




La lettre d'informations juridiques et fiscales

NEWSLETTER N°4




JANVIER 2010

Sommaire

ACTUALITÉS FISCALES :

- 
1. 2010, l'année de réformes importantes dans le domaine de la TVA : la transposition du Paquet TVA en droit interne et la mise en conformité du droit français de la TVA immobilière au regard des règles du droit communautaire
 2. Suppression de la taxe professionnelle
 3. La commercialisation de monnaie électronique dans le champ de la TVA ?
 4. Déduction de la TVA grevant les frais de cession de titres participations
 5. Opposabilité fiscale des législations étrangères : cas de l'apport en réserve
- 
- 

ACTUALITÉS JURIDIQUES :

- 
1. Baux commerciaux, la nouvelle date d'effet du congé depuis la LME
 2. Les apports en industrie dans une société par actions simplifiée
 3. Répartitions des droits entre usufruitier et nu-propiétaire
- 
- 

ACTUALITÉS FISCALES

2010, L'ANNÉE DE RÉFORMES IMPORTANTES DANS LE DOMAINE DE LA TVA : LA TRANSPOSITION DU PAQUET TVA EN DROIT INTERNE ET LA MISE EN CONFORMITÉ DU DROIT FRANÇAIS DE LA TVA IMMOBILIÈRE AU REGARD DES RÈGLES DU DROIT COMMUNAUTAIRE

Au regard de la TVA, le monde des entreprises doit se préparer aux réformes à venir :

- ♦ le paquet TVA dont nous avons parlé dans notre précédente lettre, à compter du 1er janvier 2010
- ♦ la réforme de la TVA immobilière dont l'entrée en vigueur était initialement prévue pour le 1er janvier 2011, est avancée au 1er juillet 2010.

Le paquet TVA a été transposé en droit français par la loi de finances pour 2010. Les mesures contenues dans cette loi vont s'appliquer pour la plupart d'entre elles, dès le premier janvier 2010 ou dans les jours suivants. Il s'agit :

- ♦ des nouvelles règles de territorialité concernant les prestations de services et les nouvelles obligations déclaratives inhérentes,
- ♦ la nouvelle procédure de remboursement de la TVA supportées dans les autres Etats Membres aux assujettis établis dans un Etat Membre dans la Communauté Européenne.

A. Les nouvelles règles de territorialité

Les nouvelles règles de territorialité vont entraîner l'auto liquidation de la TVA par le preneur dans un plus grand nombre de cas que par le passé. La déclaration européenne de services devra être souscrite par tout prestataire identifié à la TVA qui rend des services imposables à des preneurs redevables de la taxe au titre de ces services dans l'Etat Membre où ils sont établis.

Ces nouvelles règles et obligations vont entraîner la modification des systèmes d'information (tant pour les achats que pour les ventes de services), impacter les mentions sur facture qui devront être modifiées pour tenir compte des nouveaux principes et leurs exceptions.

La nouvelle procédure de remboursement de la TVA supportée dans les autres Etats Membres de la Communauté Européenne est une opportunité pour les entreprises concernées pour mettre en place un nouveau système d'information pour optimiser la récupération de cette taxe, en passant par le nouveau guichet unique ouvert à compter du 5 janvier prochain auprès de l'Etat membre où est établi l'assujetti pour demander le remboursement de la TVA qu'il aura supportée dans tous les autres Etats Membres.

B. La réforme de la TVA immobilière

La proposition de loi simplification et d'amélioration de la qualité du droit prévoit, parmi les nombreuses mesures, la réforme de la fiscalité indirecte applicable aux opérations immobilières. Cette réforme a pour but de mettre le régime de TVA applicable aux activités immobilières en conformité avec la Directive TVA.

Le nouveau régime reposera sur la distinction entre les opérations réalisées par des assujettis (entreprises, professionnels de l'immobilier...) et celles réalisées en dehors d'une activité économique.

Dans les opérations réalisées dans le cadre d'une activité économique, il y aura lieu de distinguer les opérations imposables de plein droit de celles expressément exonérées mais qui pourront être imposables sur option.

