

|                                                                                                     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|
| convention<br>donataires                                                                            |
| ère facultatif<br>au droit com-<br>obligations                                                      |
| de formalisme                                                                                       |
| libre/flexibilité                                                                                   |
| ée ou illimitée                                                                                     |
| de publicité →<br>identialité                                                                       |
| les signataires<br>qui deviennent<br>par la suite<br>lité aux tiers<br>externes<br>(al. 2, C. civ.) |
| en nature,<br>es et intérêts<br>convention-<br>spécifiques                                          |
| ns formalisme<br>pe de la<br>ction-loi<br>ment de tous<br>autres requis                             |

## LE DROIT DE DISPOSER SANS POSSÉDER : LES SUPER POUVOIRS DU DONATEUR DE LA NUE-PROPRIÉTÉ

Lorette ROUSSEAU

Notaire

Maître de conférences à l'UCLouvain

### Introduction

Dans un contexte fiscal en constante évolution et face aux enjeux croissants de la planification successorale, la donation s'impose comme un outil juridique efficace, à la croisée du droit civil et du droit fiscal. Elle permet au propriétaire d'un bien de transmettre tout ou partie de son patrimoine de son vivant, tout en bénéficiant d'une souplesse contractuelle et d'une réduction de la charge fiscale puisque la donation d'un bien immobilier permet non seulement de figer la base taxable à la valeur du bien au jour de la donation, mais aussi de bénéficier de taux inférieurs aux taux appliqués aux successions. Il est d'ailleurs révélateur de constater que le recours à une donation immobilière intervient à un stade de plus en plus précoce de la vie du donateur et ce d'autant plus que ce type de donation offre une palette de mécanismes adaptés permettant au donateur de conserver un certain contrôle du bien donné – comme la réserve d'usufruit et la subrogation réelle – qui permettent de concilier transmission anticipée, protection du donateur et sécurité juridique du donataire.

Le présent article se propose d'examiner plus particulièrement ces mécanismes de contrôle, leurs conditions d'application et leurs limites à partir de l'exemple classique d'un père qui, souhaitant transmettre une partie de son patrimoine à ses deux enfants, leur fait

donation d'un immeuble tout en se réservant l'usufruit pour continuer à y habiter ou à en percevoir les loyers ou, variante, leur fait donation des fonds leur permettant d'acquérir la nue-propriété d'un immeuble dont lui-même acquiert l'usufruit en vue de l'habiter ou de percevoir les loyers.

## Section 1. Le contexte général de la donation d'un immeuble avec réserve d'usufruit

### § 1. Irrévocabilité de la donation

L'article 4.132, § 2 du Code civil dispose que « La donation est un contrat par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement du bien donné, en faveur du donataire qui l'accepte ». Cette disposition a été transposée dans l'adage « donner et retenir ne vaut » lequel signifie non seulement que le donateur ne peut – sauf les exceptions prévues par la loi – révoquer la donation qu'il a consentie, mais également lui interdit « d'assortir la donation d'une clause ou d'une modalité quelconque dont l'effet lui permettrait, directement ou indirectement, de la rendre inefficace ou de revenir sur l'acte accompli ». En d'autres termes, « il n'est pas question de donner et de prévoir en même temps la possibilité de revenir sur la donation (1) ».

### § 2. La donation avec réserve d'usufruit

Il est certain que ne porte pas atteinte au principe de l'irrévocabilité une donation avec réserve d'usufruit dès lors que la donation de la nue-propriété est, en tant que telle, irrévocable (2). La réserve d'usufruit est d'ailleurs prévue par l'article 4.171 du Code civil. Elle peut en outre être stipulée tant en faveur du donateur (3) qu'au profit d'un tiers (4).

(1) E. de WILDE d'ESTMAEL, B. DELAHAYE, G. HOLLANDERS de OUDERAEN et F. TAINMONT, « Les donations », *Rép. not.*, t. III, liv. VII, 2019, n° 11.

(2) J. SACE, « Les libéralités – Dispositions générales », *Rép. not.*, t. III, liv. VI, 1993, n° 95.

(3) C'est l'hypothèse envisagée dans le présent article.

(4) Il y a alors deux donations : une de la nue-propriété et une de l'usufruit.

Il est régulièrement recouru à cette technique de planification patrimoniale en ce qu'elle permet de transmettre un bien à un coût fiscal avantageux – puisque les droits de donation sont moins élevés que les droits de succession – tout en permettant au donateur de continuer à vivre dans l'immeuble ou à en percevoir les revenus. Le conjoint du donateur reste également protégé puisque l'article 4.18 du Code civil lui attribue l'usufruit des biens donnés (5).

Si le concept général de la donation avec réserve d'usufruit, comme le démontrent les lignes qui précèdent, n'est pas nouveau, il s'inscrit dans un nouveau cadre (6) puisque le Code civil permet désormais d'attribuer à l'usufruitier un pouvoir de disposition fonctionnel. Ce nouveau cadre permet de résoudre un des inconvénients principaux de la donation puisque, en principe, le donateur ne peut plus vendre le bien sans l'accord du donataire. Il n'a d'ailleurs jamais été contesté que « la clause de réserve d'usufruit peut être aménagée en donnant des pouvoirs plus ou moins larges à l'usufruitier, sans que ceux-ci puissent toutefois aller à l'encontre de l'irrévocabilité des donations (7) ».

## Section 2. Le contexte général du pouvoir de disposition fonctionnel de l'usufruitier

### § 1. La définition de l'usufruit

L'article 3.138 du Code civil définit l'usufruit comme le droit temporaire d'usage et de jouissance d'un bien appartenant au nu-propriétaire, avec obligation de restitution à la fin du droit. L'usufruitier dispose donc de l'*usus* (usage) et du *fructus* (fruits), tandis que le nu-propriétaire conserve l'*abusus* (droit de disposition).

(5) À la condition qu'il ait déjà la qualité de conjoint au moment de la donation et que le donateur soit resté le titulaire de l'usufruit jusqu'à son décès.

(6) Pour reprendre l'expression utilisée par P.-Y. ERNEUX, « La mobilité du patrimoine "post-planification" : l'enjeu de continuité en cas d'apport en société, spécialement dans le contexte d'un démembrement. La relation symbiotique entre l'apport à titre onéreux et la subrogation réelle, ainsi que leur effet de neutralité fiscale », *Rec. gén. enr. not.*, 2025/6, n° 27.913, p. 219, n° 1.

(7) E. de WILDE d'ESTMAEL, B. DELAHAYE, G. HOLLANDERS de OUDERAEN et F. TAINMONT, « Les donations », *Rép. not.*, t. III, liv. VII, 2019, n° 141 qui expliquent que « Rien n'empêche [...] de prévoir un quasi-usufruit, soit qu'il soit légal (C. Civ., art. 587 et 601 : sur les biens consommables par nature, tels une somme d'argent), soit qu'il soit conventionnel [...]. Dans ce cas, l'usufruitier restera en possession des biens donnés, avec une obligation de restituer, à l'extinction de l'usufruit, l'équivalent des biens donnés ».

## § 2. Le pouvoir de disposition fonctionnel de l'usufruitier

### A. Fondement légal

Sous l'ancien Code civil, le quasi-usufruit, régi par l'article 587, permettait à l'usufruitier de disposer des biens consommables, à charge de restituer des biens de même quantité, qualité et valeur. Cette notion a évolué avec la réforme du droit des biens, qui a supprimé la terminologie de « quasi-usufruit » tout en conservant et en étendant ses principes.

L'article 3.148 du Code civil permet en effet désormais à l'usufruitier de disposer du bien, en dehors des limites de ses prérogatives, dans trois cas précis :

- 1° si une disposition légale particulière l'y autorise ;
- 2° si cela correspond à la destination des biens qui existait déjà au moment de la constitution de l'usufruit ou qui est stipulée contractuellement entre les parties et que cela s'inscrit dans le cadre de son obligation d'administration prudente et raisonnable du bien ; ou
- 3° si l'usufruit concerne des biens consommables.

Un droit de disposition est dès lors légalement attribué à l'usufruitier lorsque la destination du bien implique une gestion active (p. ex. une entreprise ou des actions de société) : l'usufruitier peut aliéner le bien pour assurer une gestion prudente et raisonnable. Il en est de même si la destination du bien stipulée contractuellement entre les parties implique que l'usufruitier puisse aliéner le bien, pour autant que cela s'inscrive dans le cadre de son obligation d'administration prudente et raisonnable du bien.

