

**AJ Famille 2019 p.144****Le droit réel de jouissance spéciale dans un contexte familial**

**Nicolas Laurent-Bonne, Professeur à l'université Clermont Auvergne, avocat au barreau de Paris**


---

**L'essentiel**



Le démembrement conventionnel en usufruit et nue-propiété, très largement utilisé dans les montages juridiques et fiscaux, souffre cependant d'inconvénients qui en limitent parfois l'intérêt pratique. Il existe une alternative : le droit réel de jouissance spéciale, qui permet à tout propriétaire de démembrement librement son droit de propriété, en distribuant prérogative par prérogative, utilité par utilité, jouissance spéciale par jouissance spéciale, indépendamment de toute nomenclature légale.

La pratique actuelle des démembrements conventionnels demeure, dans son écrasante majorité, peu inventive. L'usufruit qui tient le haut du pavé, constitue en effet le modèle dominant sur lequel prospèrent de très nombreux montages juridiques et fiscaux. Trois raisons paraissent expliquer un tel succès. Des raisons pratiques, tout d'abord : la force de l'habitude, la standardisation des formules et des modèles d'actes ont inévitablement conduit les praticiens à privilégier une solution éprouvée qui garantit évidemment une sécurité juridique optimale. Des raisons techniques, ensuite : l'usufruit, dont le régime juridique est parfaitement bordé par le code civil, confère à son titulaire les prérogatives les plus étendues. Des raisons fiscales, enfin : le barème fiscal de l'art. 669 du CGI, qui fixe forfaitairement la valeur de l'usufruit pour le calcul des droits de mutation, offre au contribuable une sécurité évidente ; au barème de l'art. 669 s'ajoute le régime favorable de l'art. 1133 du CGI qui prévoit une franchise d'impôt ou de taxe lors de l'extinction de l'usufruit, soit à l'expiration du temps fixé conventionnellement pour cet usufruit, soit par la mort de l'usufruitier.

Malgré la sécurité juridique et fiscale qu'il paraît procurer, le démembrement conventionnel en usufruit et nue-propiété souffre cependant de deux inconvénients qui en limitent parfois l'intérêt pratique. Le premier inconvénient tient d'abord à l'absence de souplesse d'un tel montage. Ainsi l'usufruit implique-t-il la juxtaposition sur un même bien de deux droits réels distincts dont l'exercice est précisément défini par le code civil. Bien que les dispositions relatives aux droits et obligations respectifs de l'usufruitier et du nu-propiétaire ne soient pas d'ordre public, les praticiens, pour la plupart inhibés par la majesté du code, ne s'écartent que très rarement des dispositions légales, au risque parfois d'oublier les demandes de leurs clients. Très concrètement, l'espace de liberté offert par la loi paraît peu investi par la pratique contractuelle. Le second inconvénient tient ensuite à l'étendue des prérogatives offertes à l'usufruitier qui excèdent bien souvent les besoins concrets du titulaire de ce droit. L'usufruit confère en effet à son titulaire un droit de jouissance générale qui lui attribue toute l'utilité économique de la chose et lui permet d'absorber la plupart des prérogatives du droit de propriété. Dit autrement, parmi les droits réels prévus par le législateur, l'usufruit est à la gestion du patrimoine privé ce que le prêt-à-porter est à la mode : une solution standard qui convient certainement à l'écrasante majorité des opérateurs mais qui épouse en vérité assez mal les aspérités de situations complexes, inédites, voire marginales.


Dans une série d'arrêts rendus entre le 31 oct. 2012 et le 7 juin 2018, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a tout récemment reconnu aux contractants le pouvoir de créer des droits réels originaux, sous réserve de respecter les règles d'ordre public. À la faveur de cette jurisprudence libérale qui consacre le droit réel de jouissance spéciale  (1), tout propriétaire peut désormais démembrement librement son droit de propriété, en distribuant prérogative par prérogative, utilité par utilité, jouissance spéciale par jouissance spéciale, indépendamment de toute nomenclature légale. Au fond, le droit réel de jouissance spéciale est un droit réel sur-mesure et à géométrie variable qui peut être regardé comme une alternative à tous les droits réels nommés, tels l'usufruit et le droit d'usage et d'habitation. En l'absence de toute disposition légale, c'est donc vers la jurisprudence qu'il convient de se tourner pour découvrir le régime juridique de ce droit qui, par son extrême souplesse, pourrait concurrencer, voire supplanter, l'usufruit et le droit d'usage et d'habitation, dans la gestion du patrimoine familial. Dans cette matière en pleine construction, les acquis de la jurisprudence ne doivent cependant pas voiler les incertitudes pratiques qui doivent à l'inverse guider le travail des praticiens, conseils et rédacteurs de conventions constitutives.

