sup>. Le juge écarte également toute efficacité des conventions entre époux relatives à la liquidation du régime matrimonial si elles sont antérieures à l'assignation ou la requête conjointe en divorce<sup>8</sup>. C'est ce qui explique d'ailleurs que le législateur ait dû intervenir pour veiller à l'efficacité de la clause dite « alsacienne », en ajoutant un alinéa 3 à l'article 265 : « *les époux pourront toujours reprendre les biens qu'ils auront apportés à la communauté* ».

14 - L'éclaircie ne peut donc venir que du législateur. Le comité juridique de la FNDP, appuyant un vœu formulé par le 106<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, a souhaité souligner la nécessité d'une réécriture de l'article 265 du Code civil.

Une réponse ministérielle du 25 septembre 2018 laisse entrevoir une intervention prochaine du législateur<sup>9</sup>. Si la loi de programmation et de réforme pour la justice a sans doute été une occasion manquée, il semblerait que des travaux d'experts soient en cours sur la question. L'espoir est permis... ■

5 CA Paris, 27 avr. 2011, n° 10/08818 : *JurisData* n° 2011-007433 ; *JCP N* 2013, n° 41, 1240, note N. Duchange.

6 *Rép. min.* n° 18632 : *JOAN* 26 mai 2009, p. 5148, S. Huyghe ; *JCP N* 2009, n° 23, act. 428.

7 *Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 14 mars 2012, n° 11-13.791 : *JurisData* n° 2012-004171 ; *JCP N* 2012, n° 15, 1182, note Cl. Brenner ; *JCP N* 2013, n° 21, 1146, note Ch. Lesbats.

8 *Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 27 sept. 2017, n° 16-23.531 : *JurisData* n° 2017-018674 ; *JCP N* 2018, n° 21-22, 1194, note Ch. Lesbats.

9 *Rép. min.* n° 12382 : *JO* 1<sup>er</sup> janv. 2019, p. 12457, M. Delpon.

## FIDUCIE

1286

# Déverrouiller la fiducie patrimoniale

- La Fédération nationale de droit du patrimoine (FNDP) soutient le développement de la fiducie patrimoniale. Dans cette perspective, elle a émis un avis en 2016 pour soutenir la possibilité d'une fiducie transmission qui ne bute pas sur la prohibition de la fiducie libéralité.

- Le colloque des 10 ans de la FNDP en 2019 a été l'occasion d'interpeller le législateur afin qu'il lève enfin les obstacles textuels à une pratique « détendue » de la fiducie en matière d'ingénierie patrimoniale.



Étude rédigée par :

Claire Farge,  
docteur en droit, avocate, cabinet d'avocats  
Fidal

1 - Parce que « le Sénat a pour rôle de contribuer à l'élaboration de la loi et, par là même, à la modernisation de notre système juridique et à l'attractivité de notre territoire »<sup>1</sup>, le lieu est particulièrement bien choisi pour y faire résonner l'appel fait depuis longtemps par la pratique et la doctrine pour un « déverrouillage » de la fiducie gestion et notamment la suppression de l'interdiction de la fiducie libéralité<sup>2</sup>.

La pratique (conseils, avocats, notaires) est particulièrement sollicitée pour trouver une solution à deux types de problématiques.

2 - La première consiste à décharger un ou plusieurs héritiers de la gestion du patrimoine transmis (par donation, succession ou assurance-vie) en la confiant à un professionnel qualifié dans deux types de situations fréquemment rencontrées : présence, parmi les héritiers, d'une personne vulnérable ou présence dans le patrimoine à transmettre soit d'un bien dont la gestion requiert un savoir-faire particulier (ou en tous cas un savoir-faire que n'a pas l'héritier) soit d'un ensemble de biens indivisibles ou envisagés comme tels par le *de cujus*.

3 - La seconde est particulière aux dirigeants d'entreprise soucieux de mettre en place des solutions de prévoyance assurant la pérennité de leur entreprise en cas de survenance d'un accident de la vie et notamment celle de confier à des professionnels l'organisation d'une cession de droits sociaux en cas de disparition brutale ou d'incapacité permanente du dirigeant.

1 Ph. Marini, séance 17 oct. 2006, examen de la proposition de loi instituant la fiducie.

2 V. not. : Fr. Tripet, *La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ?* : Gaz. Pal. 21 oct. 2006, p. 6. – D. Louis-Caporal, *La fiducie-libéralité, réflexion sur une opération prohibée* : RTD civ. 2016, p. 49. – Br. Robin et R. Lantourne, *Osons la fiducie gestion : Actes prat. strat. patrimoniale 2018*, n° 1, dossier 2.

4 - La fiducie qui permet de confier une mission de gestion librement définie par le constituant à un professionnel, lequel peut s'entourer de la compétence d'autres professionnels si besoin, pourrait être un outil particulièrement pertinent pour répondre à ces demandes. Pourtant, en l'état actuel des textes, le praticien rencontre des réticences à l'utiliser.

5 - Cinq articles du Code civil sont particulièrement gênants.

Le premier pose le principe de l'interdiction de la fiducie libéralité : « *Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public* » (C. civ., art. 2013).

La qualification de fiducie libéralité est redoutée non seulement, pour la nullité encourue, mais aussi et encore plus, pour les sanctions fiscales qui y sont attachées : en cas de transmission dans une intention libérale de biens ou droits faisant l'objet d'un contrat de fiducie ou des fruits tirés de leur exploitation, les droits de mutation à titre gratuit s'appliquent au tarif prévu pour les transmissions entre étrangers (60 %), avec une majoration de 80 % (CGI, art. 792 bis et 1729).

