

02.2

Droits réels de jouissance spéciale : comparaison avec l'usufruit et pratique en gestion de patrimoine



Vivien STREIFF

Notaire associé à Paris, Auteuil Notaires
Membre de l'Institut d'études juridiques
du Conseil supérieur du notariat



Sandrine QUILICI

Directrice de l'ingénierie patrimoniale,
banque Pictet
Co-directrice scientifique de la revue
Ingénierie Patrimoniale

Procédant d'un éclatement des utilités de la propriété, le démembrement en usufruit est tout naturellement devenu au fil du temps l'outil idoine aux yeux des praticiens de la gestion de patrimoine. C'était sans compter l'irruption des droits réels de jouissance spéciale (DRJS) - et avec eux la promotion de la liberté contractuelle - dans le paysage plus que jamais contrasté du droit des biens. L'objet de cette étude, étayée

d'exemples et de cas pratiques chiffrés, est d'abord d'analyser les rapports que les DRJS entretiennent avec l'usufruit, dont la vocation initiale essentiellement alimentaire, se trouve aujourd'hui sous tension, et ensuite de mesurer les intérêts pratiques de cette nouvelle catégorie de droits réels dont on pressent qu'ils permettent de nouvelles stratégies de transmission du patrimoine.

Introduction

I. La comparaison avec l'usufruit, § 4

A. Les éléments d'assimilation, § 5

- 1° Un droit réel..., § 6
- 2° ... sur la chose d'autrui, § 18

B. Les éléments de distinction, § 24

- 1° Définir une jouissance spéciale, § 25
- 2° Le régime de la durée, § 40

II. La pratique des DRJS en gestion de patrimoine, § 47

A. Une alternative aux usufruits atypiques, § 48

- 1° Le DRJS au service de l'adaptation de l'obligation de conservation, § 49
- 2° Le DRJS au service de la répartition des prérogatives pécuniaires, § 62

B. Conséquences successorales, § 68

- 1° La réunion fictive des libéralités, § 69
- 2° Le rapport, § 71

C. Cas pratiques chiffrés, § 74

- 1° Cas pratique n° 1 : M. Dupont (organiser une jouissance alternative par la constitution d'un DRJS à durée fixe), § 75
- 2° Cas pratique n° 2 : M. Durand (transmission d'un bien immobilier par un DRJS organisant une jouissance évolutive), § 84

Introduction

1. La reconnaissance des droits réels de jouissance spéciale (DRJS) constitue l'épilogue d'une célèbre controverse qui a longtemps vu s'opposer les tenants de la théorie du *numerus clausus* des droits réels à ceux pour qui, au contraire, rien n'interdirait de créer par convention des décompositions du droit de propriété non prévues par la loi. Ces débats s'inscrivaient à l'origine dans un contexte particulier marqué par le spectre de la propriété éternellement divisée connue de l'Ancien droit. Sources d'asservissement, véritables entraves à la libre circulation des biens, les ultimes manifestations de la propriété simultanée furent abolies à la Révolution pour faire place au mouvement inverse de sacralisation de la dimension individuelle de la propriété, devenue absolue, exclusive et perpétuelle.

Fallait-il alors nécessairement voir dans la liberté de créer des droits réels *sui generis* la résurgence d'une vision révolue de la propriété ou au contraire le moyen d'encourager une meilleure exploitation économique des biens ? C'est à cette question que la Cour de cassation répondit en 1834¹ puis, de manière beaucoup plus nette encore, près de 180 ans plus tard². En condamnant définitivement en 2012 la théorie du *numerus clausus*, cette dernière a, par cette formidable promotion de la liberté contractuelle au-delà de son domaine naturel, contribué à réduire la distinction classique entre les droits réels et les droits personnels. D'aucuns, craignant une intolérable atteinte au droit de propriété, s'en sont émus. D'autres, arguant de la vocation des droits réels nommés par la loi à embrasser, à de rares exceptions près, tous les modes de jouissance, se sont au contraire employés à relativiser la portée de cette jurisprudence. Il semblerait, à l'analyse des décisions rendues depuis, qu'aucune de ces positions ne reflète la réelle portée théorique et pratique de ce qui constitue sinon une révolution, du moins une évolution majeure du droit des biens dont on pressent qu'elle est, par-delà ces débats, une inépuisable source de réflexion au service du renforcement de l'optimisation de la gestion juridique, économique, voire même fiscale, du patrimoine.

2. Loin d'être toxique pour le régime des biens et son cortège de règles d'ordre public, cette nouvelle catégorie de droits réels vient en effet d'abord combler le vide séparant la propriété des modèles de droits réels sur la chose d'autrui dont la définition légale empêche la taille de la convention à l'exacte mesure de la volonté des parties. Elle vient ensuite gommer les défauts du régime juridique encadrant plus précisément l'usufruit dont on peine à justifier la rigidité eu égard à ce qu'exige

le strict respect de la propriété. Elle contribue à cet égard à éclairer d'un nouveau jour notre compréhension de l'article 544 du code civil, au sein duquel ce droit est décrit comme celui d'user et de jouir de la manière la plus absolue. Or, c'est précisément de l'absoluité du droit de propriété qu'émanent ses caractères exclusif et perpétuel. Cette description du droit de propriété, droit réel dont on ne saurait nier la prééminence dans l'ordre des biens, ne remet pas en cause la liberté de créer un droit réel, fût-il de jouissance spéciale, dès lors que sa conception répond à une double exigence : d'une part, l'impossibilité de partager, fût-ce à titre temporaire, la totalité des utilités offertes par le droit de propriété et, d'autre part, l'impossibilité d'éclater à perpétuité tout ou partie seulement de ces utilités. Certes donc limitée - et c'est heureux - par le respect dû à l'ordre public de la propriété, mais néanmoins débarrassée du carcan dans lequel le code civil a enfermé le régime juridique de l'usufruit³, la pratique des DRJS se révèle des plus prometteuses. Nous reviendrons au fil de cette étude sur les raisons qui nous amènent à penser qu'elle paraît mieux à même que l'usufruit de justifier l'adaptation à marche forcée des stratégies impliquant le recours au démembrement de propriété à l'évolution des actifs composant les patrimoines modernes.

3. L'ambition de la présente étude est double. Elle consiste dans un premier temps à livrer les éléments de réflexion dont la bonne compréhension est de nature à sécuriser le recours à un DRJS. Il s'agira ici de comparer les DRJS avec l'usufruit pour distinguer les éléments assimilant nécessairement ces deux droits réels dont il ne faudrait pas oublier qu'ils ont pour objet la chose d'autrui des éléments permettant de faire ressortir leur altérité (I). Cette étape essentielle nous permettra dans un second temps d'aborder la pratique des DRJS en gestion de patrimoine, avec le soutien de multiples exemples et l'étude de deux cas pratiques chiffrés (II).

I. La comparaison avec l'usufruit

4. L'article 544 du code civil définit les attributs attachés au droit de propriété d'un bien. Il s'agit, d'une part, de la jouissance, qui comprend le droit d'user (*usus*) et le droit de percevoir les fruits du bien (*fructus*), et d'autre part, de la disposition (*abusus*) du même bien. Le propriétaire, dont la vocation est de tirer profit de l'ensemble des utilités économiques de son bien, peut faire le choix d'en jouir par lui-même ou, au contraire, de les détacher au profit d'un tiers.

1 Cass. req., 13 févr. 1834 (arrêt Caquelard) : S. 1834, 1, p. 118 ; DP 1834, 1, p. 218.

2 Cass. civ. 3e, 31 oct. 2012, n° 11-16.304 (arrêt Maison de Poésie) ; D. 2013, 53, obs. A. Tadros, note L. d'Avout et B. Mallet-Bricout ; JCPG 2013, I, 429, n° 12, obs. H. Périnet-Marquet ; RTD civ. 2013, p. 141, obs. W. Dross ; JCPG 2012, 2352, note F.-X. Testu ; Rev. Lamy dr. civ. 1er févr. 2013, p. 7, note J. Dubarry et M. Julienne ; LPA 16 janv. 2013, note F.-X. Agostini ; Defrénois 2013, 12, note L. Tranchant ; RDC 2014, p. 105, note M. Mekki ; RDC 2013, p. 584, obs. R. Libchaber et p. 627, obs. J. Seube ; JCPG 2013, 124, obs. M. Mekki ; RDI 2013, p. 80, note J.-L. Bergel.

3 On rappellera pour s'en convaincre que l'idée de plafonner la durée de l'usufruit accordé à une personne morale à 30 ans a été conçue par référence à l'espérance de vie moyenne des personnes physiques en 1804 qui était précisément à cette époque de 30 ans. On ne s'attardera pas davantage sur l'obsolescence de cette règle.

La nouveauté vient de ce qu'il n'est plus désormais tenu de couler le droit réel qu'il souhaite constituer dans le moule des droits nommés par la loi. Les droits réels peuvent, au nom de la liberté contractuelle, être multipliés à l'envi car, à l'image des droits personnels, ils n'obéissent pas à un principe de légalité⁴.

Cohabitent ainsi aux côtés de l'usufruit et de son diminitif, le droit d'usage et d'habitation, des droits réels dont les éléments de qualification et de régime ne sont pas précisément définis par la loi. Le principe de libre création des droits réels étant acquis, encore convient-il d'en mesurer l'exacte portée. Essentiellement défini à l'article 578 du code civil par les prérogatives qu'il offre à son titulaire, l'usufruit est « le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance ». Il procède d'une dissociation juridique des attributs du droit de propriété⁵. Ainsi, grevée d'un usufruit, la propriété supporte deux droits distincts. D'un côté, la jouissance immédiate et temporaire dont est titulaire l'usufruitier, de l'autre, une vocation à la pleine propriété à l'extinction de l'usufruit, droit dont est investi le nu-propiétaire⁶. Les droits et obligations de l'usufruitier et du nu-propiétaire sont définis par la loi. Le DRJS peut quant à lui se définir comme un droit réel né de la volonté de l'homme octroyant à son titulaire une ou plusieurs prérogatives distinctes de celles qui caractérisent les droits réels répertoriés par la loi et dont le régime juridique est, sous réserve du respect de l'ordre public, librement défini. S'il est donc acquis que le DRJS doit se distinguer de l'usufruit et du droit d'usage et d'habitation (B), il n'en demeure pas moins qu'il appartient à la même catégorie de droits patrimoniaux. Il est fondamentalement un droit réel sur la chose d'autrui, par nature temporaire (A).

A. Les éléments d'assimilation

5. À l'instar de l'usufruit, les DRJS appartiennent à la famille des droits réels (1°) sur la chose d'autrui, auxquels ils empruntent leur caractère temporaire (2°).

1° Un droit réel...

◆ a) LA NATURE JURIDIQUE

6. Il convient ici de rappeler brièvement la différence de nature qui oppose les droits personnels aux droits réels.

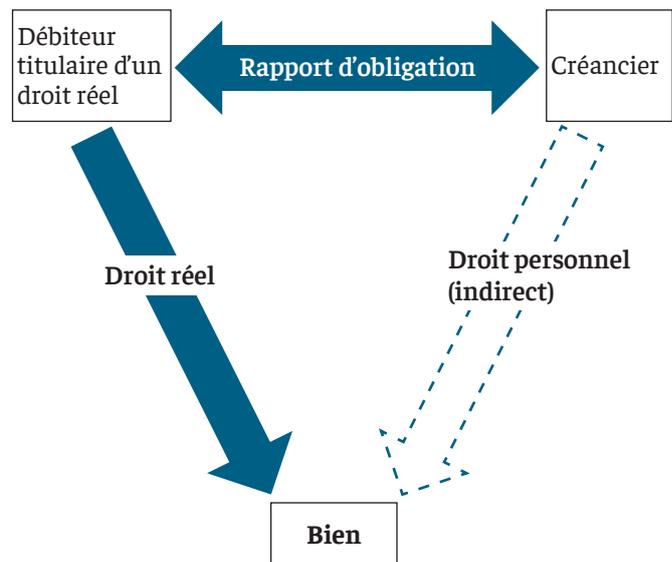
4 C. Larroumet, Droit civil, Les biens - Droits réels principaux : Economica, 5^e éd., 2006, p. 53.

5 G. Cornu, Droit civil. Les biens : Montchrestien, 13^e éd., n° 62, p. 14.

6 Les termes de « nu-propiétaire » et de « nue-propiété » sont absents du code civil. Ils ont été adoptés par la pratique au regard des faibles prérogatives que la présence d'un usufruit laisse au propriétaire. En effet, ainsi que le constate un auteur, pendant la durée de l'usufruit, ce dernier conserve seulement la possibilité de disposer de son propre droit et de le sauvegarder. Il ne peut ni utiliser la chose, ni en jouir, ni même en disposer seul (C. Atias, Droit civil. Les biens : Litec, 4^e éd., n° 136, p. 165).

◆ Le droit personnel

7. Le droit personnel est celui en vertu duquel le **débiteur, sujet passif, s'oblige envers le créancier, sujet actif, à accomplir une prestation. Il s'exerce d'abord contre la personne.** Lorsqu'il a pour objet un bien⁷, il n'est pas le droit que l'on a dans ce bien (*jus in re*), mais le droit que l'on a par rapport à celui-ci (*jus ad rem*). Le lien entre le bien et celui qui en jouit ne se tisse donc que par le truchement d'un rapport d'obligation. Cette relation comporte trois éléments : le créancier de l'obligation, le débiteur de l'obligation et la chose (V. schéma ci-dessous).



C'est le débiteur de l'obligation, titulaire d'un droit réel sur un bien, qui s'engage à permettre au créancier de cette obligation d'accéder aux utilités de son bien. En cela il s'agit d'un droit indirect offrant un mode d'accès aux utilités du bien alternatif à la constitution d'un droit réel. Ainsi en va-t-il du louage de chose que l'article 1709 du code civil définit comme « un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer ». À rebours d'un droit réel, l'exercice d'un droit personnel repose donc entièrement sur l'exécution par celui qui s'oblige de la prestation mise à sa charge⁸.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

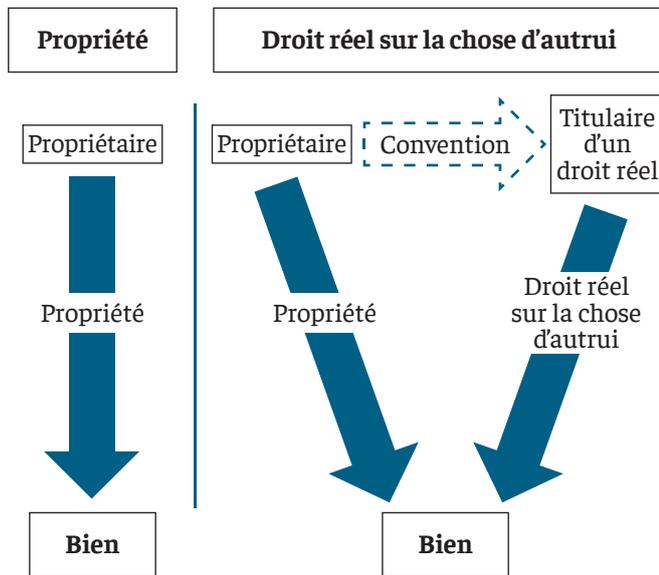
Le rédacteur d'une convention constitutive d'un DRJS sera bien avisé de ne jamais perdre de vue qu'il est appelé à constituer un droit réel. Il ne faudrait pas que, trop préoccupé à l'idée d'imaginer une jouissance par trop originale, celui-ci conçoive un droit qui n'aurait de réel que la qualification.

7 Il peut également s'agir d'une obligation de donner, de faire ou ne pas faire.

8 P. Malaurie, L. Aynès et M. Julienne, Les biens : LGDJ, Droit civil, 8^e éd., 2019, n° 350.

◇ Le droit réel

8. Le droit réel établit un **lien direct, immédiat, et empreint d'une grande stabilité, entre son titulaire (premier élément) et la chose (second élément) qui en constitue l'objet** (V. schéma ci-dessous).



L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Les parties à l'acte doivent donc s'attacher à établir une relation dont le périmètre ne déborde pas ces deux seuls éléments, et refouler corrélativement la tentation d'intercaler un rapport d'obligation qui viendrait menacer l'indépendance du titulaire d'un DRJS et du propriétaire⁹.

9. La différence de nature exposée ci-dessus commande la différence de régime juridique entre ces deux catégories de droits patrimoniaux.

◆ b) LE RÉGIME JURIDIQUE

◇ L'opposabilité des droits réels

10. Contrairement à un droit personnel dont nous savons qu'il ne produit d'effets qu'à l'égard des parties à la convention¹⁰, le droit réel est absolu car il peut être opposé aux tiers.

9 Tout rapport d'obligation n'est toutefois pas totalement exclu. Des obligations réelles peuvent ainsi être conventionnellement aménagées pour tenir compte de ce que le titulaire d'un droit réel exerce ses prérogatives sur la chose d'autrui. Ces obligations constituent l'accessoire du droit réel. Il en résulte d'une part que celui sur qui pèse cette obligation peut s'en affranchir en renonçant à son droit ou en le cédant et, d'autre part, qu'une prestation positive ne peut être mise à la charge du titulaire d'un droit réel si elle n'est pas dédiée à l'exercice correct de ce droit. Ainsi, bien qu'elles consistent en des obligations de faire, l'obligation de conservation et de restitution mises à la charge de l'usufruitier entrent dans la catégorie des obligations réelles.

10 En application du principe de l'effet relatif des conventions (C. civ., art. 1165), une obligation personnelle, même si elle porte sur une chose, ne se transmet pas aux ayants-cause à titre particulier de cette chose.

Les droits réels en général, et les DRJS en particulier, se voient ainsi assortis de deux attributs dont les droits personnels sont dépourvus.

11. Il s'agit d'abord du **droit de suite**. Il est ainsi permis au titulaire d'un tel droit de revendiquer la chose et de la suivre entre quelques mains qu'elle se trouve. Cela se traduit également par le maintien des prérogatives du titulaire d'un droit réel dans l'hypothèse où un tiers viendrait à acquérir le bien qui en constitue l'objet. C'est ainsi que l'usufruit est opposable aux créanciers du nu-propriétaire comme à l'acquéreur de la nue-propriété¹¹. Il en résulte que le nu-propriétaire voit son *abusus* atrophie¹². Seule une vente conjointe par ce dernier et l'usufruitier peut avoir pour effet de transférer la pleine propriété à l'acquéreur. L'usufruitier peut céder son droit, le transmettre à titre gratuit¹³ ou encore le grever d'une sûreté.

12. Il s'agit ensuite du **droit de préférence**. Ainsi, lorsqu'il y a conflit entre le titulaire d'un droit réel et le titulaire d'un droit personnel sur une chose, le premier est préféré au second¹⁴.

Pouvant « être établi sur toute espèce de biens meubles ou immeubles »¹⁵, l'usufruit a le caractère d'un droit réel immobilier lorsqu'il porte sur un immeuble et celui d'un droit réel mobilier lorsqu'il porte sur un meuble. On rappellera précisément que lorsqu'elle se rapporte à un immeuble, la convention constitutive d'un droit réel fait l'objet d'une publicité obligatoire¹⁶. L'opposabilité d'une telle convention aux titulaires de droits réels concurrents sur un même immeuble est conditionnée par sa publication au service chargé de la publicité foncière en application de l'article 30 du décret du 4 janvier 1955.

◇ L'autonomie des droits réels

13. Le droit réel confère également indépendance et autonomie, chaque titulaire d'un tel droit sur une même chose disposant d'une partie des utilités offertes par celle-ci. Ces caractéristiques sont le gage de la stabilité des droits réels. **Lorsqu'ils ont pour objet la propriété d'autrui, une fois constitués, leur existence ne dépend plus de la volonté du propriétaire.**

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Toute clause mettant à la charge du propriétaire une obligation de mise à disposition, dont on sait qu'elle caractérise un

11 Ainsi, la vente de la chose sujette à usufruit, par le nu-propriétaire, est opposable à l'acquéreur et ne produit aucun changement dans le droit de l'usufruitier : É. Gavin-Millan Oosterlynck, JCL. Répertoire notarial, V° Usufruit, fasc. 10, n° 8.

12 J. Carbonnier, Droit civil. Les biens : PUF, 19^e éd., n° 96, p. 169.

13 C. civ., art. 595. Nous verrons que cette prérogative peut être modulée pour un DRJS.

14 F. Terré et P. Simler, Droit civil. Les biens : Précis Dalloz, 9^e éd., 2014, n° 47.

15 C. civ., art. 581.

16 D. n° 55-22, 4 janv. 1955, art. 28. L'article 32 du décret du 4 janvier 1955 fait par ailleurs obligation à certains professionnels, dont les notaires, de faire publier « indépendamment de la volonté des parties », les actes notamment visés à l'article 28, 1^{er}, dressés par eux. En d'autres termes, le notaire peut et doit publier le DRJS qu'il constitue.

bail, sera par conséquent à proscrire. La convention imposera tout au plus à ce dernier l'obligation négative de ne pas entraver l'entrée et le maintien en jouissance du titulaire du DRJS¹⁷. À l'instar d'un usufruitier¹⁸, mais contrairement au preneur d'un bail, le titulaire d'un DRJS jouit donc directement de la chose sans avoir, en principe, à faire intervenir le propriétaire. Il conviendra que la convention précise qu'il prendra la chose dans l'état où elle se trouve au jour de l'ouverture de son droit¹⁹.

14. Actions permettant de garantir le droit - Le propriétaire n'est pas tenu de garantir le titulaire d'un droit réel sur sa chose contre l'immixtion de tiers. C'est ainsi que l'usufruitier a la possibilité d'agir devant les tribunaux pour faire respecter son droit. Non seulement il bénéficie d'actions lui permettant de garantir l'existence de son usufruit - telle que l'action confessoire dont on sait qu'elle vise à obtenir la reconnaissance d'un droit réel - mais il peut également, pour conforter son droit, exercer toutes les actions qui appartiennent au nu-propriétaire²⁰. Il paraît évident d'accorder la même protection au titulaire d'un DRJS. Faute de pouvoir exercer l'action confessoire, celui-ci se rapprocherait en effet du titulaire d'un droit personnel, créancier d'une obligation positive mise à la charge du propriétaire de veiller à ce que celui qui est appelé à jouir de sa chose ne subisse aucun trouble.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Il sera donc rappelé dans la convention que le titulaire du DRJS disposera de l'action confessoire qu'il aura, sans faire appel au propriétaire, vocation à exercer pour récupérer la chose entre quelques mains qu'elle se trouve²¹.

15. Exclusion de l'indivision - Les droits du titulaire d'un DRJS et du propriétaire sont, comme ceux du nu-propriétaire et de l'usufruitier, autonomes car ce sont des droits réels de nature différente²². Ainsi que la Cour de cassation l'a très tôt affirmé pour un usufruit, cette différence de nature est exclusive d'une indivision²³, dont on sait qu'elle se caractérise par la coexistence sur un même bien de droits de même nature. Sitôt que l'on admet que le démembrement de propriété aboutit à

17 À l'image de l'obligation imposée au nu-propriétaire de ne pas nuire aux droits de l'usufruitier (C. civ., art. 599) dont l'existence se justifie moins par le concept d'obligation réelle négative que par l'opposabilité du droit de l'usufruitier à son égard.

18 Le preneur n'exerce son droit que par l'intermédiaire du bailleur, qui doit lui assurer la jouissance paisible de la chose et le garantir contre le vice caché et l'éviction (P. Veaux-Fournerie, *JCl. Notarial Répertoire*, V° Usufruit, fasc. 10, 25 juin 2000, n° 11. Le nu-propriétaire n'a pas d'obligations personnelles envers l'usufruitier, seulement l'obligation de ne pas faire obstacle à l'exercice de l'usufruit (C. civ., art. 599, al. 1^{er}).

19 Pour l'usufruit, v. C. civ., art. 600.

20 C. Siffrein-Blanc, *JCl. Notarial Répertoire*, V° Usufruit, fasc. 40, n° 18 et s.

21 Cette action a d'ailleurs en toute logique été reconnue par la Cour de cassation au titulaire d'un droit de jouissance exclusif sur parties communes. Celui-ci a qualité et intérêt pour agir en justice en vue de faire cesser un empiètement sur la partie commune sur laquelle s'exerce son droit de jouissance exclusif (V. en ce sens Cass. civ. 3^e, 15 déc. 2016, n° 15-22.583, F-D).

