

02.1

# Les incertitudes du quasi-usufruit

Rémy LIBCHABER,

Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Le quasi-usufruit est une institution en plein essor, alors que la doctrine persiste à s'interroger sur son fonctionnement effectif. À propos de chacune de ses articulations, qu'elles soient légales ou conventionnelles, des hésitations se présentent à l'esprit qui engagent la nature et le fonctionnement

de ce qui n'est peut-être pas même un droit réel. Une fois réalisé l'inventaire des difficultés intellectuelles, on prend conscience que le temps est venu de proposer un modèle législatif qui permettrait à chacun de se retrouver dans une question si prodigue en incertitudes.

## Introduction

1. Le quasi-usufruit est une institution qui, minée par d'épuisantes contradictions, n'est jamais parvenue à trouver sa place en droit français. Elle ne s'épanouit, encore que de façon relative, qu'à la condition d'occuper des fonctions juridiques qui ne lui reviennent pas naturellement.

Il est peut-être excessif de parler d'institution pour ce qui, à l'origine, ne se présente que comme une diversification du régime de l'usufruit. Parce que ce droit réel fondamental a une nature successorale prononcée – en ce qu'il a toujours eu pour fonction de protéger le cadre de vie du conjoint survivant –, il fallait dès le droit romain qu'il puisse être établi sur tous les biens patrimoniaux, quel qu'en soit le type<sup>1</sup>. Or, depuis l'origine également, ce droit d'usufruit se caractérisait par l'obligation faite à l'usufruitier de conserver la substance de la chose qui y est soumise, pour qu'elle puisse être restituée en nature au propriétaire<sup>2</sup> à l'extinction du droit<sup>3</sup>. À la croisée de ces injonctions juridiques contradictoires, il peut arriver

qu'entrent dans l'usufruit des choses dont l'usage normal suppose précisément leur destruction : les biens consommables, ceux qui sont détruit *primo usu* par l'emploi naturel que l'on est susceptible d'en faire. L'exemple le plus évident est celui des produits alimentaires : l'usufruit permet à son titulaire de les utiliser conformément à leur nature, c'est-à-dire en les consommant ; ce faisant, il les détruit par ingestion si bien qu'aucune restitution n'est plus possible. On ne peut donc pas lui demander de sauvegarder la substance de la chose alors que l'usage normal, prescrit par l'usufruit, consiste à la détruire. Or de telles choses sont couramment soumises à ce vieux droit réel en raison de sa vocation successorale : elle conduit le testateur à léguer à son conjoint l'usufruit de l'ensemble de son patrimoine, dans lequel des choses consommables peuvent évidemment figurer. Dans cette hypothèse, il faut sacrifier l'une des deux exigences de base : soit le titulaire reçoit un usufruit partiellement inutile puisqu'il ne peut pas l'exercer sur certains biens, soit il le fait en sacrifiant la substance de ces choses, ce qui paraît abusif. **De l'une ou l'autre façon, on se trouve en contradiction ouverte avec les exigences les plus fondamentales du droit d'usufruit.**

Fallait-il limiter les effets de cette volonté de transmission, ou aménager l'usufruit de manière à la respecter ? La seconde solution a prévalu en droit romain, non sans difficultés d'ailleurs car on touchait aux principes mêmes d'un droit d'usufruit presque aussi essentiel que la propriété.

2. Que faire quand l'usufruitier dispose d'un droit qui, par son exercice même, détruit la chose sur laquelle il porte alors qu'il avait précisément pour mission de la sauvegarder ? Le droit romain avait perçu une contradiction qu'il échouait à surmonter, dans un premier temps du moins. Un usufruit

1 L'exigence s'est maintenue à l'article 581 du code civil : « *l'usufruit peut être établi sur toute espèce de biens meubles ou immeubles* ».

2 Ce qui apparaît dans la définition la plus générale donnée par le droit romain. Repris par le Digeste (*Digeste*, livre vii, titre I, 1), Paul estimait que l'usufruit est le droit de jouir et d'user de la chose d'un autre, en en sauvegardant la substance (*ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia*). La suite du texte justifie cette affirmation : « *il en va ainsi parce qu'il est un droit sur une chose, qui doit périr quand elle-même périt* » (est enim jus in corpore, quo sublato, et ipsum tolli necesse est).

3 Là encore, la fidélité du droit français est absolue puisque la définition de l'usufruit donnée par l'article 578 du code civil reprend ces termes : « *l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété comme le propriétaire lui-même, mais à charge d'en conserver la substance* ».

destructeur de son objet était trop contraire à l'esprit d'un droit qualifié de **réel** – c'est-à-dire s'exerçant directement sur une chose –, pour échapper à une insoluble contradiction : on ne peut pas concevoir un droit de nature réelle qui ne supposerait pas la persistance de la *res* au long de son exercice. **Il fallut ainsi un sénatus-consulte pour que cette institution contradictoire fût imposée au droit romain.** Ulpien écrit ainsi que : « *il est décidé par un sénatus-consulte "que l'on peut léguer l'usufruit de toutes les choses qui sont dans le commerce"* ; *il en résulte que ce texte implique que l'on puisse transmettre un usufruit qui porterait également sur des choses que l'usage anéantit ou diminue* »<sup>4</sup>. C'est ainsi que, selon Paul, « *depuis lors, on peut léguer un usufruit sur les choses de toutes sortes* »<sup>5</sup>.

Mais ce texte législatif ne procédait pas à une extension du domaine de l'usufruit, ce qui était considéré comme impossible. « *La raison naturelle est un obstacle à cet usufruit, que le sénatus-consulte n'a pas pu surmonter* »<sup>6</sup>. **Le texte romain ne pouvait donc créer qu'un droit équivalent dans ses effets : il s'agit en cela d'un ersatz apte à se substituer à l'usufruit sans en être un droit équivalent, ce qui justifiera l'emploi du mot « quasi » que la tradition lui associera désormais dans la dénomination**<sup>7</sup>. En raison du sacrifice nécessaire de la substance de la chose, le sénatus-consulte avait exigé que le titulaire du droit fournisse au nu-propiétaire une sûreté qui garantisse la restitution de l'argent *in fine* : selon Gaius, « *si on lègue l'usufruit d'une somme d'argent, l'usufruitier doit donner caution au propriétaire de la lui rendre* »<sup>8</sup>. Prévue pour l'argent seulement, l'exigence sera étendue à toutes les choses qu'un usage normal détruit, telles que le vin, l'huile ou le blé. Le Digeste rapporte ainsi les propos d'Ulpien, estimant que nul n'admettra la constitution d'un usufruit sur la laine, les parfums ou les aromates ; mais on pourra avoir recours au sénatus-consulte qui permet ces usufruits moyennant un cautionnement<sup>9</sup>.

On sait que ce cautionnement, spécifiquement prévu pour le quasi-usufruit, se généralisera par la suite en droit français, comme les articles 601 et suivants du code civil continuent de l'attester.

**3.** Cette variation sur l'usufruit devait longtemps rester cantonnée à l'étroit domaine qui lui avait été assigné : celui des choses consommables par le premier usage, qui ne sont

4 Digeste, livre vii, titre v, 1.

5 Digeste, livre vii, titre v, 4.

6 Digeste, livre vii, titre v, 2 : « *nec enim naturalis ratio auctoritate sentaus commutari potuit* ».

7 Le texte de Gaius, évoqué dans la note 6, mérite d'être cité dans son intégralité : « *le sénatus-consulte n'a pas eu l'effet de rendre approprié un usufruit sur de l'argent, car la raison naturelle est un obstacle à cet usufruit, que le texte n'a pas pu surmonter ; mais ayant prévu un remède [le cautionnement], on a commencé d'établir l'équivalent d'un usufruit [un quasi usufruit]* » (*Quo senatus-consulto non id effectum est, ut pecuniæ usufructus proprie esset : nec enim naturalis ratio auctoritate sentaus commutari potuit ; sed, remedio introducto, cepit quasi usufructus haberi*).

8 Digeste, livre vii, titre v, 2 : *de pecunia recte caveri oportet his a quibus ejus pecuniæ usufructus legatus erit*, ce qui suggère un cautionnement par le titre du paragraphe : *de cautione a fructuario præstanda* (du cautionnement à fournir par l'usufruitier).

9 Digeste, livre vii, titre v, 11.

ni nombreuses ni déterminantes – si on laisse de côté ce bien atypique qu'est la monnaie. D'où une institution marginale, qui ressemblait par divers traits à cette autre institution-limite qu'est le prêt de consommation, pareillement contradictoire dans les termes puisque cette opération précaire devient translatrice de propriété par exception.

La suite de l'histoire de l'institution après le droit romain demeure marquée par la modestie. L'usufruit est un droit important, mais tout de même marginal ; une diversification de l'usufruit ne peut qu'occuper un domaine moindre, véritablement réduit à peu par l'étroitesse de ses conditions d'origine. Ce qui explique une certaine déshérence de l'institution dans l'ancien droit, qui connaît l'usufruit sur les choses consommables, forcé par la nécessité, encore que le terme de quasi-usufruit y semble abandonné, et que ses conditions d'établissement ne lui ouvrent aucun développement inattendu.

