32 Attribution des prérogatives financières

Jean-François DESBUQUOIS,
avocat associé, Fidal, membre du Cercle des Fiscalistes

Elsa GUEGAN,
professeur agrégé de droit privé, université de Poitiers, membre de l'institut Jean Carbonnier

Pascal JULIEN SAINT-AMAND,
notaire associé, président du Groupe Althemis, ancien avocat fiscaliste, docteur en droit français, docteur en droit européen

Renaud MORTIER,
professeur agrégé de droit privé et de sciences criminelles, avocat directeur associé, Cabinet FIDAL, président de la FNDP, directeur honoraire du Centre de droit des affaires de Rennes (CDA)

1. - DISTRIBUTION DE DIVIDENDES

A. - Répartition légale

1° Dividende imputé sur le résultat courant

2° Dividende provenant d'un résultat exceptionnel

3° Dividende imputé sur le report à nouveau

4° Dividende imputé sur les réserves comptables

B. - Aménagements des droits des usufruitiers et des nus-propriétaires sur les distributions de dividendes en présence de titres démembrés

1° Aménagements en amont de la distribution

2° Aménagement en aval de la distribution

2. - OPÉRATIONS SUR CAPITAL SOCIAL

A. - Augmentation de capital social

1° Augmentation de capital par apports en numéraire

2° Augmentation de capital par incorporation (de bénéfices, réserves, primes...)

3° Augmentation de capital par apports en nature

B. - Réduction de capital social

1° Réduction de capital motivée par des pertes

2° Réduction de capital non motivée par des pertes

3. - LIQUIDATION

La détermination des prérogatives financières de l'usufruitier et du nu-propriétaire en présence de titres démembrés soulève de nombreuses questions qu'il s'agisse des distributions de dividendes ou des opérations sur le capital.
L'analyse des règles supplétives prévues par la réglementation et de l'étendue de la liberté conventionnelle pour en modifier l'application fera l'objet des développements ci-après.

1. Distribution de dividendes

1 - La détermination du bénéficiaire de distributions de dividendes en présence de titres sociaux démembrés a fait l'objet de vives controverses doctrinales au cours des dernières décennies. La jurisprudence récente a permis de régler certaines d'entre elles mais demeure encore imparfaite, ce qui peut conduire les parties à rechercher une sécurité complémentaire dans le cadre d'un accord conventionnel.

2 - Nous examinerons dans un premier temps les règles supplétives (A), avant d'envisager, dans un deuxième temps, les aménagements statutaires ou conventionnels susceptibles de modifier ou de sécuriser la situation (B).

A. - Répartition légale

3 - Si la détermination du bénéficiaire d'un dividende imputé sur le résultat courant de l'exercice n'a jamais fait l'objet de difficultés sérieuses (1°), cette question était plus controversée s'agissant du dividende provenant d'un résultat exceptionnel (2°), ou d'un report à nouveau (3°), ou encore de réserves comptables (4°).

1° Dividende imputé sur le résultat courant

4 - Déterminer qui de l'usufruitier ou du nu-propriétaire de titres sociaux démembrés a droit aux dividendes est une question qui relève du droit des biens. L'article 582 du Code civil

Propriété exclusive de LexisNexis SA. Diffusion strictement réservée.

dispose que *« l'usufruitier a le droit de jouir de toute espèce de fruits (...) que peut produire l'objet dont il a l'usufruit »*.

La doctrine et la jurisprudence [1] considèrent que le dividende versé par une société à ses associés, lorsqu'il est prélevé sur le résultat courant de l'exercice, a la nature juridique d'un fruit, et non d'un produit, et partant bénéficie en totalité à l'usufruitier des droits sociaux. Il présente en effet les caractéristiques essentielles qui permettent de distinguer un fruit par rapport à un produit, à savoir un détachement de l'objet qui les génère et l'absence d'altération de la substance de ce dernier. La doctrine majoritaire considère qu'il s'agit d'un fruit civil, alors que la jurisprudence paraît parfois hésiter avec la qualification de fruit industriel en raison de l'absence de périodicité du dividende [2].

5 - La jurisprudence est en revanche très claire sur le fait que la date d'acquisition par l'associé du droit au dividende est celle de la décision sociale décidant la distribution. L'usufruitier ne devient donc créancier que du jour de la décision de la distribution [3]. Il en résulte qu'avant la décision de distribution l'associé, et ici l'usufruitier, n'a aucun droit sur le bénéfice comptable réalisé par la société. L'administration fiscale ne peut donc pas prétendre établir l'existence d'une donation indirecte de la part de l'usufruitier au profit de nu-propriétaire portant sur le bénéfice non distribué de l'exercice lorsque le premier vote son affectation à un poste de réserves lors de l'assemblée d'approbation des comptes [4].

2° Dividende provenant d'un résultat exceptionnel

6 - Une question plus délicate apparaît lorsque le résultat de l'exercice comprend un résultat exceptionnel, consécutif par exemple à la cession d'un actif immobilisé. Convient-il alors de considérer qu'en cas de distribution sous forme de dividende de tout ou partie de ce dernier, l'usufruitier a toujours vocation à en bénéficier seul ?

7 - L'hésitation peut provenir du fait que si l'actif dont la cession a généré le résultat exceptionnel était le seul détenu par la société, sa vente et la distribution consécutive du prix peuvent marquer l'amorce d'un arrêt d'activité pour la société et vider cette dernière de l'essentiel de ses actifs. Dès lors le dividende peut-il toujours être analysé comme un fruit, ou ne convient-il pas d'y voir plutôt un produit ? La difficulté théorique vient du fait qu'un dividende est toujours un dividende quelle que soit son imputation comptable. Ses caractéristiques propres ne sont donc pas différentes en fonction du poste comptable sur lequel il est imputé. Mais une approche empirique permet de constater que la vente par la société de son seul actif, comptabilisé pour une valeur minime, suivie de la distribution du résultat exceptionnel, correspondant dans ce cas à la quasi-totalité du prix, risque d'entraîner la cessation de son activité et probablement sa dissolution. Faut-il dès lors accepter de lever le voile de la personnalité morale pour pouvoir apprécier l'incidence de la cession de l'actif et de la distribution par rapport au patrimoine subsistant de la société, et déterminer la nature de fruit ou de produit du dividende à partir d'un critère décorrélé de la substance même des titres sociaux ?

8 - Un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 19 septembre 2024 [5] a jugé dans de telles circonstances que *« 16. La distribution, sous forme de dividendes, du produit de la vente de la totalité des actifs immobiliers d'une société civile immobilière affecte la substance des parts sociales grevées d'usufruit en ce qu'elle compromet la poursuite de l'objet social et l'accomplissement du but poursuivi par les associés.*

17. Il en résulte que, dans le cas où l'assemblée générale décide une telle distribution, le dividende revient, sauf convention contraire entre le nu-propriétaire et l'usufruitier, au premier, le droit de jouissance du second s'exerçant alors sous la forme d'un quasi-usufruit sur la somme ainsi distribuée ».

9 - Lorsqu'une SCI cède la totalité de ses actifs immobiliers et procède à la distribution d'un dividende correspondant au produit de cette vente, ce dernier bénéficie donc tant à l'usufruitier qu'au nu-propriétaire avec paiement par principe entre les mains de l'usufruitier qui exerce un quasi-usufruit, sauf convention contraire.

10 - Si la solution est claire, bien que rendue sur la base d'un raisonnement critiqué par certains auteurs [6], sa portée précise demeure en revanche incertaine. Est-elle transposable à une société d'une autre forme qui céderait tous ses actifs (une holding constituée sous forme de SAS cédant la totalité de ses participations par exemple) ? Compte tenu du raisonnement utilisé dans l'arrêt cité ci-dessus, une réponse affirmative ne semble pas exclue. Par ailleurs, *quid* si une société cède son actif le plus significatif mais en conserve d'autres de moindre importance ? La distribution d'un dividende correspondant au produit de la vente appellera-t-elle la même solution que l'hypothèse de la vente de la totalité des actifs ? La formulation restrictive de l'arrêt du 19 septembre 2024 qui soumet la solution retenue à un double critère : la vente de la totalité des actifs immobiliers d'une SCI, ainsi que la distribution sous forme de dividendes du produit de la vente, ne permet pas d'en préjuger avec certitude.

11 - La jurisprudence sera probablement amenée à préciser sa position dans l'avenir et semble s'être réservée une large marge d'appréciation pour pouvoir l'ajuster.

3° Dividende imputé sur le report à nouveau

12 - Certaines sociétés pratiquent la mise en report à nouveau du résultat comptable, soit de manière ponctuelle, soit de façon systématique. Le résultat des exercices concernés demeure donc en attente d'affectation définitive, ce qui peut permettre à une assemblée ultérieure de l'utiliser pour y imputer une distribution de dividendes qui y serait décidée. Quel sera alors le bénéficiaire de la distribution en présence de titres démembrés ? Aucune jurisprudence, à notre connaissance, ne traite ce sujet. La doctrine majoritaire semble considérer que l'usufruitier aurait vocation à percevoir seul ce dividende puisqu'il correspond à la distribution d'un résultat qui demeurait en attente d'affectation.

Un récent arrêt apporte un élément d'analyse supplémentaire. La Cour de cassation a jugé le 12 février 2025, par une lecture combinée des articles L. 232-11 et L. 232-12 du Code de commerce que *« le report bénéficiaire d'un exercice est inclus dans le bénéfice distribuable de l'exercice suivant et que, par voie*

1. *Cass. civ., 21 oct. 1931 : DP 1933, 1, p. 100, note Cordonnier ; S. 1933, 1, p. 137, note Batiffol ; Journ. stés 1932, p. 463.*
2. *CA Versailles, 23 févr. 1990 : JurisData n° 1990-600358 ; Bull. Joly 1990, p. 552.*
3. *Cass. com., 5 oct. 1999, n° 97-17.377 : JurisData n° 1999-003368. – Cass. com., 28 nov. 2006, n° 04-17.486 : JurisData n° 2006-036163 ; JCP E 2007, 1361, Fl. Deboissy et G. Wicker ; Dr. fisc. 2007, n° 7, comm. 189, Ch. Guéguen ; JCP G 2007, II, 10008, D. Gallois-Cochet ; Dr. sociétés 2007, comm. 12. – Cass. com., 10 févr. 2009, n° 07-21.806 : JurisData n° 2009-046999 ; JCP N 2009, n° 20, 1171, J.-P. Garçon ; Dr. sociétés 2009, comm. 71, R. Mortier ; JCP E 2009, 1287, H. Hovasse. – Cass. com., 31 mars 2009, n° 08-14.053 : JurisData n° 2009-047729 ; RJF 2009, n° 698.*
4. *Cass. com., 10 févr. 2009, n° 07-21.806, préc.*
5. *Cass. 3e civ., 19 sept. 2024, n° 22-18.687 : JurisData n° 2024-016180 ; JCP N 2025, 1058.*
6. *R. Mortier, Droits de l'usufruitier de droits sociaux sur le dividende issu de la vente de la totalité des immeubles sociaux d'une SCI : Dr. sociétés 2025, comm. 1. – N. Jullian, Le sort des dividendes issus de la vente d'actifs immobiliers d'une SCI en présence d'un usufruitier de droits sociaux : Rev. sociétés 2025, n° 1, p. 55-58.*

Propriété exclusive de LexisNexis SA. Diffusion strictement réservée.

de conséquence, seule l'assemblée approuvant les comptes de cet exercice pourra décider son affectation et, le cas échéant, sa distribution » [7].