Ce droit de disposition a été qualifié de « fonctionnel » par les travaux préparatoires : « traditionnellement, l'usufruit, en tant que démembrement de la propriété, est considéré comme une séparation entre, d'une part, l'usage et la jouissance et, d'autre part, la disposition. L'usufruitier aurait des prérogatives d'usage et de jouissance et le nu-propiétaire aurait le droit de disposition. Une structure duale prévaut donc dans cette approche classique. Il en résulte que l'usufruitier ne pourrait aucunement être habilité à vendre le bien. [...] Cette conception de l'usufruit a été progressivement abandonnée au profit d'une autre conception, plus moderne, qui considère l'usufruitier comme une sorte de propriétaire fiduciaire. Il aurait – toujours dans cette optique – un droit de disposition lié à la destination [...]. Cela s'appliquerait donc lorsqu'un tel acte de disposition est conforme à la destination des biens. Cela devrait se faire dans l'intérêt commun de l'usufruitier et du nu-propiétaire. [...] Une telle approche peut être renforcée conventionnellement par les parties au

moyen de procurations. La disposition ici proposée suit cette évolution sans éroder les principes traditionnels. Dans un certain nombre de cas, un droit de disposition fonctionnel doit être accordé à l'usufruitier conformément à l'évolution de la doctrine » (8).

Ce droit de disposition fonctionnel de l'usufruitier est sans nul doute une des évolutions majeures des dispositions relatives à l'usufruit voulue dans la réforme du droit des biens intervenue par la loi du 4 février 2020 (9) : une modernisation du droit d'usufruit offrant à l'usufruitier une plus grande flexibilité dans la gestion des biens tout en préservant les droits du nu-propiétaire. Le droit de l'usufruitier n'est certes pas aussi absolu que celui d'un plein propriétaire puisqu'il demeure toujours tenu par la limitation de l'administration du bien telle que liée à sa destination, mais le législateur a réduit le nu-propiétaire à n'être que créancier de l'obligation de restitution prévue par l'article 3.159 du Code civil (10).

### B. Conditions et obligations

Bien que le droit de disposition fonctionnel offre une plus grande flexibilité à l'usufruitier, il est important de souligner qu'il est soumis à certaines limites, notamment :

- l'absence de droit de disposition en dehors des cas prévus par la loi ;
- l'interdiction d'étendre conventionnellement la notion de biens consommables ;
- le contrôle de l'abus de droit et de la fraude ;
- l'obligation d'agir de manière prudente et raisonnable ;
- l'obligation de restitution.

C'est pourquoi le législateur a assorti le droit de disposition de l'usufruitier d'obligations spécifiques, s'ajoutant aux obligations résultant de la définition même de l'usufruit de respecter la destination du bien – fût-elle stipulée contractuellement entre les parties – et d'agir de manière prudente et raisonnable :

- la première, prévue par l'article 3.150, alinéa 3, est l'obligation pour l'usufruitier – outre l'obligation de description des biens grevés de l'usufruit – de faire estimer le bien ;

(8) Proposition de loi du 16 juillet 2019 portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019, n° 55-0173/001, p. 284. Les travaux préparatoires précisent également qu'il s'agit « d'un véritable usufruit et non d'un droit de quasi-propriété ». Les termes « droit de disposition fonctionnel » ont dès lors remplacé le terme « quasi-usufruit » utilisé avant la réforme dès lors que l'usufruit conférait à son titulaire le droit de consommer et d'aliéner les biens grevés de l'usufruit.

(9) Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2021.

(10) Voy. *infra*, Section 3, § 2, C.

- le même article prévoit que l'usufruitier doit signaler, une fois par an, à la première demande du nu-propriétaire, les biens qui ne sont plus présents et ceux qui leur ont été substitués, ce qui permet au nu-propriétaire « de sécuriser son droit et d'assurer la traçabilité des biens (11) ».

Cette obligation n'étant pas impérative, il peut y être dérogé dans l'acte constitutif de l'usufruit de sorte que l'usufruitier peut valablement être dispensé de ce devoir d'information du nu-propriétaire.

- l'aliénation doit en outre s'accompagner d'une restitution en valeur à l'extinction de l'usufruit : l'article 3.159 prévoit à ce sujet que « Lorsque l'usufruitier a aliéné les biens grevés en application de l'article 3.148, il est tenu de restituer leur valeur au moment de l'aliénation, si une estimation a été faite à ce moment-là. Si tel n'est pas le cas, il doit restituer leur valeur au moment de la constitution de l'usufruit. Si, en outre, aucune description n'a été réalisée à l'ouverture de l'usufruit, l'usufruitier doit payer la plus haute des deux sommes entre la valeur des biens à l'ouverture du droit ou leur valeur à la fin du droit ».

Cette disposition n'est cependant pas impérative et il pourrait valablement y être dérogé dans l'acte de constitution de l'usufruit.

Ainsi, en théorie, lorsqu'un bien est grevé d'un usufruit qui comporte un droit de disposition fonctionnel en faveur de l'usufruitier, l'objet de la restitution sera le bien lui-même s'il est toujours présent dans le patrimoine du donateur et qu'il n'a pas été aliéné. Si le bien a été vendu, c'est alors en vertu de l'article 3.159 que la restitution interviendra :

- sur la base de la valeur du bien au moment de l'aliénation, si une estimation est intervenue au moment de cette aliénation ;
- à défaut d'estimation de la valeur du bien au moment de l'aliénation, la créance portera sur la valeur du bien au moment de la constitution de l'usufruit (12).

Ceci peut engendrer des difficultés dès lors que l'usufruitier pourrait être tenté de vendre le bien à un prix inférieur à sa valeur réelle, lésant ainsi les intérêts du nu-propriétaire, ou que des désaccords pourraient survenir entre l'usufruitier et le nu-propriétaire concernant l'opportunité de vendre le bien.

(11) B. DELAHAYE et S. CARON, « La fin du quasi-usufruit ? Le droit de disposition fonctionnel de l'usufruitier », *La transmission du patrimoine à l'aune de clauses d'indisponibilité*, Limal, Anthemis, 2022, p. 62.

(12) Sauf si aucune description du bien n'a été réalisée à l'ouverture de l'usufruit, auquel cas l'usufruitier doit payer la plus haute des deux sommes entre la valeur des biens à l'ouverture du droit ou leur valeur à la fin du droit.

Il est donc indispensable d'examiner comment combiner les intérêts de l'une et de l'autre partie dans le cadre d'une donation générant une situation de démembrement. Ce sera l'objet de la Section 3.

### § 3. Exemple de clause (13)

*Ainsi que l'autorise l'article 3.148 du Code civil, les parties conviennent que l'usufruitier disposera de la faculté d'aliéner les biens soumis à usufruit, sans intervention du nu-propriétaire, en vue d'acquérir un ou plusieurs autres biens, par emploi, dans l'intérêt conjoint des parties au démembrement ("droit de disposition fonctionnel").*

*Ce droit ne pourra être exercé que dans le respect de la destination du bien.*

## Section 3. Application du droit de disposition fonctionnel à la donation avec réserve d'usufruit d'un immeuble

### § 1. Hypothèse visée

Vincent, âgé de 70 ans, souhaite transmettre son patrimoine à ses filles Annabelle et Justine. Il décide de leur donner un immeuble situé à Namur, tout en se réservant l'usufruit pour continuer à y habiter ou à en percevoir les loyers (14).

Quelques années plus tard, Vincent souhaite vendre l'immeuble car il est devenu trop grand pour ses besoins ou trop lourd à gérer.

(13) Proposée par Jean FONTEYN et telle que reproduite dans C. ROUSSEAU, « Donation à un mineur avec réserve d'usufruit et droit de disposition fonctionnel en faveur de l'usufruitier : une autorisation du juge de paix est-elle nécessaire ? », note sous J.P. SENEFFE, 28 octobre 2024, *R.P.P.*, 2025/3, p. 248.

(14) Ou, variante, Vincent décide d'acquérir un immeuble à Namur avec ses filles Annabelle et Justine en démembrement usufruit – nue-propriété et leur fait, à cet effet, donation préalable des fonds leur permettant de financer l'acquisition de la nue-propriété.



