



UN VENT DE LIBERTÉ SUR LES DROITS RÉELS

DROIT IMMOBILIER

JOUISSANCE
LIBERTÉ
DROITS RÉELS
SUI GENERIS
CRÉATION



PAR
CORALIE LEVENEUR
GROUPE IMMOBILIER
RAPHAËL LÉONETTI
GROUPE DROIT PUBLIC IMMOBILIER

Depuis quelques années déjà, le frémissement est palpable. Le débat touche à sa fin. Oui, il est possible de constituer des droits réels *sui generis* hors des sentiers battus, au gré de l'imagination des parties !

Le fameux arrêt *Caquelard* du 13 février 1834¹, dans lequel la chambre des requêtes avait estimé que la liste des droits réels donnée par le Code civil n'était pas limitative, n'avait en effet pas suffi à la doctrine pour s'accorder quant au caractère limitatif ou indicatif de la liste des droits réels posée aux articles 544 et suivants du Code civil.

L'évolution fut amorcée en 2008, lorsque la commission de réforme du droit des biens, sous l'égide de l'association Capitant et menée par le professeur Périnet-Marquet, proposa que le Code civil s'assouplisse en faisant place à un « droit de jouissance spéciale ».

L'année 2012 fut celle de l'entrée en scène des Hauts Magistrats, avec deux arrêts re-

marqués : le premier, celui de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 30 octobre 2012 dit « Maison de Poésie » ; le second, celui du Conseil d'État du 21 décembre 2012 dit « Commune de Douai ». Deux ordres de juridictions, deux arrêts, un constat : les juges ont passé un message clair en faveur d'une flexibilité dans la constitution des droits réels de droit privé.

Mais l'histoire ne s'arrêta pas là : le feuilleton *Maison de Poésie* (voir encadré) devait se poursuivre face à la résistance des juges du fond. S'inscrivant dans la ligne dégagée en 2012, la Cour de cassation persiste et signe avec son arrêt du 8 septembre 2016, confirmant la validité

“

Deux ordres de juridictions, deux arrêts, un constat : les juges ont passé un message clair en faveur d'une flexibilité dans la constitution des droits réels de droit privé.

”

du droit réel *sui generis*, de jouissance spéciale, conféré à la *Maison de Poésie*. Elle avait auparavant été sérieusement confortée par le notariat, à l'occasion du 112^e congrès des Notaires de France tenu en juin 2016. À cette occasion, les notaires ont en effet non seulement salué l'avancée réalisée par la Haute Juridiction, mais aussi et surtout proposé d'insérer un nouvel ar-

1- Arrêt « Caquelard », Req. 13 février 1834 : « Attendu, en droit, que les articles 544, 546 et 552, du code civil, sont déclaratifs du droit commun relativement à la nature et aux effets de la propriété, mais ne sont pas prohibitifs ; - que ni ces articles, ni aucune autre loi, n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible ».

ticle dans le Code civil consacrant expressément les droits réels de jouissance spéciale. Quant au juge administratif, il semble de surcroît enclin à accepter la constitution de droits réels *sui generis* de nature administrative (c'est-à-dire dans le cadre de contrats administratifs comportant des clauses exorbitantes du droit commun). Ces droits réels nouveaux sont de nature à répondre à des besoins concrets de la pratique (I). Reste que celle-ci a besoin d'y voir clair pour se lancer : quel est le régime des droits réels *sui generis* ? (II)

1- LE BESOIN CONCRET DE FLEXIBILITÉ QUANT À LA CONSTITUTION DE DROITS RÉELS NOUVEAUX

Qui n'a pas, en tant que praticien de l'immobilier, eu un jour le sentiment d'être contraint dans ses projets en raison de la nécessité de se conformer à un cadre juridique existant qui ne pouvait répondre avec exactitude à ses souhaits pourtant légitimes ? Tant en droit privé qu'en droit public, la pratique a d'ores et déjà identifié certaines situations dans lesquelles le recours à un droit réel *sui generis* permettrait de faire évoluer le champ des possibles (A). On soulignera en outre que la souplesse accordée par la jurisprudence précitée s'accorde avec l'évolution actuelle que subit la perception de la notion de propriété dans notre droit mais aussi et surtout dans notre société (B).

A. L'INADAPTATION DES DROITS RÉELS EXISTANTS À CERTAINES SITUATIONS

En droit privé (1) comme en droit public (2), les exemples concrets de l'insuffisance des outils juridiques à la disposition des praticiens ne manquent pas et constituent autant d'utilisations possibles pour de nouveaux droits réels.

■ En droit privé

L'une des applications bien connue en droit privé de ce constat de l'inadaptation des droits réels du Code civil aux besoins de la pratique se trouve en matière de servitudes.