13 - Seule l'assemblée générale ordinaire annuelle, qui statue sur l'affectation du bénéfice distribuable d'un exercice, peut donc statuer sur l'affectation du report à nouveau existant à cette date et son éventuelle mise en distribution, qui interviendra alors dans le cadre de la distribution du bénéfice de l'exercice dont les comptes sont approuvés. Par principe, le dividende distribué aura donc vocation à être attribué à ce titre à l'usufruitier en pleine propriété.

14 - Toutefois deux hypothèses exceptionnelles mériteraient peut-être une attention particulière. Si le report à nouveau compris dans une distribution inclut le produit de cession de la totalité de ses immeubles par une SCI, le principe d'une attribution conjointe à l'usufruitier et au nu-propriétaire ne pourrait-il pas être réactivé par application de la solution jurisprudentielle exposée au paragraphe qui précède [8] ? De même, dans l'hypothèse où une société ayant procédé de manière systématique et sur une longue période à une mise en report à nouveau de tous ses bénéfices viendrait à procéder à leur distribution de manière massive, la situation ne pourrait-elle pas le cas échéant être assimilée à une distribution de réserves ?

4° Dividende imputé sur les réserves comptables

15 - La question du bénéficiaire de la distribution d'un dividende imputée sur les réserves sociales a donné lieu à de vifs débats par le passé et à de multiples propositions doctrinales. La jurisprudence paraît désormais avoir réglé cette question même s'il subsiste encore une hésitation.

16 - La chambre commerciale de la Cour de cassation [9] a jugé à deux reprises que, lorsque la collectivité des associés décide de distribuer un dividende par prélèvement sur les réserves comptables, ce dernier bénéficie à l'usufruitier et au nu-propriétaire des titres démembrés, le droit de jouissance de l'usufruitier des droits sociaux s'exerçant, sauf convention contraire entre celui-ci et le nu-propriétaire, sous la forme d'un quasi-usufruit sur le produit de cette distribution. En conséquence, l'usufruitier se trouve tenu, en application de l'article 587 du Code civil, d'une dette de restitution exigible au terme de l'usufruit [10].

17 - Un arrêt rendu peu après par la première chambre civile de la Cour de cassation [11] a toutefois semé le trouble en jugeant que les bénéfices mis en réserve *« constituent l'accroissement de l'actif social et reviennent en tant que tel au nu-propriétaire »*, et pourrait être lu comme écartant tout droit de l'usufruitier sur le dividende distribué. L'existence d'un conflit de jurisprudence entre les deux chambres est toutefois incertaine. En effet, l'arrêt d'appel [12], qui s'est vu ainsi confirmé par la première chambre civile, ordonnait le partage de l'indivision successorale et de différentes sommes qui en dépendaient dont le montant du dividende concerné par le litige, ainsi que sa répartition entre l'usufruitière et les nus-propriétaires en fonction de la valeur respective de leurs droits. L'usufruitière pourrait donc avoir reçu dans le cadre du partage successoral la fraction du dividende correspondant à la valeur de ses droits d'usufruit.

18 - Par ailleurs, les arrêts de la chambre commerciale ont été rendus en formation de section, et l'un d'eux a fait l'objet d'une publication maximale P + B+ R + I qui s'attache aux décisions de principe.

19 - La jurisprudence semble donc plutôt établie dans le sens que le dividende provenant d'une distribution de réserves bénéficie à l'usufruitier et au nu-propriétaire, avec paiement par la société par principe entre les mains de l'usufruitier, qui exercera un quasi-usufruit, sauf convention contraire.

La mise en œuvre concrète nécessite toutefois des précautions. En effet, la question de savoir s'il est possible de procéder à une distribution en dehors de l'assemblée générale annuelle statuant sur les comptes de l'exercice écoulé est controversée en raison de décisions jurisprudentielles récentes.

La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 30 janvier 2025, a jugé qu'une distribution imputée sur le report à nouveau bénéficiaire et sur les réserves disponibles peut valablement être décidée en dehors de l'assemblée générale ordinaire approuvant les comptes du dernier exercice clos [13]. Mais quelques jours plus tard, la Cour de cassation, dans l'arrêt du 12 février 2025 cité ci-dessus, a contredit la position de la cour d'appel de Paris, à propos d'une distribution prélevée sur le report à nouveau bénéficiaire. Certains commentateurs s'interrogent sur le point de savoir si dès lors la même règle ne risquerait pas d'être également applicable aux distributions imputées sur les réserves disponibles de la société.

20 - S'il s'avérait qu'il ne soit pas possible de distribuer un dividende imputé sur les réserves en dehors de l'assemblée annuelle, une question pratique apparaîtrait au moins pour les sociétés commerciales. En effet, si, au titre de l'exercice dont les comptes sont soumis à l'approbation de l'assemblée un résultat comptable positif a été constaté, le dividende doit être imputé en priorité sur ce dernier en application de l'article L. 232-11 du Code de commerce qui dispose *« les dividendes sont prélevés par priorité sur le bénéfice distribuable de l'exercice »*. Il conviendrait donc de distribuer la totalité du résultat de l'exercice avant de pouvoir imputer un complément de distribution par prélèvement sur les réserves comptables. Et la résolution devrait alors distinguer nettement les deux fractions composant le dividende en fonction de leur imputation comptable, puisque l'usufruitier aurait vocation à percevoir seul et à titre définitif la partie du dividende correspondant au bénéfice annuel, alors que celle correspondant aux réserves mises en distribution bénéficierait conjointement à l'usufruitier et au nu-propriétaire.

B. - Aménagements des droits des usufruitiers et des nus-propriétaires sur les distributions de dividendes en présence de titres démembrés

21 - Il convient de distinguer deux types d'aménagement, ceux qui ont lieu en amont de la distribution (1°) et ceux qui ont lieu en aval de celle-ci (2°).

1° Aménagements en amont de la distribution

22 - Il s'agit ici des aménagements statutaires.

La liberté conventionnelle permet d'aménager les statuts et notamment le droit au dividende en cas de démembrement portant sur les droits sociaux dans le respect des règles impératives du droit des sociétés et des principes généraux du droit des biens.

7. *Cass. com., 12 févr. 2025, n° 23-11.410, FS-B : JurisData n° 2025-001253 ; Dr. sociétés 2025, comm. 43, note J.-F. Hamelin ; JCP G 2025, act. 375, note F. Danos et A. Tadros.*
8. *V. n° 6 et suivants, 2° Dividende provenant d'un résultat exceptionnel.*
9. *Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-16.246 : JurisData n° 2015-012551 ; JCP N 2017, n° 8, 1113, note S. Fagot ; JCP N 2015, n° 40, 1177, note Ch. Blanchard ; RFP 2015, alerte 154. – Cass. com., 24 mai 2016, n° 15-17.788 : JurisData n° 2016-009988 ; JCP N 2017, n° 8, 1113.*
10. *Et qui n'aura en principe pas vocation à être soumise à l'application du dispositif de l'article 774 bis du CGI au décès du quasi-usufruitier (BOI-ENR-DMTG-10-40-20-20, § 270).*
11. *Cass. 1re civ., 22 juin 2016, n° 15-19.471, F-P+B : JurisData n° 2016-012090 ; Dr. sociétés 2016, comm. 141.*
12. *CA Paris, 25 févr. 2015, n° 14/00655 : JurisData n° 2015-003608.*
13. *CA Paris, 30 janv. 2025, n° 22/17478. – V. not. Dr. sociétés 2025, étude 5.*

Propriété exclusive de LexisNexis SA. Diffusion strictement réservée.

Les statuts pourront ainsi prévoir qu'en cas de démembrement de propriété portant sur des parts sociales ou des actions démembrées, les droits des usufruitiers et des nus-propriétaires dépendront de l'origine des dividendes. Ces droits pourront ainsi varier selon que la distribution provient du résultat courant, du résultat exceptionnel, du report à nouveau ou des réserves de la société.

a) Dividendes prélevés sur le résultat courant

23 - Le droit au fruit est un droit essentiel de l'usufruitier *(C. civ., art. 582* [14]*)*.

Supprimer le droit de l'usufruitier sur les dividendes distribués provenant du résultat courant n'apparaît donc pas concevable au regard du droit des biens.

Par ailleurs, du point de vue fiscal, supprimer à l'usufruitier le droit de percevoir le dividende distribué conduirait probablement l'administration fiscale à s'interroger sur la réalité de cet usufruit.

b) Dividendes prélevés sur le résultat exceptionnel

24 - **Notion de résultat exceptionnel. –** Dès lors que des règles différentes peuvent s'appliquer à la distribution du résultat courant et à la distribution du résultat exceptionnel, la distinction de l'un par rapport à l'autre est majeure.

Deux situations doivent être ici analysées. Celle des sociétés soumises obligatoirement aux règles du plan comptable général et celles non obligatoirement soumises à ces règles.

25 - **Sociétés soumises obligatoirement aux règles du plan comptable général. –** Pour ces sociétés, qui sont les plus nombreuses, la définition du résultat exceptionnel résulte du plan comptable général, modifié sur ce point, à compter du 1er janvier 2025, par le règlement ANC n° 2022-06.

Depuis cette date, sont comptabilisés en résultat exceptionnel les produits et les charges directement liés à un événement majeur et inhabituel [15]. Toutefois, l'appréciation du caractère majeur et inhabituel d'un évènement est spécifique à chaque entité. Un même événement, selon les circonstances, peut être qualifié de manière différente.

