



HAL
open science

La cession de droits réels démembrés en droit français

Benoît Grimonprez

► **To cite this version:**

Benoît Grimonprez. La cession de droits réels démembrés en droit français. La recodification du droit des obligations en France et en Espagne, 2021, 979-10-90426-53-5. hal-01913088v2

HAL Id: hal-01913088

<https://hal.science/hal-01913088v2>

Submitted on 14 Mar 2021 (v2), last revised 27 May 2021 (v3)

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La cession de droits réels démembrés

Benoît Grimonprez
Professeur des universités

« Tout est beau dans ce qui se dévoile ».
Homère, Iliade, XXII, 73

1. Maltraitance doctrinale. Comparativement au transfert de la propriété, la cession de droits réels démembrés reste un thème sous-estimé par la doctrine. L'idée généralement reçue est que ce genre d'opération ne présenterait pas de spécificité. Elle tomberait sous l'empire des règles ordinaires de la vente ou des libéralités. La réalité est pourtant bien plus nuancée. La pratique ne s'y trompe pas, qui use régulièrement de la technique du démembrement pour éviter un droit de la vente incommode. De quoi faire réfléchir au particularisme de la transmission de certaines utilités seulement des choses.

2. Le démembrement : un faux concept ? La recherche butte d'emblée sur un obstacle théorique de taille : qu'est-ce que le démembrement de propriété ? Bien que passée dans les mœurs juridiques, la notion appartient au discours doctrinal. Pire, elle est au cœur d'une controverse jamais épuisée. Les droits réels correspondent-ils vraiment à des formes décomposées de la propriété ? Nombreux sont les auteurs à avoir moqué cette présentation : « plus une image que l'expression d'une vérité physique » écrivent certains¹. Nonobstant, la majeure partie de la doctrine continue d'en faire la pierre angulaire du droit privé des biens², quand un courant plus minoritaire préfère parler de droits sur la chose d'autrui³. Débat stérile que la nature des démembrements ? Rien n'est moins sûr quand on prétend saisir le régime de leur translation.

3. Kaléidoscope des droits réels. D'une difficulté à l'autre, vient l'épineuse question du périmètre de l'analyse. Quels sont les droits effectivement visés par l'expression de démembrements de la propriété ? On sait que deux sortes de droits réels existent : ceux principaux et ceux accessoires. La seconde espèce, correspondant aux sûretés réelles, relève d'une problématique particulière que nous n'avons pas le loisir de développer.

Parmi les droits réels principaux, l'usufruit apparaît comme une figure archétypale incontournable. Pourtant là non plus, le consensus ne règne pas, une poignée d'auteurs ayant soutenu la thèse d'un usufruit comme forme de propriété temporaire⁴. Cela ne nous empêchera pas d'examiner le comportement de ce droit réel lorsqu'il change de titulaire. Nous y associerons, naturellement, ses diminutifs que sont les droits d'usage et d'habitation⁵.

Les servitudes peuvent susciter le même genre d'argutie. Contre la qualification de démembrement, on fait souvent valoir que les utilités dont le fonds servant est privé ne sont

¹ F. Terré et P. Simler, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2018, n° 773.

² N. Reboul-Maupin, *Droit des biens*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2018, n° 515 ; F. Terre et P. Simler, *op. cit.*, n° 773.

³ F. Zénati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, PUF, 3^{ème} éd., 2008, n° 292.

⁴ Sur cette analyse, v. *infra*, n° 15.

⁵ Le droit de superficie, en revanche, nous semble hors sujet, dans la mesure où il s'agit d'un droit de propriété complet, mais portant sur un volume détaché du sol (B. Grimonprez, *Rép. civ. Dalloz*, V° Superficie). Le découpage s'effectue ici dans l'épaisseur du bien et non dans l'épaisseur du droit.

pas toujours conférées au fonds dominant⁶. Des auteurs vont même jusqu'à bannir les services fonciers de la famille des droits réels⁷. Et si l'examen du régime de leur transmission permettait de trancher ?

La réflexion, pour être complète, mérite encore d'intégrer d'autres entités : le bail emphytéotique (C. rur., art. L. 451-1), le bail à construction (CCH, art. L. 251-3), le bail à réhabilitation (CCH, art. L. 252-2), le bail réel immobilier (CCH, art. L. 254-1) ou encore le bail réel solidaire (CCH, art. L. 255-1) qui font tous naître un droit expressément qualifié de réel⁸. On ne saurait non plus passer sous silence les droits, vieux comme neufs, apparus en dehors des sentiers balisés des codes : droit de cru et à croître⁹, droit de tonte¹⁰, droit de jouissance privatif des parties communes¹¹, sans oublier le très « médiatique » droit réel de jouissance spéciale¹². Il est désormais acquis qu'il n'existe pas de *numerus clausus* en la matière qui briderait l'imagination des parties¹³. Celles-ci sont libres d'attribuer à telle personne telle(s) utilité(s) déterminée(s) d'un bien, dans les limites fixées par l'ordre public¹⁴.