Celles-ci doivent en effet, pour être valablement constituées conformément aux dispositions de l'article 637 du Code civil²,

grever un fonds (le fonds servant) au profit d'un autre fonds (le fonds dominant). Dès lors, il n'est en principe pas possible de constituer une servitude en l'absence de l'un de ces éléments fondamentaux.

Or, régulièrement, des besoins très précis sont exprimés, qui ne peuvent se matérialiser par une servitude alors même qu'un véritable droit réel est souhaité par les parties. Il en va ainsi de toutes les « servitudes » qui n'ont pas de fonds dominant.

On pense ainsi aux clauses d'affectations dont l'objet est d'imposer le respect de la destination d'un fonds sans pour autant profiter à un autre fonds, ou encore aux clauses de non concurrence qui viennent contraindre l'exploitation d'un immeuble en vue de protéger un fonds de commerce voisin (cette « servitude » profite alors audit fonds de commerce et non à l'immeuble qui en forme l'assiette). Mais aussi à la volonté parfois exprimée de conférer un droit réel de passage à son voisin, pour une durée donnée (et non pas de façon perpétuelle comme l'est une servitude).

De même en droit patrimonial, où l'on songe par exemple à la nécessité d'organiser au plus juste les relations entre parents vieillissants propriétaires d'une exploitation et leurs enfants. Dans une telle hypothèse, les outils existants de démembrement (usufruit, nue-propriété, droit d'usage et d'habitation) ne sont pas toujours pleinement satisfaisants eu égard aux objectifs recherchés. De sorte qu'en admettant une libre création de droits réels, un parent pourrait donner à ses enfants son exploitation ou son domaine tout en se réservant un droit réel de jouissance spéciale pour n'en percevoir que les fruits. Les enfants propriétaires se comporteraient alors non pas comme un simple nu-propriétaire mais se verraient conférer des prérogatives supplémentaires telles que la gestion et l'administration - qui traditionnellement sont celles de l'usufruitier.

Enfin, on soulignera ici que plus généralement, c'est la créativité des acteurs de l'immobilier et de leurs conseils qui se trouve bridée par l'impossibilité de sortir des cadres légaux. Avec les ouvertures jurisprudentielles créées par les arrêts *Maison de Poésie*, on peut imaginer que de nombreuses applications de droits réels *sui*

generis verront le jour, dès lors que les critères posés par la Cour de cassation (v. infra) sont respectés. Certains auteurs se sont déjà prêtés à ce jeu³. On peut citer avec eux, à titre d'illustration, quelques exemples tels que la jouissance d'un chalet en période hivernale ; à l'inverse la jouissance d'une villa de bord de mer à la belle saison ; le droit d'utiliser une place de stationnement à certaines heures ; l'octroi d'un bail réel immobilier sur un immeuble ancien ; la création d'un démembrement nouveau à des fins environnementales, etc.

■ En droit public

Les textes qui régissent les domaines des personnes publiques sont en matière de titres constitutifs de droits réels peu satisfaisant pour répondre aux enjeux de valorisation du foncier public.

Certes, s'agissant du domaine public, la boîte à outil a été enrichie depuis l'entrée en vigueur du Code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) qui a consacré l'existence de servitudes sur le domaine public, étendu les conventions d'occupation constitutives de droits réels (« COT-DR ») au domaine des collectivités territoriales, ou encore institué le bail emphytéotique administratif (« BEA ») dit de valorisation sur le domaine de l'État. Mais, désormais, c'est une mise en ordre qui devient impérative pour garantir l'efficacité des dispositifs. C'est d'ailleurs cette démarche qui devrait être menée dans le cadre des ordonnances prévues par la loi Sapin II (cf. loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, art. 34), même si la première ordonnance adoptée le 19 avril 2017 s'est pour l'instant limitée à la question de la mise en concurrence de ces titres d'occupation (v. Bulletin n°87, p. 30).

Sur le domaine privé, en revanche, il apparaît que les outils actuels sont inadaptés pour faciliter et sécuriser les opérations immobilières.

Cette inadaptation des outils a déjà été mise en exergue dans le domaine du logement : le droit positif ne permettant pas de concilier les besoins du propriétaire public et ceux des accédants à la propriété, le législateur a dû intervenir pour instituer un outil hybride, le bail réel immobilier dédié au logement intermédiaire (BRILLO ; v. art. L. 254-1 à L. 254-9 du CCH) qui est un bail réel de droit privé soumis à la compétence

2- Article 637 du Code civil : « Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire. »

3- A. Muzard et C. Pommier, Les applications en matière immobilière, in Actes du colloque du 18 janvier 2017 « Les nouveaux droits réels au cœur de la pratique notariale », NVP Cahier pratique n°324 Mai-juin 2017.