Le résultat exceptionnel ne s'analyse donc plus par nature, mais en fonction de l'évènement.

C'est cette analyse en amont qui conduira à prendre en compte tel produit ou telle charge pour la détermination du résultat exceptionnel.

26 - **Sociétés non obligatoirement soumises aux règles du plan comptable général. –** Cela recouvre les sociétés civiles semi-transparentes, non soumises à la TVA, dont les associés sont des personnes physiques, et qui ne dépassent pas deux des seuils suivants à la clôture d'un exercice (effectif de 50 salariés, chiffre d'affaires hors taxes inférieur à 3,1 millions, total du bilan inférieur à 1,55 million).

Ces sociétés n'étant pas soumises aux règles du PCG, les statuts pourront renvoyer volontairement à la définition du plan comptable général énoncée ci-dessus ou au contraire profiter de la souplesse dont elles peuvent bénéficier pour retenir une définition éventuellement plus (ou moins) large du résultat exceptionnel.

Mais nous le verrons ci-après, même pour les sociétés soumises au PCG, la difficulté liée à la nouvelle définition du résultat exceptionnel peut être contournée par une répartition du résultat entre usufruitier et nu-propriétaire qui retiendrait une autre distinction que celle fondée sur le résultat courant et le résultat exceptionnel.

27 - **Attributaires des dividendes prélevés sur le résultat exceptionnel. –** Dans le silence des statuts, l'identification des attributaires des dividendes issus de titres grevés d'usufruit et prélevés sur le résultat exceptionnel est incertaine. Reviennent-ils en pleine propriété à l'usufruitier, car le résultat exceptionnel fait partie du résultat de l'exercice, ou bien doivent-il revenir au nu-propriétaire ou donner lieu à un quasi-usufruit ?

La question a été bien posée par la troisième chambre civile de la Cour de Cassation dans son arrêt du 9 novembre 2023, par lequel elle a transmis pour avis à la chambre commerciale la question suivante : *« En l'absence de convention particulière, les bénéfices ayant pour origine des résultats exceptionnels, tels ceux issus de la vente d'un actif social, peuvent-ils faire l'objet d'une distribution de dividendes à l'usufruitier de droits sociaux ou doivent-ils revenir au nu-propriétaire ou donner lieu à un quasi-usufruit en ce qu'elle altérerait la substance même des droits sociaux ? »* [16].

La chambre civile envisageait bien les 3 hypothèses, l'attribution en pleine propriété à l'usufruitier ou au nu-propriétaire, ou alors conjointement au nu-propriétaire et à l'usufruitier avec reconnaissance d'un quasi-usufruit.

La réponse de la chambre commerciale n'a pas été publiée. Nous pouvons cependant déduire de l'absence de renvoi en chambre mixte que la chambre civile [17] a suivi cet avis.

Pour autant, la position qu'elle a prise reste parcellaire et semble exclure la généralisation à tout résultat exceptionnel de la solution retenue. La Haute Juridiction précise que le résultat exceptionnel, en cas de distribution, revient au nu-propriétaire sous l'exercice par l'usufruitier de son droit d'usufruit, lorsqu'il résulte *« du produit de la vente de la totalité des actifs immobiliers d'une société civile immobilière »* et justifie sa position en précisant que la distribution de ce résultat exceptionnel en ce cas *« affecte la substance des parts sociales grevées d'usufruit en ce qu'elle compromet la poursuite de l'objet social et l'accomplissement du but poursuivi par les associés »*.

Quelle solution s'appliquerait en cas de cession d'une fraction et non de la totalité des actifs immobiliers, ou encore en cas de cession d'autres actifs immobilisés (titres de participations, éléments du fonds de commerce) ou encore dans les mêmes circonstances que celles visées par l'arrêt si la société était une société commerciale plutôt qu'une société civile ?

En l'absence de précision, la réponse est incertaine (que le capital soit divisé en actions ou en parts sociales) et il sera donc souhaitable que les statuts précisent la règle à appliquer.

28 - Les statuts pourront ainsi prévoir, notamment :

- option 1 : que les distributions prélevées sur le résultat exceptionnel reviennent à l'usufruitier en pleine propriété. Le résultat exceptionnel est ainsi traité comme le résultat courant ;
- option 2 : que les distributions prélevées sur le résultat exceptionnel reviennent au nu-propriétaire en pleine propriété. La démarche consiste ici à s'intéresser à l'origine de la distribution au niveau de la société et non des parts en distinguant ce qui constitue un fruit au niveau de l'activité de la société de ce qui constitue un produit et touche à la substance de la structure sociale ;
- option 3 : que les distributions prélevées sur le résultat exceptionnel reviennent au nu-propriétaire sous l'exercice par l'usufruitier de son droit d'usufruit.

29 - La première option attribuant l'intégralité du résultat distribué à l'usufruitier conduit à ne s'intéresser qu'au résultat distribué, mais pas à son origine. Cette règle est cohérente avec le principe selon lequel l'usufruitier n'a pas de droit direct sur le

14. *Cass. com., 31 mars 2004, n° 03-16.694 : JurisData n° 2004-023106.*
15. *PCG, art. 513-5.*
16. *Cass. 3e civ., 9 nov. 2023, n° 22-18.687 et 22-18.733, inédit.*
17. *V. supra, Cass. 3e civ., 19 sept. 2024, n° 22-18.687, préc.*

Propriété exclusive de LexisNexis SA. Diffusion strictement réservée.

résultat réalisé par la société, mais seulement un droit sur le fruit, c'est-à-dire sur le résultat distribué. Elle peut cependant apparaître excessive, lorsque notamment le résultat exceptionnel provient de la cession d'un actif recelant une plus-value latente représentant l'essentiel de sa valeur. La distribution de ce résultat porte atteinte à la substance de la société (et plus encore lorsque c'est le seul actif de la société), or l'on sait que l'usufruitier ne doit pas porter atteinte à la substance de la chose sur laquelle porte son usufruit *(C. civ., art. 578)*.

30 - La seconde option attribuant l'intégralité des dividendes prélevés sur le résultat exceptionnel au nu-propriétaire trouve un appui dans une très ancienne décision de la Cour de cassation selon laquelle le nu-propriétaire a seul vocation à l'accroissement de l'actif social [18]. La plus-value, acquise au fil des ans, afférente au bien cédé, participe à l'accroissement de l'actif social. Cependant cette approche conduit à priver l'usufruitier de tout droit sur cette distribution, alors même qu'elle réduit le patrimoine de la société, et donc les revenus futurs qui auraient pu être appréhendés par l'usufruitier en cas de distribution.

31 - Entre ces deux approches supprimant tout droit à l'un ou à l'autre des titulaires de droits démembrés sur les distributions prélevées sur le résultat exceptionnel, la troisième option, reportant sur le produit de la distribution le démembrement existant sur les droits sociaux, apparaît la plus équilibrée. Les droits que l'usufruitier avait sur ce résultat exceptionnel avant sa distribution (droit aux fruits qu'il allait générer) se reportent sur l'actif distribué (quasi-usufruit en cas de distribution sous forme de liquidités et usufruit sur l'actif distribué en cas de distribution en nature).

32 - Du fait de l'évolution de la notion de résultat exceptionnel devenue beaucoup plus subjective pour toutes les sociétés qui sont soumises au PCG [19], il pourrait être préférable pour traiter différemment l'usufruitier et le nu-propriétaire sur le résultat de l'exercice en fonction de son origine, d'abandonner la distinction résultat courant et résultat exceptionnel.

Une répartition plus objective pourrait ainsi être préférée. Les statuts pourraient ainsi prévoir que le résultat de l'exercice, distribué, provenant de la cession de tout actif immobilisé, serait attribué au nu-propriétaire sous l'exercice par l'usufruitier de son droit d'usufruit, alors que le solde reviendrait à l'usufruitier en pleine propriété.

D'autres pistes encore pourraient être envisagées. Les rédacteurs des statuts pourraient prévoir que le résultat de l'exercice, quelle qu'en soit l'origine, reviendrait en pleine propriété à l'usufruitier, mais que la fraction de celui-ci provenant de la cession des actifs immobilisés devrait être mise en réserve. Parallèlement, les statuts pourraient prévoir que la distribution de réserve reviendrait au nu-propriétaire sous l'exercice par l'usufruitier de son droit d'usufruit.

La clause ci-dessus pourrait encore être affinée, en prévoyant, par exemple, que le résultat provenant de la cession d'actifs immobilisés ne devra être mis en réserve qu'à hauteur de 80 % de son montant (ou tout autre pourcentage) pour tenir compte du fait qu'une partie de la plus-value composant le résultat de l'exercice doit pouvoir être appréhendée en pleine propriété par l'usufruitier.

La démarche s'inspirerait ainsi de l'approche retenue par la Cour de cassation. Il serait fait abstraction du voile de la personnalité morale [20], et la fraction du résultat provenant d'opérations portant atteinte à la substance de la société serait traitée de façon à ce que, en cas de distribution, les droits de l'usufruitier et du nu-propriétaire soient reportés sur les dividendes distribués.

Soulignons enfin qu'une dernière question, essentielle, n'a pas été tranchée expressément par la Cour de cassation. Il s'agit du point de savoir si la répartition des droits entre usufruitier et nus-propriétaires qu'elle a fixée en cas de distribution du résultat exceptionnel, lorsqu'elle porte atteinte à la poursuite de l'activité de la société ou encore en cas de distribution de réserves [21], a un caractère supplétif et s'applique en l'absence de dispositions des statuts, ou alors si elle est impérative et que les statuts ne pourraient déroger à cette répartition.

Dans l'attente d'une confirmation sur ce point, la prudence incite à conserver dans la rédaction des statuts une démarche emprunte de celle retenue par la Cour de cassation. Celle-ci consiste, comme il est indiqué ci-avant, à reporter le démembrement sur les dividendes distribués lorsqu'ils proviennent d'un résultat dont la distribution est de nature à porter atteinte à la substance de la société.

33 - **Point de complexité. –** Le résultat de l'exercice est unique et se compose du résultat courant et du résultat exceptionnel.

Lorsque les statuts de la société prévoient que le résultat courant revient à l'usufruitier et que le résultat exceptionnel revient au nu-propriétaire sous l'exercice par l'usufruitier de son droit d'usufruit, que se passe-t-il si le résultat courant est bénéficiaire et le résultat exceptionnel déficitaire (ou le contraire) ?

