

MODE DE DÉTENTION DU PATRIMOINE

Chronique d'actualité

Philippe DIDIER,
Professeur à l'Université
Paris Descartes



**Sara
GODECHOT-PATRIS,**
Professeur à l'Université
Paris-Est Créteil

Vivien STREIFF,
Président 1^{re} Commission,
112^e Congrès des Notaires
de France
Membre de l'Institut d'Etudes
Juridiques du Conseil
Supérieur du Notariat

Ingénierie sociétaire

- > **Questions générales** - La Cour de cassation refuse, s'agissant d'une donation portant sur des actions d'une société holding, de considérer l'ingratitude comme caractérisée en estimant que le donataire a été condamné pour des infractions commises au préjudice de cette société et non pour des faits commis à l'encontre du donateur (V. § 1).
- > **Société civile** - Le Conseil d'État juge qu'est constitutif d'un abus de droit le fait pour des personnes physiques de céder leur maison à la SCI qu'ils détiennent, et la prenant ensuite en location, afin de pouvoir imputer sur leur revenu global les déficits liés aux travaux engagés dans cette maison à hauteur de leurs droits dans la société (V. § 5).
- > La Cour de cassation juge que le nu-propriétaire indivis de parts sociales de SCI a qualité pour demander la désignation d'un administrateur provisoire (V. § 10).
- > La Cour de cassation juge qu'une SCI dont l'objet social prévoit la mise en bail de ses immeubles est un emprunteur professionnel, à ce titre exclu des dispositions du code de la consommation sur le crédit immobilier (V. § 14).

Indivision

- > La Cour de cassation considère pour la première fois que la taxe d'habitation est une dépense de conservation qui doit être supportée par tous les indivisaires proportionnellement à leurs droits dans l'indivision et non par l'indivisaire qui aurait la jouissance exclusive du bien (V. § 19).
- > La Cour de cassation exclut tout paiement d'une indemnité d'occupation à la charge d'un des deux acquéreurs d'un bien avec clause de tontine dès que l'impossibilité pour l'un des acquéreurs d'occuper l'immeuble ne procède pas du fait de son coacquéreur (V. § 24).
- > La Cour de cassation se prononce pour la première fois sur l'assiette du privilège de prêteur de deniers souscrit par l'un des acquéreurs d'un bien immobilier et ce dans le cadre d'une action en responsabilité exercée contre le notaire auteur de l'inscription. Si elle considère que ce privilège grève le bien dans sa totalité, elle n'en écarte pas moins le droit de poursuite du prêteur de deniers sur l'immeuble indivis au motif que l'inscription du privilège n'a pas porté sur l'entier immeuble mais sur la seule part du débiteur du prêt. À ce titre, la responsabilité du notaire est retenue (V. § 28).

...

Démembrement de propriété

> La Cour de cassation juge que l'article 669 du CGI, que ce soit en son premier ou son second paragraphe, ne distingue pas entre personnes physiques et personnes morales pour l'évaluation de l'usufruit ; à propos de la cession d'un usufruit entre deux SCI devant s'éteindre au décès du survivant des gérants desdites sociétés,

la Cour en déduit que la liquidation des droits d'enregistrement afférents à la cession est soumise à l'article 669, I du CGI, dès lors que l'usufruit est de nature viagère, peu important que cet usufruit entre personnes morales ne puisse excéder trente ans aux termes de l'article 619 du code civil (V. § 35).

Questions générales

1. Écran de la société - Donation-partage de titres sociaux - Ingratitude – La Cour de cassation refuse, s'agissant d'une donation portant sur des actions d'une société holding, de considérer l'ingratitude comme caractérisée en estimant que le donataire a été condamné pour des infractions commises au préjudice de cette société et non pour des faits commis à l'encontre du donateur.

Cass. civ. 1^{re}, 30 janv. 2019, n° 18-10.091 (IP 1-2019, n° 5, § 9)

2. Il y a quelques mois, la Cour de cassation avait eu à se prononcer sur l'existence d'une donation réalisée grâce à l'interposition d'une société commerciale. L'écran de la personnalité morale n'avait alors pas suffi à écarter l'existence de la donation¹. Dans l'espèce considérée, la question posée à la Cour de cassation était notamment celle de savoir si l'écran de la personnalité morale faisait ou non obstacle à la révocation pour ingratitude². En d'autres termes, les agissements du donataire doivent-ils être directement dirigés contre le donateur ou ne peuvent-ils l'être que de manière indirecte ?

Au cas d'espèce, un couple avait consenti à ses enfants une donation-partage incorporant plusieurs donations antérieures. Le fils avait ainsi été gratifié de la nue-propriété de 66% des actions d'une société. Une mésentente familiale, relative à la gouvernance de la société, l'a néanmoins conduit d'une part à créer une société concurrente et d'autre part à se livrer, avec son épouse, à un certain nombre d'agissements illicites, consistant notamment dans le détournement des fichiers clients. Pour ces faits, il a été condamné pénalement pour abus de faiblesse et de biens sociaux. Les donateurs estimaient que de telles condamnations traduisaient un manquement à une obligation de reconnaissance envers eux qui justifiait que la révocation de la donation pour ingratitude soit prononcée au visa de l'article 955, 2° du code civil. Si la Cour d'appel a accepté de faire droit à leur requête, il en est allé différemment de la Cour de cassation.

1 Cass. civ. 1^{re}, 24 janv. 2018, n° 17-13.017 et 17-13.400 : Dr. Fam. 2018, comm. 102, obs. M. Nicod ; Dr. sociétés nov. 2018, p.16-17, obs. F. Collard et E. Naudin.

2 La Cour de cassation a eu aussi à se prononcer dans cette affaire sur le point de départ du délai pour agir en révocation pour ingratitude.

3. La Cour de cassation retient ici une **acception stricte de l'ingratitude en considérant que l'écran de la société empêche la révocation pour ingratitude**. C'est une solution qu'elle avait déjà pu affirmer par le passé puisque dans un arrêt du 19 octobre 2016, elle avait refusé la révocation pour ingratitude à la suite de la condamnation d'un donataire pour complicité d'escroquerie au préjudice de la société dirigée par le donataire³. En 2019 comme en 2016, la victime du délit n'était donc pas le donateur à proprement parler. Il n'empêche que **la solution peut sembler sévère car dans les deux cas, le donateur avait des intérêts dans la société**. En 2016, il la dirigeait. En 2019, il avait conservé l'usufruit des actions données. C'est dire que les agissements délictueux du donataire avaient eu des conséquences si ce n'est dans la personne des donateurs du moins dans leur patrimoine. Le comportement du donataire les affectait donc directement. Aussi bien est-on en droit de se demander s'il n'aurait pas été possible de **contourner l'écran de la société en considérant que le comportement du donataire était constitutif d'une injure à l'encontre du donateur** ? Un arrêt un peu ancien de la Cour de cassation l'a admis⁴... Mais il suppose sans doute d'avoir une conception extensive de l'injure⁵. La solution aurait au moins le mérite de respecter l'un des fondements de la révocation pour ingratitude qui est la violation d'un devoir de reconnaissance. Car malgré l'écran de la personnalité morale, cette violation apparaît ici indiscutable.

S. GODECHOT-PATRIS ■

4. À NOTER

> **Délibération des organes d'une société - Conditions d'opposabilité à l'administration fiscale** – Le Conseil d'État juge que l'article 1328 du code civil, dans sa rédaction applicable en 2007, dont la substance est aujourd'hui reprise à l'article 1377 de ce code, n'implique pas que la délibération des organes d'une société ne soit opposable à l'administration fiscale qu'à condition d'avoir été enregistrée. En effet, cette administration, dans l'exercice de ses missions, n'est pas un tiers au sens de ces dispositions. Dès lors, celles-ci ne sauraient faire obstacle à ce que le contribuable prouve

3 Cass. civ. 1^{re}, 19 oct. 2016, n° 15-25.879 : Dr. fam. 2016, comm. 260, obs. A. Tami.

4 Cass. civ. 1^{re}, 9 févr. 1994 : RTD civ. 1994, 397, note J. Patarin.

5 V. en faveur d'une interprétation souple J.-L. Mouralis et S. Mazeaud-Leveneur : JCl. Dr. civil, V° art. 953 à 966, spéc. n° 29.

par tous moyens l'existence et la date de la délibération dont il se prévaut (en l'espèce pour établir l'absence d'une soulte qui aurait fait obstacle au bénéfice du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du CGI).

CE, 9^e et 10^e ch., 28 janv. 2019, n° 407305, Masset (V. annexe 1)

Société civile

5. Société civile immobilière – Interposition - Déficit foncier - Abus de droit – Le Conseil d'État juge qu'est constitutif d'un abus de droit le fait pour des personnes physiques de céder leur maison à la SCI qu'ils détiennent, et la prenant ensuite en location, afin de pouvoir imputer sur leur revenu global les déficits liés aux travaux engagés dans cette maison à hauteur de leurs droits dans la société.

CE, 9^e et 10^e ch., 8 févr. 2019, n° 407641, Ruggieri, concl. M.-G. Merloz (V. annexe 2)

6. Un propriétaire cède sa résidence secondaire à une SCI fiscalement translucide constituée quelques années auparavant, par ailleurs propriétaire d'un important patrimoine immobilier, et dont celui-ci est associé avec son épouse et ses enfants à concurrence de la totalité du capital social. Peu de temps après l'acquisition, des dépenses de réparation et d'amélioration sont engagées dans la maison. La société n'ayant en principe pas à comprendre dans ses recettes brutes la valeur locative des locaux mis à la disposition de ses associés par application de l'article 15, II du code général des impôts, elle n'a, en contrepartie, pas vocation à déduire les charges afférentes au logement.