## 1. Les acquis de la jurisprudence


**L'affaire *Maison de Poésie I*** - Un premier arrêt, rendu le 31 oct. 2012 par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, dans une affaire *Maison de poésie*  (2), est venu souffler un vent libéral sur le droit du patrimoine, renouant avec la solution qu'avait autrefois dégagée la chambre des requêtes dans un arrêt *Caquelard* du 13 févr. 1834  (3). Les faits de cet arrêt peuvent être résumés de la manière suivante : la fondation Maison de poésie était propriétaire d'un immeuble situé à Paris qu'elle a vendu en 1932. Dans l'acte de vente, la fondation s'était réservée un droit d'occupation à titre gratuit sur diverses parties de l'immeuble. Le montage juridique était inédit à double titre. D'une part, dans l'acte de vente, la fondation s'était réservée ce droit pour toute la durée de son existence. En théorie, lorsque le droit d'usage et d'habitation, comme l'usufruit, est consenti à une personne morale, sa durée ne peut théoriquement excéder trente ans - l'art. 625 c. civ. relatif au droit d'usage et d'habitation renvoyant sur ce point aux dispositions de l'art. 619 c. civ. relatives à l'usufruit. Les parties avaient alors entendu expressément déroger au terme extinctif prévu par la loi en alignant la durée de ce droit réel sur la durée de vie de la fondation, soit quatre-vingt-dix-neuf ans. D'autre part, l'acte offrait à l'acquéreur la possibilité de reprendre les locaux occupés par la fondation moyennant la fourniture de locaux de remplacement. La convention constitutive conférait dès lors à l'acquéreur de l'immeuble une nue-propriété augmentée sur la partie occupée par la fondation Maison de poésie. Soixante-quinze ans après la signature de l'acte de vente, l'acquéreur agissait toutefois en expulsion de la fondation, considérant que ce droit de jouissance était nécessairement éteint. L'acquéreur estimait en effet que ce droit spécial devait être qualifié de droit d'usage et d'habitation, soumis aux règles de l'usufruit, dont l'art. 619 dispose qu'il ne peut être consenti pour une durée supérieure à trente ans lorsque le bénéficiaire est une personne morale. D'après l'acquéreur, le droit réel que s'était réservé la fondation Maison de poésie dans l'acte de vente s'était éteint à l'issue d'une durée de trente ans, soit depuis 1962. La question posée à la Cour de cassation était la suivante : ce droit réel inédit devait-il être requalifié en droit d'usage et d'habitation ? Ou, à l'inverse, devait-il trouver à s'appliquer tel qu'il avait été conçu par les parties dans la convention constitutive ? Face à un tel montage, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a consacré la faculté pour tout contractant de créer librement un droit réel *sui generis*, en dehors de ceux connus du code civil. Par cet arrêt de principe, la haute cour n'a pas seulement sauvé l'acte de 1932 mais elle a en vérité habilité tout propriétaire à opérer une distribution sur-mesure des prérogatives offertes par le droit de propriété.

**Enseignements** - À la lecture de cet arrêt, quatre remarques méritent d'être formulées. Tout d'abord, cette décision du 30 oct. 2012 consacre un droit réel innommé et autonome qui, légitimé par la liberté contractuelle, échappe alors aux règles de l'usufruit et du droit d'usage et d'habitation. Ce droit réel de jouissance spéciale confère ensuite à son titulaire une jouissance affectée : les utilités concédées au titulaire du droit sont, soit précisément déterminées dans l'acte constitutif, soit liées à une mission ou à une activité bien spécifique - ici l'exercice de son objet par la fondation Maison de poésie. Par ailleurs, ce droit réel de jouissance spéciale confère à son titulaire une jouissance cantonnée : seules certaines

*utilités de la chose sont en effet concernées, à la différence de l'usufruit qui confère un droit de jouissance générale. Dans l'affaire Maison de poésie, l'assiette du droit était constituée par la surface du deuxième étage de l'immeuble, ou de tout local équivalent permettant à la fondation d'exercer son activité. Enfin, dans le chapeau de sa décision, la Cour de cassation érige les règles d'ordre public en limite à la liberté de démembrement - tels les divers statuts relatifs aux baux spéciaux, le statut de la copropriété des immeubles bâtis, les règles de protection des consommateurs, ou encore l'ordre public successoral.*

**L'affaire ERDF** - Dans le sillage de ce premier arrêt, trois décisions ultérieures sont venues consolider cette jurisprudence tout en précisant les contours de ce nouveau droit, notamment en ce qui concerne la durée de celui-ci. Il en va ainsi, entre autres, d'un arrêt rendu le 28 janv. 2015, par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, dans une affaire ERDF. Les faits peuvent être résumés de la manière suivante : un syndicat de copropriétaires d'un ensemble immobilier situé à Alençon avait constitué en 1981, au bénéfice de la société EDF, un droit d'usage sur un lot de partie commune. Le droit d'usage avait été constitué afin d'y installer un transformateur de distribution publique d'électricité. Dans l'acte constitutif, ce droit, alors qualifié de « droit d'usage », ne comportait aucune limite temporelle : ni l'acte constitutif ni le règlement de copropriété ne prévoyaient en effet de terme extinctif. Trente ans jour pour jour après la rédaction de cet acte singulier, le syndicat des copropriétaires assignait la société EDF, devenu ERDF, pour faire constater l'extinction du droit d'usage et ordonner la libération des lieux. Comme dans l'affaire *Maison de poésie*, le syndicat des copropriétaires estimait que, conféré à une personne morale (en l'espèce ERDF), le droit d'usage devait s'éteindre au bout de trente ans, comme le prévoit l'art. 619 par renvoi de l'art. 625 c. civ. Mais que pouvait-on déduire de ce silence ? Pouvait-on considérer que les parties avaient entendu conférer à ERDF un droit d'usage perpétuel ? Dans l'arrêt du 28 janv. 2015, la Cour de cassation a répondu à cette question en ces termes : « 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 art. 619 et 625 c. civ. »  (4).

