

Revue des sociétés

Revue des sociétés 2013 p.7

L'intérêt commun, fondement de l'évolution de l'usufruit des droits sociaux

Claire Serlooten, Maître de conférence à l'Université Toulouse Capitole

L'essentiel

Les décisions de la Cour de cassation concernant l'usufruit des droits sociaux alimentent une interrogation soutenue sur l'attribution de la qualité d'associé à l'usufruitier. Cette interrogation, légitime au regard des pouvoirs qu'il détient habituellement, ne doit pas faire obstacle à une étude de cet usufruit sous un angle différent soulignant l'importance du lien qui l'unit au nu-proprétaire. La mise en évidence de ce lien contribue à retrouver un juste équilibre dans le rôle de chacun à travers la collaboration qu'il instaure.

Cette démarche est adoptée par l'avant-projet de réforme du droit des biens rédigé sous l'égide de l'association Henri Capitant. Celui-ci ouvre une nouvelle piste de réflexion en introduisant dans le régime de l'usufruit une notion intéressante, celle de l'intérêt commun du nu-proprétaire et de l'usufruitier, appliquée dans ce texte à la conservation du bien. L'étude de cet usufruit particulier mérite donc d'être relancée sur des fondements nouveaux.

1. L'usufruit des droits sociaux connaît un essor incontestable depuis quelques années. ⁽¹⁾ parce que les praticiens, particulièrement les notaires ⁽²⁾, ont fait ressortir ses qualités qui l'imposent comme une méthode efficace d'organisation patrimoniale. Il présente l'avantage de reposer sur un mécanisme, l'usufruit, connu et utilisé bien avant le code civil de 1804 mais renouvelé par ses applications spéciales ⁽³⁾.

Ainsi, toutes les propriétés de l'usufruit peuvent être exploitées lorsqu'il a pour objet des droits sociaux. Reposant sur une répartition des utilités de ce bien incorporel entre l'usufruitier et le nu-proprétaire, sa constitution est généralement sous-tendue par des motivations d'ordre fiscal ⁽⁴⁾.

2. Cette conception pratique de l'usufruit n'a pas échappé aux rédacteurs de l'avant-projet de droit des biens ⁽⁵⁾. Ayant pour objectif de favoriser la « valorisation économique des biens » ⁽⁶⁾, la réforme incorpore directement l'usufruit des droits sociaux dans ces dispositions ⁽⁷⁾ pour contribuer à « faire de l'usufruit un outil de gestion » ⁽⁸⁾. Cette nouvelle place de l'usufruit des droits sociaux pourrait être le point de départ d'une évolution jugée nécessaire par tous.

3. L'usufruit des droits sociaux demeure, en effet, régi par une combinaison incertaine du droit des biens et du droit des sociétés. Cela crée un risque juridique d'anéantissement des clauses de répartition des droits et obligations entre l'usufruitier et le nu-proprétaire intégrées librement dans les statuts.

Certains préconisent alors d'attribuer la qualité d'associé à l'usufruitier. Cette solution ne semble que partiellement satisfaisante car elle améliore le sort de l'usufruitier sans régler ses rapports avec le nu-proprétaire.

4. Les innovations de l'avant-projet n'apportent pas non plus directement de réponse à cette difficulté. Cependant, une proposition a retenu notre attention : faire de l'obligation de conservation du bien, objet de l'usufruit, une obligation d'intérêt commun pour le nu-proprétaire et l'usufruitier ⁽⁹⁾. En créant un nécessaire rapprochement des protagonistes dans le but de la conservation du bien, cette obligation renforcerait la conception plus communautaire mais encore largement doctrinale ⁽¹⁰⁾ des relations entre l'usufruitier et le nu-proprétaire. La convergence qui existe entre leurs intérêts serait ainsi valorisée (I).

Les rapports entre usufruitier et nu-proprétaire pourraient, par conséquent, être abordés sur de nouvelles bases, celles de la collaboration (II) et non plus uniquement celles de l'inégalité et de l'indépendance ⁽¹¹⁾.

La transformation de l'usufruit, mode de jouissance d'un bien ⁽¹²⁾, en mode de gestion dynamique du bien ⁽¹³⁾ est à ce prix.

I. La convergence des intérêts de l'usufruitier et du nu-proprétaire de droits sociaux

5. Un intérêt commun à l'usufruitier et au nu-proprétaire est valorisé dans l'avant-projet par la création d'une obligation de conservation commune du bien, objet de l'usufruit. Cette nouvelle obligation est la marque d'une conception plus personnelle des rapports entre les protagonistes dont il faut préciser le sens (A) avant d'en analyser le contenu (B).

A. La sauvegarde commune et obligatoire des droits sociaux

6. Le fait de reconnaître un intérêt commun au nu-proprétaire et à l'usufruitier n'est pas révolutionnaire car le bien, objet de l'usufruit, socle commun des droits de chacun établit certainement des liens entre ces protagonistes dont la nature juridique n'est pas entièrement admise par la jurisprudence ou par la loi ⁽¹⁴⁾. Grâce à l'article 577 de l'avant-projet de réforme, ce serait la première fois qu'une reconnaissance légale de ces liens se produirait ⁽¹⁵⁾.

Cet article dispose : « La conservation des biens objets de l'usufruit est une obligation d'intérêt commun pour le propriétaire et l'usufruitier ». Cela signifie que le nu-proprétaire et l'usufruitier ont un intérêt commun à la conservation du bien objet de l'usufruit.

Il est précisé dans l'exposé du contenu des propositions qu'il s'agit de maintenir le bien dans l'état dans lequel il se trouvait au moment de la constitution de l'usufruit ⁽¹⁶⁾. Un lien paraît donc établi entre l'obligation de conservation du bien et l'obligation d'entretien de ce bien qui contribue à son maintien en l'état.

Jusqu'à présent, l'entretien du bien pèse seulement sur les épaules de l'usufruitier comme une obligation légale alors que celui-ci ne semblait pas y avoir un véritable intérêt, ne s'intéressant qu'à la rentabilité du bien qu'il aurait tendance à exploiter à outrance en vue de réaliser un profit immédiat ⁽¹⁷⁾.

Inversement, selon la description classique de l'usufruit, seul le nu-proprétaire semble intéressé réellement par le maintien du bien en bon état parce qu'il doit, au terme de l'usufruit, récupérer l'ensemble des droits qui s'exercent sur la chose. Pourtant, le nu-proprétaire est traditionnellement décrit comme peu encouragé à faire sur la chose les dépenses nécessaires à son entretien. Privé des revenus sur lesquels le bon père de famille prélève ce qui est nécessaire pour effectuer les réparations d'entretien, il resterait inactif ⁽¹⁸⁾.

7. Une certaine cohérence serait rendue à l'ensemble car leurs intérêts personnels et leurs obligations se recouperaient à propos du maintien du bien dans un bon état de conservation. Seul ce bon état de conservation permet la continuité des droits de chacun sur le bien tels qu'ils ont été définis au début de l'usufruit.