L'histoire aurait pu s'arrêter là si la société n'avait pas de surcroît conclu un bail de location avec ses associés occupant le logement moyennant le versement d'un loyer et constaté un déficit foncier que ces derniers ont porté en déduction de leur revenu global.

La suite était prévisible puisque loin d'être convaincue par le montage, l'administration fiscale met en œuvre la procédure d'abus de droit et adresse au contribuable une proposition de rectification visant à faire abstraction des actes ayant concouru à l'apparition de ces déficits. Il en résulte un calcul des revenus fonciers de la SCI écartant les recettes encaissées au titre du bail ainsi que les charges correspondant aux travaux effectués.

Le Tribunal administratif de Toulouse et la Cour administrative d'appel de Bordeaux dans son sillage, ont confirmé l'existence d'un abus de droit.

7. Pour être caractérisé, l'abus de droit doit, comme l'illustre la décision commentée, répondre à deux critères cumulatifs. Le premier critère, qualifié d'objectif, suppose d'établir que le contribuable a fait une application littérale d'un texte à l'encontre des objectifs poursuivis par ses auteurs (1), le second critère reposant quant à lui sur l'analyse subjective

de la volonté du contribuable suspecté d'avoir poursuivi un but exclusivement fiscal (2)

♦ Sur le critère objectif

8. La première question visait à savoir si les actes qui ont participé au montage incriminé avaient été guidés par la recherche d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs. Renvoyant au critère objectif de l'abus de droit contenu à l'article L. 64 du LPF, cette vérification implique que le juge identifie parmi les actes soumis à son appréciation, ceux dont la conclusion aurait permis de contourner l'article 15, II du CGI dont il est ici question. C'est notamment éclairé par la lecture des **travaux préparatoires** de l'article 11 de la loi du 23 décembre 1964 dont sont issues les dispositions de l'article 15, II du CGI que la Conseil d'État a, en l'espèce, effectué ce travail. Comme il le relève, ce texte était guidé par la **volonté de simplifier le régime fiscal des propriétaires occupants**. En dispensant ces derniers d'avoir à déclarer une valeur locative, cette disposition visait à les préserver de toutes velléités pouvant les conduire à sous-évaluer le loyer fictif ou à surévaluer les charges. De ce point de vue, la création de la SCI et la vente à son profit de l'immeuble mis ensuite gratuitement à la disposition de ses associés ne sont pas des actes qui, à eux seuls, permettent de contrer l'article 15, II du CGI pour cette simple raison que le champ d'application de ce texte embrasse cette hypothèse⁶. Si le montage en était resté là rien n'aurait donc pu être reproché au contribuable qui n'aurait, somme toute, fait précisément qu'agir en conformité avec l'objectif fixé par les auteurs de ce texte.

C'est la conclusion d'un bail entre la société et ses associés qui, en ouvrant la brèche dans laquelle ces derniers ont cru pouvoir s'engouffrer, était de nature à contrarier cet objectif. Il reste que, la conclusion de cet acte, pour nécessaire qu'elle ait été au montage ayant abouti à la constatation de déficits fonciers, n'est pas suffisante pour précipiter le sort du contribuable. Doit s'y ajouter un critère subjectif dont l'existence peut prospérer à partir de l'analyse de la finalité de l'opération. Conçue pour éviter une sous-évaluation des recettes et une surévaluation des charges, la règle édictée par l'article 15, II aurait dû inciter le contribuable, soucieux de démontrer que l'opération répondait à une logique économique, à redoubler de prudence au stade de la conception du montage.

♦ Sur le critère subjectif

9. Sur le plan de l'analyse de la finalité du montage, **tout ne semblait pourtant pas perdu d'avance pour les contribuables**. Et l'on peut même estimer que certains éléments semblaient plaider en leur faveur. En effet, **la société existait depuis sept ans à la date de l'acquisition de l'immeuble et était de surcroît propriétaire d'un important patrimoine générant d'autres revenus**. Ces indices donnaient à tout le moins à penser que sa constitution n'avait pas été envisagée en

6 CE, 7 juill. 1982, n° 30975. - CE, 27 oct. 1999, n° 172940.

vue de permettre à ses associés de frauder à la loi. L'administration fiscale aurait très certainement trouvé matière à renforcer sa position si la société avait au contraire été constituée peu de temps avant l'acquisition ou pour les besoins de cette seule acquisition⁷. Il s'agit en effet d'éléments traditionnellement pris en considération par la jurisprudence pour caractériser l'abus de droit⁸. Pour le dire autrement, s'il est certain que le contexte dans lequel s'inscrivent la constitution et le fonctionnement de la société dans le montage peut constituer un indice d'abus de droit, l'absence d'éléments permettant de conclure à la volonté de concevoir la SCI comme un maillon de la chaîne d'un montage frauduleux semble à elle seule impuissante à repousser ce spectre. Il n'y a du reste là rien que de très logique puisque, comme nous l'avons rappelé, la création de la SCI et la vente à son profit de l'immeuble mis gratuitement à la disposition de ses associés ne permettent pas de contrer l'article 15, II du CGI⁹.

C'est au stade de la conclusion du bail que le montage paraît là encore nettement plus contestable, et c'est bien vers cet acte que convergent en premier lieu tous les regards. Certes, le prix de vente avait été payé, un loyer avait été déterminé par la convention et avait également été effectivement payé par les associés. Rien ne permettait donc à l'administration fiscale – qui l'a bien compris – de s'orienter vers la première branche de l'abus de droit sanctionnant les montages fictifs¹⁰. Mais bien plus que l'exécution des convention conclues avec la SCI, **c'est l'économie globale de l'opération qui est ici en cause**. L'analyse peut à ce stade conduire à constater que même si la réalité de la SCI n'est pas en cause, l'interposition de cette société s'est réalisée dans des conditions quelque peu différentes de celles auxquelles aurait abouti la mise à disposition de l'un de ses actifs au profit d'un tiers à celle-ci. Cela peut se comprendre dans la mesure où étant, avec leurs enfants, les seuls associés de la SCI, et concentrant ainsi entre leurs mains la totalité des pouvoirs sur celle-ci, ces contribuables n'étaient pas tenus de conclure un bail pour s'assurer la jouissance de leur résidence secondaire. On peut dès lors comprendre qu'ils étaient assez logiquement peu enclins à se montrer aussi exigeants que dans l'hypothèse où il aurait fallu louer le bien à un tiers. Or **cette maîtrise du bien via la SCI dont ils sont les seuls associés avec leurs enfants constitue l'un des éléments permettant de suspecter une fraude à la loi**. De là à continuer à se comporter comme s'ils avaient conservé la propriété de leur résidence secondaire, il n'y a en effet qu'un pas dont le montage porte en l'espèce la trace. Ainsi, loin d'avoir été déterminé à partir de la valeur locative de l'immeuble, le loyer a été aligné sur le montant

des échéances du prêt contracté lors de son acquisition par la SCI. Le règlement des travaux a en outre été assuré non pas au moyen de fonds dont disposait la SCI, que ce soit par la voie d'un emprunt ou de l'utilisation de ses capitaux propres, mais au moyen d'apports en comptes courants d'associés, alors même que certaines de ces dépenses relevaient de dépenses locatives ; ce à quoi s'ajoute enfin que l'amélioration de l'immeuble n'a été suivie d'aucune revalorisation des loyers. **Placée dans la balance comparant les avantages économiques de l'opération à ses avantages fiscaux, la faible rentabilité assurée à la SCI ne pesait pas lourd face à l'économie d'impôts** obtenue au moyen de la comptabilisation de substantiels déficits fonciers. La personnalité juridique de la société ne peut dès lors être appréhendée que comme un moyen de pratiquer des déficits.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

C'est assez logiquement que les juges ont déduit que le montage était guidé par un but exclusivement fiscal. **Doit-on pour autant en conclure que ce type de montage est de facto condamné ? L'analyse de cette décision, ainsi que de celles qui l'ont précédée, nous amène à penser qu'il est tout à fait possible de repousser le spectre de l'abus de droit** à condition que le contribuable prenne le soin d'éviter chaque indice révélateur d'une fraude à la loi. Nous n'y reviendrons pas, sauf à préciser qu'il est notamment nécessaire de s'assurer que le bail est conclu dans les conditions du marché en sollicitant le cas échéant une expertise. Le loyer doit être revalorisé dès lors que le bien fait l'objet d'améliorations, et le coût de ces améliorations doit être ventilé de sorte à faire supporter par le locataire la partie relative à ces travaux qui correspond à des dépenses locatives. Il va enfin de soi que ces travaux ne sauraient être financés, comme en l'espèce, au moyen de comptes courants d'associés. C'est au prix de ces quelques précautions de bon sens que le montage pourra être appréhendé comme ayant été conçu avant tout dans l'intérêt social de la SCI.

V. STREIFF ■

10. Société civile immobilière – Administrateur provisoire – Désignation - La Cour de cassation juge que le nu-proprétaire indivis de parts sociales de SCI a qualité pour demander la désignation d'un administrateur provisoire.