**Enseignements** - *La lecture de cet attendu de principe appelle deux observations. En premier lieu, si les parties n'ont rien prévu dans la convention constitutive, l'extinction du droit réel intervient au bout de trente ans, sur le modèle de l'art. 619 c. civ. - dispositions applicables dans le silence des parties lorsque le droit réel est consenti à une personne morale. Dit autrement, à défaut de stipulations expresses dans l'acte constitutif, les dispositions du code civil ont vocation à s'appliquer subsidiairement. En second lieu, et bien que la question ne lui fût pas posée, la Cour de cassation paraît rejeter ouvertement la perpétuité du droit réel.*

**L'affaire Maison de poésie II** - Neuf ans après le début de la procédure, l'affaire *Maison de poésie* revenait une nouvelle fois devant la troisième chambre civile. Dans ce second pourvoi, le propriétaire de l'immeuble vendu par la fondation Maison de poésie posait la question de la durée du droit réel - question qui n'avait pas été posée dans le premier pourvoi. Dans un arrêt rendu le 8 sept. 2016, la Cour de cassation y répondait en ces termes : « 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 [...] que ce droit, qui n'était pas régi par les dispositions des art. 619 et 625 c. civ., n'était pas expiré et qu'aucune disposition légale ne prévoyait qu'il soit limité à une durée de trente ans »  (5).

**Enseignements** - *La Cour de cassation confirme alors la solution qu'elle avait naguère dégagée en 2015 dans l'arrêt ERDF. Le délai trentenaire de l'art. 619 c. civ. n'est en effet écarté qu'en présence d'une stipulation expresse, relative à la durée du droit dans l'acte constitutif. Les magistrats du quai de l'Horloge admettaient par ailleurs que la durée du droit réel pût être alignée sur la durée de vie de la personne morale. À cet égard, il convient de relever l'ambivalence à laquelle conduit concrètement cette jurisprudence : tout en condamnant la perpétuité de ce droit, la haute cour admet l'alignement conventionnel de la durée du droit réel sur la durée de vie de la fondation qui peut être prorogée avant l'arrivée du terme statutaire.*

**L'affaire Syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier Grand Roc** - Un quatrième et dernier arrêt a été rendu récemment par la Cour de cassation, le 7 juin dernier, dans une affaire *Syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier Grand Roc* (6). Dans cette ultime affaire, une SCI avait acquis en 2004 divers lots de copropriété à vocation commerciale, dont un à usage de piscine. Les vendeurs avaient signé en 1970 une convention « valant additif » au règlement de copropriété. Dans cette convention, les vendeurs s'engageaient à assumer les frais de fonctionnement de la piscine et à autoriser son accès gratuit aux copropriétaires, au moins pendant la durée des vacances scolaires. La SCI a évidemment assigné le syndicat des copropriétaires de l'immeuble en constatation de l'extinction du droit de jouissance qui lui était conféré. Dans un arrêt du 21 mars 2017, la cour d'appel de Chambéry, saisie de cette affaire, a considéré que le droit conféré au syndicat des copropriétaires était un droit réel *sui generis*, trouvant sa source dans le règlement de copropriété. Il convient de relever que, comme dans l'affaire *ERDF*, l'acte constitutif ne prévoyait aucune durée. La cour d'appel a estimé que le droit était alors perpétuel dès lors que, dans le silence des parties, celles-ci avaient entendu créer des droits attachés perpétuellement aux lots des copropriétaires. Sans surprise, un pourvoi est formé par la SCI - pourvoi rejeté par la Cour de cassation. La troisième chambre civile a en effet estimé qu'était « perpétuel un droit réel attaché à un lot de copropriété conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un autre lot ».

**Enseignements** - Comment recevoir cet arrêt ? À première lecture, on pourrait estimer qu'il s'agit d'un revirement de jurisprudence : dans le silence des parties, la Cour de cassation semblait en effet estimer, dans son arrêt du 28 janv. 2015, que le droit réel ne pouvait excéder la durée de trente ans lorsque celui-ci était conféré à une personne morale. Dans cette autre affaire, la Cour a cependant considéré que, dans le silence des parties, le droit pouvait être perpétuel. Bien plus qu'un revirement de jurisprudence, la perpétuité de ce droit peut recevoir trois explications : l'attache du droit à la chose qui trouve son origine dans le document constitutif de la copropriété ; la proximité fonctionnelle qu'il entretient avec la servitude ; le statut de la copropriété des immeubles bâtis qui ne prévoit en effet aucune limitation de durée quant à l'existence de la copropriété, ni quant à la titularité de son lot. En somme, le droit qui constitue une charge pour le lot de copropriété imposée pour l'usage et l'utilité d'un ou plusieurs autres lots peut être perpétuel. On sait du reste que la jurisprudence avait déjà reconnu, dès la fin du *xx<sup>e</sup>* siècle, comme étant réel et perpétuel le droit de jouissance exclusif sur des parties communes (7). Rendu dans le contexte particulier de la copropriété, cet arrêt doit toutefois inviter les praticiens à une certaine prudence, d'autant que la Cour de cassation a très clairement indiqué à deux reprises, dans les affaires *ERDF* et *Maison de poésie II*, que le droit réel de jouissance spéciale ne pouvait être perpétuel.