du juge judiciaire mais dont l'affectation et les conditions de cession dans le temps, afin de satisfaire des objectifs d'intérêt général, peuvent être contrôlées par le bailleur (sur le BRILLO, v. par exemple bulletin n°85, p. 8). On constate cependant que le besoin d'outils nouveaux s'étend bien au-delà du logement car la pratique des baux constitutifs de droits réels se développe pour de nombreux projets de valorisations du domaine privé en tant qu'alternative à la cession. Or, comme pour les cessions, les personnes publiques envisagent de moins en moins de transférer un tel droit sur leur foncier sans choisir le projet qui sera réalisé par l'occupant. La valorisation de leur propriété n'est plus seulement une question économique : elle doit permettre de faire participer les occupants privés à des objectifs généraux en termes de mixité, d'usages solidaires, de performance énergétique, et plus généralement d'urbanisation.

Le choix de l'occupant repose alors sur la qualité de son projet dont les contraintes ont une incidence sur le prix (c.-à-d. le montant de la redevance ou du loyer). Pour sécuriser leurs décisions eu égard à l'interdiction qui leur est faite de vendre ou louer à un prix inférieur à la valeur de marché, les personnes publiques ont donc besoin d'un certain nombre de garanties qui prennent la forme de clauses d'affectation, de mise en œuvre de procédé constructifs innovants, de développements d'usages spécifiques et évolutifs en fonction des besoins de la population, etc.

C'est dans ces conditions que se pose donc la question de savoir si les titres constitutifs de droits réels institués par les différentes législations sont adaptés à cette pratique ?⁴

Comme cela avait déjà été constaté à l'occasion des travaux sur le BRILLO, il nous semble qu'il n'existe à ce jour aucun outil légal permettant de faciliter et de sécuriser cette pratique.

Du côté des baux privés, on sait en effet que le droit réel conféré par un bail emphytéotique ou à construction présente « un caractère absolu qui interdit à l'État, lorsqu'il y recourt, d'imposer au preneur

des obligations qui lui permettraient de conserver un contrôle étroit sur l'utilisation du bien pendant toute la durée du bail »⁵. La présence d'une clause limitant l'usage auquel le preneur peut affecter les lieux loués entraîne donc une disqualification du bail emphytéotique⁶. Le bail à construction ne doit pas non plus comprendre une limitation de l'usage du bien loué, une telle clause étant réputée non écrite⁷. Le recours à ces baux empêchera donc la stipulation de clauses antispéculatives puisque cela reviendrait à limiter la liberté de céder. Quant aux clauses d'affectation, admises dans les baux à construction au regard de la destination de la construction prévue au titre du permis de construire, leur rédaction sera plus délicate et éventuellement fragile pour assurer le maintien d'usages très précis comme la cantine solidaire ou la ferme urbaine nécessitant des exploitants très spécifiques, car de telles restrictions limitent au fond la liberté de louer dont doit disposer le titulaire du droit réel.

Du côté des « baux réels publics » (BEA, COT-DR) la liberté de sous-louer et de céder peut être encadrée. Mais leur champ d'application est limité : les COT-DR ne portent que sur le domaine public ; et les cas de recours au BEA ne couvrent pas les mises à dispositions en vue de la réalisation de projets privés. D'ailleurs, même si les opérations immobilières en cause pouvaient entrer dans le champ de ces « baux réels publics » les contraintes de financement et de refinancement (notamment agrément du contrat d'hypothèque et limitation de son champ au financement de la construction), et le pouvoir de modification et de résiliation unilatérale de la personne publique pour motif d'intérêt général pourraient être des freins à la réalisation de ces projets.

Il n'existe donc pas parmi les outils contractuels prévus par les textes de titres constitutifs de droits réels permettant à la fois

la valorisation du domaine privé des personnes publiques par la réalisation de projets privés et la possibilité pour la personne publique propriétaire de conserver un certain droit de regard, dans l'intérêt général, sur les usages de son bien.

On peut ainsi regretter que l'habilitation donnée au gouvernement dans le cadre de la loi Sapin II pour réformer le droit des propriétés publiques ne couvre pas le régime des titres d'occupation du domaine privé (cf. bulletin n° 86, p. 4).

B. L'ÉVOLUTION DE LA PERCEPTION DE LA NOTION DE PROPRIÉTÉ

L'avancée que nous proposons les Hauts Magistrats donne écho à une évolution de la notion de propriété et rejoint ainsi l'analyse économique du droit de propriété.

Les années passant, le spectre de l'Ancien Régime et de la servilité, qui avaient guidé avec force les rédacteurs du Code civil, se sont aujourd'hui nettement éloignés. La crainte d'un retour à ce système n'est plus le fil rouge des réformateurs. Allant même plus loin, une partie de la doctrine a développé, depuis de nombreuses années déjà, une analyse économique de la propriété.