En fonction de l'objet auquel il s'applique, le droit réel prendra une nature immobilière ou mobilière (C. civ., art. 526). Les objets considérés sont tout ce qu'il y a de plus varié : choses corporelles, ou incorporelles¹⁵, y compris les droits. Il est ainsi possible de constituer des droits réels à partir de droits réels¹⁶ : l'usufruit d'usufruit, par exemple, a librement cours¹⁷. Plus étonnant, on peut faire porter un droit réel sur un droit personnel, comme une créance¹⁸, une part sociale, un ensemble de valeurs mobilières.

⁶ Exemple de la servitude *non aedificandi* qui ne se traduit pas par un droit de construire au profit du propriétaire voisin. Idem pour la servitude de passage, qui revient davantage à un usage collectif d'un immeuble dès lors que le propriétaire du fonds grevé peut continuer à l'emprunter en même temps que le bénéficiaire du service.

⁷ W. Dross, *Droit civil, Les choses*, LGDJ, 2012, n° 381.

⁸ Nous excluons cependant la fiducie de notre étude au motif qu'elle réalise un transfert de la propriété du bien (v. toutefois les auteurs qui analysent les prérogatives conférées au fiduciaire comme des droits réels démembrés : A. Benabent, *La fiducie : analyse d'un projet de loi lacunaire*, JCP N 1993, I, 26 ; R. Libchaber, *Une fiducie française inutile et incertaine*, in *Mélanges Malaurie, Defrénois 2005*, p. 303).

⁹ Cass. 3^e civ., 25 mai 2012, n° 11-13.202, JCP 2012, 930, note W. Dross, D. 2012. 1934, note L. d'Avout : prérogative reconnue perpétuelle.

¹⁰ Né d'un usage régional sous l'Ancien droit et encore actuel en Franche-Comté.

¹¹ Droit réel réputé perpétuel : Cass. 3^e civ., 4 mars 1992, 90-13.145 : Bull. civ. III, n° 73.

¹² Cass. 3^e civ., 31 oct. 2012, n° 11-16.304. A l'inverse, l'obligation réelle (notamment environnementale) ne correspond pas à un droit réel vu qu'elle ne confère pas à son créancier de droit sur la chose objet du lien obligatoire.

¹³ La source des droits réels peut en effet être légale ou volontaire (testament, convention).

¹⁴ Même établies par voie contractuelle, ces prérogatives semblent désormais cantonnées par des principes impératifs ; ainsi la jurisprudence se montre-t-elle de plus en plus hostile à la perpétuité du droit réel (spécial de jouissance) : Cass. 3^e civ., 28 janv. 2015, n° 14-10.013, D. 2015, p. 599, note B. Mallet-Bricout. V. cependant : Cass. 3^e civ., 24 oct. 2007, n° 06-19.260 : Bull. civ. III, n° 183.

¹⁵ C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 1880, T. X, n° 262 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, 5^e éd., 1908, T. I, n° 2748 ; J. Carbonnier, *Les biens*, PUF, 19e éd. 2000, n° 92.

¹⁶ C. Demolombe, *op. cit.*, n° 262 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5^e éd., 1897, T. II, § 226 ; M. Planiol, *op. cit.*, n° 2748 ; J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 92.

¹⁷ F. Terré et Ph. Simler, *op. cit.*, n° 788 ; F. Zénati-Castaing et T. Revet, *op. cit.*, n° 319.

¹⁸ R. Libchaber, *L'usufruit des créances existe-t-il ?*, RTD civ. 1997, p. 615.

4. Aliénabilité des droits réels. Par cession du droit réel, on entend l'acte par lequel son titulaire le transmet à une tierce personne¹⁹. La cession du bien sur lequel le droit s'exerce n'est pas du même acabit ; si la charge passe, en l'occurrence, sur la tête du nouveau maître de la chose, c'est que le droit y est indéfectiblement accroché. Seule la circulation « active » du droit sera par la suite étudiée, indépendamment du transfert du bien grevé.

Les droits réels se caractérisent, en principe, par leur cessibilité. L'article 595 du Code civil affirme que l'usufruitier peut vendre ou céder son droit à titre gratuit. Cette faculté de disposer est aussi de l'essence d'autres droits, à l'image de l'emphytéose (C. rur., art. L. 451-1) sous peine de disqualification²⁰.