## § 2. Application du droit de disposition fonctionnel de l'usufruitier

En principe, la vente ne peut se faire que du commun accord de l'ensemble des titulaires de droits réels sur l'immeuble. Toutefois, Vincent pourrait vendre seul l'immeuble sous certaines conditions, notamment si :

1. la destination du bien le justifie : par exemple, si l'immeuble est devenu inadapté à l'usage prévu (15) ou, s'il s'agit d'un bien d'investissement, il nécessite des travaux importants pour continuer à pouvoir être loué ;
2. la vente s'inscrit dans le cadre d'une gestion prudente et raisonnable : par exemple, pour réinvestir dans un bien plus adapté (16) ou plus rentable.

Si Vincent vend l'immeuble pour le prix de 400 000 €, selon le droit commun de l'usufruit (17), il doit restituer cette somme à ses filles en valeur à l'extinction de l'usufruit. Il est en outre tenu, conformément à l'article 3.150, alinéa 3, du Code civil, de signaler, à première demande du nu-propriétaire, que l'immeuble a été vendu et les biens qui lui ont été substitués.

### A. 1<sup>re</sup> condition : la destination du bien justifie la vente

À ce sujet, il y a lieu de rappeler que l'article 3.143 du Code civil prévoit que « La destination du bien est celle qui lui est donnée par le contrat ou, à défaut de contrat, celle qui est présumée selon la nature des biens et l'usage que le nu-propriétaire en a fait précédemment ».

L'article 3.148, 2° prévoit à cet égard deux hypothèses :

- la destination du bien existe déjà au moment de la constitution de l'usufruit ;
- la destination est stipulée contractuellement entre les parties.

Dans les deux cas, l'aliénation doit s'inscrire dans le cadre de l'obligation d'administration prudente et raisonnable du bien par l'usufruitier.

S'agissant d'un immeuble, l'aliénation ne pourrait correspondre à une destination qui existait déjà au moment de la constitution de l'usufruit que dans des cas limités et, probablement, marginaux. Sabrina SCARNA cite à cet égard l'exemple « d'un propriétaire d'un immeuble

(15) La maison donnée comporte trois étages sans ascenseur alors que Vincent souffre de problèmes de mobilité.

(16) Un appartement.

(17) Art. 3.159 C. civ.

de rapport composé de différentes unités qui le gère en le louant ou en en vendant des parcelles. Si un usufruit devait être constitué, dès lors que l'aliénation éventuelle de tout ou partie du bien faisait déjà partie de la destination de celui-ci avant la constitution de l'usufruit, l'usufruitier devrait pouvoir en faire de même (18) ».

Si, dans le même exemple, le propriétaire du bien n'avait encore procédé à aucune vente au moment de la constitution de l'usufruit, il ne pourrait alors être question de conclure que la destination qui existait à ce moment permet à l'usufruitier de vendre. Nous tomberions alors dans le deuxième cas visé par l'article 3.148 qui permet aux parties de convenir, lors de la constitution de l'usufruit, que l'usufruitier disposera de la faculté d'aliéner les biens soumis à l'usufruit.

Une telle faculté est certaine pour un bien d'investissement comportant plusieurs unités. L'on peut également l'envisager pour une maison d'habitation, fût-elle la maison personnelle du donateur : en prévoyant pour l'usufruitier un droit de disposer des biens donnés dont l'aliénation correspond à la destination telle qu'elle résulte de la volonté des parties, le législateur a entendu permettre à ces dernières de déterminer librement que le bien donné pouvait ou non être aliéné (19).

### B. 2<sup>e</sup> condition : la vente doit s'inscrire dans le cadre d'une gestion prudente et raisonnable

Assez curieusement, les commentateurs (20) du droit de disposition fonctionnel de l'usufruitier ne s'attardent pas sur cette deuxième condition. C'est en effet toujours en termes généraux que l'obligation d'agir de manière prudente et raisonnable est abordée.

Et pour cause : la notion, autrefois désignée par l'expression « le bon père de famille », ne fait pas réellement l'objet d'une définition. On peut entendre par une personne prudente et raisonnable celle qui agit « comme un propriétaire soigneux et diligent » (21), qui se comporte de manière prévoyante, avec la prudence et l'attention que l'on peut attendre d'un individu normalement avisé.

(18) S. SCARNA, « Le quasi-usufruit est mort, vive le quasi-usufruit », *R.P.P.*, 2022/1, p. 72.

(19) Voir dans le même sens B. DELAHAYE et S. CARON, « La fin du quasi-usufruit ? Le droit de disposition fonctionnel de l'usufruitier », *La transmission du patrimoine à l'aune de clauses d'indisponibilité*, Limal, Anthémis, 2022, pp. 55 et 61.

(20) À l'exception de Matthieu Van Molle et Jean Fonteyn, qui la balaient cependant puisqu'ils écrivent à ce sujet : « Cette condition est certes légale mais, à vrai dire, elle est à ce point ambiguë que l'on aperçoit mal son intérêt pratique, pour autant que la condition précédente - celle ayant trait au respect de la destination - ait été observée » (M. VAN MOLLE et J. FONTEYN, « Organisation conventionnelle de l'usufruit immobilier familial », *R.P.P.*, 2023/1, p. 114).

(21) A. DE BRABANDERE, « Usufruit, usage et habitation », *Rép. not.*, t. II, liv. XI, 1977, n° 181.

Spécialement dans le cadre de l'exercice de son droit de disposition fonctionnel, l'usufruitier devra-t-il protéger les intérêts du nu-propiétaire autant que les siens, faire preuve de bon sens c'est-à-dire, *a priori*, pouvoir justifier la nécessité de l'acte, préserver la valeur patrimoniale du bien grevé de l'usufruit et informer le nu-propiétaire. Cette dernière obligation est d'ailleurs expressément prévue à l'article 3.150, alinéa 3 du Code civil (22).

### C. 3<sup>e</sup> condition : l'obligation de restitution

L'article 3.159 du Code civil impose à l'usufruitier qui a aliéné les biens grevés de l'usufruit une obligation de restitution (23). Cette restitution opérera en pratique en nature ou en valeur selon que le prix de vente du bien aliéné a, ou non, été réemployé.

Il importe d'ailleurs de noter que si le bien grevé d'usufruit a été aliéné contre un prix qui n'a pas été réemployé, ce prix doit, en vertu de l'article 3.162, alinéa 1 du Code civil, être tenu physiquement séparé des autres biens de même nature qui ne sont pas soumis à l'usufruit. En d'autres termes, le prix de vente du bien concerné doit être isolé sur un compte en banque ; il n'est par contre pas exigé que ce compte soit immatriculé en démembrement usufruit – nue-propiété : « Ainsi, si la somme d'argent a été isolée sur un compte au nom du seul usufruitier, à l'extinction du droit d'usufruit, naîtra une dette de restitution en valeur qui sera régie par l'article 3.159 » (24).

## Section 4. Le droit de disposition fonctionnel de l'usufruitier en droit civil : les écueils, les dangers et les clauses à prévoir

### § 1. Position du problème

La question centrale est ici de savoir si l'usufruitier d'un immeuble donné avec réserve d'usufruit peut se prévaloir du droit de disposition fonctionnel pour vendre ce bien.

Il faut, dans un premier temps, observer qu'au moment de la donation, l'intention du donateur était de transmettre un bien immobilier, et

(22) Qui n'est cependant pas impératif.

(23) Sur cette obligation, voy. *supra*, Section 3, § 2, C.

(24) B. DELAHAYE et S. CARON, « La fin du quasi-usufruit ? Le droit de disposition fonctionnel de l'usufruitier », *La transmission du patrimoine à l'aune de clauses d'indisponibilité*, Limal, Anthemis, 2022, p. 63.

non une somme d'argent. La vente de l'immeuble pourrait dès lors être considérée comme contraire à cette intention, sauf si des circonstances particulières le justifient (immeuble devenu inadapte, nécessité de faire face à des dépenses importantes, ...).

Mais, comme indiqué ci-dessus, si la vente de l'immeuble correspond à sa destination (naturelle ou contractuelle) et est réalisée dans le cadre d'une administration prudente et raisonnable, l'usufruitier pourra se prévaloir du droit de disposition fonctionnel l'autorisant expressément à vendre l'immeuble.