Contrairement à l'analyse classique, il ne s'agit alors pas de concentrer nécessairement toutes les prérogatives du droit de propriété entre les mains du seul propriétaire, mais au contraire de découvrir quelles sont les différentes valeurs de l'immeuble et qui en aurait le meilleur bénéfice. W. Dross expose clairement la question : « Pourquoi réserver au propriétaire

les usages de la chose dont il n'a que faire mais dont d'autres que lui sont impatients ? »⁸.

“

Une telle analyse économique, au rebours de la conception traditionnelle du droit de propriété, permet de tirer le meilleur parti d'une chose, d'en optimiser l'utilisation en répartissant entre plusieurs personnes les utilités reconnues de cette chose.

”

Une telle analyse économique, au rebours de la conception traditionnelle du droit de propriété, permet de tirer le meilleur parti d'une chose, d'en optimiser l'utilisation en répartissant entre plusieurs personnes les utilités reconnues de cette chose. La valeur de la chose et son utilité devient alors

4- Étant précisé que ces opérations portent sur le foncier aliénable des personnes publiques et, dès lors que l'objectif est de sélectionner un projet purement privé (car autrement on serait dans le champ de la commande publique), le foncier en cause ne devrait donc pas intégrer le domaine public.

5- E. Fatôme et M. Raunet, « Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif : le BEA de valorisation » AJDA 2010 p. 2475.

6- C. Cass., Civ. 3^{ème}, 13 mai 1998, Roncaglia, n°96-13-586, D. 1998. 346, obs. A. Robert ; RDI 1998. 607, obs. J.-L. Bergel et 697, obs. F. Collart-Dutilleul et J. Derruppé.

7- C. Cass., Civ. 3^{ème}, 24 septembre 2014, n°13-22357.

8- W. Dross, « La qualification du droit réel de jouissance spéciale », in Actes du colloque du 18 janvier 2017 « Les nouveaux droits réels au cœur de la pratique notariale », NVP Cahier pratique n°324 Mai juin 2017.

l'élément central de la notion juridique de bien. Autrement dit, chaque utilité d'une chose peut devenir un bien objet de propriété dès lors qu'elle est appréhendée par le droit, via l'appropriation par une personne juridique d'une part, et la réservation de droits sur l'utilité en cause d'autre part.

De même, la création de nouveaux baux constitutifs de droits réels (BRILLO, BRS, etc.) a été possible grâce à ce constat d'une évolution de la notion de propriété, au sein de la société civile cette fois-ci. C'est ainsi qu'il est apparu que la notion de perpétuité ne revêtait sans aucune mesure la même importance que celle qui lui était accordée en 1804 ou même encore jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle.

Enfin, on soulignera que ce mouvement n'est pas propre à l'immobilier : le rapport à la propriété et aux usages qu'elle peut dégager a fait l'objet d'une substantielle évolution ces dernières années en matière mobilière également. Covoiturage, location de voiture entre particuliers, prêts d'appareils électroménagers entre particuliers, etc. : tout objet est propice à générer plusieurs valeurs économiques pour son propriétaire, et parallèlement, plusieurs usages qu'il peut choisir de faire profiter à des tiers moyennant finance ou échange contre un autre bien...

En mettant l'accent sur la valeur d'usage, la propriété temporaire de l'utilité d'une chose constitue au fond l'expression juridique d'un mouvement de création de valeur via l'économie de partage.

Cette convergence des besoins concrets et de l'évolution des mentalités tant juridique que de la société rend le terreau très favorable à l'éclosion de nouveaux droits réels. Il est alors indispensable d'en déterminer le régime afin que l'avancée jurisprudentielle et doctrinale se transforme en réalité pratique.

2 – LES CARACTÉRISTIQUES DES DROITS RÉELS *SUI GENERIS* ADMIS PAR LA JURISPRUDENCE

Il convient ici de distinguer deux mouvements jurisprudentiels avec d'une part les caractères dégagés pour la création de droits réels administratifs (A) et d'autre part ceux qui émergent pour les droits réels civils (B).

A. S'AGISSANT DES DROITS RÉELS ADMINISTRATIFS

Dans un avis de 2009 relatif à l'hôtel de la Marine (avis non publié mais dont le contenu a été diffusé dans la presse juridique et même plus largement), le Conseil d'État avait fermé la porte à toute liberté contractuelle de création de droit réel administratif pour pallier aux lacunes des textes.

Il considérait qu'un bail conclu par l'État présentant les apparences d'un bail emphytéotique ou à construction mais dans lequel sont insérées une ou plusieurs clauses restreignant les droits du preneur ne peut être qualifié d'emphytéose. Le preneur ayant conclu un tel bail ne pourrait pas faire reconnaître la valeur de son droit réel ainsi amputé par des clauses restreignant les droits du preneur en dehors de tout cadre légal, ce qui aurait alors des incidences sur ses capacités de financement. En conséquence de cet avis le législateur est alors intervenu pour permettre des BEA dit de « valorisation » sur le domaine public et privé de l'État et des établissements publics consulaires.