Cass. civ. 3^e, 17 janv. 2019, n° 17-26.695 (V. annexe 3)

11. En l'espèce, une SCI est constituée entre deux conjoints. Les deux sont co-gérants mais la répartition des parts est inégale, l'époux étant majoritaire. De l'union entre les deux naissent trois enfants. Au décès du père, les enfants deviennent nus-proprétaires des parts. Quant à l'usufruit, il bénéficie non pas à la mère des enfants mais à la femme avec qui le père s'est remarié.

Le litige trouve son origine dans une décision qu'aurait prise l'assemblée générale de la SCI de nommer l'aîné des

7 Le Comité de l'abus de droit a ainsi eu l'occasion d'appréhender comme un indice participant du caractère abusif d'un montage le fait qu'une SCI ait « acquis l'immeuble, qui constituait le seul élément de son patrimoine immobilier » (CADE/AC n° 6/2017, 22 sept. 2017, aff. n° 2017-01).

8 CE, 6 juin 1984, n° 38037. - CE, 4 nov. 1988, n° 62221 : Dr. fisc. 1988, comm. 1034, concl. T. Le Rov.

9 CE, 7 juill. 1982, n° 30975. - CE, 27 oct. 1999, n° 172940.

10 CAA Lyon, 26 juin 2018, n° 16LY03155 : « L'administration peut écarter sur le fondement des dispositions de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales un acte qui, présenté comme un bail d'habitation, constitue en réalité la mise à disposition à titre gratuit d'un logement à un tiers et revêt dès lors un caractère fictif ».

enfants comme seul gérant de la société. Le cadet des enfants entend contester la désignation de l'ainé au motif qu'il n'a pas été convoqué à l'assemblée générale litigieuse.

Pour atteindre son objectif, le cadet des enfants demande la nomination d'un administrateur provisoire avec comme mission de convoquer une nouvelle assemblée générale pour procéder à la désignation d'un nouveau gérant. Ce qui fait l'objet du pourvoi en cassation est la recevabilité de sa demande. Autrement dit, **en tant que nu-proprétaire et indivisaire, le cadet avait-il qualité pour demander la désignation d'un administrateur provisoire ?**

12. Le pourvoi considère qu'il n'aurait pas cette qualité car compte-tenu de l'effet perturbateur de la nomination d'un administrateur provisoire sur le fonctionnement de la société, une telle décision ne pouvait pas être prise par un indivisaire agissant seul, de surcroît quand il est minoritaire¹¹. Le pourvoi invoque à l'appui de sa position l'article 815-9 du code civil relatif à l'usage des biens en indivision par les indivisaires. Autrement dit, à suivre le pourvoi, en demandant la nomination d'un administrateur provisoire le membre d'une indivision portant sur des droits sociaux exerce un droit lié aux biens en indivision avec des conséquences qui affectent l'usage que les autres indivisaires peuvent avoir de ces mêmes biens. À ce titre, il outrepassa l'usage individuel qu'un indivisaire peut avoir des biens.

Ce raisonnement est rejeté par la Cour de cassation. En effet, elle relève que la cour d'appel avait constaté que **le cadet avait la qualité d'associé et elle tire la conclusion que la cour d'appel a eu raison de considérer qu'il avait qualité pour demander la nomination d'un administrateur provisoire.**

13. De cet arrêt on peut retenir trois éléments :

> D'abord, l'arrêt se prononce à propos d'une indivision portant sur la nue-proprété des parts. Pour autant, la qualité d'associé du nu-proprétaire indivis n'était pas contestée par le pourvoi et dès lors, la Cour de cassation ne se prononce pas dessus. Autrement dit, c'est uniquement l'articulation des droits liés à la qualité d'associé avec les règles de pouvoir qui s'appliquent dans une indivision qui était en débat. On peut donc en conclure que la **solution serait la même si l'indivision avait porté non pas sur la nue-proprété mais sur la pleine propriété des droits sociaux**¹².

> Ensuite, si la qualité d'associé est liée à la propriété des parts (pleine ou nue), **les prérogatives liées à la qualité**

11 La lecture du pourvoi apprend que si au début de l'instance, le puiné avait suivi son cadet, au cours de celle-ci il a cédé ses parts à l'ainé qui se retrouve donc majoritaire. Quant à l'usufruitier, elle est au côté du cadet dans le litige au fond mais elle ne joue pas de rôle dans l'instance devant la Cour de cassation.

12 Incidemment, on peut relever que la Cour de cassation mentionne la qualité d'associé pour en déduire la qualité à faire la demande. Cette rédaction repose sur une ellipse de l'argumentation. En effet, **ce qui justifie le droit de demander un administrateur provisoire, c'est l'intérêt légitime du demandeur.** Si la qualité d'associé permet d'établir cet intérêt légitime, celui-ci peut aussi exister aussi chez un tiers intéressé qui n'est pas associé.

d'associé ne sont pas nécessairement l'usage de cette propriété. L'argumentation du pourvoi reposait implicitement sur l'affirmation que l'exercice des droits liés à la qualité d'associé n'était que l'usage des parts en indivision et qu'à ce titre un indivisaire ne pouvait pas en user individuellement au détriment des autres (art. 815-9 du code civil). Ce raisonnement est rejeté par la Cour de cassation puisqu'elle se contente de constater que l'indivisaire a la qualité d'associé et qu'elle en déduit que cela lui donne qualité pour demander la nomination d'un administrateur provisoire. Elle le fait sans s'intéresser à l'impact que l'exercice de cette prérogative pouvait avoir sur les autres indivisaires. De même, le fait que le cadet était minoritaire dans l'indivision, et avec une plus grande ampleur, dans la société, ne joue aucun rôle dans la réponse de la Cour. Il faut donc en conclure que parmi les différentes prérogatives liées à la qualité d'associé, le droit de demander la nomination d'un administrateur appartient intégralement et individuellement à chaque indivisaire. Il est donc d'une nature différente des droits de voter ou de percevoir les dividendes car l'exercice de ces droits se fait de façon collective.

> Enfin, le débat ne portait que sur la recevabilité de la demande. Mais pour prospérer, **une demande de nomination d'un administrateur provisoire doit aussi répondre à des conditions de fond.** Ce n'est qu'en présence de circonstances exceptionnelles rendant impossible le fonctionnement de la société, qu'un administrateur peut être nommé. Si le cadet a pu franchir la première étape, il n'a pas encore obtenu gain de cause.

PH. DIDIER ■

14. **Société civile immobilière - Crédit immobilier - Emprunteur professionnel** - La Cour de cassation juge qu'une SCI dont l'objet social prévoit la mise en bail de ses immeubles est un emprunteur professionnel, à ce titre exclu des dispositions du code de la consommation sur le crédit immobilier.

Cass. civ. 2^e, 10 janv. 2019, n° 17-31.133, SCI Océane (V. annexe 4)

15. Les faits à l'origine de cette décision sont classiques : une SCI emprunte pour acquérir un immeuble et fait défaut. La banque procède à une saisie immobilière. La société se défend en invoquant les règles entourant la validité du taux d'intérêt, tirées du droit spécial des crédits immobiliers figurant dans le code de la consommation. Dans cette espèce, c'est la prescription du moyen tiré d'une éventuelle irrégularité du TEG qui est discutée. En effet, en présence d'un emprunteur non professionnel, le point de départ de la prescription de l'action en nullité des intérêts pour non-respect des exigences relatives au TEG est celui de la date de la convention lorsque l'examen de sa teneur permet de constater l'erreur, ou lorsque tel n'est pas le cas, la date de la révélation de celle-ci ; en présence d'un emprunteur professionnel, le point de départ de la prescription est toujours la date de la signature du prêt.

16. On sait que le domaine d'application de ces dispositions donne lieu à contentieux. En effet, en la matière, **le critère retenu n'est pas celui d'un rapport entre professionnel et consommateur mais celui de la finalité du prêt**. Plus précisément encore, **le code exclut de son champ d'application les prêts « destinés, sous quelque forme que ce soit, à financer une activité professionnelle, notamment celle des personnes physiques ou morales qui, à titre habituel, même accessoire à une autre activité, ou en vertu de leur objet social, procurent, sous quelque forme que ce soit, des immeubles ou fractions d'immeubles, bâtis ou non, achevés ou non, collectifs ou individuels, en propriété ou en jouissance »**. Cette exclusion figurait à l'époque des faits à l'article L. 312-3 du code de la consommation et figure aujourd'hui à l'article L. 313-2 du même code. **La mise en œuvre de cette exclusion est particulièrement délicate en présence d'une SCI constituée dans un contexte familial**¹³. Parfois, les parties peuvent indiquer expressément dans l'acte la nature professionnelle du financement et alors il n'est qu'à suivre cette indication¹⁴. Mais en dehors d'une indication expresse, l'appréciation est plus complexe.

17. En l'espèce la cour d'appel considère que la société avait été constituée entre une mère et son fils, sans participation de la belle-fille, et que la société avait « conformément à son objet social, donné à bail d'habitation un bien immobilier à une personne qui serait dépourvue de lien de parenté ou d'affection avec les associés de la SCI ». Elle en déduit que l'emprunt avait servi à financer une activité professionnelle et donc que la SCI ne pouvait pas revendiquer le bénéfice des dispositions du code de la consommation.