### § 2. Identification des difficultés

Plusieurs difficultés peuvent survenir :

- la vente de l'immeuble peut être source de conflit entre l'usufruitier et le nu-propiétaire, notamment si ce dernier estime que cette vente n'est pas justifiée ou que le prix obtenu est insuffisant ;
- l'usufruitier est tenu de replacer les fonds provenant de la vente de l'immeuble, ce qui peut également être source de conflit si l'usufruitier et le nu-propiétaire ne s'accordent pas sur le type de placement ;
- si l'usufruit porte sur un immeuble, le notaire chargé de recevoir l'acte de vente ou l'acte d'acquisition du bien acquis en remploi ne pourrait-il exiger la comparution du nu-propiétaire ? De même, le bureau de sécurité juridique ne pourrait-il pas refuser de transcrire un acte signé par le seul usufruitier ?

### § 3. Pistes de solutions

Toutes les difficultés identifiées ci-dessus incitent à rédiger la clause relative au droit de disposition fonctionnel de l'usufruitier avec soin, en prévoyant expressément que la vente de l'immeuble est autorisée et les conditions dans lesquelles cette vente peut être réalisée : s'il faut ou non l'accord du nu-propiétaire, s'il faut procéder à une estimation de la valeur du bien avant la vente et, dans l'affirmative, comment y procéder, comment les fonds doivent être réemployés, ...

Il faut également conseiller de conserver les preuves relatives aux opérations de remploi (25) des fonds et privilégier la transparence et la communication entre l'usufruitier et le nu-propiétaire.

(25) Que Matthieu Van Molle et Jean Fonteyn qualifient d'« unilatéral » (M. VAN MOLLE et J. FONTEYN, « Organisation conventionnelle de l'usufruit immobilier familial », *R.P.P.*, 2023/1, p. 114).

### A. Conditions dans lesquelles la vente peut être réalisée

#### 1. Limitation du droit de disposition fonctionnel – obligation de faire procéder à une estimation avant la vente

Il pourrait être prévu que l'usufruitier ne pourra disposer du bien grevé de l'usufruit qu'après avoir fait procéder à l'estimation de ce bien.

L'estimation devrait être réalisée à dire d'expert. Ce dernier serait désigné, au choix des parties, par l'usufruitier ou conjointement par l'usufruitier et le nu-propiétaire. Dans ce cas, il y aurait toutefois lieu de prévoir qu'en cas de désaccord entre l'usufruitier et le nu-propiétaire, soit il sera pris en compte la valeur médiane entre les deux expertises, soit les deux experts désigneront un troisième expert et qu'un rapport d'expertise collégial sera établi par ces trois experts.

Restera également à régler la question dans quelle mesure ce rapport d'expertise lie l'usufruitier, en d'autres termes s'il lui est permis de vendre l'immeuble pour une valeur inférieure au montant de l'expertise.

Exemple de clause :

*Ainsi que l'autorise l'article 3.148 du Code civil, les parties conviennent que l'usufruitier disposera de la faculté d'aliéner les biens soumis à usufruit, sans intervention du nu-propiétaire, en vue d'acquérir un ou plusieurs autres biens, par emploi, dans l'intérêt conjoint des parties au démembrement ("droit de disposition fonctionnel").*

Ce droit ne pourra être exercé :

- 1° que dans le respect de la destination du bien ;
- 2° qu'après que l'usufruitier aura fait procéder, par un expert de son choix, à une estimation du bien grevé de l'usufruit, étant entendu que le prix de vente devra alors être au moins égal à la valeur ainsi estimée.

Variante :

*2° qu'après que l'usufruitier et le nu-propiétaire auront fait procéder, par un expert désigné de commun accord, à une estimation du bien grevé de l'usufruit, étant entendu que le prix de vente devra alors être au moins égal à la valeur ainsi estimée. À défaut d'accord entre l'usufruitier et le nu-propiétaire, ils désigneront chacun leur expert et le prix de vente devra être au moins égal à la valeur médiane estimée par chacun d'eux.*

#### 2. Limitation du droit de disposition fonctionnel – accord nécessaire du nu-propiétaire pour toute aliénation

Si les parties le souhaitent, il est possible – tout en accordant à l'usufruitier un droit de disposition fonctionnel – de prévoir que l'accord préalable du nu-propiétaire est nécessaire avant toute aliénation.

Cette clause viderait cependant de son sens l'usage de la faculté donnée aux parties par l'article 3.148 du Code civil de contractualiser la destination du bien et, partant, permettre son aliénation par l'usufruitier.

Exemple de clause :

*Ainsi que l'autorise l'article 3.148 du Code civil, les parties conviennent que l'usufruitier disposera de la faculté d'aliéner les biens soumis à usufruit, sans intervention du nu-propiétaire, en vue d'acquérir un ou plusieurs autres biens, par emploi, dans l'intérêt conjoint des parties au démembrement ("droit de disposition fonctionnel").*

Ce droit ne pourra être exercé :

- 1° que dans le respect de la destination du bien ;
- 2° qu'après que le nu-propiétaire aura marqué son accord par écrit sur l'aliénation du bien grevé de l'usufruit.

#### 3. Exercice du droit de disposition fonctionnel – obligation d'information préalable du nu-propiétaire

Pour répondre au conseil donné ci-dessus de privilégier la transparence et la communication entre l'usufruitier et le nu-propiétaire, il pourrait être utile de préciser que toute mise en vente de l'immeuble ne pourrait intervenir qu'après que l'usufruitier aura informé le nu-propiétaire de son intention de vendre.

Reste que si le droit de disposition fonctionnel a été conféré à l'usufruitier, le nu-propiétaire n'aurait pas le pouvoir de s'opposer à cette mise en vente.

Tout au plus pourrait-il réclamer des dommages et intérêts pour le cas où cette information ne lui aurait pas été donnée.

Il n'en demeure pas moins que, dans le cadre d'une bonne relation entre les parties au droit démembrement et du maintien de cette bonne relation, le recours à cette clause peut s'avérer utile et de nature à éviter des frustrations liées à un manque d'information.

Exemple de clause :

*Ainsi que l'autorise l'article 3.148 du Code civil, les parties conviennent que l'usufruitier disposera de la faculté d'aliéner les biens soumis*

*à usufruit, sans intervention du nu-propiétaire, en vue d'acquérir un ou plusieurs autres biens, par emploi, dans l'intérêt conjoint des parties au démembrement ("droit de disposition fonctionnel").*

*Ce droit ne pourra être exercé :*

- 1° *que dans le respect de la destination du bien ;*
- 2° *qu'après que l'usufruitier aura informé le nu-propiétaire par écrit de son intention d'aliéner le bien grevé de l'usufruit.*

#### 4. Exercice du droit de disposition fonctionnel – droit de préférence en faveur du nu-propiétaire

Dans la même lignée, il pourrait être envisagé un droit de préférence en faveur du nu-propiétaire afin de lui permettre, s'il en est désireux, d'acquérir l'immeuble par préférence à un tiers. Il y a toutefois lieu de préciser qu'en cas d'exercice de son droit de préférence, le nu-propiétaire sera tenu de payer l'intégralité du prix de vente et non seulement la valeur de l'usufruit (26).

*Exemple de clause :*

*Ainsi que l'autorise l'article 3.148 du Code civil, les parties conviennent que l'usufruitier disposera de la faculté d'aliéner les biens soumis à usufruit, sans intervention du nu-propiétaire, en vue d'acquérir un ou plusieurs autres biens, par emploi, dans l'intérêt conjoint des parties au démembrement ("droit de disposition fonctionnel").*

*Ce droit ne pourra être exercé que dans le respect de la destination du bien.*

*L'usufruitier consent au nu-propiétaire un droit de préférence sur le bien objet des présentes en cas de cession à titre onéreux de celui-ci.*

*Ce droit s'exercera comme suit :*

*L'usufruitier notifiera par lettre recommandée avec accusé de réception au nu-propiétaire son intention de vendre le bien à tel prix et à telles conditions.*

*S'il le souhaite, le nu-propiétaire devra exercer son droit de préférence, par lettre recommandée avec accusé de réception, dans le délai d'un mois à dater de la réception de ladite notification.*

*En cas de refus ou en cas de défaut de réponse dans le délai imparti, l'usufruitier pourra librement céder le bien au prix indiqué et aux conditions notifiées, à toute autre personne.*

(26) Ce qui distingue cette hypothèse de celle d'une conversion de l'usufruit.

*En cas d'acceptation, l'acte authentique de vente devra intervenir dans les quatre mois à dater de l'exercice du droit de préférence.*

*En cas de vente publique, le notaire instrumentant procédera de la même manière que celle prévue dans les baux à ferme pour le bénéficiaire d'un droit de préemption (article 48, 2 des règles particulières aux baux à ferme).*

#### 5. Exercice du droit de disposition fonctionnel – liberté totale de l'usufruitier

À l'inverse, il pourrait dès le départ être prévu que l'usufruitier exercera librement son droit de disposition, sans information préalable du nu-propiétaire.