22 Sur les conséquences de cette différence de nature en matière successorale, V. § 68.

23 Cass. req., 27 juill. 1869 : DP 1871, I, p. 170.

fragmenter ce droit en droits juxtaposés qui ont vocation à s'ignorer, l'indivision ne peut dès lors davantage se concevoir dans l'hypothèse de la constitution d'un DRJS que dans celle d'un démembrement en usufruit²⁴.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Il en résulte d'abord qu'aucune licitation en pleine propriété ne pourra intervenir sans l'accord du titulaire d'un DRJS. La convention ménagera néanmoins l'hypothèse du partage ou de la licitation de la propriété appartenant indivisément à plusieurs personnes, ou du partage en jouissance du DRJS²⁵. Inversement le titulaire d'un DRJS ne pourra obtenir, contre la volonté du propriétaire la vente de la pleine propriété du bien soumis à son droit. On sait ensuite que, sauf convention contraire, le prix de cession d'un bien démembrement se répartit entre l'usufruit et la nue-propriété selon la valeur respective de chacun de ses droits²⁶. Selon nous, tant la règle que les aménagements conventionnels dont celle-ci peut faire l'objet²⁷ sont parfaitement transposables à la convention constitutive d'un DRJS. On pourrait enfin imaginer sans peine que le créancier du titulaire d'un DRJS puisse saisir la part du prix de vente d'un bien revenant à son débiteur, ainsi que la Cour de cassation l'a admis dans l'hypothèse de la vente d'un bien démembrement en usufruit²⁸.

16. Charge des travaux - L'idée d'indépendance qui caractérise les droits réels se retrouve encore dans la répartition entre le nu-propriétaire et l'usufruitier de la charge des travaux selon qu'ils sont de réparation ou de simple entretien. Alors que les grosses réparations sont mises à la charge du premier, le second n'est, quant à lui, tenu d'effectuer que les réparations d'entretien²⁹. Il reste que si le principe d'indépendance est absolu du côté du nu-propriétaire, que le juge ne peut contraindre à effectuer les travaux que la loi met à sa charge, il est à nuancer du point de vue de l'usufruitier qui peut, de son

24 À la demande de l'usufruitier, le nu-propriétaire qui occupe son propre immeuble peut en être expulsé (Cass. soc., 1^{er} déc. 1953 : Bull. civ. IV, n° 814) ou condamné à verser une indemnité d'occupation (Cass. civ. 1^{er}, 5 mai 1998 : JCPG 1998, II, 10214, note E. du Rusquec ; Defrénois 1998, art. 36894, p. 1381, obs. Y. Dagorne-Labbé ; RTD civ. 1999, p. 868, obs. F. Zenati) en tant qu'occupant sans titre.

25 Ainsi, la coexistence de deux droits d'usage et d'habitation, l'un découlant d'un démembrement de propriété et l'autre compris dans le droit plus large du propriétaire du surplus, crée, selon la Cour de cassation, une situation d'indivision en jouissance susceptible de prendre fin en application de l'article 817 du code civil (Cass. civ. 3^e, 7 juill. 2016, n° 15-10.278 : JurisData n° 2016-013744).

26 C. civ., art. 621.

27 Notamment le remploi du prix de vente dans l'acquisition d'un autre bien lui-même démembrement. Si l'on s'abstiendra de faire référence à l'exercice par le titulaire d'un quasi-usufruit sur le prix de vente (sauf dans l'hypothèse dans laquelle ce quasi-usufruit résulterait du caractère évolutif du DRJS constitué), il sera néanmoins possible d'anticiper la question en encadrant par avance les prérogatives que le titulaire du DRJS pourra exercer sur le prix de vente. Ainsi pourrait-il être convenu que le titulaire du DRJS devrait exclusivement investir la somme dans l'acquisition d'un autre bien immobilier de son choix en vertu d'une obligation de remploi et restituer le bien ainsi acquis lors de l'extinction de son droit.

28 Cass. civ. 2^e, 18 oct. 1989 : Bull. civ. II, n° 192 ; D. 1989, 288 ; JCPG 1989, 407 ; RTD civ. 1990, 115, obs. F. Zenati.

29 C. civ., art. 605.

côté, se voir condamné à exécuter les réparations d'entretien dont l'inexécution serait de nature à mettre le bien en péril³⁰. Si elle peut à première vue paraître inéquitable, cette différence de traitement se conçoit à plusieurs titres. Tout d'abord, ainsi que nous l'avons vu, le nu-propriétaire n'étant pas tenu de livrer la chose en bon état, on comprendrait mal que le juge puisse l'enjoindre d'effectuer pendant la durée de l'usufruit des travaux que rien ne l'oblige à effectuer dans la perspective de l'entrée en jouissance de l'usufruitier. Il serait ensuite économiquement inéquitable de lui imposer d'exposer d'importantes dépenses pour un bien qu'il ne peut exploiter jusqu'au terme de l'usufruit. Enfin, l'obligation imposée à l'usufruitier d'entretenir la chose n'est que la conséquence de l'obligation bien plus fondamentale de restitution qui pèse sur celui-ci.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Ce principe doit guider le rédacteur d'une convention constitutive d'un DRJS même si des aménagements restent envisageables, eu égard notamment à la manière dont sera envisagée la répartition des fruits entre le propriétaire et le titulaire d'un tel droit.

17. Renonciation au droit réel - Le titulaire d'un droit réel peut y renoncer³¹, là où, pour le titulaire d'un droit personnel, cette faculté ne se conçoit que d'un commun accord entre le créancier et le débiteur de l'obligation. Cette renonciation peut présenter un intérêt pour celui qui souhaite se désengager des obligations de faire pesant sur lui à raison de sa qualité de titulaire d'un droit réel. L'obligation réelle³² empruntant son régime à celui des droits réels, en renonçant à ce droit le débiteur d'une telle obligation cesse d'en être tenu. L'article 699 du code civil en donne un exemple en conférant la possibilité au propriétaire du fonds servant de s'affranchir de la prise en charge du coût relatif aux ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude par l'abandon de son fonds au propriétaire du fonds dominant. Il en va de même de la faculté donnée à l'usufruitier de renoncer à son droit, pourvu que cette renonciation soit certaine et non équivoque³³.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

La convention devra donc nécessairement ménager la possibilité pour le titulaire d'un DRJS d'y renoncer de manière

30 Il s'agit d'une obligation *propter rem*.

31 La renonciation ne doit pas être confondue avec l'abandon ou le déguerpissement de la chose. Exception faite du droit de propriété, le droit que l'on a sur une chose et la chose qui en constitue l'objet ne sauraient en effet se confondre.

32 La stipulation d'obligations réelles peut être conçue comme une variable d'ajustement du contenu d'un DRJS. Il reste que le principe de prohibition des obligations *in faciendo* doit certainement constituer la limite imposée par le respect de l'ordre public. L'établissement d'une telle obligation doit en effet être nécessitée par la volonté de permettre au titulaire d'un droit réel d'exercer son droit et de résoudre les conflits susceptibles de surgir entre des droits réels concurrents sur la même chose ou sur des choses voisines. Ainsi l'obligation d'entretien imposée à l'usufruitier est-elle adossée à l'obligation de conservation et de restitution qui pèse sur celui-ci, et l'on ne voit pas qu'il puisse en aller autrement pour le titulaire d'un DRJS (V. égal. *supra* note 6).

33 Toute la difficulté consistera à identifier une renonciation lorsque celle-ci s'opère tacitement.

unilatérale et envisager l'extinction des obligations réelles qui pèsent sur ce dernier comme une conséquence de cette renonciation. Précisons encore qu'en matière immobilière, l'opposabilité de cette renonciation est subordonnée à sa publication au service de publicité foncière³⁴.

2° ... sur la chose d'autrui

18. Le DRJS est, à l'instar de l'usufruit, un droit réel sur la chose d'autrui. Il est à ce titre nécessairement temporaire de sorte à permettre au propriétaire de recouvrer tôt ou tard la plénitude des utilités de sa chose. Il ne peut donc par principe être constitué sans limitation de durée (a) et se concevoir sans obliger son titulaire à conserver et à restituer la chose qui en constitue l'objet (b)

◆ a) LE REJET DE LA PERPÉTUITÉ

19. Même si, ainsi que nous allons l'exposer plus loin, le régime de la durée des DRJS se distingue très nettement de celui de l'usufruit, il subsiste le principe selon lequel **les droits réels sur la chose d'autrui sont, à l'exception des servitudes³⁵, par nature temporaires**. Tout éclatement perpétuel du droit de propriété reviendrait en effet à placer le propriétaire d'une chose et le titulaire d'un droit réel sur cette chose sur un pied d'égalité. La propriété telle qu'elle a été conçue par les rédacteurs du code civil en sortirait à l'évidence vidée de toute substance. Cette vocation du propriétaire à recouvrer tôt ou tard tous les attributs attachés à son droit est d'ailleurs un principe auquel le législateur n'a jamais dérogé. Ainsi limités dans le temps, les droits réels répertoriés par la loi ont en commun de ne pas menacer le régime de la propriété.

20. Qu'il soit ainsi stipulé à durée fixe ou viager, l'usufruit s'éteint, en principe, au plus tard au décès de la personne sur la tête de laquelle il a été constitué³⁶, sauf bien entendu dans l'hypothèse où il aura été conçu pour une durée plus courte³⁷. Il en résulte que, non transmissible à cause de mort³⁸, l'usufruit ne peut survivre à l'usufruitier. Si le droit a été constitué au

34 V. en ce sens P. Esmein, Commentaire de la réforme foncière : Gaz. Pal. 1955, I, doct. 30. Précisons que si la renonciation est purement abdicative elle n'entraîne par elle-même aucune mutation. Elle ne donne lieu, qu'elle soit enregistrée ou publiée, qu'à la seule perception du droit ou de la taxe fixe prévue pour les actes innommés. Si en revanche la renonciation est acceptée par le propriétaire de l'immeuble grevé, elle n'est plus purement abdicative mais translatrice. Les droits de mutation sont immédiatement exigibles. Il y aura perception des droits de mutation à titre gratuit si la renonciation est inspirée par une intention libérale.

35 La servitude n'est rien d'autre qu'un accessoire au droit de propriété du propriétaire du fonds dominant. « *Le droit de propriété du maître du fonds dominant, par nature perpétuel, s'étend à certaines des utilités procurées par le fonds servant avec la même vigueur temporelle* » (W. Dross, Droit civil. Les choses : LGDJ-Lextenso, 2^e éd., 2014, n° 388).

36 Cass. civ., 18 juill. 1923 : D. 1931, 2, p. 75. - C. civ. art. 617. - Cass. ch. réun., 16 juin 1933 : DH 1933. 393.

37 F. Zenati-Castaing et T. Revet, Les biens : PUF Droit, 3^e éd., n° 341, p. 500.

38 C'est d'ailleurs un des éléments qui le distingue des autres droits réels établis sur la chose d'autrui, tels que le bail à construction, le bail emphytéotique ou encore le droit de superficie qui se transmettent par décès ; sans compter les servitudes qui présentent, entre autres, la caractéristique d'être perpétuelles.

profit de plusieurs personnes appelées à en jouir successivement, il y a autant d'usufruits distincts que de personnes désignées. Le décès de l'usufruitier de premier rang a pour effet d'ouvrir l'usufruit subséquent et ainsi de suite, de sorte que l'usufruit ne s'éteindra qu'au décès du dernier appelé³⁹. Le caractère viager de l'usufruit constitué au profit d'une personne physique étant de l'essence même de ce droit, il ne peut s'envisager que comme une disposition d'ordre public⁴⁰.

C'est d'ailleurs dans cet état d'esprit qu'ont été menés les travaux de l'Association Henri Capitant relatifs à l'avant-projet de réforme du droit des biens, desquels a notamment émergé l'idée d'un usufruit non viager à durée déterminée ou déterminable. Cette proposition, présentée comme une innovation, visait à rendre possible - ce qui dans l'esprit des juristes ayant travaillé sur ce projet de réforme ne l'est manifestement pas - un démembrement temporaire, dont la durée fixée initialement en raison d'un objectif précis (cycle d'exploitation du bien, opération de financement liée aux revenus du bien, etc.) ne devrait pas être tributaire du décès de son titulaire⁴¹. Toutefois, il était prévu que cette durée, déterminée ou déterminable, ne puisse excéder 30 ans.

Il est donc **acquis que l'usufruit ne peut avoir un caractère perpétuel ni même dépasser une durée raisonnable**⁴². C'est ainsi que s'agissant des personnes morales, dont l'existence peut se prolonger indéfiniment, l'article 619 du code civil prévoit que l'usufruit ne peut avoir une durée supérieure à 30 ans. C'est si vrai que la Cour de cassation a jugé que les dispositions de cet article sont d'ordre public⁴³. Ainsi que le constate un auteur, cette limite temporelle trouve sa raison d'être dans l'article 578 du code civil qui, en imposant à l'usufruitier la conservation de la substance, implique qu'il devra tôt ou tard rendre les utilités dont il est investi au propriétaire⁴⁴. Il résulte de ce qui précède que l'usufruit a nécessairement **un caractère aléatoire**. Ainsi, dans le cas du décès de l'usufruitier avant l'échéance de ce terme, l'usufruit s'éteint, quand bien même un terme certain aurait été fixé⁴⁵. Un traitement identique semble devoir être appliqué aux personnes morales. Une partie de la doctrine assimile en effet la dissolution d'une personne morale au décès

d'une personne physique dont la survenance marque le terme de l'usufruit par application de l'article 617 du code civil⁴⁶.

21. Dans ce contexte, nul ne s'étonnera de l'émoi suscité chez les juristes par l'irruption d'un droit réel dont d'aucuns craignaient qu'il pût constituer une menace pour le droit de propriété. Au-delà de la reconnaissance d'une nouvelle catégorie de droit réel sur la chose d'autrui dotée d'un régime juridique très souple contrastant nettement avec l'impérativité du régime de la durée des droits nommés, c'est le risque de voir ressurgir le spectre d'une propriété éternellement divisée qui a frappé les esprits. Une chose est en effet de permettre la constitution d'un droit dont la durée excède celle qu'il est possible de conférer à un usufruit ou à un droit d'usage, autre chose est de concevoir l'idée d'un démembrement perpétuel. En consacrant l'existence de droits réels originaux dont le régime juridique n'est pas précisément encadré, la Cour de cassation n'a-t-elle pas pris le risque de donner au propriétaire une liberté dont il pourrait faire un usage contraire au régime des biens ? C'est l'idée défendue par certains auteurs pour justifier leur attachement à la théorie du *numerus clausus* des droits réels⁴⁷. On soulignera, à rebours de cette position, que la Cour de cassation avait, dès l'arrêt *Maison de poésie*, justement pris soin de limiter la liberté contractuelle au respect de l'ordre public. Or, **il n'est pas douteux que la vocation du propriétaire à recouvrer tôt ou tard l'ensemble de ses prérogatives sur son bien relève de cet ordre public**. Si l'incertitude était encore permise au lendemain de cet arrêt fondateur, la Cour de cassation s'est ensuite employée à préciser sa jurisprudence à l'occasion de l'arrêt qu'elle a rendu le 28 janvier 2015⁴⁸. Elle a ainsi jugé que « lorsque le propriétaire consent un droit conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien, ce droit, s'il n'est pas limité dans le temps par la volonté des parties, ne peut être perpétuel et s'éteint dans les conditions prévues par les articles 619 et 625 du code civil. ». Il résulte de cette décision que **le régime de la durée des DRJS subit l'attraction du régime de l'usufruit, faute pour les parties d'avoir pris la précaution de stipuler une durée**. Autrement dit, lorsqu'il est ainsi configuré au profit d'une personne morale, le DRJS voit sa durée plafonnée à 30 ans par application de l'article 619 du code civil. L'article 625, sous le visa duquel a également été rendu la décision, renvoyant tant aux dispositions de l'article 619 qu'à celles de l'article 617, on imagine sans peine qu'un tel droit sera viager lorsqu'il sera constitué sans stipulation de durée au profit d'une personne physique. Pour qui douterait de la solution, il suffirait du reste de prendre le soin de prévoir expressément que ce droit revêtirait un caractère viager. On pourrait néanmoins être tenté de penser que cette décision contredit celle rendue en 2012 par laquelle

39 A. Rieg : Dalloz Recueil, 31 août 1990, V° Usufruit, n° 440, p. 30.

40 Aubry et Rau, Droit civil français, t. 2, Les biens : Litec, 7^e éd. par Esmein, 1961, § 234, n° 443. - Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. 3 : LGDJ, 2^e éd., par Picard, 1952, n° 862. - A. Chamoulaud-Trapiers, in Dalloz Rép., V° Usufruit, n° 445. Il existe néanmoins des opinions dissidentes sur ce caractère d'ordre public (P. Berger et F. Collard, *JCl. Ingénierie du patrimoine*, V° Structuration du patrimoine, fasc. 140, n° 35).

41 H. Périnet-Marquet (ss dir.), Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens : LexisNexis, Carré Droit, 2009, p. 78.

42 Sur l'absence de perpétuité, v. Cass. civ. 3^e, 18 janv. 1984 : Bull. civ., III, n° 16 ; D. 1985, 504, note F. Zenati ; JCPG 1986, II, 20547, note J.-F. Barbieri. Sur un droit qui devait se prolonger pendant toute la durée de la vie d'une association, v. Cass. civ. 3^e, 9 juill. 1980 : Bull. civ. III, n° 135. - *Contra* CA Aix-en-Provence, 2 mars 2006, n° 2006/190, RG 04/09931, cité par C. Atias, *Droit civil, Les biens*, préc., n° 219, p. 159 et 160.

43 Cass. civ. 3^e, 7 mars 2007, n° 06-12.568, FS-P+B : JCPG 2007, 1877, n° 1, note J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; JCPG 2007, I, 197 note H. Périnet-Marquet ; *Droit et patrimoine* févr. 2008, p. 96, note J.-B. Seube et T. Revet ; JCPN 2007, 1219, note H. Hovasse.

44 A. Tadros, La liberté d'aménager les droits réels principaux, in *Liberté contractuelle et droits réels* : LGDJ 2015, p. 90, n° 8.

45 Cass. ch. réunies, 16 juin 1933, préc., note 17.

46 V. not. M. Iwanenko, Fusion ou dissolution de société et usufruit : APSP 2013, n° 1, dossier 9.

47 V. not. J. Carbonnier, *Les biens* : PUF, coll. Quadrige, 1^{re} éd., 2004, n° 700. - F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens* : PUF, 3^e éd., 2008, n° 296. Selon ces derniers : « un droit réel non autorisé par les textes permet à ceux qui le constituent de déroger dans une mesure non acceptable au régime des biens. »

48 Cass. civ. 3^e, 28 janv. 2015, n° 14-10.013 : JCPN 2015, n° 8-9, 1083, note M. Julienne et J. Dubarry ; JCPG 2015, 250 et 251, rapp. M.-T. Feydeau et avis B. Sturlèse ; JCPG 2015, 252, note T. Revet.

elle avait semblé valider la possibilité de concevoir un DRJS perpétuel. Telle n'est pas notre position. En ayant en 2015 rejeté la thèse de la perpétuité tout en ayant au préalable admis en 2012 la validité d'un droit réel dont la durée était alignée sur celle d'une personne morale, la Cour de cassation n'a fait qu'accréditer l'idée selon laquelle un tel terme répond à l'exigence de stipulation d'une durée⁴⁹. On notera d'ailleurs qu'à la différence de l'affaire *Maison de Poésie* dans laquelle elle avait à juger de la validité d'un droit réel constitué pour une durée (certes incertaine et potentiellement perpétuelle) stipulée à l'acte, la Cour de cassation a, dans l'affaire *ERDF*, eu à se prononcer sur le régime de la durée d'un droit auquel les parties n'avaient assigné aucune durée. Elle ne disposait à la réflexion, dans cette seconde affaire, que d'une alternative compatible avec le principe du rejet de la perpétuité : soit elle faisait de la stipulation d'un terme une condition de validité du DRJS, soit elle lui appliquait les règles de durée fixées par la loi pour l'usufruit et le droit d'usage⁵⁰. En optant pour la seconde solution, la Cour de cassation a rejeté l'idée d'un droit illimité⁵¹ tout en s'épargnant d'avoir à conclure à l'illégalité de ce droit qui ne répondait à aucune classification légale.

Si le DRJS ne peut⁵² être constitué sans limitation de durée, nous verrons plus loin⁵³ que les parties n'en conservent pas moins, sous cette seule limite, toute latitude pour s'écarter du régime très contraignant de l'usufruit.

◆ b) L'OBLIGATION DE CONSERVATION ET DE RESTITUTION

22. À la différence du propriétaire, l'usufruitier doit jouir de la chose en personne raisonnable en conservant la substance⁵⁴

49 En droit allemand, dont le système promeut également la conception unitaire de la propriété à partir d'une stricte séparation du droit des biens et du droit des obligations, l'usufruit consenti à une personne morale s'éteint avec elle (§ 1061 BGB) (V. à ce sujet J. Dubarry, *L'illusion allemande d'un droit des biens autonome*, in *Liberté contractuelle et droits réels* : LGDJ 2015, p. 35, n° 6). L'auteur souligne d'ailleurs que « *Sous cet angle, le désormais célèbre arrêt Maison de poésie de la Cour de cassation s'expose moins au reproche d'avoir décidé que le droit pouvait durer autant que la fondation qui en bénéficiait qu'à celui d'avoir eu recours à une qualification inconnue du Code pour contourner une difficulté qui pouvait être levée avec plus de sobriété, en revenant sur le caractère d'ordre public de l'article 619 du Code civil [...]* ».

50 JCPG 2015, 250, note M.-T. Feydeau.

51 Notons qu'il existe toutefois une hypothèse dans laquelle la Cour de cassation a admis qu'un tel droit puisse revêtir un caractère perpétuel. Ainsi en va-t-il lorsque qu'il est, telle une servitude, conçu comme l'accessoire à un lot dans le contexte très particulier de la copropriété (Cass. civ. 3^e, 7 juin 2018, n° 17-17.240). Il a pu être soutenu à partir de cette décision que la constitution d'un DRJS pouvait, mieux que ne le ferait une servitude dont on sait qu'elle ne peut conférer au propriétaire du fonds dominant un droit de jouissance exclusive, venir au secours d'une situation d'empiètement. La prudence est néanmoins de mise depuis que la Cour de cassation a semblé exclure cette voie (V. en ce sens Cass. civ. 3^e, 6 juin 2019, n° 18-14.547, FS-PBI). Si donc un DRJS peut conférer à son titulaire un droit de jouissance exclusive, cette jouissance ne saurait se concevoir de manière perpétuelle.

52 Sauf dans le cas très particulier visé à la note précédente.

53 V. § 40.

54 Encore que nous verrons plus loin que la notion de conservation de la substance paraît devoir s'interpréter de manière plus souple pour un DRJS. Du moins doit-il en aller ainsi sitôt que l'on s'accorde à estimer que le respect de la substance de la chose par un usufruitier embrasse plus largement le respect de sa destination.

du bien soumis à son droit. Cette obligation vient contrebalancer l'importance des prérogatives détachées à son profit et se conjugue avec le caractère temporaire de l'usufruit et l'obligation de restitution⁵⁵ qui en découle⁵⁶. Il ne pourrait en aller différemment d'un DRJS dont le régime juridique ne saurait emprunter les caractères du droit de propriété sans entamer le pouvoir souverain que l'article 544 du code civil garantit au propriétaire sur sa chose. Sur le terrain de l'usufruit, cette obligation se traduit d'une part par la **possibilité donnée au propriétaire, bénéficiant plus largement d'un droit général de surveillance, d'exiger des garanties**. Ainsi, à défaut d'inventaire des meubles ou d'état des immeubles ou de fourniture d'une caution, le nu-propriétaire peut refuser la délivrance du bien.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Le propriétaire sera bien avisé d'exiger les mêmes garanties du titulaire d'un DRJS, eu égard notamment à la durée potentiellement très longue de ce droit.

23. Cette obligation implique que le propriétaire puisse d'autre part, pendant le cours de l'usufruit, **recourir au juge pour obtenir que l'usufruitier soit sanctionné pour son comportement**, sans préjudice de l'octroi de dommages et intérêts en réparation du préjudice éventuellement subi. Parmi les causes d'extinction de l'usufruit figure ainsi l'hypothèse d'un abus de jouissance⁵⁷ provoqué par des manquements dont la gravité est susceptible de compromettre la conservation du bien.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

On ne peut qu'inviter le rédacteur d'une convention constitutive d'un DRJS, d'une part, à définir précisément les contours de l'obligation de conservation de la substance et, d'autre part, à déterminer les conséquences d'un éventuel abus de jouissance. Il pourra, à notre sens sans risque de requalification du DRJS en usufruit, être à cet égard renvoyé au régime de l'usufruit en identifiant l'abus de jouissance comme une cause d'extinction de ce droit. Ce régime pourra également servir de modèle pour déterminer les modalités de reddition des comptes entre le propriétaire et le titulaire du DRJS⁵⁸.

B. Les éléments de distinction

24. Hautement sensibles à la liberté contractuelle, les DRJS révèlent une nature suffisamment protéiforme pour venir

55 C. civ., art. 578.

56 Exception faite, bien entendu, de l'usufruit de choses consommables (C. civ., art. 587) qui met le propriétaire dans la situation d'un créancier bénéficiant d'une restitution par équivalent.