Le pourvoi conteste la pertinence de ces éléments pour caractériser la nature professionnelle de l'activité financée.

Le pourvoi est rejeté sans que pour autant la Cour de cassation adhère aux arguments de la cour d'appel mis en exergue par le pourvoi. En effet, la Cour de cassation relève que « le bien acquis en 2001 avait fait l'objet d'un bail d'habitation correspondant à l'objet social de la SCI » et elle en déduit que dès lors la cour d'appel était fondée à considérer que le prêt servait à financer une activité professionnelle et que la SCI était un emprunteur professionnel.

Cet arrêt confirme la méthode employée par la Cour de cassation pour apprécier le caractère professionnel ou non de l'activité d'une société civile : c'est par l'analyse exclusive de l'objet social de la société que la Cour décide de la nature de son activité¹⁵. Cette méthode contraste avec celle retenue par la cour d'appel, même si en l'espèce les deux se rejoignent sur la conclusion.

D'abord, la Cour de cassation se réfère uniquement à l'objet social, tel qu'il figure dans les statuts pour décider de la nature de l'activité. A contrario, cela signifie qu'elle exclut tout autres circonstances. En l'espèce, la cour d'appel avait retenu la composition de la SCI et le titulaire des baux pour en conclure à la nature professionnelle de l'activité. La Cour

de cassation quant à elle se prononce sans prendre en compte ces éléments.

Ensuite, elle constate que le bien financé « avait fait l'objet d'un bail d'habitation correspondant à l'objet social de la SCI ». La formule est maladroite et peut donner lieu à une interprétation *a contrario* contestable. Elle doit sans doute être comprise comme signifiant que les statuts prévoyaient la mise en location des immeubles sociaux et dès lors la mise en location de l'immeuble en cause entrainait dans la réalisation de l'objet social. L'emprunt réalisé pour financer le bien en cause entrainait donc dans la catégorie des financements à finalité professionnelle.

PH. DIDIER ■

18. À NOTER

> **Société civile immobilière - Confusion des patrimoines - Extension des procédures collectives** - La Cour de cassation rappelle qu'un jugement qui adopte le plan de cession partielle des actifs d'un débiteur fait obstacle à l'extension de la procédure collective à un tiers, en l'espèce une SCI filiale, pour confusion des patrimoines.

Cass. com., 5 déc. 2018, n° 17-25.664 (V. annexe 5)

En l'espèce, le débiteur pour qui un plan de cession partielle est adopté est une société mère. Après que le plan a été adopté, le liquidateur tente d'étendre la procédure à trois SCI dans laquelle la société avait des participations.

Le refus d'extension d'un plan de cession partielle est conforme à la jurisprudence qui avait déjà établi que l'extension n'était plus possible après l'adoption d'un plan de cession¹⁶.

PH. DIDIER ■

> **Société civile immobilière - Liquidation judiciaire - Intervention volontaire d'un associé - Convention EDH** - La Cour de cassation juge qu'en vertu de l'article 6, § 1 de la Convention EDH, le droit effectif au juge implique que l'associé d'une SCI, qui répond indéfiniment des dettes sociales à proportion de sa part dans le capital social, soit recevable à intervenir volontairement dans une instance conduisant à la liquidation judiciaire de la SCI.

Cass. com., 19 déc. 2018, n° 17-21.802

Non publié au bulletin

Alors que l'associé est normalement considéré comme représenté par le dirigeant social, la jurisprudence admet que cette représentation soit parfois écartée au nom du droit effectif au juge. Elle l'a déjà jugé pour permettre la tierce opposition de l'associé d'une SCI contre le jugement d'ouverture¹⁷.

PH. DIDIER ■

13 J.-J. Ansault, Le régime du crédit immobilier issu du Code de la consommation réfractaire aux SCI familiales ? : BJS oct. 2018, n° 119a6, p. 579.

14 Cass. civ. 1^{re}, 12 déc. 2018, n° 17-17.622.

15 Cass. civ. 1^{re}, 7 mars 2018, n° 16-27613.

16 Cass. com., 5 avr. 2016, n° 14-19.869.

17 Cass. com., 19 déc. 2006, no 05-14.816.

Indivision

19. Indivision – Dépense de conservation – Taxe d'habitation - La Cour de cassation considère pour la première fois que la taxe d'habitation est une dépense de conservation qui doit être supportée par tous les indivisaires proportionnellement à leurs droits dans l'indivision et non par l'indivisaire qui aurait la jouissance exclusive du bien.

Cass. civ. 1^{re}, 5 déc. 2018, n° 17-31.189 (V. annexe 6)

20. L'affaire était plutôt classique : deux époux en instance de divorce, un bien immobilier en indivision post-communautaire et une jouissance exclusive accordée à l'un des indivisaires en contrepartie du paiement d'une indemnité d'occupation. S'est alors posée la question de savoir si le paiement de la taxe d'habitation devait ou non demeurer à la charge de l'occupant. La Cour d'appel y a répondu par la positive considérant que la taxe d'habitation « ne constitue pas une dépense de conservation du bien et doit être supportée par l'occupant ».

La Cour de cassation censure cette analyse au motif que « le règlement de cette taxe avait permis la conservation de l'immeuble indivis et que les charges afférentes à ce bien, dont l'indivisaire avait joui privativement, devaient être supportées par les coindivisaires proportionnellement à leurs droits dans l'indivision, le préjudice résultant de l'occupation privative étant compensé par l'indemnité prévue par l'article 815-9 du code civil ». La solution est inédite : si par le passé la Cour de cassation s'était déjà prononcée sur les charges de copropriété ou la taxe foncière, elle n'avait jamais eu l'occasion de trancher le sort de la taxe d'habitation. L'arrêt offre l'occasion de faire le point sur les dépenses de conservation à la charge de l'indivision et sur leur régime.

◆ Définir une dépense de conservation

21. Aux termes de l'article 815-13, alinéa 1^{er} du code civil, « lorsqu'un indivisaire a amélioré à ses frais l'état d'un bien indivis, il doit lui en être tenu compte selon l'équité, eu égard à ce dont la valeur du bien se trouve augmentée au temps du partage ou de l'aliénation. Il doit lui être pareillement tenu compte des impenses nécessaires qu'il a faites de ses deniers personnels pour la conservation desdits biens, encore qu'elles ne les aient point améliorées ». Le texte invite donc à indemniser deux types de dépenses engagées par l'un des indivisaires : celles relatives à l'amélioration du bien et celles concernant sa seule conservation.

La question de savoir ce que recouvre la notion de dépenses de conservation a donné lieu à une jurisprudence relativement nourrie. Et il a été montré que de telles impenses recouvraient une double réalité¹⁸. **Il y a les dépenses de conservation matérielle et de conservation juridique.** Les premières visent à prévenir ou à remédier à une détérioration du bien. Les secondes tendent à éviter que le bien ne puisse sortir du

patrimoine des indivisaires. En d'autres termes, il s'agit en assurant le paiement de ces dépenses de mettre le bien à l'abri d'une éventuelle saisie. C'est au regard de cette distinction, qu'on a pu considérer que le remboursement de l'emprunt ayant permis l'acquisition du bien¹⁹, la taxe foncière²⁰, l'assurance habitation²¹ ou encore les charges de copropriété relevaient des dépenses de conservation, encore que pour ces dernières il faille distinguer selon la nature de la charge. Si les charges de copropriété relatives à l'occupation privative et personnelle par l'un des indivisaires de l'immeuble indivis concernent l'entretien courant, l'eau et le chauffage collectif, elles incombent à l'occupant²². À l'inverse les charges extraordinaires, qui représentent une dépense en capital comme la réfection d'une cage d'escalier ou l'installation d'un ascenseur, demeurent à la charge de l'indivision. En d'autres termes et comme le suggérait un auteur, **il y a lieu de distinguer selon les frais générés par l'occupation personnelle et les frais afférents au bien lui-même**²³. Seules les secondes sont à la charge de l'indivision. Où situer la taxe d'habitation dans ce panel de dépenses ? La Cour de cassation a cru bon de la placer dans cette seconde catégorie. A-t-elle eu tort ?

22. À l'appui de la solution ici consacrée, on pourrait être tenté de raisonner par analogie avec la taxe foncière. Reste que la taxe foncière, à l'inverse de la taxe d'habitation, est un impôt foncier attaché à la qualité de propriétaire. Il est donc logique que tous les indivisaires en soient redevables. Plus encore, le non-paiement de la taxe foncière expose à la saisie du bien par l'administration fiscale... C'est donc la conservation juridique du bien qui est ici en jeu.