Cette existence tout à la fois intermédiaire et nécessaire devait conduire le code civil de 1804 à reprendre l'institution avec la perception des mêmes contradictions, mais une approche plus tranchée qui finit par dépasser les contraintes. **Le passage du temps a conduit à l'abolissement des distinctions romaines, si bien le quasi-usufruit a cessé d'être un droit autonome fonctionnellement équivalent à l'usufruit, pour devenir une sorte de modalité de ce droit, justifiée par la nature de certaines choses.** Dès lors que le code déclarait que « *l'usufruit peut être établi sur toute espèce de biens meubles ou immeubles* », il était normal qu'il prévienne des actualisations particulières pour les biens qui ne s'y pliaient pas d'eux-mêmes. D'où une intégration du quasi-usufruit dans le droit d'usufruit dont il dérivait originellement : d'une reproduction, on est passé à une modalité.

Galli est très clair sur ce point dans les travaux préparatoires du code : « *quoique les choses fongibles (sic), qui se consomment par l'usage qu'on en fait, paraissent au premier aspect ne pouvoir être l'objet d'un usufruit, puisque dans la réalité on ne peut en jouir sans en détruire la substance, cependant on les reconnaît comme susceptibles de ce droit, à la charge de les rendre en même quantité, qualité et valeur* »<sup>10</sup>. Cette affirmation péremptoire radicalise des propos qui étaient plus nuancés au début de la présentation qu'il fait au Corps législatif : s'écartant de la définition de l'usufruit donnée par Domat pour des raisons qu'il est inutile de rappeler, il ajoute que cette conception « *aurait emporté l'exclusion des choses qui se consomment par l'usage ou qui se détériorent, et desquelles cependant on peut avoir l'usufruit, sous le nom d'usufruit impropre, comme s'expriment les praticiens, ou de quasi usufructus, comme le dit formellement le texte dans les Institutes* »<sup>11</sup>.

Il reste que le code civil consacre l'institution avec l'article 587, sans l'affubler d'une dénomination particulière puisqu'il n'est plus qu'un usufruit particulier : « *si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge d'en rendre de pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation, à la fin de l'usufruit* ». La fin du texte sera

10 P. A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. xi, Paris 1836, p. 220.

11 P. A. Fenet, préc., p. 212.

légèrement altérée par la loi n° 1960-464, du 17 mai 1960, la charge finale devenant celle de « rendre, à la fin de l'usufruit, soit des choses de même quantité et qualité soit leur valeur estimée à la date de la restitution ».

4. La continuité dans l'esprit de l'institution n'offrait aucune raison d'en attendre un succès particulier, et la réforme généraliste de 1960 ne devait pas davantage dynamiser un quasi-usufruit qui n'était présenté par les auteurs que comme une curiosité un peu marginale, ce qui se traduit par une jurisprudence rare, sinon exceptionnelle<sup>12</sup>. À cet égard, on peut parler d'une **stagnation de l'institution tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle et dans la première moitié du XX<sup>e</sup>, après quoi elle connaît un surprenant réveil et continue de manifester son dynamisme**.

Pour une part, la cause en fut l'extension du domaine matériel de l'institution. La notion de consomptibilité étant jugée trop étroite, **la pratique se mit à considérer que le quasi-usufruit concernait aussi les choses fongibles** – la fongibilité étant souvent considérée, de façon sans doute hâtive, comme une caractéristique gémellaire<sup>13</sup> –, ce qui devait étendre le domaine de l'institution sans le bouleverser<sup>14</sup>. Par ailleurs, l'affirmation de la relativité des qualifications devait lui ouvrir une plus vaste carrière, quand **l'après-guerre se convainquit de l'idée qu'il était possible aux volontés individuelles d'influer sur la nature des biens**. Le quasi-usufruit conventionnel fait son apparition jurisprudentielle dans un arrêt de 1926, resté isolé, où la Cour de cassation énonçait que « les choses qui ne sont pas fongibles par leur nature peuvent devenir telles par la convention des parties, auquel cas les dispositions de l'article 587 C. civ. leurs sont applicables »<sup>15</sup>. Synthétisée plus tard par la thèse de François Terré<sup>16</sup>, cette affirmation du caractère aménageable des qualifications devait aboutir à de considérables perspectives d'extension du domaine de l'institution, au moins en doctrine : on évoquait désormais la possibilité d'un quasi-usufruit portant sur des biens de la nature la plus ordinaire, pourvu que les parties décident entre elles de les tenir pour consomptibles, voire fongibles. Le domaine du quasi-usufruit devenait susceptible de s'accroître considérablement, puisqu'il cessait de concerner les choses d'une nature particulière pour se généraliser, moyennant une convention *inter partes*. Ce droit réel d'exception acquerrait ainsi un domaine virtuel important, au point qu'il pouvait concurrencer l'usufruit traditionnel.

12 Encore cette rareté pourrait-elle peut-être s'expliquer par les modalités de fonctionnement de l'institution : le quasi-usufruitier ayant tous les pouvoirs sur la chose, il n'est guère en conflit avec un nu-proprétaire qui se trouve écarté de toute mainmise. S'il y a des difficultés, c'est *in extremis* qu'elles interviennent, à un moment où le quasi-usufruitier n'est plus là pour répondre d'éventuels mésusages.

13 P. Jaubert, Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité : RTDC 1945, 75.

14 C. Blanchard et C. Brenner, Nature et périmètre du quasi-usufruit : APSP juill. 2015, dossier 17, n° 13.

15 Req. 30 mars 1926 : DH 1926.217. Sans que cela doive contrarier son enseignement, l'arrêt est un peu gênant en raison de la confusion faite par l'arrêt entre fongibilité et consomptibilité.

16 F. Terré, L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications : LGDJ 1957, préf. R. Le Balle.

La pratique semblait découvrir le potentiel du quasi-usufruit à la fin du siècle dernier, notamment grâce à des auteurs qui avaient attiré l'attention sur lui dans une perspective générale<sup>17</sup>, ou plus orientée<sup>18</sup>. **La lumière se braquait soudain sur les mérites de la donation avec réserve de quasi-usufruit**, qui apparaissait comme un instrument neuf des montages patrimoniaux, utilisable à toutes fins<sup>19</sup>, mais dont l'analyse devait demeurer longtemps indécise<sup>20</sup>. Le développement de l'institution se caractérise par la multiplication des opérations volontaires utilisant le quasi-usufruit, qui procèdent de causes de trois ordres : l'accroissement de la composante pécuniaire dans les patrimoines privés, et donc dans les successions ; la sophistication progressive des montages contractuels concernant les particuliers ; enfin les avantages fiscaux qu'il permet, nécessairement déterminants dans un pays à très forte pression fiscale. Mais ce surcroît d'attention ne tendait pas seulement à actualiser les virtualités que l'on a évoquées : le quasi-usufruit permettait aussi de réaliser des effets juridiques hors de portée du droit français de l'époque, ce qui n'était jamais dit explicitement.

5. Soit un donateur désireux de gratifier un donataire, sans pour autant subir d'atteintes excessives à son patrimoine. Une donation de pleine propriété est la solution évidente, mais elle expose le donateur à toutes les conséquences de son geste : l'intention libérale conduit à un appauvrissement net puisque la chose donnée appartient et bénéficie au donataire. Une donation avec réserve d'usufruit lui est plus favorable : la charge fiscale est inférieure puisque la valeur de la chose donnée diminue, sans compter que le donateur en conserve la jouissance – mais pas la disposition dont il a déjà fait usage.

Pour augmenter les avantages du donateur, il suffit d'envisager la même donation, mais avec réserve de quasi-usufruit<sup>21</sup> : il bénéficie d'avantages comparables en matière d'enregistrement, sans plus subir aucune restriction relativement à la chose dont il continue de pouvoir jouir, avec ce supplément étonnant qu'il peut en disposer – exactement comme s'il en était temporairement demeuré propriétaire. Faut-il craindre une atteinte au principe d'irrévocabilité des donations ? Une réponse positive est tentante<sup>22</sup>, quoique

17 P. Sirinelli, Le quasi-usufruit : LPA 21 juill. 1993, p. 30, et 26 juill. 1993, p. 4.

18 M. Grimaldi et J.-F. Roux, La donation de valeurs mobilières avec réserve d'usufruit : D. 1994, 219.

19 A. Boitelle, Réflexions sur la donation entre vifs portant sur des choses non consomptibles avec réserve de quasi-usufruit : JCPN 1996, I, 1761. - A. Chappert, La donation avec réserve de quasi-usufruit : une possibilité à utiliser avec modération en matière fiscale : Defrénois 1997, 906.

20 On doit à cet égard signaler le grand article de M. Zénati (F. Zénati, La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métépsychose de la valeur) in Mél. P. Catala : Litec 2001, p. 605), qui a beaucoup fait pour ouvrir une compréhension plus fine de l'institution. Le soussigné partage toutes les interrogations de cette très stimulante étude, mais pas forcément les réponses qu'elle apporte.