En matière de droits sociaux, c'est exactement la même chose que ce qui est conçu, dans le texte, pour un immeuble (19). La sauvegarde des droits sociaux est indispensable à l'exercice des droits de l'usufruitier et du nu-proprétaire.

8. Est-ce réellement suffisant pour caractériser un intérêt commun ? Il est possible de le penser. En effet, l'intérêt à la conservation du bien, objet de l'usufruit, ne paraît être ni juridiquement (20) ni économiquement (21) commun au nu-proprétaire et l'usufruitier. Mais, selon Hassler (22), l'intérêt commun peut être défini, en dehors de la loi et de la jurisprudence, de manière concrète comme des « intérêts convergents » (23). Le ciment de l'intérêt commun peut donc aussi être décelé de manière implicite dans des situations non contractuelles et découler de la nature des choses. (24).

Or, que prime la conception de l'usufruit comme démembrement de la propriété ou comme charge grevant le droit de propriété, que l'usufruit soit constitué par la loi ou la volonté de l'homme (25), le bien constitue un vecteur entre le nu-proprétaire et l'usufruitier et crée une relation forte entre eux. Une union d'intérêts existe, même si ce bien est incorporel comme une part ou une action de société.

Il faut donc reconnaître, comme certains auteurs s'accordent à le faire, que les intérêts individuels du nu-proprétaire et de l'usufruitier convergent lorsque le maintien en bon état du bien, objet de l'usufruit, est concerné.

10. Cependant, cette obligation peut paraître bien générale à première vue. Grâce à l'analyse classique du droit des biens, il est possible de déterminer plus précisément en quoi consiste l'obligation de conservation des droits sociaux.

B. Les obligations d'intérêt commun

11. De manière classique, l'obligation de conserver la chose qui incombe, à l'origine, uniquement à l'usufruitier, est décrite comme « a[yan]t un triple contenu : accomplir les actes conservatoires requis, conserver la substance et ne pas changer la destination » (26).

L'obligation de conservation emporte donc la création de trois types d'obligations qui seront étudiées successivement.

1. L'obligation d'accomplir les actes conservatoires

12. Dans le cadre d'un usufruit portant sur des droits sociaux, l'exercice des actes conservatoires ne se fera pas par l'accomplissement d'actes qui ont directement une portée conservatoire. Le plus souvent, le comportement de l'usufruitier devra être jugé par l'intermédiaire des droits que confèrent les parts ou actions.

Il est, par exemple, essentiel pour le nu-proprétaire et l'usufruitier que les dirigeants ou les associés soient alertés de l'arrivée du terme de la société. Une convocation des associés sur ce point pourra ainsi avoir lieu et entraîner le vote de la prorogation de la société (27).

Par conséquent, il faudra considérer que chaque fois que l'usufruitier ou le nu-proprétaire seront confrontés à un risque de disparition des droits sociaux, ils devront faire usage de leurs droits, notamment politiques, en vue de le faire disparaître. C'est une obligation pour eux.

13. Dès lors, il est possible d'avancer que la satisfaction de l'intérêt commun de l'usufruitier et du nu-proprétaire passera par la satisfaction de l'intérêt social, cette « boussole » (28) qui permet d'assurer la protection de la société lorsqu'un acte menace son bon fonctionnement, sa pérennité ou sa prospérité. Il ne s'agit pas seulement d'un constat.

Cette réalité a pour conséquence de faire participer le nu-proprétaire et l'usufruitier de manière plus active à la vie sociale qu'en l'absence d'obligation commune.

La protection de l'intérêt social nécessite l'exercice des pouvoirs dans l'entreprise avec une vision sur le long terme qui peut parfois manquer à l'usufruitier cherchant une rentabilité à court terme de son usufruit. Ayant l'obligation de conserver les droits sociaux, il devra adopter cette vision.

Il l'adopte déjà en pratique car l'usufruit des droits sociaux étant en principe accordé en viager (29), l'usufruitier a particulièrement intérêt à ce que la société, l'entreprise dure dans le temps.

14. Cette attitude risque de ne plus être encouragée par la proposition, dans l'avant-projet de réforme, de création d'un usufruit limité dans le temps qui continuerait après le décès de l'usufruitier originaire jusqu'à l'arrivée du terme prévu (30 ans maximum).

Dans ce contexte, l'intérêt social ne serait plus une priorité pour l'usufruitier. A l'approche de la fin de l'usufruit, le nouveau bénéficiaire de l'usufruit pourrait être tenté de maximiser son profit, sans prendre en considération l'intérêt social.

La mise en évidence de sa participation à l'intérêt social apporte donc une limite aux agissements d'un usufruitier peu scrupuleux des intérêts de la société et de ceux du nu-proprétaire qui doit recouvrer l'ensemble des prérogatives sur les droits sociaux en fin d'usufruit.

Cette obligation doit être combinée avec deux autres obligations pour concourir à la conservation des droits sociaux.

2. L'obligation de conserver la valeur nominale des droits sociaux et l'obligation de conserver la vocation aux bénéficiaires

15. L'obligation qu'a l'usufruitier de conserver la substance de la chose est rappelée dans l'avant-projet de réforme. Si l'obligation de conserver les droits sociaux devient une obligation d'intérêt commun, le nu-proprétaire serait soumis à cette obligation.

La question se pose de savoir s'il s'agit d'alourdir ses obligations. Jusqu'à présent, il est seulement admis que le nu-proprétaire ne peut pas nuire de quelque manière que ce soit aux droits de l'usufruitier, sans préciser le lien de cette obligation avec l'atteinte à la substance de la chose objet d'usufruit. Or, les rares arrêts de la Cour de cassation sur ce point montrent que l'usufruitier se prévaut généralement de l'inexécution de cette obligation pour obtenir une conservation de la substance de la chose (30). L'adoption de l'avant-projet de réforme rendrait *a priori* plus clair le contenu de l'obligation du nu-proprétaire.

Pour plus de clarté, encore faut-il pouvoir définir la substance des droits sociaux. Cela est délicat car la notion de substance a été élaborée en considération de choses par nature susceptibles d'appropriation, c'est-à-dire des biens corporels (31).

16. Néanmoins, il a été démontré de manière convaincante que la substance ne peut pas être déterminée grâce à la seule valeur des droits sociaux (32). La « substance résulte [aussi] de la destination du bien » (33). La destination d'une part ou d'une action sociale est d'ouvrir droit, selon l'article 1832 du code civil, au partage des bénéfices (34).

Par conséquent, pour déterminer la substance des droits sociaux, il faut déterminer ce qui permet de réaliser sa destination première : la vocation aux bénéfices.

La méthode de calcul des bénéfices attribués en contrepartie de la jouissance de chaque part ou action est donc primordiale. Par principe, les droits de chaque associé sont proportionnels à leur part dans le capital social. La fraction du capital social incorporée théoriquement dans une part ou une action sociale représente sa substance car c'est elle qui sert d'unité de valeur aux droits et obligations des associés (35).