Il est à cet égard renvoyé à l'exemple de clause proposé au § 3 de la Section 2 ci-dessus.

#### B. Obligation de emploi

L'usufruitier qui fait usage du droit de disposition fonctionnel est, on l'a vu, tenu d'une obligation de restitution au terme de son droit, conformément à l'article 3.159 du Code civil. L'article 3.162 précise quant à lui que les sommes d'argent que l'usufruitier percevrait dans le cadre de l'aliénation doivent être soit placées, soit employées dans l'intérêt des autres biens soumis à l'usufruit, « après avoir obtenu le consentement du nu-propiétaire ».

Ces deux dispositions sont supplétives, de sorte que les parties peuvent valablement y déroger, par exemple en prévoyant une obligation de emploi (27).

##### 1. Pas d'obligation de emploi

Il est possible de laisser une totale liberté à l'usufruitier quant à l'utilisation du prix de vente de l'immeuble. Dans ce cas, toutefois, il restera l'obligation de restitution à la fin de l'usufruit. Rappelons que cette obligation est impérative puisque relevant de la définition – impérative – de l'usufruit telle que donnée à l'article 3.138 du Code civil. C'est d'ailleurs parce que cette obligation existe que l'adage « donner et retenir ne vaut » n'est pas contrarié par le droit de disposition fonctionnel de l'usufruitier, même en cas de liberté totale laissée à ce dernier quant à l'utilisation du prix de vente : le donataire a été dûment gratifié, seul l'objet de la donation pourra-t-il avoir été remplacé par une créance en

(27) M. VAN MOLLE et J. FONTEYN, « Organisation conventionnelle de l'usufruit immobilier familial », R.P.P., 2023/1, pp. 113-114.



valeur. De la sorte, la donation est bien irrévocable et ne peut être considérée comme nulle (28) au motif qu'elle aurait été rendue inefficace par une clause du contrat de donation.

## 2. Obligation de emploi

La liberté contractuelle est également totale à cet égard. Ainsi les parties peuvent-elles convenir que le emploi devra nécessairement être immobilier en ce que l'usufruitier serait tenu d'acquérir un ou plusieurs autres immeubles ou droits réels immobiliers ou, au contraire, obliger l'usufruitier à un type déterminé de placement financier ou, encore, lui permettre d'opter entre une acquisition immobilière et un placement mobilier.

Exemple de clause :

*« Ainsi que l'autorise l'article 3.148 du Code civil, les parties conviennent que l'usufruitier disposera de la faculté d'aliéner les biens soumis à usufruit, sans intervention du nu-propriétaire, en vue d'acquérir un ou plusieurs autres biens, par emploi, dans l'intérêt conjoint des parties au démembrement ("droit de disposition fonctionnel").*

*Ce droit ne pourra être exercé que dans le respect de la destination du bien. À cet égard, les parties déclarent s'être accordées sur le fait que l'usufruitier sera tenu à une obligation d'acquérir un ou des biens en emploi du bien qui aura été aliéné.*

*Ce bien de emploi sera grevé d'un usufruit au profit du donateur et d'une nue-propriété au profit du donataire, dans les mêmes proportions et conditions que celles prévues dans la présente donation.*

*Les parties déclarent en outre s'être accordées sur le fait que le ou les biens acquis en emploi devront nécessairement porter sur (décrire les biens qui devront être acquis en emploi : immeuble d'habitation, immeuble de rapport, droits réels immobiliers sur de tels biens, titres financiers (29)...).*

(28) Et ce dans son ensemble et non pas seulement de la clause qui vicia l'irrévocabilité de la donation. Voy. dans ce sens J. SACE, « Les libéralités – Dispositions générales », *Rép. not.*, t. III, liv. VI, 1993, n° 94.

(29) Dans sa clause, Jean FONTEYN (telle que reproduite dans C. ROUSSEAU, « Donation à un mineur avec réserve d'usufruit et droit de disposition fonctionnel en faveur de l'usufruitier : une autorisation du juge de paix est-elle nécessaire ? », note sous J.P. SENEFFE, 28 octobre 2024, *R.P.P.*, 2025/3, p. 248) ajoute « quel qu'en soit le type ou la nature, ainsi que le profil de risque ». Il ajoute également « avec une attention particulière à la capacité du ou des actifs acquis de préserver, voire augmenter, la valeur en capital à long terme ».

*À défaut de emploi immédiat, le produit net de la vente sera consigné ou placé dans un compte bancaire immatriculé en usufruit – nue-propriété. »*

L'obligation de emploi soulève plusieurs questions :

- Quid de la traçabilité ?
- Quid si le bien acquis en emploi est plus cher que le bien vendu et que, partant, l'acquisition nécessite un nouvel investissement de la part de l'usufruitier ?
- Quid si, au contraire, les fonds nécessaires à l'acquisition du nouveau bien sont moins élevés que le prix de vente du bien initial ?
- Quid de la réception des actes authentiques (de vente et d'acquisition) et de leur transcription au bureau de sécurité juridique ?

### a) La question de la traçabilité

Est-il indispensable de documenter les opérations de vente et de emploi pour justifier la traçabilité des fonds et éviter toute contestation ?

Si l'usufruitier aliène le bien donné et réemploie les fonds à l'effet d'acquérir un autre bien, le droit d'usufruit se reporte sur ce nouveau bien par l'effet de la subrogation réelle.

La subrogation réelle trouve son fondement dans l'article 3.10 du Code civil et peut être définie comme un mécanisme juridique légal qui protège les titulaires de droits réels appréciables en valeur : « la fonction principale du mécanisme de la subrogation réelle est la conservation, non pas tant de l'objet de l'obligation qui est appelé à évoluer au gré des actes de disposition de son titulaire, mais du droit lui-même. [...] Il est important de souligner que toute exigence complémentaire au déclenchement de la subrogation réelle n'est pas requise par la loi. Ce n'est par conséquent que si les parties ont modalisé conventionnellement le mécanisme légal que des exigences supplémentaires se poseront ». Et de conclure : « en matière d'usufruit [...] il n'est nullement requis que le(s) bien(s) venu(s) en remplacement soi(en)t de même type (p. ex. remplacement de titres par un immeuble) ou encore soit assigné à la même destination au sens du langage commun (p. ex. remplacement d'un immeuble par des avoirs financiers) pour autant que le contrat ne prenne pas soin de préciser cette notion comme l'y autorise l'article 3.143 du Code civil (30) ». De la sorte, aucune exigence de

(30) P.-Y. ERNEUX, « La mobilité du patrimoine "post-planification" : l'enjeu de continuité en cas d'apport en société, spécialement dans le contexte d'un démembrement. La relation symbiotique entre l'apport à titre onéreux et la subrogation réelle, ainsi que leur effet de neutralité fiscale », *Rec. gén. enr. not.*, 2025/6, n° 27.913, pp. 223-224, n° 13 et p. 225, n° 15.

traçabilité n'est requise, du moment que le lien causal peut être établi entre le bien vendu et le bien acquis en remplacement. Mais l'expression des éléments relatifs à la substitution, comme la provenance, est conseillée pour faciliter la démonstration ultérieure du lien causal. « En matière immobilière, cette condition devra [...] idéalement figurer dans le titre porté à la transcription hypothécaire (31) ».

De ce point de vue, même sans rien mentionner dans les actes (que ce soit de vente ou d'acquisition), il faut admettre que le prix de vente de l'immeuble :

- ou se retrouvera sur un compte immatriculé en usufruit – nue-propriété ;
- ou sera immédiatement réinvesti dans le cadre d'une acquisition ou une immatriculation en usufruit – nue-propriété.

Dans les deux cas, les droits du nu-propriétaire étant reportés sur un bien autre que le bien initial, pour autant que ce nouveau bien corresponde à la destination prévue par la convention et qu'il entre dans le cadre d'une gestion prudente et raisonnable de l'usufruitier, le nu-propriétaire n'aura aucune (possibilité d') objection quant au emploi.

La sécurité juridique impose néanmoins une grande prudence, laquelle peut être assurée, à l'instar de la clause proposée ci-dessus sous le titre « obligation de emploi », par la détermination, dans l'acte de donation, des conditions du emploi et des biens qui pourront être acquis au moyen du prix de vente.