21 On observera qu'une donation de choses non consomptibles avec réserve de quasi-usufruit est à peu près équivalente à une donation de choses consomptibles avec réserve d'usufruit.

22 F. Zénati, préc., n° 13, p. 616.

le droit français ait finalement incliné en sens inverse<sup>23</sup>. Aucune objection à la règle « *Donner et retenir ne vaut* » ne peut être constatée, car la valeur de la chose donnée est définitivement passée d'un patrimoine à l'autre, ce qui n'est pas remis en cause par le fait que le donateur aurait conservé un pouvoir de disposition. On objectera néanmoins que les avantages perçus par ce dernier se retournent en inconvénients pour le donataire, qui n'est plus qu'une sorte de créancier en attente d'une restitution en valeur – ce qui est certain ! Encore faut-il conserver à l'esprit que cette créance définitivement acquise incarne son enrichissement, même s'il ne pourra en exiger le profit qu'à l'extinction du quasi-usufruit – ce qui réduira d'ailleurs le patrimoine successoral, si le donataire se trouve être héritier du donateur, ce qui est habituel.

Somme toute, la donation avec réserve de quasi-usufruit permet au donateur de donner sans perdre la maîtrise de l'objet, en profitant d'un avantage fiscal et en préparant un avantage successoral *in fine* pour le bénéficiaire. Il y a plus encore, car le recours au quasi-usufruit permet de réaliser une figure inconnue en France avant la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, sur la fiducie : **le montage présenté pourrait être aisément décrit comme une donation avec réserve de propriété fiduciaire**<sup>24</sup>, le donateur passant du statut de plein propriétaire à celui de porteur d'un bien pour compte d'autrui, ce qui explique la liberté d'en disposer à sa guise<sup>25</sup>.

6. Il n'est pas sûr que ce montage ait emporté tous les avantages que les parties en escomptaient, de la même façon d'ailleurs que la fiducie tant attendue n'a guère rempli les espoirs de la pratique, censés avoir justifié son intervention. Mais on constate une contradiction de plus dans le quasi-usufruit : commençant sa carrière comme un aménagement de l'usufruit, il la poursuit comme un substitut inattendu à la fiducie. Alors que l'on a l'habitude d'évoquer les diminutifs de l'usufruit – le droit d'usage, d'habitation –, on se trouve ici dans une structure partitive de l'usufruit, au départ, qui aboutit à en accroître le potentiel. À chacun de se retrouver dans les paradoxes d'un droit qui s'ingénie à déjouer toutes les prévisions juridiques !

Cette singularité apparente conduit à examiner de près le quasi-usufruit, ce que l'on fera sans excès d'originalité en interrogeant d'abord sa nature juridique (I) puis son régime (II).

23 On notera le titre donné par le Recueil Lebon à un arrêt sur la question : la donation-partage de titres assortie d'une clause de quasi-usufruit est-elle un abus de droit ? (CE, 10 févr. 2017, n° 387960, mentionné dans les Tables du Recueil).

24 Ce que relève M. Zénati, mais à propos du gage translatif (F. Zénati, préc., n° 2, p. 606). D'autres auteurs ont préféré parler de quasi-propriété pour les droits de l'usufruitier, mais l'idée est proche (C. Blanchard et C. Brenner, Nature et périmètre du quasi-usufruit, préc., n° 2).

25 R. Libchaber, Une fiducie française, inutile et incertaine... in Mël. Ph. Malaurie : LGDJ 2005, p. 303.

## I. La nature juridique du quasi-usufruit

7. La place du quasi-usufruit demeure incertaine en droit français, qui ne parvient pas à lui assigner de rôle incontestable. C'est aussi que l'institution reste mal saisissable dans sa nature même, sur laquelle aucun consensus ne s'est jamais réalisé.

Les auteurs se partagent en effet entre deux écoles, qui correspondent un peu aux deux fonctions antagonistes que l'histoire de l'institution a dégagées, entre lesquelles la jurisprudence n'a pas eu l'occasion d'arbitrer. Cette profonde instabilité rend l'institution particulièrement difficile à évoquer : la gêne regardant sa nature se reflète évidemment dans son régime. **Pour la première école, la plus proche des textes, le quasi-usufruit n'est qu'une variété d'usufruit dont la singularité tiendrait à l'extension des pouvoirs conférés au titulaire** : à la jouissance vient s'adjoindre la possibilité de disposer de la chose – ce qui est certes troublant pour un droit réel qui vit sous la contrainte de la sauvegarde de la substance de la chose. C'est parce qu'il est difficile de limiter la nature de l'institution à un droit sur la chose d'autrui que **la seconde école y voit, de façon radicale, une modalité exceptionnelle de transfert de la propriété**. Dans cette vue, le quasi-usufruit rompt toutes les amarres avec l'usufruit dont il est supposé dériver, et même avec la notion de droit réel, pour s'analyser en une modalité originale de transfert de propriété : une modalité impliquée par la nature des choses, et opportunément utilisée par des parties intéressées. Dans cette seconde vue, le quasi-usufruitier devient propriétaire de la chose dès sa constitution, et c'est en cette qualité qu'il est apte à en disposer à sa guise, quoique le régime général de l'usufruit lui reste attaché à la façon d'une séquelle malheureuse des textes.

8. On peut commencer par la **contestation de cette seconde analyse**, qui s'expose à des critiques que l'on peut exprimer simplement. Elle dénature la propriété en la résumant à un faisceau de prérogatives abstraites sans relation d'appartenance, et ne tient aucun compte de l'enracinement effectif du quasi-usufruit dans la réglementation de l'usufruit. Si l'on estime que, par sa constitution même, le quasi-usufruit emporte un transfert de propriété, pourquoi prétendre demeurer dans le cadre d'un droit réel ? L'interposition d'un transfert de propriété rompt tout lien avec la logique de l'usufruit, alors que le code civil l'inscrit au contraire comme une figure particulière de ce droit. Sans compter que la présence d'un transfert de propriété procède d'une habitude doctrinale, dont le fait qu'elle trouve son origine chez Gaius<sup>26</sup> ne garantit pas la validité<sup>27</sup> : en droit plus souvent qu'ailleurs, il arrive que

26 Selon Gaius, « si le testateur lègue l'usufruit d'une certaine quantité de vin, d'huile ou de blé, l'héritier [de la pleine propriété de ces biens] doit en transférer la propriété au légataire, et celui-ci lui donnera caution de lui rendre une même quantité lorsque l'usufruit viendra à finir [...] » (Digeste, livre vii, titre v, 7).

27 Cette liaison entre la consomptibilité et le transfert de propriété a néanmoins essaimé dans le code civil, puisque l'article 1893 la reprend en matière de prêt de consommation : « par l'effet de ce prêt, l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée ; et c'est pour lui qu'elle péricule, de quelque manière que cette perte arrive ».

l'autorité d'une position ne procède que de ce qu'elle n'est jamais interrogée à nouveaux frais – ce que l'on propose de faire en examinant cette propriété qui aurait été transférée de plein droit par le quasi-usufruit.

Au fait, pourquoi suggérer un tel transfert, dont l'idée même s'harmonise mal avec la technique juridique ? Pourquoi interviendrait-il lors de la constitution du droit, alors qu'il se peut qu'aucune destruction de la chose ne soit encore envisagée ? L'usufruitier d'un stock d'eau-de-vie a pu se refuser à y porter atteinte avant son décès, intervenu précocement, parce qu'il avait intérêt à laisser les alcools vieillir. Pourquoi le considérer comme un plein propriétaire alors qu'à son décès, tout s'est passé comme si l'on était en présence d'un usufruit ordinaire ? Le potentiel de l'institution était certes supérieur, mais il n'a pas été exercé. Et du reste, les droits du nu-propriétaire à cette extrémité paraissent aller de soi : le stock lui appartenait *ab origine* et n'a jamais cessé d'être sa propriété<sup>28</sup>, de sorte qu'il doit pouvoir retrouver *in extremis* ce qui a toujours été dans son patrimoine, sans que le quasi-usufruitier ait *a priori* la possibilité d'y substituer un équivalent monétaire à titre de restitution.

La consomptibilité n'opère pas *ab origine*, contrairement à la fongibilité qui procède d'une confusion patrimoniale qui se produit sitôt que les choses concernées se fondent dans un plus vaste ensemble. Il s'ensuit qu'aucun transfert de propriété ne peut tenir à la seule détention de l'*abusus* : c'est son exercice qui fait intervenir le transfert de propriété à la façon d'une cheville intellectuelle, destinée à justifier une faculté de disposition qui transgresse les principes les plus sacrés du droit réel.

9. Par ailleurs, cette seconde conception se heurte au fait que la propriété fiduciaire n'est pas celle de l'article 544 : par sa limitation dans le temps, par les contraintes qui peuvent peser sur la disposition de la chose et les obligations de emploi du quasi-usufruitier, elle est tout autre chose qu'une propriété pleine et entière.