On pourrait également être tenté par un rapprochement avec l'assurance d'habitation. En effet, en considérant que l'assurance d'habitation est une dépense de conservation relevant du régime de l'article 815-13 du code civil, la Cour de cassation est venue refouler tout rapprochement entre le locataire – sur qui pèse une telle obligation²⁴ – et l'indivisaire ayant la jouissance exclusive du bien. Ne devrait-il pas en aller de même pour la taxe d'habitation ? Mais là encore, la solution ne convainc pas ; car une telle assurance vise avant tout à garantir contre les risques d'incendie, d'explosion et de dégâts des eaux. À nouveau, c'est le bien que l'on entend protéger par une telle souscription. Une telle dépense vise à en garantir la conservation matérielle. Or **il en va indiscutablement différemment de la taxe d'habitation** comme en atteste l'article 1408 du CGI qui dispose que la taxe d'habitation est établie au nom des personnes qui ont la jouissance ou la disposition des logements imposables. Il s'agit là d'une créance personnelle à l'occupant du bien sans recours contre le propriétaire et partant sans saisie possible du bien²⁵. Comme

19 V. nos obs. ss Cass. civ. 1^{re}, 19 déc. 2018, n° 17-27.822 (V. § 34).

20 Cass. civ. 1^{re}, 13 janv. 2016, n° 14-24.767.

21 Cass. civ. 1^{re}, 5 mars 2008, n° 07-14.729.

22 Cass. civ. 1^{re}, 12 déc. 2007, n° 06-1877.

23 J. Revel, obs. ss Cass. civ. 1^{re}, 12 déc. 2007, préc. : D. 2008, 2248, n° 6.

24 Art. 7, g de la loi du 6 juillet 1989.

25 A. Chamoulaud-Trapiers, note ss Cass. civ. 1^{re}, 5 déc. 2018 : Defrénois 2019, n° 10, p. 29.

18 A. Jault, Indivision post-communautaire : le remboursement des dépenses relatives aux biens : AJ Fam. 2010, 211.

le soulignent deux auteurs, le régime de la taxe d'habitation devrait logiquement reposer sur la distinction suivante : si l'immeuble indivis est occupé par l'un des indivisaires, c'est lui qui devrait en supporter la charge définitive. À l'inverse, si l'immeuble est inoccupé ou occupé par un tiers, l'indivisaire qui a réglé l'impôt devrait pouvoir se retourner contre ses coindivisaires²⁶.

C'est dire qu'on peine à trouver la justification à la solution retenue par la Cour de cassation, qui tend en définitive à considérer qu'en contrepartie de la jouissance exclusive, on ne peut rien réclamer d'autre à l'occupant que le paiement de l'indemnité prévue à l'article 815-9 du code civil... Ce faisant, et la généralité de la formule invite à se poser la question, on peut se demander si la Cour n'entend pas désormais abandonner toute distinction selon la nature de la charge. Les obligations des indivisaires pourraient s'en trouver alourdis.

◆ Indemniser une dépense de conservation

23. La solution consacrée par la Cour de cassation invite à rappeler en quelques mots le régime de l'indemnisation quoiqu'en l'espèce, la question ne suscitait aucune difficulté particulière au regard de la nature de la dépense. L'article 815-13 du code civil est sur ce terrain relativement laconique puisqu'il se contente d'indiquer « qu'il doit lui en être tenu compte selon l'équité, eu égard à ce dont la valeur du bien se trouve augmentée au temps du partage ou de l'aliénation ». La jurisprudence a pu apporter à ce sujet certaines précisions. La règle est désormais la suivante : il doit être tenu compte à l'indivisaire de la plus forte des deux sommes entre la dépense qu'il a faite et le profit subsistant, à savoir la plus-value procurée au bien à raison de la dépense²⁷. **Concernant la taxe d'habitation, c'est bien évidemment la dépense faite qu'il convient de prendre en compte, et elle doit être, supportée, ainsi que l'indique la Cour, à proportion des droits de chacun dans l'indivision.** En tout état de cause, elle sera inscrite au compte d'indivision.

S. GODECHOT-PATRIS ■

24. Indivision – Pacte tontinier – Indemnité d'occupation - La Cour de cassation exclut tout paiement d'une indemnité d'occupation à la charge d'un des deux acquéreurs d'un bien avec clause de tontine dès que l'impossibilité pour l'un des acquéreurs d'occuper l'immeuble ne procède pas du fait de son coacquéreur.

Cass. civ. 1^{re}, 3 oct. 2018, n° 17-26.020 (V. annexe 7)

25. Le pacte tontinier, malgré ses dangers, continue toujours de séduire comme en témoigne ce nouvel arrêt. En l'espèce, deux concubins avaient acquis un bien ensemble ; l'acte de

vente stipulait une clause d'accroissement. L'un des acquéreurs, à la suite du prononcé d'une mesure de protection, a été admis, dans une maison de retraite. L'autre ayant la jouissance exclusive du bien s'est vu réclamer une indemnité d'occupation. Pour avoir fait droit à une telle demande, les juges du fond sont censurés : l'impossibilité d'occuper l'immeuble ne résultant pas du fait de celui qui en avait la jouissance exclusive, on ne saurait donc lui réclamer une indemnité d'occupation.

26. Une fois de plus, **cet arrêt témoigne du paradoxe de la clause de tontine** : exclusive de toute indivision en ce sens, notamment, qu'il n'est pas possible d'y mettre fin en provoquant le partage²⁸, elle ne s'en voit pas moins appliquer certaines règles de l'indivision et notamment celles relatives au paiement d'une indemnité d'occupation (C. civ., art. 815-9)²⁹. La jurisprudence considère en effet que tant que la condition est pendante, chacune des parties a sur le bien des droits concurrents et peut donc jouir indivisément du bien ; partant, celui qui en a la jouissance exclusive se trouve débiteur d'une indemnité d'occupation à l'égard de l'autre... Évidemment, la solution peut sembler aller à rebours de la tontine qui repose sur un mécanisme doublement conditionnel. Par la clause de tontine, « chaque coacquéreur est réputé être seul propriétaire du bien acquis, à compter de la date de son acquisition, sous les conditions résolutoires de son prédécès et suspensive de sa survie. Le jeu de la rétroactivité interdit de reconnaître, fût-ce pendente condicione, l'existence simultanée de deux droits sur une même chose »³⁰. Par conséquent, appliquer l'article 815-9 du code civil en présence d'une clause de tontine, c'est potentiellement réclamer une indemnité d'occupation à quelqu'un qui sera considéré, à terme, comme ayant été toujours propriétaire de l'intégralité du bien. Il y a d'ailleurs fort à parier que si la demande n'est faite qu'au décès du coacquéreur n'ayant pas joui du bien, elle se heurte à un refus des juridictions... On ne peut donc qu'être étonné que l'existence même de la créance soit fonction du moment de la requête...³¹

27. Quoiqu'il en soit, **l'arrêt vient apporter certains éclairages sur les conditions d'octroi d'une indemnité d'occupation**. Traditionnellement, la jurisprudence considère que la jouissance privative par l'un des indivisaires, au sens de l'article 815-9 du code civil, résulte de l'impossibilité de droit ou de fait pour les coindivisaires d'user de la chose³². Il en ira notamment ainsi si l'un d'entre eux ne détient pas les clés³³. Certes en l'espèce, une telle impossibilité était caractérisée. Mais la Cour ajoute que **tout fait n'est pas de nature à justifier l'octroi d'une indemnité ; vient s'y greffer un élément**

28 Cass. civ. 1^{re}, 9 nov. 2011, n° 10-21.710 ; JCPN 2012, n° 1123, note L. Leveneur ; Dr. fam. 2012, comm. 10, obs. B. Beignier ; RTD civ. 2012, 95, obs. J. Hauser.

29 Cass. civ. 3^e, 17 déc. 2013, n° 12-15.453 ; RLDC 2014, 56, obs. A. Paulin ; RJ com. 2014, 207, obs. N. Belzidsky ; RTD civ. 2014, 407, obs. W. Dross.

30 H. Lecuyer, comm. ss CA Bourges, 22 mai 2002, in Dr. fam. 2002, comm. 140.

31 V. l'analyse très critique de W. Dross, obs. précitée.

32 Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 2011, n° 10-15.634.

33 Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 2004, n° 02-20.085.

26 J. Lafond et F. Collard : JCl. Liquidations-Partages, V° Indivision, Fasc. 50, spéc. n° 110.

27 Cass. civ. 1^{re}, 4 mars 1986, n° 85-15.071 ; JCPN 1986, II, p. 241, note Ph. Simler.

intentionnel. Au fond, la situation de jouissance exclusive doit avoir été choisie et non subie. La solution peut sembler un peu sévère si on se place du côté de l'acquéreur privé de la jouissance du bien pour des raisons médicales et qui, sans doute, a besoin de fonds pour financer sa prise en charge ; elle peut sembler raisonnable si on se place du côté de l'acquéreur qui en a certes, *de facto*, la jouissance exclusive mais ce indépendamment de sa volonté. Elle est, en tout état de cause, **conforme à la nature de l'indemnité d'occupation.** Celle-ci vise à réparer le préjudice causé à l'indivision par la perte des fruits et revenus et donc à se substituer à eux. N'en sont débiteurs que ceux, qui par leur fait, privent l'indivision de revenus³⁴.

S. GODECHOT-PATRIS ■

28. Indivision – Privilège du prêteur de deniers -

La Cour de cassation se prononce pour la première fois sur l'assiette du privilège de prêteur de deniers souscrit par l'un des acquéreurs d'un bien immobilier et ce dans le cadre d'une action en responsabilité exercée contre le notaire auteur de l'inscription. Si elle considère que ce privilège grève le bien dans sa totalité, elle n'en écarte pas moins le droit de poursuite du prêteur de deniers sur l'immeuble indivis au motif que l'inscription du privilège n'a pas porté sur l'entier immeuble mais sur la seule part du débiteur du prêt. À ce titre, la responsabilité du notaire est retenue.