Les opérations imposables de plein droit seront :

- ♦ les livraisons de terrains à bâtir ou d'immeubles neufs et droits assimilés ;
- ♦ les livraisons à soi-même d'immeubles neufs non revendus dans les deux ans ; de leur achèvement et les livraisons à soi-même de travaux immobiliers dans le logement social à usage locatif.

Les opérations exonérées avec possibilité d'option, seront:

- ♦ les livraisons de terrains qui ne sont pas des terrains à bâtir ;
- ♦ les livraisons d'immeubles achevés depuis plus de cinq ans.

Les opérations réalisées hors d'une activité économique, comprendront :

- ♦ la livraison d'un immeuble neuf acquis en VEFA ;
- ♦ la livraison à soi-même de certains logements sociaux.

En ce qui concerne le redevable de la TVA, il est prévu la suppression de la règle selon laquelle la TVA est due par l'acquéreur lorsque l'opération porte sur un bien qui n'était pas dans le champ de la TVA immobilière. Cette disposition était non-conforme à la Directive en vigueur.

On notera la disparition du régime particulier des marchands de biens au regard de la TVA et son remplacement par le statut d'acheteur revendeur de terrains ou d'immeubles en exonération.

En ce qui concerne le fait générateur et l'exigibilité de la TVA, des modifications quant à la date d'exigibilité de la TVA sont susceptibles d'intervenir concernant en particulier les livraisons à soi-même. Ces mesures seront plutôt favorables au contribuable.

Xavier Casal

Associé

xavier.casal@marccuspartners.com

SUPPRESSION DE LA TAXE PROFESSIONNELLE

Les grandes lignes de la suppression de la taxe professionnelle sont désormais connues.

La taxe professionnelle va être remplacée par la contribution économique territoriale (CET) composée de deux éléments :

- ♦ la cotisation foncière des entreprises (CFE) et ;
- ♦ la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVA).

La somme de ces deux cotisations serait plafonnée à 3 % de la valeur ajoutée de l'entreprise.

En ce qui concerne la CET elle sera principalement basée sur la valeur locative des biens passibles d'une taxe foncières, après un abattement de 16 %, qui sera supprimé en 2011.

Pour la CVA, il a été décidé d'étendre l'assiette de la valeur ajoutée et un système progressif devrait être institué pour les sociétés dont le chiffre d'affaires est compris entre 500 K€ et 7,6 M d'Euros.

Par ailleurs, la valeur ajoutée déterminant le calcul de la CVA serait limitée à 85 % du chiffre d'affaires des entreprises.

Des mesures particulières de détermination de la valeur ajoutée sont prévues pour les entreprises du secteur financier et des assurances.

Pour les sociétés dont la taxe professionnelle va augmenter de plus de 10 %, il est prévu un système dégressif de lissage sur une période de cinq ans.

Enfin, il est prévu que cette suppression, qui devrait entraîner une perte de recettes de 7 milliards d'Euros environ, soit financée par l'augmentation de la dette nationale.

Gilles Gasné

Associé

gilles.gasne@marccuspartners.com

LA COMMERCIALISATION DE MONNAIE ÉLECTRONIQUE ENTRE-T-ELLE DANS LE CHAMP DE LA TVA ?

L'Administration a précisé le régime de TVA applicable à la commercialisation de cartes, tickets et bons prépayés qualifiés de « monnaie électronique » dans une lettre de la DLF du 20 mai 2009.

En pratique, la société dite émettrice commercialise de la monnaie électronique sous forme de cartes, tickets et bons prépayés avec une valeur faciale permettant à leur porteur de payer pendant une durée déterminée des produits et services offerts sur les sites Internet d'entreprises partenaires.

Ces cartes, tickets et bons prépayés sont utilisés par les porteurs auprès des entreprises partenaires qui ensuite les adressent à la société émettrice laquelle procède à leur remboursement à hauteur d'un prix contractuellement prévu avec elle, sous déduction de sa rémunération correspondant aux frais de gestion.