On n'a pas besoin de faire d'efforts pour en prendre conscience. Si l'on accepte cette propriété, il faut par exemple estimer que l'usufruitier de produits alimentaires qui ne les utilise pas est néanmoins habilité à les céder contre argent alors que la singularité de son droit ne devrait lui permettre que de les consommer. La prétendue propriété est en réalité fiduciaire : non seulement elle ne dure que jusqu'à l'extinction du droit, sans extension au-delà du décès, mais l'*abusus* est strictement asservi aux conditions qui y ont présidé. La destruction matérielle envisagée pour des denrées ne saurait permettre une cession, car on se heurterait soudain aux bornes de l'usufruit traditionnel. La structure de la chose ouvre sur la consommation, et non sur une aliénation qui est tout autre chose.

28 Dans une semblable hypothèse, on devrait estimer qu'au rebours de l'alternative évoquée dans l'article 587, les héritiers de l'usufruitier ne peuvent pas remettre des deniers plutôt que la chose elle-même, quoique ce soit peut-être leur intérêt. Une certaine fidélité à l'idée de droit réel conduit à hiérarchiser les branches de la restitution : s'il le peut, l'usufruitier doit restituer des choses équivalentes à celles qu'il a dissipées ; ce n'est qu'en cas d'impossibilité qu'il devrait être autorisé à utiliser cet équivalent universel qu'est la monnaie. En ce sens, on pourrait convoquer le nouvel article 1352 du code civil, issu de la réforme des obligations de 2016 : « la restitution d'une chose autre que d'une somme d'argent a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour de la restitution ».

Depuis la loi de 2007 sur la fiducie, nous devrions être capables de mieux faire la différence entre la propriété fiduciaire et celle de l'article 544, et le quasi-usufruit nous place précisément dans ce second cas, ce qui ouvre sur des perspectives bien différentes<sup>29</sup>. C'est par exemple ce qui permet d'expliquer pourquoi le quasi-nu-propriétaire peut revendiquer *in fine* la propriété dans le patrimoine du quasi-usufruitier, ce qui serait impossible s'il n'avait pas conservé un principe de propriété.

10. Si l'on écarte l'analyse du quasi-usufruit en une modalité nécessaire du transfert de propriété, **on ne retombe pas tout uniment dans l'idée qu'il constitue une variation sur l'usufruit ordinaire : encore faut-il surmonter la perte de la substance qui y oppose une contradiction presque insurmontable.**

Il est difficile de maintenir la nature de droit réel du quasi-usufruit, tout en acceptant la destruction de la chose sur laquelle il porte. L'idée de droit réel sur la chose d'autrui suppose la disjonction entre le pouvoir d'user de telle ou telle utilité, qui revient au titulaire, et la nue-propriété qui appartient à **autrui**, c'est-à-dire à celui qui subit un empiètement constant sur ses prérogatives de propriétaire. Il y a une discordance frappante dans la double affirmation qu'une personne est titulaire d'un droit réel, et qu'elle jouit en cette qualité même de l'*abusus* dans son acception ordinaire, qui lui permettrait de détruire la chose. Le caractère réel du droit suppose un lien insécable entre le propriétaire et la chose, qui se manifeste par une obligation de restitution en nature à son extinction. L'analyse du quasi-usufruit en une variété d'usufruit n'est tenable qu'à la condition de concilier l'*abusus* avec la sauvegarde de la chose, ce qui implique de sortir de la conception juridique dominante qui voit le propriétaire comme le maître des destinées de la chose, celui qui peut l'aliéner ou la détruire.

Pour réaliser cette conciliation, il faut commencer par observer qu'il y a une division au sein des objets du quasi-usufruit, que le droit romain faisait nettement apparaître puisque les textes collationnés dans le Digeste se réfèrent tantôt à la monnaie, et tantôt à des choses que l'usage matériel détruit par ingestion ou par un usage transformateur. L'article 587 n'a pas été sensible à cette différence, qui vise indistinctement « des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs [...] »<sup>30</sup>. Mais le *modus operandi* de la destruction n'est pas le même dans les deux cas : il importe de dissocier la consomptibilité matérielle des denrées, de la consomptibilité juridique de la monnaie. Pourquoi ? Parce que la première détruit la chose sans rien laisser derrière elle, tandis que l'affectation de monnaie à un acte d'acquisition échange l'argent contre le bien acheté grâce à ce prix : le rapport à la

29 En doctrine, il semble que la première utilisation du concept de « propriété fiduciaire » remonte à : L. Kaczmarek, Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération : D. 2009, 1845. - V. aussi B. Mallet-Bricout, Le fiduciaire propriétaire ? : JCPE, 2010, 1191.

30 La distinction n'était pas tout à fait inconnue du code civil, puisqu'on la trouvait à l'ancien article 1238, al. 2 : « le paiement d'une somme en argent ou autre chose qui se consomme par l'usage, ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi, quoique le paiement en ait été fait par celui qui n'en était pas propriétaire ou qui n'était pas capable de l'aliéner ».

choses, et donc à la réalité du droit, ne peut qu'être différent dans les deux cas. La notion d'*abusus* ne distingue pas destruction et aliénation, qui n'ont pourtant rien à voir l'une avec l'autre.

### 11. L'usufruit des choses que le premier usage détruit

ne suscite guère de difficultés conceptuelles, et l'on ne serait pas étonné que son anormalité soit apparue en droit romain précisément au contact de ces choses-là, bien plus fréquentes qu'aujourd'hui dans une société à dominante agraire, donc peu monétarisée. Il est bien certain que, sauf à ne pas les utiliser<sup>31</sup>, l'usufruitier est contraint de les détruire par l'usage normal qu'il en fait. Et dès lors qu'il exerce son droit, dans le cas par exemple de l'ingestion des aliments, les choses soumises à son empire sont matériellement perdues : elles sont détruites sans que l'opération laisse quelque résidu susceptible de maintenir l'exercice du droit, pas même par le secours d'une fiction. On comprend ainsi que pour maintenir l'universalité de l'usufruit, la pratique puis la loi se soient fixées sur une restitution par équivalent, en nature ou en valeur, à l'extinction du droit. Pour autant, est-on encore dans un droit de nature réelle, ou dans un équivalent fonctionnel à l'usufruit ?

Pour répondre, il convient d'observer que les choses consommables sont toujours fongibles avec d'autres de la même espèce – ce qui explique d'ailleurs la fréquence de la confusion entre ces deux notions, toujours envisagées ensemble. C'est de cette fongibilité qu'il faut partir pour observer que la singularité de ces choses est précisément de n'en avoir aucune : leur individualité est indifférente au propriétaire, seulement intéressé par le genre auquel elles appartiennent puisque c'est en lui que s'incarne le désir qu'il en avait. Une fois consommés, le vin ou l'huile peuvent en conséquence être remplacés par du vin ou de l'huile de même qualité, de la même façon que la substitution a lieu dans le prêt de consommation de choses consommables. C'est ainsi que le droit du nu-propriétaire peut se reporter sur des choses identiques faute d'individualité notable<sup>32</sup>, ou sur de l'argent, cet équivalent universel, pour les cas où ces choses deviendraient introuvables ou trop difficiles à offrir en substitut.

Du fait de la fongibilité ordinaire des choses consommables, on a pu réaliser un véritable usufruit qui sauvegarde le genre à défaut du *corpus*, parce que ce dernier est *a priori* indifférent au propriétaire. Le quasi-usufruit des choses matériellement consommables n'est pas un droit équivalent à l'usufruit par ses effets, mais qui aurait perdu toute réalité. C'est un usufruit classique, qui exige que l'on accepte la fiction de la continuation du genre à travers la succession de ses incarnations : l'embarras est juridique ; mais psychologiquement, aucun propriétaire n'y verra jamais matière à insatisfaction.

31 L'usufruitier peut aussi ne pas les utiliser, comme on l'a dit : l'article 587 évoque l'usufruit des liqueurs dont on sait qu'elles s'affinent avec le temps, si bien que l'usufruitier peut décéder sans les avoir encore bues, ou cédées. Pour les mauvaises raisons qu'il aurait de conserver les choses, on peut rappeler un exemple donné par Troplong relatif au louage : « on m'a cité le cas d'un avaré qui, contraint de donner à dîner lorsqu'il maria sa fille, loua un pâté de Strasbourg qu'il fit figurer sur sa table avec défense à ses domestiques d'y porter le couteau destructeur. Les convives en eurent la vue et probablement aussi l'envie, et le lendemain la pièce revint chez le marchand » (De l'échange et du louage, sous art. 1713).