6 - Les quatre autres articles sont :

– l'article 2028 du Code civil : « *Le contrat de fiducie peut être révoqué par le constituant tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire* » ;

– l'article 2029 du Code civil : « *Le contrat de fiducie prend fin par le décès du constituant personne physique* » ;

– l'article 408-1 du Code civil : « *Les biens ou droits d'un mineur ne peuvent être transférés dans un patrimoine fiduciaire* » ;

– l'article 509 du Code civil : « *Le tuteur ne peut, même avec une autorisation [...] transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou droits d'un majeur protégé* ».

7 - Ainsi que cela a été souligné dès les premiers commentaires de la loi de 2007, l'interdiction de la fiducie libéralité procède de fausses craintes. En effet, son introduction dans le Code civil ne porterait nullement atteinte à la réserve héréditaire. Intégrée au droit successoral français, rien n'empêcherait qu'elle soit « cantonnée » à la quotité disponible lorsque les biens transmis le sont à un héritier réservataire lequel doit recevoir sa réserve « libre de

charges » (*C. civ.*, art. 912). Ajoutons, par ailleurs, que la tentation d'un rejet systématique de tout ce qui serait susceptible d'infléchir notre ordre public interne successoral semble aujourd'hui largement balayée par la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de droit international privé<sup>3</sup>.

8 - Intégrée au droit civil des successions, la fiducie libéralité le serait tout autant à la fiscalité des transmissions à titre gratuit. Les textes permettant de l'appréhender en matière de droits d'enregistrement existent d'ailleurs déjà et permettent une totale neutralité par rapport à une détention des biens dans le patrimoine du disposant. En effet, l'article 668 ter du CGI dispose que, pour l'application des droits d'enregistrement, les droits du constituant résultant du contrat de fiducie sont réputés porter sur les biens formant le patrimoine fiduciaire et que, lors de la transmission de ces droits, les droits de mutation sont exigibles selon la nature des biens et droits transmis. Aucune précision n'est faite quant à la nature de la transmission visée par le législateur. Il faut donc comprendre que sont visées tant les transmissions à titre onéreux que les transmissions à titre gratuit.

## REMARQUE

→ Ce texte a, d'ailleurs, déjà vocation à s'appliquer lorsqu'une fiducie sûreté est transmise par succession aux héritiers du constituant décédé avant le règlement de sa dette (*C. civ.*, art. 2372-1, al. 2).

9 - L'introduction de la fiducie libéralité répondrait à une vraie nécessité. Premièrement, elle permettrait d'améliorer l'attractivité du droit français en lui conservant son intégrité et éviterait l'utilisation d'outils venant d'autres cultures et difficilement utilisables dans un contexte où la personne et/ou les biens sont situés en France (on pense ici au trust anglo-saxon).

Deuxièmement, elle serait un remède à la déjudiciarisation déjà entamée dans le domaine de la gestion patrimoniale des majeurs vulnérables. Le rapport de mission interministérielle sur l'évolution de la protection juridique des personnes remis le 21 septembre 2018 par Mme l'avocat général Anne Caron-Déglise fait d'ailleurs de l'utilisation de la fiducie comme mode de gestion patrimoniale au profit des personnes vulnérables l'une de ses propositions d'évolution souhaitée de notre droit<sup>4</sup>.

10 - Le récent anniversaire des 10 ans de l'ouverture de la fiducie aux personnes physiques<sup>5</sup> aurait dû être l'occasion saisie par le législateur de se repencher sur son ouvrage et de s'interroger sur les besoins de la pratique restant à satisfaire pour que la fiducie gestion ne reste pas une belle endormie. En 10 ans, il a été prouvé que les fiduciaires développent une pratique responsable mise en évidence par une absence de contentieux. Il conviendrait d'ail-

leurs de s'interroger sur l'obligation spécifique de garantie mise à la charge des avocats fiduciaires<sup>6</sup>, pourtant soumis à des règles déontologiques très strictes<sup>7</sup> : elle pénalise ces derniers dans le développement de cette activité<sup>8</sup>.

## REMARQUE

→ Or, pour l'instant, seule la réforme du régime de la fiducie sûreté a été programmée par le législateur<sup>9</sup> ce qui ne manque pas de faire l'objet de critiques : « le problème de la fiducie est ailleurs car son cœur de métier devrait être la gestion de patrimoine »<sup>10</sup>.

11 - Il est vrai que nous avons soutenu, dans un avis validé au sein de la FNDP<sup>11</sup>, qu'il est possible, en l'état du droit positif, d'organiser la réception par les héritiers des biens de la succession détenus par un fiduciaire, en dehors même de toute fiducie-sûreté. Car le schéma, prohibé, de la fiducie libéralité dans lequel le bénéficiaire, c'est-à-dire celui auquel les biens sont remis à titre gratuit par le fiduciaire, est, par définition distinct du constituant, c'est-à-dire de la personne qui a mis ces mêmes biens en fiducie, est bien différent de celui de la transmission à son héritier ou donataire des droits du constituant sur la fiducie.

12 - Cependant, l'ombre de la prohibition de la fiducie libéralité, assortie de lourdes sanctions civile (*C. civ.*, art. 2013) et fiscale (*CGI*, art. 792 bis et 1729), plane et elle rebute les praticiens dès qu'il s'agit d'utiliser la fiducie comme outil de prévoyance dans le cadre d'une transmission par décès.

13 - Afin de répondre aux attentes de la pratique, la fiducie gestion doit donc être libérée du carcan composé des cinq textes du Code civil et des deux textes du CGI qui en freinent l'utilisation. Un groupe de travail composé de praticiens et d'universitaires de renom a déjà remis à la Chancellerie, en 2017 des nouveaux textes « prêts à l'emploi », à insérer dans le Code civil<sup>12</sup>. Par ailleurs, il existe également un corps de textes « prêts à l'emploi » pour la taxation aux droits de mutation à titre gratuit dans le cadre d'une fiducie transmission<sup>13</sup>.

6 L'avocat fiduciaire doit fournir une garantie de restitution des biens mis en fiducie fixée à 20 % de la valeur des biens mobiliers et 5 % des biens immobiliers. Cette garantie couvre le risque de détournement des biens et non celui de mauvaise gestion.