- ou se retrouvera sur un compte ouvert au nom du seul usufruitier et soit il y subsistera, auquel cas l'usufruitier sera tenu à son obligation de restitution en valeur sur la base de l'article 3.159 du Code civil, soit il sera, dans un délai plus ou moins long, réinvesti dans un nouveau bien (immobilier ou autre) en usufruit – nue-propriété, et il y aura lieu d'établir un lien causal entre le bien vendu et le bien acquis en remplacement. S'il s'agit de l'acquisition d'un immeuble, une déclaration dans l'acte d'acquisition établira utilement ce lien causal. S'il s'agit de l'immatriculation de titres en usufruit – nue-propriété, on voit mal comment cette déclaration pourrait être faite.

Dans l'un et l'autre cas – déclaration dans l'acte d'acquisition d'un immeuble ou immatriculation de titres en usufruit – nue-propriété –, n'oublions pas que sur la base du principe « le fisc est un tiers », le nouveau démembrement pourra soulever des difficultés lorsqu'il s'agira d'échapper à la

(31) P.-Y. ERNEUX, « La mobilité du patrimoine "post-planification" : l'enjeu de continuité en cas d'apport en société, spécialement dans le contexte d'un démembrement. La relation symbiotique entre l'apport à titre onéreux et la subrogation réelle, ainsi que leur effet de neutralité fiscale », *Rec. gén. enr. not.*, 2025/6, n° 27.913, p. 227, n° 17.

présomption de legs de l'article 9 du Code des droits de succession (article 2.7.1.0.7. C.F.F.).

C'est pourquoi, comme c'est d'ailleurs prévu dans la clause ci-dessus proposée sous le titre « Obligation de emploi », il est utile, voire indispensable, d'exiger le maintien des fonds en usufruit – nue-propriété et interdire à l'usufruitier – fût-il tenu à l'obligation de restitution – de les verser sur un compte ouvert à son seul nom.

Exemple de clause :

*« En cas d'aliénation de la pleine propriété du bien donné à un tiers, les droits d'usufruit et de nue-propriété seront reportés sur le prix obtenu et sur tous les biens ou valeurs obtenus en remplacement. Il en sera de même, par la suite, si les biens de remplacement sont eux-mêmes aliénés en pleine propriété. Les droits réels d'usufruit et de nue-propriété seront à chaque fois reportés sur tous les biens ou valeurs qui viendraient à être subrogés aux valeurs cédées. »*

En outre, pour répondre au prescrit, certes supplétif, de l'article 3.150, alinéa 3 du Code civil qui prévoit que l'usufruitier doit signaler, une fois par an, à la première demande du nu-propriétaire, les biens qui ne sont plus présents et ceux qui leur ont été substitués, la clause pourrait utilement être complétée comme suit :

*« Conformément à l'article 3.150, alinéa 3 du Code civil, chaque année, dans le courant du mois de janvier, l'usufruitier informera le nu-propriétaire des aliénations qu'il aurait faites et des biens qui auront été substitués aux biens aliénés ».*

Variante :

*« Par dérogation à l'article 3.150, alinéa 3 du Code civil, l'usufruitier ne sera pas tenu de signaler au nu-propriétaire les biens qui ne seront plus présents et ceux qui ont été substitués aux biens aliénés ».*

#### b) Complément de prix

Il se pourrait que, dans le cadre du emploi, un complément de prix doive être payé.

Dans l'hypothèse donnée ci-dessus de Vincent qui vend l'immeuble grevé d'usufruit au prix de 400 000 €, si le bien qu'il acquiert en emploi représente un budget de 500 000 €, il en résultera un complément de 100 000 €.

Il est utile, voire indispensable, de prévoir qui supportera le supplément, la liberté étant totale à cet égard.

Reste que la vente et l'acquisition se réalisant sans l'intervention du nu-propriétaire, on voit mal comment l'on pourrait obliger ce dernier à participer, à concurrence de son droit de nue-propriété, au complément.

C'est pourquoi la clause suivante doit être privilégiée : « *Pour le cas où, dans le cadre du emploi, un complément de prix, de frais ou de taxes par rapport au prix d'aliénation devait être payé, il devrait être supporté intégralement par l'usufruitier, sauf accord contraire des parties. Le notaire soussigné attire l'attention des parties sur le prescrit de l'article 9 du Code des droits de succession* (32). »

### c) Reliquat

À l'inverse, il se pourrait qu'après le emploi, un reliquat subsiste.

Dans l'hypothèse donnée ci-dessus de Vincent qui vend l'immeuble grevé d'usufruit au prix de 400 000 €, si le bien qu'il acquiert en emploi ne nécessite qu'un budget de 300 000 €, il en résultera un reliquat de 100 000 €.

À nouveau, la liberté est totale mais il est utile de prévoir ce qu'il adviendra de ce reliquat.

Plusieurs clauses peuvent être envisagées :

- Référence à l'article 3.162 du Code civil (usufruit sur de l'argent) (33)  
« *Si, à la suite du emploi, il subsiste un reliquat, celui-ci sera soumis à l'article 3.162 du Code civil (usufruit sur de l'argent).* »
- Dérogation à l'article 3.162 du Code civil (34)  
« *Si, à la suite du emploi, il subsiste un reliquat, par dérogation à l'article 3.162 du Code civil (usufruit sur de l'argent), l'usufruitier pourra déterminer l'affectation du reliquat de manière discrétionnaire, dans le respect de la destination visée ci-avant et sans porter préjudice aux droits du nu-propriétaire.* »
- Obligation de placement en usufruit – nue-propriété  
« *Si, à la suite du emploi, il subsiste un reliquat, celui-ci sera placé dans un compte bancaire immatriculé en usufruit – nue-propriété.* »

(32) Clause proposée par Jean FONTEYN et telle que reproduite dans C. ROUSSEAU, « Donation à un mineur avec réserve d'usufruit et droit de disposition fonctionnel en faveur de l'usufruitier : une autorisation du juge de paix est-elle nécessaire ? », note sous J.P. SENEFFE, 28 octobre 2024, *R.P.P.*, 2025/3, p. 248.

(33) M. VAN MOLLE et J. FONTEYN, « Organisation conventionnelle de l'usufruit immobilier familial », *R.P.P.*, 2023/1, p. 116.

(34) Voir dans ce sens la clause proposée par Jean FONTEYN et telle que reproduite dans C. ROUSSEAU, « Donation à un mineur avec réserve d'usufruit et droit de disposition fonctionnel en faveur de l'usufruitier : une autorisation du juge de paix est-elle nécessaire ? », note sous J.P. SENEFFE, 28 octobre 2024, *R.P.P.*, 2025/3, p. 248.

d) La réception des actes authentiques (de vente et d'acquisition) et la transcription au bureau de sécurité juridique

Sur le plan pratique, lorsque l'usufruit porte sur un immeuble, le notaire chargé de recevoir l'acte de vente ou l'acte d'acquisition du bien acquis en emploi ne pourrait-il exiger la comparution du nu-propriétaire ? De même, le bureau de sécurité juridique ne pourrait-il pas refuser de transcrire un acte signé par le seul usufruitier ?

À cet égard, Matthieu Van Molle et Jean Fonteyn relèvent qu'« il est probable que le notaire chargé d'instrumenter se montre frileux, voire refuse d'acter l'aliénation ou l'acquisition subséquente, sans comparution du nu-propriétaire. D'autre part, l'administration pourrait – *contra legem*, selon nous – refuser de transcrire la mutation immobilière, à défaut de comparution du nu-propriétaire (35) ».

Ils proposent de résoudre ces « potentiels écueils » par le recours au mandat « pour autant que de besoin ».

Dès les travaux préparatoires, il a été relevé concernant les actes de disposition conformes à la destination du bien tels que permis par le législateur, que l'« approche peut être renforcée conventionnellement par les parties au moyen de procurations (36) ».

C'est pourquoi la clause sera utilement complétée comme suit :

« *Moyennant le respect des conditions liées au droit de disposition fonctionnel, l'usufruitier peut agir seul, sans intervention du nu-propriétaire, lequel, autant que de besoin, confère tous pouvoirs nécessaires à l'usufruitier aux fins de procéder au emploi, et notamment le pouvoir d'aliéner et d'acquérir tout bien immeuble, de donner quittance, de dispenser de prendre inscription d'office, de signer tout acte et d'une manière générale de faire tout ce qui sera nécessaire ou utile, même non expressément prévu aux présentes, pour parvenir au emploi dans les conditions susvisées* (37). »

(35) M. VAN MOLLE et J. FONTEYN, « Organisation conventionnelle de l'usufruit immobilier familial », *R.P.P.*, 2023/1, p. 115.