32 R. Libchaber, Le dépôt d'actifs financiers : Droit et patrimoine, mai 2000, p. 89.

12. Le même raisonnement est exclu lorsque l'on se trouve en présence d'un **usufruit portant sur des choses dont la vocation est d'être aliénées : usufruit sur des deniers, ou convention de quasi-usufruit prévoyant qu'un objet non consommable peut être aliéné par l'usufruitier.**

On peut raisonner sur la monnaie, ce qui n'oblige pas à entrer dans les particularités rédactionnelles de la convention de quasi-usufruit, forcément spécifiques. Les usages de la monnaie sont variés, et pas tous destructeurs. Certes, si l'usufruitier utilise les fonds qui lui ont été remis pour acquitter des dettes personnelles, il en fait un emploi définitif pour lequel les termes de l'article 587 sont justifiés : l'argent versé au créancier ne se retrouvera jamais en nature dans le patrimoine de l'usufruitier, et les droits du nu-propriétaire peuvent aisément se reporter sur une même somme. Qui s'en souciera, la monnaie n'ayant aucune individualité ? En cas de prêt d'argent réalisé par le quasi-usufruitier, il importe peu de savoir si l'on est en présence d'un usage destructeur ou non : l'intérêt versé par l'emprunteur bénéficiera à l'usufruitier en pleine propriété, tandis que le capital reviendra au nu-propriétaire – que l'argent ait été dépensé par l'emprunteur ou qu'il se soit contenté de l'employer à la façon d'un dépôt de garantie<sup>33</sup>. En revanche, quand l'argent est utilisé à fin d'acquisition, l'usage n'en est pas destructeur puisque l'opération laisse un reste derrière elle : la chose acquise au terme de l'opération synallagmatique, qui est censée être un équivalent au prix. Dans cette hypothèse, la monnaie a été transformée et se trouve réincarnée dans une chose matérielle, dont l'individualité n'a toutefois plus rien à voir avec elle – sinon qu'elle la remplace par le truchement du contrat de vente. Or cet emploi de la monnaie soulève quelques difficultés de principe.

On peut en effet se demander comment il faut aborder le quasi-usufruit dans ce cas. Bien sûr, on peut estimer que la disparition de la somme originaire dans le patrimoine final de l'usufruitier oblige à affronter la destruction de l'objet sur lequel portait son droit, moyennant quoi la restitution à effectuer ne porte que sur un équivalent monétaire : telle est la conception ordinaire de la consommabilité de la monnaie. Mais on peut aussi bien considérer qu'il s'agit là, bien plutôt que d'une destruction, du remplacement juridique d'une chose par une autre par la grâce de la vente, archétype de l'opération d'échange, ce qui fait que le droit du nu-propriétaire s'est reporté sur la chose acquise<sup>34</sup>. L'idée de remplacement – ou, en termes plus juridiques, le travail sous-jacent de la subrogation réelle –, permet de réconcilier le quasi-usufruit avec la notion de droit réel, qui exige la survivance de la chose à travers le droit<sup>35</sup>. Si l'on estime au contraire qu'il y a eu destruction de

33 Pour l'opposabilité au nu-propriétaire du prêt consenti par le quasi-usufruitier : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 5 déc. 2012, n° 11-24.758 : Bull. I, n° 256 ; D. 2013, 4285, note A. Tadros ; JCPG 2013, 415, note P. Simler ; RTD civ. 2013, 402, obs. W. Dross.

34 Prompts à débusquer les fraudes, les juristes sourcilieux diront qu'il serait facile à l'usufruitier de faire des acquisitions déséquilibrées pour n'avoir rien à restituer *in fine*. Mais l'usufruitier est soumis aux règles de l'usufruit, qui suffisent à condamner la tentative. C'est ainsi que les garde-fous du régime de l'usufruit – par exemple l'interdiction de l'abus –, devraient déjouer toute tentative de cet ordre.

35 F. Zénati, préc., n° 25 et s., p. 625.

l'argent, à la façon de ce qui se produit avec les choses matériellement consommables, il y a une rupture de continuité dans l'exercice du droit réel, qui oblige à considérer que le droit s'est maintenu sur des choses de mêmes nature et quantité : la monnaie utilisée ne peut se réincarner que dans de la monnaie. Dans l'hypothèse d'un emploi de deniers à titre de prix d'acquisition, l'idée de remplacement est plus tentante car on a le sentiment d'une continuité du droit sans solution, qui affirme mieux encore le caractère réel de l'usufruit.

Dans cette vue, le fait que le titulaire puisse vendre les choses qui lui ont été confiées ne signifie pas qu'il le fasse dans son intérêt, c'est-à-dire pour son propre compte. Avec vraisemblance, on peut admettre qu'il exerce cet *abusus*, tout comme le remploi qui le suit éventuellement<sup>36</sup>, au nom et pour le compte du nu-propiétaire. On constate alors que l'usufruit se maintient en passant d'une chose à une autre grâce à la médiation de cet objet miraculeux qu'est la monnaie, sans que la dissipation de son objet premier ait à nous gêner au point de contrarier la qualification de droit réel. Il faut simplement comprendre que l'usufruitier, libre de céder la chose et de remployer les fonds obtenus, le fait au nom et pour le compte du nu-propiétaire, ce qui déclenche un mécanisme subrogatif par lequel les positions respectives des deux parties au droit réel se maintiennent. Il s'ensuit que l'un ne cesse jamais d'être usufruitier ni l'autre nu-propiétaire d'une chose flottante, qui peut se transformer au gré des désirs du premier. Somme toute, la singularité de la situation tient à ce que le propriétaire n'est pas maître de déterminer l'objet sur lequel porte son droit, dont la destinée se trouve entre les mains d'un autre – et pas n'importe lequel : un usufruitier qui a normalement pour charge de la protéger, mais pour privilège exceptionnel de la transformer juridiquement.

13. Telle est la voie que l'on peut suivre pour rendre compte du quasi-usufruit d'une façon assez respectueuse de l'idée de droit réel. Elle implique d'adopter un certain nombre de positions : distinguer entre les modes opératoires au sein du quasi-usufruit, qui n'est pas unitaire ; renoncer à la plupart des affirmations brutales concernant le transfert de propriété, qui ne se produit pas mécaniquement lors de la formation du quasi-usufruit ; surtout, admettre que lorsque le titulaire du droit aliène la chose, il ne le fait pas pour son propre compte mais intervient en tant que représentant du nu-propiétaire, qui reporte son droit sur la chose obtenue. C'est à ce prix que l'on peut maintenir au quasi-usufruit la qualification de droit réel, et le considérer comme une dérivation de l'usufruit – comme le code civil l'implique par l'ordre de ses textes.

36 Peut-être devrait-on généraliser un article qui n'existe que pour les dispositions entre époux. Selon l'article 1094-3 : « les enfants ou descendants pourront, nonobstant toute stipulation contraire du disposant, exiger, quant aux biens soumis à l'usufruit, qu'il soit dressé inventaire des meubles ainsi qu'état des immeubles, qu'il soit fait emploi des sommes et que les titres au porteur soient, au choix de l'usufruitier, convertis en titres nominatifs ou déposés chez un dépositaire agréé ». Moins net, l'article 602 prévoit le placement des sommes comprises dans l'usufruit, à défaut de cautionnement. Peut-être une réforme devrait-elle conduire à une utilisation plus systématique de ces textes.

## II. Le régime juridique du quasi-usufruit

14. Une fois reconnu le rattachement du quasi-usufruit à l'usufruit dont il procède selon les textes vénérables, la question du régime se simplifie car il n'est utile de la détailler que pour les aspects par lesquels l'institution se singularise : pour le surplus, on doit se référer au régime de l'usufruit dans lequel il s'inscrit. On examinera ainsi la diversité des objets du quasi-usufruit (A), les particularités de sa constitution (B), et bien sûr le dénouement qui met fin au droit par une restitution (C).

### A. Les objets du quasi-usufruit

15. La matière ayant déjà été largement évoquée, on sera plus bref sur la question de l'objet du quasi-usufruit, sur ses particularités. Par hypothèse, ce droit se rencontre au contact des **choses consommables par le premier usage**<sup>37</sup>, celles qu'un emploi normal détruit dans leur substance même. Le code civil évoque les denrées et les liqueurs<sup>38</sup>, catégorie que la jurisprudence n'a guère eu besoin de compléter : l'idée est suffisamment parlante pour qu'il n'y ait pas d'incertitude sur la consommabilité des choses<sup>39</sup>. À ce propos, l'essentiel est que l'on soit en présence d'un usage immédiatement destructeur, opérant *primo usu*. L'article 589 ne réserve aucun sort particulier aux choses qui ne se détériorent que peu à peu par l'usage régulier qu'on en fait, c'est-à-dire par une usure somme toute naturelle qui est comme la rançon étymologique de l'usage. S'agissant là du sort général des choses matérielles, ces dernières n'ont pas de raison de relever du quasi-usufruit mais de l'usufruit de droit commun.

La jurisprudence n'a quasiment jamais eu à intervenir pour circonscrire le domaine des biens consommables, et n'a dû le faire qu'*a contrario*, pour exclure de ce domaine les valeurs mobilières<sup>40</sup>, qui ressortissent plutôt au régime de l'usufruit des créances<sup>41</sup> : le fait qu'il s'agisse de choses fongibles entre elles ne pouvait pas suffire à en justifier le quasi-usufruit. C'est en effet inverser le raisonnement en vigueur que d'estimer que, par le fait qu'une chose fongible peut être *in fine*

37 Ce que l'on retrouve avec le prêt de consommation de l'article 1892 : « le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité ».

38 Pour un usufruit sur des bouteilles de vin, v. *l'obiter dictum* dans : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 févr. 1962 : Bull. I, n° 81.