57 C. civ., art. 618.

58 La convention devra ainsi déterminer le sort des éventuelles améliorations faites par le titulaire du DRJS et admettre ou, au contraire, exclure le principe d'une compensation entre la plus-value apportée par d'éventuelles améliorations, ou entre les sommes dépensées par le titulaire du DRJS en vue de la réalisation de grosses réparations mises conventionnellement à la charge du propriétaire, et l'indemnité éventuellement due à ce dernier à raison de détériorations.

flirter avec le périmètre de chacun des droits réels répertoriés par la loi, ce qui invite à une certaine prudence. La validité d'un DRJS est subordonnée au constat de l'originalité de la jouissance concédée par comparaison avec celle qui caractérise chacun des droits réels nommés par le code civil ou par des lois spéciales (1°). Le respect de cette seule condition permet d'envisager de libérer le régime juridique des DRJS du carcan encadrant en particulier le régime de la durée de l'usufruit (2°).

1° Définir une jouissance spéciale

◆ a) LA QUALIFICATION

25. Rendu sur pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de renvoi, le second arrêt *Maison de poésie*⁵⁹ donna l'occasion à la Cour de cassation de préciser la portée de sa jurisprudence. Elle affirme en effet que le droit réel de jouissance spéciale est un droit réel « *distinct du droit d'usage et d'habitation régi par le code civil [...]* ». En venant ainsi consacrer l'autonomie des DRJS, cette décision a érigé ce nouvel outil en alternative incontournable aux démembrements nommés par le code civil. Mais encore faut-il que la convention fasse ressortir les éléments permettant de distinguer les premiers des seconds.

◇ Du point de vue juridique

26. La définition du caractère spécial de la jouissance est tout à fait fondamentale car c'est de la spécialité de la jouissance que procède la possibilité d'envisager la spécialité du régime du droit constitué. Autrement dit, **pour qu'un droit réel soit spécial par son régime, encore faut-il qu'il le soit par la définition des utilités qu'il permet de retirer de la chose**. Toutes les combinaisons sont possibles. Ainsi les parties peuvent-elles imaginer des modes particuliers de jouissance, telle qu'une jouissance affectée, diminuée, augmentée, partagée, évolutive, etc. Il reste que la volonté de s'extraire du carcan des droits réels nommés par la loi est à elle seule insuffisante - et pourrait même s'apparenter à une démarche visant à frauder à la loi - si elle ne s'accompagne pas, en amont, d'un travail de qualification⁶⁰. N'entrerait ainsi pas à l'évidence dans la catégorie des droits réels innommés un droit offrant des prérogatives en tous points analogues à celles dont jouit un usufruitier au seul prétexte que, concédé à une personne morale, les parties l'auraient assorti d'une durée supérieure

à trente ans en contravention avec les dispositions d'ordre public de l'article 619 du code civil⁶¹.

27. Pour que la jouissance soit qualifiée de spéciale, il y a lieu de s'assurer, d'une part, qu'elle ne puisse en aucun cas être rattachée à celle offerte par un droit réel déjà existant dont elle caractériserait tous les éléments de qualification et, d'autre part, de l'impossibilité d'aménager conventionnellement l'un des droits réels nommés par la loi⁶². Cette démarche suppose que le rédacteur de la convention possède une connaissance aussi fine que possible des droits nommés par le code civil ou par des lois spéciales et que celui-ci prenne soin de distinguer, pour chacun de ces droits, ce qui relève de leur définition de ce qui relève de leur régime. C'est à ce prix qu'il évitera la requalification du droit constitué par le juge à qui il revient, en vertu de l'article 12 du nouveau code de procédure civile, la mission de restituer aux actes leur exacte qualification⁶³.

On précisera encore qu'à notre sens c'est la nature de la jouissance qui doit être spéciale et non la chose qui en constitue l'objet. Ne pourrait donc être qualifiée de spéciale une jouissance à caractère général au motif que les parties en limiteraient l'étendue à une partie d'un immeuble.

28. Pour illustrer la **distinction qu'il est possible de faire entre un DRJS et un usufruit**, nous isolerons à ce stade, à titre d'exemples, deux éléments inhérents à la définition de l'usufruit qu'une convention constitutive d'un DRJS pourrait modeler : le premier élément est relatif à la prérogative accordée à l'usufruitier de céder librement son droit ; le second élément a trait à l'obligation imposée à celui-ci de respecter la destination donnée par le propriétaire à la chose. Nous examinerons ensuite la possibilité de moduler les prérogatives du titulaire de ce droit à la baisse, par comparaison avec celles accordées à un usufruitier.

> **Le propriétaire peut légitimement vouloir interdire à l'usufruitier de disposer de son droit**. À première vue, une telle restriction heurte de plein fouet le principe selon lequel l'usufruitier est propriétaire de son droit, qu'il peut vendre ou céder à titre gratuit⁶⁴. S'il souhaite donc obtenir un tel résultat sans dénaturer l'usufruit, le propriétaire n'aura d'autre alternative, dont il dispose également lorsque la cession est réalisée à titre onéreux⁶⁵, que d'opter pour la stipulation d'une clause d'inaliénabilité. Cette inaliénabilité obéit toutefois à des règles contraignantes : outre qu'elle demeure subordonnée

59 Cass. civ. 3^e, 8 sept. 2016 : D. 2016, 2237, chron. A.-L. Méano ; RDI 2016, 598, obs. J.-L. Bergel ; RTD civ. 2016, 894, obs. W. Dross ; JCP 2016, act. 978, S. Milleville ; JCPN 2016, 1294, J. Dubarry et V. Streiff ; JCP 2016, 1172, J. Laurent ; JCP 2016, 1191 et Defrénois 2016, n° 21, p. 9, H. Périnet-Marquet ; Droit et patrimoine nov. 2016, p. 93, J.-B. Seube ; Constr.-Urb. 2016, n° 134, C. Sizaire ; Gaz. Pal. 13 déc. 2016, n° 282, p. 73, A. Gailliard.

60 Ainsi selon François Terré « *lorsque leur stipulation correspondent effectivement au contenu qu'implique le contrat nommé, c'est le régime juridique correspondant à celui-ci qui est applicable ; en revanche, si le contenu de l'acte passé constitue un donné nettement distinct, la théorie de l'innommé permettra d'échapper à des règles impératives, sans qu'il y ait de ce fait la moindre fraude, mais simplement un résultat de l'habileté* » (F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* : LGDJ 1957, rééd. LGDJ, coll. *Anthologie du droit*, 2014, n° 563).

61 Sur le caractère impératif de la durée de 30 ans de l'usufruit accordé à une personne morale, v. Cass. civ. 3^e, 7 mars 2007, n° 06-12.568 : Bull. civ., III, n° 36 ; JCPN 2007, n° 29, 1219, note H. Hovasse.

62 A. Tadros, *La liberté d'aménager les droits réels principaux*, in *Liberté contractuelle et droits réels* : LGDJ 2015, p. 88, n° 3.

63 Rappelons que la jurisprudence a ainsi conclu à l'incompatibilité d'un droit d'usage et d'habitation avec la possibilité de céder ce droit (Cass. civ. 1^{re}, 11 juin 1962 : Bull. civ. 1962, I, n° 362), ou encore à la requalification en bail emphytéotique de l'acte, qualifié de bail à construction, n'imposant nullement au preneur l'obligation de construire (Cass. civ. 3^e, 11 juin 1986 : Bull. civ. n° 93).

64 C. civ., art. 595.

65 Cass. civ. 1^{re}, 31 oct. 2007 : Bull. civ. I, n° 337.

à sa limitation dans le temps, elle doit être justifiée par un intérêt légitime et sérieux⁶⁶. Il ne pourrait en aucun cas être conçu d'aménager l'usufruit en l'assortissant d'une inaliénabilité définitive. **Une autre voie s'ouvre désormais au propriétaire. Il lui suffira de constituer un DRJS stipulé incessible, ou partiellement incessible.** Nous rappellerons à cet égard qu'il serait inexact d'appréhender la libre cessibilité comme une prérogative participant de la définition des droits réels en général et des DRJS en particulier. La jouissance concédée peut consister dans le démembrement de plusieurs utilités ou d'une seule d'entre elles sans que, si réduite soit-elle, celle-ci ne soit susceptible de faire perdre au droit constitué la nature d'un droit réel. On en voudra pour preuve que les affaires *Maison de poésie* et *ERDF* concernaient précisément des droits qui avaient en commun d'être personnels et incessibles. Ceci n'avait d'ailleurs pas manqué de susciter de légitimes interrogations quant à la difficulté de distinguer la jouissance qui dérive de ces conventions de celle qui caractérise le droit d'usage réglementé par le code civil, dont on rappellera qu'il se distingue de l'usufruit notamment à raison de son incessibilité. Il reste que si la libre cessibilité de l'usufruit est un élément de qualification de ce droit, elle n'en demeure pas moins également un élément de son régime. Aussi, soucieux de ne pas risquer une requalification de ce droit en usufruit, **le rédacteur justifiera le recours à un DRJS incessible par d'autres éléments plaidant en faveur de la spécialité de la jouissance.** Il pourra ainsi être prévu que celle-ci évoluera au fil du temps, ou encore qu'elle aura un caractère alternatif.

> Les parties pourraient également actionner la notion de destination de la chose. Il est en effet de principe que l'usufruitier doit calquer sa jouissance sur les habitudes du propriétaire dont on sait qu'elles sont verrouillées et pérennisées en amont de la convention constitutive de l'usufruit. On achèvera de s'en convaincre par une lecture attentive des termes de l'article 578 du code civil, selon lesquels l'usufruitier doit jouir « *comme le propriétaire lui-même* ». Le choix des mots est ici déterminant : l'usufruitier ne dispose pas du droit de jouir comme un propriétaire mais de celui de jouir comme le propriétaire⁶⁷. Cette obligation implique que l'usufruitier ne puisse parfois exercer son droit sans l'accord du nu-propriétaire⁶⁸. Ainsi est-il imposé à l'usufruitier d'un portefeuille-titres de tenir le nu-propriétaire informé de la consistance et de la valeur du portefeuille afin qu'il puisse, le cas échéant, protéger ses droits⁶⁹.

Comment appréhender la notion de substance, et en conséquence la portée de l'obligation de conservation dont le non-respect constitue un abus de jouissance susceptible de mettre fin à

l'usufruit⁷⁰? Doit-on se positionner eu égard de la matière de la chose ou plutôt en considérant sa fonction⁷¹? Une partie de la doctrine considère que la substance dont l'usufruitier est responsable est intimement liée à la destination du bien, à son affectation⁷². Ainsi, l'usufruitier doit respecter la destination des biens c'est-à-dire en jouir conformément non seulement à leur utilité objective mais également à la finalité qui leur avait été assignée par leur propriétaire⁷³. En d'autres termes, il est tenu par l'utilisation qu'en faisait le propriétaire préalablement au démembrement de propriété. À titre d'exemple, il a été jugé que la transformation de locaux d'habitation en locaux commerciaux constituait, en elle-même, une altération de la substance de la chose soumise à usufruit susceptible de caractériser un abus de jouissance⁷⁴. Ceci étant, on ne pourra pas reprocher à un usufruitier d'avoir procédé à un changement de destination des biens à la suite d'un changement de circonstances économiques, techniques ou sociales⁷⁵. Ce qui est certain, c'est que l'obligation première de l'usufruitier est de conserver le bien lui-même. Il existe néanmoins des aménagements à ce principe nécessités par la nature du bien soumis à usufruit⁷⁶.

La constitution d'un DRJS pourrait consister à donner une autonomie totale au titulaire de ce droit à qui il serait permis, contrairement à un usufruitier dont les prérogatives sont gravées dans le marbre, de modifier comme il l'entend la destination donnée par le propriétaire à son bien au cours de la période pendant laquelle ce dernier en a eu la jouissance. La substance, que le titulaire de ce droit devrait conserver, serait ici entendue dans un sens plus matériel que juridique et irait bien au-delà de la possibilité reconnue par la jurisprudence à l'usufruitier d'adapter la destination du bien soumis à son droit eu égard à l'évolution des contraintes économiques. Mais à l'inverse, la jouissance pourrait avoir ceci de spécial qu'elle serait conçue à l'aune d'une destination très spécifique dont nous donnerons un exemple plus loin⁷⁷.

> Il pourrait enfin naturellement être conçu de **moduler les prérogatives du titulaire de ce droit à la baisse par comparaison avec celles qui sont légalement dévolues à un usufruitier.** Mais cela suppose d'admettre au préalable que cette possibilité soit exclue pour un usufruitier. Telle est nous semble-t-il l'approche prudente qu'il faille adopter et ce, pour au moins deux raisons. En premier lieu, en décrivant l'usufruit comme « *le droit de jouir [...] comme le propriétaire lui-même* », la lettre même de l'article 578 du code civil paraît l'exclure. Si les mots ont un sens, on ne voit pas comment un propriétaire pourrait d'emblée limiter la vocation de l'usufruitier à percevoir les fruits générés par un bien dont il a lui-même joui avant de démembrement son droit. Il convient en second lieu à

66 C. civ., art. 900-1.

67 On retrouve également la référence aux usages des propriétaires notamment aux articles 590, 591 et 598 du code civil.

68 On citera, à titre d'exemple, la conclusion ou le renouvellement d'un bail commercial dont les prérogatives conférées au preneur sont exorbitantes du droit commun (C. civ., art. 595, al. 4).

69 Cass. civ. 1^{re}, 12 nov. 1998 : D. 1999, 167, note L. Aynès ; D. 1999, n° 40, p. 633, note D. Fiorina ; JCP 1999, II, 10027, note S. Piédelièvre ; JCPN 1999, 351, note H. Hovasse ; RTD civ. 1999, 422 à 433, obs. F. Zenati.

70 C. civ., art. 618.

71 Pour un exposé des différentes conceptions, v. C. Atias, *Droit civil. Les biens*, préc., n° 147-a, p. 174.

72 E. Dockès, *Essai sur la notion d'usufruit* : RTD civ. 1995, p. 479, spéc. p. 486-493.

73 *Ibidem*, n° 19 et s. - C. Larroumet, *Droit civil*, t. 2, *Les biens. Droit réels principaux* : Economica, 3^e éd., n° 530, p. 290. - J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Traité de droit civil, Les biens* : LGDJ, n° 262, p. 271.

74 Cass. civ. 3^e, 4 juin 1975 : Bull. civ. III, n° 194 ; JCP 1975, IV, 242.

75 Cass. com., 28 janv. 1980, n° 78-13.439 : Bull. civ. 1980, IV, n° 41 ; JCPG 1980, II, 19416, C. Atias ; RD imm. 1980, p. 144, note J.-L. Bergel.

76 V. § 49.

77 V. § 36.

tout le moins d'admettre que cette prétendue faculté ne s'appuie sur aucune jurisprudence venue la consacrer. Il s'avère bien au contraire que l'analyse de la seule décision rendue dans l'hypothèse d'une modulation à la baisse des prérogatives de l'usufruitier paraît accréditer la théorie inverse. C'est ainsi que la Cour de cassation a, dans l'arrêt *Hénaux* rendu le 31 mars 2004⁷⁸, annulé une clause statutaire réservant au nu-proprétaire le droit de vote aux assemblées tant ordinaires qu'extraordinaires, au motif qu'une telle extension de prérogatives accordées au nu-proprétaire ne permettait pas à l'usufruitier de voter les décisions concernant les bénéficiaires. Or le droit d'user de la chose et d'en percevoir les fruits est garanti à ce dernier par l'article 578 du code civil. Il est à cet égard intéressant de noter que c'est au visa du texte définissant l'usufruit que la Cour de cassation justifie le caractère intangible du principe selon lequel l'usufruitier ne peut être privé du droit de voter l'affectation du résultat. Le fait de priver l'usufruitier de son droit de vote aurait au vrai corrélativement pour effet de le priver de son droit aux bénéficiaires, donc de son droit à la perception des fruits, que le nu-proprétaire pourrait moduler à sa guise. La possibilité de réduire les prérogatives de l'usufruitier étant sujette à caution, on pourrait tout à fait recourir au DRJS pour concevoir un droit limité à certains fruits ou un droit aux fruits partagé entre le propriétaire et le titulaire d'un DRJS, voire entre plusieurs titulaires de DRJS sur un même bien.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Le risque de requalification ne doit pas tétaniser le rédacteur de la convention. Toute médaille a son revers, et la liberté contractuelle permise par le DRJS n'y fait pas exception. Le rédacteur ne peut en cette matière pas compter sur un régime légal de base de nature à combler les vides d'une convention incomplète ou les lacunes de clauses imprécises. S'il est obscur, le titre sera soumis aux aléas de l'interprétation souveraine des juges du fond, à qui il incombera de rechercher quelle a été la commune intention des parties. La convention ne pourra donc faire l'impasse sur la nécessité de concevoir de manière exhaustive l'ensemble des règles applicables au droit réel tant au stade de sa constitution et de son fonctionnement, qu'à celui de son extinction. Les démembrements en jouissance répertoriés par le code civil peuvent constituer de précieuses sources d'inspiration. Cet emprunt de régime juridique ne doit pas lui faire craindre un risque de requalification, pour autant qu'il saura, dans l'organisation du partage des prérogatives entre les intéressés (propriétaire et titulaire du droit réel), préserver la singularité de la jouissance concédée⁷⁹. Le droit positif en fournit d'ailleurs l'exemple à l'article 625 du code civil en alignant certains traits de régime des droits d'usage et d'habitation

78 Cass. com., 31 mars 2004, n° 03-16.694, Hénaux c/ Filliette : Bull. civ. 2004, IV, n° 70 ; Dr. sociétés 2004, comm. 107, note H. Hovasse ; D. 2004, p. 1167, obs. A. Lienhard ; JCPÉ 2004, I, 929, note A. Rabreau ; BJS 2004, p. 836, avis M.-A. Lafortune, note J. Madon et T. Jacomet.

79 On conseillera aux parties de motiver le recours à un DRJS au sein d'un exposé préalable dans lequel celles-ci indiqueront qu'elles entendent user de leur liberté de créer *ex nihilo* un droit réel faute de pouvoir le rattacher à l'une des figures nommées par la loi.

sur celui de l'usufruit⁸⁰ sans que cela ne remette en cause l'altérité des premiers à l'égard du second. C'est la solution que la Cour de cassation a d'ailleurs privilégiée à propos du DRJS en lui appliquant les articles 619 et 625 du code civil faute pour les parties d'avoir fixé une durée⁸¹.

♦ Du point de vue fiscal

29. La qualification juridique revêt également une grande importance puisqu'elle va déterminer la fiscalité applicable tant au détenteur du droit de jouissance qu'au propriétaire, que ce soit en matière d'impôts directs, de droits d'enregistrement, d'IFI ou encore de TVA⁸². L'administration fiscale pourrait être tentée d'écarter la qualification de DRJS pour lequel il n'existe aucun régime fiscal spécifique pour retenir celle d'un droit d'usufruit, beaucoup plus balisée. Cette tentation sera d'autant plus grande que le DRJS ne rentre pas dans les dispositifs anti-abus propres à l'usufruit que sont d'une part, la présomption de propriété de l'usufruitier en matière successorale édictée par l'article 751 du CGI et d'autre part, l'article 13, 5 du CGI relatif aux cessions d'usufruit temporaire. Mais d'autres sujets pourraient amener l'administration à tenter de requalifier le DRJS en usufruit. On songe à la problématique de l'évaluation du DRJS qui n'entre pas dans le champ de l'article 669 du CGI ou encore à l'IFI.

30. Toutefois, ainsi qu'a pu le rappeler le Conseil d'État, « *un acte de droit privé opposable aux tiers est en principe opposable dans les mêmes conditions à l'administration fiscale tant qu'il n'a pas été déclaré nul par le juge judiciaire* »⁸³. Comme le précise le professeur Deboissy, ce principe repose sur une **présomption de sincérité et d'exactitude des actes juridiques passés par les contribuables**, qu'il s'agisse de leur existence, de leur contenu ou de leur qualification⁸⁴. L'administration, ce qu'elle reconnaît expressément⁸⁵, n'a donc pas à s'immiscer dans les choix de gestion du contribuable et, lorsque deux voies juridiques sont envisageables pour parvenir au résultat escompté, celui-ci est libre de privilégier la moins onéreuse sur le plan fiscal. Néanmoins, **en présence d'un comportement abusif, l'administration a toujours la possibilité de déqualifier et requalifier les actes pris par le contribuable pour leur**

80 C. civ., art. 625 : « Les droits d'usage et d'habitation s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit ».

81 Cass. civ. 3^e, 28 janv. 2015, n° 14-10.013, préc.

82 J.-J. Lubin, Quelle fiscalité pour les droits réels de jouissance spéciale ? : IP 1-2021, n° 024. - J.-J. Lubin et F. Collard, La fiscalité du droit de réel de jouissance spéciale. Florilège : APIS 2019, n° 165, dossier 11, p. 10. - S. Le Normand-Caillère, La fiscalité du droit réel de jouissance spéciale d'un bien immobilier : APII 2018, n° 3, dossier 25, p. 44. - F. Douet, Les aspects fiscaux du droit réel de jouissance spéciale : APII 2020, n° 1, dossier 8, p. 26. - F. Douet, Aspects fiscaux du droit réel de jouissance spéciale : JCPN 2019, n° 1296.

83 CE, sect., 27 sept. 2006, n° 260050 : Dr. fisc. 2006, n° 47, comm. 744, concl. L. Olléon et étude 65, O. Fouquet, Fraude à la loi et abus de droit ; RJF 12/2006, n° 1583. - V. égal. F. Deboissy, L'opposabilité à l'administration fiscale des montages contractuels : RDC 2007, p. 1006.

84 F. Deboissy, Abus de droit ou pouvoir général de requalification d'un contrat : le choix des armes : Dr. fisc. 2011, comm. 249.

85 BOI-CF-IOR-30-20, 30 janv. 2020, § 1.

restituer leur véritable nature afin d'en tirer les conséquences fiscales. Pour ce faire, l'administration dispose de deux armes : son pouvoir général de requalification et l'abus de droit.

31. Lorsque la mauvaise qualification repose sur une **erreur involontaire du contribuable**, l'administration peut restituer à l'acte son exacte portée juridique. Est visée l'hypothèse dans laquelle les parties se méprennent sur la qualification du contrat, sans intention frauduleuse. L'administration doit alors fonder son redressement sur son pouvoir général de requalification sans avoir à mettre en œuvre la procédure de répression des abus de droit. C'est dans un tel cadre par exemple qu'elle a pu requalifier un contrat d'assurance vie en donation indirecte⁸⁶.

32. En revanche, si **le contribuable a cherché sciemment à créer un artifice juridique**, l'administration fiscale a le choix. Soit la requalification implique de mettre en évidence l'intention de déguisement du contribuable et dans ce cas, sous peine de nullité de la rectification, elle ne peut fonder son action que sur l'abus de droit. Soit, elle est en mesure de dégager l'intention des parties à partir d'éléments objectifs sans avoir à sonder l'intention du contribuable et dans ce cas, sous réserve de n'infliger aucune sanction, elle n'est pas tenue de mettre en œuvre l'abus de droit⁸⁷.

C'est ainsi que la présomption de fictivité du démembrement de propriété de l'article 751 du CGI a été retenue pour un bien qui avait été cédé par le défunt à ses légataires universels sous la réserve, à son profit, du droit d'usage et d'habitation. Or, l'article 751 du CGI ne s'applique pas lorsque le défunt était titulaire d'un simple droit d'usage ou d'habitation. Toutefois, relevant que le défunt louait une partie de l'immeuble vendu et que, postérieurement à la vente, des reçus de loyers avaient été délivrés au locataire, l'administration, suivie en tout point par les juges, a considéré que le défunt disposait en réalité d'un usufruit sur le bien⁸⁸. En effet, contrairement à l'usufruitier, le titulaire d'un droit d'usage et d'habitation ne peut louer l'immeuble⁸⁹. En conséquence, l'application de l'article 751 du CGI était justifiée. Il est intéressant de noter que la position de la Cour de cassation n'aurait pas été la même si les légataires universels avaient pu démontrer que la perception de loyers par leur cédant postérieurement à la vente de l'immeuble avait été faite en fraude de leurs droits de propriétaires. En effet, dans une telle situation, la réalité du droit consenti au défunt ne peut être remise en cause. Dès lors, la seule sanction encourue ne peut être que la déchéance du droit d'usage et d'habitation et en aucun cas sa transformation en un droit d'usufruit⁹⁰.

86 Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007, n° 06-12.769 : Dr. fisc. 2008, comm. 217, note F. Deboissy.