7 RIN, art. 6.5 et code de bonne conduite édicté par l'association des avocats fiduciaires (Afidu).

8 V. sur ce point H. Letellier, *La fiducie en droit de la famille*, in *Mél. J. Prieur* : LexisNexis, 2014, p. 322.

9 L. n° 2019-486, 22 mai 2019, dite loi Pacte, art. 60, 10°. - V. Loi Pacte : ce que le notariat doit en retenir : JCP N 2019, n° 22-23, 1204-1210.

10 V. Rotaru, *La fiducie et le trust : une concurrence inégale* : D. 2018, p. 1763.

11 Permettre la transmission de la fiducie-gestion, J.-Fr. Desbuquois et Cl. Farge, préc. note 3.

12 V. également les réflexions de M. Grimaldi, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre* : *Defrénois* 30 sept. 1991, n° 18, p. 961.

13 V. *Projet de loi AN n° 2583, 20 févr. 1992, relatif au volet fiscal du projet de loi Fiducie, art. 12 et s.*

3 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151 : *JurisData* n° 2017-018698 ; JCP N 2017, n° 40, act. 850, obs. É. Fongaro ; JCP N 2017, n° 45, 1305, note É. Fongaro. - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 : *JurisData* n° 2017-018703 ; JCP N 2017, n° 40, act. 850, obs. É. Fongaro ; JCP N 2017, n° 45, 1305, note É. Fongaro.

4 V. prop. n° 42.

5 L. n° 2008-776, 4 août 2008, dite loi LME : JCP N 2018, n° 36, act. 593.



© ANUSORN NAKDEE - GETTY

14 - Le Sénat est un allié historique de la fiducie. C'est au sénateur Philippe Marini que l'on doit l'introduction de la fiducie en droit français. Il savait que la loi de 2007 n'était pas complète et nécessiterait plusieurs améliorations mais, conscient des réticences qu'elle suscitait à l'époque (soupçon de fraude et d'évasion fiscale, d'invasion du droit anglo-saxon et de contournement de la réserve héréditaire), il pensait décisif de procéder dans un premier temps à « l'acclimatation de ce concept en droit français »<sup>14</sup>.

15 - C'est à Robert Badinter que l'on doit les propos les plus lucides sur la fiducie libéralité et les soupçons de fraude qu'elle suscitait en 2006, lors des discussions parlementaires de l'époque : « il y a une sorte d'obsession selon laquelle la fiducie servirait à la fraude, et c'est cela qui paralyse littéralement le progrès du droit »<sup>15</sup>.

16 - C'est à Henri de Richemont que l'on doit d'avoir essayé, à l'occasion des débats parlementaires relatifs à la loi portant réforme des majeurs protégés<sup>16</sup> d'introduire la fiducie comme mode de gestion des patrimoines des personnes vulnérables, sous une forme qui est exactement celle reprise par le rapport de Mme Anne Caron-Dégli : « Cet amendement vise à ce que le tuteur puisse faire accepter par le juge la possibilité de conclure un contrat de fiducie [...]. Tout risque de fraude est écarté à partir du moment où c'est le juge qui accorde la possibilité de conclure un contrat de fiducie » (séance du 15 février 2007).

14 JO Sénat, séance du 17 oct. 2006.

15 JO Sénat, séance du 17 oct. 2006.

16 L. n° 2007-308, 5 mars 2007 : JCP N 2007, n° 11, act. 248.

17 - Le déverrouillage de la fiducie gestion est, on l'a compris, un sujet lié à la problématique de la transmission de l'entreprise : il aurait eu toute sa place dans la récente loi Pacte, du 22 mai 2019<sup>17</sup>. Commentant la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, le très regretté P. Crocq s'étonnait : « S'agissant de la fonction de gestion, il faut immédiatement remarquer que cette fiducie-gestion ne peut avoir en même temps pour fonction d'assurer la transmission à titre gratuit d'un bien à un tiers, alors qu'*a priori* on aurait pu croire que cela allait être un de ses aspects les plus intéressants, notamment pour faciliter la transmission d'entreprises »<sup>18</sup>.

18 - C'est aussi un sujet lié aux majeurs vulnérables et qui aurait donc pu figurer dans la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 programmation justice 2018-2022 qui consacre un certain nombre de propositions faites dans le rapport Caron-Dégli !

19 - **Conclusion** - Espérons que les réflexions actuellement menées autour de la réserve héréditaire et autour de la personne dépendante seront de nouvelles occasions pour le législateur, sous l'impulsion d'un Sénat soucieux de la modernité et de l'attractivité du droit français, de programmer (ou d'opérer immédiatement) le déverrouillage de la fiducie gestion. ■

17 L. n° 2019-486, 22 mai 2019, préc. note 9.

18 P. Crocq, *Le cœur du dispositif fiduciaire* : RLDC juill.-août 2007, p. 61.



## HOLDING

1287

# Sécuriser le concept de holding animatrice de groupe

- La holding animatrice de groupe est une notion cruciale pour l'application de nombreux dispositifs fiscaux.
- Elle pose toutefois des difficultés tant au niveau de son concept, que de sa mise en œuvre, qui sont source d'insécurité juridique pour les contribuables.
- La Fédération Nationale de Droit du Patrimoine (FNDP) et le Sénat sont conscients de la nécessité de codifier et de préciser cette notion pour la sécuriser.