Mais, depuis cet avis, il faut remarquer que **cette position du Conseil d'État en formation administrative n'a pas empêché les juridictions administratives de reconnaître la possibilité pour les parties de s'accorder sur des droits réels sui generis en dehors du domaine public.**

Au niveau des tribunaux, le Tribunal administratif de Cergy Pontoise dans un jugement du 18 mars 2014 (n°1103221, RFDA 2014, p. 711) a été confronté à la conclusion en 1955 par un propriétaire privé d'un bail de longue durée au profit d'EDF avec cependant la possibilité pour l'établissement public de résilier unilatéralement et sans indemnité le bail. Le tribunal considère :

- d'une part que ce contrat comporte une clause exorbitante du droit commun qui en fait un contrat administratif ;
- d'autre part qu'il confère, au regard de ses stipulations, un droit réel au preneur devant être qualifié de bail emphytéotique nonobstant le caractère exorbitant de la clause précitée.

Si bien que l'on se trouverait en présence d'un bail emphytéotique relevant du

régime des contrats administratif du fait de l'existence d'une clause exorbitante du droit commun, sorte de BEA avant l'heure et en dehors de tout cadre légal.

Même constat au niveau des Cours puisque la CAA de Lyon, dans un arrêt du 4 décembre 2014 (n°13LY01845), a eu à connaître la même année d'un bail emphytéotique conclu en 1989 entre l'État et une SA HLM en vue de la rénovation d'une résidence étudiante, bail emphytéotique indétectable d'une convention de location et de gestion entre le bailleur social et un établissement public d'enseignement. Le bail emphytéotique prévoyait qu'en cas de non-respect par cet établissement public de ses obligations, une autre SA HLM reprendrait la gestion de l'immeuble dans lequel elle aurait l'obligation de loger les étudiants de l'EP à un prix convenu avec la direction de cet établissement public. La CAA considère alors :

- Que le bail emphytéotique et la convention forment un ensemble contractuel unique ;
- Que la clause de reprise de gestion par la SA HLM est exorbitante du droit commun et confère donc à l'ensemble contractuel un caractère administratif ;
- Que le bien ne relève pas du domaine public et donc que l'établissement public n'était pas fondé à soutenir que le bail emphytéotique est irrégulier et à s'opposer à l'application des clauses dudit bail.

Bien que l'arrêt ne s'intéresse pas à l'existence des droits réels, on comprend que pour la CAA de Lyon comme pour le TA de Cergy, rien n'empêche de qualifier d'emphytéose un contrat comportant une clause exorbitante du droit commun lui conférant un caractère administratif.

Sans donner à ces jurisprudences une portée qui irait au-delà de leur lettre, et tout en précisant qu'il n'existe pas à notre connaissance d'arrêt du Conseil d'État allant dans le même sens, on peut à tout le moins constater que le juge administratif n'est pas hostile à l'existence de contrats constitutifs de droits réels qui comporteraient des clauses exorbitantes du droit commun en dehors de tout cadre légal.

Pour autant, si l'on en revient à la pratique des personnes publiques et aux clauses dont nous faisons état pour mettre en

avant les enjeux actuels de valorisation du domaine privé, il n'est pas évident que cette ouverture du juge administratif permette de répondre auxdits enjeux et ce pour au moins deux raisons :

- d'abord parce que le régime des contrats administratifs n'est certainement pas le plus adapté à la réalisation de projets privés, notamment comme on l'a déjà évoqué du fait du pouvoir de modification et de résiliation unilatéral pour motif d'intérêt général ;

- ensuite parce qu'il nous semble que les clauses auxquelles nous faisons référence et dont les personnes publiques ont besoin dans le cadre de la meilleure valorisation de leur domaine privé ne me semblent pas être des clauses exorbitantes du droit commun ou, pour reprendre les termes désormais utilisés par le juge depuis l'arrêt du Tribunal des conflits du 13 octobre 2014, Sté Axa France (n° 3963), des clauses « qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, impliquent, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs ». Par exemple, s'agissant de la clause d'agrément avant tout changement d'affectation, si elle conditionne le comportement du preneur, il ne me semble pas qu'elle confie à la personne publique une prérogative exorbitante faisant basculer le contrat dans le champ des contrats administratifs. Le juge judiciaire a d'ailleurs admis, au profit de l'État un pouvoir d'approbation des contrats conclus par le bénéficiaire d'une aide financière, estimant qu'il aurait aussi pu être imposé par tout partenaire privé qui investirait un projet⁹.