87 M. Cozian, F. Deboissy et M. Chadeaux, Précis de fiscalité des entreprises : LexisNexis, 44^e éd., 2020-2021, n° 2630.

88 Cass. com., 17 mai 1988, n° 86-18.332 : Dr. fisc. 1988, n° 50, comm. 2287. Dans le même sens, v. Cass. com., 1^{er} oct. 1996, n° 94-15-134 : RJF 2/97, n° 181.

89 C. civ., art. 631 et 634.

90 Cass. com., 4 juin 2002, n° 99-10.331 : Dr. fisc. 2002, n° 38, comm. 708.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Le risque d'une requalification du DRJS en usufruit sera évité sans peine dès lors que la convention fait clairement ressortir la singularité de la répartition des utilités du bien entre le propriétaire et le titulaire du DRJS en comparaison de ce que permettraient les règles régissant l'usufruit (exemple : incessibilité du DRJS, possibilité pour le propriétaire de céder le bien, utilisation du bien pendant une durée excédant 30 ans lorsqu'il est conféré à une personne morale, partage des revenus ou droit à un dividende partagé avec le propriétaire des titres quelle que puisse être l'origine des revenus ou bénéfices⁹¹, etc.). En d'autres termes, dès lors que la qualification de DRJS est inattaquable d'un point de vue juridique, elle s'imposera à l'administration fiscale.

33. Si la requalification n'est pas possible (i.e. le DRJS est bien un DRJS d'un point de vue juridique), l'administration fiscale pourra alors tenter de se placer sur le terrain de l'abus de droit sachant que dans ce cadre, le contribuable encourt une pénalité dont le taux de droit commun est fixé à 80 % du montant des droits éludés⁹². Aux termes de l'article L. 64 du LPF, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit :

- soit que ces actes ont un caractère fictif (abus de droit par simulation) ;

- soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles (abus de droit par fraude à la loi).

> **L'abus de droit par simulation** implique que le contribuable passe un acte qui ne correspond à aucune réalité (acte fictif tels qu'un bail fictif ou une société fictive) ou encore exprime une situation différente de ce qui a été réellement convenu (acte déguisé telle qu'une vente déguisant en réalité une donation).

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Le risque que l'on pourrait identifier serait que l'administration fiscale considère que l'acte constitutif du DRJS déguise en réalité un usufruit. Ce risque sera écarté dans la mesure où, d'une part, comme exposé ci-dessus au titre du pouvoir de requalification, le rédacteur de l'acte aura respecté tous les éléments de qualification et de régime du DRJS, et d'autre part, les parties prendront soin d'exécuter la convention conformément à ses stipulations.

> **L'abus de droit par fraude à la loi** implique, dans un premier temps, de s'assurer que l'acte litigieux a permis la

91 V. § 67.

92 CGI, art. 1729, b. Ce taux est ramené à 40 % lorsqu'il n'est pas établi que le contribuable ait eu l'initiative principale du ou des actes constitutifs de l'abus de droit ou en ait été le principal bénéficiaire.

réalisation d'une économie fiscale⁹³. Une fois ce point établi, cette typologie d'abus de droit est caractérisée lorsque les deux critères que sont la poursuite d'un **but exclusivement fiscal** (critère subjectif) et le détournement de l'intention des auteurs du texte (critère objectif) sont réunis. Il est à noter que s'agissant du critère objectif, le Conseil d'État considère que les situations procédant de montages artificiels dépourvus de toute substance économique sont nécessairement contraires aux intentions des auteurs du texte⁹⁴.

Pour les rectifications notifiées à compter du 1^{er} janvier 2021, s'agissant exclusivement de l'abus de droit par fraude à la loi, sont également visés les actes passés ou réalisés à compter du 1^{er} janvier 2020 au motif de leur **but principalement fiscal**⁹⁵. Si la notion de « but principalement fiscal » a été une source d'inquiétude dans un premier temps, l'administration est venue rassurer en précisant qu'il devait s'entendre du « but essentiel »⁹⁶. Même si selon l'administration, la notion de motif principal est, en tant que telle, plus large que la notion de but exclusivement fiscal au sens de l'article L. 64 du LPF⁹⁷, certains auteurs, forts de la jurisprudence du Conseil d'État⁹⁸ et de la Cour de justice de l'Union européenne⁹⁹, considèrent qu'il ne devrait pas y avoir tant de différence d'interprétation que cela entre le but exclusif et le but principal¹⁰⁰.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Une fois encore, dans la mesure où le DRJS constitué met en place un régime juridique dont les spécificités s'affranchissent des règles de l'usufruit, principalement au niveau de la distribution des prérogatives entre le titulaire du droit et le propriétaire, l'abus de droit pour fraude à la loi ne pourra pas être retenu.

Ainsi, à une époque où du fait de l'allongement de la durée de vie, le nu-propriétaire, dont les droits sont limités, accède à toutes les utilités de la chose à un moment où il n'en a plus

93 M. Cozian, F. Deboissy, M. Chadeaux, Précis de fiscalité des entreprises, préc., n° 2609 et 2619.

94 CE, 12 févr. 2020, n° 421444, Gautier, concl. A. Iljic : IP 2-2020, n° 2, § 1, note R. Vabres. - CE, plén. fisc., 25 oct. 2017, n° 396954, Verdannet : Dr. fisc. 2018, n° 2, comm. 64, concl. E. Crépey, note F. Deboissy ; RJF 1/2018, n° 70, chron. A. Iljic, p. 1553.

95 LPF, art L. 64 A. On retrouve les mêmes garanties procédurales que celles existant pour l'abus de droit visé à l'article L. 64 du LPF (possibilité de solliciter un rescrit auprès de l'administration et de saisir le Comité de l'abus de droit fiscal). En revanche, l'article L. 64 A du LPF n'entraîne pas l'application automatique des majorations prévues en matière d'abus de droit classique (V. § 33). Seules les majorations de droit commun sont applicables. Toutefois, l'administration pourra, à condition de les justifier au regard des circonstances de fait et de droit propres à l'affaire considérée, appliquer les pénalités pour insuffisances, omissions ou inexactitudes aux taux respectifs de 40 % pour manquements délibérés et 80 % pour manœuvres frauduleuses.

96 BOI-CF-IOR-30-20, 30 janv. 2020, § 120.

97 BOI-CF-IOR-30-20, 31 janv. 2020, § 110.

98 CE, 17 juill. 2013, n° 352989 : Dr. fisc. 2013, n° 41, comm. 477, concl. F. Aladjdi, note F. Deboissy et G. Wicker ; RJF 2013, n° 1064, chron. E. Bokdam-Tognetti, p. 883 ; Dr. sociétés 2013, comm. 194, note J.-L. Pierre.

99 CJUE, 21 févr. 2006, C-255/02 : RJF 2006, n° 648, ét. O. Fouquet, p. 383 ; BDCF 5/06, n° 68, concl. P. Poires Maduro. - V. égal. Y. Sérandour, L'abus de droit selon la CJCE : Dr. fisc. 2006, ét. 16.

100 M. Cozian, F. Deboissy et M. Chadeaux, Précis de fiscalité des entreprises, préc., n° 2649. - F. Deboissy et S. Quilici, La sécurisation du traitement fiscal du quasi-usufruit : IP 3-2019, n° 02.4, § 45.

vraiment besoin, **il sera facile de justifier la mise en place d'un DRJS conférant au propriétaire des droits allant bien au-delà de ce que permettrait un usufruit**, par exemple en limitant la perception de fruits par le titulaire du DRJS à certains d'entre eux ou encore en prévoyant un droit de jouissance évolutif qui d'un pouvoir général de gestion et de perception des revenus se limitera au terme d'un certain délai à un simple droit à percevoir les fruits.

Une telle augmentation des droits du propriétaire devrait rassurer l'administration fiscale, qui voit souvent dans la transmission entre vifs avec réserve d'usufruit une source d'optimisation fiscale en ce qu'elle permettrait de transmettre... sans véritablement transmettre et ce, à moindre coût¹⁰¹. En renforçant les droits du propriétaire, on consolide la transmission. Mais également, la mise en place d'un DRJS trouvera une justification évidente lorsqu'il s'agit d'organiser sa transmission au sein d'une famille recomposée. En effet, en s'émancipant des règles de l'usufruit et de celles du droit d'usage et d'habitation, il permet de créer un régime sur mesure en conférant des droits au nouveau conjoint et protégeant les enfants d'un premier lit, tout en prévenant les risques de conflit que ne pourrait éviter un usufruit¹⁰².

Comme l'illustrent les différents exemples exposés ci-après, il ne peut y avoir de fondement à l'abus de droit si le recours au DRJS trouve sa justification dans une meilleure organisation des relations économiques et sociales au sein de la famille que celle que permettrait l'usufruit ou le droit d'usage.

◆ b) EXEMPLES DE DRJS

34. Nous ne donnerons ici que quelques exemples illustrant la richesse des possibilités offertes par ce nouvel outil à la disposition des professionnels de l'ingénierie patrimoniale.

◆ Droit fixe dans sa durée mais affecté d'un élément de précarité sur son objet

35. Nous pourrions imaginer d'affecter la jouissance d'un facteur de précarité en ménageant au propriétaire le droit de recouvrer l'ensemble des utilités de son bien moyennant l'obligation pour celui-ci de **reporter le droit réel concédé sur un autre bien de consistance semblable**. C'est très exactement

101 Il suffit pour s'en convaincre de se reporter au régime Dutreil dans le cadre duquel l'exonération partielle s'applique aux donations avec réserve d'usufruit mais à condition que les droits de l'usufruitier soient limités dans les statuts aux seules décisions concernant l'affectation des bénéficiaires (CGI, art. 787 B, avant-dernier al.). On retrouve la même méfiance au travers de tout le contentieux lié aux donations démembrées avant cession où l'administration cherche à remettre en cause la réalité de l'intention libérale (CE, 30 déc. 2011, n° 330940 : Dr. fisc. 2012, n° 11, comm. 193, concl. N. Escaut, note R. Mortier ; RJF 3/2012, n° 278 ; BGFE 2012, n° 2, obs. N. Chahid-Nourai, p. 7. - CE, 9 avr. 2014, n° 353822 : Dr. fisc. 2014, n° 27, comm. 421, concl. C. Legras, note R. Vabres ; RJF 7/2014, n° 708. - CE, 10 févr. 2017, n° 387960 : Dr. fisc. 2017, n° 14, comm. 239, concl. M.-A. Nicolazo, note R. Mortier ; RJF 2017, n° 468. - *Addé S. Quilici*, Donation avant cession : la stipulation d'un quasi-usufruit sur le prix de cession n'emporte pas fictivité de la donation : Dr. fisc. 2017, n° 12, act. 178).

102 V. § 84.

ce qui avait été imaginé par les parties à l'acte dans l'affaire *Maison de poésie*. L'octroi au propriétaire de cette prérogative avait été conçu comme une contrepartie à la durée potentiellement très longue du droit qui avait été concédé à la fondation Maison de poésie. Elle visait à garantir le propriétaire qu'il serait en mesure de recouvrer la jouissance de son bien sans avoir à démontrer, comme il aurait eu à le faire dans le cadre d'un démembrement en usufruit, que le titulaire du DRJS aurait abusé de son droit. Les deux parties à l'acte avaient, par le biais de la conception d'un droit réel stable dans sa durée mais affecté d'un élément de précarité sur son objet, manifestement trouvé un avantage à sortir la convention du carcan des droits réels nommés par la loi.

◆ Droit autorisant une destination autre que celle donnée par le propriétaire

36. On pourrait également imaginer la constitution d'un DRJS dont l'exercice ne se bornerait pas à la destination donnée par le propriétaire à son immeuble. Ainsi pourrait-on concevoir de conférer un DRJS spécifiquement dédié à l'exercice d'une **activité soumise à autorisation, à agrément, ou dépendante d'un marché** et de corréliser l'extinction de ce droit à la cessation de l'activité qui en constituerait le support. Ce mode de jouissance a trouvé un écho en jurisprudence. Par convention sous seing privé conclue en 1967, le propriétaire d'une parcelle de terre avait ainsi consenti à EDF, à titre de « servitude réelle », des droits permettant à l'établissement public d'y installer et d'y exploiter un poste de transformation électrique et ses installations accessoires pour une durée alignée sur celle de la convention de concession conclue avec la commune. À l'analyse de cette convention qui subordonnait l'existence du droit réel constitué à l'exploitation effective, personnelle, et exclusive de l'activité de distribution d'électricité par EDF, la Cour d'appel de Paris¹⁰³ a exclu tant la qualification de servitude que d'usufruit et même de droit d'usage.

La démarche suivie par la cour d'appel dans cette affaire est riche d'enseignements pour le praticien qui souhaiterait s'engager dans cette voie. C'est en effet après avoir pris soin d'écarter un à un les droits réels nommés par le code civil qu'elle a conclu que ce droit devait recevoir la qualification de DRJS.

◆ Droit d'usage cessible

37. Selon l'article 628 du code civil, les droits d'usage « se règlent par le titre qui les a établis ». Ce texte incite à penser que les dispositions du code qui suivent n'ont qu'un caractère supplétif, les parties étant libres d'étendre ou de restreindre l'étendue des prérogatives concédées. Il est cependant admis en doctrine et en jurisprudence que le fort *intuitu personae* qui est caractéristique des droits d'usage ne permet pas de concevoir un droit d'usage dont l'étendue serait modifiée au point de le stipuler cessible ou de permettre à son titulaire de louer le bien qui en constitue l'objet. Une cour d'appel a par exemple retenu la qualification d'usufruit à propos d'un droit d'usage dont le

périmètre n'était pas conventionnellement circonscrit aux besoins strictement familiaux¹⁰⁴. La convention ne contenait en effet aucune interdiction de céder ou louer. Un tel droit pourrait dorénavant être placé sous la bannière du DRJS.

◆ Droit évolutif au fil du temps

38. On pourrait encore concevoir un droit qui aurait pour caractéristique d'évoluer au fil du temps. Dans un premier temps calqué sur un usufruit, ce droit sera conçu pour évoluer à l'arrivée d'un terme conventionnellement fixé vers un simple droit d'usage ou un droit limité aux seuls fruits.

◆ Droit organisant une jouissance alternative

39. On pourrait enfin organiser une jouissance alternative. Imaginons ainsi le cas d'une **maison familiale** dont l'entretien paraît trop onéreux à certains membres de la famille. Il peut être conseillé de la céder à ceux qui disposent des moyens pour l'acquérir, à charge pour eux d'en laisser la jouissance aux autres membres de la famille ainsi qu'aux générations futures, mais uniquement à certaines périodes de l'année pour tenir compte des usages en vigueur depuis de longues années. L'apport préalable de l'immeuble à une SCI constituée pour l'occasion puis la vente de l'immeuble par cette SCI moyennant la rétention d'un DRJS pour une durée alignée sur celle de la SCI pourrait être très opportunément envisagé. Il ne restera alors qu'à organiser la transmission des parts au niveau de chacun des associés aux générations futures.

2° Le régime de la durée

◆ a) JUSTIFICATIONS DE L'ÉVICTION DU RÉGIME DE LA DURÉE DE L'USUFRUIT

40. Si, en consacrant le DRJS, la Cour de cassation se rallie à la proposition formulée par l'avant-projet de réforme du droit des biens, elle ne va cependant pas jusqu'à aligner le régime juridique de ce droit sur celui qui avait été imaginé par les auteurs de cet avant-projet¹⁰⁵. Le projet d'article 611 a en effet conçu le DRJS comme « un droit temporaire, analogue à l'usufruit, qui se perd par le non-usage ». Ce droit voyait donc sa durée plafonnée à trente ans, qu'il fut constitué au profit d'une personne morale ou d'une personne physique. De son côté, loin d'enfermer ce nouveau droit réel dans le carcan du régime de l'usufruit, la Cour de cassation admet, à rebours de ce projet, qu'il puisse être constitué pour une durée alignée sur celle d'une personne morale. C'est ainsi qu'elle reproche à la cour d'appel d'avoir violé les articles 544 et 1134 du code civil « alors que les parties étaient convenues de conférer à La Maison de Poésie, pendant toute la durée de son existence, la jouissance ou l'occupation des locaux où elle était installée ou de locaux de remplacement ».

104 CA Bordeaux, 18 mars 1996 : JurisData n° 1996-005067 ; D. 1997, somm. 20, obs. A. Robert.

105 V. à ce sujet F.-X. Testu, note ss Cass. civ. 3^e, 31 oct. 2012 : JCPN 2013, n° 12, 1262.

103 CA Paris, 13 oct. 2017, n° 15/17295 : JCPN 2018, n° 11, 1130, note V. Streiff.

Ainsi libre d'imaginer de nouveaux modes de jouissance sur son bien, le propriétaire l'est également de tailler un régime juridique sur mesure. Cette seconde liberté n'est toutefois pas davantage absolue que la première. La Cour de cassation a en effet pris soin de préciser que la liberté de constituer un DRJS est circonscrite au respect de l'ordre public. Elle n'a du reste fait ici que renvoyer au principe général édicté à l'article 6 du code civil selon lequel « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public [...]* ». En d'autres termes, **la volonté des parties est insusceptible de faire échec à l'application de normes dont le caractère impératif résulte tant de la lettre de la loi que de l'interprétation qui en est faite par la jurisprudence**. Dans son rapport annuel de 2013, et plus précisément dans l'étude consacrée à l'ordre public, la Cour de cassation « *prend soin de rappeler aux futurs créateurs de droits réels nouveaux que leur création ne saurait heurter une règle impérative, issue d'autres législations, quelle qu'elle soit* »¹⁰⁶. Il convient d'apprécier la portée de cette mise en garde. D'une part, comme l'a relevé un auteur, il paraît probable que la limite sera difficile à faire respecter et que son dépassement ne sera admis qu'en cas de fraude avérée¹⁰⁷. Il convient d'autre part d'exclure celles parmi les règles d'ordre public relatives aux droits réels nommés, qui ne sont pas susceptibles de faire échec au principe de libre création. En donnant la possibilité aux contractants à une convention constitutive d'un DRJS de s'affranchir des règles de durée applicable à l'usufruit et au droit d'usage, la Cour de cassation a en effet consacré un ordre public variable. Pour le dire autrement, **les nouveaux droits réels ne répondent que du tronc commun dont ils sont extraits, le droit réel de propriété, sans être assujettis aux règles restrictives des autres droits réels nommés**.

On peut à cet égard se demander si le respect dû à l'ordre public des biens méritait que le régime de la durée de l'usufruit fût si contraint. Rappelons en effet que si les rédacteurs du code civil ont fait de la mort de l'usufruitier l'une seulement des causes d'extinction naturelle de l'usufruit lorsqu'il est constitué au profit de personnes physiques, la jurisprudence n'a pas hésité à ériger celle-ci en terme absolu quand bien même les parties auraient pris soin de stipuler une durée fixe non encore expirée. Elle a du reste frappé du sceau de l'ordre public la règle édictée à l'article 619 du code civil selon laquelle l'usufruit accordé à une personne morale ne dure que trente ans. On ne peut s'empêcher d'éprouver quelques difficultés à concevoir la légitimité du régime de la durée de l'usufruit eu égard à la nécessité de protéger le droit de propriété. Il n'est, pour s'en convaincre, qu'à rappeler que le législateur a éprouvé nettement moins de scrupules à imaginer qu'un emphytéote, dont on rappellera qu'il dispose d'un droit de jouissance générale qui n'est pas sans rappeler celui dont jouit l'usufruitier, puisse se voir octroyer un droit plafonné à 99 ans, de surcroît transmissible¹⁰⁸. Au vrai, même ainsi conçue, l'emphytéose ne menace en rien la propriété dont on sait qu'elle se retrouvera pleine et entière entre les mains du propriétaire à l'expiration de ce droit.

106 C. cass., Rapport annuel 2013, p. 488.

107 V. Zaleski-Sicard, De la durée des droits réels de jouissance spéciale : Dossiers d'actualité, 16 mars 2015.

108 À ce sujet, v. V. Streiff, L'usufruit est-il condamné à évoluer ? : JCPN 2017, 644.

41. Il convient, s'agissant d'un DRJS, de distinguer selon que les parties auront ou non pris soin de déterminer une durée.

◆ b) EN L'ABSENCE DE STIPULATION D'UNE DURÉE

42. En l'absence de stipulation d'une durée, et pour cette simple raison qu'un DRJS ne peut être conçu sans limitation de durée¹⁰⁹, il y a lieu de s'en remettre aux **règles de durée applicables à l'usufruit** en distinguant selon que le titulaire de ce droit est une personne morale ou une personne physique. Dans le premier cas, le DRJS voit sa durée plafonnée à trente ans en application de l'article 619 du code civil. Dans le second cas, soumis à l'article 617 du code civil, ce droit sera réputé revêtir un caractère viager et s'éteindra au décès de son titulaire personne physique.

◆ c) LA STIPULATION D'UNE DURÉE

43. Les parties feront toutefois le plus souvent le choix, hautement recommandable, de stipuler une durée. Il convient ici de distinguer selon que le droit sera stipulé avec un terme certain ou incertain.

44. **Terme certain** - Il est bien entendu possible, et même recommandé, de stipuler un terme certain (durée fixe). La durée sera alors précisément connue à l'avance et son expiration marquera la fin du DRJS. La question qui vient immédiatement à l'esprit est alors celle consistant à se demander quelle peut-être la durée maximale d'un DRJS. La **durée de 99 ans constitue, selon nous, une référence qui doit certainement être entendue comme la frontière qu'il convient de ne pas dépasser** lorsque les parties entendent stipuler un terme certain¹¹⁰. Il s'agit de la limite qui vient encadrer la durée des baux réels immobiliers dont l'économie repose - faut-il le rappeler ? - sur la constitution, par voie de démembrement du droit de propriété sur le sol, d'un droit réel de jouissance sur la chose d'autrui¹¹¹.

Il faut s'interroger sur la raison d'être de la durée des baux réels, qui pourrait faire figure de modèle par comparaison avec la rigidité du régime de la durée de l'usufruit. La question n'est pas si théorique qu'il y paraît de prime abord. Affirmer que le droit de propriété est le seul droit réel perpétuel ne revient-il pas à admettre que la durée d'un droit réel sur la chose d'autrui portée à 99 ans n'encourt pas le reproche de la perpétuité ? Il est à cet égard intéressant de noter que le régime de la durée de l'emphytéose a évolué au cours du temps. Sous l'Empire romain et jusqu'à la Révolution française, cette technique de mise en valeur des terres n'était pas limitée dans le temps et se prolongeait indéfiniment. L'abolition des privilèges qui a accompagné

109 V. § 19.

110 Elle est la « *frontière qui isole les engagements à temps des engagements perpétuels* » (H. Périnet-Marquet, à propos de Cass. civ. 3^e, 28 janv. 2015 : JCPN 2015, n° 37, 1159). C'est d'ailleurs tout le sens de la proposition formulée par la première commission du 112^e Congrès des notaires de France visant, outre la consécration légale du DRJS, à aligner le régime de la durée de l'usufruit et du droit d'usage sur celle des baux réels immobiliers (112^e Congrès des notaires de France. Nantes, 5-8 juin 2016. La propriété immobilière. Entre liberté et contraintes : JCPN 2016, n° hors-série, n° 1, p. 13).

111 Cet alignement de la durée du DRJS sur celui des baux réels immobiliers contribuerait « *à abolir la distinction à bien des égards artificielle entre la division des prérogatives offertes par le droit de propriété et la division de l'immeuble.* » (J. Dubarry et V. Streiff, in JCPN 2016. 1294, préc.).

la Révolution française a mis de l'ordre dans les techniques de démembrement en condamnant la dissociation, qui avait jusqu'alors cours, entre le domaine éminent et le domaine utile¹¹². La propriété fut reconnue au seul domaine exploité, c'est-à-dire le domaine utile. Le code civil étant resté muet sur l'emphytéose, fallait-il alors conclure à sa disparition totale entre 1804 et sa renaissance par la loi du 25 janvier 1902 ? C'était sans compter l'attachement de la Cour de cassation à cette technique dont la légalité pouvait prospérer à partir de l'idée selon laquelle la liste des droits réels figurant à l'article 543 du code civil n'est pas fermée¹¹³.

45. Il reste alors à se demander si un tel droit serait transmissible dans l'hypothèse où son titulaire personne physique viendrait à décéder avant son terme. Nous le pensons et ce, pour au moins deux raisons.