Mais à tout principe, des exceptions. Trop personnel, le droit réel d'usage ne saurait se transmettre (C. civ., art. 631), de même que le droit d'habitation (C. civ., art. 634). Il faut également tenir compte des clauses d'inaliénabilité. Elles s'invitent fréquemment, en particulier pour interdire la transmission des droits de nue-propriété²¹. L'encadrement vient ici du droit commun (des libéralités), qui subordonne la validité de ces conventions à leur caractère temporaire et leur intérêt sérieux et légitime (C. civ., art. 900-1).

Comme pour n'importe quel bien, la transmission peut avoir lieu avec ou sans contrepartie, par vente ou par libéralité. Il faut cela dit mesurer que l'aliénation de certains droits réels intervient rarement à titre onéreux. L'usufruit fait partie de cette espèce du fait qu'il est essentiellement viager²² ; sa cession est le plus souvent gracieuse, spécialement dans le contexte de stratégies patrimoniales familiales.

5. Le droit réel au prisme de la vente. La vente se définit comme le transfert, contre un prix, de la propriété d'une chose. Mais peut-elle véhiculer des droits autres que la propriété ? Le langage des juristes trahit le malaise. Ils utilisent généralement l'expression de « vente » pour le transfert des choses corporelles, mais préfèrent le vocable de « cession » pour les biens incorporels, dont les droits²³. Il n'y a cependant pas là deux opérations différentes sur le fond. Le droit de la vente couvre la transmission de toutes les choses, du moment qu'elles sont déterminées et aliénables. « Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu, lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation » dispose l'article 1598 du Code civil. Les droits sont des biens faisant indéniablement partie de ce « tout »²⁴. Seul importe l'effet translatif – le passage d'un patrimoine à un autre – de l'opération concernée. Ainsi l'on peut

¹⁹ Sur le point délicat de savoir si la cession comprend également les actes de constitution du droit réel, voir infra n° 11 et 17.

²⁰ Cass. req., 6 mars 1861, DP 1861, 1, p. 418. V. pour la reconnaissance de la cession du droit de jouissance privative d'une partie commune : Cass. 3^e civ., 17 déc. 2013, n° 12-23.670.

²¹ Il est courant que les donateurs d'un bien avec réserve d'usufruit interdisent, par une clause, le ou les donataires de céder la nue-propriété à des tiers : v. B. Dalmas et V. Cornilleau, Gestion de patrimoine et démembrement de propriété, LexisNexis, 3^{ème} éd., 2015, n° 356.

²² Sauf peut-être s'agissant des immeubles ruraux où des cas de cessions onéreuses se rencontrent fréquemment dans le but d'obvier certains droits de préemption. Sur le caractère aléatoire de la vente d'usufruit, v. infra, n° 22.

²³ F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 10^{ème} éd., 2015, n° 120.

²⁴ P.-H. Antonmattei et J. Raynard, Droit civil, Contrats spéciaux, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2013, n° 122. V. à cet égard, l'ancien article 1692 du Code civil tenant pour synonymes la vente et la cession en matière de créance.

vendre la seule nue-propriété, ou un usufruit, voire les deux démembrements d'un même bien à deux acquéreurs différents. Les droits circulants, n'y aurait-il rien à voir ?

6. Arrière-plan identitaire. L'articulation du droit de la vente et du droit des biens se révèle bien plus coriace qu'il n'y paraît. En cause, le mystère qui plane sur l'originalité ou non de la cession de droits réels pour en déterminer le régime. Seule ici la nature des démembrements peut permettre de savoir s'ils sont autre chose que la propriété et, partant, s'échangent autrement (I). Quand bien même cette question serait vidée, il faudrait encore démontrer l'homogénéité de la cession des droits réels : l'opération relève-t-elle d'un *corpus* normatif unitaire ou de règles catégorielles propres à chaque droit ? (II).

I. L'altérité de la cession de droits réels ?

7. Double héritage. La démonstration part d'un postulat : la nature de la cession dépend de la nature de l'objet de la prestation contractuelle (C. civ., art. 1163). Deux traditions, sur ce point, se disputent et irriguent le terrain juridique. Dans l'esprit du Code civil, la vente d'un bien s'apparente surtout au transfert d'une chose corporelle²⁵ ; là où la cession d'un droit réel consiste dans l'attribution, à une personne, d'une simple utilité d'un bien. Une différence fondamentale séparerait donc les deux types d'opérations (A). Mais existe un modèle théorique concurrent ; il tend à ramener la propriété à un droit réel et le droit réel à une forme de propriété. De cette identité de nature, notre droit de la vente comporte de plus en plus de traces (B).

A. La différence de nature

8. Miroir déformant de la propriété. La position la plus répandue en doctrine est de considérer que les droits réels n'ont absolument pas la même nature que la propriété dont ils sont pourtant extraits. Plusieurs thèses, à géométrie variable, accèdent cette idée, conforme à un large pan du droit positif.