Il faut alors se tourner vers les contrats de droit privé.

B. EN DROIT PRIVÉ : LE DROIT RÉEL DE JOUISSANCE SPÉCIALE CONSACRÉ PAR LA COUR DE CASSATION

Il est indispensable d'identifier des points cardinaux permettant de créer sereinement de nouveaux droits réels ; à défaut la pratique ne se saisira pas de l'opportunité. Au gré des arrêts évoqués ci-contre en encadré, la Cour de cassation a dessiné les contours du droit réel de jouissance spéciale.

Il s'agit, tout d'abord d'un droit réel, librement créé par la convention des parties.

En visant les articles 544 et 1134 du Code civil pour fonder sa décision, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a mis l'accent sur la liberté qu'elle souhaitait offrir aux contractants : les parties sont libres de créer contractuellement tous les droits réels de jouissance spéciale qui leur paraissent opportuns. Et cette liberté participe de la nature du droit de propriété, qui confère au propriétaire « *le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue qui soit, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ».

Dès lors, est affirmée la possibilité offerte au propriétaire d'utiliser à sa guise, en vertu de son droit de disposer, la technique du démembrement de propriété. Celle-ci, dans l'approche économique du droit de propriété, permet de tirer parti de tous les usages possibles du bien, sans se limiter à la traditionnelle distinction entre usufruit et nue-propriété.

La Cour de cassation insiste : il s'agit de pouvoir créer de véritables droits réels et non de simples droits personnels. Or l'on sait que les droits réels sont des droits qui portent directement sur une chose et procurent à leur titulaire tout ou partie de l'utilité économique de cette chose.

Ce faisant, les Hauts Magistrats rejoignent l'approche économique du droit de propriété et s'inscrivent ainsi dans leur temps, marqué par une évolution de la perception du droit de propriété¹⁰.

Il s'agit, ensuite, d'un droit conférant une jouissance spéciale.

Les parties sont libres de créer de nouveaux droits réels, pour autant qu'ils se distinguent effectivement de ceux qui existent déjà. C'est ici un travail d'orfèvre qu'il s'agit d'effectuer, afin de découper, identifier, ciseler les utilités des biens susceptibles de faire l'objet de droits réels nouveaux.

La tentation peut être grande de prévoir l'octroi d'un droit réel de jouissance générale *sui generis*, qui ne se distinguerait de l'usufruit que par une durée différente, ou encore de la propriété par une limitation à

son absolutisme.

Et de fait, il semble bien que la Cour de cassation ait en réalité validé un tel montage dans l'affaire *Maison de Poésie*... Car si les arrêts *Maison de Poésie* ont consacré et élaboré le régime des droits réels de jouissance spéciale, ils n'ont pas pour autant appliqué les critères dégagés par leurs soins au cas d'espèce, comme le souligne pertinemment le professeur Périnet-Marquet¹¹. En effet, dans l'acte rédigé en 1932, le notaire n'a pas à proprement parler créé un droit réel spécifique, la clause litigieuse consistant à « exclure de la vente » la jouissance du deuxième étage réservée exclusivement à l'association *Maison de poésie*. La jouissance n'avait pas de caractère spécial, et il y a d'ailleurs fort à parier que si les techniques d'organisation de l'immeuble que sont la copropriété et la volumétrie avaient existé à cette époque, elles auraient été utilisées pour isoler la partie réservée à l'association *Maison de Poésie*... Dès lors, la Cour de cassation semble avoir voulu sauver le montage initial, et en profiter pour établir une fois pour toutes la possibilité de créer librement des droits réels, qui répond aujourd'hui à des besoins économiques réels. Elle a pour ce faire appliqué la méthode bien connue de ses homologues du Conseil d'État, qui consiste à analyser le bilan coûts/avantages de cette création *sui generis*.

Cependant, il serait trop téméraire à ce stade de préconiser la création de tels droits à porter générale, et trop aléatoire d'attendre de connaître le résultat d'une éventuelle comparaison coûts avantages par les magistrats.

En outre, un fort risque de fraude serait identifié, notamment au regard du droit de préemption urbain, en présence d'un droit réel *sui generis* qui se rapprocherait trop d'une propriété.

En conséquence, les parties comme leur notaire devront prendre soin d'identifier et de caractériser le caractère spécial de la jouissance afin d'éviter tout risque d'invalidation ou de sanction du droit ainsi créé.

Il s'agit, enfin, d'un droit réel d'une durée limitée

Par deux arrêts importants, la Cour de cassation est venue donner des limites tempo-

9- Cass. 1^{ère} Civ. 25 janvier 2005, n° 02-20771.

10- V. supra en première partie.

11- H. Périnet-Marquet, *Propos conclusifs*, in Actes du colloque du 18 janvier 2017 précité.

relles aux nouveaux droits réels de jouissance.