La Cour de cassation a, en premier lieu, expressément reconnu l'autonomie de régime des DRJS¹¹⁴ - et en particulier l'autonomie du régime de la durée de ces droits - par rapport aux droits d'usage et d'habitation dans l'arrêt qu'elle a rendu le 8 septembre 2016¹¹⁵. Nous savons également qu'au sein du chapitre que le code civil consacre aux droits d'usage et d'habitation, il y a lieu de distinguer parmi les règles auxquelles ils sont soumis celles qui leurs sont propres de celles qui renvoient au régime de l'usufruit. Ainsi en va-t-il, au sein de cette seconde catégorie de règles, de celles qui encadrent la durée de ces droits en application de l'article 625 du code civil selon lequel « *Les droits d'usage et d'habitation s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit* ». Or, l'article 625 du code civil ne fait pas que renvoyer à l'article 619 du code civil plafonnant à 30 ans la durée d'un usufruit accordé à une personne morale. Il opère également un renvoi à l'article 617 du même code duquel procède le caractère essentiellement viager de ces droits réels. Il serait donc difficile, pour ne pas dire profondément illogique, d'admettre qu'en neutralisant l'application de l'article 625 du code civil - lequel renvoie tant à l'article 619 relatif à la durée de l'usufruit consenti à une personne morale qu'à l'article 617 du code civil régissant la durée (au maximum viagère pour une personne physique) de l'usufruit consenti à une personne physique - la Cour de cassation ait pu concevoir le déplaçonnement de la durée d'un DRJS consenti à une personne morale tout en refoulant son caractère transmissible entre personnes physiques¹¹⁶.

Ajoutons en second lieu que si la Cour de cassation a précisé que la constitution de DRJS ne doit pas outrepasser l'ordre public, cela ne l'a pas empêchée de voir dans l'article 619 du code civil une règle supplétive de volonté pour un DRJS là où cette règle revêt, également selon elle, un caractère impératif pour un usufruit ou un droit d'usage. Il n'y a là rien de choquant sitôt que l'on considère, comme nous l'avons rappelé plus haut, que l'ordre public auquel sont soumis les DRJS n'est

autre que celui de la propriété. On ne voit pas du reste en quoi la transmissibilité de ce droit serait de nature à menacer le régime de la propriété, pour autant du moins que les parties prendront soin de limiter sa durée dans le temps. Ajoutons que la stipulation d'un terme certain permettrait à une personne morale de disposer de ce droit en garantissant son acquéreur de son maintien dans l'hypothèse de sa dissolution avant le terme fixé par la convention¹¹⁷.

46. Terme incertain - Rien n'empêche les parties de concevoir un droit affecté d'un terme incertain. Ici indéterminée, la durée sera alignée sur la date de réalisation d'un évènement. Ainsi en ira-t-il d'un DRJS que les parties stipuleraient viager sur la tête de son titulaire personne physique ou dont la durée serait alignée sur celle d'une personne morale, comme ce fut le cas dans l'affaire *Maison de poésie*¹¹⁸. Certains auteurs n'ont pas manqué, à juste titre, de faire remarquer que rien n'est plus simple pour les associés d'une personne morale que de proroger éternellement sa durée avant son terme statutaire¹¹⁹. Cette prorogation n'emporte en effet pas naissance d'une société nouvelle, sauf dans le cas où elle s'accompagne de modifications qui entraînent par elles-mêmes création d'un être moral nouveau¹²⁰. On est tenté d'en déduire que bien que non expressément constitué à perpétuité, ce droit n'en demeure pas moins ici voué à la perpétuité ; et l'on peut aisément imaginer la constitution d'un droit dont la durée pourrait de fait se prolonger bien au-delà de celle de 99 ans que la loi assigne aux personnes morales. La position paraît d'autant plus libérale qu'en l'espèce « *le titulaire du droit réel était une fondation, personne morale dont la mission d'intérêt général a de facto vocation à s'inscrire dans la durée, si ce n'est l'éternité* »¹²¹.

On ne peut néanmoins s'empêcher de penser qu'à l'exception de circonstances très particulières qui motiveraient la conception d'un droit dont la durée serait alignée sur celle de la personne morale, **cette option devrait rarement se rencontrer en pratique à raison de ses inconvénients potentiels**. Nous n'en citerons ici que deux :

> l'indétermination de la durée du démembrement aura pour effet de priver la société de la possibilité d'amortir le DRJS en tant qu'immobilisation incorporelle ; le Conseil d'État a en effet jugé qu'un élément incorporel de l'actif immobilisé ne peut faire l'objet d'un amortissement que s'il est normalement prévisible, dès sa création ou son acquisition, que ses effets bénéfiques sur l'exploitation prendront fin nécessairement à une date déterminée¹²² ;

112 Sur les origines du bail emphytéotique, v. F. Terré et P. Simler, *Droit civil, Les biens* : Dalloz, 9^e éd., 2006, n° 929 et s., p. 824 et s.

113 Cass. civ., 26 janv. 1864 : DP 1864, 1, p. 83. - Civ. 24 août 1857 : DP 1857, 1, p. 326.

114 Que celle-ci qualifie de « *droit réel distinct du droit d'usage et d'habitation régi par le code civil* ».

115 Cass. civ. 3^e, 8 sept. 2016, n° 14-26.953, préc.

116 Sur ce point, v. J. Dubarry, *Le régime juridique du droit réel de jouissance spéciale*, in *Actes du colloque du 18 janv. 2017 : NVP mai-juin 2017*, n° 324 ; JCPN 2016, n° 41, 1294, note J. Dubarry et V. Streiff.

117 V. Streiff, *Les droits réels de jouissance spéciale : solide alternative à l'usufruit et aux droits d'usage* : APII 2019, n° 3, 19.

118 On pourrait également imaginer, dans le sillage de l'exemple de jouissance spéciale que nous avons donné ci-avant, de corréliser l'extinction de ce droit à la cessation de l'activité qui en constituerait le support, ou encore à la fin du cycle d'études pour le cas il serait envisagé d'y recourir au bénéfice d'un étudiant.

119 V. le commentaire très critique de S. Milleville in *JCPG* 2016, n° 45, 1172, « *Arrêt Maison de poésie II : combien de temps dure la perpétuité en France ?* »

120 Cass. civ., 24 janv. 1893 : S. 1893, 1, 266 ; DP 1893, 1, 455 ; Instr. 2842, § 2.

121 J. Dubarry et V. Streiff, in *JCPN* 2016, 1294, préc. Le caractère pérenne d'une fondation est en effet notamment garanti par une affectation irrévocable de biens (L. n° 87-571, 23 juill. 1987, art. 18, mod. L. n° 90-559, 4 juill. 1990, art. 3).

122 CE, 4 avr. 1979, n° 08153 : Lebon T.

> pire encore, la stipulation d'une durée alignée sur celle de la personne morale, d'apparence avantageuse pour celle-ci, pourrait en réalité cacher un double piège. Outre qu'une dissolution anticipée de la société provoquerait mécaniquement la perte de cet actif qui se trouverait ainsi soustrait du bilan au détriment tant des associés que des créanciers sociaux¹²³, la simple menace d'une dissolution de celle-ci rendrait le droit pratiquement incessible : qui serait en effet assez inconscient pour faire l'acquisition d'un droit menacé de disparition sitôt que surviendrait la dissolution de la personne morale qui l'aurait cédé ?

II. La pratique des DRJS en gestion de patrimoine

47. Principalement conçu à l'origine comme un droit à vocation alimentaire destiné à assurer la protection du conjoint survivant, le démembrement en usufruit est devenu, à la faveur d'une fiscalité particulièrement attractive, un formidable outil de transmission anticipée. Acteur de cette anticipation qu'il est incité à mettre en place de plus en plus tôt, le disposant devenu usufruitier, a tout intérêt à opter pour une gestion dynamique au long cours du patrimoine transmis. On pourrait de prime abord n'y trouver que des avantages dont, en particulier, celui pour le nu-proprétaire d'être assuré de trouver un patrimoine valorisé au terme de l'usufruit. Il reste que, conçue dans la précipitation, l'opération se traduit souvent par une emprise totale de l'usufruitier, animé, tel un propriétaire qu'il a pourtant cessé d'être, par la volonté de tout contrôler et appréhender. Il est aidé en cela par l'ingéniosité des conseils qui ont su tirer profit de règles - datant pour la plupart du début du XIX^e siècle - à l'origine uniquement destinées à régir le fonctionnement de l'usufruit de biens ruraux, en les adaptant à des patrimoines modernes au sein desquels les valeurs mobilières et les parts sociales prennent de plus en plus d'importance. Mais ainsi que nous allons l'exposer, ces adaptations se font au prix d'un risque de dénaturation de l'usufruit et flirtent souvent avec les limites de l'ordre public de ce droit. À quoi s'ajoute que l'allongement de la durée de vie fait entrer le nu-proprétaire en jouissance du patrimoine transmis à contre-temps. Ces constats nous amènent naturellement à explorer la voie ouverte par les DRJS dont on pressent qu'ils sont mieux à même de justifier une taille sur-mesure des prérogatives politiques et pécuniaires entre les parties prenantes à une transmission qui se trouverait dans une certaine mesure ainsi modernisée (A), mais dont

123 Et constituerait un acte anormal de gestion.

l'impact sur les opérations de liquidation des successions ne serait pas fondamentalement différent de celui produit par le démembrement en usufruit (B). Nous achèverons notre exposé par l'étude de deux cas pratiques chiffrés (C).

A. Une alternative aux usufruits atypiques

48. Si l'usufruitier est titulaire de droits et prérogatives¹²⁴, il se voit également imposer des obligations avant son entrée en jouissance, durant sa jouissance et enfin, à l'extinction de son droit¹²⁵. Quel que soit l'objet de son droit, meuble ou immeuble, l'usufruit est soumis à un certain nombre de règles qui ont un caractère impératif dans les cas d'usufruits légaux mais prennent un caractère supplétif de la volonté des parties (usufruit conventionnel) ou du testateur, dans les cas d'usufruits nés de la volonté de l'homme. L'usufruit volontaire relevant, sous réserve des dispositions d'ordre public, de l'autonomie de la volonté, les droits et obligations de l'usufruitier peuvent être étendus ou restreints soit par la décision commune des contractants, soit par la décision unilatérale du testateur¹²⁶.

Il ne s'agit pas dans le cadre de cette étude de passer en revue l'ensemble des droits et obligations de l'usufruitier mais de nous concentrer sur les éléments de régime qui posent des problèmes en pratique et dont l'aménagement conventionnel serait susceptible de dénaturer totalement l'institution. Il s'agit tout d'abord de l'obligation liée à la conservation du bien dont la portée dépend de la nature du bien objet du démembrement (1^o). Le second point d'achoppement se situe, selon nous, au niveau des prérogatives de l'usufruitier et plus particulièrement de son droit aux revenus procurés par le bien (2^o). Il s'agit ici de mesurer l'utilité d'envisager le recours à un DRJS.

1^o Le DRJS au service de l'adaptation de l'obligation de conservation

49. Si l'usufruitier peut jouir du bien comme le propriétaire lui-même, cette jouissance n'est pas absolue. L'usufruitier a une obligation de conservation du bien qui implique non seulement qu'il doit en jouir raisonnablement¹²⁷ mais également ne pas le détériorer ni le consommer. Cette obligation de conservation, caractéristique des droits réels sur la chose d'autrui, se justifie par le fait que l'usufruitier ne détient pas l'*abusus* qui appartient, même s'il est atrophié, au seul nu-proprétaire. Il en va d'ailleurs de même du titulaire d'un DRJS ainsi que nous l'avons rappelé ci-avant. Il existe néanmoins des aménagements à ce principe nécessités par la nature du bien soumis à usufruit.

124 C. civ. art. 582 à 599.

125 C. civ. art. 600 à 616.

126 V. Mercier, JCl. Civil Code, art. 582 à 599, fasc. 10, n° 1. - P. Berger et F. Collard, JCl. Ingénierie du patrimoine, V° Structuration du patrimoine, fasc. 140, n° 73 et 74.

127 C. civ., art. 601. La jouissance « en bon père de famille » a été remplacée par une jouissance « raisonnable ».

◆ a) LES AMÉNAGEMENTS DE L'OBLIGATION DE CONSERVATION DE L'USUFRUITIER ET LEUR RISQUE D'ALTÉRATION DES QUALIFICATIONS

◇ Le portefeuille de valeurs mobilières qualifié d'universalité de fait

50. C'est ainsi qu'en qualifiant le portefeuille de valeurs mobilières d'universalité de fait¹²⁸, la Cour de cassation a permis à l'usufruitier de réaliser des arbitrages sans avoir à demander l'accord du nu-propiétaire. Cette notion d'universalité permet d'envisager le portefeuille comme un ensemble de biens constitutif d'un bien unique ayant une existence autonome, distinct de chacun des biens qui le composent. Il en résulte que l'usufruitier est autorisé à gérer cette universalité, dans le cadre de son pouvoir d'administration, en cédant seul les titres mais à **condition de les remplacer par d'autres**. À défaut de remploi, le consentement du nu-propiétaire reste obligatoire puisque la cession ne peut s'analyser qu'en un acte de disposition. En pratique, cette obligation de conservation de la substance est difficile à appréhender¹²⁹ et fait peser un risque de conflit entre l'usufruitier et le nu-propiétaire, ce d'autant plus à une époque où l'investissement en *private equity* (titres non cotés), qui par nature est un investissement à risque, fait partie intégrante d'une allocation d'actifs, au même titre que les actions et les obligations. À cet égard, on peut s'interroger sur le caractère fongible de ce type de biens. Seule serait susceptible d'éviter tout sujet de discordance une convention dans le cadre de laquelle les parties s'entendraient sur la portée qu'elles entendent donner à cette obligation (par ex. : consultation du nu-propiétaire pour tout changement de profil de risque ou modification importante intervenant sur des choix stratégiques tels que la zone géographique de certains investissements ou encore le secteur d'activité ; interdiction ou accord du nu-propiétaire pour des opérations sur des instruments financiers à terme).

51. Une autre difficulté apparaît en présence d'une **gestion obligataire**. En effet, lorsque le portefeuille comporte des obligations dont le terme est échu pendant le cours de l'usufruit, aucune obligation de remploi n'existe et l'usufruit se transforme en quasi-usufruit des sommes issues du remboursement qui devront être restituées en fin d'usufruit¹³⁰. En d'autres termes, l'obligation de conservation de la substance n'a plus du tout la même portée puisque le nu-propiétaire jusqu'alors titulaire d'un droit réel se retrouve dans la situation d'un créancier à terme. Par ailleurs, le portefeuille étant considéré, ainsi que le soulignent certains auteurs, comme « *un bien unique ayant sa vie juridique propre* »¹³¹, la question se pose de savoir si la notion de « fruits » peut être appréhendée de manière globale à son niveau. L'usufruitier aurait-il le droit de prélever l'intégralité de

la rentabilité du portefeuille, y compris les plus-values ? Cette question est d'importance dans la mesure où les investissements peuvent porter sur des titres qui ne génèrent pas de dividendes ou d'intérêts (SICAV ou FCP de capitalisation, titres de *private equity*) et dont le rendement prendra la forme d'une plus-value. Si, de prime abord, on pourrait se laisser aller à une réponse positive en ce qu'elle nous semble la conséquence logique de la qualification juridique retenue par le juge¹³², elle n'est pas nécessairement acquise¹³³. En effet, si l'usufruitier peut percevoir les fruits, il n'a en revanche, aucun droit sur les produits et il n'est pas certain que la qualification d'universalité soit de nature à changer ce principe qui participe de l'essence même de l'usufruit. **Dès lors, accepter que l'usufruitier puisse avoir un droit sur les produits reviendrait à dénaturer l'usufruit**. C'est pourquoi, il n'est pas assuré qu'en cas de conflit avec le nu-propiétaire, les juges ne fassent pas prévaloir la traditionnelle distinction entre les fruits et les produits¹³⁴. Pour sortir de cette ornière, pourrait-il être admis que l'usufruitier et le nu-propiétaire, par convention, permettent au premier de prélever des plus-values, en les assimilant à des fruits ? Si certains auteurs l'envisagent¹³⁵, on ne peut cacher notre malaise en présence d'une convention dont l'objet serait de forcer une qualification en cherchant à transformer des produits en revenus et ainsi altérer les prérogatives offertes par l'usufruit¹³⁶.

52. Aux écueils que nous venons d'évoquer doit s'ajouter la **question du traitement fiscal du nu-propiétaire** qui s'avère particulièrement défavorable. En effet, celui-ci est taxé sur toutes les plus-values liées aux arbitrages réalisés sur le portefeuille par l'usufruitier dans le cadre de sa gestion alors même qu'il ne dispose d'aucune capacité contributive¹³⁷. Il n'en fallait pas plus, pour que la pratique se tourne vers la

128 Pour une analyse en ce sens, v. R. Libchaber, Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens ? : Defrénois 1997, n° 2, p. 65, n° 27.

129 E. Dockès, Essai sur la notion d'usufruit : RTD civ. 1995, p. 483, n° 4. - H. Hovasse, note ss Cass. civ. 1^{re}, 12 nov. 1998, n° 96-18.041 : JCPN 1999, p. 353. - M. Storck, La propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières, in Mél. P. Catala, p. 705. - S. Piédelièvre, Universalité et gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières : Droit et patrimoine mai 2000, p. 98.

130 V. CA Pau, 13 janv. 2009, n° 146/09, cité in E. Naudin et M. Iwanenko, Portefeuille démembré : détention directe ou en société civile : JCPN 2011, 1315, n° 10. - Égal., V. § 62.

131 P. Berger, La gestion par l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières démembrées : Dr. sociétés, Actes pratiques, nov.-déc. 1999, p. 5. - A. Depondt, Réflexions sur le partage de la plus-value (et de l'impôt) entre le nu-propiétaire et l'usufruitier de valeurs mobilières : Droit et patrimoine sept. 1999, p. 26.

132 E. Naudin et M. Iwanenko, Portefeuille démembré : détention directe ou en société civile : JCPN 2011, 1315, n° 11.

133 La doctrine administrative précise qu'en cas de remploi du prix de cession démembré dans l'acquisition d'autres titres démembrés, seul le nu-propiétaire est redevable de l'impôt sur la plus-value (BOI-RPPM-PVBMI-20-10-20-60, 2 juill. 2015, § 40 et s.). Toutefois, l'usufruitier peut être redevable de l'impôt sur option expresse et irrévocable formulée conjointement par lui-même et le nu-propiétaire auprès de l'établissement financier teneur du compte, en présence d'un portefeuille titres dont l'origine du démembrement est une succession (BOI-RPPM-PVBMI-20-10-20-60, 2 juill. 2015, § 180). Il est regrettable que l'administration fiscale n'ait pas tiré les conséquences de la portée de principe de la jurisprudence *Baylet* et qu'elle en limite ses effets uniquement aux démembrements issus d'une succession. D'un point de vue purement juridique, cette position ne se justifie pas.

128 Cass. civ. 1^{re}, 12 nov. 1998, n° 96-18.041 : D. 1999, 167, note L. Aynès ; D. 1999, n° 40, p. 633, note D. Fiorina ; JCP 1999, II, 10027, note S. Piédelièvre ; JCPN 1999, 351, note H. Hovasse ; RTD civ. 1999, 422 à 433, obs. F. Zenati.

129 F. Deboissy et S. Quilici, La sécurisation du traitement fiscal du quasi-usufruit : IP 3-2019, n° 02.4, § 25.

130 Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 2010, n° 09-13.162 : RTD civ. 2011, p. 568, T. Revet.

131 F. Zenati-Castaing et T. Revet, Les biens : PUF Droit, 3^e éd., n° 136, p. 209.

technique du quasi-usufruit, censée palier tous les inconvénients liés à la gestion d'une universalité.

◆ Le quasi-usufruit

53. Le **quasi-usufruit** est un deuxième exemple majeur d'adaptation du régime de l'usufruit à la spécificité du bien qui en est l'objet. Aux termes de l'article 587 du code civil, lorsque l'usufruit porte sur des choses consommables par le premier usage, comme l'argent par exemple, l'usufruitier a le droit de s'en servir, c'est-à-dire d'en disposer, à charge de rendre des choses de même qualité et quantité ou d'en restituer la valeur estimée à la date de la restitution. À défaut de telles dispositions, l'usufruitier ne serait pas en mesure d'exercer son droit de jouissance puisqu'une telle prérogative implique nécessairement une atteinte à la substance de la chose objet du droit.

54. La nature des relations juridiques entre le quasi-usufruitier et le nu-propiétaire fait l'objet d'un débat doctrinal entre ceux qui considèrent que le quasi-usufruitier devient le propriétaire du bien pendant la durée de son droit, le nu-propiétaire n'ayant plus de droit réel sur la chose mais uniquement un droit de créance¹³⁸, et ceux qui défendent l'idée que le quasi-usufruitier n'est rien d'autre qu'un usufruitier¹³⁹. Ainsi, d'après le professeur Zenati, s'il peut utiliser la chose en l'anéantissant ou en l'aliénant, cela ne porte pas atteinte à la substance, laquelle n'est pas celle de la chose mais celle de la valeur qu'elle contient¹⁴⁰. Et de conclure « Dès lors qu'en consommant le quasi-usufruitier prend des dispositions pour conserver la valeur qui a été confiée, il agit en conformité avec les principes de l'usufruit »¹⁴¹. Ce débat est loin d'être purement théorique car selon que l'on considère ou non l'usufruitier comme un propriétaire de la chose, son droit de jouissance ne s'exerce absolument pas dans le même cadre. En tant que propriétaire, il est susceptible de faire disparaître le bien et le remboursement de la créance des nus-propiétaires dépendra du patrimoine existant au jour du décès. Dans une telle acception, prévoir conventionnellement que le quasi-usufruitier a l'obligation de remployer le produit de la cession du bien objet de son droit pourrait-il être considéré comme une dénaturation de son droit de jouissance ? En revanche, si le quasi-usufruitier est un usufruitier comme un autre, la conservation de la substance implique nécessairement le remplacement de la chose cédée. Force est de constater que le degré de protection du nu-propiétaire n'est pas du tout le même. Le débat n'étant pas tranché, l'insécurité juridique reste de mise.

138 J. Carbonnier, Droit civil, t. 3, Les biens : PUF, coll. « Thémis », 19^e éd., 2000, n° 97. - G. Cornu, Droit civil, Les biens : Montchrestien, 13^e éd., n° 62, p. 148. - J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, Traité de droit civil, Les biens : LGDJ, n° 251, p. 262. - C. Larroumet, Droit civil, t. 2, Les biens - Droit réels principaux : Economica, 3^e éd., n° 465, p. 261. - F. Terré et P. Simler, Droit civil, Les biens : Dalloz, 9^e éd., 2014, n° 465. - C. Siffrein-Blanc et G. Gil, JCl. Civil code, Art. 582 à 599, fasc. 20, n° 28.

139 E. Dockès, Essai sur la notion d'usufruit, préc., n° 13, p. 497. - F. Zenati, La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métépsychose de la valeur), in *Mél. P. Catala, Le droit privé français à la fin du XX^e siècle* : Litec, 2001, p. 605.

140 F. Zenati, La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métépsychose de la valeur), préc., n° 38, p. 634.

141 *Ibidem*.

55. Malgré cette absence de clarté quant à l'étendue des droits du quasi-usufruitier, et en conséquence de ceux du nu-propiétaire, la pratique a progressivement développé le recours au quasi-usufruit conventionnel principalement en présence d'un portefeuille de valeurs mobilières, soit à l'occasion d'une donation du portefeuille avec réserve de quasi-usufruit, soit postérieurement au démembrement de propriété, le plus souvent suite à une succession, en substituant conventionnellement un quasi-usufruit à l'usufruit. Cette solution facilite grandement le règlement des successions en présence d'un conjoint usufruitier et surtout permet d'éviter, telles qu'identifiées ci-avant, les difficultés liées à un usufruit portant sur une universalité de fait¹⁴². Pourtant, l'idée d'un quasi-usufruit sur des valeurs mobilières peut sembler antinomique. En effet, aux termes de l'article 587 du code civil, le quasi-usufruit suppose que l'usufruit porte sur des choses consommables. Or, les valeurs mobilières ne sont pas consommables du fait de leur usage puisqu'elles génèrent des revenus¹⁴³. Dès lors, les dispositions de l'article 587 du code civil ne leur sont pas applicables par nature¹⁴⁴, d'où la décision de la Cour de cassation qualifiant le portefeuille-titres d'universalité de fait. Il n'en demeure pas moins que la majorité des auteurs et des praticiens admettent qu'il est tout à fait possible de constituer un quasi-usufruit sur des biens non consommables¹⁴⁵. Selon les professeurs Zenati et Revet : « La consommabilité et la fungibilité qui conditionnent le quasi-usufruit ne sont pas nécessairement naturelles, elles peuvent être conventionnelles »¹⁴⁶. Toutefois, selon le professeur Baudry-Lacantinerie : « C'est la nature de la chose qui fait qu'elle se consume ou ne se consume pas par le premier usage ; tandis que c'est l'intention des parties qui fait la fungibilité ou la non-fungibilité »¹⁴⁷. Cette opinion est partagée par le professeur Josserand qui la nuance néanmoins en ce qu'il considère que « les mobiles et le but des parties réagissent sur la nature juridique de l'objet de leur opération »¹⁴⁸. Jusqu'où peut aller la volonté des parties ? Peut-on forcer les qualifications et décider qu'une chose non consommable l'est ?¹⁴⁹. Selon le professeur Libchaber : « Encore

142 V. § 50.

143 Hormis le cas spécifique des titres de capitalisation.

144 Cass. civ. 1^{re}, 3 déc. 2002, n° 00-17.870 : JCPE 2003, 1511, note S. Piédelièvre. - Cass. civ. 1^{re}, 12 nov. 1998, n° 96-18.041, préc. - Cass. civ. 1^{re}, 4 avr. 1991 : Rec. Soc. 1991, p. 737, note P. Didier ; RTD civ. 1994, p. 381, obs. F. Zenati. - Cass. com., 12 juill. 1993, n° 91-15.667 : Rép. Defrénois 1993, art. 35674, n° 5, obs. H. Hovasse.