- a) La vente des cartes, tickets et bons prépayés par l'émetteur est hors du champ d'application de la TVA car les sommes versées par les acheteurs sont sans lien direct avec un avantage individualisé rendu par l'émetteur ;
- b) Les frais de gestion perçus par la société émettrice sont analysés en une opération concernant les paiements, exonérés de TVA en vertu de l'Article 261 C.1^o-c du CGI avec possibilité d'option à la TVA ;
- c) Les entreprises partenaires appliquent quant à elles le régime de TVA afférent à la prestation de services ou à la livraison de biens réalisée en contrepartie du paiement par cartes, tickets et bons prépayés ;
- d) Si un distributeur commercialise ces cartes, tickets et bons prépayés au nom et pour le compte de la société émettrice, sa rémunération en tant qu'intermédiaire transparent est également exonérée de TVA avec possibilité d'option car sa prestation est analysée en une opération portant sur des titres de paiement relevant de l'Article 261 C. 1^o-c du CGI (cf. ci-dessus).

Elvire Tardivon-Lorizon

Avocat à la Cour

elvire.tardivon-lorizon@marccuspartners.com

DÉDUCTION DE LA TVA GREVANT LES FRAIS DE CESSION DE TITRES PARTICIPATIONS

La décision rendue par la CJCE dans son arrêt AB SKF en date du 29 octobre 2009 (affaire C 29/08), est un pas important vers une plus grande neutralité de la TVA. Cet arrêt complète l'édifice jurisprudentiel de la CJCE au regard des droits à déduction de la TVA en admettant le principe de déductibilité de la TVA grevant les frais afférents à la cession de titres de sociétés dès lors qu'il existe un lien direct et immédiat entre ces dépenses d'amont et l'ensemble des activités économiques d'un assujetti.

AB SKF est une société holding mixte qui souhaitait procéder à la réorganisation de son groupe et, dans ce cadre, céder la totalité des actions d'une filiale. Par ailleurs, elle avait l'intention de céder sa participation dans une autre société à laquelle elle fournissait, en tant que société mère, des prestations de services soumises à la TVA. Cette situation est à rapprocher de l'affaire BLP Group. Le motif de ces cessions est de réunir des fonds pour le financement des autres activités d'AB SKF. Pour réaliser les dites cessions, SKF a envisagé de recourir à des prestations de services soumises à la TVA en matière d'évaluation de titres, d'assistance par une banque d'affaire dans les négociations et de conseil juridique spécialisé pour la rédaction des contrats.

Dans cet arrêt, la Cour de justice précise que la cession de 100 % de titres entre dans le champ d'application de la TVA tout en étant exonérée de TVA, dans trois hypothèses :

- ♦ lorsqu'elle s'inscrit dans le cadre d'une activité commerciale de négociation de titres ;
- ♦ ou bien lorsqu'elle s'inscrit dans le cadre de l'immixtion directe ou indirecte dans la gestion des sociétés dans lesquelles s'est opérée la prise de participation. Tel est le cas en l'espèce selon la Cour, la cession « excédant le cadre d'une simple vente de titres en constituant une immixtion du holding dans la gestion de la filiale » ;
- ♦ ou bien lorsqu'elle constitue le prolongement direct, permanent et nécessaire de l'activité taxable. Tel est également le cas en l'espèce, puisque selon la Cour elle intervient dans le cadre de la réorganisation du groupe.

En outre la Cour a indiqué que la cession des titres peut être assimilable à un transfert d'universalité, si « elle a eu pour conséquence la cession totale ou partielle des actifs des entreprises concernées », mais qu'il appartient à la juridiction de renvoi de le vérifier. Il est à noter qu'en droit civil français tel n'est pas le cas, sauf certaines tolérances administratives, la vente de titres ne devrait pas être considérée comme une transmission universelle de patrimoine.

Dans l'arrêt AB SKF, le lien n'est pas à rechercher, comme dans BLP Group, avec l'opération d'aval pour laquelle les frais sont engagés mais avec la ou les opérations dans le coût desquelles s'incorporent les frais de cession.