En six années, la haute cour a ainsi dessiné par touches successives les contours de ces nouveaux droits réels, spécialement quant à leur durée, dans des hypothèses de servitudes « sans fonds dominant » (8) et dans le contexte très réglementé de la copropriété des immeubles bâtis. Nul doute que ces droits réels trouveront cependant un grand nombre d'applications sur d'autres terrains, spécialement pour l'optimisation de la gestion du patrimoine familial.

## 2. Les applications pratiques à la gestion du patrimoine familial

Dans une excellente contribution publiée récemment, Vivien Streiff a démontré que la consécration jurisprudentielle des droits réels innommés permettait au propriétaire de s'extraire des droits répertoriés par la loi et d'optimiser l'exploitation économique d'un bien (9). Mis en oeuvre dans un contexte familial, le droit réel de jouissance spéciale peut en effet être envisagé tout à la fois comme une alternative au droit d'usage et d'habitation et comme une alternative à l'usufruit. On se contentera de présenter quelques illustrations concrètes qui entendent alors prolonger les réflexions menées récemment autour des applications du droit réel de jouissance spéciale.


### 2.1 Une alternative au droit d'usage et d'habitation

## Illustration pratique : divorce et transmission d'une résidence secondaire

**Enoncé** - Un couple, marié depuis près de trente-cinq ans, souhaite divorcer par consentement mutuel. De leur union sont nés quatre enfants, vivant de leur propre industrie. Les époux sont mariés sous le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts, à défaut de contrat de mariage reçu préalablement à leur union. L'actif de la communauté se compose notamment de trois immeubles situés à Paris, l'un à usage de résidence principale, les deux autres à usage locatif. Les époux sont également propriétaires, en commun, d'une résidence secondaire située en Bretagne. L'épouse perçoit une pension de retraite de 1 100 € mensuels ; son conjoint qui a exercé comme cadre financier, dispose quant à lui d'une pension de retraite sensiblement supérieure à 6 000 € mensuels. Dans le projet d'acte liquidatif, rédigé préalablement à la convention de divorce, il a été convenu d'attribuer à l'épouse les deux biens à usage locatif, d'une valeur équivalente à la résidence principale, attribuée quant à elle à son époux. Se pose alors la question de la résidence secondaire : l'épouse n'a pas les ressources nécessaires à l'entretien ; les époux ne peuvent par ailleurs financer une soule afin de se faire attribuer le bien, à défaut de liquidités suffisantes et à défaut de pouvoir emprunter en raison de leur âge ; ils sont enfin très attachés à cette maison où ces derniers retrouvent leurs enfants et petits-enfants mais ne parviennent pas à s'entendre sur l'usage qu'ils pourraient en faire.

**Une jouissance alternative** - En pareille situation, le droit réel de jouissance spéciale offre alors une solution sur-mesure de nature à répondre aux besoins concrets des clients. Il peut en effet être proposé aux époux de donner à leurs quatre enfants la nue-propiété de cette résidence secondaire tout en se réservant une jouissance alternative d'une durée de six semaines, organisée de la manière suivante : les années paires, Monsieur jouira de la maison au cours des vacances de printemps, du mois d'août et des vacances de Noël ; Madame disposera quant à elle de la maison au cours des vacances d'hiver, du mois de juillet et des vacances de la Toussaint ; l'inverse les années impaires. Tout en anticipant la transmission de leur patrimoine à leurs enfants, les époux évitent un débat conflictuel sur le sort de la résidence secondaire dans la convention liquidative.

**Le modèle du droit d'usage et d'habitation du conjoint survivant** - En constituant un droit réel de jouissance spéciale, les parties sont par ailleurs totalement libres de s'inspirer d'autres modèles en procédant par emprunt. Il a donc été proposé aux époux de s'inspirer du droit d'usage et d'habitation offert par la loi au conjoint survivant. L'art. 764 c. civ., issu de la loi du 3 déc. 2001, offre en effet au conjoint survivant un droit d'usage et d'habitation sur le logement et le mobilier qui le garnit. Ce droit offert par la loi présente une double particularité. L'art. 766 c. civ. permet tout d'abord au conjoint successible bénéficiaire du droit d'usage et d'habitation, avec l'accord des héritiers, de convertir son droit en une rente viagère ou en capital. En s'inspirant de cette faculté, il peut dès lors être proposé aux parents donateurs, sur le point de divorcer, de prévoir la possibilité de convertir en rente viagère ou en capital, d'un commun accord avec les nus-propiétaires, le droit constitué dans l'acte de donation. L'art. 764 c. civ. permet également au conjoint survivant de louer le logement qui n'est plus adapté à ses besoins. Inspiré de ce modèle prévu par la loi, le droit réel de jouissance spéciale peut conférer à son titulaire le pouvoir de percevoir les fruits issus de la location du bien. Il est alors envisageable d'accorder aux parents donateurs le droit de louer l'immeuble, dans le cadre d'un contrat de location saisonnière de courte durée n'excédant pas la jouissance qui leur est accordée dans l'acte constitutif.