Cela signifie que la substance des droits sociaux n'est pas un strict pourcentage prédéfini dans le capital, une créance contractée auprès de la société dont la proportion dans le capital social doit demeurer inchangée (36). Elle s'identifie concrètement comme la valeur nominale que ces droits représentent (37). C'est cette unité de valeur qui constitue le noyau dur des droits sociaux car c'est elle qui permet de calculer l'étendue des droits et obligations de chacun.

17. La substance et la destination du bien étant inséparables, l'obligation de conserver la substance des droits sociaux a pour corollaire la nécessité de maintenir leur destination, c'est-à-dire la vocation aux bénéfices qu'ils offrent. De cette manière, l'intérêt commun de l'usufruitier et du nu-proprétaire recoupe l'intérêt commun de tous les associés de la société.

18. L'obligation de conservation des droits sociaux implique que ceux-ci conservent leur existence et leur essence.

Toutefois, l'obligation de conserver l'essence des parts ou actions ne peut pas toujours se combiner avec l'obligation d'en conserver l'existence. En matière de sociétés, la vie sociale mouvante impose d'admettre que l'usufruitier ou le nu-proprétaire puissent atteindre la substance des droits sociaux si cela est le seul moyen de préserver leur existence, c'est-à-dire l'existence de la société.

L'intervention de chaque protagoniste devrait être interprétée comme un acte conservatoire pour l'accomplissement desquels ils sont tous les deux juridiquement compétents.

La Cour de cassation a d'ailleurs déjà reconnu qu'un nu-proprétaire qui refuse de voter la prorogation d'une société ne porte pas atteinte aux droits de l'usufruitier et ne précipite pas le terme de l'usufruit, qui, à partir de la dissolution de la société, peut s'exercer sur le boni de liquidation (38).

Pour que cette décision soit pleinement approuvée, il conviendrait, selon nous, de vérifier les raisons qui ont poussé le nu-proprétaire à agir de la sorte. Son attitude ne pourrait pas lui être reprochée seulement si la poursuite de l'activité sociale risquait d'anéantir la valeur nominale des droits sociaux. Dans le cas contraire, il porterait atteinte à l'intérêt commun de conservation des droits sociaux.

19. L'obligation de conserver le bien compléterait donc le dispositif actuel du fonctionnement de l'usufruit. Elle serait plus large et plus souple que les obligations de conserver la substance et d'entretenir le bien. Elle inclurait un contrôle positif de toutes les opérations matérielles mais aussi juridiques destinées à la sauvegarde du bien objet de l'usufruit (39).

On le comprend, l'antagonisme actuel des intérêts de l'usufruitier et du nu-proprétaire doit faire place à une collaboration entre eux. Celle-ci ne peut s'instaurer qu'à travers l'exercice des droits offerts par les parts ou actions dans la société. Il faut donc intégrer ces deux personnages dans la vie de la société et imaginer comment leur intérêt commun va influencer le régime de l'usufruit.

II. L'influence mesurée de l'intérêt commun sur le régime de l'usufruit des droits sociaux

20. Il est déjà reconnu que la nomenclature tripartite traditionnelle (40) de répartition des prérogatives est inadaptée en matière d'usufruit des droits sociaux (41).

La mise en évidence d'un intérêt commun est alors une bonne chose car il exerce une influence sur les techniques de gouvernement des situations qu'il affecte. Il fait naître un esprit de collaboration entre les membres du groupement liés par l'intérêt commun. La coopération entre l'usufruitier et le nu-proprétaire de droits sociaux serait donc stimulée (42) (A).

La collaboration n'irrigue cependant pas tout le régime de l'usufruit des droits sociaux car l'intérêt commun a un domaine limité. La subsistance d'une concurrence entre les protagonistes devra donc être étudiée (B).

A La collaboration de l'usufruitier et du nu-proprétaire dans la société

21. Les opérations qui affectent les droits sociaux sont la conséquence de décisions prises au sein de la société. Il apparaît donc logique de fixer les décisions qui devront être soumises à un régime spécial, adapté à la sauvegarde des droits sociaux (1), avant d'organiser la manière dont elles pourront être approuvées (2).

1. Les décisions ayant pour objet la sauvegarde des droits sociaux

22. S'il est impossible, dans cette étude, de fixer de manière exhaustive une liste des décisions qui doivent entraîner une collaboration entre l'usufruitier et le nu-proprétaire, nous allons nous intéresser principalement à quelques décisions sujettes au débat tant en doctrine qu'en jurisprudence (43).

23. La question paraît délicate en ce qui concerne les décisions qui ont pour objet ou pour effet de conduire à une augmentation du capital.

À première vue, l'augmentation de capital n'a pas pour effet de modifier la composition du capital social. Néanmoins, cette impression n'est pas confirmée si on observe dans le détail ce qui se produit. Que ce capital soit gonflé par incorporation de sommes figurant déjà dans les capitaux propres de la société ou par ajout de nouvelles sommes ou nouveaux biens, les éléments qui le composent sont modifiés. Aucune distinction ne sera plus opérée entre ce qui constituait le capital antérieurement et ce qui vient s'ajouter à son contenu. Toutes les actions ou parts s'en trouvent modifiées, peu important que le nu-proprétaire ait ou non souscrit à cette augmentation de capital. Indirectement, la fraction du capital incorporée dans les droits sociaux a varié par l'augmentation de capital. L'unité de valeur pour le calcul des droits qu'ouvrent les actions ou les parts sociales est affectée.

24. Les décisions de fusion et de scission de la société relèvent aussi de l'intérêt commun car elles s'accompagnent d'une modification de l'unité de valeur des droits. La fusion, quel que soit le mode opératoire choisi (fusion-absorption ; fusion par création d'une société nouvelle),

repose sur une dissolution de la société absorbée après transmission universelle de son patrimoine. De la même manière, la scission est l'opération par laquelle une société disparaît en transmettant son patrimoine à deux autres sociétés, qualifiées de sociétés bénéficiaires, créées pour l'occasion ou déjà existantes. (44).

Par conséquent, dans ces deux cas, l'équivalence assurée par l'attribution d'un certain nombre de droits sociaux dans la nouvelle entité ne suffit pas pour considérer que leur substance n'a pas été touchée. La fraction du capital incorporée dans les titres sociaux a varié, non pas strictement en valeur, mais en elle-même car il ne s'agit pas du même capital en réalité, son essence a changé. L'unité de valeur n'est plus la même, la société initiale ayant disparu.

L'usufruitier et le nu-proprétaire seront tous deux intéressés par cette modification qui pourra avoir des répercussions sur leur situation présente et future, la rentabilité et la reconstitution de la pleine propriété.

25. De même, lorsque la destination des droits sociaux risque d'être affectée, les décisions à prendre relèveront du pôle de gestion. (45).