Cass. civ. 1^{re}, 9 janv. 2019, n° 17-27.411 (IP 1-2019, n° 2, § 72)

29. C'est dans le cadre d'une action visant à engager la responsabilité du notaire que la Cour de cassation vient de manière inédite se prononcer sur la portée du privilège de prêteur de deniers dans le cadre d'une acquisition en indivision. En l'espèce, un couple avait acquis un ensemble immobilier en indivision pour la nue-propriété – à concurrence respective de 38% et 62% - et en tontine pour l'usufruit. L'un des acquéreurs avait financé sa part au moyen d'un prêt bancaire garanti par un privilège de prêteur de deniers. Si l'acte précisait que l'inscription du privilège devait porter sur l'entier immeuble, l'inscription n'avait été faite qu'à hauteur des droits de l'emprunteur dans le bien immobilier. Ce dernier ayant été mis en liquidation, la banque a entendu engager la responsabilité du notaire, ce à quoi s'est refusée la Cour d'appel considérant que le privilège grève la totalité de l'immeuble, de sorte que la banque aurait pu poursuivre la vente forcée de l'immeuble sans engager une procédure préalable de partage³⁵. Un pourvoi est formé contre la décision d'appel et la Cour de cassation conclut à une cassation partielle. Si elle approuve la Cour d'appel d'avoir considéré que l'assiette du privilège portait

sur l'ensemble de l'immeuble, elle n'en estime pas moins que parce que l'inscription n'a été faite qu'à hauteur des droits du créancier, la banque n'était pas en mesure d'exercer son droit de poursuite sur l'immeuble indivis.

◆ La portée du privilège

30. En décidant que le privilège grève l'immeuble en son entier, la Cour de cassation adhère à la thèse soutenue par Ph. Théry il y a près de 30 ans³⁶. La **solution est inédite** et pourtant la situation est d'une grande banalité : acquisition en indivision d'un bien immobilier financé par un des indivisaires par un prêt garanti par une sûreté immobilière. L'enjeu n'en est pas moins de taille. En effet, selon la date à laquelle le privilège prend effet, son efficacité est plus ou moins grande. Si on estime que le privilège préexiste à l'indivision, son efficacité est garantie quelle que soit l'issue du partage. Si à l'inverse on considère que le privilège prend effet une fois l'acquisition opérée, il en résulte que son sort est beaucoup plus incertain. Soit le bien est attribué au débiteur du prêteur auquel cas le privilège demeure efficace ; soit le bien est attribué à son coacquéreur et par l'effet déclaratif du partage, le privilège se trouve anéanti. La solution n'est donc pas sans danger pour le créancier soumis ainsi aux aléas du partage. Pour parer à un tel risque, on a pu suggérer que le coacquéreur consente au prêteur un cautionnement réel sur sa propre quote-part en garantie du prêt consenti à son co-indivisaire. Encore faut-il qu'il accepte !

Il n'en demeure pas moins qu'il a été démontré que cette seconde analyse, si elle était pertinente à supposer qu'une personne vienne à acquérir des droits indivis, ne l'était pas dans l'hypothèse où il s'agit de se porter acquéreur d'un bien sur lequel les acquéreurs seront en indivision. Dans un cas l'indivision préexiste à l'acquisition, dans l'autre elle lui est postérieure ; elle n'en est que la conséquence. En d'autres termes, la vente a porté d'abord sur un immeuble qui a vocation ensuite à être détenu en indivision. La solution est somme toute logique : l'indivision de droit commun n'est pas un mode d'acquisition des biens ; elle n'en est qu'un mode de gestion. D'où la suggestion de Ph. Théry de considérer que dans cette hypothèse, le privilège de prêteur de deniers est né au seuil de l'indivision et porte par conséquent non sur la quote-part du débiteur dans l'immeuble mais sur l'ensemble du bien³⁷. D'ailleurs, à l'appui d'une telle analyse, on rappellera que le privilège du prêteur de denier prend rang s'il est inscrit dans les deux mois de l'acquisition au jour de cette acquisition³⁸. C'est cette analyse que la Cour de cassation consacre ici.

31. Raisonner de la sorte, emporte comme le montre la Cour **un certain nombre de conséquences.** Certes, comme elle le relève, le prêteur de deniers ne se trouve pas soumis aux règles applicables aux créanciers personnels d'un des indivisaires. Il peut poursuivre la saisie et la vente des biens indivis sans

34 J. Flour, Pot-pourri autour d'un arrêt : Defrénois 1975. 145.

35 Sur la décision de la CA de Lyon du 12 sept. 2017, voir Ch. Gjisbers : Defrénois 2019, n°4, p. 32.

36 Ph. Théry, Du recours au privilège de prêteur de deniers en cas d'acquisition par deux personnes : Defrénois 1990, art. 34812.

37 Ph. Théry, art. préc., spéc. n° 5.

38 C. civ., art. 2379.

avoir à provoquer le partage³⁹. Plus encore, le privilège ne sera pas affecté par l'issue du partage : si le bien est attribué au coacquéreur de l'emprunteur, le privilège lui demeure opposable. Et la solution ici consacrée vaut également dans l'hypothèse où les acquéreurs auraient eu chacun recours à un prêt distinct. Comme l'a souligné Ph. Théry, la solution est conforme à la raison d'être du privilège de prêteur de deniers : « *l'enrichissement apporté à un patrimoine en y introduisant un bien justifie l'octroi d'un droit préférentiel sur la valeur de ce bien* ». C'est néanmoins en retenant ce même point de départ qu'un auteur en vient à condamner la solution retenue en l'espèce par la Cour de cassation : l'assiette du privilège serait limitée à l'enrichissement donc à la quote-part financée ; partant, le privilège ne pourrait jamais porter sur plus que l'enrichissement⁴⁰. Il nous semble, néanmoins, que ce n'est pas parce que le privilège a pour assiette l'ensemble du bien immobilier qu'il portera sur plus que l'enrichissement. Il s'exerce sur l'ensemble du bien mais à hauteur de l'enrichissement. La solution est tout à fait fondée au regard du principe de l'indivisibilité du privilège.

Il s'ensuit qu'en cas d'acquisition en indivision, la supériorité du privilège de prêteur de deniers sur les sûretés immobilières conventionnelles soumises aux aléas du partage⁴¹, est indiscutable ; mais encore faut-il que certaines précautions aient été prises au moment de son inscription.

◆ Les restrictions de l'inscription

32. La solution de principe posée par la Cour de cassation, qui mettait le notaire à l'abri d'une action en responsabilité, se trouve immédiatement neutralisée par les **règles de publicité foncière**. Parce que le privilège n'a été inscrit qu'à hauteur des droits indivis de l'emprunteur, la banque se voit privée de son droit de poursuite sur l'immeuble. À l'égard des tiers, il n'a en effet que la qualité de créancier personnel du co-indivisaire emprunteur. Ceux-ci ne peuvent donc se voir opposer une sûreté portant sur le bien tout entier. Dès lors, le prêteur de deniers est simplement en droit de provoquer le partage. Autrement dit, faute d'avoir procédé à une publicité adéquate, ses droits sur l'ensemble du bien sont donc inopposables... Et partant inefficaces.

33. On commencera par rappeler que la question de l'inscription du privilège de prêteur de deniers né au seuil de l'indivision a suscité par le passé un certain nombre de discussions sur lesquelles il n'est peut-être pas inutile de revenir⁴². En effet, si on respecte les règles de la publicité foncière, il conviendrait de faire intervenir le second acquéreur dans le même bordereau d'inscription. Mais, procéder de la sorte sous-entend, au regard de ces mêmes règles, que les coacquéreurs aient la

qualité d'emprunteurs solidaires. D'où la proposition faite par le Congrès des Notaires de procéder à l'établissement de deux bordereaux distincts pour chacun des coacquéreurs. Il a néanmoins été souligné qu'un seul bordereau collectif devrait suffire, dès lors qu'en matière d'hypothèque on en admet l'utilisation lorsque des coindivisaires consentent à l'hypothèque d'un bien indivis en garantie de la dette de l'un d'entre eux⁴³. Il est probable que, dans l'espèce considérée, un seul bordereau a été établi et que le coacquéreur n'y est pas intervenu. D'où une inscription portant simplement sur les droits indivis de l'emprunteur.

Pour autant **la solution de la Cour de cassation est-elle fondée ? Si on s'en tient à la lettre des textes, cela ne fait pas de doute ; si à présent on s'attache à l'esprit du décret du 4 janvier 1995, c'est peut-être plus discutable**. Un auteur a en effet fort bien montré que si l'inscription est exigée, c'est au regard des tiers auxquels le créancier privilégié entend opposer son droit de préférence ou son droit de suite. Or ici, la banque entendait se prévaloir de son privilège dans ses rapports avec le coacquéreur. N'était donc en cause ni le droit de suite, ni le droit de préférence, de sorte qu'on peut se demander si ce n'est pas à tort que la Cour de cassation est venue ainsi limiter la portée du privilège⁴⁴. Ceci étant, raisonner de la sorte a pour conséquence d'instaurer un régime d'opposabilité à géométrie variable selon l'interlocuteur et la configuration litigieuse ; il n'est pas certain que cela soit toujours tenable.

Il n'en demeure pas moins qu'on ne peut qu'**inviter les notaires à la prudence et à inscrire le privilège pour la valeur du bien en son entier**.