Ce critère lié à l'existence de ce lien direct et immédiat avait déjà été retenu dans l'arrêt Abbey National (CJCE, 22 février 2001, aff. C-408/98) mais aussi dans l'arrêt Cibo-Participations (CJCE, 1er septembre 2001, Aff. C 16/00). En effet, la Cour avait admis la déduction des dépenses engagées pour la réalisation d'opérations financières et leur intégration dans les frais généraux de l'assujetti lorsque ces dépenses avaient un lien direct et immédiat avec l'activité économique globale de l'assujetti alors même que ces opérations étaient hors champ de la TVA (cf. arrêts Abbey National et Cibo-Participations (CJCE, 1er septembre 2001, aff. C-16/00)).

Dans ce contexte jurisprudentiel, la Cour relève, dans l'arrêt AB SKF, que ne pas accorder une telle déduction dans les mêmes circonstances lorsque l'opération est dans le champ d'application de la TVA mais exonérée, serait en contradiction avec le principe de neutralité fiscale. En conséquence, elle conclut que ces dépenses doivent aussi faire partie des frais généraux de l'assujetti lorsque l'opération est dans le champ mais exonérée, dès lors, comme nous l'avons relevé plus haut, qu'il existe un lien direct et immédiat entre les prestations de services reçues et l'ensemble de l'activité économique de l'assujetti.

Il y a lieu de constater que si la règle de l'affectation directe à une opération de vente avait été appliquée à la lettre et sans discernement, l'application de cette règle aurait abouti à une inégalité de traitement pour l'acquisition et la cession de titres. Dans un but d'une plus juste neutralité de la TVA, les arrêts Abbey National et Cibo-Participations avaient ouvert la voie en utilisant critère du lien direct et immédiat avec l'activité économique globale de l'assujetti pour élargir le droit à déduction des assujettis.

La conclusion et l'enseignement à tirer de cette décision qui est une belle avancée vers une plus grande neutralité de la TVA dans la vie économique est d'anticiper un risque en cas de contrôle fiscal. A cet effet, il est souhaitable de documenter les opérations à des fins TVA. En effet, la documentation permet de se poser la question des liens entre des opérations d'amont et les activités d'aval. Répondre à cette question permet soit d'affecter, soit d'appliquer la théorie des frais généraux et dans cette hypothèse d'affecter la preuve que la dépense d'amont est nécessaire à l'ensemble de l'activité.

Xavier Casal

Associé

xavier.casal@marccuspartners.com

OPPOSABILITÉ FISCALE DES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES : CAS DE L'APPORT EN RÉSERVE (CE, 8^E ET 3^E S-S, 7 SEPT. 2009, SNC IMMOBILIÈRE GSE)

Le Conseil d'Etat, à l'occasion d'un récent arrêt rappelant un principe connu de liberté de gestion appliqué à une opération de financement, a accepté de qualifier une opération en fonction d'un droit étranger.

Il s'agissait en l'espèce d'une société française qui s'était endettée afin de financer ses filiales portugaises par capitalisation sans toutefois, du fait d'un dispositif juridique propre au droit portugais (l'apport en réserve), que cette opération ne donne lieu à émission de nouvelles parts dans les dites filiales, ni à refacturation des intérêts d'emprunt par la mère.

L'administration, s'appuyant sur la théorie prétorienne de l'acte anormal de gestion, entendait réintégrer dans les résultats imposables de la société mère française les intérêts de la dette. Le juge fiscal n'a pas validé cette approche.

Le choix des moyens de financement relève par principe d'une décision de gestion dans laquelle l'administration ne peut s'immiscer, ce qui a été rappelé.

Le point de désaccord tenait ici à ce que l'administration voyait dans l'opération une avance sans intérêt, constitutive d'une renonciation à recettes critiquable sur le plan fiscal en l'absence de difficultés de la filiale, alors que le contribuable entendait capitaliser ses filiales, hors de certaines contraintes liées à une augmentation de capital, ce que permettait le droit portugais.

Tranchant sur ce point de qualification, le juge fiscal s'est appuyé sur les spécificités du droit des sociétés commerciales portugais qui qualifient de fonds propres les versements litigieux, et a ainsi considéré que de tels versements devaient être regardés comme des éléments du capital propre des sociétés bénéficiaires, ceci même en l'absence d'attribution de parts sociales constitutives du capital des filiales.