26. En revanche, toutes les décisions de gestion courantes de la société ne seront pas concernées. Toutefois, la diligence et les compétences des dirigeants sociaux ont des conséquences concrètes sur le maintien des droits sociaux en l'état. (46). Par exemple, la décision d'une cession d'actifs comme une branche d'activité pourra fragiliser le patrimoine de la société et grever ses chances de continuité ou au contraire, être indispensable à la poursuite de l'activité.

La nomination et la révocation de ceux-ci intéressent donc en commun l'usufruitier et le nu-proprétaire. L'intérêt commun ne serait donc pas seulement d'ordre quantitatif mais serait aussi d'ordre qualitatif. (47).

27. L'approbation des conventions réglementées, par les conséquences graves qu'elles peuvent emporter sur les résultats de la société, devrait aussi faire l'objet d'un vote favorable à l'intérêt commun.

Après avoir détaillé les décisions sociales qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur l'intérêt commun de l'usufruitier et du nu-proprétaire, il convient maintenant d'arrêter l'organisation de la défense de cet intérêt commun.

2. L'organisation de la défense de l'intérêt commun

28. La défense de l'intérêt commun s'organise essentiellement en droit des sociétés à travers l'aménagement de l'exercice du droit de vote (a). Le non-respect de cet aménagement spécial appellera une sanction dont la compatibilité avec le droit des sociétés devra être recherchée (b).

a. L'aménagement de l'exercice du droit de vote

29. L'intérêt commun se couple pour l'exercice de sa défense avec la reconnaissance d'une communauté d'intérêts. (48). C'est-à-dire que l'on fait naître théoriquement un groupe constitué par l'usufruitier et le nu-proprétaire qui doit agir pour la conservation des droits sociaux.

Encore faut-il trouver les moyens d'expression de ce groupe en droit des sociétés.

30. Il faut accorder, en premier lieu, à l'usufruitier la même prérogative de pouvoir assister à toutes les assemblées quel que soit le type de société. Cela serait opportun de manière à ce que l'usufruitier, non doté conventionnellement ou légalement du droit de vote sur une question, vérifie que la question traitée en assemblée intéresse l'intérêt commun et la position prise par le nu-proprétaire, si c'est ce dernier qui est détenteur du droit de vote lors de l'assemblée qui se réunit.

Cela peut se justifier parce que d'autres personnes que les associés. (49) participent aux assemblées qu'elles soient intéressées directement par le contenu des décisions avisées ou indirectement par l'influence de ces décisions sur leur situation. Imposer la présence de l'usufruitier lors de la réunion des assemblées dans une société est donc utile. C'est d'ailleurs une solution de prudence que recommandent les praticiens. (50).

31. En deuxième lieu, afin de pouvoir réellement assurer la formulation et la défense de l'intérêt commun du nu-proprétaire et de l'usufruitier, il est indispensable que le droit d'information et de communication des documents préalablement à une assemblée soit reconnu à chacun des protagonistes. (51).

32. La question principale demeure, en troisième lieu, celle de l'aménagement de l'exercice du droit de vote lorsque ce vote touche à l'intérêt commun au nu-proprétaire et à l'usufruitier.

L'impression se dégage au premier abord que la règle de l'unanimité des consentements serait dans ce cas la plus appropriée. (52). Un arrêt semble d'ailleurs admettre l'exercice conjoint du droit de vote lorsqu'une clause des statuts le prévoit expressément. (53). Il est insuffisant pour fonder, selon nous. (54), une solution générale. (55).

Ce procédé contreviendrait à la possibilité actuelle d'attribuer tous les droits de vote à l'usufruitier. (56) et quasiment tous, à l'exception de celui de l'affectation des bénéfices. (57), au nu-proprétaire.

33. Meux vaut donc partir de l'idée que peu importe celui qui est investi du droit de vote quand une question touche l'intérêt commun de l'usufruitier et du nu-proprétaire. Il faut considérer que les deux protagonistes sont compétents pour exprimer l'intérêt commun et sont associés dans l'exercice de la gestion du bien.

Comme la fonction de l'intérêt commun est de « tempérer les intérêts individuels exclusifs au profit des intérêts des autres consorts ». (58), le vote exprimé par le nu-proprétaire, l'usufruitier devra exprimer le consensus trouvé entre le nu-proprétaire et l'usufruitier ou être justifié par l'intérêt commun de conservation du bien. (59).

34. Il ne faut pas conclure ici que l'un des deux protagonistes, celui qui vote, représente l'autre. (60). Il importe simplement de reconnaître un pouvoir solitaire d'agir quand l'intérêt commun est en cause. C'est l'intérêt commun qui justifie une telle manière de procéder. (61).

Si un désaccord survient quant au vote exprimé, il aurait été possible d'admettre que, à l'image de ce qui se produit dans le cadre de l'indivision de droits sociaux, un mandataire représentant l'intérêt commun soit nommé par le juge. L'avant-projet de réforme donne d'ailleurs au juge une place plus prépondérante. (62).

Pour autant, une autre sanction semble plus opportune.

b. La sanction : la réparation du préjudice en cas d'abus du droit de vote

35. Si l'usufruitier est désigné pour voter une décision collective et qu'il ne respecte pas son obligation de conserver les droits sociaux, il commet un abus de jouissance. En droit des biens, la sanction actuelle de l'abus, reprise à l'article 590 de l'avant-projet, est la déchéance du droit d'usufruit ⁽⁶³⁾ et l'allocation de dommages et intérêts pour le nu-propiétaire qui a subi un préjudice. Dans le cas où le nu-propiétaire ne respecte pas l'intérêt commun, sur le fondement de l'article 599, alinéa 1^{er}, du code civil, il engage aussi sa responsabilité.

La violation de l'intérêt commun ne permettrait donc pas de remettre en cause la délibération à laquelle a participé l'usufruitier puisque, avec ce nouveau dispositif, il s'agit de sanctionner la commission d'un abus de droit par la réparation du préjudice causé.

36. Par conséquent, il faut considérer que l'usufruitier qui se prononce sans avoir recueilli l'accord du nu-propiétaire a le pouvoir juridique d'exprimer un vote valide en droit des sociétés. Il en est de même lorsque le nu-propiétaire vote.

Quand bien même la volonté exprimée ne serait pas celle de l'intérêt commun mais celle de l'intérêt personnel de l'usufruitier, le vote serait celui d'une personne juridiquement capable de l'exprimer. C'est un acte valide car celui qui l'a exprimé en avait seul la capacité. Cela n'oblige donc pas les autres associés à vérifier que l'usufruitier ou le nu-propiétaire exerce correctement les prérogatives qui lui sont confiées, ce qui serait très contraignant, même si le nu-propiétaire et l'usufruitier assistent aux assemblées.

Le déclenchement de la sanction dépendra uniquement de l'analyse du contenu du vote effectué : pour ou contre l'intérêt commun.