39 Très justement, M. Sirinelli propose d'actualiser la catégorie en l'étendant aux combustibles, que l'usage détruit effectivement par le premier usage, qu'il s'agisse de bois de chauffage ou d'essence pour véhicules (P. Sirinelli, préc., n° 25).

40 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 nov. 1998, n° 96-18.041 : Bull. I, n° 315. – Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 avr. 1991, n° 89-17.351 : Bull. I, n° 129, p. 86. – Cass. com., 12 juill. 1993, n° 91-15.667 : Bull. IV, n° 292, p. 207, et Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 juill. 2003, n° 00-16.291, inédit, pour des titres au porteur.

41 Indépendamment de l'affirmation d'un arrêt (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 oct. 1989, n° 87-11.142 : Bull. I, n° 308, p. 205), rien ne permet de penser que l'usufruit d'une créance relève d'un quasi-usufruit, tant qu'elle n'est pas remboursée : R. Libchaber, L'usufruit des créances existe-t-il ? : RTD civ. 1997, 615.

remplacée par une autre de même espèce, cela justifiait *ab initio* qu'elle puisse être sacrifiée par le titulaire du droit. Le quasi-usufruit se caractérise par sa cause, non par des modalités de restitution qui peuvent se retrouver dans d'autres cas.

La question s'est aussi posée de savoir si le quasi-usufruit pouvait exister sur les **choses non consommables, au naturel, dès lors qu'elles sont prises dans le cadre d'une universalité**. Cette opinion se trouvait exprimée dans les traités dérivés de Planiol<sup>42</sup>, mais elle n'est soutenue par rien d'autre que l'origine romaine de l'institution, qui visait le quasi-usufruit intervenant dans le legs d'un patrimoine, et donc d'une universalité de droit. C'est aujourd'hui en sens inverse que nous aurions tendance à poser la question : l'usufruit d'une universalité emporte-t-il par nature un quasi-usufruit, qui permettrait de céder un élément constituant pour le remplacer par un autre ensuite ? La Cour de cassation a formulé une réponse négative dans un arrêt de 1998, et l'on considère depuis lors qu'il n'y a aucune relation nécessaire entre universalité et quasi-usufruit<sup>43</sup>. S'il est vrai que dans ce cas, l'usufruitier peut réaliser des arbitrages et céder tel ou tel bien qui y figure, ce n'est pas en raison d'une transformation de son droit en quasi-usufruit : c'est en raison de la nature singulière de l'universalité<sup>44</sup>. Le bien global subsiste dans son intégrité, quand bien même les éléments qui le composent viendraient à changer.

**16. L'usufruit sur l'argent** possède un domaine plus vaste, qui explique qu'on le retrouve aujourd'hui très habituellement dans la thématique du quasi-usufruit. Notre économie s'étant monétarisée de façon intense, les comptes bancaires et les substituts plus ou moins liquides pullulent, ce qui ouvre une carrière nouvelle à ce type de quasi-usufruit.

Cet objet est d'abord important en ce qu'il propose une autre forme de consomptibilité, non pas matérielle mais juridique : les deniers formant le prix sont destinés à être aliénés dans les actes d'acquisition, sans qu'ils disparaissent par eux-mêmes<sup>45</sup>. Or cette extension du quasi-usufruit aux choses destinées à être aliénées a pu opérer, par exemple, pour le stock d'un fonds de commerce<sup>46</sup>. Mais le plus notable pour l'étude est que les occurrences d'un usufruit sur de l'argent sont bien plus fréquentes que pour d'autres modalités de consomptibilité. On vise par là non seulement l'expansion de la monétarisation des patrimoines, sous toutes ses formes<sup>47</sup>, mais surtout le fait que l'argent peut intervenir dans l'objet de l'usufruit de façon adventice pour le transformer en quasi-usufruit. Un usufruit sur des choses matériellement consommables se constate

dès l'origine, tandis qu'un usufruit monétaire peut intervenir en cours de route par transformation ou évolution de l'objet du droit. C'est l'usufruit d'une créance, dont le capital est remboursé<sup>48</sup>, ou éventuellement d'actions qui produisent un dividende par prélèvement sur les réserves<sup>49</sup>. Celui d'une chose qui disparaît par cas fortuit, auquel cas l'indemnité d'assurance lui est subrogée<sup>50</sup>. Celui d'un terrain qui fait l'objet d'une expropriation, l'indemnité correspondant ouvrant droit à un quasi-usufruit<sup>51</sup>. C'est encore le cas d'une cession conjointe de la chose objet du droit, lorsque les parties se refusent à la ventilation du prix désormais prévue par l'article 621 du code civil<sup>52</sup>.

Le quasi-usufruit sur les deniers est plus habituel dans ses occurrences que celui qui porte sur les choses matériellement consommables, rares et de valeur souvent modeste : le *de minimis non curat prætor* qui s'en désintéresse volontiers ne joue pas en matière de sommes d'argent. Au-delà de l'omniprésence de la monnaie, on peut l'expliquer par le fait qu'il condense les avantages les plus immédiats de ce droit réel particulier : il s'insinue à la charnière des droits réels et personnels, pour transformer un droit de propriété en créance. Mais dans le même temps, le quasi-usufruit sur des deniers est celui qui peut le mieux prêter le flanc à l'idée de fraude<sup>53</sup>. Pas seulement parce que l'on a le sentiment que dans la réalité, le donateur ne donne rien – ce qui n'est qu'une illusion favorisée par les pouvoirs maintenus par le donateur sur les deniers. Surtout, parce que compte tenu du résultat, on peut imaginer des donations de deniers avec réserve de quasi-usufruit par des donateurs qui ne les posséderaient pas, mais compteraient sur les avantages fiscaux et l'inutilité d'un mouvement de fonds entre les patrimoines<sup>54</sup>.

**17.** Par ailleurs, la pratique actuelle se montre très favorable à l'**établissement conventionnel du quasi-usufruit**, sans que l'on connaisse toujours les réalités dissimulées sous cette pratique. Face à l'usufruit de choses qui ne seraient

42 V. les références chez P. Sirinelli, préc., note 75, sous le n° 18.

43 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 nov. 1998, n° 96-18.041 : Bull. I, n° 315, p. 217 ; D. 1999.167, note L. Aynès ; RTD civ. 1999, 427, obs. F. Zénati.

44 R. Libchaber, Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens ? : Defrénois 1997, 65.

45 À proprement parler, sauf quand un billet de banque est brûlé, des unités monétaires ne disparaissent jamais. On pourrait imaginer des actualisations contemporaines avec la destruction de cartes prépayées pour trouver une semblable destruction monétaire.

46 Cass. com., 18 nov. 1968 : Bull. IV, n° 324.

47 La Cour a été jusqu'à estimer qu'il y avait un quasi-usufruit portant sur des pièces d'or, ce qui est d'ailleurs critiquable en ce qu'elles ne sont plus investies d'aucun cours légal : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2019, n° 18-16.846, inédit.

48 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 19 févr. 1980 : Bull. I, n° 63, pour des bons de caisse remboursés. – Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 mars 2010, n° 09-13.162, inédit, pour le remboursement de titres obligataires. – Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 déc. 2006, n° 04-19.039, inédit, pour des obligations d'emprunt d'État remboursées.

49 Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-16.246 : Bull. IV, n° 91 : la condition de prélèvement sur les réserves est essentielle, car le dividende est normalement un fruit de l'action, qui en tant que tel appartient à l'usufruitier. Encore cette condition ne va-t-elle pas de soi dans la jurisprudence de la Cour, qui a pu considérer que de tels dividendes appartenaient au seul nu-proprétaire (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 2016, n° 15-19.471 et 15-19.516, F-PB : « 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 nu-proprétaire »).

50 C. Larroumet et B. Mallet-Bricout, Les biens, droits réels principaux : Economica, 6<sup>e</sup> éd., 2019, n° 511, p. 303.

51 Art. L. 321-2, al. 2 du code de l'expropriation : « toutefois, dans le cas d'usufruit, une seule indemnité est fixée, le nu-proprétaire et l'usufruitier exerçant leurs droits sur le montant de l'indemnité au lieu de les exercer sur la chose ».

52 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 1988, n° 86-14.809 : Bull. I, n° 181, p. 126, qui impose la solution inverse « dans le cas de vente simultanée de la nue-proprété et de l'usufruit de tels biens, pour laquelle l'usufruitier ne peut prétendre qu'à la part du prix total correspondant à la valeur de son usufruit ».

53 V. néanmoins B. Nyzam, Plaidoyer en faveur de la donation de somme d'argent avec réserve d'usufruit : Defrénois 2018, 13.

54 C. Blanchard et M. Iwanenko, Quasi-usufruit, transmission et réversibilité : APSP, juill. 2015, dossier 21, n° 5.

pas consommables par le premier usage, on considère parfois que l'entente des parties suffirait à l'établissement d'un quasi-usufruit, dès lors qu'elles auraient clairement marqué leur intention. Si on laisse de côté les formules indéterminées telle que celle qui se borne à prévoir une restitution par équivalent, on imaginera de préférence l'usage d'une stipulation de consommabilité de l'objet, voire de façon moins convaincante une stipulation de fongibilité – à moins que l'on soit en présence d'une application directe du modèle du quasi-usufruit, repris de l'article 587<sup>55</sup>.