En raison de la nature même de cette opération, relevant de la participation au capital de ses filiales et donc conforme à l'objet social de l'entreprise, l'emprunt devait être considéré comme contracté

dans l'intérêt de la société mère, les frais financiers y afférents devant de ce seul fait être fiscalement déductibles.

Le Conseil d'Etat a cependant précisé que la réglementation portugaise interdisait le versement d'intérêts, sans que l'on sache avec certitude si cette précision est confirmative ou conditionnelle de la non-refacturation des intérêts par la mère. Il ressort cependant que l'impossibilité de faire abstraction du droit étranger constituait le point central sur lequel le juge a pu vouloir insister. C'est aussi l'intérêt principal de l'arrêt, que l'on peut rapprocher sur ce point de quelques précédents (CE 27 mai 2002, 9e et 10e, Société Superseal Corporation ; CE 13 octobre 1999, 8e et 9e s-s, min. c/ SA Diebold Courtagé).

Un deuxième point tient à ce que le traitement comptable donné à l'opération, en l'espèce l'inscription à l'actif, en prix de revient des titres, des intérêts d'emprunt supportés par la mère, ne peut conduire à une décision de gestion opposable à l'entreprise en l'absence de choix fiscal.

On rappelle qu'en matière fiscale, l'option pour l'inclusion des frais financiers dans le coût d'origine d'un bien ou, au contraire pour la déduction immédiate en charge n'est ouverte que s'agissant des éléments d'actifs qui exigent une période de préparation ou de construction longue avant de pouvoir être utilisés. L'acquisition de titres de participation n'entre pas dans ce cas de figure ; en l'espèce, l'article 38 quinquies de l'annexe III au CGI excluait les frais financiers de la valeur d'origine pour laquelle les immobilisations doivent être inscrites au bilan.

De là, le traitement fiscal était nécessairement étranger au choix opéré en comptabilité, ce qui ne permet pas à l'administration d'opposer au contribuable une décision de gestion.

Parmi les zones d'ombre qu'appelle un tel arrêt, on relèvera la méconnaissance naturelle du droit comptable français de certaines spécificités des législations étrangères, dont le Conseil d'Etat nous dit sans équivoque qu'elles sont opposables en droit fiscal français.

Mathieu Selva-Roudon
Avocat à la Cour
mathieu.selva-roudon@marccuspartners.com

ACTUALITÉS JURIDIQUES

BAUX COMMERCIAUX

LA NOUVELLE DATE D'EFFET DU CONGÉ DEPUIS LA LME

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la Loi de Modernisation de l'Economie le 6 août 2008, le congé délivré dans le cadre d'un bail commercial devait être donné suivant les usages locaux et au moins six mois à l'avance.

Il est désormais établi à l'article L.145-9 du Code de commerce que le congé doit être délivré pour le dernier jour du trimestre civil et au moins six mois à l'avance. Cette nouvelle disposition, qui s'applique également aux baux à périodes, est source d'éventuelles complications lorsque la date d'expiration du bail ne correspond pas exactement au dernier jour du trimestre civil soit le 30 mars, le 30 juin, le 30 septembre ou le 31 décembre.

En effet, pour un bail commercial dont le terme arrive le 5 août 2010, le congé devra être délivré le 5 février 2010 (le délai de six mois est respecté) pour le 30 septembre 2010, dernier jour du trimestre civil, date à laquelle il prendra effet.

Le preneur doit ainsi être vigilant et prévoir de régler le loyer au bailleur non pas jusqu'au terme du bail mais jusqu'au dernier jour du trimestre civil, ce qui en pratique, peut atteindre jusqu'à trois mois de loyer supplémentaires au maximum.

Il est à noter qu'une partie de la doctrine considère que la date du dernier jour du trimestre civil ne s'applique que lorsque le congé est délivré en période de tacite reconduction du bail.

Aucune jurisprudence ne s'est encore prononcée sur cette question depuis l'entrée en vigueur de la loi. Cependant une lecture stricte de l'article L.145-9 du Code de commerce ne semble pas permettre une autre interprétation qui reviendrait à établir une distinction, là où la loi ne le fait pas.