Étude rédigée par :

Jean-François Desbuquois,  
avocat associé, Fidal

1 - De nombreux dispositifs fiscaux ont été institués par le législateur français au cours des dernières décennies pour favoriser la création, la détention ou la transmission des entreprises sociétaires. Ils présentent la caractéristique commune d'être conçus dans la perspective de leur application à une hypothèse simple : celle d'un redevable associé d'une société unique, exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale. Dans le cadre de ces régimes, la loi a jusqu'à une époque très récente méconnu l'existence des groupes de sociétés. Et lorsqu'elle l'a envisagée, elle n'est parvenue à traiter que de façon détournée et imparfaite la complexité supplémentaire qui résulte de ce mode d'organisation (l'activité de la holding de tête, qui consiste à détenir des titres de participations est en principe de nature civile et donc non éligible, alors même que celle des filiales qu'elle détient le serait). La solution généralement retenue par ces dispositifs consiste à neutraliser fictivement l'existence de la holding, en considérant qu'elle n'est que le moyen indirect pour le redevable de détenir sa participation dans les sociétés opérationnelles (notion de « société interposée »), ce qui permet de continuer à apprécier les conditions du dispositif au niveau de ces dernières.

2 - Toutefois la doctrine administrative depuis 1978, et plus récemment la loi au titre de rares dispositifs (*CGI, art. 199 terdecies-0 A, anc. art. 885-0 V bis, art. 150-0 D et art. 966*), ont identifié au sein des holdings une catégorie particulière, celle dite des « holdings animatrices de groupe », auxquelles elles ont reconnu le droit à une application directe des régimes, en les assimilant à des sociétés exerçant une activité commerciale.

3 - Le dilemme pour l'associé d'une holding est alors le suivant : appliquer les dispositifs fiscaux sur les titres d'une holding, considérée comme animatrice de son groupe, est souvent plus simple et plus efficace que de recourir à la notion de société interposée (champ d'application plus large, conditions moins nombreuses, efficacité supérieure de l'exonération). Mais revendiquer la notion de holding animatrice l'expose à un risque important. Il ouvre la possibilité à l'administration fiscale de contrôler *a posteriori* l'exactitude de cette qualification, et si elle se révèle erronée, de remettre en cause le régime de faveur appliqué, non du fait que le redevable n'en aura pas respecté les conditions, mais parce qu'il l'aura fait sur la « mauvaise » société. Et, il lui sera alors impossible de revendiquer par substitution l'application du dispositif par société interposée, qui aurait impliqué un mode de mise en œuvre différent à l'origine.

4 - Il est donc vital pour les associés de groupes de sociétés de pouvoir déterminer avec certitude si la holding dont ils détiennent les titres est animatrice ou non.

5 - Or, les enjeux de cette question pour eux, et plus largement pour l'économie nationale, sont absolument cruciaux :

– d'une part, les groupes sont de plus en plus nombreux. Environ 80 000 sociétés qui déposent leurs comptes sociaux au greffe ont un code APE correspondant à une activité de holding. Les statistiques disponibles indiquent aussi que le tiers des PME employant de 10 à 250 salariés sont détenues par des holdings, et que cette proportion bondit à 62 % pour les PME employant entre 100 et 250 salariés. Quant aux ETI, la quasi-totalité d'entre elles sont constituées sous forme de groupes de sociétés détenus par une holding ;

– d'autre part, de très nombreux dispositifs fiscaux spécifiques aux entreprises sont concernés que ce soit en matière d'IR (réduction « Madelin », plus-values de cession de valeurs mobilières) ; de droits de mutation à titre gratuit (pactes Dutreil, paiement différé et fractionné) ; d'IFI (exclusions, ou exonération du « bien profes-

sionnel ») ; ainsi que certains existaient pour l'ISF qui continuent à produire des effets.

6 - Malheureusement les contribuables et leurs conseils sont souvent confrontés à d'importantes difficultés en la matière qui résultent du fait que tant le concept de holding animatrice, que les modalités de sa mise en œuvre concrète, sont délicats à apprécier. Ces incertitudes constituent actuellement une source d'insécurité juridique majeure pour les détenteurs d'entreprises organisées sous forme de groupes de sociétés.

## 1. Un concept incertain

7 - Le concept de holding animatrice soulève deux difficultés essentielles, l'une relative à sa définition, l'autre à sa nature juridique.

### A. - Difficultés concernant la définition

#### 1° Une définition univoque mais imprécise

##### a) Une définition identique communément admise par la loi, la jurisprudence et la doctrine administrative

8 - Élément favorable à l'unité du concept, les différentes instructions fiscales, reprises au BOFiP, et les quelques textes légaux évoquant la holding animatrice retiennent tous la même définition<sup>1</sup> : « les holdings animatrices de leur groupe sont celles qui outre la gestion d'un portefeuille de participations : participent activement à la conduite de la politique du groupe et au contrôle des filiales, et rendent, le cas échéant et à titre purement interne au groupe, des services spécifiques administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers ». L'absence d'approche systématique par le législateur n'a donc pas engendré autant de définitions spécifiques que de dispositifs différents, ce qui aurait fait éclater l'unité de la notion (on songe par exemple aux difficultés générées par le caractère polymorphe de la notion de société à prépondérance immobilière).

9 - La Cour de cassation et le Conseil d'État retiennent également cette définition, bien qu'ils n'en tirent pas les mêmes conséquences quant à la nature de son activité. Il est aussi remarquable de constater que dans une affaire où la qualification de holding animatrice était contestée au regard de deux dispositifs : un pacte Dutreil transmission (CGI, art. 787 B), d'une part, et le régime du paiement différé et fractionné des droits de donation (CGI, art. 397 A, ann. III), d'autre part, la Cour de cassation<sup>2</sup> a appliqué la définition classique pour l'ensemble des aspects du dossier nonobstant le fait qu'il existe une définition différente dans les

commentaires administratifs relatifs au paiement différé et fractionné. Ceci tend à confirmer que pour la jurisprudence le concept de holding animatrice est global et unique, quel que soit le régime fiscal concerné.

#### b) Qui demeure toutefois très abstraite et peu explicite

10 - Malgré cette belle unanimité dans la définition, force est de constater que sa mise en œuvre n'est pas toujours chose aisée en pratique compte tenu de la formulation abstraite et très générale des termes employés. Par exemple quel sens exact donner à la « politique du groupe », que la holding doit conduire ?