145 P. Sirinelli, Le quasi-usufruit : LPA 1993, n° 89, p. 6, n° 32 et s. - A. Rieg, Dalloz Recueil, 31 août 1990, V^o Usufruit, n° 197, p. 14. - M. Grimaldi et J.-F. Roux, La donation de valeur mobilières avec réserve de quasi-usufruit : Defrénois 1994, art. 35677, p. 8 et s. - S. Castagné, Usufruit, quasi-usufruit : une nouvelle mise au point : JCPN 2000, n° 13, p. 577 et s. - A. Boitelle, Réflexions sur la donation entre vifs portant sur des choses non consommables avec réserve de quasi-usufruit : JCPN 1996, n° 50, p. 1761 et s. - M. Vion et T. Pleux : Defrénois 1994, art. 35713, p. 168. Mais la possibilité d'un quasi-usufruit conventionnel sur des valeurs mobilières ne fait pas l'unanimité (v. R. Libchaber, Le portefeuille de valeurs mobilières : biens unique ou pluralité de biens ? : Defrénois 1997, art. 36464, p. 65 ; Les incertitudes du quasi-usufruit : IP 3-2019, n° 02.1, § 17).

146 F. Zenati-Castaing et T. Revet, Les biens, préc., n° 320, p. 480.

147 G. Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil, éd. 1894-1896, t. 1, n° 1206.

148 L. Josserand, Cours de droit civil positif : Librairie du recueil Sirey, éd. 1938, t. 1, 1324.

149 Sur cette question, v. W. Dross, Liberté contractuelle et qualification en droit des biens, in Liberté contractuelle et droits réels : LGDJ 2015, p. 249.

faudrait-il peut-être faire une différence entre la nature juridique et la nature matérielle. S'agissant de jouer sur des catégories juridiques, la plasticité du droit est assez grande ; elle ne l'est pas tant quand on prétend altérer des réalités matérielles, car on passe alors dans le monde de la fiction, toujours plus délicat »¹⁵⁰. De son côté, la Cour de cassation a d'ailleurs rappelé que « la nature, immobilière ou mobilière, d'un bien est définie par la loi et la convention des parties ne peut avoir d'incidence à cet égard »¹⁵¹. Certes, et c'est d'ailleurs sur l'existence de l'ancienne et unique jurisprudence de 1926¹⁵² que certains auteurs admettent qu'il peut être stipulé un quasi-usufruit sur des biens non consommables par nature, la Chambre des requêtes de la Cour de cassation ayant pu interpréter une convention entre une veuve usufruitière et des nus-proprétaires comme mettant en place un quasi-usufruit sur du mobilier de ferme dès lors qu'une estimation de ce mobilier avait été effectué et qu'une autorisation de cession lui avait été donnée pour le cas où elle cesserait l'exploitation agricole. Selon la Cour, le seul fait d'avoir évalué les biens lors de l'entrée en jouissance de l'usufruit¹⁵³ suffit à considérer que la veuve n'était plus comptable que de la valeur desdits biens au terme de son droit et que les parties ont cherché à rendre fongibles des biens qui ne le sont pas par nature, ce qu'elle valide. Cette décision laisse beaucoup de questions en suspens. Doit-on tout d'abord considérer qu'il suffit que les parties aient évalué les biens objet de l'usufruit pour en déduire leur volonté de mettre en place un quasi-usufruit ? Par ailleurs, alors que la loi délimite le régime du quasi-usufruit aux biens non consommables, la fongibilité seule des biens, qu'elle soit naturelle ou conventionnelle, suffirait-elle à pouvoir les placer sous les dispositions de l'article 587 du code civil ? Consumptibilité et fongibilité se confondent-elles ?¹⁵⁴ Nous n'avons pas la prétention de trancher un tel débat et au demeurant, il n'est pas certain que les parties aient recherché à forcer une quelconque qualification mais plutôt à se placer sous un autre régime que celui qui aurait été légalement applicable. En effet, il résulte des faits de l'espèce que l'usufruit portait sur du matériel agricole et que l'autorisation de céder était liée à la cessation de l'exploitation. Or, un tel accord avait pour avantage de permettre aux parties d'éviter l'application de l'article 589 du code civil qui dispose que lorsque l'usufruit porte sur une chose qui se détériore par l'usage que l'on en fait, l'usufruitier n'est tenu de la restituer, à la fin de l'usufruit, que dans l'état dans lequel elle se trouve et ce, sans indemnité, sauf faute de sa part. En d'autres termes, si l'usufruitière n'avait pas eu l'autorisation d'aliéner ce mobilier à la cessation de l'activité agricole, non seulement elle se serait retrouvée avec des biens sans aucune utilité mais également, les nus-proprétaires auraient vraisemblablement trouvé, en fin d'usufruit, du matériel obsolète et sans valeur. Une nouvelle question se pose alors, à laquelle il serait bien

difficile de répondre : est-il nécessaire d'en passer par une altération des qualifications pour obtenir l'application d'un régime juridique particulier ou est-il possible, pour reprendre les termes du professeur Dross, « de conserver la qualification normalement applicable et de modifier en revanche le régime juridique qui l'assortit »¹⁵⁵ ?

56. Force est de constater qu'en mettant en place un quasi-usufruit conventionnel sur un portefeuille-titres, les parties cherchent, elles aussi, à échapper au régime juridique légalement applicable à savoir celui attaché à un usufruit grevant une universalité. Or, les faits sont têtus et si on s'en tient à la lettre de l'article 587 du code civil, le quasi-usufruit n'est envisagé que pour des biens consommables dès le premier usage¹⁵⁶. C'est la nature des biens eux-mêmes qui rend nécessaire l'attribution du pouvoir de disposition à l'usufruitier. Le quasi-usufruit ne devrait-il pas s'entendre comme une exception ? Son extension à des biens non consommables est loin d'être anodine en ce qu'elle dénature les droits du propriétaire, qui voit son droit réel dégénérer en droit personnel. Pour peu que l'on soutienne la thèse selon laquelle le quasi-usufruit confère un véritable droit de propriété au quasi-usufruitier, sous réserve de son obligation de restitution qui prend la forme d'une créance pour le nu-proprétaire, que reste-t-il du démembrement de la propriété ?¹⁵⁷ Plutôt que de vouloir à tout prix faire entrer un rond dans un carré, ne serait-il pas plus efficace de constituer un DRJS ?

◆ b) LE RECOURS AU DRJS

57. Sitôt que l'on admet qu'un DRJS puisse, à l'image d'un usufruit, être constitué sur toute espèce de bien, il devient naturel de s'interroger sur l'utilité de constituer un tel droit sur une chose consommable par le premier usage, domaine d'élection du quasi-usufruit légal, voire sur une chose fongible, dont nous venons d'exposer qu'il est admis qu'elle puisse faire l'objet d'un quasi-usufruit conventionnel.

155 W. Dross, Liberté contractuelle et qualification en droit des biens, in Liberté contractuelle et droits réels : LGDJ 2015, p. 253.

156 On notera que dans les travaux de l'Association Henri Capitant relatifs au projet de réforme du droit des biens, le groupe de travail avait prévu d'intégrer au code civil un article permettant de constituer conventionnellement un quasi-usufruit sur tout bien meuble non consommable. La fongibilité n'a pas été retenue comme critère de qualification : Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens, préc., p. 81.

157 Ce constat crée un véritable malaise en pratique. D'un côté, on va trouver des formules qui donnent tout pouvoir au quasi-usufruitier sans qu'il n'ait aucune garantie à donner au nu-proprétaire. De l'autre, on va trouver des formules qui prévoient non seulement que les valeurs mobilières objets du quasi-usufruit doivent être inscrites sur un compte démembrement usufruit/nue-propriété mais également sous entendent que le quasi-usufruitier n'a d'autre choix que de remployer le prix des titres cédés dans l'acquisition de nouveaux. Si on ajoute à cela une interdiction de nantir, on se demande ce qu'il reste du régime du quasi-usufruit sur titres (JCl. Notarial formulaire, V° Usufruit, fasc. 65). Or, ainsi qu'a pu le constater un auteur, toute diminution des pouvoirs du quasi-usufruitier risque de créer une situation intermédiaire entre l'usufruit simple et le quasi-usufruit, source d'erreurs et de complication notamment chez les établissements financiers (J.-C. Brault, Une convention de quasi-usufruit généralisée après le décès ? : Defrénois 1997, n° 1, p. 3 et s.).

150 R. Libchaber, Les incertitudes du quasi-usufruit : IP 3-2019, n° 02.1, p. 17, note n° 57.

151 Cass. civ. 3^e, 26 juin 1991 : n° 89-18.638 : D 1993, p. 93, note I. Freij-Dalloz ; JCPG 1992, II, 21825, note J.-F. Barbiéri ; RTD civ., 1992, p. 144, note F. Zenati.

152 Cass. req. 30 mars 1926 : DH 1926, p. 217.

153 La Cour semble consacrer une présomption selon laquelle « estimation vaut vente » et en conséquence volonté de mettre en place un quasi-usufruit.

154 Sur cette question, v. F. Zenati-Castaing et T. Revet, Les biens, préc., n° 152, p. 240.

◆ Ce que le DRJS ne permet pas

58. Si l'idée est à première vue séduisante, il reste que le recours à ce nouvel outil ne doit pas être conçu comme une bouée de sauvetage. Ainsi que nous l'avons en effet rappelé ci-avant, bien qu'il soit régi par la seule convention des parties, le DRJS n'en demeure pas moins un droit réel sur la chose d'autrui. Il dérive, comme ses concurrents nommés par le code civil, du droit de propriété auquel il ne saurait emprunter tous les caractères. S'il est donc envisageable de moduler les prérogatives accordées au titulaire d'un tel droit, ces adaptations ne doivent pas conduire à placer ce dernier sur le même plan qu'un propriétaire. À l'image d'un usufruitier, le titulaire d'un DRJS est, quel que soit l'objet de son droit, par principe tenu à une obligation de restitution en nature. Prétendre le contraire reviendrait au mieux à transposer purement et simplement le débat relatif au périmètre du quasi-usufruit sur le terrain des DRJS sans être par conséquent mieux à même de le trancher ; au pire à prétendre clore le débat par le biais de la constitution d'un DRJS dont on assumerait qu'il soit - indépendamment du fait de savoir s'il porte sur une chose consomptible - calqué sur le droit de propriété. Au vrai, la réflexion est ici moins guidée par le droit que par l'objet qui en constitue l'assiette ; et ce que l'on ne peut justifier au nom du respect de l'ordre public des biens par le biais de la constitution d'un quasi-usufruit conventionnel ne saurait davantage se justifier par le recours à une autre technique de démembrement.

Ceci étant rappelé, le recours au DRJS pourrait à l'inverse s'avérer très utile pour moduler la distribution des prérogatives au service d'une meilleure protection des intérêts du propriétaire¹⁵⁸.

◆ Ce que le DRJS permet : la réalisation de transmissions sur-mesure

59. La liberté offerte par les DRJS permettrait ainsi de réaliser des transmissions sur-mesure prenant en considération l'allongement de la durée de vie, l'évolution des besoins financiers de chacune des parties mais aussi l'accompagnement des enfants bénéficiaires de la transmission, vue non plus comme une unique occasion d'alléger l'impôt de succession mais comme un véritable passage de relais entre générations.

60. Ainsi, on pourrait imaginer la création d'un **DRJS sur un portefeuille titres dans le cadre duquel, des parents en transféreraient la propriété à leur enfant et se conserveraient une jouissance dont la teneur serait évolutive**. Ainsi, pour les besoins de notre exemple, on pourrait imaginer que la donation intervienne alors que l'enfant a 20 ans. Par ailleurs, les parents (i) souhaitent que leur enfant termine ses études et qu'il puisse disposer d'un petit capital à ses 30 ans, qui servira d'apport pour l'acquisition de sa première résidence principale, (ii) considèrent que 30 ans est le bon âge pour commencer à l'intéresser à la matière financière, et (iii) souhaiteraient qu'il puisse prendre les rênes de la gestion à

ses 45 ans, de manière à façonner le portefeuille en fonction de ses propres objectifs.

On pourrait donc imaginer une **jouissance qui distinguerait trois périodes** :

> la première jusqu'aux 30 ans de l'enfant qui laisserait toute liberté de gestion du portefeuille aux parents mais dans le cadre d'une allocation d'actifs qui serait précisément définie dans la convention ; cette dernière pourrait également définir une clef de répartition des revenus et plus-values, selon laquelle une quote-part serait réservée au réinvestissement, une quote-part serait appréhendée par les titulaires du droit de jouissance et une quote-part par le propriétaire ; bien évidemment, cette clef de répartition nécessitera que soit effectuée au préalable une planification financière prenant en compte les besoins en train de vie des parents ; il pourra être prévu que les sommes réservées à l'enfant propriétaire soient versées sur un compte ouvert à son nom et bloqué jusqu'à ses 30 ans ;

> la deuxième période s'ouvrirait aux 30 ans du propriétaire et aurait pour terme ses 45 ans ; les titulaires du droit de jouissance retrouveraient la possibilité d'apporter des modifications à l'allocation d'actifs mais uniquement après avoir consulté le propriétaire ; de même, son avis pourrait être exigé pour toute transaction dépassant un certain montant ou pour tout investissement au sein de produits complexes ; la clef de répartition des revenus et produits pourrait être différente ;

> enfin, la troisième période produirait ses effets aux 45 ans du propriétaire qui prendrait la main sur la gestion du portefeuille. Par ailleurs, la convention pourrait stipuler que les droits pécuniaires des parents soient limités aux seuls fruits.

61. Se pose également la question de la constitution d'un DRJS que les parties concevraient comme une **alternative à un quasi-usufruit sur une somme d'argent**. Nous avons rappelé¹⁵⁹ que lorsqu'il a pour objet une chose consomptible par le premier usage, l'usufruit confère à son titulaire le droit d'en disposer à charge de rendre des choses de même qualité et quantité ou d'en restituer la valeur estimée à la date de la restitution. De deux choses l'une : soit on retient l'analyse selon laquelle le nu-propriétaire devient titulaire d'un droit de créance, ce qui suppose d'admettre qu'il perd corrélativement la titularité de son droit réel de propriété ; soit on s'en remet à l'analyse selon laquelle le quasi-usufruitier n'est au fond qu'un usufruitier, et l'on ne peut là encore s'empêcher d'éprouver un certain malaise à l'idée de postuler le maintien d'un droit réel faute pour ce droit de pouvoir se rattacher à une chose dont la vocation première est de disparaître du patrimoine de l'usufruitier. Autrement dit, le maintien de la qualification de droit réel supposerait que le quasi-usufruitier de somme d'argent soit tenu à une obligation d'emploi dans l'acquisition d'un bien sur lequel les droits réels du nu-propriétaire et de l'usufruitier se reporteraient par un mécanisme de subrogation. On retrouve d'ailleurs un tel mécanisme dans le droit donné par l'article 602 du code civil au nu-propriétaire d'imposer l'emploi des sommes faute pour le quasi-usufruitier d'être en mesure de fournir caution ou une

158 V. § 28.

159 V. § 53.

autre forme de garantie. Le DRJS étant fondamentalement un droit réel, on ne saurait lui reconnaître qu'une seule application possible en ce domaine : celle consistant à obliger le titulaire de ce droit sur une somme d'argent à l'investir dans l'acquisition d'un bien dont la propriété se trouverait démembrée entre le propriétaire initial de cette somme d'argent et le titulaire du DRJS. On pourrait alors aisément imaginer dès la donation de cette somme d'argent une répartition originale des prérogatives sur le bien ultérieurement acquis et envisager le défaut d'emploi comme un abus de jouissance qui exposerait le titulaire du DRJS à la perte de son droit.

2° Le DRJS au service de la répartition des prérogatives pécuniaires

62. Aux termes de l'article 582 du code civil, « *l'usufruitier a le droit de jouir de toute espèce de fruits, soit naturels, soit industriels, soit civils que peut produire l'objet dont il a l'usufruit* ». Ce **droit aux fruits constitue la prérogative essentielle de l'usufruitier**. La Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler en prohibant la clause privant l'usufruitier de tout droit de vote en ce qu'elle ne lui permettait pas de voter les décisions concernant les bénéfices¹⁶⁰. Ainsi que le constate un auteur, « *une telle clause aurait pour effet de rendre illusoire le droit aux fruits* »¹⁶¹. De notre point de vue, la nouvelle rédaction de l'article 1844 du code civil issue de la loi n° 2019-744 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés du 19 juillet 2019 ne remet pas en cause la portée de cette décision¹⁶². Si l'usufruitier peut prétendre aux fruits du bien, en revanche, il n'a aucun droit sur les produits, d'où l'importance de la distinction entre les fruits et les produits.

◆ a) LA DISTINCTION ENTRE LES FRUITS ET LES PRODUITS, SOURCE DE DIFFICULTÉS

63. Les fruits peuvent se définir comme ce qui est fourni ou rapporté régulièrement par une chose sans que sa substance ne soit altérée. Ce qui caractérise donc les fruits, c'est d'une part leur périodicité et d'autre part le fait que leur prélèvement ne porte pas atteinte à la substance, autrement dit au capital. Les produits, au contraire, n'ont pas ce caractère de périodicité et épuisent plus ou moins définitivement la substance de la chose dont ils sont issus¹⁶³. C'est le cas par exemple des matériaux extraits d'une carrière ou des coupes de bois. Toutefois, ces mêmes produits peuvent devenir des fruits lorsqu'ils sont le

résultat d'une exploitation régulière mise en place par le propriétaire antérieurement à l'usufruit¹⁶⁴. La loi distingue trois types de fruits : les fruits naturels qui sont produits spontanément par les biens (fruits des arbres), les fruits industriels qui sont issus du travail, de l'industrie de l'homme et enfin, les fruits civils que sont les revenus en argent que la chose produit périodiquement tels que des loyers ou les intérêts¹⁶⁵. Si la distinction entre les fruits naturels et les fruits industriels n'a que peu d'importance car ils obéissent au même régime juridique, il n'en est pas de même entre ces deux catégories de fruits et les fruits civils¹⁶⁶. En effet, si les fruits naturels et industriels s'acquièrent par leur « *perception* »¹⁶⁷, les fruits civils sont censés s'acquérir dès leur naissance, jour par jour et appartiennent à l'usufruitier, à proportion de la durée de son usufruit¹⁶⁸.

64. Pensée initialement pour les immeubles, **la distinction entre les fruits et les produits devient une véritable source de complexité en présence de droits sociaux**, plus particulièrement s'agissant de la qualification à retenir concernant les dividendes.

Depuis quelques années, la Cour de cassation fait une distinction selon l'origine du dividende. Dans un premier temps, la Haute juridiction semblait avoir posé sa jurisprudence en décidant que « *les sommes qui, faisant partie du bénéfice distribuable sont, soit en vertu des statuts, soit après décision de l'assemblée générale, réparties entre les actionnaires, participent de la nature des fruits* »¹⁶⁹. En d'autres termes, le résultat devenant un fruit à partir de la décision de distribution, l'usufruitier a donc droit au **bénéfice distribué**. En revanche, il ne peut faire valoir aucun droit sur les **bénéfices distribuables**, c'est-à-dire en instance d'affectation ou mis en réserve¹⁷⁰. En décidant que seule une décision de l'assemblée générale est susceptible d'opérer la transformation de bénéfices sociaux en fruits, la

160 Cass. com., 31 mars 2004, n° 03-16.694 : JCPN 2004, 1303, comm. H. Hovasse ; Defrénois, 2005, p. 505, note D. Fiorina ; RTD civ. 2004, p. 318, obs. T. Revet ; RTD com., 2004, p. 542, obs. P. Le Cannu.

161 H. Hovasse, note ss Cass. com., 31 mars 2004, préc.

162 En ce sens, v. F. Deboissy et G. Wicker, JCPÉ 2019, 1531. - A. Tadros, Le démembrement des parts sociales après la loi de simplification du droit des sociétés : IP 2-2020, n° 02.6, § 17. - B. Dondero, La loi de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés : JCPÉ 2019, 1479, n° 14. - S. Godechot-Patris et V. Streiff : IP 3-2019, n° 3, § 6 et s.

163 C'est ce qui fait dire au professeur Atias que « *les produits constituent une catégorie intermédiaire entre capital et fruits. Comme ceux-ci, ils n'épuisent pas le capital en une fois et leur perception peut se répéter durablement ; mais à l'inverse, ils font partie du capital et, à la longue, finiraient par l'épuiser* » (C. Atias, Droit civil. Les biens, préc., n° 23, p. 27).

164 Ainsi, lorsqu'un bois de haute futaie est aménagé en coupe par les anciens propriétaires, les coupes deviennent des fruits acquis à l'usufruitier (C. civ., art. 591). De même, si à l'ouverture de l'usufruit, le propriétaire exploitait une carrière, l'usufruitier a la possibilité de poursuivre l'exploitation à son profit (C. civ., art. 598).

165 C. civ., art. 582 à 584.

166 V. Mercier, JCl. Civil Code, art. 582 à 599, fasc. 10, n° 11.

167 Il en résulte que si les fruits se sont accumulés avant l'ouverture de l'usufruit sans être perçus par le propriétaire, ils seront acquis à l'usufruitier. À l'inverse, les fruits produits avant la fin de l'usufruit mais non perçus par l'usufruitier appartiendront au propriétaire (F. Zenati-Castaing et T. Revet, Les biens, préc., n° 333, p. 492).

168 C. civ., art. 585 et 586.

169 Cass. com., 5 oct. 1999, n° 97-17.377 : D. 2000, note G. Morris-Becquet ; BJS 1999, p. 1109, note A. Couret ; Defrénois 2000, p. 40, obs. P. Le Cannu. Il est intéressant de noter que la Cour de cassation casse et annule l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier qui avait dénié la qualification de fruits civils aux dividendes dès lors que selon elle les dividendes des actions, qui ne présentent pas le double caractère de périodicité et de fixité, ne peuvent être assimilés à des fruits civils, leur perception supposant l'existence de bénéfices, aléatoires et au montant indéterminé et une délibération de l'assemblée générale décidant de leur distribution. Pour la Cour de cassation, les caractères de fixité et de périodicité ne sont donc pas essentiels à la qualification de fruit. V. égal. Cass. com., 28 nov. 2006, n° 04-17.486 : D. 2006, p. 3055, obs. A. Lienhard ; Dr. sociétés 2006, n° 12, comm. J. Monnet ; RTD civ. 2007, p. 149, obs. T. Revet ; JCPÉ 2007, n° 11, p. 33, obs. F. Deboissy et G. Wicker.

170 Cass. com., 10 févr. 2009, n° 07-21.806 : JCPÉ 2009, 1287, note H. Hovasse ; RTD civ. 2009, p. 348, obs. T. Revet ; Dr. sociétés 2009, comm. 71, note R. Mortier.

Cour de cassation semblait tirer toutes les conséquences de la personnalité juridique des personnes morales¹⁷¹.

Toutefois, en présence d'un démembrement de propriété, la fiction juridique de l'autonomie de personnalité morale disparaît, la Cour de cassation faisant prévaloir le droit des biens sur le droit des sociétés. C'est ainsi que selon la chambre commerciale de la Haute juridiction, lorsqu'un dividende est prélevé sur les réserves, le droit de jouissance de l'usufruitier des droits sociaux s'exerce, sauf convention contraire, sous la forme d'un quasi-usufruit¹⁷². Même si la Cour de cassation ne l'exprime pas expressément, on peut se risquer à avancer que par cette décision, elle qualifie le dividende prélevé sur les réserves de « produit » appartenant en tant que tel au nu-proprétaire et ce alors même que ces dernières participent du bénéfice social¹⁷³. En d'autres termes, la distribution d'une fraction des réserves correspondrait à la distribution d'une fraction du capital et l'usufruitier ne peut donc prétendre qu'à la jouissance de ce capital dont la propriété est acquise au nu-proprétaire¹⁷⁴. Toutefois, la Haute cour

laisse la possibilité aux usufruitiers et nus-proprétaires de décider conventionnellement d'un autre mode d'attribution. Ainsi, rien n'interdirait de stipuler une clause prévoyant que les réserves distribuées, voire certaines d'entre elles, appartiennent exclusivement à l'usufruitier. En d'autres termes, les parties seraient libres de qualifier ces distributions de fruits ou de produits. On comprend qu'une telle liberté qui dénature ce qui est de l'essence même de l'usufruit, à savoir la distinction entre les produits et les fruits, puisse choquer en doctrine¹⁷⁵.