Silke Nadolni / Associée / silke.nadolni@marccuspartners.com

Florence Leclère / Avocat à la Cour / florence.leclere@marccuspartners.com

LES APPORTS EN INDUSTRIE DANS UNE SOCIÉTÉ PAR ACTIONS SIMPLIFIÉE

Depuis le 1er janvier 2009, le nouvel article L 227-1 alinéa 4 du Code de commerce instauré par l'article 59-II de la loi n°2008-776 du 4 août 2008, Loi de Modernisation de l'Economie, permet aux sociétés pas actions simplifiée, si leurs statuts le prévoient, d'autoriser les émissions d'actions résultant d'apports en industrie (ARAI).

Cette innovation permet à l'associé, personne physique ou morale, qui ne dispose pas de liquidités immédiates, de mettre au service de la société son talent ou son savoir-faire contre une rémunération fondée sur un droit au partage des bénéfices, mais également une contribution aux pertes.

Les apports en industrie ne sont pas des apports en nature : ils ne contribuent pas à la formation du capital. De part leur nature, il semblerait que les apports en industrie ne puissent pas être intégralement libérés dès l'émission des actions.

D'un point de vue pratique, la création d'ARAI est dépendante d'aménagements qui peuvent alourdir son processus :

- ♦ alors qu'à la constitution de la société, la création de ces actions résulte de la volonté unanime des actionnaires, en cours de vie de la société, cette création emporte augmentation du nombre d'actions sans augmentation de capital, c'est pourquoi les statuts doivent prévoir des procédures à cet effet ;
- ♦ de plus, les statuts doivent fixer un délai au terme duquel, après leur émission, ces actions feront l'objet d'une évaluation par un commissaire aux apports nommé judiciairement, dans les conditions prévues à l'article L 225-8 du Code de commerce.

Les ARAI comportent également les inconvénients suivants :

- ♦ l'apport en industrie confère à son auteur la qualité d'associé qui lui permet de participer aux décisions collectives et, en principe, d'y voter. En revanche, il aura à sa charge de contribuer aux pertes sociales éventuelles alors que son apport ne participe pas à la formation du capital social ;

- ♦ les actions représentatives d'apports en industrie sont inaliénables. L'apport en industrie prend fin avec le décès de l'apporteur, sans transmission aux héritiers ou aux ayants droit. Et, si l'apporteur ne peut continuer son activité, son apport est caduc ; ses droits envers la société sont alors liquidés dans les conditions fixées dans les statuts.

Malgré ces aspects qui paraissent défavorables, ce nouveau cadre législatif reste assez souple, ce qui est l'habitude en matière de SAS et ouvre ainsi de nouvelles possibilités d'organisation. Il introduit notamment un nouveau mode de rémunération des associés actifs dans la SAS.

Florence Leclère
Avocat à la Cour
florence.leclere@marccuspartners.com

RÉPARTITIONS DES DROITS ENTRE USUFRUITIER ET NU-PROPRIÉTAIRE

A défaut de stipulations statutaires contraires, la loi précise la répartition du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-proprétaire.

Ainsi l'article 1844 al.3 du Code civil dispose que « si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier. ».

Par ailleurs, aux termes de l'article 578 du Code civil, « l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance. »

Toutefois, ces règles n'étant pas impératives, se pose la question de savoir dans quelles mesures les statuts peuvent y déroger. La difficulté réside dans la préservation des droits du nu-proprétaire, en d'autres termes sa protection contre les effets préjudiciables pour lui du vote de l'usufruitier ⁽¹⁾

Si certaines limites ont été apportées à la liberté d'aménager le droit de vote au profit de l'usufruitier, leur portée semble toutefois restreinte ⁽²⁾.

I. Validité des modifications apportées à la répartition des droits

En droit français, il convient d'examiner la validité de la répartition des droits entre l'usufruitier et le nu-proprétaire tant au regard du droit des sociétés qu'au regard du droit des biens.

A. Validité de la modification au regard du droit des sociétés

L'article 1844 al. 4 du Code civil autorise les statuts à déroger au principe formulé par le troisième aliéna de ce texte.

Il convient ici d'opérer une distinction entre le droit de vote et la participation aux décisions collectives.