Le droit du bénéficiaire à la quote-part de résultat lui revenant aux termes des statuts est-il plafonné au résultat bénéficiaire global après compensation ?

La difficulté n'est qu'apparente. L'usufruitier et le nu-propriétaire n'ont pas un droit sur le résultat courant ou sur le résultat exceptionnel, ils ont un droit sur le résultat distribué.

Or, le résultat qui peut être distribué fait masse du résultat courant et du résultat exceptionnel.

> **Exemple :** Supposons que la société ait réalisé un résultat courant de 100 et un résultat exceptionnel de - 10 et supposons que les statuts prévoient qu'en cas de distribution, le résultat courant revient en pleine propriété à l'usufruitier et que le résultat exceptionnel revient au nu-propriétaire sous l'exercice par l'usufruitier de son droit d'usufruit. Le résultat de l'exercice distribuable serait donc de 100 - 10 = 90. En cas de distribution, la somme de 90 reviendra intégralement à l'usufruitier.
>
> Dit autrement, les titulaires de droits démembrés ont un droit au résultat courant ou exceptionnel distribué, selon ce qui est prévu aux statuts de la société, étant précisé que le résultat de l'exercice distribué ne peut excéder la somme du résultat courant et exceptionnel, ce qui constitue le plafond des droits de chacun.
> Le même raisonnement s'applique en présence d'une clause qui attribuerait des droits différents à l'usufruitier et au nu-propriétaire selon, par exemple, que le résultat provient de la cession d'actifs immobilisés ou non (plutôt que selon la distinction résultat courant et résultat exceptionnel).

c) Dividendes prélevés sur le report à nouveau

34 - Le report à nouveau consiste à reporter l'affectation du bénéfice ou de la perte à une assemblée générale ultérieure.

35 - **Règle d'affectation. –** Sauf cas pathologique pouvant s'apparenter à la constitution d'une réserve occulte, s'agissant de bénéfices non encore affectés à la distribution ou à la mise en réserve, les droits de l'usufruitier et du nu-propriétaire en cas de distribution du report à nouveau nous semblent devoir être la transposition de ce qui est prévu dans les statuts pour le résultat de l'exercice. En effet, où seraient la cohérence et la justification

18. *En ce sens, Cass. civ., 5 févr. 1890 : D. 1890, 1, p. 130.*
19. *PCG, art. 513-5 nouveau. – V. supra.*
20. *Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-16.246, préc. – Cass. com., 24 mai 2016, n° 15-17.788, préc. – Cass. 1re civ., 22 juin 2016, n° 15-19.471, préc. – Cass. 3e civ., 19 sept. 2024, n° 22-18.687, préc.*
21. *V. infra.*

Propriété exclusive de LexisNexis SA. Diffusion strictement réservée.

de traiter différemment les droits de l'usufruitier et du nu-propriétaire sur le résultat de l'exercice selon qu'il est *« affecté »* l'année même ou ultérieurement ? La Cour de cassation semble s'orienter en ce sens puisque, dans un très remarqué arrêt, elle vient de décider qu'à peine de nullité de la décision litigieuse, seule l'assemblée approuvant les comptes peut décider de l'affectation d'un report bénéficiaire et, le cas échéant, de sa distribution [22], la cour d'appel de Paris en ayant décidé certes autrement, tant pour le report à nouveau que pour la distribution de réserves [23].

36 - **Suivi. –** Le report à nouveau peut être positif (créditeur) ou négatif (débiteur).

Dans tous les cas si des règles différentes sont retenues selon que les dividendes sont prélevés sur le résultat courant ou sur le résultat exceptionnel (ou selon tout autre critère : résultat provenant de la cession d'actifs immobilisés par exemple), il conviendra au sein du poste report à nouveau de suivre l'origine de la composition de celui-ci (résultats courants créditeurs et débiteurs, résultats exceptionnels créditeurs et débiteurs) ou bien si un autre critère est retenu pour définir les droits des usufruitiers et des nus-propriétaires (résultats provenant ou non de la cession d'actifs immobilisés créditeurs ou débiteurs).

d) Dividendes prélevés sur les réserves

37 - En l'absence de clauses des statuts, la jurisprudence semble plutôt établie [24]. Le dividende provenant d'une distribution de réserves revient au nu-propriétaire sous l'exercice par l'usufruitier de son droit d'usufruit sur l'actif distribué. Il en résulte ainsi un quasi-usufruit au profit de l'usufruitier lorsque la distribution porte sur des liquidités, sauf convention contraire.

Pour clarifier la situation et éviter les incertitudes, les statuts pourront prévoir une règle différente (sous réserve que la répartition fixée par la Cour de cassation soit supplétive et non impérative [25]) ou au contraire conforter cette règle. Les statuts pourraient ainsi prévoir :

- option 1 : que les distributions prélevées sur les réserves reviennent à l'usufruitier en pleine propriété ;
- option 2 : que les distributions prélevées sur les réserves reviennent au nu-propriétaire en pleine propriété ;
- option 3 : que les distributions prélevées sur les réserves reviennent au nu-propriétaire sous l'exercice par l'usufruitier de son droit d'usufruit.

38 - La première option est cohérente avec l'approche selon laquelle l'usufruitier a un droit sur les fruits générés par la détention des parts sociales ou actions qu'il détient, sans qu'il soit besoin d'analyser leur origine : distributions prélevées sur le résultat de l'exercice, le report à nouveau ou les réserves, dividendes provenant du résultat courant ou du résultat exceptionnel [26].

Cette approche évinçant le nu-propriétaire de tout droit sur un actif, dont la décision d'affectation en réserve avait renforcé le caractère de quasi-capital, peut cependant paraître excessive.

39 - La seconde option est fondée sur la nature de quasi-capital des sommes portées en réserve. La décision de mise en réserve aurait supprimé tout droit de l'usufruitier sur les sommes qui y auraient été inscrites, légitimant le fait qu'une distribution ultérieure bénéficierait au seul nu-propriétaire, qui a, seul, vocation à l'accroissement de l'actif social [27].

40 - Cette approche supprimant tout droit de l'usufruitier sur les réserves distribuées peut apparaître excessive également dès lors qu'elle est de nature à priver l'usufruitier de son usufruit sur l'actif distribué. Elle paraît en outre peu équitable dans la mesure où l'usufruitier aurait pu percevoir intégralement en pleine propriété le résultat à l'origine de la réserve s'il en avait décidé la distribution l'année de sa réalisation (sauf en présence d'un résultat exceptionnel, dont l'attribution aurait été réservée au nu-propriétaire, le cas échéant). De plus, même après cette mise en réserve, l'usufruitier a pu (et pourrait en l'absence de distribution) bénéficier des fruits distribués produits par les sommes conservées au sein de la société.

41 - La troisième option, qui est celle retenue en l'absence de clause, de manière certaine par la chambre commerciale de la Cour de cassation [28], et de manière plus incertaine par la première chambre civile [29], est la plus équilibrée [30].

42 - Cette solution médiane est la plus à même de protéger l'équilibre des droits de l'usufruitier et du nu-propriétaire : le nu-propriétaire ne perd pas son droit sur le capital, qu'il percevra au terme de l'usufruit, et l'usufruitier conserve son droit de jouissance sur le produit distribué, jusqu'à l'expiration de l'usufruit.

2° Aménagement en aval de la distribution

43 - La jurisprudence a précisé que lorsque les dividendes distribués aux titres démembrés sont prélevés sur les réserves, ou dans certains cas sur le résultat exceptionnel, le droit de jouissance de l'usufruitier de droits sociaux s'exerce *« sauf convention contraire entre celui-ci et le nu-propriétaire »* [31], sous la forme d'un quasi-usufruit, sur le produit de cette distribution.

La convention contraire, ici visée, concerne, à notre sens, la possibilité pour l'usufruitier et le nu-propriétaire de remplacer le quasi-usufruit, résultant de l'application de l'article 587, par un partage de la somme distribuée ou le remploi dans l'acquisition d'un actif en démembrement.

Il ne s'agit pas en revanche d'une liberté offerte aux titulaires des droits démembrés de déroger, dans leur relation avec la société, à l'étendue de leurs droits définie par le pacte social ou, à titre subsidiaire, par les règles jurisprudentielles applicables. Ce sont ces règles qui définissent si l'usufruitier ou le nu-propriétaire a un droit ou non sur la distribution en fonction de son origine.

La décision de distribution est prise par l'organe social. Il n'y a pas de place ici pour étendre ou réduire, dans les relations avec la société, l'étendue des droits de l'usufruitier ou du nu-propriétaire. L'objet de la convention sera simplement de définir les modalités d'exercice sur le droit fixé par le pacte social ou la jurisprudence : versement à l'usufruitier seul au titre d'un quasi-usufruit ou bien versement à chacun d'eux d'une fraction en pleine propriété correspondant à la valeur de leur droit, ou encore confirmation du maintien du démembrement en cas de distribution en nature.

Du point de vue pratique cependant, si l'usufruitier et le nu-propriétaire décident de substituer au quasi-usufruit un partage du dividende, il conviendra qu'ils en informent la société en amont de la mise en distribution. À défaut la société sera pleinement libérée par le versement du dividende entre les mains du

22. *Cass. com., 12 févr. 2025, n° 23-11.410.*
23. *CA Paris, Pôle 5, ch. 9,30 janv. 2025, n° 22/17478.*
24. *V. supra I, A, 4° (Dividende imputé sur les réserves comptables).*
25. *V. supra I, B, 1° b.*
26. *En ce sens, not., R. Mortier et Y. Kerambrun : JCP N 2009 p. 1264 ; Dr. sociétés 2015, comm. 144, R. Mortier.*
27. *En ce sens, Cass. civ., 5 févr. 1890 : D. 1890, 1, p. 130.*
28. *Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-16.246, préc. – Cass. com., 24 mai 2016, n° 15-17.788, préc.*
29. *Cass. 1re civ., 22 juin 2016, n° 15-19.471, préc.*
30. *P. Julien-Saint-Amand : Mémento Patrimoine 2025-2026, n° 3272. – P. Julien-Saint-Amand et S. Gonsard, notaire : éd. Francis Lefebvre, Sol. Not. 10/15, inf. 192 ; Sol. Not. n° 10, oct. 2016*
31. *V. par ex. Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-16.246, préc. – Cass. 3e civ., 19 sept. 2024, n° 22-18.687, préc.*

Propriété exclusive de LexisNexis SA. Diffusion strictement réservée.

seul usufruitier, ce dernier (ou plutôt sa succession) étant tenu au règlement de la dette de restitution lors de l'extinction de son usufruit.