**Une jouissance évolutive** - Comme le souligne également Vivien Streiff, il est tout aussi concevable de constituer un droit évolutif  (10). Dans un premier temps calqué sur un simple droit d'usage, ce droit peut être conçu pour évoluer à l'arrivée d'un terme conventionnellement fixé vers le droit d'usage et d'habitation de l'art. 764 c. civ., conférant ainsi à son titulaire la faculté de louer le bien ou de convertir son droit en rente ou en capital. Avançant en âge, le donateur, qui ne serait plus en mesure de jouir de l'immeuble, disposerait d'un complément de revenu ou d'un capital pouvant l'aider à faire face à la dépendance.

En pareil cas, il peut donc être proposé de constituer au profit des parents donateurs un droit réel sur-



mesure conférant à son titulaire une jouissance alternative, cantonnée et évolutive, tout en s'inspirant du modèle du droit d'usage et d'habitation offert par la loi au conjoint survivant.

## 2.2 Une alternative à l'usufruit

### Illustration pratique : immobilier d'entreprise familiale

**Enoncé** - Deux époux entrepreneurs, tous deux âgés de 50 ans, sont associés avec leurs deux enfants dans une SARL, société opérationnelle qui exploite un commerce de vente d'articles de sports. La société loue ses locaux commerciaux à un tiers qui souhaite vendre l'immeuble. Les époux, tous deux associés de la SARL, manifestent leur intention d'acquérir le local. Ils constituent alors une SCI en vue d'acquérir les locaux commerciaux en démembrement. La société opérationnelle, dans laquelle les époux sont associés avec leurs enfants, acquiert un usufruit temporaire de quinze ans ; la SCI constituée pour l'occasion acquiert quant à elle la nue-propriété de l'immeuble. Les époux conçoivent cette acquisition comme un investissement pour leur retraite qu'ils entendent prendre à l'âge de 65 ans, soit à l'extinction de l'usufruit. Toutefois, pour des raisons de santé, ces derniers ne sont pas certains d'être physiquement capables de travailler jusqu'à l'âge de 65 ans. Craignant la dépendance, ils souhaitent donc pouvoir disposer de l'immeuble à tout moment, afin de dégager des liquidités pour faire face soit à la maladie, soit à la baisse brutale de leurs revenus.

**La neutralisation de la faculté de disposer** - En pareille hypothèse, le démembrement classique en usufruit conduit à neutraliser la faculté de disposer du bien. Ni le nu-propiétaire, ni l'usufruitier ne peut en effet vendre le bien, chacun ne pouvant donc vendre que le droit qu'il détient sur ce bien. Cette neutralisation de la faculté de disposer peut constituer un véritable inconvénient pour le nu-propiétaire - on doute en effet qu'il existe un acquéreur potentiel pour des droits en nue-propriété sur un local commercial de cette nature. En pareil cas, le droit réel de jouissance spéciale offre alors des possibilités inédites qui permettent de dépasser le cadre légal et contraignant du démembrement conventionnel en usufruit et nue-propriété. Il paraît par exemple envisageable de conférer au nu-propiétaire le droit de disposer du bien moyennant contrepartie financière au profit du titulaire du droit réel à l'expiration d'un terme prévu au contrat - contrepartie financière qui sera déterminée à dire d'expert. Il paraît tout aussi envisageable de conférer au nu-propiétaire le droit de disposer du bien moyennant l'obligation de fournir des locaux équivalents à l'usufruitier (c'était du reste précisément le cas de l'affaire *Maison de poésie*). En pareille hypothèse, il conviendrait de prendre soin de définir les caractéristiques que devraient présenter les nouveaux locaux de substitution.

**L'interdiction d'aliéner** - L'art. 595 c. civ. habilite l'usufruitier à vendre ou à céder son droit à titre gratuit. Or, au regard du contexte familial, le nu-propiétaire peut légitimement vouloir interdire à l'usufruitier de disposer de son droit. En effet, l'acquisition en démembrement a été conçue dans un contexte familial : la SCI a été constituée par les deux parents, associés par ailleurs avec leurs enfants au sein de la SARL. Dans l'hypothèse où les parents viendraient à transmettre à leur progéniture leurs titres détenus dans la SARL, on peine à croire qu'ils accepteraient que leurs enfants, devenus seuls associés au sein de la SARL, cèdent l'usufruit à un tiers. À première vue, une telle restriction ne paraît pas possible dans le cadre d'un démembrement classique en usufruit en ce qu'elle conduit à priver l'usufruitier d'une prérogative concourant à la définition de son droit. Il en va cependant différemment dans le cadre d'un droit réel de jouissance spéciale. Il suffit alors de constituer un droit réel *sui generis* construit sur la base d'un usufruit, à ceci près que ce droit sera stipulé incessible par dérogation aux dispositions de l'art. 595 c. civ. Parmi les bonnes pratiques, il pourrait être recommandé de limiter dans le temps cette inaliénabilité et de justifier d'un intérêt légitime et sérieux, comme l'exigent en effet les dispositions de l'art. 900-1 c. civ. au sujet de la stipulation d'inaliénabilité d'un bien donné.