37. Si cette sanction n'est pas différente de celle relative à l'atteinte la substance de la chose, objet de l'usufruit, une action sur le fondement de l'atteinte à l'intérêt commun serait, en réalité, peut-être plus pertinente qu'une action pour atteinte à la substance, pour plusieurs raisons.

38. La Cour de cassation semble peu favorable à reconnaître une atteinte à la substance lorsque l'usufruitier s'associe, par son vote, à une décision collective qui a des effets sur la conservation de la chose objet de l'usufruit. Cette position est justifiée dans la mesure où, dans cette hypothèse, l'usufruitier ne porte pas directement atteinte à la substance de la chose objet de l'usufruit. Il se contente de donner son accord à une décision qui a des conséquences sur la substance ⁽⁶⁴⁾.

Le recours à la notion d'intérêt commun apporterait plus de souplesse quant à l'appréciation de l'atteinte réelle à la conservation des droits sociaux puisqu'elle n'est caractérisée qu'après une analyse globale de la situation sociétaire. Il serait vérifié, par exemple, que l'atteinte à la substance ne constituait pas le seul moyen d'action pour préserver l'existence des droits sociaux.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation serait donc plus sensible à cette analyse qu'à une analyse issue du droit des biens. L'intérêt commun étant une notion déjà connue en droit des sociétés à travers la notion d'intérêt commun des associés ou d'intérêt de groupe, elle peut alors connaître un accueil bienveillant dans cette matière.

39. Surtout, la Cour de cassation semble refuser qu'une atteinte à la substance soit qualifiée directement d'abus d'exercice du droit de vote en droit des sociétés ⁽⁶⁵⁾. Dans l'arrêt du 2 décembre 2008, la Cour de cassation reproche à la cour d'appel d'avoir reconnu un tel abus sans avoir expliqué en quoi le vote de la fusion par l'usufruitier était contraire à l'intérêt de la société.

Or, il a déjà été exposé que l'intérêt commun de l'usufruitier et du nu-propiétaire recoupe pour partie l'intérêt social, notamment lorsque la pérennité de la société est en jeu. L'abus commis par celui qui a voté une fusion pourrait, en même temps, sur le plan du droit des biens être considéré comme portant atteinte à la sauvegarde des droits sociaux et sur le plan du droit des sociétés, être considéré comme portant atteinte à l'intérêt social. Une nullité de la délibération pourrait donc être plus facilement encourue.

40. La défense de l'intérêt commun ne s'exerce pas exclusivement grâce au droit de vote de l'usufruitier ou du nu-propiétaire. La conservation des droits sociaux nécessite aussi de la part de chacun la faculté d'agir en justice. Il subsiste donc entre l'usufruitier et le nu-propiétaire une certaine concurrence.

B. La subsistance d'une concurrence entre l'usufruitier et le nu-propiétaire

41. L'usufruit fait toujours naître des prérogatives strictement personnelles aux protagonistes, principalement pécuniaires ⁽⁶⁶⁾. Ainsi, collaboration et indépendance peuvent régir les droits et obligations issues de l'usufruit.

Dans le prolongement de cette idée, l'usufruitier et le nu-propiétaire doivent pouvoir agir personnellement pour la défense de leurs droits (individuels ou commun).

Ceux-ci devraient donc pouvoir exercer individuellement un contrôle des actes de gestion de la société pouvant avoir une répercussion sur l'existence et la destination des droits sociaux. Le contrôle de la gestion de la société assurera un contrôle de la préservation de l'intérêt social. L'usufruitier ne doit pas être exclu de ce contrôle parce qu'il n'a pas la qualité d'associé ⁽⁶⁷⁾.

42. De nombreuses actions en justice naissent en raison de l'exigence du contrôle de la gestion sociale.

C'est le cas, par exemple, du droit d'agir en désignation d'un expert de gestion, prévu par l'article L. 225-231 dans les sociétés anonymes, et en désignation d'un commissaire aux comptes, prévu par l'article L. 223-35 pour les SARL et L. 227-9-1 pour les sociétés par actions simplifiées.

La désignation d'un commissaire aux comptes ou d'un expert de gestion est de plus en plus fréquemment sollicitée ⁽⁶⁸⁾. Le but est de pouvoir obtenir des éclaircissements sur une ou plusieurs opérations de gestion à travers l'établissement d'un rapport.

Au-delà de l'interrogation sur le dépassement des seuils requis pour demander la nomination d'un expert de gestion, la question se pose de savoir si l'usufruitier ne pourrait pas prendre part à cette nomination alors qu'il n'a pas la qualité d'associé. La jurisprudence a déjà précisé que la demande de nomination d'un expert de gestion par le nu-propiétaire est une « mesure de nature à assurer la conservation et la protection de ses intérêts » ⁽⁶⁹⁾. Une telle action serait le prolongement naturel de son droit à l'information ⁽⁷⁰⁾. Le régime de l'usufruit proposé dans l'avant-projet ne permet pas de préciser si un usufruitier ou un nu-propiétaire peut demander la nomination d'un expert de gestion, il faut profiter de cette liberté pour que le législateur se saisisse de cette question en droit des sociétés ou que les parties organisent cette action.

43. L'action sociale *ut singuli* devrait pouvoir être exercée par l'usufruitier ou le nu-propiétaire, et non plus être réservée à ce dernier, en tant qu'associé. Cette action en réparation du préjudice social qui existe dans toutes les sociétés ⁽⁷¹⁾ a un caractère conservatoire puisqu'elle a

pour objet la défense et la reconstitution du patrimoine social altéré par une mauvaise gestion (72). Or, le préjudice subi par la société affecte l'actif social sur lequel sont prélevés les dividendes distribués à l'usufruitier. Ces actifs, en cours de vie sociale, peuvent être incorporés au capital et, en fin de vie sociale, être répartis comme boni de liquidation (73). Le nu-proprétaire et l'usufruitier auraient donc tous les deux un intérêt à agir (74).

44. Néanmoins, il faut préciser que le droit d'agir ne pourra pas créer un cumul des actions. Pour éviter que l'usufruit des droits sociaux ne grève le bon fonctionnement de la société, il faut admettre que lorsque l'usufruitier ou le nu-proprétaire aura exercé le droit d'action offert à ceux qui ont un intérêt au contrôle de la gestion de la société, celui qui est resté inactif ne pourra plus agir. Par l'intermédiaire du demandeur, un contrôle aura été effectué et emporte satisfaction de l'intérêt personnel du concurrent. Il y aura, par conséquent, épuisement de l'intérêt à agir, selon les principes du code de procédure civile (75).