Par ailleurs, et sans lien avec la société, un usufruitier ou un nu-propriétaire pourra toujours renoncer à son droit au profit de l'autre titulaire de droit démembré comme il pourrait le faire au profit de toute autre personne. Il s'agira alors d'une libéralité soumise aux règles civiles et fiscales des libéralités sans spécificité liée à l'origine des sommes reçues.

2. Opérations sur capital social

A. - Augmentation de capital social

1° Augmentation de capital par apports en numéraire

a) Souscription dite « en démembrement » ou « démembrement ab initio »

44 - **Question de la souscription dite « *démembrée* », « *en démembrement* », encore dénommée « *démembrement ab initio* ». –** Les actions ou parts sociales souscrites ont vocation à l'être en pleine propriété, de sorte que le souscripteur se verra normalement remettre en pleine propriété les titres correspondants [32]. La question se pose en revanche de savoir si deux souscripteurs apporteurs en numéraire peuvent convenir, en accord avec la société émettrice, que l'un recevra en rémunération de son apport en numéraire des actions ou parts sociales en nue-propriété, tandis que l'autre recevra sur les mêmes titres, en rémunération de son propre apport en numéraire, l'usufruit correspondant. Cette opération, dite souscription *« démembrée »*, souscription *« en démembrement »* ou encore *« démembrement ab initio »*, est assez fréquente en pratique, tout spécialement dans un cadre familial.

45 - **Objection. –** Pourtant, le démembrement *ab initio* a été décrit par certains auteurs comme étant impossible à réaliser [33]. Il suffit cependant de constater que ce type d'opération est réalisé quotidiennement pour se rendre compte qu'elle n'est évidemment pas impossible, et qu'aucune des objections qui lui sont faites n'est dirimante [34]. Il reste que certains praticiens considèrent aujourd'hui encore, par conviction rarement, par suspicion généralement, qu'avant d'être démembrées, les parts ou actions devraient avoir été, ne serait-ce qu'un instant de raison, constituées en pleine-propriété. En somme, la pleine-propriété de droits sociaux devrait préexister à tout usufruit venant la grever.

46 - **Contre-objection. –** Rien n'est moins exact cependant. La proposition ne trouve aucun appui dans le droit des biens. La définition de l'usufruit *(C. civ., art. 578)* ne postule aucunement l'impossibilité de grever d'usufruit une chose immédiatement, au moment même où elle commence à exister. Le droit des sociétés ne bride pas davantage l'opération, car s'il est vrai que l'usufruitier n'est pas associé [35] (position désormais adoptée clairement par la Cour de cassation [36], et qui était jusqu'alors celle, discutée [37], de la doctrine majoritaire [38]), rien n'interdit que l'apport fait à une société ne confère pas cette qualité, et ce contrairement au lien systématique qu'une belle et célèbre thèse a voulu nouer entre l'apport et la qualité d'associé [39]. Il est d'ailleurs des associés qui n'ont fait aucun apport : les locataires de parts ou actions de sociétés d'exercice libéral [40] (SEL).

47 - **Jurisprudence favorable. –** Bien que la Cour de cassation n'ait pas encore eu l'occasion de trancher la controverse, les décisions rendues par les juges du fond valident la souscription en démembrement. C'est ainsi que la cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans un arrêt du 29 novembre 2011, a validé ce type d'opération dans le cadre d'une augmentation de capital d'une SCI, l'un des apporteurs ayant reçu 250 parts en usufruit, et deux autres apporteurs ayant chacun reçu 125 parts en nue-propriété, considérant que *« rien n'interdit que les parts puissent être constituées en usufruit et en nue-propriété »* [41]. On peut également mentionner un arrêt de la cour d'appel de Grenoble du 22 mai 2006, ayant écarté le caractère fictif et avec lui l'abus de droit fiscal pour cause de donation déguisée, d'une souscription en nue-propriété par les enfants de l'usufruitier souscripteur, *« les actes souscrits étant conformes à la réalité »* [42].

48 - **Position favorable de l'ANSA. –** Ajoutons à cela la position, très réconfortante pour la pratique, retenue par le comité juridique de l'ANSA : *« Le Comité juridique considère que, d'un strict point de vue juridique, sans préjudice du traitement fiscal attaché à chaque situation particulière, rien n'interdit aux parties de prévoir soit lors de la création de la société, soit en cas d'augmentation de capital un démembrement en nue-propriété et usufruit dès l'émission. Ni le Code civil, ni le code de commerce ne se prononcent sur cette faculté, que ce soit pour*

32. *Sur l'ensemble de la question, R. Mortier, Opérations sur capital social : LexisNexis, 4e éd., 2025.*
33. *J.-P. Garçon, Un montage inquiétant : le démembrement ab initio du capital social souscrit en numéraire : JCP N 2003, 1609. – F. Zénati, Usufruit des droits sociaux : Rép. sociétés Dalloz, janv. 2003, spéc. n° 80.*
34. *En ce sens, R. Mortier, L'usufruit des droits sociaux, Guide de l'associé 24/25 : LexisNexis, 2023, p. 235.*
35. *J.-Fr. Hamelin, Un montage enthousiasmant : le démembrement ab initio de droits sociaux : Ing. patr. 1/2023, p. 112. – R. Mortier, L'usufruit des droits sociaux, Guide de l'associé 24/25 : LexisNexis, 2023, p. 229 et s.*
36. *Cass. com., avis, 1er déc. 2021, n° 20-15.164, FS-D : Dr. sociétés 2022, comm. 13, note R. Mortier ; JCP E 2022, 1000, note R. Mortier et N. Jullian ; BRDA 2/2022, inf. 1, note R. Mortier. – Cass. 3e civ., 16 févr. 2022, n° 20-15.164, FS-B : JurisData n° 2022-002154 ; Dr. sociétés 2022, comm. 38, note R. Mortier : « L'usufruitier de parts sociales ne peut se voir reconnaître la qualité d'associé, qui n'appartient qu'au nu-propriétaire, mais [...] doit pouvoir provoquer une délibération des associés sur une question susceptible d'avoir une incidence directe sur son droit de jouissance » ; réaffirmation implicite par Cass. 3e civ., 11 juill. 2024, n° 23-10.013, FS-B : JurisData n° 2024-010917 ; JCP E 2024, 1327.*
37. *J. Derrupé, Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou d'actions : Defrénois 1994, p. 1137 : « En cas de donation avec réserve d'usufruit, comment peut-on prétendre que l'usufruitier n'a pas fait d'apport ? Pour accueillir cette idée il faut admettre qu'en transférant la nue-propriété, il a perdu avec la qualité de propriétaire celle d'apporteur. C'est irréaliste et juridiquement contestable ». – V. également M. Cozian, Du nu-propriétaire ou de l'usufruitier qui a la qualité d'associé ? : JCP E 1994, I, 374. – C. Regnaut-Moutier, Vers la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier de droits sociaux ? : BJS 1994, § 329, n° 11, p. 1162. – F.-X. Lucas, note ss Cass. 3e civ., 29 nov. 2006, n° 05-17.009 : BJS 2007, p. 923. – R. Gentilhomme, Apports de titres et démembrement de propriété : JCP E 1994, I, 311, spéc. n° 20. – J.-P. Garçon, La situation des titulaires de droits sociaux démembrés : JCP N 1995, I, p. 269.*
38. *A. Viandier, La notion d'associé : LGDJ, 1978, p. 32-33. – J.-P. Chazal, L'usufruitier et l'associé : Defrénois 2000, art. 37191, n° 12, p. 743. – J.-J. Daigre, Un arrêt de principe : le nu-propriétaire ne peut pas être totalement privé de son droit de vote : BJS 1994, p. 249 : « l'associé d'une société est fondamentalement et exclusivement celui qui a réalisé un apport au groupement... or, il est patent que le seul apporteur... est le nu-propriétaire et non l'usufruitier ». – F. Zénati : RTD civ. 1994, p. 644. – Th. Revet, note ss Cass. 3e civ., 29 nov. 2006, n° 05-17.009 : RTD civ. 2007, p. 153 ; Mémento Lefebvre Sociétés commerciales 2010, n° 477. – J. Prieur, Démembrement de propriété, vulnérabilité et parades, colloque organisé le 17 octobre 1994 au Sénat : Dr. & patr. janv.-févr. 1995, hors-série.*
39. *A. Viandier, La notion d'associé : LGDJ, 1978.*
40. *Posé pour toutes les SEL, déclinées en SEL de professions de santé (Ord. n° 2023-77, 8 févr. 2023, art. 72, relative à l'exercice en société des professions libérales réglementées : JO 9 févr. 2023, texte n° 3 ; JCP E 2023, act. 195), SEL de professions juridiques ou judiciaires (Ord. n° 2023-77, 8 févr. 2023, art. 82) et SEL de professions techniques et du cadre de vie (Ord. n° 2023-77, 8 févr. 2023, art. 88).*
41. *CA Aix-en-Provence, 1re ch., sect. A, 29 nov. 2011, n° 11/04279, Nicolas K. c/ SCI Les Myosotis.*
42. *CA Grenoble, civ. 1, 22 mai 2006, n° 04/02495.*

Propriété exclusive de LexisNexis SA. Diffusion strictement réservée.

la retenir où l'écarter [...]. L'usufruit peut résulter de la volonté des parties et que l'article 578 du Code civil n'exige pas formellement une antériorité de la (pleine) propriété sur la chose ; une simultanéité des deux droits (du nu-propriétaire et de l'usufruitier) dès l'origine n'est donc pas exclue. Selon les dernières évolutions légales et jurisprudentielles relatives à l'exercice des droits de l'usufruitier [le comité évoque une tendance de la loi à offrir de plus en plus de prérogatives à l'usufruitier – que l'on songe notamment à la consécration légale du droit de l'usufruitier de participer aux décisions collectives [43] *– ainsi que les arrêts ci-avant évoqués de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 29 novembre 2011* [44]*, et de la cour d'appel de Grenoble du 22 mai 2006* [45]*, il peut être admis que le versement d'un souscripteur lors d'une augmentation de capital peut être rémunéré par des droits d'usufruit, en application de la convention des parties »* [46].