La première chambre civile de la Cour de cassation a posé, de son côté, les bases d'une analyse quelque peu différente laissant les auteurs perplexes ou à tout le moins divisés sur la portée de sa décision¹⁷⁶. En effet, en énonçant que : « *si l'usufruitier a droit aux bénéfices distribués, il n'a aucun droit sur les bénéfices qui ont été mis en réserve, lesquels constituent l'accroissement de l'actif social et reviennent en tant que tel au [seul] nu-proprétaire* », non seulement la Cour de cassation semble écarter tout droit de jouissance de l'usufruitier sur les réserves mises en distribution mais également ne semble pas admettre la possibilité d'une convention contraire¹⁷⁷.

65. Au-delà de ces incertitudes, dès lors que la Cour de cassation fait abstraction de l'autonomie de la personne morale pour appliquer le droit des biens, pourquoi ne pas descendre encore plus en granularité et aller rechercher, à l'instar du droit fiscal en présence de sociétés de personnes¹⁷⁸, au sein du bénéfice social ce qui participe du résultat courant et qui serait acquis à l'usufruitier et ce qui participe du résultat exceptionnel, telles que les plus-values d'actif, qui serait acquis au nu-proprétaire ? Cette question est d'autant plus importante qu'en pratique, le mécanisme sociétaire est également très utilisé pour pallier les inconvénients du régime de l'usufruit lorsqu'il porte sur un portefeuille-titres¹⁷⁹. En effet, en se fondant sur l'autonomie de la personne morale et sur le fait que

171 La réalité de la personnalité juridique des personnes morales a été maintes fois rappelée par la Cour de cassation. C'est ainsi qu'elle a refusé de considérer qu'une décision d'assemblée générale dans le cadre de laquelle les associés avaient voté à l'unanimité une disproportion entre les droits sociaux et les droits aux bénéfices pouvait constituer une donation indirecte (Cass. com., 18 déc. 2012, n° 11-27.745 : RFN 2013, comm. 4, note R. Mortier ; JCPN 2013, 1010, note J.-P. Garçon ; Dr. sociétés, 2013, n° 3, comm. H. Hovasse). C'est également pour cette raison qu'elle a jugé que la décision d'affectation des bénéfices en réserve ne pouvait s'analyser en une donation indirecte (Cass. com., 10 févr. 2009, n° 07-21.806 : JCPE 2009, 1287, note H. Hovasse ; Dr. sociétés 2009, comm. 71, note R. Mortier).

172 Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-16.246 : W. Dross, Les dividendes sont-ils des fruits sociaux ? : RTD civ. 2015, p. 658 ; JCPE 2015, comm. 1354, note H. Hovasse ; BJS 2015, n° 9, p. 409, note R. Mortier ; T. Léobon, Actif successoral : sort des dividendes prélevées sur les réserves lorsque les droits sociaux sont démembres : LPA 2017, n° 106, p. 28.

173 Le bénéfice distribuable est défini par le code de commerce comme : « le bénéfice de l'exercice, diminué des pertes antérieures, ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts, et augmenté du report bénéficiaire » (C. com. art. L 232-11). Non seulement le bénéfice comprend les sommes qui seront mises en réserves mais également, il n'est pas distingué selon que ce bénéfice provienne du résultat d'exploitation ou d'opérations exceptionnelles.

174 Cette position correspond à celle d'une partie de la doctrine : J. Leblond, Les droits respectifs du nu-proprétaire et de l'usufruitier dans les bénéfices, les réserves, les remboursements et amortissement du capital, ainsi que dans les augmentations de capital en numéraire ou par incorporation de réserves : Gaz. Pal. 1956, doct. p. 1. - P. Cordonnier, De quelques problèmes concernant les actions grevées d'usufruit, en cas d'augmentation du capital social par mise en souscription d'actions nouvelles : Journ. sociétés 1961, p. 67 et s. - F.-D. Poitral, L'usufruit conventionnel d'action, un outil financier méconnu, préc., p. 4 et s. - A. Colomer, Réserves des sociétés et régimes matrimoniaux communautaires : Defrénois 1980, art. 32380, n° 16. - J.-P. Chazal, L'usufruitier et l'associé : Defrénois 2000, art. 37191, n° 7. - P. Julien Saint-Amand, Mémento Patrimoine : Éd. Francis Lefebvre 2013-2014, n° 3272 et 3563. Une autre partie de la doctrine, se fondant sur l'autonomie de la personne morale, considère en revanche qu'un tel prélèvement sur les réserves est un fruit revenant à l'usufruitier seul : H. Hovasse, Le démembrement des droits sociaux : Act. prat. 1994, n° 15, p. 5, n° 20. - Y. Paclot, Remarques sur le démembrement des droits sociaux : JCPE 1997, p. 314, n° 5. - R. Mortier et Y. Kerambrun, Pourquoi les réserves distribuées sont à l'usufruitier et à lui seul ! : JCPN 2009, 1264. - H. Hovasse, note ss Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-16.246 : JCPE 2015, comm. 1354, préc. - R. Mortier, note ss Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-16.246 : BJS 2015, préc. Pour le professeur Wicker, si le dividende distribué ne peut s'analyser que comme un fruit, le droit de les appréhender ne revient pas nécessairement au seul usufruitier (G. Wicker, Démembrement des titres sociaux et quasi-usufruit sur les réserves distribuées : IP 3-2019, n° 02.3).

175 R. Mortier, Abracadabra ! De l'usufruit sur droits sociaux au quasi-usufruit sur dividendes : BJS 2015, préc. - H. Hovasse et R. Mortier, L'usufruit de droits sociaux : APIS 2009, n° 105, dossier 3.

176 Pour ceux qui soulignent une divergence jurisprudentielle, v. R. Mortier, BJS 2016, p. 568 ; H. Hovasse, Dr. sociétés 2016, n° 141 ; S. Le Normand-Caillière, JCPN 2016, n° 39, comm. 1239 ; C. Orhac et F. Fruleux, Distribution de réserves en présence d'un démembrement : convergences et divergences jurisprudentielles : APSP 2016, n° 4, 4. - Pour ceux qui n'y voit aucune contrariété, v. M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, Droit des sociétés : LexisNexis, 32^e éd., p. 217, n° 508 ; P. Julien Saint-Amand et S. Gonsard, Droits sociaux démembres et distribution de réserves : la Cour de cassation se prononce à nouveau : BPAT 5/2016, p. 5.

177 Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 2016, n° 15-19.471.

178 Aux termes de l'article 8 du CGI, « en cas de démembrement de la propriété de tout ou partie des parts sociales, l'usufruitier est soumis à l'impôt sur le revenu pour la quote-part correspondant aux droits dans les bénéfices que lui confère sa qualité d'usufruitier. Le nu-proprétaire n'est pas soumis à l'impôt sur le revenu à raison du résultat imposé au nom de l'usufruitier ». Il en résulte que « l'usufruitier est, en pratique, imposable à hauteur des bénéfices courants de l'exploitation et le nu-proprétaire à hauteur des profits exceptionnels » (BOI-BIC-CHAMP-70-20-10-20, 12 sept. 2012, § 100 et s.).

179 On en citera principalement deux : la portée des droits pécuniaires de l'usufruitier en présence de titres de capitalisation dont la matérialisation du rendement impose de les céder et le fait que l'usufruitier soit taxable sur les plus-values d'arbitrages générées par la gestion du portefeuille-titres. Égal., v. § 50 et s.

le résultat exceptionnel participe du résultat social au même titre que le résultat courant, la pratique a pu légitimement considérer que l'interposition d'une société civile permet à l'usufruitier d'appréhender les plus-values de cession de titres. Mieux, certains considèrent qu'au travers d'une société de gestion, les plus-values latentes pourraient elles aussi faire partie du résultat distribuable à l'usufruitier¹⁸⁰. Ces positions doivent-elles être reconsidérées à la lumière des décisions de la Cour de cassation rendues en matière de distribution de réserves ? À l'inverse, on trouve des statuts qui, forts de la jurisprudence de la première chambre civile¹⁸¹, attribuent aux seuls nus-propriétaires, sans report du droit de jouissance de l'usufruitier, les plus-values de l'actif immobilisé.

66. Quel bilan tirer de tout cela ? Autonomie de la volonté qui peut décider des qualifications juridiques et même de celles revêtant un caractère d'ordre public ? Disparition des effets juridiques de la personnalité morale ? Possibilité de définir dans les statuts ce qui serait du résultat exceptionnel et ce qui serait du résultat courant pour adapter les droits respectifs de l'usufruitier et du nu-propriétaire sur les sommes mises en distribution ? Une telle absence de lisibilité qui génère une forte insécurité juridique ne peut qu'amener le praticien à de la prudence et, pourquoi pas à se tourner vers un cadre plus fiable où la liberté contractuelle ne viendra pas se heurter à l'ordre public de l'usufruit.

◆ b) LE RECOURS AU DRJS

67. Non tenues par les dispositions impératives de l'article 578 du code civil, les parties ont toute latitude pour décider d'une répartition des fruits et produits des titres sociaux collée au plus près de leurs objectifs patrimoniaux. Ainsi, il pourrait être prévu que le titulaire du DRJS puisse se réserver tous les dividendes distribués quelle que soit leur origine. À l'inverse, on pourrait imaginer que le propriétaire ait droit à une quote-part du dividende¹⁸². Comme vu ci-avant¹⁸³, la clef de répartition pourrait être évolutive en fonction d'événements bien définis au sein de la convention.

B. Conséquences successorales

68. Lorsqu'elle procède d'une libéralité, la constitution d'un DRJS pose la question de son traitement successoral et de ses conséquences sur les opérations de liquidation. L'établissement de la masse à partager suppose de s'interroger sur l'impact de telles libéralités sur les mécanismes de la réunion fictive (1°) et du rapport (2°).

180 P. Berger et F. Collard, JCl. Ingénierie du patrimoine, V° Structuration du patrimoine, fasc. 140, n° 18.

181 Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 2016, n° 15-19.471, préc.

182 R. Mortier, Quelles nouvelles libertés suite à la consécration jurisprudentielle des droits réels conventionnels de jouissance ? : JCPN 2014, 1284. - S. Le Normand-Caillière : APIS 2019, n° 165, dossier 14, p. 35, n° 25.

183 V. § 60.

1° La réunion fictive des libéralités

69. En présence d'une donation en usufruit ou en nue-propriété, deux hypothèses peuvent se présenter :

- soit **l'usufruit s'est éteint au jour du décès du disposant**, et l'on distinguera là encore selon que la pleine propriété s'est reconstituée sur la tête du donataire ou sur celle du donateur ; dans le premier cas qui vise l'hypothèse d'une donation en nue-propriété, la réunion fictive s'effectue à la valeur en pleine propriété du bien au jour du décès¹⁸⁴ ; dans le second cas, lequel suppose d'imaginer que la pleine propriété s'est reconstituée sur la tête du *de cuius* dans l'hypothèse où la donation n'était que de l'usufruit d'un bien, cette donation ne donne pas lieu à réunion fictive¹⁸⁵ ;

- soit, à l'inverse, **l'usufruit ne s'est pas éteint**. Tel sera le cas lorsque la donation aura été consentie avec réserve d'un usufruit réversible ou lorsqu'il s'agira d'une donation d'un usufruit temporaire. La masse de calcul doit là encore comprendre la valeur des biens en pleine propriété : la nue-propriété figure en effet parmi les biens existants alors que l'usufruit doit être réuni fictivement.

Ces règles nous paraissent devoir être transposées à l'hypothèse d'une donation de DRJS ou d'une donation en propriété assortie d'une réserve de DRJS, y compris lorsque que ce droit ne revêt pas un caractère viager. En effet, dans ce dernier cas, la propriété donnée sera fictivement réunie aux biens existants, alors que le DRJS figurera parmi les biens existants pour sa valeur résiduelle.

70. Il reste à s'interroger sur les **modalités d'imputation d'une libéralité portant sur un DRJS**¹⁸⁶. La réponse à cette question est d'autant plus importante que tout laisse à penser que le champ d'application de l'article 917 du code civil - en vertu duquel les héritiers réservataires ont le choix entre laisser la libéralité en usufruit s'exécuter pleinement et substituer au legs en usufruit le legs de la quotité disponible en pleine propriété - n'a pas vocation à embrasser les libéralités portant sur un DRJS¹⁸⁷. Signalons d'emblée que les modalités d'imputation retenues pour les libéralités en usufruit nous semblent là encore devoir être transposées dans l'hypothèse d'une libéralité portant sur un DRJS, ou créatrice d'un tel droit par rétention. Il s'agit en effet dans un cas comme dans l'autre

184 Cass. civ. 1^{re}, 14 oct. 1981, n° 79-15.946 : RTD civ. 1982, p. 641, note J. Patarin.

185 V. M. Grimaldi, Droit des successions : LexisNexis, 7^e éd., 2017, n° 815.

186 On rappellera que la présomption édictée à l'article 918 de donation hors part successorale relative aux ventes consenties à un successible en ligne directe, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdus, ou avec réserve d'usufruit par les vendeurs ne s'étend pas à l'hypothèse d'une réserve d'un simple droit d'usage et d'habitation (V. en ce sens Cass. civ. 1^{re}, 10 juill. 1996, préc.). On en déduira qu'il en ira de même d'une vente avec réserve de DRJS. Il en résulte que la vente ne générera aucune présomption de gratuité, et que les successibles en ligne directe n'auront donc pas vocation à y intervenir. On réservera bien évidemment dans l'hypothèse dans laquelle ce droit serait frauduleusement ainsi qualifié dans l'unique objectif de contourner cette disposition.

187 Selon la Cour de cassation, le domaine de cette règle, dont on rappellera qu'elle ne concerne que les libéralités en usufruit ou en rente viagère, ne s'étend pas « hors les cas qu'elle prévoit » (Cass. civ. 1^{re}, 3 mars 1992, n° 90-16.201 : Bull. civ. I, n° 74).

de comparer des droits dont la nature est différente de celle qui forme leur secteur d'imputation. Faut-il donc, pour mesurer l'impact d'une telle libéralité sur la quotité disponible et sur la réserve, déterminer au préalable la valeur économique de ce droit avant de l'imputer sur son secteur d'imputation ou s'orienter vers une imputation en assiette ? Sitôt que l'on tient pour acquis le principe selon lequel la réserve héréditaire doit être assurée en pleine propriété¹⁸⁸, seule la seconde méthode est envisageable. Lorsque la libéralité porte sur un droit démembré, il y a lieu de procéder à son imputation en assiette en retenant la valeur en pleine propriété de l'actif sous-jacent¹⁸⁹. Ainsi, lorsque la libéralité porte sur un DRJS et que le disponible est en propriété, on impute la totalité de l'assiette de la libéralité sur la partie du secteur d'imputation correspondant à ce droit. À supposer que l'assiette de la libéralité dépasse celle de la quotité disponible, l'opération permettra uniquement à ce stade de déterminer la proportion dans laquelle celle-ci sera réductible. C'est au stade ultime de la sanction de l'atteinte à la réserve que l'indemnité de réduction sera déterminée à partir de la fraction réductible de la valeur, ici économique, de ce droit.

Exemple : Prenons le cas d'une succession à laquelle sont appelés un héritier réservataire et le partenaire pacsé du *de cuius*. L'actif de la succession comprend uniquement un immeuble estimé à 500 000 euros en pleine propriété. La réserve est dans notre cas de 250 000 € et la quotité disponible ordinaire de la même somme de 250 000 €. Le *de cuius* a légué un DRJS sur cet immeuble que l'on peut estimer à la somme de 200 000 € selon son évaluation économique. Si l'on procède à une conversion de la valeur de ce droit avant de l'imputer pour sa valeur de 200 000 €, la libéralité ne serait pas réductible et laisserait même un disponible de 50 000 €. Si la méthode ne paraît pas de prime abord illogique, elle doit être rejetée en ce qu'elle ne permet pas de garantir à l'héritier sa réserve en pleine propriété. C'est donc vers la méthode de l'imputation en assiette qu'il faut se diriger. On procédera à une imputation de la totalité de l'assiette de ce DRJS, soit le DRJS d'un bien estimé à la somme de 500 000 €, sur la partie du secteur d'imputation qui correspond à ce droit. L'application de cette méthode révèle un dépassement de la quotité disponible à concurrence de la moitié de cette libéralité (soit 250 000/500 000³). Le réservataire recevra donc une indemnité de réduction que l'on peut estimer à la somme de 100 000 € (soit 200 000/2). On pourrait conseiller le recours à une renonciation anticipée à l'action en réduction¹⁹⁰, laquelle permettrait, en accord avec l'héritier réservataire renonçant, de conférer à la partenaire des droits non limités à la quotité disponible ordinaire.

188 V. M. Grimaldi, préc., n° 855. La jurisprudence est en ce sens (v. Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 1991 : Bull. civ. I, n° 100).

189 N. Duchange, Démembrement de propriété et libéralités : recherche d'un système cohérent d'imputation : RTD civ. 2001, p. 795, spéc. n° 2.

190 Régie par les articles 929 et suivants du code civil.

2° Le rapport

71. Aux termes de l'article 860 du code civil, « *Le rapport est dû de la valeur du bien donné à l'époque du partage, d'après son état à l'époque de la donation.* »

Le rapport vise à reconstituer la masse à partager telle qu'elle serait si la donation rapportable n'avait pas eu lieu : s'il n'y avait pas eu de donation, le bien se trouverait au jour du partage en pleine propriété dans la masse à partager. C'est ainsi que le rapport de la donation simple d'une nue-propriété dont le donateur s'est réservé l'usufruit est égal à la valeur, au partage, de la pleine propriété du bien car le donataire est, à cette date, devenu plein propriétaire¹⁹¹. La solution doit selon nous être transposée dans l'hypothèse de la **donation de la propriété d'un bien avec réserve d'un DRJS viager** dans la mesure où, dans ce cas comme dans celui de la réserve d'un usufruit viager, le donataire recouvrera la pleine propriété du bien débarrassé de ce DRJS au décès du donateur.

72. Si en revanche au jour du partage le donataire débiteur du rapport a reçu un **bien qui se trouve encore grevé d'un DRJS**, que le donateur aurait par hypothèse retenu en l'ayant stipulé transmissible lors de la donation puis légué à un tiers, il y aura lieu d'apprécier la valeur de ce bien en déduisant de celle-ci de la valeur économique du DRJS qui le greve.

73. Il reste enfin à examiner le cas dans lequel le **DRJS serait éteint avant l'ouverture de la succession du donateur**. Nous savons que dans ce cas de figure, le rapport d'un usufruit est égal à zéro pour cette simple raison que le rapport d'un bien se fait, ainsi que nous l'avons ci-dessus rappelé, pour sa valeur au partage¹⁹². On peut néanmoins hésiter lorsque la donation porte sur un DRJS conférant notamment un droit aux fruits d'un bien. L'article 851 du code civil prévoit en effet le rapport de la donation de fruits ou de revenus. Le montant du rapport sera alors égal à la valeur capitalisée des revenus encaissés par le titulaire du DRJS sur la durée de son droit. Quoiqu'il en soit, ce mode d'évaluation supposera d'obtenir l'accord de l'ensemble des intéressés.

C. Cas pratiques chiffrés

74. Nous allons à présent, à travers deux exemples, tenter de prendre la mesure des conséquences, dont toutes ne sont pas nécessairement avantageuses, associées à la constitution d'un DRJS.

1° Cas pratique n° 1 : M. Dupont (organiser une jouissance alternative par la constitution d'un DRJS à durée fixe)

◆ LES SOUHAITS EXPRIMÉS PAR M. DUPONT

75. M. Dupont vous consulte car il souhaiterait gratifier son enfant, divorcé et en situation de précarité financière,

191 Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 1971 : Defrénois 1972, art. 30044. - Cass. civ. 1^{re}, 5 févr. 1975 : JCPG 1976, II, 18249, note M. Dagot. - Cass. civ. 1^{re}, 28 sept. 2011, n° 10-20.354.

192 M. Grimaldi, Droit des successions, préc., n° 766.

d'un droit aux loyers générés par un logement idéalement situé en bord de mer, et actuellement loué à titre de résidence principale par un couple d'enseignants. Il serait disposé à conférer ce droit pour une durée de quinze ans. Ce bien est estimé, pour sa valeur en pleine propriété, à la somme de 500 000 € et sa rentabilité est évaluée à 5 % nette de charges. M. Dupont vous précise qu'il est assujéti à l'IFI. Il vous indique être soucieux de conserver un œil sur la gestion que son fils aura de ce bien et, en particulier, de s'assurer de la récupération du logement vide à la fin de la période de jouissance ainsi conférée pour pouvoir en profiter à son tour pour ses vieux jours. Il exige d'être associé, à peine de déchéance du droit constitué, au choix des futurs locataires¹⁹³. Ce point est essentiel, étant entendu que les locataires actuels lui ont officieusement indiqué qu'ils cherchent à acquérir un bien. Craignant que son fils profite de ses droits sur ce logement pour s'y prélasser, il entend limiter la jouissance qu'il projette de concéder à ce dernier à la seule perception des loyers et lui interdire corrélativement de l'occuper à titre personnel. La libre cessibilité de ce droit serait préservée - à l'exclusion de la cession à titre gratuit entre vifs - afin de permettre au fils de M. Dupont de disposer d'un capital si cela s'avérait nécessaire. Dans cette hypothèse, le droit ainsi conféré évoluerait pour permettre au cessionnaire d'occuper le logement s'il le souhaite.

◆ L'EXCLUSION DES DROITS RÉELS NOMMÉS ET LE CHOIX D'UN DRJS

76. Se pose d'abord la question de savoir si la constitution d'un usufruit serait susceptible de répondre aux attentes très précises de M. Dupont. Dit autrement, le recours à l'usufruit autorise-t-il les parties à moduler les prérogatives de l'usufruitier dans de telles proportions ?

Rappelons que préalablement à la constitution d'un DRJS, le rédacteur doit, pour être en mesure de justifier de la spécialité de la jouissance, **s'assurer de l'impossibilité d'aménager les droits réels qui sont définis par la loi**. Deux éléments plaident en l'espèce en faveur de la constitution d'un DRJS :

- il est en premier lieu évident que le droit de jouir « *comme le propriétaire lui-même* » qui caractérise l'usufruit ne permet pas d'envisager d'interdire à son titulaire de jouir du bien en l'occupant ; le recours à la constitution d'un droit d'habitation, dont on rappellera qu'il implique que son titulaire fasse du bien objet de son droit un usage personnel, paraît devoir être également exclu ; cette première considération doit à elle seule inciter le rédacteur de l'acte à s'orienter vers la constitution d'un DRJS ;

- qu'en est-il en second lieu de la restriction consistant en l'obligation imposée à son fils de conclure exclusivement des baux hors du champ d'application de la loi de 1989 pour s'assurer, le moment venu, la possibilité de recouvrer plus aisément la jouissance de ce logement ? La difficulté provient ici de ce que le périmètre des prérogatives que

la loi accorde à l'usufruitier est déterminé à partir de la destination concrète donnée par le propriétaire à son bien avant la naissance de l'usufruit. Sitôt que l'on s'accorde à appréhender la notion de destination sous ce prisme, on ne voit pas comment le propriétaire pourrait circonscrire les modalités de la future jouissance d'un logement actuellement loué à titre de résidence principale à la seule possibilité de le louer à titre de résidence secondaire ou en meublé de tourisme au prétexte de la nécessité d'en conserver la substance¹⁹⁴. La destination actuelle du bien n'est autre que celle, plus générale, d'un local à usage d'habitation¹⁹⁵. Il paraît de surcroît difficile, sans modeler à l'excès la définition des prérogatives accordées à un usufruitier, de distinguer selon les modalités de location à usage d'habitation et de défendre l'idée selon laquelle seules certaines d'entre elles relèveraient d'un acte de gestion raisonnable.