En pareille hypothèse, il peut donc être proposé de créer un droit réel de jouissance spéciale et limitée dans le temps, en augmentant les prérogatives du nu-propiétaire et en diminuant les pouvoirs de l'usufruitier.

### 3. Les limites et les incertitudes pratiques

Le potentiel technique des droits réels innommés et les nombreuses applications qu'ils peuvent rencontrer ne doivent toutefois pas inviter le praticien à négliger les limites et les incertitudes pratiques qu'ils soulèvent en l'état.

#### 3.1 Qualification et régime

**La requalification judiciaire** - L'art. 12 c. pr. civ. investit le juge du pouvoir de restituer leur exacte qualification aux actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. Très concrètement, le rédacteur serait d'une maladresse insigne s'il concevait cette liberté offerte par la Cour de cassation comme un recours dans le seul but d'évincer des règles impératives applicables aux droits réels nommés connus du code civil.

**Exemple** - Prenons l'exemple d'un acte constituant un droit réel dont l'étendue serait la même que l'usufruit, à l'exception de la durée - autrement dit, un droit réel de jouissance spéciale qui serait un usufruit perpétuel, ou un usufruit de 99 ans consenti à une personne morale. Il est bien évident que si le juge avait à connaître d'un tel acte, la requalification serait encourue. C'est le régime juridique de l'usufruit qui aurait ici vocation à s'appliquer.

La constitution d'un droit réel *sui generis* suppose que celui-ci confère à son titulaire une jouissance spéciale, originale et autonome des droits réels nommés par le code civil.

**Recommandation** - *Il pourrait être recommandé aux praticiens de vérifier préalablement que le type de jouissance spéciale envisagé n'est pas appréhendé par un droit réel nommé qu'il pourrait être envisageable d'aménager conventionnellement.*

**La durée** - Les débats jurisprudentiels et doctrinaux relatifs à la durée du droit réel de jouissance spéciale doivent inviter les rédacteurs à la plus grande prudence. Dans l'hypothèse d'un droit conféré à une personne morale, la durée de ce droit peut être expressément alignée, dans l'acte constitutif, sur la durée de vie de la personne morale. À défaut de stipulation expresse, la durée trentenaire de l'art. 619 c. civ. a vocation à s'appliquer. En revanche, dans l'hypothèse d'un droit réel de jouissance spéciale conféré à une personne physique, la Cour de cassation n'a jamais eu l'occasion de se prononcer. On serait tenté de penser que la durée de ce droit ne pourrait excéder la durée de vie de son titulaire, personne physique.

**Les devoirs du titulaire du droit** - Une autre difficulté tient aux devoirs du titulaire du droit. Qu'en est-il par exemple de l'entretien du bien grevé ? L'existence de droits réels concurrents, sur un même bien, risque de donner lieu à des discussions sans fin pour assurer la meilleure exploitation possible de la chose.

**Recommandation** - *Il pourrait être recommandé aux praticiens, en dehors de toute nomenclature légale, de rédiger avec soin, et sur-mesure, l'acte constitutif en faisant souscrire le titulaire du droit, tel l'usufruitier, à un certain nombre d'obligations (entretenir le bien, restituer l'immeuble lors de l'extinction de son droit, s'abstenir d'abuser de sa jouissance, etc.). La solution la plus simple, et sans doute la plus sécurisée, serait de renvoyer subsidiairement aux règles régissant l'usufruit pour ce qui n'est pas prévu dans la convention constitutive.*


#### 3.2 Ordre public

Dans le chapeau de l'arrêt *Maison de poésie*, la Cour de cassation avait érigé, avec une certaine solennité, les règles d'ordre public en limite à la liberté du propriétaire de démembrer sa propriété.

**L'ordre public des biens** - Pour le praticien, les possibilités sont certes infinies à condition toutefois que le droit constitué préserve les caractères essentiels du droit de propriété. La constitution d'un droit réel de jouissance spéciale ne doit pas porter atteinte au caractère absolu du droit de propriété, dont découlent l'exclusivité et la perpétuité.

**Exemple** - Il paraît difficilement concevable d'habiliter l'usufruitier à disposer de la chose. Le nu-propiétaire ne peut en effet renoncer dans l'acte constitutif à sa faculté de disposer du bien ; s'il renonçait à cette faculté, celui-ci perdrait sa vocation naturelle à reconstituer à terme la pleine propriété de son bien sur sa tête. Pour la même raison, le titulaire du droit réel de jouissance spéciale doit souscrire à un certain nombre d'obligations. Ces limites sont indispensables à la préservation du droit de propriété, constitutionnellement protégé. En augmentant les pouvoirs du titulaire du droit réel de jouissance spéciale et, à l'inverse, en réduisant de manière drastique ses obligations, on créerait alors une situation de concurrence incompatible avec l'ordre public des biens.

Le rédacteur doit donc prendre soin de prévoir dans l'acte constitutif les obligations à la charge du titulaire du droit réel de jouissance spéciale afin de préserver la nature du droit de propriété.


**L'ordre public successoral** - La constitution de droits réels innommés peut toutefois se heurter à des limites qui tiennent au droit successoral. Toute clause aggravant les charges du nu-propiétaire à l'avantage de l'usufruitier constituerait par là même une atteinte à la réserve  (11).