(36) Proposition de loi du 16 juillet 2019 portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019, n° 55-0173/001, p. 284.

(37) Si le emploi peut être effectué en titres, il doit en outre être prévu : « d'établir tout profil de risque et de remplir toute enquête et tout formulaire et, à cette fin, de faire toute déclaration, de signer toute convention et tout acte, pour parvenir au emploi dans les conditions susvisées ». Sur la question spécifique du mandant conféré par un mineur, voy. C. ROUSSEAU, « Donation à un mineur avec réserve d'usufruit et droit de disposition fonctionnel en faveur de l'usufruitier : une autorisation du juge de paix est-elle nécessaire ? », note sous J.P. SENEFFE, 28 octobre 2024, *R.P.P.*, 2025/3, pp. 247 et s.



## Section 5. Le droit de disposition fonctionnel de l'usufruitier – Aspects fiscaux

### § 1. Admissibilité au passif de la dette de restitution

Les articles 33 du Code des droits de succession et 2.7.3.4.4. du Code Flamand de la Fiscalité précisent que « Ne sont pas admises les dettes contractées par le défunt au profit d'un de ses héritiers, légataires ou donataires ou de personnes interposées. » Elles sont toutefois admises si la preuve de leur sincérité est administrée par les parties déclarantes ; cette preuve peut être faite par tous moyens de droit commun, témoins et présomptions compris, à l'exception du serment.

Sous l'empire de l'ancien Code civil, le Service des décisions anticipées(38) avait considéré, concernant la dette de restitution grevant la masse successorale du quasi-usufruitier, qu'elle trouvait son origine dans la convention des parties, elle-même fondée soit sur le régime légal du quasi-usufruit en cas d'usufruit sur des biens consommables(39), soit sur l'extension conventionnelle de ce régime lorsqu'il s'agissait d'un quasi-usufruit sur des biens autres que des biens consommables. Il s'agit partant d'une dette contractée par le défunt au profit d'un de ses héritiers ou légataires au sens de l'article 33 puisqu'elle résulte d'une donation et donc d'un contrat(40).

L'administration avait de son côté « indiqué qu'elle rejetterait la dette en application de l'article 33 en cas d'extension conventionnelle du quasi-usufruit pour « motifs fiscaux » à des biens non-consommables » et « qu'elle rejettera la dette si la somme d'argent grevée du quasi-usufruit n'existait plus dans la succession « en argent » et qu'il n'y avait plus d'actifs suffisants dans la succession(41) ».

Cette position peut-elle encore valoir depuis la réforme du droit des biens et la reconnaissance légale du droit de disposition de l'usufruitier ? Les commentateurs sont unanimes pour considérer – à tout le

(38) Rapport annuel du SDA 2013, p. 89 ; *Rec. gén. enr. not.*, 2015/2, n° 26.704.

(39) Art. 587 anc. C. civ.

(40) Sur une critique de cette position voir Ph. DE PAGE, « Le quasi-usufruit et les droits de succession », *Rec. gén. enr. not.*, 2015/2, n° 26.697, pp. 54 et s.

(41) B. DELAHAYE et S. CARON, « La fin du quasi-usufruit ? Le droit de disposition fonctionnel de l'usufruitier », *La transmission du patrimoine à l'aune de clauses d'indisponibilité*, Limal, Anthemis, 2022, p. 66.

moins si la dette est sincère - que l'obligation de restitution en valeur prévue par l'article 3.159 du Code civil ne tombe pas dans le champ d'application de l'article 33 du Code des droits de succession(42).

### § 2. L'abus fiscal

L'article 106, § 2, du Code des droits de succession prévoit que le paragraphe 2 de l'article 18 du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe est applicable *mutatis mutandis*.

Cet article, également repris à l'article 3.17.0.0.2. du C.F.F., prévoit que « N'est pas opposable à l'entité compétente de l'Administration flamande l'acte juridique ni l'ensemble d'actes juridiques réalisant une même opération lorsque cette entité démontre par présomptions ou par d'autres moyens de preuves, visés à l'article 3.17.0.0.1., et à la lumière de circonstances objectives qu'il y a abus fiscal ».

Sous l'empire de l'ancien Code civil, le Service des décisions anticipées(43) avait considéré qu'afin d'apprécier l'abus fiscal, il y avait lieu d'apprécier des éléments factuels qui sont nécessairement postérieurs à l'acte de donation et qu'il ne pouvait dès lors pas décider, au moment de rendre la décision, de l'absence ou non d'abus fiscal. Il ajoutait toutefois qu'il était d'avis « qu'une donation de biens avec réserve de quasi-usufruit pourrait éventuellement être admise sur le plan fiscal à condition que :

- le demandeur justifie cette opération par de solides motifs autres que fiscaux ;
- la créance de restitution ne puisse être supérieure à la valeur des biens originairement donnés. »

À défaut de réalisation des conditions cumulatives précitées, le SDA estime qu'il y aurait abus fiscal.

(42) Voy. dans ce sens S. SEGIER, « Importance du droit de disposition fonctionnel dans la planification patrimoniale : comment encadrer une donation au moyen d'un droit d'usufruit ? », *Rec. gén. enr. not.*, 2023/6, n° 27.743, pp. 265-271 notamment parce que l'origine de la dette n'est pas contractuelle mais légale puisqu'elle naît de l'effet de la loi ; voy. égal. S. SCARNA, « Le quasi-usufruit est mort, vive le quasi-usufruit », *R.P.P.*, 2022/1, p. 74 qui ajoute : « ce n'est qu'en cas de recours au mécanisme du droit de disposition fonctionnel de manière artificielle que la dette pourra être rejetée. On peut imaginer le cas d'une personne qui donnerait une somme d'argent qui est sa seule source de subsistance et qui, dès le départ, entendrait artificiellement créer une dette sur d'autres biens, cette somme d'argent devant nécessairement être dépensée » ; B. DELAHAYE et S. CARON, « La fin du quasi-usufruit ? Le droit de disposition fonctionnel de l'usufruitier », *La transmission du patrimoine à l'aune de clauses d'indisponibilité*, Limal, Anthemis, 2022, p. 67.

(43) Rapport annuel du SDA, 2018, p. 61.



Pour Bérénice Delahaye et Stéphanie Caron, la deuxième exigence – celle en vertu de laquelle la créance de restitution ne peut être supérieure à la valeur des biens originairement donnés – est *contra legem* sous l'empire du nouveau Code civil « puisque l'article 3.159 détermine la méthode d'évaluation et qu'elle peut aboutir à un montant supérieur (44) ». C'est exact. Il n'en demeure pas moins que la convention pourrait engendrer un abus si, dans le cadre de son exécution, l'« usufruitier aliène rapidement les biens et en dépense le produit, démontrant une volonté de se rendre insolvable ou de créer artificiellement une créance de restitution à charge de son patrimoine successoral. Il en sera de même si la gestion du bien [...] n'est pas raisonnable ou explicable selon les normes d'un bon comportement (45) ».

Il ne serait donc pas exclu que l'administration invoque la disposition anti-abus si, par l'exercice du droit de disposition fonctionnel, l'usufruitier faisait naître une dette de restitution que les actifs figurant dans son patrimoine au jour de son décès ne permettraient pas de payer ou ne permettraient de ne payer que partiellement.

### § 3. La présomption de legs de l'article 9 du Code des droits de succession/article 2.7.1.0.7. du C.F.F.

Ces articles stipulent que « Les biens meubles ou immeubles qui ont été acquis à titre onéreux par le défunt pour l'usufruit et par un tiers pour la nue-propriété, ainsi que les titres au porteur ou nominatifs qui ont été immatriculés au nom du défunt pour l'usufruit et au nom d'un tiers pour la nue-propriété sont considérés, pour la perception des droits de succession et de mutation par décès exigibles du chef de l'hérédité du défunt, comme se trouvant en pleine propriété dans la succession de celui-ci et comme recueillis à titre de legs par le tiers, à moins qu'il ne soit établi que l'acquisition ou l'immatriculation ne déguise pas une libéralité au profit du tiers ».

L'hypothèse visée ici est celle où le bien aura été acquis en démembrement et qu'une convention entre le nu-propriétaire et l'usufruitier accorde à ce dernier le droit de disposer du bien.