Dans un premier temps, elle a affirmé sans détour que « *lorsque le propriétaire consent un droit réel, conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien, ce droit, s'il n'est pas limité dans le temps par la volonté des parties, ne peut être perpétuel et s'éteint dans les conditions prévues* par les articles 619

et 625 du Code civil »

(Cass, civ. 3^e, 28 janvier 2015). L'article 619 du

Code civil prévoit une extinction de l'usufruit des personnes morales au bout de trente ans ; et l'article 625 du même code renvoie aux règles de l'usufruit pour le droit d'usage et

d'habitation. En somme, les droits réels de jouissance *sui generis* doivent être encadrés dans le temps, une perpétuité n'est pas envisageable ; à défaut de précision et lorsqu'ils sont consentis au profit d'une personne morale, ils s'éteindront donc après l'écoulement d'un délai de trente ans.

Le raisonnement est classique : les droits réels permettent de transférer à un tiers des prérogatives appartenant à un propriétaire. Ils ne peuvent être perpétuels car à défaut, l'octroi de tels droits risquerait de transformer la propriété en une « véritable coquille vide »¹².

Dans un second temps, la Cour de cassation a précisé « sa » notion de la perpétuité dans un arrêt remarqué du 8 septembre 2016 (lequel clôturait, par la même occasion, le feuilleton Maison de poésie : voir encadré) : si elle réitère en effet que le droit réel de jouissance spéciale ne peut être consenti à perpétuité, elle n'hésite pas dans le même temps à considérer que le droit réel conféré à une association pour la durée de sa vie n'est pas un droit perpétuel. Ce qui laisse songeur : une personne morale a souvent une durée de vie nettement supérieure à celle d'une personne physique (99 ans) et peut faire l'objet d'une prorogation...la séparation avec la perpétuité est tenue !

On retiendra donc, pratiquement, que la convention instituant un droit réel de jouissance devra nécessairement comporter un mention quant à la durée de celui-ci, afin de ne pas tomber dans le régime de droit commun constitué par les dispositions applicables à l'usufruit, c'est-à-dire une extinction trentenaire du droit réel.

Le cas spécifique de la propriété des personnes publiques

On notera enfin, comme déjà évoqué en introduction, que le Conseil d'État semble avoir lui-même reconnu un droit réel civil *sui generis* dans sa jurisprudence relative aux concessions de service

public.

Le Conseil d'État dans l'arrêt d'Assemblée du 21 décembre 2012, Commune de Douai, s'agissant des biens des concessions, a considéré que nonobstant le principe d'appropriation publique des biens de retour, le contrat peut attribuer au concessionnaire pour la durée de la concession la propriété des biens nécessaires au fonctionnement du service public construits sur une propriété privée **ou lui attribuer des droits réels sur ces biens, sous réserve de garanties propres à assurer la continuité du service public**. Il semblerait donc que le Conseil d'État ait visé ce faisant la possibilité d'autoriser le délégataire de disposer en son nom et pour son compte d'un droit réel sur un ouvrage nécessaire au fonctionnement du service public, à condition que ce droit soit assorti du fait du contrat de concession de garanties consistant notamment en la faculté pour la personne publique de s'opposer à la cession des droits réels en cause. Il s'agirait donc de droits réels civils dont disposerait le concessionnaire sur des ouvrages installés sur une propriété privée, mais des droits réels qui seraient limités par le régime de la concession. On est donc en présence d'un droit réel civil *sui generis*, mais ce droit réel vient ici en substitution au droit de la domanialité publique applicable normalement aux biens de retour.

D'où le besoin de garanties des exigences constitutionnelles de continuité du service public (v. par exemple, Cons. const. Décision n° 2005-513 DC du 14 avril 2005 - Loi relative aux aéroports) – même si l'on peut s'étonner que le juge admette que de telles garanties puissent être contractuelles alors que le Conseil constitutionnel renvoie quant à lui à des garanties légales.

Une limite commune aux droits réels *sui generis* civils et administratifs : l'ordre public

Ces nouveaux droits originaux situés au carrefour du droit des contrats où prime la liberté contractuelle et du droit des biens dominé par l'ordre public ne pourront venir en concurrence de ceux existants dans les textes et ne pourront en outre être créés que sous réserve des dispositions d'ordre public.

En effet, l'ensemble de ces jurisprudences rappelle que la liberté du propriétaire de consentir un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale sur son bien, ne peut s'exercer que « sous réserves des règles d'ordre public ». En d'autres termes, le propriétaire d'un bien ne pourra valablement conférer un tel droit réel en vue de déroger à une législation d'ordre public à laquelle il serait soumis. Il sera donc impossible pour un propriétaire de conclure un acte constitutif d'un droit réel de jouissance spéciale, dans le but d'échapper par exemple aux règles des baux commerciaux, ruraux ou d'habitation lorsqu'elles s'imposent ou encore du bail à construction.