**Exemple** - Ce serait le cas si un testateur venait à gratifier son conjoint survivant d'un droit réel de jouissance spéciale, prenant la forme d'un usufruit augmenté. En effet, l'augmentation des pouvoirs du titulaire du droit réel de jouissance spéciale et l'allègement de ses obligations par rapport à l'usufruit pourraient être de nature à contourner la réserve héréditaire.

Il y a donc lieu de s'assurer que les prérogatives du titulaire du droit réel de jouissance spéciale n'empiètent pas sur les prérogatives des nus-propiétaires réservataires qui, néanmoins, peuvent toujours accepter un tel empiètement dans un acte postérieur au décès du testateur ou par anticipation, dans les conditions et selon les formes de l'art. 930 c. civ.

### 3.3 Fiscalité

**L'évaluation du droit constitué** - Pour être opposable aux tiers, il est bien évident qu'un droit réel de jouissance spéciale doit être publié. L'art. 28 du décret n° 55-22 du 4 janv. 1955 portant réforme de la publicité foncière soumet en effet à la publicité foncière toute « mutation ou constitution de droits réels immobiliers ». Or, la publicité foncière donne lieu à la perception de droits d'enregistrement qui sont assis sur la valeur du bien ou du droit concédé sur ce bien. S'agissant d'un démembrement en usufruit, l'art. 669 du CGI fixe un barème qui tient compte de l'âge de l'usufruitier. En outre, pour l'usufruit temporaire, l'art. 669 évalue le droit à 23 % de la valeur de la propriété entière pour chaque période de dix ans. Par ailleurs, pour la liquidation des droits de mutation par décès, l'art. 762 *bis* du CGI évalue le droit d'usage et d'habitation à 60 % de la valeur de l'usufruit, par référence à l'art. 669. On peine à croire que ces dispositions puissent être applicables au droit réel de jouissance spéciale qui n'est civilement ni un usufruit, ni un droit d'usage et d'habitation.

**Conseil** - *On aurait tendance à conseiller aux praticiens de recourir à la méthode d'évaluation de l'usufruit économique qui se ferait sur la base de la valeur actualisée du flux de revenus auquel il donne droit*  (12).

Cette méthode d'évaluation peut être librement utilisée par les parties dans leurs rapports civils, pour déterminer la valeur marchande de leur droit. Tout droit réel a en effet vocation à être monétisé dans la mesure où celui-ci peut être cédé à titre onéreux - sauf dans l'hypothèse d'une stipulation d'incessibilité.



**Attention** - Il convient toutefois de garder à l'esprit qu'en l'absence de dispositions légales, il n'est pas impossible que l'administration fiscale retoque cette méthode d'évaluation du droit réel de jouissance spéciale. Dans plusieurs arrêts rendus par la chambre commerciale, la Cour de cassation a en effet estimé que les restrictions apportées aux droits des nus-proprétaires dans l'acte de donation n'écartaient pas pour autant l'application du barème de l'art. 669.

**L'extinction** - Pour l'usufruit, l'art. 1133 du CGI prévoit enfin un régime favorable à l'extinction naturelle du droit. En effet, la réunion de l'usufruit et de la nue-propriété qui intervient soit au terme convenu dans la convention constitutive, soit à la mort de l'usufruitier, ne donne lieu à la perception d'aucun impôt. Ce régime favorable de l'art. 1133 est-il applicable au droit réel de jouissance spéciale ? Comme pour les art. 669 et 752 bis, on peine à croire que les dispositions de l'art. 1133 puissent trouver à s'appliquer au droit réel de jouissance spéciale qui, civilement, n'est pas un usufruit. L'extinction du droit réel de jouissance spéciale, au terme convenu dans la convention constitutive ou au décès de son titulaire, entraînera-t-elle la perception d'impôts ? On peut toutefois estimer que, civilement, l'extinction d'un droit réel n'opère pas de mutation. Sur le terrain de la théorie juridique, la propriété se reconstitue naturellement à l'extinction du droit réel accessoire. À l'extinction du droit, la propriété absorbe en effet le droit réel accessoire. En l'absence de dispositions légales, on peut alors raisonnablement parier sur l'absence d'imposition.





Par ailleurs, le récent communiqué de presse publié le 19 janv. 2019 par le ministère de l'action et des comptes publics rappelle que la nouvelle définition de l'abus de droit, créée par l'art. 109 de la loi de finance pour 2019, ne remet pas en cause les transmissions anticipées de patrimoine, notamment celles pour lesquelles le donateur se réserve l'usufruit du bien transmis, sous réserve bien entendu que les transmissions concernées ne soient pas fictives. Dans l'attente d'une consécration de cette position de l'administration fiscale au BOFIP, il y a cependant tout lieu de croire qu'il existe de nombreux arguments civils et patrimoniaux de nature à lever tout soupçon : bien plus que le démembrement en nue-propriété et usufruit, la constitution d'un droit réel de jouissance spéciale démontre, par la nature singulière du droit constitué, que l'objectif est principalement d'organiser la succession et de simplifier la gestion du patrimoine.