Il est difficile de le dire, dans la mesure où, ni la loi, ni les commentaires administratifs n'apportent de précisions supplémentaires en la matière. Il reste donc souvent délicat de déterminer concrètement ce qu'attend l'Administration ou le juge, en la matière compte tenu de l'absence de précisions suffisantes sur ce point.

### REMARQUE

→ Seules de rares décisions jurisprudentielles ont fourni quelques informations en indiquant que la holding doit participer « activement à la gestion des sociétés du groupe en prenant des décisions de politique commerciale ou d'orientations stratégiques »<sup>3</sup>. Si en revanche, la holding ne s'immisce que dans la gestion financière des filiales, ou des questions d'ordre administratif, cette activité semble insuffisante à elle seule à lui conférer la qualité d'animatrice.

#### 2° Des exigences supplémentaires « cachées » ?

11 - Depuis quelques années, l'Administration avait aussi tenté d'imposer des conditions supplémentaires, non écrites, sur trois sujets nouveaux : d'une part, une holding animatrice ne pourrait pas détenir une filiale foncière, d'autre part, elle devrait animer la totalité de ses participations, et enfin, il ne serait pas possible qu'un groupe soit détenu conjointement par plusieurs holdings co-animatrices (car seule la holding principale associée pourrait exercer le contrôle). Ces exigences « cachées » ont entraîné des contentieux dans plusieurs dossiers. Les redevables et les conseils qui ne les avaient pas appliquées, faute de pouvoir les connaître, ont résisté avec succès à ces prétentions infondées.

12 - La Cour de cassation a ainsi confirmé que peut être considérée comme animatrice la holding dont l'activité principale consiste à animer des participations, même si elle détient une participation non animée<sup>4</sup>. Elle a aussi jugé qu'une holding, détenant de façon minoritaire son groupe, pouvait malgré tout être considérée comme animatrice dès lors qu'elle participait à la conduite de la politique et au contrôle des filiales, conjointement avec l'associé majoritaire, dans le cadre d'un pacte d'associé conclu entre eux

1 Sauf pour le paiement différé et fractionné des droits de mutation à titre gratuit prévu à l'article 397 A de l'annexe III du CGI : le paragraphe 160 du BOI-ENR-DMTG-50-20-50 donne une définition différente de celle des autres dispositifs.

2 Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-19.770 : JurisData n° 2011-012356 ; JCP N 2012, n° 51-52, 1409, note J.-P. Garçon ; RFP 2012, comm. 19, note D. Barsus et J. Béguier.

3 Cass. com., 10 déc. 2013, n° 12-23.720 : JurisData n° 2013-028686 ; JCP N 2014, n° 20, 1202, note Fl. Deboissy.

4 Cass. com., 19 juin 2019, n° 17-20.556, 17-20.557, 17-20.560 : JurisData n° 2019-010843 ; RFP 2019, comm. 10, note O. de Saint-Chaffray.

concordants peut aboutir à retenir la qualification de holding animatrice.

21 - Cette méthode d'analyse, efficace au contentieux puisqu'elle laisse au juge une souplesse d'analyse bienvenue compte tenu de la diversité des situations qui peuvent lui être soumises, présente en revanche un inconvénient majeur, celui d'être très peu prévisible pour le redevable et ses conseils en amont lorsqu'ils préparent et structurent une opération.

## B. - Imbroglie autour de l'activité mixte

22 - Un sujet de complexité supplémentaire tend à se développer, dans l'hypothèse où la holding animatrice exerce simultanément une seconde activité de nature patrimoniale. Elle a donné lieu à des solutions jurisprudentielles récentes qui nous paraissent manquer de cohérence.

### 1° Activité mixte et pactes Dutreil

23 - De façon générale lorsqu'une société opérationnelle exerce une activité mixte, l'Administration<sup>10</sup> admet qu'elle demeure éligible en totalité au régime Dutreil, sous réserve de satisfaire à un double critère cumulatif : au moins 50 % de son chiffre d'affaire doit provenir de l'activité opérationnelle éligible et cumulativement son actif immobilisé doit représenter au moins 50 % de son actif brut total.

Mais ces critères sont-ils applicables aux holdings animatrices ? Pour la cour d'appel de Paris<sup>11</sup> seul le critère du bilan le serait, et non celui du chiffre d'affaire, et encore conviendrait-il de tenir compte de l'ensemble des activités du groupe ! Et, dans l'espèce, en cause la cour a considéré que la holding était effectivement animatrice en se bornant à constater que la valeur comptable de la participation qu'elle détenait était supérieure à 50 % de son actif brut total, ce qui semble assez déroutant !

### 2° Activité mixte et plus-values de cession de valeurs mobilières

24 - Le Conseil d'État a jugé pour sa part le 13 juin 2018 qu'en cas d'activité mixte, la holding ne demeure animatrice que si son activité d'animation est principale. Il a considéré en l'espèce que la holding l'était car la valeur vénale (et non comptable comme l'avait jugé la cour d'appel de Paris) de la participation animée par la holding était supérieure à 50 % du total de son actif brut. Les rapporteurs de cette affaire laissent toutefois entendre, dans

leurs commentaires, que ce critère ne serait peut-être pas le seul, et que d'autres pourraient le cas échéant être appliqués dans d'autres hypothèses.

25 - Il est donc particulièrement délicat de savoir si une holding animatrice, qui exerce également une activité patrimoniale (par exemple, la gestion d'un immeuble de rapport, ou d'une trésorerie qui n'est plus utilisée par le groupe), peut ou non bénéficier de l'un des dispositifs fiscaux concernés.