- ♦ le nu-proprétaire

En effet, dans un arrêt en date du 2 février 2008, la chambre commerciale de la Cour de cassation a réaffirmé que si les statuts peuvent priver le nu-proprétaire du droit de vote et ne l'accorder qu'à l'usufruitier quelle que soit la nature des délibérations, en revanche le nu-proprétaire ne peut se voir priver du droit de participer aux assemblées conformément aux articles 1844 al.4 du Code civil et L225-110 al.4 du Code de commerce.

1 : Com., 2 décembre 2008 n° 08-13.185 F-D : RJDA 3/09 n° 231
2 : Com. 31 mars 2004, n° 03-16.684

◆ l'usufruitier

Au regard du droit des sociétés, l'usufruitier quant à lui pourrait tout à fait se voir priver non seulement de son droit de vote mais également de tout accès aux assemblées. En effet, l'usufruitier n'étant pas associé, la distinction retenue par la Cour de cassation entre vote et participation n'a pas ici vocation à s'appliquer.

Il convient, en outre, de combiner ces dispositions de droit des sociétés avec celles applicables en droit des biens.

B. Validité de la modification au regard du droit des biens

La liberté statutaire ouverte par l'article 1844 du Code civil trouve alors sa limite dans les dispositions impératives du droit des biens et spécialement l'article 578 du Code civil en vertu duquel « l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance. »

◆ le nu-propiétaire

Au regard du droit des biens, la validité d'une clause statutaire privant le nu-propiétaire du droit de vote n'est pas non plus remise en cause.

Néanmoins, ceci semble critiquable. En effet, une telle clause permettrait à l'usufruitier de voter les décisions affectant la substance même des droits sociaux. Le seul recours dont disposerait alors le nu-propiétaire serait de démontrer que l'usufruitier a abusé de son droit de vote en l'exerçant de façon contraire à l'intérêt de la société comme cela est ci-dessous exposé.

◆ l'usufruitier

La clause privant l'usufruitier du droit de vote n'est quant à elle pas valable au regard des articles 578 et suivants du Code civil.

Ainsi, par un arrêt en date du 31 mars 2004, la Cour de cassation a considéré qu'une clause des statuts d'une société attribuant le droit de vote au seul nu-propiétaire était nulle en ce qu'elle ne permettait pas à l'usufruitier de voter les décisions concernant les bénéfices et subordonnait à la seule volonté du nu-propiétaire le droit d'user de la chose grevée d'usufruit et d'en percevoir les fruits, alors que l'article 578 du Code civil attache ces prérogatives à l'usufruit.

Dès lors qu'en vertu de ces dispositions l'usufruitier pourrait voter les décisions affectant la substance même des droits sociaux, et donc ceux du nu-propiétaire, la question se pose des recours dont dispose alors le nu-propiétaire.

II. Limite à l'aménagement des droits du nu-propiétaire et de l'usufruitier

Si la Cour de cassation, par le biais de la théorie de l'abus de majorité, est venue borner la liberté d'aménager les droits de l'usufruitier et du nu-propiétaire, la portée de cette limitation est toutefois subordonnée à la preuve d'une atteinte à l'intérêt social.

A. Limite apportée par la Cour de cassation

Dans son arrêt du 2 décembre 2008, la Cour de cassation se place sur le terrain de la théorie de l'abus de majorité, et non sur celui du droit des biens, pour apporter quelques limites au droit de vote de l'usufruitier.

3 : BRDA Commentaire, p.12 « Aménagement du droit de vote de l'usufruitier et du nu-propiétaire dans les SA et les SARL »

Ainsi, la limite à la liberté d'aménager les droits de l'usufruitier et du nu-proprétaire réside dans la sanction de l'atteinte portée à l'intérêt de la société. En effet, ce serait porter atteinte au pacte social auquel seul le nu-proprétaire est partie que de permettre à l'usufruitier de décider seul de la mesure susceptible de rompre l'accord convenu entre les associés.