49 - **Détour. –** Certains praticiens, frileux à l'idée que les parts sociales ou actions puissent être grevées d'usufruit dès l'instant de leur émission, recourent à un stratagème permettant d'aboutir indirectement à un résultat équivalent [47] :

- premier temps, les apporteurs sont tous deux rémunérés par l'émission de droits sociaux en pleine propriété ;
- deuxième temps (un instant de raison plus tard), l'un des apporteurs échange toute sa nue-propriété des droits reçus par lui contre tout l'usufruit sur les droits sociaux reçus par l'autre.

50 - **Risque. –** Cependant, outre que cet échange de droits démembrés complique l'opération, il devrait être taxé comme tel aux droits de mutation, c'est-à-dire taxé comme une double mutation, sauf à recourir à la théorie des dispositions dépendantes, ce qui semble en l'espèce assez discutable [48]. Si l'échange vient à porter sur des actions, la faiblesse du taux (0,1 %) réduit l'enjeu ; mais si l'échange vient à porter sur des parts sociales, taxées normalement au taux de 3 %, voire des droits sociaux d'une société à prépondérance immobilière, taxés au taux de 5 %, le problème devient crucial.

b) Sort des droits préférentiels de souscription (DPS)

51 - **Possibilité de régler par convention conclue entre l'usufruitier et le(s) nu(s)-propriétaire(s) le sort des droits préférentiels de souscription. –** On sait que dans le cadre des sociétés par actions, la loi prévoit, en cas d'augmentation du capital en numéraire, un droit préférentiel de souscription (DPS) aux nouvelles actions, en proportion de la participation actuelle dans le capital social. Lorsque les titres de capital déjà émis par la société par actions (actions ordinaires, actions de préférence, ou encore actions de priorité, certificats d'investissement ou actions à dividende prioritaire sans droit de vote subsistants) sont grevés d'un usufruit, l'usufruitier et le nu-propriétaire peuvent régler par convention les conditions d'attribution et d'exercice du droit préférentiel de souscription, ainsi que d'attribution des titres nouveaux *(C. com., art. L. 225-140, al. 4)*.

52 - **Sort des DPS en l'absence de convention. –** À défaut d'un tel accord, la loi régit avec précision l'ensemble de ces questions *(C. com., art. L. 225-140 et R. 225-123, al. 1)*. Les règles suivantes sont alors applicables. En premier lieu, le droit préférentiel de souscription attaché aux titres *« appartient au nu-propriétaire » (C. com., art. L. 225-140, al. 1er)*. En deuxième lieu, si le nu-propriétaire *« vend les droits de souscription, les sommes provenant de la cession ou les biens acquis par lui au moyen de ces sommes sont soumis à l'usufruit » (C. com., art. L. 225-140, al. 1er)*. Dans l'hypothèse de non-remploi des sommes, il y aura donc apparition d'un quasi-usufruit sur somme d'argent *(C. civ., art. 587)*. Le texte est silencieux quant à la durée nécessaire pour que s'instaure un tel quasi-usufruit. À partir de quand doit-on considérer qu'il n'y aura pas remploi des fonds par le nu-propriétaire, et qu'il y a donc lieu de constater l'existence d'un quasi-usufruit ? En pratique, l'exercice d'un tel quasi-usufruit nécessitera le transfert des fonds du nu-propriétaire à l'usufruitier. En troisième lieu, il est prévu que *« si le nu-propriétaire néglige d'exercer son droit [ce qu'il est " réputé-[rdquor] avoir fait – précise l'article R. 225-123 du Code de commerce – " lorsqu'il n'a ni souscrit d'actions nouvelles ni vendu les droits de souscription, huit jours avant l'expiration du délai de souscription accordé aux actionnaires[rdquor]], l'usufruitier peut se substituer à lui pour souscrire aux titres nouveaux ou pour vendre les droits [, le nu-propriétaire pouvant dans ce dernier cas] exiger le remploi des sommes provenant de la cession. Les biens ainsi acquis sont soumis à l'usufruit »*. En quatrième lieu, *« les titres nouveaux appartiennent au nu-propriétaire pour la nue-propriété et à l'usufruitier pour l'usufruit [, étant prévu toutefois, qu'] en cas de versement de fonds effectué par le nu-propriétaire ou l'usufruitier pour réaliser ou parfaire une souscription, les titres nouveaux n'appartiennent au nu-propriétaire et à l'usufruitier qu'à concurrence de la valeur des droits de souscription [, le] surplus des titres nouveaux [appartenant] en pleine propriété à celui qui a versé les fonds »*. Un tel système – qui a vocation à être systématiquement mis en œuvre (le versement de fonds étant par nature indispensable à la souscription en numéraire) – a été conçu par le législateur pour être le plus équitable possible : usufruit de la fraction des titres nouveaux correspondant aux DPS, pleine propriété sur l'autre fraction, c'est-à-dire celle correspondant aux fonds versés. Il se révèle cependant d'une redoutable complexité, puisqu'il emporte inéluctablement superposition d'un usufruit et d'une indivision (les actions étant pour partie soumises à usufruit, et pour l'autre non soumises à usufruit). C'est pourquoi on conseillera au nu-propriétaire et à l'usufruitier de constater par écrit la répartition entre eux des actions nouvelles, afin d'éviter tout risque de litige.

43. *L. n° 2019-744, 19 juill. 2019, de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, art. 3 (dite loi Mohamed Soilihi) : JO 20 juill. 2019, texte n° 1. – Consécration légale du droit de participer aux décisions collectives de l'usufruitier et du nu-propriétaire : Dr. sociétés 2019, comm. 163, note R. Mortier. L'article 3 de ladite loi a modifié l'article 1844 du Code civil afin de reconnaître à l'usufruitier et au nu-propriétaire de droits sociaux le droit de participer aux décisions collectives. Concrètement, la réforme a opéré à droit constant pour le nu-propriétaire ; pour l'usufruitier elle est venue en revanche contrarier avec bonheur la solution très malheureuse consacrée par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, qui avait refusé d'annuler une assemblée alors que l'usufruitier n'y avait pas été convoqué, en se fondant sur le fait que ce dernier n'était pas en l'espèce titulaire du droit de vote au sein de l'assemblée litigieuse (Cass. 3e civ., 15 sept. 2016, n° 15-15.172 : JurisData n° 2016-018580 ; Dr. sociétés 2016, comm. 184, note H. Hovasse ; RTD civ. 2017, p. 184, note W. Dross ; Rev. sociétés 2017, p. 30, note Th. de Ravel d'Esclapon ; RTD com. 2017, p. 120, note A. Lecourt ; BJS 2016, p. 722, note A. Rabreau).*
44. *CA Aix-en-Provence, 1re ch., sect. A, 29 nov. 2011, n° 11/04279, Nicolas K. c/ SCI Les Myosotis, préc.*
45. *CA Grenoble, civ. 1, 22 mai 2006, n° 04/02495, préc.*
46. *ANSA, comité juridique, 7 juill. 2021, n° 21-023, Peut-on souscrire à une augmentation de capital à des parts ou actions déjà démembrées en nue-propriété et usufruit ab initio, c'est-à-dire dès l'émission ?*
47. *R. Gentilhomme, M. Deslandes et H. Hovasse, Apports de droits démembrés : Act. prat. ing. sociétaire 1993, n° 10, p. 3 et s. – R. Gentilhomme, Apports de titres et démembrement de propriété : JCP E 1994, n° 2 ; Démembrement de titres et opérations sur le capital social : Dr. & patr. avr. 1996, p. 41. – J.-P. Garçon, La situation des titulaires de droits sociaux démembrés : JCP N 1995, n° 7, p. 269.*
48. Selon cette théorie, posée par l'article 670 du CGI, seule est imposée la disposition principale (qui serait ici l'apport), à l'exclusion de la disposition dépendante (qui serait en l'espèce l'échange). Il reste que pour être applicable, l'article 670 du CGI requiert une réelle dépendance juridique des dispositions adoptées, ce qui pourrait être contesté dans notre hypothèse.

Propriété exclusive de LexisNexis SA. Diffusion strictement réservée.

Exemple : Supposons que, pour mettre en œuvre une augmentation de capital en numéraire, une société émette des actions nouvelles pour une valeur unitaire de 100 € (70 € de nominal, et 30 € de prime d'émission), alors qu'en réalité les titres en question ont une valeur vénale de 150 € (le droit préférentiel à la souscription d'une action vaut donc 150 - 100 = 50 €). Si, par exemple, c'est le nu-propriétaire qui exerce le droit de souscription et verse les fonds (100 € par action), les actions nouvelles lui seront attribuées dans les conditions suivantes : 2/3 (100/150) en pleine propriété et 1/3 (50/150) en nue-propriété.

2° Augmentation de capital par incorporation (de bénéfices, réserves, primes...)

53 - **SA et SCA : règles de quorum et de majorité des AGO (principe)/SAS : conditions prévues par les statuts. –** Bien qu'étant extraordinaire, l'assemblée générale d'une SA (ou SCA) décidant l'augmentation de capital par incorporation statue aux conditions de quorum (un quart des actions ayant le droit de vote sur première convocation ; aucun quorum sur deuxième convocation) et de majorité (majorité des voix des actionnaires présents ou représentés) prévues pour les assemblées générales ordinaires *(C. com., art. L. 225-130* [49]*)*. Pour autant, une telle augmentation de capital reste une modification des statuts relevant comme telle de la compétence de l'AGE et non de l'AGO, sans les sociétés anonymes (SA) et sociétés en commandite par actions (SCA), seules formes sociales où la distinction entre AGO et AGE est imposée par la loi *(dans les SAS est compétente la collectivité des associés : C. com., art. L. 227-9)*. Il en résulte que l'opération ne peut être valablement décidée que par une assemblée générale extraordinaire d'actionnaires. L'article L. 225-129, alinéa 1er, du Code de commerce affirme d'ailleurs expressément, en termes généraux, que *« l'assemblée générale extraordinaire est seule compétente pour décider (...) une augmentation de capital immédiate ou à terme (...) »*. C'est ainsi que les règles relatives à la convocation, aux informations préalables à la tenue de l'assemblée ou à l'accès des actionnaires, sont celles des assemblées générales extraordinaires.

Attention : En définitive, si les actions sont grevées d'usufruit, il faudra prendre soin, ayant convoqué tant l'usufruitier que le nu-propriétaire [50], de faire voter en principe (sauf disposition contraire des statuts) les nus-propriétaires, conformément à l'article L. 225-110 du Code de commerce, lequel dispose que *« Le droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu-propriétaire dans les assemblées générales extraordinaires »*.