45. Enfin, à propos de l'intéressement au contrôle de la gestion de la société, il paraît opportun d'ouvrir au nu-proprétaire et à l'usufruitier la faculté de se faire élire aux fonctions sociales. Il ressort de l'analyse de ces fonctions, que leur exercice n'est plus corrélatif à la qualité d'associé. L'usufruitier pouvait déjà devenir gérant d'une société civile (76), en nom collectif (77) ou à responsabilité limitée (78). La loi NRE (79) a abandonné l'exigence de la qualité d'actionnaire pour accéder à la fonction de directeur général de société anonyme (80) et la loi LME l'a abandonnée pour l'attribution de la qualité d'administrateur. L'ouverture préconisée s'avère donc pertinente. Dans ce cas, l'usufruitier et le nu-proprétaire seraient de réels concurrents et la présentation de l'un à une fonction sociale ne priverait pas l'autre de la faculté de se présenter aussi. Le paradoxe que Cozian dénonçait entre la faculté accordée à l'usufruitier de voter dans les assemblées et la faculté refusée de se présenter aux fonctions sociales (81) ne serait donc plus entretenu.

Le recul de l'individualisme dans notre droit offre un nouveau champ d'application à l'intérêt commun : celui de l'usufruit. Cet intérêt commun fonde une nouvelle approche du régime de l'usufruit des droits sociaux avec la fonction d'établir un équilibre entre un antagonisme des intérêts révolu et un collectivisme trop poussé. La réécriture des règles de l'usufruit des droits sociaux est une entreprise en marche.

Mots clés :

SOCIETE EN GENERAL * Capital social * Part sociale * Usufruit * Intérêt commun

(1) En témoigne la multiplication des réflexions doctrinales sur le sujet, V. dernièrement L. Godon, Un associé insolite : le nu-proprétaire de droits sociaux, Rev. sociétés 2010. 143 ; D. Martin, Usufruit et propriété de droits sociaux, D. 2009. 2444.

(2) Les notaires ont fait renaître l'usufruit au cours de leur 87^e congrès intitulé « Patrimoine privé, stratégie fiscale » dont les actes ont été publiés sous le même titre : C. Letulle-Joly (sous la dir.), Litec. 1991.

(3) H. Hovasse, R. Mortier et A. Mortier, L'usufruit de droits sociaux, Actes pratiques et ingénierie sociétaire n° 105, mai-juin 2009, p. 5, spéc. p. 9, n° 10.

(4) V. *Démembrement des titres sociaux : stratégies patrimoniales*, coll. « Themexpress », éd. Francis Lefebvre, 21 av. 2009, spéc. n° 1, p. 5.

(5) V. *Proposition de réforme du livre II du code civil relatif aux biens*, remis le 12 novembre 2008 à la Direction des affaires civiles et du Sceau du ministère de la justice, www.henricapitant.org, version du texte au 19 nov. 2008.

(6) J.-L. Bergel, Le renouveau des démembrements de la propriété, Colloque de l'Université de Lyon III-Jean Moulin, du 4 déc. 2008, sur « L'avant-projet de réforme du droit des biens », http://fdv.univ-lyon3.fr/modules/Mdeo/Colloques_et_conferences_de_Centres_et_Instituts/Reforme_biens/flv10_renouveau.html.

(7) Art. 601 : « Les dividendes distribués à titre de revenus appartiennent à l'usufruitier. Sauf convention contraire, l'usufruitier exerce son droit sur les autres sommes conformément à l'article 596, jusqu'à l'arrivée du terme prévu pour son droit ».

(8) V. J.-L. Berger, « Entretien », Dr. et patr. 2008, n°176.

(9) Art. 577 al. 1^{er} : « La conservation des biens objets de l'usufruit est une obligation d'intérêt commun pour le propriétaire et l'usufruitier ». Déjà dans ce sens, V. T. Hassler, L'intérêt commun, RTD com. 1984. 615 : « La conservation du bien est [...] une question d'intérêt commun ».

(10) V. en ce sens, J. Derruppé, Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou actions, Defrénois 1994, art. 35894, spéc. n° 9 qui considère, par exemple, que si le nu-proprétaire est seul tenu de libérer les actions ou parts sociales grevées d'usufruit, « il effectue cette libération à la fois pour son compte et pour celui de l'usufruitier ». Le doyen Jean Carbonnier écrivait : « c'est plutôt vers une communauté d'intérêts entre usufruitier et nu-proprétaire qu'il serait socialement utile d'orienter le régime juridique de l'immeuble sujet à usufruit » (RTD civ. 1950. 200, n° 5).

(11) C. Atias, *Droit civil. Les biens*, 8^e éd., coll. « Manuels », Litec, 2005, n° 211, p. 143.

(12) J. Carbonnier, *Flexible droit*, 9^e éd., LGDJ, 1998, p. 339 : « l'usufruitier ne construit pas, il mange » cité par H. Hovasse et R. Mortier, note n° 4, p. 6.

(13) G. Comu, *Droit civil. Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 1980, n° 1255, p. 443.

(14) Proudhon insistait déjà sur la communauté d'intérêts qui résulte de la coexistence sur une même chose de deux droits qui sont en correspondance : « Mais, comme les droits de l'un et de l'autre portent sur le même objet [...] comme leurs droits respectifs sont dans une corrélation nécessaire [...] », *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, 1^{re} éd., 1823-1827, Victor Lagier, T. I (1824), n°7. Dans le même sens, Rép. civ. Dalloz, v° Usufruit, par A. Rieg, n°433.

(15) Surtout que les dispositions seraient d'ordre public, sauf disposition contraire, selon l'art. 516 de l'avant-projet. Pour une critique de cet article, V. C. Aïas, L'enracinement du droit des biens dans la nouvelle ère du droit civil français, D. 2009. 1165 .

(16) V. *Proposition de réforme*, préc., p. 10.

(17) A. Rieg, préc., n°23.

(18) L'usufruitier ne peut d'ailleurs pas le contraindre à effectuer les travaux concernant la structure et la solidité du bien objet de l'usufruit qui, en principe, sont à sa charge : Req. 1^{er} av. 1889, DP 1891. I. 413 ; Req. 10 déc. 1900, DP 1901. I. 209 note L. Guénée ; Civ. 3^e, 30 janv. 1970, D. 1970. somm. 115 ; Civ. 3^e, 3 mai 1989, Defrénois 1990, art. 34750, n° 11, obs. H. Souleau ; Civ. 3^e, 10 juill. 2002, Rev. loyers 2002. 562, obs. J. Rémy.

(19) Le texte précise que cette obligation a pour but d'entretenir conjointement le bien de manière à ce qu'il puisse continuer à jouer son « rôle social et urbanistique ».

(20) Il n'existe pas entre l'usufruitier et le nu-propiétaire de lien juridique comme un contrat dans le cas du mandat d'intérêt commun, contrat de concession ou des droits directs et concurrents comme dans l'indivision ou la masse des obligataires.

(21) Un intérêt commun économique est parfois reconnu par le droit pénal, fiscal ou des sociétés dans un groupe de sociétés, quand il existe une politique élaborée pour l'ensemble du groupe. Or, la seule conservation du bien objet de l'usufruit n'est pas suffisante pour considérer qu'elle est le résultat d'une politique expressément menée par le « groupe » usufruitier-nu-propiétaire, même entre les membres d'une famille.