Lorsque la présomption de legs a été efficacement renversée lors de l'acquisition ou l'immatriculation en démembrement usufruit – nue-propriété,

(44) B. DELAHAYE et S. CARON, « La fin du quasi-usufruit ? Le droit de disposition fonctionnel de l'usufruitier », *La transmission du patrimoine à l'aune de clauses d'indisponibilité*, Limal, Anthemis, 2022, p. 70.

(45) Ph. DE PAGE, « Le quasi-usufruit et les droits de succession », *Rec. gén. enr. not.*, 2015/2, n° 26.697, n° 4.3.

l'aliénation du bien démembrement suivie de l'acquisition d'un nouveau bien en démembrement permettra-t-elle de conserver l'acquis du renversement de la présomption ?

En d'autres termes, le bien subrogé bénéficie-t-il du même statut fiscal que le bien aliéné en ce que celui-ci ne se serait pas vu appliquer la présomption de legs ?

Pierre-Yves Erneux observe à cet égard que « Par le passé [...] le fisc n'a jamais contesté le principe, même non écrit, de la subrogation réelle [...], c'est davantage son étendue [...] que l'administration contestait. Le fisc ne reconnaissait son application qu'au sein des universalités de fait (p. ex. portefeuille-titres) mais pas en dehors de celles-ci (46) ». Il conclut que « La subrogation réelle est une figure civile [...] qui se veut neutre économiquement, quand bien même elle serait modalisée sur des points accessoires (p. ex. un formalisme accru). À ce titre, elle est donc rigoureusement neutre sur le plan fiscal. [...] La subrogation réelle ouvre le droit à un remplacement d'une chose par une autre, avec tout l'aléa positif (plus-value) ou négatif (moins-value) que cela implique dans le chef du titulaire de droit réel (47) ».

Force est cependant de constater – ainsi qu'il a été démontré relativement à l'avantage de conserver la preuve de la traçabilité des opérations, et ce d'autant que la subrogation peut avoir lieu à plus d'une reprise, le bien initial étant remplacé une première fois, puis une deuxième fois, voire une troisième fois – que l'idéal sera toujours de conserver la preuve que l'opération suivante s'inscrit dans la droite ligne de la première (dont les preuves qu'elle ne déguise pas une libéralité auront été soigneusement conservées).

Il pourrait à cet égard être mentionné dans l'acte d'aliénation, lorsque le remploi ne sera pas immédiat, que « *L'usufruit ne sera pas capitalisé mais reporté sur le prix. Le produit net de la vente sera consigné ou placé dans un compte bancaire immatriculé en usufruit – nue-propriété qui pourra servir au financement de l'acquisition d'un nouveau bien en usufruit – nue-propriété* ».

La problématique sera encore davantage complexe lorsque l'acquisition du nouveau bien engendrera l'obligation d'apporter des fonds supplémentaires, le bien acquis ayant une valeur supérieure au bien vendu.

(46) P.-Y. ERNEUX, « La mobilité du patrimoine "post-planification" : l'enjeu de continuité en cas d'apport en société, spécialement dans le contexte d'un démembrement. La relation symbiotique entre l'apport à titre onéreux et la subrogation réelle, ainsi que leur effet de neutralité fiscale », *Rec. gén. enr. not.*, 2025/6, n° 27.913, p. 238, n° 40.

(47) P.-Y. ERNEUX, « La mobilité du patrimoine "post-planification" : l'enjeu de continuité en cas d'apport en société, spécialement dans le contexte d'un démembrement. La relation symbiotique entre l'apport à titre onéreux et la subrogation réelle, ainsi que leur effet de neutralité fiscale », *Rec. gén. enr. not.*, 2025/6, n° 27.913, p. 239, n° 40.

Il a à cet égard été proposé ci-dessus la clause suivante : « *Pour le cas où, dans le cadre du emploi, un complément de prix, de frais ou de taxes par rapport au prix d'aliénation devait être payé, il devrait être supporté intégralement par l'usufruitier, sauf accord contraire des parties. Le notaire soussigné attire l'attention des parties sur le prescrit de l'article 9 du Code des droits de succession* ».

Pour éviter toute application de la présomption de legs, l'accord contraire des parties quant à la prise en charge du supplément de prix sera à privilégier. Car la question se pose si, lorsque la preuve contraire ne peut être apportée que pour une partie, la présomption de legs s'appliquera à la totalité du bien ou sera limitée à la partie pour laquelle la preuve contraire n'est pas apportée.

Il semble à cet égard que « la preuve contraire à la présomption de libéralité puisse être établie, mais pour une partie seulement de l'opération. Par exemple, parce que le nu-propiétaire n'a effectivement payé qu'une fraction du prix d'acquisition de la nue-propiété, ou parce que des valeurs appartenant au *de cuius* et au tiers, respectivement pour l'usufruit et la nue-propiété, en vertu d'une succession, ont été immatriculées avec des titres propres au *de cuius* (mais le tout pour l'usufruit seulement au nom de celui-ci). En pareil cas, l'article 9 du C. succ. ne peut s'appliquer qu'à une fraction des biens ou valeurs, fraction qu'il faut déterminer – à notre avis – selon le système proportionnel prévu aux articles 10, 11 et 12 du C. succ.(48) ». Cette position, même si elle est en soi logique, n'est cependant pas documentée et n'est d'ailleurs pas confirmée *expressis verbis* par l'administration. Vlabel a au contraire indiqué à la Fédération des notaires que, selon elle, la fiction de l'article 2.7.1.0.7.(49) ne peut être écartée partiellement que dans le cas visé à l'article 2.7.3.2.11.(50), à savoir lorsque le nu-propiétaire est en mesure d'apporter la preuve que l'usufruitier a réellement joui du droit d'usufruit.

## Conclusion

Les nouvelles dispositions en matière d'usufruit, telles qu'elles résultent de la réforme du droit des biens inscrit dans le Livre 3 du nouveau Code civil, a apporté son lot de nouveautés, notamment en ce qui concerne, dans certains cas et sous certaines conditions, le droit pour l'usufruitier

(48) A. MAYEUR, *Droits de succession*, Kluwer, Liège, 2023, p. 642, n° 1223.

(49) Art. 9 C. succ.

(50) Art. 12 C. succ.

de disposer du bien, offrant ainsi « de grandes perspectives au niveau de l'organisation patrimoniale(51) ».

Cette liberté nouvelle « apaisera bien des donateurs hésitant à l'idée de consentir la donation de tel ou tel immeuble à leurs proches, craignant de ne plus pouvoir se défaire d'un bien dont, à terme, ils pourraient ne plus vouloir (ou pouvoir) s'occuper, craignant que ce bien ne leur convienne plus, ou craignant encore le "coût d'opportunité" que représente le fait de figer la propriété d'un bien que l'on aurait pu avantageusement remplacer par un autre(52) ».

Car ce droit de disposition de l'usufruitier offre une grande flexibilité dans la gestion des biens tout en préservant les droits du nu-propiétaire.

Les pages qui précèdent démontrent cependant qu'« il est évident que le droit de disposition conféré par convention à l'usufruitier ne peut pas valablement exister sans balises(53) ».

Aussi le notaire, lorsqu'il propose de laisser à l'usufruitier le droit de disposer du bien, doit-il expliquer clairement les conséquences civiles et fiscales de ce droit, ainsi que les risques et les avantages de la donation avec réserve d'usufruit pour chaque partie. Son acte doit refléter la volonté de celles-ci puisque, plus que dans tout autre acte, il est nécessaire de comprendre leurs intentions réelles et veiller à protéger leurs intérêts respectifs. Il ne saurait être que trop conseillé d'obliger l'usufruitier à respecter l'immatriculation en usufruit et nue-propiété des biens donnés et de ceux qui leur seraient subrogés, à informer le nu-propiétaire de tout emploi effectué et à veiller à assurer la traçabilité de manière que, à tout moment, chaque partie puisse identifier les biens subrogés aux biens initialement donnés.

(51) S. SCARNA, « Le quasi-usufruit est mort, vive le quasi-usufruit », *R.P.P.*, 2022/1, p. 71.

(52) M. VAN MOLLE et J. FONTEYN, « Organisation conventionnelle de l'usufruit immobilier familial », *R.P.P.*, 2023/1, p. 113.

(53) M. VAN MOLLE et J. FONTEYN, « Organisation conventionnelle de l'usufruit immobilier familial », *R.P.P.*, 2023/1, p. 114.