26 - **Conclusion : la pratique en attente d'une solution.** – Les praticiens réclament depuis des années la clarification du concept de holding animatrice et la sécurisation des conditions de sa mise en œuvre. La FNDP a ainsi adopté dès 2012 un rapport intitulé : « Holdings animatrices de leur groupe : proposition de clarification du statut »<sup>12</sup>.

Des propositions ont été également à plusieurs reprises portées par des parlementaires, certaines inspirées par le rapport de la FNDP, visant :

- à donner une définition légale à la holding animatrice,
- à en unifier le concept au regard de l'ensemble des dispositifs,
- et à adopter des présomptions permettant de sécuriser le redevable dans un certain nombre d'hypothèses d'application précisément identifiables.

27 - Il faut aussi saluer ici le rôle majeur du Sénat qui a soutenu cette démarche en adoptant en première lecture le 7 juin 2018 une proposition de loi en ce sens portée par les sénateurs Michel Vaspert et Claude Nougéin, puis en proposant de l'intégrer sous forme d'amendement lors de la loi de finances pour 2019.

28 - Il est donc particulièrement regrettable que la commission des finances de l'Assemblée nationale ait fait échouer cette initiative au motif qu'il ne serait pas opportun de figer dans la loi les critères de la holding animatrice. Il s'agit pourtant là d'une question concernant l'assiette de l'impôt qui relève en principe de la compétence exclusive du législateur. Il faut aussi relever que cet argument est totalement contredit par le fait que le législateur n'a pas hésité à codifier la holding animatrice au regard de l'IFI dans le cadre de la loi de finances pour 2018. Ne pas traiter cette question fondamentale pour l'application de nombreux dispositifs fiscaux, laisse l'insécurité planer sur de très nombreux et importants groupes de sociétés français. ■

<sup>10</sup> BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10.

<sup>11</sup> CA Paris, 5 mars 2018, n° 16/08688 : *JurisData* n° 2018-003621 ; *JCP N* 2018, n° 17, 1176, note Fr. Fruleux.

<sup>12</sup> J. -Fr. Desbuquois, Ph. Neau-Leduc, P. Julien Saint Amand, *Holdings animatrices de leur groupe. Proposition de clarification du statut* : *JCP N* 2012, n° 46, 1373.

## USUFRUIT

1288

# Maîtriser le nouvel exercice conventionnel par l'usufruitier du droit de vote du nu-proprétaire

- Depuis l'entrée en vigueur le 21 juillet 2019 de la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019, le nu-proprétaire de droits sociaux peut contractuellement confier à l'usufruitier l'exercice de son droit de vote.
- La Fédération Nationale Droit du Patrimoine (FNDP) insiste sur la nécessité de notifier à la société ce contrat qu'elle qualifie de mandat, comme tel révocable, et suggère un certain nombre de précautions contractuelles.



Étude rédigée par :  
Renaud Mortier,  
professeur agrégé de droit privé, président  
de la FNDP

**1 - Présentation générale.** – 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 *Journal officiel* du 20 juillet 2019 et est entrée en vigueur le lendemain, soit le 21 juillet 2019<sup>1</sup>. 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 (*L. n° 2019-744, 19 juill. 2019, 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.

**2 - Focus sur l'article 3.** – Nous allons ici nous intéresser à l'article 3 de la loi, en ce que ce texte modifie l'article 1844 du Code civil afin de consacrer (outre la reconnaissance légale du droit de participer de l'usufruitier et du nu-proprétaire) la possibilité pour l'usufruitier de convenir avec son nu-proprétaire de l'exercice par le premier du droit de vote du second. Voici le texte de l'article 1844 tel que modifié par l'article 3 de la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 : « *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-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.*

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

**3 - Nouveauté : institution d'une faculté de dérogation conventionnelle.** – La véritable nouveauté portée par l'article 3 de la loi Soilihi tient en la faculté pour le nu-proprétaire de faire exercer son droit de vote par l'usufruitier. 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 en ce qu'elle ne peut pas être écartée par les statuts.

## REMARQUE

➔ La FNDP souligne que le régime de l'usufruit de droits sociaux évolue de manière générale vers un régime de plus en plus contractuel. On se souvient que, déjà, l'article L. 225-140, alinéa 4 du Code de commerce dispose que lorsque des actions sont grevées d'un usufruit, l'usufruitier et le nu-proprétaire peuvent régler par convention les conditions d'attribution et d'exercice du droit préférentiel de souscription, ainsi que d'attribution des titres nouveaux. On sait également que la chambre commerciale de la Cour de cassation admet que l'usufruitier et le nu-proprétaire puissent convenir par contrat

<sup>1</sup> V. JCP N 2019, n° 30-34, 1263. – R. Motier, *La loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés : Dr. sociétés 2019, repère 9.*

de la répartition entre eux des réserves sociales mises en distribution<sup>2</sup>. Désormais l'usufruitier peut également par contrat bénéficiaire, de la part du nu-propiétaire, d'un droit d'exercer tout ou partie des droits de vote que les statuts ou la loi attribuent à ce dernier.

## 1. Articulation du nouveau dispositif avec les règles d'attribution légale et statutaire du droit de vote

**4 - Niveaux d'interventions différents.** – Il faut bien comprendre que le nouveau dispositif, qui vise l'exercice du droit de vote (« sera exercé ») intervient en aval des dispositifs premiers que sont les attributions du droit de vote par les statuts et à défaut par la loi. La loi continue de poser que « Le droit de vote appartient au nu-propiétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier ». Les termes ne sont pas neutres : « appartient » ; « réservé ». Il est ici question de déterminer l'attributaire, le titulaire du droit de vote. Il en est de même pour le mécanisme statutaire, puisque ce dernier est présenté par la loi comme une faculté de dérogation à la règle de répartition légale.