(22) T. Hassler, L'intérêt commun, RTD com. 1984. 581.

(23) T. Hassler, *op. cit.*, p. 586.

(24) T. Hassler, *op. cit.*, p. 609.

(25) C. civ., art. 579. Il faut ajouter qu'une partie la doctrine décide que l'usufruit peut s'acquérir par prescription, V. Rép. civ. Dalloz, v° Usufruit, par A. Rieg, n° 94.

(26) Rép. civ. Dalloz, v° Usufruit, par A. Rieg, n° 345.

(27) L'art. L. 225-103, II, 2°, C. com. ouvre, par ex., une telle possibilité à un mandataire désigné en justice, à la demande, soit de tout intéressé en cas d'urgence (ce qui pourrait concerner l'usufruitier), soit à la demande d'un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins 5 % du capital social (ce qui pourrait concerner le nu-propiétaire).

(28) D. Schmidt, De l'intérêt commun des associés, JCP E 1994. I. 404, n° 5.

(29) Dans le cadre d'une stratégie de transmission du patrimoine, V. H. Hovasse, R. Mortier et A. Mortier, L'usufruit de droits sociaux, Actes pratiques et ingénierie sociétaire n° 105, mai-juin 2009, spéc. n°10, p. 8.

(30) V. notamment, Civ. 1^{re}, 28 nov. 1972, Bull. civ. I, n° 264.

(31) Y. Paclot, « Repenser l'attribution du droit de vote en cas de démembrement des droits sociaux, JCP E 2006. 1251, spéc. n° 17.

(32) Sauf lorsque les droits sociaux sont des valeurs mobilières, gérées en portefeuille. Dans ce cas, la substance est définie comme la valeur attribuée à l'origine de l'usufruit indépendamment de leur support.

(33) R. Mortier et Y. Kerambrun, Pourquoi les réserves distribuées sont à l'usufruitier et à lui seul !, JCP N, 11 sept. 2009. 1264, p. 32, spéc. n° 21, p. 38.

(34) Ou de profiter de l'économie résultant de l'entreprise commune.

(35) Pour une confirmation, V° Actions, in G. Cornu, *op. cit.*, p. 24 et v° Part, in G. Cornu, *op. cit.*, p. 660. Dans ce sens, V. Y. Paclot, *op. cit.*, n° 18.

(36) C'est pour cette raison que les clauses dites « anti-dilution » fleurissent dans des conventions extra-statutaires de plus en plus nombreuses. Ces clauses d'ordre financier ont pour objet de protéger l'actionariat en cas d'augmentation de capital, V. *Mémento pratique* Francis Lefebvre. *Sociétés commerciales*, 2012, n° 69155.

(37) V. not., C. civ., art. 1844-1 : « La part de chaque associé dans les bénéfices [...] se déterminent à proportion de sa part dans le capital social [...] » (même si cette règle n'est pas d'ordre public). Dans ce sens, V. R. Mortier et Y. Kerambrun, Pourquoi les réserves distribuées sont à l'usufruitier et à lui seul !, JCP N, 11 sept. 2009. 1264, p. 32, spéc. n°18 et 19, p. 37 et 38 ; V. D. R. Martin, Usufruit et propriété de droits sociaux, D. 2009. 2444, , spéc. n°5.

(38) Civ. 1^{re}, 8 mars 1988, JCP N 1988. II. 297, obs. J.-F. Pillebout.

(39) V° Conservation, in G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 8^e éd., coll. « Quadrige », PUF, 2007, p. 217.

(40) Un certain renouvellement de cette nomenclature est à souligner depuis le remplacement du décret de 1965 (décr. n° 65-961, JO du 14 nov. 1965, p. 10044) relatif à la gestion des valeurs mobilières des mineurs par le décr. du 22 déc. 2008 (V. décr. n° 2008-1484 du 22 déc. 2008) relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des art. 452, 496 et 502 C. civ. (JO du 31 déc. 2008, texte 94).

(41) En ce sens, V. S. Jambort, *La propriété collective en droit des affaires. Contribution à l'ébauche d'un nouveau régime*, thèse Toulouse, 2005, spéc. n° 201 s., p. 167 s.

(42) T. Hassler, *op. cit.*, p.612.

(43) Il est naturel de considérer que les décisions qui aboutissent à une réduction du capital de la société (dissolution conventionnelle, rachat d'actions, réduction du capital social, amortissement du capital, reprise des apports) affectent la valeur nominale des droits sociaux et donc l'obligation d'intérêt commun.

(44) M. Cozian, A. Vandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 21^e éd., coll. « Manuels », Litec, 2008, n° 1402, p. 625.

(45) Sont concernées les résolutions qui provoquent la suppression du droit de vote, comme la conversion en actions de préférence sans droit de vote ainsi que celles augmentant les engagements de l'associé (Y. Paclot, *op. cit.*, n°19 ; A. Lienhard, Démembrement de droits sociaux : vote abusif de l'usufruitier, D. 2009. 12 ).

(46) C'est ce que défend un auteur lorsqu'il précise que : « Le démembrement des droits ne supprime pas la communauté d'intérêt du nu-proprétaire et de l'usufruitier à une bonne gestion de la société » (H. Hovasse, Le démembrement des droits sociaux, Dr. sociétés, Actes pratiques, 1994, p. 2, spéc. n° 24, p. 5).

(47) L'existence d'un intérêt commun d'ordre qualitatif est défendue par Hassler à propos de l'intérêt de la famille, V. *op. cit.*, p. 607-608.

(48) V. J. Theron, De la « communauté d'intérêts », RTD civ. 2009. 19 , spéc. n°17, p. 30.

(49) C. com., art. R. 223-24, al. 3 : dans les SARL, le gérant non associé participe à l'assemblée puisque c'est lui qui en dresse le procès-verbal. Dans les SA sont aussi présents aux assemblées générales, les commissaires aux comptes, les représentants de la masse des obligataires et des porteurs de titres participatifs, deux représentants désignés par le comité d'entreprise. De plus, en cas de crise grave, un actionnaire peut demander en justice à se faire accompagner par un huissier.

(50) H. Hovasse, R. Mortier et A. Mortier, préc., n° 33, p. 17.

(51) L'art. L. 225-118 C. com. reconnaît déjà une telle ouverture auprès de l'usufruitier.

(52) Dans ce sens, V. G. Cornu, *op. cit.*, n° 1295, p. 456 : « Pour certains actes, l'entente du nu-proprétaire et de l'usufruitier devient nécessaire. Il existe entre eux un domaine d'action conjointe. Les actes qui en relèvent ne sont possibles que d'un commun accord ». Cette règle est déjà employée en matière d'usufruit pour la conclusion de certains baux et la vente du bien objet de l'usufruit.

(53) Civ. 3^e, 2 mars 1994, n° 91-21.696, dit *Buding*, Rev. sociétés 1995. 41, note P. Didier  ; JCP N 1995, n° 7, p. 269, art. J.-P. Garçon.