On voit assez bien par quel processus on peut chercher à réaliser une transformation de l'usufruit en quasi-usufruit, mais il est plus difficile de porter une appréciation sur la validité de ces techniques. Faute de cadre général figurant dans la loi, le quasi-usufruit conventionnel ne tient que par la force des volontés rencontrées : il faut donc un examen au cas par cas pour prendre la mesure des stipulations particulières<sup>56</sup>. De plus, ce quasi-usufruit d'origine conventionnelle n'a été reconnu qu'une seule fois par la jurisprudence, dans un vieil arrêt de 1926, et c'est de façon téméraire que certains auteurs considèrent que l'enseignement en demeure valide – ce dont on ne sait à la vérité rien. On aurait plutôt tendance à penser que nous avons bien de la peine à nous former des idées claires sur une question plus riche en affirmations qu'en éclairages jurisprudentiels.

Certes, un juriste du XXI<sup>e</sup> siècle n'a rien à objecter à l'idée d'une transformation *inter partes* de la nature d'une chose<sup>57</sup>. Encore faut-il être prudent, car le domaine des biens n'est guère ductile : son ouverture à l'aménagement des qualifications par la volonté est faible, comme on l'a vu quand des parties ont essayé de peser sur le caractère mobilier ou immobilier d'une chose, ce que la Cour de cassation a aussitôt refusé : « 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 »<sup>58</sup>. Si l'on accepte néanmoins les stipulations relatives à la qualification des choses, nous sommes sans doute plus sensibles qu'autrefois à la question de l'opposabilité aux tiers, qui dépasse la sphère des parties pour faire rayonner cette qualification nouvelle. Ce qui permettra par exemple de l'opposer à l'administration fiscale, qu'elle cherche à lever un impôt ou qu'elle tienne le Service des hypothèques. C'est une chose que les parties décident entre elles de modifier

la nature des biens, c'en est une autre que cette modification doit être prise en compte par les tiers – notamment dans une matière immobilière qui reste très encadrée par la réglementation.

Il est bien difficile de se prononcer sur l'extension du quasi-usufruit par des conventions : la validité théorique se heurte au sentiment pratique d'une certaine incongruité, qui oblige à la prudence. Il semble en tout cas qu'en dépit des vastes attentes de la pratique, les mises en application aient été modestes jusqu'à présent<sup>59</sup>. D'après l'expérience qu'on peut en avoir, les conventions tirent le plus souvent parti d'un objet qui pourrait se prêter à la consommation, voire à la confusion avec d'autres, pour en déduire un quasi-usufruit en poussant légèrement les frontières. C'est la raison pour laquelle la convention doit explicitement se référer à l'existence d'un quasi-usufruit de manière à éviter toute interprétation de volonté hasardeuse<sup>60</sup>.

## B. La constitution du quasi-usufruit

**18.** Si l'on suit la logique évoquée jusqu'à présent, la mise en place du quasi-usufruit n'a rien qui la différencie de l'établissement d'un usufruit ordinaire : il est soumis aux mêmes règles constitutives, quoiqu'il ouvre au titulaire des prérogatives supérieures. On s'intéressera ici surtout à ce qu'implique ce supplément de pouvoir, qui concerne moins le quasi-usufruitier bénéficiaire de prérogatives exorbitantes que le nu-proprétaire exposé à des risques certains<sup>61</sup>. Les **précautions à prendre sont ainsi tout entières dans la dépendance des menaces que cette dérivation de l'usufruit suscite** : comment faire en sorte que les pouvoirs radicaux du quasi-usufruitier n'aboutissent pas au sacrifice de celui qui, juridiquement, n'est tout de même rien d'autre qu'un propriétaire<sup>62</sup>. Pour garantir ses droits, la logique du code civil doit être suivie encore que les modalités prévues doivent se trouver accordées à ce que la situation a d'exceptionnel. C'est dans la section consacrée aux « obligations de l'usufruitier » que l'on trouvera l'essentiel des précautions à prendre en considération.

**19.** Et tout d'abord, à l'article 600, le code insiste sur l'**obligation de dresser inventaire du contenu des biens** soumis à l'usufruit. L'actualité de cette obligation est plus vive encore lorsque certaines des choses qui tombent sous l'empire de l'usufruitier sont consommables. Étant amenées à disparaître du patrimoine, il importe qu'une référence y

55 L'essentiel dans cette convention est qu'elle exprime la possibilité que l'usufruitier soit autorisé à disposer de la chose, à charge de restituer son équivalent monétaire à l'issue de l'exercice du droit.

56 À titre d'exemple, une stipulation de cessibilité peut aboutir à rendre un bien cessible par le quasi-usufruitier. Mais s'il le vend pour remployer la somme dans un bien autre, il n'est pas certain qu'il en soit propriétaire. Si l'usufruit s'est reporté sur le bien nouveau, il n'y a plus de quasi-usufruit car la cessibilité n'était attachée qu'à la première chose. En revanche, si l'on a employé globalement la formule de l'article 587 pour gouverner l'usufruit, on sera en permanence en présence d'un quasi-usufruit.

57 Encore 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.

58 Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 26 juin 1991, n° 89-18.638 : Bull. III, n° 197, p. 115 ; D. 1993, 93, note I. Freij-Dalloz.

59 V. Cornilleau et B. Dalmas, La convention de quasi-usufruit : APSP, juill. 2015, dossier 18.

60 La réticence à l'égard du quasi-usufruit se remarque dans un arrêt où la présence d'une somme d'argent n'a pas suffi à la qualification, faute de connaître les attentes exactes des parties. La Cour a ainsi pu estimer que « le dépôt des deniers provenant de la vente de l'immeuble sur des comptes ouverts au nom des deux époux était insuffisant à établir que ceux-ci avaient entendu reporter l'usufruit sur le prix de cession » (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 5 nov. 2014, n° 13-23.636, inédit).

61 M. Iwanenko, La nécessaire protection de l'héritier nu-proprétaire face au conjoint survivant quasi-usufruitier : JCPN 1995, prat. 4226.

62 C. Orlhac, La protection du nu-proprétaire dans un régime de quasi-usufruit : APSP, juill. 2015, dossier 19.

ait été faite d'emblée, ce qui permettra de conserver tout à la fois la mémoire de la présence de ces choses, et celle de leur valeur initiale – qui devra être restituée si elles venaient à être dissipées.

L'article 601 revêt également une importance considérable d'autant que l'on se rappelle qu'historiquement, l'obligation de donner caution a été inventée pour permettre l'existence romaine du quasi-usufruit : c'était le moyen de garantir le nu-propiétaire d'une restitution autrement incertaine, c'est-à-dire de faire émerger un droit comparable à l'usufruit, mais qui n'en relevait pas. L'admission contemporaine du quasi-usufruit comme modalité ne doit pas nous faire perdre de vue l'importance centrale de ce cautionnement, ce ressort sans lequel le quasi-usufruit serait inconcevable. On objectera que le risque de dissipation existe pour tout usufruit ; c'est vrai, mais ni de la même façon, ni au même degré. Dans une situation ordinaire, le nu-propiétaire vigilant peut invoquer un abus sitôt qu'il détecte une atteinte à la substance de sa chose. C'est ce qui est précisément exclu en matière de quasi-usufruit – à moins que le demandeur puisse dénoncer un « *comportement répréhensible* » confinant à l'abus de jouissance<sup>63</sup>. L'obligation de donner caution, ou de fournir une garantie de même ordre, est d'ailleurs si cruciale que l'on aurait quelques raisons de déroger aux dispositions de l'article 601. D'abord, parce qu'il convient de se défier de la possibilité textuelle de dispenser le quasi-usufruitier de l'obligation de donner caution, par l'acte constitutif. Un nu-propiétaire qui n'est pas garanti de pouvoir récupérer ses biens en valeur, à la sortie du droit réel, se trouve entièrement soumis au quasi-usufruitier, ce qui est difficilement acceptable : le quasi-usufruit est une opération précaire, même si les transformations successives de son objet nous conduisent à une autre conception de la réalité du droit. En outre, ce prétendu cautionnement ne doit pas être écarté parce qu'il n'a pas seulement les contours de la sûreté des articles 2288 et suivants : *expressis verbis*, il s'agit plus précisément d'un engagement de jouir « *raisonnablement* », adverbe qui a remplacé la mention de 1804 : « *en bon père de famille* ». Dans l'hypothèse où l'on admettrait que l'emploi des fonds à une opération d'acquisition maintienne l'usufruit entre les parties, il serait capital que le quasi-usufruitier ne poursuive pas la fraude consistant à acheter cher un bien de modeste valeur, pour diminuer son obligation de restitution. Il y aurait là un abus de jouissance que l'article 618 dénonce et sanctionne par la déchéance de l'usufruit, mais qui pourrait aussi bien être saisi par la formule sinieuse de l'article 601.