**5 -** En revanche, le nouveau mécanisme ne prétend pas modifier l'attribution du droit de vote. Il la laisse en l'état de la loi ou des statuts. Les titulaires du droit de vote restent ceux désignés par les statuts ou à défaut par la loi, sous les mêmes limites que celles posées jusqu'ici par la jurisprudence. Seulement, une fois cette détermination faite, le dispositif nouveau permet au nu-propiétaire de transférer en accord avec l'usufruitier, en dehors des statuts, par un contrat signé par tous les intéressés (usufruitier(s) et nu(s)-propriétaire(s) des mêmes actions ou parts sociales) l'exercice (et non sa titularité) de tout ou partie des droits de vote qu'il tient de la loi ou des statuts.

**6 - Attribution d'abord ; transfert d'exercice ensuite.** – 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 de fixer dans l'ordre suivant :

– **l'attribution du droit de vote** par application de la règle statutaire (*C. civ.*, art. 1844, al. 4) ou à défaut légale (*C. civ.*, art. 1844, al. 3, 2<sup>e</sup> phrase) de répartition du droit de vote entre usufruitier et nu-propiétaire ;

– **l'exercice du droit de vote** tel que résultant de cette attribution peut ensuite être modifié par le transfert contractuel hors statuts du nu-propiétaire à l'usufruitier de tout ou partie de son droit de vote.

### REMARQUE

→ Notons d'ores et déjà que ce transfert d'exercice du droit de vote est à sens unique, et ne peut être réalisé qu'au profit de l'usufruitier, de sorte que si au terme de la première étape, l'usufruitier se voit déjà attribuer la totalité du droit de vote, ce qui n'est pas rare, la nouvelle règle conventionnelle (*C. civ.*, art. 1844, al. 3, 2<sup>e</sup> phrase) n'aura aucune utilité.

## 2. Portée juridique considérable du dispositif

**7 - Objectifs du dispositif.** – Le sénateur Thani Mohamed Soilihi a fait valoir, idée reprise par tous les rapporteurs, que la disposition vise à ce que le « nu-propiétaire [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 ».

**8 - Pourquoi instituer une faculté de répartition conventionnelle du droit de vote** – En évoquant une « pratique fréquente », le sénateur Soilihi évoque le fait que souvent l'usufruit naît 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 ».

**9 -** 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 d'avantage fiscal à en contourner l'application : soit par le biais de mandats de vote donnés par le nu-propiétaire 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).

<sup>2</sup> *Cass. com.*, 27 mai 2015, n° 14-16.246 : *JurisData* n° 2015-012551 ; *JCP N* 2015, n° 40, 1177, note Ch. Blanchard ; *JCP N* 2017, n° 8, 1112, note St. Fagot. – *Cass. com.*, 24 mai 2016, n° 15-17.788 : *JurisData* n° 2016-009988 ; *JCP N* 2017, n° 8, 1112, note St. Fagot (« 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 »).

10 - 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.

11 - **Mise en œuvre 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.

### EXEMPLE

→ 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-proprété n'a pas bénéficié de l'abattement Dutreil, pourraient avoir en vertu de contrats passés avec leurs nus-proprétaires respectifs qui l'accepteraient, exercer le droit de vote dans toutes les assemblées.

12 - **Vœu.** – La FNDP regrette que le transfert d'exercice du droit de vote ait été pensé à sens unique, au bénéfice du seul usufruitier. Un tel unilatéralisme n'est en réalité possible que parce que l'usufruitier est souvent l'ascendant du nu-proprétaire et que comme tel il a l'ascendant sur ce dernier, à qui il aura transmis ses droits. Cependant, on aurait parfaitement pu imaginer, bien que l'hypothèse puisse sembler assez rare, qu'un usufruitier et un nu-proprétaire négocient entre eux au sens véritable du terme la répartition de l'exercice de leurs droits. L'usufruitier aurait pu transférer au nu-proprétaire l'exercice d'une partie de ses droits de vote contre l'exercice de certains des droits de vote du nu-proprétaire.

### 3. Portée fiscale neutre du dispositif

13 - **Pratiques envisageables.** – 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'usufruit. 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.

14 - 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 autres<sup>3</sup>, 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-proprétaire par voie de convention un élargissement de ses pouvoirs.

15 - **Pratiques déconseillées pour risque d'abus de droit fiscal.** – En revanche il faut mettre en garde le contribuable contre toute tentation de contourner, pour les titres grevés d'un engagement de conservation, la contrainte posée par l'article 787 B, i précité du CGI en respectant à la lettre la règle 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 ainsi réservé par les statuts au (x) nu(s)-propriétaire(s) serait finalement exercé en tout ou partie par l'usufruitier.

### ATTENTION

→ 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).

### 4. Domaine du dispositif

16 - **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 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 indé-

<sup>3</sup> BOFIP, BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, 19 mai 2014, § 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).

blement 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... »).

17 - 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.

18 - **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.

19 - **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.

20 - **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.

21 - 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.

## EXEMPLE

→ Ainsi l'usufruitier pourrait, au titre de la convention de l'article 1844, alinéa 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...

## 5. Modalités du dispositif

22 - **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-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. 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-propriétaire pour une durée de 5 ans renouvelables.

23 - **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* 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 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, ainsi que nous le détaillerons ultérieurement.

## 6. Efficacité du dispositif

**24 - Notification de la convention à la société.** – La FNDP insiste tout particulièrement sur la nécessité de rendre le contrat opposable à la société au sein de laquelle le droit de vote est destiné à être exercé. La loi ne précise pas le procédé permettant de satisfaire cet objectif. Il est cependant essentiel que la société, par l'intermédiaire de son ou de ses représentants légaux, soit à tout le moins informée de l'existence du transfert par tel ou tel nu-proprétaire à tel ou tel usufruitier de l'exercice de tel ou tel droit de vote. À défaut, non seulement le mandat ne produira aucun effet, mais encore la société ne sera pas mise en mesure d'y remédier. Il faudra donc nécessairement que l'une ou l'autre des parties au contrat, voire les deux conjointement, usufruitier ou nu-proprétaire, informe la société de l'existence du contrat, mais encore de son contenu. Encore faudra-t-il que la société puisse vérifier la véracité de l'information.