(54) Dans le même sens, JCl. Sociétés Traité, Fasc. 136-10 par F. Mansuy. Contra. H. Hovasse et R. Mortier, *op. cit.*, n° 39, p. 18-19.

(55) Il concernait des parts de sociétés dont les statuts n'avaient pas décidé leur indivisibilité. Or, le plus souvent, une telle indivisibilité est fixée. De plus, ce dédoublement du droit de vote est impossible dans les sociétés par actions car les actions sont définies comme indivisibles à l'art. L. 228-5 C. com.

(56) Dernièrement, V. Com., 2 déc. 2008, n° 08-13.185, *Plastholding c/ Rapeaud*, D. 2009. 780  ; note B. Dondero  ; *ibid.* 12, obs. A. Lienhard  ; *ibid.* 2300, obs. B. Mallet-Bricout et N. Reboul-Maupin  ; *ibid.* 2010. 287, obs. J.-C. Hallouin, E. Lamazerolles et A. Rabreau  ; Rev. sociétés 2009. 83, note P. Le Cannu  ; RTD civ. 2009. 137, obs. T. Revet  ; RTD com. 2009. 167, obs. M.-H. Monsérié-Bon  ; Dr. sociétés 2009, comm. 46, obs. M.-L. Coquelet ; Bull. Joly 2009. 116, obs. T. Revet ; LEDC févr. 2009, p. 3, obs. D. Gallois-Cochet.

(57) V. Com., 31 mars 2004, n° 03-16.694, dit *Hénaux*, D. 2004. 1167  , obs. A. Lienhard  ; *ibid.* 2925, obs. J.-C. Hallouin  ; *ibid.* 2005. 1424, obs. A. Boujeka, M. Bourassin, E. Claudel et B. Thullier  ; Rev. sociétés 2004. 317, note P. Le Cannu  ; RTD civ. 2004. 318, obs. T. Revet  ; RTD com. 2004. 542, obs. P. Le Cannu .

(58) T. Hassler, *op. cit.*, p. 587.

(59) Le choix de cette manière de procéder est inspiré du fonctionnement de l'indivision de parts sociales.

(60) La jurisprudence vient de prononcer une interdiction pour l'usufruitier de représenter le nu-proprétaire, V. Civ. 2^e, 13 juill. 2005, n° 02-15.904, dit *Roquelaura*, Bull. civ. II, n° 194 ; D. 2005. 2950  , obs. J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles  ; *ibid.* 3050, obs. T. Clay  ; Bull. Joly 2006. 217, § 43, note P. Le Cannu ; Dr. et patr. 2005, n° 143, p. 89, obs. D. Porrachia ; RJ com. 2006. 37, obs. L. Grosclaude ; Y. Paclot, Repenser l'attribution du droit de vote en cas de démembrement des droits sociaux, *op. cit.*

(61) T. Hassler, *op. cit.*, p. 617 : « c'est l'intérêt commun qui explique que l'usufruitier ait le pouvoir d'agir solitairement alors que l'institution est normalement régie par la loi de l'unanimité ».

(62) V. Art. 580 et 587 de l'avant-projet.

(63) Cette déchéance n'est pas rétroactive, elle est seulement une sanction appliquée *a posteriori*.

(64) Dans ce sens, V. B. Dondero, Répartition des pouvoirs en cas de démembrement de droits sociaux.. et reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier ?, note sous Com. 2 déc. 2008, D. 2009. 780  , n° 16.

(65) En faveur d'une telle reconnaissance, V. J.-C. Hallouin, note sous Com. 2 déc. 2008, D. 2010. 287  : « L'atteinte à la substance aurait pu apparaître comme caractérisant un abus. La Cour de cassation dit qu'il n'y a qu'une définition de l'abus de majorité : la décision contraire à l'intérêt social prise dans le seul dessein de favoriser les majoritaires. C'est le seul droit des sociétés qui s'applique ».

(66) Les droits pécuniaires propres à l'usufruitier : la vocation à recevoir les bénéfices distribués, y compris les profits exceptionnels comme le prix de cession d'immobilisations et les réserves (certains auteurs ont interprété l'al. 2 de l'art. 601 comme consacrant la thèse majoritaire de la capitalisation des réserves et de la nature de produit des plus-values de cession d'immobilisation puisqu'il y aurait une distribution avec constitution d'un quasi-usufruit. Cette distribution demeure un fruit comme le confirme la fiscalité puisque tous les dividendes sont imposés, sans exception, dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers) ; opter pour le paiement des dividendes en actions.

Les droits pécuniaires propres au nu-proprétaire : le droit préférentiel de souscription ; le droit d'attribution d'actions nouvelles ; l'attribution finale du boni de liquidation.

(67) Dans ce sens, V. H. Hovasse, Le démembrement des droits sociaux, *op. cit.*, n° 25, p. 5 : « L'usufruitier ne saurait, de principe, être tenu à l'écart du contrôle de gestion qui est une condition et un prolongement indispensables de l'exercice de ses droits » ; P. Le Cannu, note préc. sous Com., 4 janv. 1994.

(68) M. Cozian, A. Vandier et F. Deboissy, préc., n° 399, p. 196.

(69) TGI Carpentras, 12 janv. 2000, RTD com. 2001. 155, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard  . Le caractère conservatoire de l'action a été reconnu lorsque le nu-proprétaire l'exerce

(70) H. Hovasse, R. Mortier et A. Mortier, *op. cit.*, n° 77, p. 31.

(71) C. civ., art. 1843-5.

(72) Rép. sociétés Dalloz, v° Usufruit des droits sociaux, par F. Zenati, n° 243.

(73) Ainsi, l'actif social serait véritablement incorporé dans les droits sociaux par son incorporation dans le capital social. Pour une distinction entre actif social et capital social, V.A. Charveriat, A. Couret, B. Zabala, *Sociétés commerciales*, coll. « Memento pratique Francis Lefebvre », 43^e éd., Francis Lefebvre, 2012, n° 9204-9205.

(74) Dans ce sens, V. H. Hovasse, Le démembrement des droits sociaux, *op. cit.*, n° 27, p. 6.

(75) C. pr. civ., art. 30-31.

(76) L'art. 1846 C. civ. énonce que la société est gérée par une personne associée ou non.

(77) L'art. L. 221-3 C. com. énonce que les statuts peuvent prévoir que le gérant sera désigné en dehors des associés.

(78) L'art. L. 223-18, al. 2, C. com. énonce que le gérant peut être choisi en dehors des associés.

(79) L. n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JO du 16 mai 2001, texte 2.

(80) C. com., art. L. 225-51-1.

(81) Il remarquait que « les usufruitiers, régnant en maîtres dans les assemblées, ne pourront accéder au conseil ni briguer la présidence » (Du nu-propriétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ?, JCP E 1994. I. 374).