54 - **Exercice ou vente du droit d'attribution de titres issus d'une augmentation de capital par incorporation. –** On sait par ailleurs que lorsqu'une société augmente son capital social par incorporation de bénéfices, réserves ou primes d'émission, et émet à cette fin des titres nouveaux, ces derniers sont attribués aux personnes déjà associées, au prorata des titres déjà détenus par elles. Lorsque le titre dont est détaché le droit d'attribution des titres nouveaux est grevé d'usufruit, se posent des difficultés similaires à celles précitées en cas d'usufruit d'actions dont sont issus des droits préférentiels de souscription. C'est donc sans surprise que le Code de commerce étend à l'attribution de titres consécutive à une augmentation de capital par incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission, les solutions dégagées pour l'exercice du droit préférentiel de souscription [51]. L'article L. 225-140, alinéa 3 du Code de commerce dispose ainsi que les dispositions du présent article seront également suivies en cas d'attribution de titres gratuits. L'alinéa 1er de l'article L. 225-240 du Code de commerce résout la difficulté, sous réserve de convention contraire qui serait conclue entre l'usufruitier et le nu-propriétaire *(C. com., art. L. 225-140 in fine : « Les dispositions du présent article s'appliquent dans le silence de la convention des parties »)*. Le texte prévoit que *« lorsque les titres de capital sont grevés d'un usufruit, le [droit d'attribution] qui leur est attaché appartient au nu-propriétaire »*. Trois hypothèses sont alors envisageables :

- première hypothèse : le nu-propriétaire peut exercer le droit et donc demander l'attribution effective des titres nouvellement émis. En ce cas, les titres dits *« gratuits »* sont à leur tour soumis à usufruit *(C. com., art. L. 225-140, al. 2)* ;
- deuxième hypothèse : le nu-propriétaire peut décider de vendre les droits d'attribution. L'article L. 225-140, alinéa 1er du Code de commerce prévoit alors que les sommes provenant de la cession ou les biens acquis par lui au moyen de ces sommes sont soumis à l'usufruit ;
- troisième hypothèse : le nu-propriétaire peut ne rien faire, et laisser péricliter son droit. L'article L. 225-140, alinéa 1er du Code de commerce résout *in fine* cette difficulté en disposant que si le nu-propriétaire néglige d'exercer son droit, l'usufruitier *« peut se substituer à lui pour souscrire aux titres nouveaux ou pour vendre les droits »* auquel cas *« le nu-propriétaire peut exiger le remploi des sommes provenant de la cession. Les biens ainsi acquis sont soumis à l'usufruit » (C. com., art. L. 225-140, al. 1er in fine)*. Le nu-propriétaire est *« réputé, à l'égard de l'usufruitier, avoir négligé d'exercer le droit à l'attribution d'actions gratuites lorsqu'il n'a pas demandé cette attribution ni vendu les droits, trois mois après le début des opérations d'attribution » (C. com., art. R. 225-123, al. 2)*.

55 - **Attribution effective des titres issus d'une augmentation de capital par incorporation. –** Lorsque les droits sociaux anciens sont grevés d'usufruit, et que les droits d'attribution (qui appartiennent, rappelons-le, au nu-propriétaire) sont exercés, qu'en est-il des droits sociaux nouveaux [52] ? Doit-on les attribuer à l'usufruitier, au nu-propriétaire, ou aux deux ? La tentation d'attribuer les titres nouveaux au seul usufruitier doit être écartée. La jurisprudence le justifie traditionnellement par le fait que les réserves incorporées ne sont jamais passées par l'état de fruits, mais seraient des capitaux directement constitués [53]. À la vérité, il importe peu de savoir si les réserves sont ou non des fruits aux mains de la société. Ce qui importe, c'est qu'elles ne peuvent en aucun cas être considérées comme des dividendes, c'est-à-dire des fruits des parts sociales ou actions en l'absence de toute distribution. C'est pourquoi la loi apporte, pour les actions (mais la solution vaut également pour les parts sociales), une solution qui mérite d'ailleurs entière approbation, si l'on considère comme nous le pensons que les titres nouveaux ne sont que des accroissements des titres anciens, et doivent donc en emprun-

49. *« Lorsque l'augmentation du capital, que ce soit par émission de titres de capital nouveaux ou par majoration du montant nominal des titres de capital existants, est réalisée par incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission, l'assemblée générale, par dérogation aux dispositions de l'article L. 225-96 [conditions de quorum et de majorité des assemblées générales extraordinaires], statue dans les conditions de quorum et de majorité prévues à l'article L. 225-98 [conditions de quorum et de majorité des assemblées générales ordinaires] »*.
50. *C. civ., art. 1844, al. 3, issu L. n° 2019-744, 19 juill. 2019.*
51. *V. supra.*
52. *V. J. Leblond, Les droits respectifs du nu-propriétaire et de l'usufruitier dans les réserves, les remboursements et amortissements de capital, ainsi que dans les augmentations de capital en numéraire ou par incorporation de réserves : Gaz. Pal. 1956, 2, doct., p. 3.*
53. *Cass. civ., 5 févr. 1890 : DP 1890, 1, p. 300. – Cass. req., 24 juin 1903 : DP 1904, 1, p. 590. – A. Leuck, L'incorporation de bénéfices au capital d'une société et les droits de la communauté : JCP N 1968, I, 2169. – H. Croze et Y. Reinhard, note ss CA Lyon, 23 févr. 1984 : D. 1985, Jur., p. 127.*

Propriété exclusive de LexisNexis SA. Diffusion strictement réservée.

ter la nature et le régime [54]. L'article L. 225-140, alinéa 2 du Code de commerce dispose en effet que : *« les titres nouveaux appartiennent au nu-propriétaire pour la nue-propriété et à l'usufruitier pour l'usufruit »*. Le texte réserve seulement l'hypothèse, rare, où l'augmentation de capital s'accompagnerait d'apports nouveaux (cette configuration est en revanche très répandue, et pour cause, dans l'hypothèse – visée directement par le texte – d'une souscription en numéraire avec droit préférentiel de souscription). Ainsi, en cas de versements de fonds effectués par le nu-propriétaire ou l'usufruitier pour parfaire la souscription, les titres nouveaux n'appartiennent au nu-propriétaire et à l'usufruitier qu'à concurrence de la valeur des droits d'attribution, le surplus appartenant en pleine propriété à celui qui a versé les fonds *(C. com., art. L. 225-140, al. 2)*. L'ensemble de ces règles n'est pas d'ordre public, l'article L. 225-140, alinéa 4 précisant que les *« dispositions du présent article s'appliquent dans le silence de la convention des parties »*.

3° Augmentation de capital par apports en nature

56 - **Absence de difficulté de principe. –** L'apport en nature, contrairement à l'apport en numéraire ou à l'apport par incorporation, ne pose normalement pas de difficulté particulière lorsque tout ou partie des titres de capital préexistants à l'augmentation sont grevés d'usufruit. Les titres préexistants ne confèrent en effet aucun droit particulier sur l'augmentation de capital par apport en nature, de sorte que ne se pose ni la question de l'attribution de tels droits, ni celle de leur exercice, ni encore celle de la répartition entre usufruitier et nu-propriétaire des titres issus de l'apport. Pour dire les choses autrement, le nu-propriétaire (tout comme l'usufruitier) d'actions ou parts sociales pourrait parfaitement apporter à la société un bien dont il est propriétaire sans en rendre compte à l'usufruitier (au nu-propriétaire), et sans que ledit usufruitier (nu-propriétaire) puisse faire valoir à ce titre un droit quelconque (droit de prendre part à l'augmentation de capital ; droit de se voir attribuer tout ou partie des titres nouvellement émis ou un droit sur ces titres...).

57 - **Apports combinés d'usufruit et de nue-propriété. –** Seule une hypothèse particulière d'apport en nature est susceptible de poser difficulté. Il arrive qu'une personne apporte un bien en nue-propriété, l'autre apportant l'usufruit de ce même bien à la même société. Cet apport combiné ou conjoint d'usufruit et de nue-propriété peut être rémunéré de deux grandes manières [55] : soit par remise à chacun des apporteurs de parts ou actions en pleine-propriété, en tenant compte des valeurs apportées par chacun ; soit par attribution desdites parts ou actions, en usufruit pour l'apporteur en usufruit et en nue-propriété pour l'apporteur en nue-propriété, ce qui correspond à l'hypothèse du report de l'usufruit, que nous allons maintenant analyser.

58 - **Report de l'usufruit sur les droits sociaux nouvellement émis. –** Il faut ici supposer qu'une personne apporte à une société un bien en nue-propriété et reçoit en contrepartie la nue-propriété de titres nouvellement émis, tandis qu'une autre apporte l'usufruit du même bien et reçoit en contrepartie l'usufruit des mêmes titres. L'opération consiste en somme à reporter sur les parts ou actions souscrites l'usufruit qui portait sur le bien apporté. Par exemple, l'apport d'usufruit et de nue-propriété de titres sociaux à une société holding est aujourd'hui très fréquent dans les transmissions familiales d'entreprises [56]. L'opération est parfaitement réalisable, et elle est, répétons-le, plébiscitée par la pratique et par la doctrine [57]. Sur ce point nous renvoyons le lecteur aux développements ci-avant consacrés à la souscription dite en *« démembrement »* de propriété, autrement dénommée *« démembrement ab initio »*. Il reste cependant à préciser le fondement du report d'usufruit, la jurisprudence ne s'étant encore jamais prononcée [58]. Il nous apparaît que la technique de la subrogation réelle peut ici utilement être sollicitée. La subrogation réelle consiste à reporter purement et simplement l'usufruit du bien apporté sur les parts sociales ou actions reçues en échange de l'apport, en constatant simplement que lesdites parts ou actions se substituent aux biens apportés dans le patrimoine des apporteurs et empruntent donc leur qualification juridique. Précisons que comme telle, la technique du report ne permet pas de faire naître l'usufruit à partir d'apports conjoints en pleine propriété, tout spécialement en numéraire. Pour le reste, l'argument majeur en faveur de l'application de la subrogation réelle est que cette dernière s'applique normalement de manière automatique à l'apport en société [59].