Par ailleurs, dans l'hypothèse d'un quasi-usufruit conventionnel permettant d'aliéner un bien qui n'a aucune raison de l'être, le contrat constitutif devra prévoir une obligation de remploi des fonds issus de la vente, qui n'existe pas en l'état actuel des choses. Celle qui est prévue par l'article 1094-3, et plus lointainement par l'article 602, devrait être conventionnellement étendue, de manière à maintenir la chaîne des subrogations.

## C. La restitution à l'extinction du quasi-usufruit

20. Avant même d'évoquer la question de la restitution, il faut d'abord qu'il y ait eu **extinction du quasi-usufruit**, ce qui se produit pour toutes les causes qui fonctionnent déjà en matière d'usufruit ordinaire, selon les articles 617 et suivants. Il faut en effet persister à rappeler que dans notre conception, le quasi-usufruit est d'abord un usufruit spécial, et qu'il est donc pour l'essentiel soumis à sa régulation. Le décès du titulaire sera le terminus le plus habituel pour le quasi-usufruit légal, et l'arrivée du terme convenu pour le quasi-usufruit conventionnel. Ce qui n'empêche pas le jeu d'autres formes d'extinction plus rares, résiduelles peut-être<sup>64</sup> telle que la renonciation du titulaire – qui a moins de raisons de se produire qu'avec l'usufruit classique. On se trouve en effet dans un cas de figure où il y a normalement moins de charges d'entretien, et une facilité plus grande à disposer de la chose qui deviendrait embarrassante.

Renversant le propos, on observe que certaines causes d'extinction valables pour l'usufruit perdent leur efficacité dans le cas qui nous occupe. On a déjà abordé par la bande le cas de l'abus de jouissance de l'article 618, qui a été admis par une décision ancienne mais qui ne peut que jouer un rôle discret : dès lors que le propriétaire est garanti d'une restitution par un cautionnement, la façon qu'a le quasi-usufruitier d'utiliser la chose ne lui importe que secondairement. Cet abus ne devrait retrouver sa force qu'en l'absence du cautionnement de l'article 601 – si l'on consent à l'exemption. Pour les mêmes raisons, l'extinction de l'usufruit par disparition de la chose, prévue par l'article 617, dernier alinéa, est destinée à un sort médiocre : peu importe que la chose disparaisse, puisque c'est à cela que sa consomptibilité naturelle la voue ; l'essentiel est qu'une restitution par équivalent puisse avoir lieu. Si une disparition radicale de la chose devait se constater, ce ne pourrait être qu'*in fine* – et donc trop tard. Au surplus, il faut également mettre de côté la cause d'extinction de l'article 621, qui consiste dans la vente simultanée de l'usufruit et de la nue-propiété : dès lors que le quasi-usufruitier peut disposer seul de la chose, on ne voit pas qu'une vente conjointe ait des raisons de se produire – mais rien n'est interdit à la convention des parties, et la mise en place d'un quasi-usufruit n'empêche pas les deux ennemis du droit réel de s'entendre.

21. La question de la **restitution à l'issue du droit** est assurément la plus importante pour le propriétaire, qui ne saura qu'à ce moment si le quasi-usufruit s'est retourné contre lui, ou s'il tire élégamment son épingle du jeu. Il importe de préciser d'emblée que dans sa version conventionnelle, le quasi-usufruit est très faiblement réglementé et demeure ouvert aux stipulations prévues par les parties. C'est à ce titre qu'elles pourront, si elles sont précautionneuses, introduire des clauses de restitution convenant à leurs attentes, qu'elles devront suivre à l'extinction du droit. De telles clauses permettent de fixer *a priori* le montant final destiné

63 En ce sens, v. Req. 21 janv. 1845 : DP 1845, 1, 104.

64 R. Gentilhomme et M. Iwanenko, L'extinction anticipée du quasi-usufruit : JCPN 2009, 1165 et 1181.

au propriétaire ou les moyens de le déterminer<sup>65</sup>, en marge des règles de l'article 587. Si aucune stipulation relative à la restitution n'existe, et si le quasi-usufruiteur n'est pas devenu insolvable, les directives fournies par l'article 587 devraient permettre une évaluation juste de l'objet qui revient au propriétaire *in fine*. Mais avant de dire quelques mots de ces règles, il faut revenir à quelques questions déjà entrevues, qui décideront de la façon de concevoir la restitution.

Il importe de prendre position face à la conception la plus commune du quasi-usufruit, selon laquelle le quasi-usufruiteur est rendu propriétaire des choses soumises à son droit, ce qui lui permet d'en disposer<sup>66</sup>. On a proposé dans les lignes qui précèdent une autre conception, qui ne suppose aucun transfert de propriété. Si le quasi-usufruiteur est habilité à céder les biens, c'est par une sorte de pouvoir légal qu'il peut le faire, non en vertu d'une propriété quelconque. Dans cette vue, le quasi-usufruiteur use des deniers par emplois et remplois, de sorte que l'objet de l'usufruit s'actualise en permanence par reports successifs de son droit, et qu'aucune évaluation n'est nécessaire à l'issue du droit mais seulement la prise en considération de la chaîne des opérations effectuées par l'usufruiteur – en son nom, mais pour le compte du propriétaire. On retrouve les mêmes raisonnements que l'on a en matière de dette de valeur, pour actualiser le rapport ou les récompenses, ce qui conduit à estimer qu'il n'y a pas d'option au profit du quasi-usufruiteur entre la restitution en nature et en valeur : le droit du nu-propriétaire est prédéterminé par l'objet sur lequel porte son droit, à l'issue de la chaîne des subrogations, et c'est ce seul objet qu'il est habilité à reprendre – sauf accord des intéressés en faveur d'un autre dénouement.

Cette conception n'est pas dominante, et les auteurs considèrent souvent qu'une fois que le quasi-usufruiteur a dissipé les choses sur lesquelles son droit portait à l'origine, il n'est plus tenu que d'une remise par équivalent – ce qui a naguère conduit M. Zénati à caractériser le quasi-usufruit par les réinvestissements successifs de la valeur, et non de la chose, évoquant ainsi une véritable métépsychose. Dans l'hypothèse où il s'agissait de choses matériellement consommables, il devrait en remettre de même qualité et quantité au nu-propriétaire. Si le droit s'est éteint par le décès et que le patrimoine ne contient pas de choses fongibles avec celles qui ont été dissipées, le nu-propriétaire devra se satisfaire d'une reprise monétaire, c'est-à-dire d'une restitution par équivalent. Ce n'est d'ailleurs pas la valeur

initiale des denrées qu'il faut prendre en considération, mais leur valeur finale : l'article 587 prescrit clairement de rendre « leur valeur estimée à la date de la restitution ». Ainsi, l'inventaire normalement dressé à l'origine permettra d'identifier les choses en nature, mais le montant du remboursement dépendra de leur valeur finale.

La solution est différente dans le cas d'un usufruit portant sur de la monnaie. Le quasi-usufruiteur est libre de l'emploi qu'il fera des fonds, et quels que soient les mérites de sa gestion, c'est une restitution monétaire qui aura lieu *in fine*, contrainte dans son montant par le principe du nominalisme monétaire. On peut penser que l'actuel article 1343, al. 1<sup>er</sup> du code civil devrait produire ses effets : « le débiteur d'une obligation de somme d'argent se libère par le versement de son montant nominal ». L'alinéa 2 ne nous guide qu'à *contrario* – « le montant de la somme due peut varier par le jeu de l'indexation » –, pour nous faire comprendre qu'à défaut de stipulation de remboursement encadrant le montant, la restitution n'est que des deniers initialement soumis à l'usufruit. D'où l'importance de l'inventaire, une fois de plus, mais cette fois parce qu'il indiquera la somme à rembourser, *ne varietur*.

## Conclusion

22. L'évolution de l'importance sociale du quasi-usufruit ne devrait pas laisser perdurer les incertitudes de son régime. Un excellent connaisseur de l'institution signale son actuel regain d'intérêt, entravé par les difficultés qu'il pose aux praticiens<sup>67</sup>. Quand bien même il ne serait considéré que comme une dérivation de l'usufruit, le temps est sans doute venu d'une réglementation qui en rende l'emploi plus sûr. Il ne s'agirait pas de figer les traits d'un droit dont la souplesse est l'un des principaux mérites, mais d'en fixer les articulations essentielles, non seulement pour que le régime légal soit mieux établi, mais pour que les parties sachent à quelles règles elles ne doivent pas déroger, et lesquelles elles peuvent aménager. On ne peut pourtant pas être optimiste : l'immense massif du Livre II du code civil, intitulé « Des biens et des différentes modifications de la propriété », n'a pas encore été réformé ; comment attendre un travail de refonte anticipé pour le quasi-usufruit, dont le cours demeure tout de même paisible ?

**R. LIBCHABER** ■

65 Si un usufruit porte d'emblée sur une somme d'argent, il est possible de prévoir une clause d'indexation pour calculer le montant final à restituer, sans subir le jeu du principe du nominalisme.

66 V. par ex. C. Larroumet et B. Mallet-Bricout, préc., n° 465, p. 280.

67 C. Blanchard, Quasi-usufruit : aspects théoriques et pratiques : APSP juill. 2015, dossier 16, *in fine*.