On le voit, les droits réels *sui generis*, qu'ils soient constitués dans des contrats de droit privé ou de droit public, sont promis à un bel avenir. À condition que les praticiens s'en saisissent et donnent effectivement corps à ce qui est pour le moment essentiellement une avancée jurisprudentielle et doctrinale. La crainte de l'inconnu ne doit pas les freiner : les points cardinaux ont été donnés, ils sont les seules limites posées à l'imagination de la pratique et à sa transcription par les plumes avisées de leurs conseils.

12- « La durée du droit réel de jouissance spéciale », commentaire par Christophe Juillet professeur à l'université Paris Descartes, Construction – Urbanisme n°4, Avril 2015, comm. 55.

Par acte notarié en 1932, la fondation Maison de Poésie a vendu à la société des auteurs et compositeurs dramatiques (ci-après « SACD ») un hôtel particulier. L'acte d'acquisition précisait que n'était pas comprise dans la vente et en était formellement exclue, la jouissance ou l'occupation par la fondation et par elle seule, de la partie des locaux où elle était installée dans l'immeuble, et qu'au cas où la SACD le jugerait nécessaire, elle aurait le droit de demander la mise à disposition de ses locaux, à charge pour la SACD d'édifier gratuitement une autre construction aménagée et de même importance dans la propriété vendue.

La SACD demanda, près de soixante-dix ans plus tard, à récupérer l'usage des locaux occupés en proposant diverses solutions à la fondation que celle-ci refusa. En 2007, la SACD a alors assigné la fondation en expulsion.

Dans un arrêt du 10 février 2011, la cour d'appel de Paris a donné droit à cette demande, considérant que le droit conféré à la fondation par l'acte de 1932 était un droit d'usage et d'habitation qui, s'éteignant de la même manière que l'usufruit, ne pouvait excéder une durée de trente ans lorsqu'il est accordé à une personne

morale et que par conséquent, ce droit d'usage était expiré.

Par un arrêt du 30 octobre 2012, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a cassé la décision de la cour d'appel sur le visa des articles 644 et 1134 du Code civil, considérant qu'« *en statuant ainsi, alors que les parties étaient convenues de conférer à la Maison de Poésie, pendant toute la durée de son existence, la jouissance ou l'occupation des locaux où elle était installée ou de locaux de remplacement, la cour d'appel, qui a méconnu leur volonté de constituer un droit réel au profit de la fondation, a violé les textes susvisés* ».

Cette affaire a donc été renvoyée à nouveau devant la cour d'appel de Paris autrement composée. **Par un arrêt du 18 septembre 2014**, cette dernière a confirmé la décision de la Cour de cassation en rappelant que la fondation était bien titulaire d'un droit réel lui conférant la jouissance spéciale des locaux pendant toute la durée de son existence, conformément aux stipulations contractuelles de l'acte de vente et a ordonné, en conséquence, à la SACD de restituer à la fondation des locaux litigieux.

La SACD a alors formé un nouveau pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris rendu sur renvoi après cassation ; cette fois, non pas en contestant la validité du droit réel de jouissance spéciale conféré à la fondation, mais en contestant la durée de son existence. Pour ce faire, la SACD a tenté de faire valoir que les dispositions d'ordre public des articles relatifs à la durée de l'usufruit et du droit d'usage et d'habitation, s'appliquaient au droit réel de jouissance spéciale.

La troisième chambre civile de la Cour de cassation, par son arrêt rendu en date du 8 septembre 2016, a rejeté cet ultime pourvoi, clôturant ainsi le feuilleton « Maison de Poésie ». En l'espèce, les Hauts Magistrats ont relevé « *que les parties avaient entendu instituer, par l'acte de vente des 7 avril et 30 juin 1932, un droit réel distinct du droit d'usage et d'habitation régi par le Code civil, la cour d'appel, qui a constaté que ce droit avait été concédé pour la durée de la fondation, et non à perpétuité, en a exactement déduit, répondant aux conclusions dont elle était saisie, que ce droit, qui n'était pas régi par les dispositions des articles 619 et 625 du Code civil, n'était pas expiré et qu'aucune disposition légale ne prévoyait qu'il soit limité à une durée de trente ans* ».



VIREMENT
PAIEMENT
NOTAIRE

INFO NOTARIAT

CHEUVREUX Notaires vous informe que toutes les sommes supérieures à 3 000 € (paiements effectués ou reçus par un notaire) doivent dorénavant faire l'objet d'un virement. Cette obligation concerne l'ensemble des notaires de France (article L. 116-6-1 du Code monétaire et financier issu de la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011).