### CONSEIL PRATIQUE

→ Ainsi peut-il sembler de bonne pratique de communiquer à la société, par LRAR, une copie du contrat signé évidemment par les deux parties, et faisant apparaître clairement, outre les noms et qualités des parties, ainsi que les titres concernés, la durée du contrat, ainsi que les droits de vote dont l'exercice est transféré par le nu-proprétaire à l'usufruitier.

**25 - 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 »<sup>4</sup>. En ce cas, cependant le mandant (nu-proprétaire) devrait indemniser le mandataire (usufruitier).

**26 - 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<sup>5</sup>. Il nous apparaît d'ail-

leurs, de manière générale, qu'en tout état de cause, le mandat de l'article 1844, alinéa 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 mandant, sauf stipulation contraire du contrat<sup>6</sup>. 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 et s'imposer comme tel (C. civ., art. 1231-5, al. 1<sup>er</sup>), sous le contrôle du juge qui pourrait, « même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire » (C. civ., art. 1231-5, al. 2).

### Conseils pratiques

|   |   |
|---|---|
| <b>Dispositions à prévoir dans le contrat</b>                             | La FNDP conseille de régler expressément dans le contrat : <ul style="list-style-type: none"> <li>– 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 ;</li> <li>– le cas échéant, un délai de préavis ;</li> <li>– l'absence ou l'existence d'un droit à indemnité en cas de révocation, et éventuellement la fixation de son montant régie par l'article 1231-5, alinéa 2 du Code civil.</li> </ul>  |
| <b>Hypothèse particulière du contrat stipulé en charge d'une donation</b> | 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 Dutreil 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. La FNDP souligne que 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. |

**27 - Exercice du droit de vote par l'usufruitier mandataire.** – L'usufruitier doit garder à l'esprit que, concernant les votes dont l'exercice lui a été délégué par le nu-proprétaire, il doit bien sûr accomplir sa

4 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 févr. 2002 : Bull. civ. I, n° 40. – Cass. 1<sup>re</sup> civ. 10 mai 2006 : Bull. civ. I, n° 269 ; idem pour le mandat d'intérêt commun. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 oct. 2001 : Bull. civ. I, n° 239.

5 A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux* : LGDJ, coll. Précis Domat, 12<sup>e</sup> éd., 2017, n° 702.

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



mission dans le respect de l'intérêt social, mais également dans celui du mandant. L'article 1993 du Code civil pose que « *tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion [...] au mandant* ».

**28 - 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, 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-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).

**29 - Décès d'une des parties.** – En cas de décès de l'une des parties (usufruitier, nu-propriétaire), 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.

| Les cas de décès de l'une des parties   |   |
|---|---|
| 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-propriétaire. En ce cas, celui qui a vocation à devenir usufruitier successif devra être signataire de la convention en qualité de mandataire. Le nu-propriétaire, mandant, aura ainsi deux mandataires : l'un immédiat, et l'autre sous condition de sa survie au premier.<br>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. |

| Les cas de décès de l'une des parties                               |  |
|---|--|
| La seconde hypothèse concerne le décès du nu-propriétaire (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 ( <i>C. civ., art. 2008</i> ). 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-propriété 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. |

**30 - Conclusion** – Depuis le 21 juillet 2019, l'usufruitier et le nu-propriétaire de droits sociaux peuvent, hors SA et SCA, conclure un contrat hors statuts, pour toute la durée de l'usufruit ou pour une durée plus courte, aboutissant à transférer à l'usufruitier tout ou partie de l'exercice des droits de vote du nu-propriétaire. Ce droit est d'ordre public et ne peut donc être écarté par les statuts. La liberté nouvelle ouvre d'intéressantes perspectives.

**31 - Observations de la FNDP** – La FNDP fait part à ce sujet des observations suivantes :

- la FNDP souligne l'évolution générale de l'usufruit des droits sociaux vers une **contractualisation** de plus en plus forte ;
- la FNDP, tout en reconnaissant le caractère très opportun du nouveau dispositif, regrette son caractère **unilatéral**, et donc le fait qu'il n'autorise qu'un transfert de l'exercice du droit de vote du nu-propriétaire à l'usufruitier, et aucunement de l'usufruitier au nu-propriétaire ;
- la FNDP souligne le **caractère exclusivement juridique du nouveau dispositif**, et écarte toute instrumentalisation à des fins fiscales, tout spécialement en vue de contourner la contrainte d'attribution du droit de vote posée par l'article 787 B du CGI (pacte Dutreil) ;
- la FNDP insiste sur l'**articulation du nouveau dispositif contractuel extra-statutaire avec la loi et les statuts** : les statuts et à défaut la loi répartissent l'**attribution** des droits de vote entre usufruitiers et nus-propriétaires ; les droits de vote ainsi attribués au nu-propriétaire peuvent dans un second temps voir leur **exercice** et leur exercice seulement transféré à l'usufruitier ;
- la FNDP insiste sur la **nécessité de notifier le contrat à la société** afin de le lui rendre opposable et de garantir son efficacité ;
- la FNDP considère que la nature juridique du contrat est nécessairement celle d'un **mandat** (de vote), ce qui aboutit notamment à reconnaître au nu-propriétaire un **droit de révocation**, et à contraindre l'usufruitier à voter non pas seulement dans le respect de l'**intérêt social** mais également dans l'**intérêt du mandant nu-propriétaire** ;
- la FNDP considère cependant qu'en cas de révocation, l'usufruitier mandataire a un **droit à indemnités, lequel peut être fixé dans le contrat, sous contrôle modérateur du juge** ;
- la FNDP considère enfin que le contrat pourrait constituer la **charge d'une donation**, sous la sanction d'une révocation de ladite donation pour inexécution. ■