S. GODECHOT-PATRIS ■

34. À NOTER

> **Indivision - Dépense de conservation – Emprunt** - La Cour de cassation rappelle que le paiement des échéances d'un emprunt ayant servi à l'acquisition d'un bien immobilier par un seul des indivisaires ouvre droit à une indemnité à l'encontre de l'indivision calculée selon les modalités de l'article 815-13 du code civil.

Cass. civ. 1^{re}, 19 déc. 2018, n° 17-27.822 (V. annexe 8)

La Cour de cassation reprend ici une **solution assez classique**. Le remboursement de l'emprunt souscrit pour l'acquisition d'un bien indivis est une dépense de conservation qui par conséquent doit être supportée par tous les indivisaires. Si la Cour de cassation censure ici les juges du fond, c'est qu'en lieu et place de l'article 815-13 du code civil, ils avaient appliqué l'article 1469 relatif au calcul des récompenses. Pour bien comprendre la confusion opérée par la Cour d'appel, il convient de procéder à quelques rappels. En l'espèce, les indivisaires avaient été mariés sous le régime de séparation de biens. Dans cette situation, deux règles d'indemnisation concurrentes peuvent *a priori* trouver à s'appliquer : l'article 815-13 du code civil et l'article 1479, alinéa 2 du même code, qui renvoie à l'article 1469, alinéa 3 de ce code. La Cour de cassation a par le passé fait

39 C. civ., art. 815-17.

40 M. Mignot, note ss Cass. civ. 1^{re}, 9 janv. 2019 : L'essentiel Droit bancaire 2019, n° 3, p. 7.

41 C. civ., art. 2414.

42 B. Pacaud, Les sûretés immobilières en cas de pluralité d'emprunteurs ou d'acquéreurs : Defrénois 2000, p. 273 ; Ch. Foix et Ch. Corgas, Sûretés immobilières : Ellipses, 2013, spéc. p. 21.

43 Ch. Gjisbers, note préc. sous CA Lyon, 12 sept. 2017.

44 Ch. Gjisbers, note sous Cass. civ. 1^{re}, 9 janv. 2019, Defrénois 2019, n°11, p. 25.

prévaloir l'article 815-13. C'est cette solution qui est ici mise en œuvre. On ajoutera que la créance due à l'indivisaire est la plus forte des deux sommes entre la dépense faite et le profit subsistant⁴⁵. Dans la première hypothèse on considère qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre le capital et les intérêts. Ceci étant, on pourrait aussi, sur la base de la dépense faite, procéder à une réévaluation en fonction du coût de la construction. Quant au calcul du profit subsistant, il a suscité la perplexité car pris à la lettre cela suppose de déduire de la valeur actuelle du bien la valeur qu'il aurait eu si l'emprunt n'avait pas été remboursé⁴⁶.

S. GODECHOT-PATRIS ■

Démembrement de propriété

35. Usufruit – Évaluation – Usufruit viager – Cession entre personnes morales - La Cour de cassation juge que l'article 669 du CGI, que ce soit en son premier ou son second paragraphe, ne distingue pas entre personnes physiques et personnes morales pour l'évaluation de l'usufruit ; à propos de la cession d'un usufruit entre deux SCI devant s'éteindre au décès du survivant des gérants desdites sociétés, la Cour en déduit que la liquidation des droits d'enregistrement afférents à la cession est soumise à l'article 669, I du CGI, dès lors que l'usufruit est de nature viagère, peu important que cet usufruit entre personnes morales ne puisse excéder trente ans aux termes de l'article 619 du code civil.

Cass. com., 26 sept. 2018, n° 16-26.503 (IP 1-2019, n° 3.3.2)XX

36. Une société civile immobilière a acquis auprès d'une autre société civile immobilière l'usufruit d'un ensemble immobilier. La convention avait ceci de particulier qu'elle prévoyait que ce droit devait s'éteindre au décès du survivant des gérants desdites sociétés. La liquidation des droits de mutation à titre onéreux dus sur cette vente a par suite été effectuée en retranchant à la valeur en toute propriété de l'immeuble le pourcentage tenant compte de l'âge des usufruitiers par application de l'article 669, I du CGI. Le conservateur des hypothèques a refusé l'enregistrement de l'acte de cession, au motif que les droits de mutation devaient être évalués en considération du prix de cession conformément à l'article 683, 2 du CGI et non sur une base minorée à partir du barème prévu à l'article 669, I du CGI. Ne l'entendant pas ainsi et

après s'être vue refuser le remboursement du supplément de droits perçus suite à une réclamation contentieuse, la société ayant acquis cet usufruit a saisi le tribunal de grande instance. Déboutée, elle interjette appel de ce jugement et obtient gain de cause devant la Cour d'appel de Paris⁴⁷. La cour retient que la qualification d'usufruit viager devait conduire à déterminer la valeur fiscale de ce droit par référence à l'article 669, I du CGI et rejette corrélativement les prétentions de l'administration visant à obtenir l'application de l'article 669, II du CGI évaluant l'usufruit à 23% de la valeur en pleine propriété par tranche de 10 ans.

Devant la Cour de cassation, l'administration prétend que l'usufruit accordé à une personne morale est nécessairement un usufruit à durée fixe par application de l'article 619 du code civil, lequel limite cette durée à 30 ans. Elle soutient également que le barème de l'article 669, I ne trouve à s'appliquer qu'en présence d'un usufruit constitué au profit d'une personne physique.

La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris au motif que « l'article 669 du Code général des impôts, que ce soit en son premier ou son second paragraphe, ne distingue pas entre personnes physiques et personnes morales pour l'évaluation de l'usufruit (...) ». Elle en déduit que « la liquidation des droits d'enregistrement afférents à la cession (...) est soumise aux dispositions de l'article 669, I du Code général des impôts, dès lors que l'usufruit (...) est de nature viagère, peu important que cet usufruit entre personnes morales ne puisse excéder trente ans aux termes de l'article 619 du Code civil. ».

Cette décision mérite d'être soulignée à un double titre : outre qu'elle apporte une solution de bon sens sur le plan fiscal dont il convient toutefois d'apprécier l'exacte portée (1), elle interroge le régime juridique de la durée d'un usufruit constitué au profit d'une personne morale (2).

♦ Sur le plan fiscal

37. Tout d'abord au regard des **modalités de calcul des droits d'enregistrement**, il n'est pas inutile de noter que l'administration avait en premier lieu prétendu faire application de l'article 683 du CGI aux termes duquel la taxe ou le droit sont liquidés « sur le prix exprimé », autrement dit sur la valeur économique de l'usufruit. Or, bien que ce texte vise également les cessions d'usufruit d'immeubles, l'administration contredisait ainsi sa propre doctrine qui considère précisément que les dispositions spéciales de l'article 669 du CGI dérogent à celles, à caractère général, de l'article 683 du même code et priment sur celles-ci. Dès lors on comprend mieux pourquoi on ne trouve nulle trace de cet argument dans les moyens soulevés par l'administration devant la Cour de cassation.

Loin de désarmer, c'est sur la qualité du cessionnaire qu'elle s'est ensuite appuyée pour affirmer que lorsqu'il est constitué au profit d'une personne morale, un usufruit ne peut avoir qu'un terme fixe, avant de conclure à l'exclusion de l'article 669, I du CGI dont le champ d'application est limité aux usufruits viagers. La société cessionnaire considérait de son côté que la qualification d'usufruit viager ne dépendait pas de la qualité

45 Cass. civ. 1^{re}, 4 mars 1986, n° 85-15.071 : JCPN 1986, II, p. 241, note Ph. Simler.

46 Pour une proposition alternative en cas d'indivision post-communautaire qui repose sur le valorisme : A. Jault, Indivision post-communautaire : le remboursement des dépenses relatives aux biens : AJ Fam. 2010, 211.

47 CA Paris, 13 sept. 2016, n° 12/04627.

de l'acquéreur. Or, il est vrai que **s'il est impossible de céder un usufruit à une personne morale pour une durée supérieure à 30 ans, rien n'interdit de lui céder un usufruit viager**. Il suffit pour s'en convaincre de se placer dans une autre hypothèse : celle dans laquelle serait cédé un usufruit préconstitué au profit du cédant personne physique dont nul ne conteste le caractère essentiellement viager, quand bien même le cessionnaire aurait la qualité de personne morale. Il n'y a là rien que de très logique dans la mesure où l'usufruitier ne saurait céder davantage de droits qu'il n'en a lui-même. C'est bien à un tel résultat qu'aboutirait, si elle était permise, la cession pour une durée fixe d'un usufruit pourtant viager. Appelé à s'éteindre au décès de la personne physique sur la tête de laquelle il a été préconstitué, cet usufruit est bel et bien limité dans le temps. Les parties n'ont somme toute fait qu'user de la liberté qui leur était offerte de prévoir des modalités d'extinction affectées d'un aléa lié à la durée de la vie d'une personne physique. L'essentiel étant de préserver l'aptitude du propriétaire à recouvrer tôt ou tard l'ensemble des prérogatives qu'il a sur son bien, elles n'ont, ce faisant, rien stipulé de nature à troubler l'ordre public des biens, que l'on sait marqué par l'impossibilité de constituer des droits réels à caractère perpétuel sur la chose d'autrui⁴⁸.