#### Mots clés :










**DIVORCE** \* Effets patrimoniaux \* Droit réel de jouissance spéciale \* Droit d'usage et d'habitation \* Alternative








**SUCCESSION** \* Patrimoine \* Droit réel de jouissance spéciale \* Droit d'usage et d'habitation \* Alternative







(1) Dans le sillage du projet de réforme du droit des biens proposé par l'association Henri Capitant : *Propositions de l'association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, dir. H. Périnet-Marquet, Litec, 2009, et plus spécialement la contribution de J.-L. Bergel, *Servitudes et autres droits réels spéciaux*, p. 89 s.












(2) Civ. 3<sup>e</sup>, 31 oct. 2012, n° 11-16.304, Bull. civ. III, n° 159. - Parmi l'abondante littérature, v. not. : D. 2013. 53, obs. A. Tadros  , note L. d'Avout et B. Mallet-Bricout  ; RDI 2013. 80, obs. J.-L. Bergel  ; RTD civ. 2013. 141, obs. W. Dross  ; JCP 2012. 1400, obs. F.-X. Testu ; RLDC 2013/101, p. 7, note J. Dubarry et M. Julienne ; RDC 2013. 584, note R. Libchaber ; JCP N 2013. 1118, obs. H. Périnet-Marquet.

(3) Req. 13 févr. 1834, *Caquelard c/ Lemoine*.

(4) Civ. 3<sup>e</sup>, 28 janv. 2015, n° 14-10.013, Bull. civ. III, n° 13 ; D. 2015. 599 , note B. Mallet-Bricout  ; *ibid.* 988, chron. A.-L. Méano, A.-L. Collomp, V. Georget et V. Guillaudier  ; *ibid.* 1863, obs. L. Neyret et N. Reboul-Maupin  ; Just. & cass. 2015. 270, rapp. M.-T. Feydeau ; *ibid.* 277, avis B. Sturlèse ; AJDI 2015. 304  , obs. N. Le Rudulier  ; RDI 2015. 175, obs. J.-L. Bergel  ; RTD civ. 2015. 413, obs. W. Dross  ; *ibid.* 619, obs. H. Barbier .

(5) Civ. 3<sup>e</sup>, 8 sept. 2016, n° 14-26.953, D. 2017. 134 , note L. d'Avout et B. Mallet-Bricout  ; *ibid.* 2016. 2237, chron. A.-L. Méano, V. Georget et A.-L. Collomp  ; *ibid.* 2017. 375, obs. M. Mekki  ; *ibid.* 1789, obs. L. Neyret et N. Reboul-Maupin  ; RDI 2016. 598, obs. J.-L. Bergel  ; RTD civ. 2016. 894, obs. W. Dross  ; JCP N 2016, n° 41, 1294, note J. Dubarry et V. Streiff.




(6) Civ. 3<sup>e</sup>, 7 juin 2018, n° 17-17.240, D. 2018. 1577 , note F. Masson  ; *ibid.* 1772, obs. L. Neyret et N. Reboul-Maupin  ; *ibid.* 2435, chron. A.-L. Collomp, V. Georget et L. Jariel  ; RDI 2018. 448, obs. J.-L. Bergel  ; RTD civ. 2018. 712, obs. W. Dross  ; JCP N 2018, n° 24, act. 534, obs. V. Streiff et J. Dubarry et V. Streiff, Le droit réel de jouissance spéciale et la copropriété, Actes pratiques et ingénierie immobilière, n° 3, juill.-août-sept. 2018, p. 34-37, spéc. p. 34, n° 3-4.

(7) Civ. 3<sup>e</sup>, 4 mars 1992, n° 90-13.145, Bull. civ. III, n° 73 ; D. 1992. 386 , note C. Atias  ; AJDI 1993. 87  ; *ibid.* 88, obs. M.-F. Ritschy  ; RDI 1992. 240, obs. P. Capoulade et C. Giverdon  ; RTD civ. 1993. 162, obs. F. Zenati  ; Civ. 3<sup>e</sup>, 2 déc. 2009, n° 08-20.310, Bull. civ. II, n° 266 ; D. 2010. 17, obs. G. Forest  ; *ibid.* 2011. 199, obs. C. Atias et P. Capoulade  ; AJDI 2010. 644  , obs. D. Tomasin  ; RDI 2010. 315, obs. J.-L. Bergel .

(8) J. Dubarry, L'avènement du nouveau droit réel de jouissance spéciale, Actes pratiques et ingénierie immobilière, n° 3, juill.-août-sept. 2018, p. 8.

(9) V. Streiff, Les droits réels de jouissance spéciale : solide alternative à l'usufruit et aux droits d'usage et d'habitation, Actes pratiques et ingénierie immobilière, n° 3, juill.-août-sept. 2018, p. 10-16.

(10) V. Streiff, Les droits réels de jouissance spéciale : solide alternative à l'usufruit et aux droits d'usage et d'habitation, *op. cit.*, p. 13, n° 16.

(11) Civ. 1<sup>re</sup>, 18 oct. 1994, n° 93-11.384, Bull. civ. I, n° 302 ; D. 1995. 336 , obs. B. Vareille  ; RTD civ. 1995. 414, obs. J. Patarin  ; JCP N 1994. 1449, obs. Lucet.

(12) I. Perez-Mas, Évaluer le droit réel de jouissance spéciale, Actes pratiques et ingénierie immobilière, n° 3, juill.-août-sept. 2018, p. 38-43.