77. La limitation des prérogatives ainsi octroyées - renforcée par une cessibilité limitée aux actes à titre onéreux - par le donateur à son fils doit selon nous conduire le rédacteur à envisager la **constitution d'un DRJS à durée fixe**. Cette qualification d'impose d'autant plus que ce droit aurait un caractère évolutif pour tenir compte de son éventuelle cession au profit d'un tiers. Ainsi qualifié, ce droit ouvre des perspectives que M. Dupont et son fils n'auraient pu envisager à partir d'une donation temporaire d'usufruit. Ainsi peut-il être envisagé de débarrasser ce droit de l'aléa associé au caractère viager de l'usufruit en stipulant une durée fixe et en dérogeant aux dispositions de l'article 617 du code civil, dont on rappellera qu'elles sont pour un DRJS supplétives de volonté. Il en résultera la possibilité pour le fils de M. Dupont de garantir la durée de ce DRJS pour le cas où il envisagerait de le céder à un tiers.

◆ LES CONSÉQUENCES FISCALES DU SCHÉMA ENVISAGÉ

◇ Au regard des droits de mutation à titre gratuit

78. Hypothèse de la donation d'un usufruit d'une durée de 15 ans - L'usufruit est fiscalement valorisé à 23 % par tranche de 10 ans sans fraction et sans égard à l'âge de l'usufruitier¹⁹⁶. Dans notre exemple la donation temporaire d'un usufruit de 15 ans est donc évaluée, selon le barème fiscal, à la somme de 230 000 €. Une telle donation est soumise

194 Sur la notion de destination, v. E. Dockès, Essai sur la notion d'usufruit, préc.

195 Seul un changement d'usage pourrait selon nous s'apparenter à une altération de la substance de la chose. C'est ainsi que selon la Cour de cassation, « *la conclusion par l'usufruitier d'un bail commercial sur les lieux destinés à un autre usage constitue, en elle-même, une altération de la substance de la chose soumise à usufruit et peut caractériser un abus de jouissance de nature à entraîner la déchéance de l'usufruit* » (Cass. civ. 3^e, 5 mars 1986 : Bull. civ. III, n° 24. - Cass. civ. 3^e, 4 mars 1987 : Bull. civ. III, n° 43. - TGI Bressuire, 8 juill. 1969 : Gaz. Pal. 1974, doct. 57. En revanche dans l'hypothèse très précise dans laquelle le propriétaire aurait donné une destination très restreinte à son bien avant d'en concéder l'usufruit, le praticien devra redoubler de prudence car, à l'évidence, la constitution d'un DRJS ne se justifierait pas.

196 CGI, art. 669, II.

193 On pourrait même imaginer qu'à dans le cadre d'un DRJS, celui-ci se réserve le droit de choisir seul les futurs locataires.

aux droits de donation après application de l'abattement légal d'un montant de 100 000 € par parent et par enfant.

Fraction de part nette taxable	Taux d'imposition
N'excédant pas 8 072 €	5 %
Comprise entre 8 073 € et 12 109 €	10 %
Comprise entre 12 110 € et 15 932 €	15 %
Comprise entre 15 933 € et 552 324 €	20 %
Comprise entre 552 325 € et 902 838 €	30 %
Comprise entre 902 839 € et 1 805 677 €	40 %
Au-delà de 1 805 677 €	45 %
Assiette de calcul des droits de donation	230 000 €
Abattement personnel disponible	-100 000 €
Base taxable (taux marginal de 20 %)	130 000 €
Part nette taxable pour la fraction n'excédant pas 8 072 € (5 %)	404 €
Part nette taxable pour la fraction comprise entre 8 073 € et 12 109 € (10 %)	404 €
Part nette taxable pour la fraction comprise entre 12 110 € et 15 932 € (15 %)	573 €
Part nette taxable pour la fraction comprise entre 15 933 € et 130 000 € (20 %)	22 813
Droits de donation	24 194 €

79. Hypothèse de la donation d'un DRJS - Le champ d'application de l'article 669 du CGI ne s'étend pas aux DRJS¹⁹⁷. Il convient donc d'effectuer une évaluation économique de ce droit.

Base taxable de la donation d'un DRJS d'une durée de 15 ans : 303 000 €¹⁹⁸.

Fraction de part nette taxable	Taux d'imposition
N'excédant pas 8 072 €	5 %
Comprise entre 8 073 € et 12 109 €	10 %
Comprise entre 12 110 € et 15 932 €	15 %
Comprise entre 15 933 € et 552 324 €	20 %
Comprise entre 552 325 € et 902 838 €	30 %
Comprise entre 902 839 € et 1 805 677 €	40 %
Au-delà de 1 805 677 €	45 %

197 J.-J. Lubin, Quelle fiscalité pour les droits réels de jouissance spéciale ? : IP 1-2021, n° 02.4, § 6.

198 Pour le calcul de cette valeur, v. I. Perez Mas, Évaluer un droit réel de jouissance spéciale : IP 1-2021, n° 02.7, § 7.

Fraction de part nette taxable	Taux d'imposition
Assiette de calcul des droits de donation	303 000 €
Abattement personnel disponible	-100 000 €
Base taxable (taux marginal de 20 %)	203 000 €
Part nette taxable pour la fraction n'excédant pas 8 072 € (5 %)	404 €
Part nette taxable pour la fraction comprise entre 8 073 € et 12 109 € (10 %)	404 €
Part nette taxable pour la fraction comprise entre 12 110 € et 15 932 € (15 %)	573 €
Part nette taxable pour la fraction comprise entre 15 933 € et 130 000 € (20 %)	37 413
Droits de donation	38 794 €

80. Le nécessité de recourir à une évaluation économique du DRJS a, dans notre exemple, pour conséquence d'alourdir la taxation de la donation. La démonstration est ainsi faite que **l'option pour un DRJS n'est pas systématiquement moins coûteuse sur le plan fiscal. Si l'on peut parler d'optimisation, celle-ci est dans notre exemple davantage d'ordre économique et juridique que d'ordre fiscal.** Cette impression se renforce à l'examen des conséquences qui en résultent au regard de l'IFI.

♦ Au regard de l'IFI

81. Hypothèse de la donation d'un usufruit temporaire - On rappellera l'intérêt qu'il peut y avoir pour le donateur assujéti à l'IFI de consentir à une donation d'un usufruit à durée fixe. Il reviendra en effet à l'avenir à l'enfant, généralement non assujéti à cet impôt, de déclarer l'actif objet de son usufruit pour sa valeur en pleine propriété en application des articles 965 et 968, alinéa 1^{er} du CGI. Se voulant rassurants sur les risques potentiellement encourus pour ce type d'opération au regard de la nouvelle procédure codifiée à l'article L. 64 A du LPF dite « mini abus de droit », les commentaires administratifs sont venus préciser que « *le caractère temporaire d'une transmission de l'usufruit, n'est pas en soi abusif dès lors qu'il est doté d'une substance patrimoniale effective et ne prévoit pas de clauses manifestement abusives (telle qu'une donation librement révocable par le donateur).* ».

Il est en pratique conseillé, pour sécuriser l'opération, de respecter les recommandations données par l'administration fiscale en cas de donation d'usufruit temporaire à un organisme sans but lucratif. On rappellera qu'elles consistent à recourir à une donation par acte notarié, à réaliser une transmission d'une durée au moins égale à 3 ans, à veiller à faire porter la donation sur un bien productif de revenus et à préserver les droits de l'usufruitier¹⁹⁹. On notera que l'administration précise qu'« *aucune disposition ne doit fixer un montant maximal de revenus à percevoir par l'usufruitier ou prévoir la possibilité d'un prélèvement du nu-propriétaire sur les*

199 BOI-PAT-IFI-20-20-30-10, 8 juin 2018, § 280.

fruits. ». Au vrai, la recommandation a de quoi étonner. En effet on ne voit pas comment une convention pourrait, sur le terrain juridique, plafonner ou moduler la vocation d'un usufruitier à percevoir tous les fruits. Il s'agit en effet d'une prérogative qui participe de la définition de ce droit réel de jouissance générale. Une telle limitation des prérogatives du titulaire d'un droit à des (et non aux) fruits ne pourrait à l'évidence - à la lumière de l'évolution du droit des biens depuis 2012 - se concevoir autrement que par le biais de la constitution d'un DRJS.

On supposera que les actifs immobiliers de M. Dupont sont évalués, au 1^{er} janvier 2020, à la somme de 2 000 000 €, après prise en compte de l'abattement sur sa résidence principale.

Dans l'hypothèse de la donation d'un usufruit temporaire :

- IFI avant la donation : 7 348 €
- IFI après la donation : 3 873 €
- économie d'IFI : 3 475 €, soit plus de 50 000 € sur 15 ans.

82. Hypothèse de la donation d'un DRJS - La règle codifiée à l'article 968 du CGI ne trouvant pas à s'appliquer, il y aura lieu de s'en remettre au principe d'une imposition partagée²⁰⁰ entre M. Dupont et son fils.

> IFI avant la donation : 7 348 €

> IFI après la donation :

- la première année : la base imposable est d'un montant de 1 697 000 (soit 1 500 000 € de patrimoine taxable hors bien dont le DRJS est donné + 197 000 €²⁰¹), soit 5 242 € ; l'économie d'IFI n'est plus ici que de 2 106 € ;

- la deuxième année : la base imposable est d'un montant de 1 722 000 € (soit 1 500 000 € de patrimoine taxable hors bien dont le DRJS est donné + 222 000 €²⁰²), soit 5 416 € ; l'économie d'IFI n'est plus ici que de 1 932 €

- etc.

On notera là encore que **l'option pour un DRJS ne permet pas d'envisager une économie d'impôts**. Outre que la constitution d'un tel droit donne lieu à une imposition partagée, la valeur de celui-ci ne fera en effet qu'augmenter dans le patrimoine de M. Dupont à mesure que le temps passe, pour aboutir à terme à une valeur équivalente à celle de la pleine propriété²⁰³.

♦ Au regard de l'article 13, 5 du CGI

83. Rappelons qu'en application de l'article 13, 5 du CGI, est imposé comme un revenu le prix de la première cession à titre onéreux de l'usufruit stipulé à durée fixe par une personne physique ou une personne morale relevant des articles 8 à 8 ter. Le prix perçu par le fils de M. Dupont, pour le cas où

il déciderait de céder son droit, serait appréhendé comme le flux actualisé des revenus générés par l'actif sous-jacent. N'est cependant ici visée que la cession à titre onéreux d'un usufruit temporaire, à l'exclusion de tout autre droit réel. L'éviction de ce dispositif aura pour conséquence de placer la plus-value réalisée à l'occasion de la cession sous le régime moins confiscatoire des plus-values immobilières privées²⁰⁴. La cession générera une taxation au taux de 19 %, majorée des prélèvements sociaux, à hauteur de 17,2 %. Cette plus-value sera diminuée d'abattements pour durée de détention. Nous rappellerons toutefois que le sort fiscal de la convention dépend de la justesse de la qualification sur le plan juridique. Le DRJS ici constitué se distingue des droits réels répertoriés par la loi à un double niveau. C'est d'abord au niveau de la distribution des prérogatives entre le titulaire de ce droit et le propriétaire que la convention fait ressortir de réelles spécificités. La sincérité du recours à un DRJS est de surcroît en l'espèce attestée par la construction d'un régime juridique émancipé de celui applicable à l'usufruit.

2° Cas pratique n° 2 : M. Durand (transmission d'un bien immobilier par un DRJS organisant une jouissance évolutive)

♦ LES SOUHAITS EXPRIMÉS PAR M. DURAND

84. M. Durand réside actuellement à Paris. Il projette de transmettre à son fils unique une maison dont il est propriétaire dans le quartier Parc Bordelais à Bordeaux. Cette maison de 120 m² comprenant 6 pièces est louée. Elle est évaluée à la somme de 730 000 € et a généré en 2020 25 550 € de loyers nets de charges. M. Durand est divorcé de la mère de son fils depuis plusieurs années. Il est aujourd'hui soumis à un pacte civil de solidarité avec Mme Dupont et vous précise qu'il ne souhaite plus se marier. M. Durand vous soumet quatre exigences :

> âgé de 73 ans, il souhaiterait pouvoir s'établir dans cette maison lorsque les locataires actuels s'en iront tout en encaissant les loyers entretemps ; il n'est pas question pour lui, l'âge venant, de continuer à assumer la gestion de ce bien qu'il a par ailleurs toujours rêvé d'occuper pour ses vieux jours ; il n'exclut cependant pas, pour le cas où ni lui ni sa partenaire ne pourraient s'y maintenir pour des raisons de santé, d'encaisser les loyers d'une future location dont la gestion serait néanmoins exclusivement dévolue à son fils, agent immobilier de profession, à moins qu'il ne préfère convertir son droit en une rente viagère ;

> il souhaiterait que sa partenaire, aujourd'hui âgée de 71 ans et elle-même originaire de Bordeaux, puisse à son décès résider dans cette maison pour le cas bien entendu où ils ne seraient pas séparés d'ici là ; il vous précise que ce droit devrait exclusivement se limiter pour celle-ci à l'habitation de cette maison et en aucun cas s'étendre à la possibilité d'en jouir par la perception de loyers ;

> M. Durand souhaite bien entendu pouvoir révoquer ce droit pour le cas où il viendrait à se séparer de sa partenaire

200 J.-J. Lubin, Quelle fiscalité pour les droits réels de jouissance spéciale ? : IP 1-2021, n° 02.4, § 12. - F. Douet, Les aspects fiscaux du droit réel de jouissance spéciale, préc, p. 26.

201 Cette somme correspond à la différence entre la valeur vénale du bien dont le DRJS est donné (500 000 €), et la valeur du DRJS au cours de l'année n (303 000 €) = 197 000 €.

202 Cette somme correspond à la différence entre la valeur vénale du bien dont le DRJS est donné (500 000 €), et la valeur du DRJS au cours de l'année n+1 (278 000 €) = 222 000 €.

203 Dont la valeur aura elle-même augmenté au fil du temps.

204 CGI, art. 150 U et s.

et conserver la totale liberté de vendre, le cas échéant, cette maison d'un commun accord avec son fils ;

> M. Durand souhaiterait enfin que ce droit, qu'il se réserverait pour une durée de 30 ans, soit stipulé incessible et ne soit transmissible que dans sa propre succession.

◆ ALTERNATIVE OFFERTE À M. DURAND

◆ Donation avec réserve d'un usufruit ou d'un droit d'usage et d'habitation réversible

85. Nous savons que la qualification de donation à terme de biens présents donnée par la Cour de cassation²⁰⁵ à la réversion d'usufruit a eu pour effet d'en consacrer la licéité en dehors des couples mariés. Il serait donc parfaitement envisageable pour M. Durand de recourir à cette technique, dont on rappellera par ailleurs qu'elle ne présente **aucun inconvénient d'ordre fiscal**. La modification par l'article 21 de la loi de finances pour 2008 de l'article 796-0 quater du CGI a en effet conduit à étendre le régime initialement introduit en faveur des seuls couples mariés²⁰⁶ à l'ensemble des réversions d'usufruit²⁰⁷. Celles-ci relèvent désormais, nonobstant leur qualification de donation à terme de biens présents, du régime des droits de mutation par décès. Qu'elle soit consentie au profit du conjoint survivant ou au profit du partenaire lié par un PACS, la réversion d'usufruit est, par l'application combinée de ce texte et de l'article 796-0 bis du CGI, exonérée des droits de mutation par décès. Nous observerons toutefois que tel ne semble toutefois pas être le cas de la réversion d'un droit d'usage et d'habitation que la lettre de l'article 796-0 quater ne vise pas.

86. Il reste qu'une telle solution ne répondrait à aucune des exigences exprimées par M. Durand. D'une part, l'octroi d'un usufruit au profit de sa partenaire permettrait à celle-ci d'envisager de louer la maison. Or, c'est bien un droit réel dont les contours évolueraient au fil du temps que M. Durand souhaite se réserver. Offrant d'abord des prérogatives se rapprochant de celles caractérisant un usufruit²⁰⁸, ce droit réel évoluerait en effet vers un simple droit d'usage. D'autre part, celui-ci n'exclut pas de renoncer à son droit moyennant l'octroi à son profit d'une rente viagère. Enfin, la liberté de tester - et plus généralement la liberté de disposer - de M. Durand se trouverait nécessairement entamée.

Là où en effet la réversion d'usufruit est révocable lorsqu'elle est stipulée entre époux²⁰⁹, elle revêt un caractère irrévocable dans les autres situations. Il en résulte d'une part que Mme Dupond pourrait en toute hypothèse - y compris en cas de séparation du couple - revendiquer son droit au décès de M. Durand. Elle pourrait de surcroît, du vivant de ce dernier,

s'opposer à la vente de la maison. Or la garantie du maintien des droits de l'acquéreur d'un bien soumis à un usufruit successif suppose d'obtenir de son titulaire qu'il intervienne à l'acte pour y renoncer et ce, moyennant contrepartie. À défaut, cet usufruit s'ouvrirait dans l'hypothèse où l'usufruitier en second survivrait à l'usufruitier actuel²¹⁰.

L'hypothèse de la rétention d'un droit d'usage et d'habitation stipulé réversible au profit de Mme Dupond ne semble pas davantage pouvoir être ici retenue. Si M. Durand refuse d'octroyer un droit aux fruits à sa partenaire pour le cas où cette dernière lui survivrait, il souhaiterait néanmoins se réserver ce droit jusqu'à la libération de la maison par les locataires en place et n'exclue pas d'avoir à la louer dans le futur pour le cas où son état de santé ne lui permettrait pas de s'y maintenir. Outre le caractère évolutif de ce droit réel, l'octroi d'un droit aux fruits est exclusif de la qualification de droit d'usage et d'habitation. L'inconvénient serait également d'ordre fiscal. La lettre de l'article 796-0 quater du CGI ne visant que l'usufruit, la qualification juridique de donation à terme de biens présents d'un droit d'usage devrait être fiscalement traitée comme une mutation entre vifs assortie d'un abattement bien inférieur à la valeur du droit reçu par Mme Dupond.

◆ Donation avec réserve d'un DRJS d'une durée plafonnée à 30 ans incessible entre vifs et transmissible uniquement dans la succession de M. Durand

87. À la différence d'une stipulation d'usufruit réversible, dont on sait qu'elle est - comme son nom ne l'indique pas - de nature à créer deux usufruits distincts et successifs²¹¹, il s'agirait dans notre cas de créer un unique DRJS évolutif et transmissible *mortis causa*. La rétention d'un DRJS transmissible permet de contourner la difficulté tenant à l'irrévocabilité d'une réversion dès lors que M. Durand en disposera par le biais d'un legs particulier qu'il sera libre de révoquer jusqu'à sa mort²¹². Ce DRJS verra **sa durée plafonnée à 30 ans** et ne sera transmissible que dans la succession de M. Durand. En d'autres termes ce droit s'éteindra en tout état de cause au décès de la personne qui l'aura hérité de M. Durand y compris si ce décès survenait avant l'expiration de la durée de 30 ans pour laquelle il aura été constitué. Il offrira à son titulaire des prérogatives qui évolueront selon que l'on se situera dans la période antérieure ou postérieure au décès de M. Durand. Il en résulte que Mme Dupond ne pourra prétendre à aucun droit au cours de la première période. Le bien pourra être vendu sans son accord et le prix ne sera partagé qu'entre M. Dupont et son fils. La transmission par décès de ce droit sera exonérée de droits de mutation en application de l'article 796-0 bis du CGI.

205 Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, n° 05-10.727.

206 L. n° 2007-1223, 21 août 2007, art. 8.

207 CGI, art. 796-0 quater modifié.

208 À l'exception toutefois ici d'une substantielle entorse au pouvoir d'administrer octroyé à l'usufruitier et du caractère incessible de ce droit.

209 L'irrévocabilité des donations de biens présents ne s'applique en effet qu'à celles ayant pour objet des biens présents prenant effet au cours du mariage (C. civ., art. 1096, al. 2 *à contrario*).

210 La participation de l'usufruitier successif à l'acte n'est pas le seul inconvénient. Le prix retiré de cette vente doit de surcroît être en partie remis au titulaire de l'usufruit succession. Cette somme s'obtient en retranchant, selon la méthode des *cash-flow* actualisés, de la valeur de l'usufruit en premier celle de l'usufruit en second.

211 M. Grimaldi, Droit civil - Libéralités - Partage d'ascendants : Litec, 2000, n° 1165 et s.

212 Étant précisé que l'aliénation de l'immeuble emportera révocation du legs en application de l'article 1038 du code civil.

◆ LES CONSÉQUENCES FISCALES DU SCHEMA ENVISAGÉ

◆ Au regard des droits de mutation à titre gratuit

88. Hypothèse de la donation avec réserve d'usufruit - La nue-propriété donnée est fiscalement valorisée à 70 %, soit la somme de 511 000 €²¹³. Une telle donation est soumise aux droits de donation après application de l'abattement légal d'un montant de 100 000 € par parent et par enfant.

Assiette de calcul des droits de donation	511 000 €
Abattement personnel disponible	-100 000 €
Base taxable (taux marginal de 20 %)	411 000 €
Part nette taxable pour la fraction n'excédant pas 8 072 € (5%)	404 €
Part nette taxable pour la fraction comprise entre 8 073 € et 12 109 € (10%)	404 €
Part nette taxable pour la fraction comprise entre 12 110 € et 15 932 € (15%)	573 €
Part nette taxable pour la fraction comprise entre 15 933 € et 411 000 € (20%)	79 013
Droits de donation	80 394 €

89. Hypothèse de la donation avec réserve d'un DRJS transmissible d'une durée plafonnée à 30 ans - Le champ d'application de l'article 669 du CGI ne s'étend pas aux DRJS. Il convient donc d'effectuer une évaluation économique de ce droit.

Valeur du DRJS : 196 000 €²¹⁴.

Valeur transmise : 534 000 €.

Assiette de calcul des droits de donation	534 000 €
Abattement personnel disponible	-100 000 €
Base taxable (taux marginal de 20 %)	434 000 €
Part nette taxable pour la fraction n'excédant pas 8 072 € (5%)	404 €
Part nette taxable pour la fraction comprise entre 8 073 € et 12 109 € (10%)	404 €
Part nette taxable pour la fraction comprise entre 12 110 € et 15 932 € (15%)	573 €
Part nette taxable pour la fraction comprise entre 15 933 € et 434 000 € (20%)	83 613
Droits de donation	84 994 €

213 CGI, art. 669, I.

214 Pour le calcul de cette valeur, v. I. Perez Mas, Évaluer un droit réel de jouissance spéciale : IP 1-2021, n° 02.7, § 11.

90. La nécessité de recourir à une évaluation économique du DRJS a, une fois encore dans cet exemple, pour conséquence d'alourdir la taxation de la donation.

Précisons encore que le legs de ce DRJS par M. Durand au profit de sa partenaire sera exonéré de droits de mutation en application de l'article 796-0 bis du CGI.

◆ Au regard de l'IFI

91. On supposera que les actifs immobiliers de M. Durand sont évalués, au 1^{er} janvier 2021, à la somme de 2 000 000 €, après prise en compte de l'abattement sur sa résidence principale.

92. Hypothèse d'une donation avec réserve d'usufruit - M. Durand va devoir déclarer l'actif objet de son usufruit pour sa valeur en pleine propriété en application des articles 965 et 968, alinéa 1^{er} du CGI. La donation n'a donc aucune incidence sur cet impôt qui s'établira avant comme après la réalisation de l'opération à la somme de 7 348 €.

93. Hypothèse de la donation d'un DRJS - La règle codifiée à l'article 968 du CGI ne trouvant pas à s'appliquer, il y aura lieu de s'en remettre au principe d'une imposition partagée²¹⁵ entre M. Durand et son fils.

IFI avant la donation : 7 348 €

IFI après la donation :

- la première année : la base imposable est d'un montant de 1 466 000 € (soit 1 270 000 € de patrimoine taxable hors le bien donné + la valeur résiduelle du DRJS au cours de l'année n pour 196 000 €), soit 3 636 € ; l'économie d'IFI est ici de 3 712 € ;

- la deuxième année : la base imposable est d'un montant de 1 443 005 € (soit 1 270 000 € de patrimoine taxable hors le bien donné + la valeur résiduelle du DRJS au cours de l'année n+1 pour 173 005 €), soit 3 477 € ; économie d'IFI : 3 871 € ;

- [...]

- la sixième année : la base imposable est d'un montant de 1 361 998 € (soit 1 270 000 € de patrimoine taxable hors le bien donné + la valeur résiduelle du DRJS au cours de l'année n+5 pour 91 998 €), soit 2 411 € ; économie d'IFI : 4 937 €.

On notera cette fois-ci que l'option pour un DRJS permet d'envisager une économie d'IFI. La valeur de ce droit ne faisant que baisser à mesure que le temps passe dans le patrimoine de M. Durand, celui-ci peut même espérer ne plus être redevable de cet impôt faute de disposer d'un patrimoine supérieur au seuil d'assujettissement à compter de la seizième année²¹⁶.

V. STREIFF et S. QUILICI ■

215 V. § 75.

216 Cette projection ne tient bien évidemment pas compte de l'évolution de la valeur du patrimoine de M. Durand hors DRJS.