Dès lors que l'article 669, I vise les usufruits viagers sans distinguer selon que la cession est consentie au profit d'une personne physique ou d'une personne morale, la liquidation des droits selon le barème imposé par ce texte s'imposait avec la force de l'évidence. Ajoutons enfin que l'argument fondé sur la lettre de l'article 669 du CGI évoquant « l'âge de l'usufruitier » est sans portée à partir du moment où l'on considère que les termes employés visent l'âge de la personne pour la durée de vie de laquelle l'usufruit est constitué⁴⁹.

38. On peut ensuite s'interroger quant à la **portée de cette décision sur le terrain de l'article 13, 5 du CGI**, dont on sait qu'il conduit à taxer comme un revenu le produit de la première cession d'un usufruit à durée fixe lorsque le cédant est assujéti à l'impôt sur le revenu. Toute la question est de savoir si cette décision permet de considérer que ce texte est sans application dans l'hypothèse de la cession d'un usufruit viager au profit d'une personne morale. La **prudence doit selon nous rester de mise**. Cette interprétation n'est en effet pas celle de la doctrine administrative selon laquelle « les cessions portant sur un usufruit viager cédé sans terme fixe, c'est-à-dire un usufruit dont la seule cause d'extinction est le décès de son titulaire, ne sont pas concernées par les dispositions du 5 de l'article 13 du CGI »⁵⁰. Celle-ci en conclue que « si l'usufruit est constitué sur la tête de la personne morale (...) la cession entre dans le champ d'application des dispositions du 5 de l'article 13 du CGI. En effet, en application de l'article 619 du code civil, la durée de cet usufruit ne pouvant excéder trente ans, cet usufruit est nécessairement consenti pour une durée fixe »⁵¹. L'analyse

n'est pas cohérente, du moins si on la met en perspective avec le raisonnement suivi par la doctrine administrative dans un autre cas de figure. En effet celle-ci ne distingue pas un usufruit sans terme fixe constitué par une personne physique au profit d'une personne physique d'un usufruit préconstitué sur la tête de cette même personne physique, également sans terme fixe, et cédé par celle-ci au profit d'une personne morale. La doctrine administrative considère qu'il s'agit d'un usufruit viager ne relevant pas du dispositif de l'article 13, 5 et pouvant bénéficier du régime d'imposition de droit commun plus favorable des plus-values. Or, si l'usufruit est viager dans les deux cas, c'est seulement dans le premier cas que le décès constituera à coup sûr le terme de l'usufruit. Dans le second cas, cet usufruit s'éteindra à l'issue de la durée de 30 ans pour le cas où la personne physique pour la durée de vie de laquelle l'usufruit a été constitué serait encore en vie. À égalité de résultat, on ne voit pas très bien ce qui empêcherait d'étendre cette analyse à l'hypothèse d'un usufruit cédé à une personne morale dont le terme serait aligné sur la durée de vie d'une personne physique. Dans tous les cas, il s'agit d'un usufruit principalement viager. Il reste que l'on imagine mal que la doctrine administrative franchisse ce pas sans interroger la pertinence de l'application de l'article 13, 5 à l'usufruit à terme fixe, également principalement viager, constitué au profit d'une personne physique. Cela reviendrait à vider cette disposition de toute substance. La seule façon de dépasser cette difficulté serait d'admettre que la constitution d'un usufruit viager au profit d'une personne morale puisse perdurer au-delà de trente ans.

◆ Sur le plan juridique

39. Cette décision pose la **question de la durée maximale que pourrait atteindre un usufruit à caractère viager constitué au profit d'une personne morale**. Pour le dire autrement, est-il envisageable qu'un tel usufruit perdure au-delà de 30 ans pour le cas où la personne physique pour la durée de vie de laquelle il a été constitué serait encore en vie en vie à l'arrivée de ce terme ? Là encore, la **prudence doit conduire à considérer que la durée d'un tel usufruit demeurerait plafonnée à 30 ans**. Il semble bien en effet que la Cour de cassation⁵² ait appréhendé l'article 619 du code civil comme imposant une durée couperet de 30 ans, indépendamment des modalités de fixation de la durée de l'usufruit constitué à son profit⁵³. Une chose est en effet d'admettre qu'il soit possible de stipuler qu'un usufruit constitué pour une durée de 30 ans puisse s'éteindre avant ce terme au motif que les parties lui auraient conféré un caractère viager, une autre est de considérer qu'une telle convention puisse, sous ce prétexte, aboutir à conférer à cet usufruit une durée potentiellement plus longue que celle plafonnée à 30 ans par l'article 619 du code civil. De ce point de vue, il ne faudrait pas faire dire à l'arrêt commenté ce qu'il ne dit pas. **La Cour de cassation se contente en l'espèce de confirmer qu'il est**

48 À l'exception notable des servitudes qui se caractérisent par leur caractère accessoire au fonds dominant qu'elles visent à servir.

49 Sur ce point, voir Dr. fisc. 2018, n° 41, comm. 418, note F. Le Mentec.

50 BOI-IR-BASE-10-10-30, 6 avr. 2017, § 80.

51 *Ibid.*, § 90.

52 Cass. civ. 3^e, 7 mars 2007 : JurisData n° 2007-037924.

53 V. à ce sujet H. Hovasse, La durée de l'usufruit constitué au profit d'une personne morale : JCPN 2007, n° 29, 1219.

possible de constituer un usufruit principalement viager, rien de plus, rien de moins. Il n'en demeure pas moins que ce faisant, elle va au-delà de ce qu'exige l'ordre public des biens. Si les rédacteurs du code civil ont plafonné la durée de l'usufruit à 30 ans, c'est parce qu'ils craignaient que sa durée, le cas échéant alignée sur celle de la personne morale, confine à la perpétuité. Cette crainte était justifiée, même s'il faut reconnaître que le remède est allé bien au-delà de ce qu'exigeait la protection du droit de propriété. On peine en effet à justifier au regard de cet impératif qu'un usufruit ne puisse être constitué au profit d'une personne morale pour une durée alignée sur celle de la vie d'une personne physique. Dans les deux cas, l'usufruit est temporaire et le risque de perpétuité est écarté.

V. STREIFF ■

40. À NOTER

> Cession de titres démembrés – Remploi - Plus-value – Redevable de l'impôt – Remploi partiel - La Cour administrative d'appel de Versailles rappelle, dans le cadre d'une cession de titres démembrés, qu'en cas de clause de remploi du prix de cession, la plus-value doit être imposée au nom du nu-propiétaire. Elle précise que la circonstance que, dans les faits, seule une partie du prix de cession a fait l'objet d'un remploi est sans incidence.

CAA Versailles, 1^{re} ch., 29 janv. 2019, n° 16VE02602, Kreps (V. annexe 9)

Les requérants avaient effectué au profit de leur enfants une donation-partage portant sur des titres de société, avec réserve d'usufruit. Ces titres avaient ensuite été cédés en pleine propriété, dans le cadre du rachat par la société de ses propres titres en vue de les attribuer à ses salariés.

Les requérants contestaient être redevables de l'imposition afférente à la plus-value de cession réalisée lors du rachat des titres. Ils soutenaient que cette plus-value devait être taxée au nom de leurs enfants, nus-propiétaires des titres. Ils invoquaient à cet effet la clause de l'acte de donation-partage selon laquelle en cas de cession des titres démembrés, le prix de cession serait remployé pour permettre le report du démembrement sur un autre bien. L'administration faisait valoir au contraire que les nus-propiétaires ne pouvaient être regardés comme redevables de l'imposition litigieuse dès lors que, dans les faits, le remploi n'avait porté que sur une partie du prix de cession.

La Cour rappelle la jurisprudence relative aux redevables de la plus-value sur la cession de titres démembrés, selon laquelle en cas de remploi du prix pour l'achat d'autres biens sur lesquels le démembrement se reporte, seul le nu-propiétaire des titres est redevable de l'imposition⁵⁴. En outre, conformément aux conclusions du rapporteur public, elle estime que la circonstance que dans les faits le remploi du prix de cession n'est que partiel est sans incidence. En effet, le redevable de l'imposition s'apprécie à la date du fait générateur de l'impôt lequel, selon une jurisprudence constante, correspond à l'accord des parties sur la chose et le prix sans qu'il soit tenu compte des circonstances ultérieures⁵⁵.

54 CE, 17 avr. 2015, n° 371551 : RJF 7/15 n° 594, concl. E. Cortot-Boucher.

55 CE, 25 juin 2003, n° 238033, Moureau : RJF 10/03 n° 1105.

Annexes (disponibles sur le site internet de la Revue)

Annexe 1 : CE, 9^e et 10^e ch., 28 janv. 2019, n° 407305, Masset

Annexe 2 : CE, 9^e et 10^e ch., 8 févr. 2019, n° 407641, Ruggieri, concl. M.-G. Merloz

Annexe 3 : Cass. civ. 3^e, 17 janv. 2019, n° 17-26.695

Annexe 4 : Cass. civ. 2^e, 10 janv. 2019, n° 17-31.133, SCI Océane

Annexe 5 : Cass. com., 5 déc. 2018, n° 17-25.664

Annexe 6 : Cass. civ. 1^{re}, 5 déc. 2018, n° 17-31.189

Annexe 7 : Cass. civ. 1^{re}, 3 oct. 2018, n° 17-26.020

Annexe 8 : Cass. civ. 1^{re}, 19 déc. 2018, n° 17-27.822

Annexe 9 : CAA Versailles, 1^{re} ch., 29 janv. 2019, n° 16VE02602, Kreps