B. - Réduction de capital social

1° Réduction de capital motivée par des pertes

59 - **Contribution aux pertes du nu-propriétaire. –** La réduction de capital motivée par des pertes a pour effet de précipiter la contribution aux pertes sociales. Pour rappel, cette contribution aux pertes est mise à la charge des associés, et résulte de l'article 1832, alinéa 3 du Code civil, lequel dispose : *« Les associés s'engagent à contribuer aux pertes »*. Logiquement, dès lors que le nu-propriétaire est associé, il contribue comme tel aux pertes sociales, et supporte comme tel sur ses parts ou actions l'imputation des pertes sur le capital social. À titre d'illustration, une imputation de pertes ayant pour effet de diviser par deux le montant du capital social aura pour effet d'annuler la moitié des actions ou parts sociales détenues par le nu-propriétaire ou, si cette option est retenue par les associés, de diviser par deux la valeur nominale de ses parts ou actions.

54. *V. en, ce sens F. Zénati, Usufruit des droits sociaux : Rép. sociétés Dalloz, 2003, n° 456 : « Dans l'augmentation de capital par incorporation des réserves (...) l'actionnaire voit ses titres lui rapporter spontanément de nouveaux titres qui représentent la fraction de valeur dont les anciens titres ont été, au moins un instant de raison, amputés. L'augmentation de capital par incorporation des réserves n'augmente pas la fortune de l'actionnaire mais seulement le nombre de ses actions. Il s'ensuit forcément que ses actions initiales perdent de la valeur du fait de cette démultiplication. Il y a donc bien là encore les traits symptomatiques des produits : perte de substance de la chose et création d'un bien nouveau »*.

55. Une troisième manière consisterait à rémunérer en nue-propriété l'apporteur en usufruit, et en usufruit l'apporteur en nue-propriété, mais une telle permutation des droits, qui ne nous semble pas inenvisageable en pratique, ne semble pas – à notre connaissance – correspondre à un besoin de la pratique.

56. *V. R. Gentilhomme, Apport de titres en démembrement de propriété : JCP E 1994, I, 311.*

57. *Warin, La société civile comme outil de transmission et de démembrement de propriété : RD bancaire et bourse avr. 1993, cah. gest. patr. p. 288. – Roussel, Apport conjoint de l'usufruit et de la nue-propriété : Dr. & patr. janv. 1995, n° 1, hors-série, p. 31. – C. Regnaut-Moutier, Vers la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier de droits sociaux : BJS 1995, p. 1155. – A. Depondt, Les sociétés civiles de famille dans la gestion de patrimoine : éd. Maxima, 1995. – J. Prieur, Société civile de gestion de portefeuille, outil de gestion et de transmission : Dr. sociétés juill.-août 1996, actes prat. p. 11.*

58. *V. Rép. min. Justice n° 48735 : BJS 2001, § 24, p. 83 : le garde des Sceaux y affirme que le fondement juridique du report d'usufruit fait l'objet d'une controverse qui n'est pas à ce jour tranchée définitivement par la jurisprudence.*

59. *Ainsi, l'apport à une société de biens propres par un époux emporte attribution à cet époux de droits sociaux propres sans qu'ait à être mis en œuvre le mécanisme de la déclaration d'emploi (Cass. 1re civ., 21 nov. 1978, n° 76-13.275 : JCP G 1980, II, 19451, note R. Le Guidec : « Mais attendu, d'une part, que l'opération par laquelle l'apporteur et la société se donnent respectivement un bien détermine et des valeurs contre ce bien a pour effet de faire entrer les valeurs dans le patrimoine de l'apporteur ;Qu'il est donc indifférent qu'au moment de l'opération l'apporteur n'ait pas fait la déclaration prévue par l'article 1434 du code civil »).*

Propriété exclusive de LexisNexis SA. Diffusion strictement réservée.

60 - **Sort lié de l'usufruitier. –** De prime abord, on pourrait croire que l'usufruitier, quant à lui, ne supporte pas les effets de la réduction de capital motivée par des pertes puisque, n'étant pas associé, il ne contribue pas à ce titre aux pertes sociales. Ce serait oublier que l'usufruit est le droit de jouir des choses qu'il grève et que, mécaniquement, les effets de l'imputation des pertes ne se cantonnent pas à la nue-propriété. Dans l'exemple précité, l'usufruit grevant les parts sociales annulées disparaît avec lesdites parts, qui en forment l'objet ; pareillement, l'usufruit portant sur les parts dont la valeur nominale est abaissée n'est plus qu'un usufruit portant sur des parts sociales de valeur nominale réduite, dont la jouissance est susceptible d'être amputée à proportion. En définitive, on s'aperçoit que la contribution aux pertes atteint le bien (action ou part sociale) d'abord, et produit comme telle ses effets tant à l'égard du nu-propriétaire que de l'usufruitier.

61 - **Coup d'accordéon. –** Lorsque la réduction de capital motivée par des pertes s'inscrit dans le cadre d'une augmentation de capital par apports en numéraire, dont elle constitue la condition (*« coup d'accordéon »*), il y a lieu très simplement de combiner les deux régimes, de sorte qu'en cas de maintien de DPS il y a lieu, le cas échéant, de permettre au nu-propriétaire et à l'usufruitier, qui le souhaiteraient, de souscrire l'augmentation de capital selon les règles de l'article L. 225-140 précité du Code de commerce [60].

2° Réduction de capital non motivée par des pertes

62 - **Difficultés. –** La réduction de capital non motivée par des pertes pose deux types de difficultés dès lors que les parts sociales ou actions sont grevées d'usufruit. Aussi curieux que cela puisse paraître, ces difficultés ne sont ni tranchées par la loi, ni par la jurisprudence, et la doctrine les a quasiment ignorées.

63 - **Première difficulté : le consentement à l'opération. –** La première difficulté concerne le consentement à l'opération. Dès lors que la réduction de capital non motivée par des pertes requiert le rachat des parts sociales ou actions en vue de les annuler (ou leur remboursement), de qui la société doit-elle obtenir le consentement à un tel rachat ? En pratique, la société prend soin d'obtenir le consentement tant du nu-propriétaire que de l'usufruitier. Il semble difficile de se passer de l'accord du nu-propriétaire, dès lors que l'opération aboutit à supprimer ses droits. Il semble tout autant impossible de ne pas solliciter l'accord de l'usufruitier, dès lors que l'article 599, alinéa 1er du Code civil (*« le propriétaire ne peut, par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier »*) interdit au nu-propriétaire de soustraire les parts sociales ou actions au droit de jouissance de l'usufruitier. Ajoutons que l'article 621, alinéa 2 du Code civil rejoint cette solution en ce qu'il prévoit que *« la vente du bien grevé d'usufruit, sans l'accord de l'usufruitier, ne modifie pas le droit de ce dernier, qui continue à jouir de son usufruit sur le bien s'il n'y a pas expressément renoncé »*.

64 - **Deuxième difficulté : la répartition du prix de rachat ou du montant remboursé. –** La seconde difficulté est certainement la plus redoutable. À qui la société doit-elle attribuer le prix de rachat ou le montant remboursé ? Si l'opération réalisée est un rachat de parts sociales ou d'actions contre remise d'une somme d'argent par la société, la tentation première sera d'assimiler le retrait ainsi effectué à une vente desdites parts ou actions. En ce cas, on pourra appliquer l'article 621 du Code civil : *« En cas de vente simultanée de l'usufruit et de la nue-propriété d'un bien, le prix se répartit entre l'usufruit et la nue-propriété selon la valeur respective de chacun de ces droits, sauf accord des parties pour reporter l'usufruit sur le prix »*. Il reste que l'opération pourrait accéder à la qualification de *« remboursement »*, auquel cas la somme remboursée serait grevée du quasi-usufruit de l'usufruitier, ainsi que cela se produit en cas de remboursement de créance grevée d'usufruit. Si l'opération réalisée est un rachat de parts sociales ou d'actions contre remise d'un ou plusieurs biens autres qu'une somme d'argent par la société (un immeuble, des titres d'une autre société...), alors le mécanisme de la subrogation réelle conduira à reporter l'usufruit sur le ou les biens remis en échange. Enfin, si les parts sociales ou actions grevées d'usufruit sont directement annulées par la société, c'est-à-dire non pas rachetées mais remboursées par elles, alors les biens remis en remboursement sont grevés d'usufruit, comme en cas de remboursement de créance, ce qui conduira à la naissance d'un quasi-usufruit dès lors qu'une somme d'argent sera remise par la société.

65 - **Réduction de capital consécutive à l'exercice du droit de retrait. –** Sur cette question, nous renvoyons à l'étude du dossier consacrée à la qualité d'associé du nu-propriétaire [61].

3. Liquidation

66 - À la dissolution de la société, le *boni* de liquidation est attribué en principe au nu-propriétaire grevé de l'usufruit, avec report d'usufruit. Cette solution résulte d'une jurisprudence qui a consacré le jeu de la subrogation réelle dans l'usufruit des droits sociaux en matière de dissolution de société [62]. Dans un arrêt du 8 mars 1988, la Cour de cassation retient précisément qu'en refusant de voter la prorogation de la société, les nus-propriétaires n'ont porté aucune atteinte aux droits de l'usufruitier puisqu'*« à partir de cette date, l'usufruit ne pourrait s'exercer que selon des modes différents »*. Il en résulte, qu'en principe, la dissolution de la société n'est pas une cause d'extinction de l'usufruit.

Concrètement, le droit d'usufruit se reporte sur le boni de liquidation et, le cas échéant, les apports restitués au nu-propriétaire. L'usufruitier pourra donc jouir des biens attribués jusqu'à l'extinction de l'usufruit, ce dernier devenant le cas échéant un quasi-usufruit si les biens attribués au titre de la liquidation sont consomptibles et consistent, par exemple, en une somme d'argent *(C. civ., art. 587)*. L'usufruitier pourra ainsi disposer de la somme versée par la société, à charge pour lui de la restituer à la fin de l'usufruit et, le cas échéant, d'employer ou de fournir caution conformément aux articles 601 et 602 du Code civil.

Cependant, rien n'interdit que cette répartition puisse être écartée par la volonté des parties. L'usufruitier et le nu-propriétaire peuvent en effet convenir que le boni sera partagé entre eux, en pleine propriété. ■

60. *V. supra.*

61. *R. Mortier, Qualité d'associé du nu-propriétaire : Act. prat. ing. sociétaire 2025, dossier 29.*

62. *Cass. 1re civ., 8 mars 1988, n° 86-11.144 : JurisData n° 1988-000469 ; Rev. sociétés 1988, p. 409, note A. Viandier ; RTD civ. 1989, p. 781.*

Propriété exclusive de LexisNexis SA. Diffusion strictement réservée.