L'annulation de la décision de l'assemblée générale est donc subordonnée à la preuve que « l'usufruitier aurait fait du droit de vote que lui attribuaient les statuts un usage contraire à l'intérêt de la société, dans le seul dessein de favoriser ses intérêts personnels au détriment de ceux des autres associés. »

B. Portée de l'application de la théorie de l'abus

Certes la Cour de cassation entend de la sorte encadrer l'aménagement de la répartition des droits entre usufruitier et nu-proprétaire, toutefois en pratique l'application de cette jurisprudence peut se révéler délicate.

On notera tout d'abord que l'examen de la validité ne porte plus sur le principe de la clause statutaire au regard du type de délibération mais sur l'usage qui en est fait.

Ensuite, seul le comportement de l'usufruitier est susceptible d'être sanctionné, et non l'atteinte en elle-même à la substance du droit de propriété.

Enfin, il ne sera certainement pas aisé au nu-proprétaire de rapporter la preuve d'une part, que le vote nuisait à l'intérêt social (qui ne se confond pas avec l'intérêt du nu-proprétaire), et d'autre part qu'il procédait de l'unique dessein de l'usufruitier de « favoriser ses intérêts personnels au détriment de ceux des autres associés ».

Or, dès lors qu'aucun abus de majorité de l'usufruitier ne peut être établi, la nullité des délibérations ne sera pas prononcée malgré l'atteinte portée à la substance des droits du nu-proprétaire. L'unique sanction applicable sera celle prévue par l'article 618 du Code civil, à savoir la déchéance de l'usufruit.

Certains auteurs ⁽³⁾ suggèrent alors qu'une clause qui confère la totalité du droit de vote à l'usufruitier ne dispense pas de soumettre à l'accord du nu-proprétaire les décisions nécessitant l'unanimité des associés, comme par exemple l'augmentation des engagements des associés.

Il serait donc prudent de réserver explicitement au nu-proprétaire le droit de voter personnellement chaque fois que la loi exige un vote unanime.

En tout état de cause, l'heure semble donc à la défense des droits de l'usufruitier de parts sociales, alors même qu'il n'est pas pleinement propriétaire des parts sociales.

Silke Nadolni / Associée / silke.nadolni@marccuspartners.com

Hélène Crase / Avocat à la Cour / helene.crase@marccuspartners.com

CONTACTS

EQUIPE FISCALE

Jean-Marc Bensaid

jean-marc.bensaid@mazars.fr

Jacques-Henry de Bourmont

jh.debourmont@marccuspartners.com

Xavier Casal

xavier.casal@marccuspartners.com

Etienne Durieux

etienne.durieux@marccuspartners.com

Philippe Gambini

philippe.gambini@marccuspartners.com

Gilles Gasné

gilles.gasne@marccuspartners.com

Patrick Glebocki

patrick.glebocki@marccuspartners.com

Aude Mary

aude.mary@mazars.fr

Guillaume Rubechi

guillaume.rubechi@marccuspartners.com

Mathieu Selva-Roudon

mathieu.selva-roudon@marccuspartners.com

Elvire Tardivon-Lorizon

elvire.tardivon-lorizon@marccuspartners.com

www.marccuspartners.fr

www.mazars.fr

EQUIPE JURIDIQUE

Christophe Clerc

christophe.clerc@marccuspartners.com

Hélène Crase

helene.crase@marccuspartners.com

Fabrice Demarigny

fabrice.demarigny@marccuspartners.com

Anja Droege

anja.droege@marccuspartners.com

Pierre Forget

pierre.forget@marccuspartners.com

Yann Francois

yann.francois@marccuspartners.com

Florence Leclere

florence.leclere@marccuspartners.com

Dr. Antje Luke

antje.luke@marccuspartners.com

Dr. Christoph Maurer

christoph.maurer@marccuspartners.com

Silke Nadolni

silke.nadolni@marccuspartners.com

Eric Riehl

eric.riehl@marccuspartners.com

Dr. Bernd Sagasser

bernd.sagasser@marccuspartners.com

Monika Seidel-Moreau

monika.seidel-moreau@marccuspartners.com

Nathalie Sinavong

nathalie.sinavong@marccuspartners.com

Andreas Spitz

andreas.spitz@marccuspartners.com

Alexa Zimmer

alexa.zimmer@marccuspartners.com