1°) Théorisation de la différence

9. La propriété comme chose. Selon une pensée héritée du droit romain²⁶, la propriété s'identifie à la chose même (*proprietas*) qui est l'objet du transfert : le véhicule, l'immeuble, l'œuvre d'art... Cette approche matérialiste de la propriété imprègne le Code civil qui traite la plupart des biens (donc les choses appropriables) à travers leur corporéité²⁷. Au tout début du XIXe siècle, c'était la condition pour rompre avec le système féodal de la superposition des droits et assier l'exclusivisme du propriétaire, tout particulièrement foncier. Mesurer l'étendue des prérogatives de chacun supposait, en effet, de saisir physiquement les contours des héritages. A l'opposé, le démembrement se présente comme une abstraction - un droit sur une

²⁵ Le Code civil emploie d'ailleurs les termes symptomatiques de chose (livrée) (art. 1583), de marchandises (art. 1585), de « chose périe », de « transport », de « remise »... Seul l'article 1607 fait référence à la tradition des droits incorporels qui a lieu, ou par remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait.

²⁶ Les romanistes du XI^e siècle rangent la propriété dans la catégorie des *res corporales* au motif qu'elle se confond avec la chose dominée. Sur cette conception : F. Zénati-Castaing, La propriété, mécanisme fondamental du droit, in Qu'en est-il de la propriété, Travaux IFR, 2006, p. 243.

²⁷ W. Dross, Une approche structurale de la propriété, RTDciv. 2012, p. 419, spéc. n° 11.

chose (*jus in re*) -, imaginé pour éclater entre plusieurs titulaires les attributs du propriétaire. Peu à voir donc entre la mutation d'un tel rapport juridique et celle d'une chose concrète.

10. Néo-personnalisation des droits réels. Initiée par Ginossar, la théorie néo-personnaliste des droits réels parvient à une conclusion voisine. Selon cette approche, la propriété est la seule prérogative à instaurer un rapport direct avec la chose. Tous les autres « liens réels » auraient pour objet la chose d'autrui²⁸ et seraient, par conséquent, de nature « obligationnelle ». Ils impliqueraient forcément une relation entre deux personnes : le propriétaire de la chose grevée, « obligé » envers le titulaire du droit réel. A cette aune, il n'y aurait aucune commune nature entre la propriété et les prétendus démembrements, puisqu'ils n'en sont pas des émanations, ni des fractions : ils ne confèrent à leur bénéficiaire aucun droit direct sur la chose²⁹. L'utilité offerte passe par le propriétaire, « dont la souffrance rend possible le service de la chose et donc en participe »³⁰. Verdict : il n'est pas pensable d'assimiler le transfert d'une charge réelle à celui de la propriété d'un bien.

2°) Expressions de la différence

11. Quant au domaine de la cession. L'originalité du droit réel rejaillit, tout d'abord, sur le domaine de la cession. Pour transmettre un objet, encore faut-il qu'il existe au préalable. Les théories discriminant les droits réels par rapport à la propriété opposent logiquement la constitution et la mutation du droit. L'opération de création d'un droit sur la chose d'autrui³¹ ne peut s'apparenter à une forme d'aliénation dès lors que le droit démembré ne gît pas dans la propriété.

Cette analyse se vérifie techniquement. L'utilité retirée au propriétaire n'est pas systématiquement offerte au titulaire du droit réel. Par exemple, se priver de construire sur son terrain n'entraîne pas de transfert du droit de construire au bénéfice du fonds dominant voisin. S'ajoute, qu'à la différence de l'acte constitutif, l'acte translatif ne modifie pas la structure du droit réel, notamment sa durée³², qui continue de dépendre des conditions primitives de création du droit.

12. Quant au régime de la cession. Toutes les fois qu'un texte sur la vente cible un bien matériel, le principe est de ne pas l'appliquer à l'aliénation des droits. En effet, une part importante du droit positif est écrite en regard de la chose même qui est vendue. L'illustration est fournie par la législation immobilière, qui prend pour point d'ancrage l'immeuble par nature. On le voit à travers l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation instituant, au profit de l'acquéreur immobilier, un droit de rétractation pour « tout acte ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation », mais aussi de l'article L. 271-4 du même code prescrivant d'annexer un dossier de diagnostic technique à la vente de tout ou partie d'un immeuble bâti. De même, en matière d'installations classées pour la

²⁸ F. Zénati-Castaing et T. Revet, *op. cit.*, n° 289.

²⁹ F. Zénati-Castaing, Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *RTD civ.* 1993, p. 305 et s.

³⁰ F. Zénati-Castaing et T. Revet, *op. cit.*, n° 292. V. l'article 599 du Code civil prescrivant au nu-propriétaire de ne pas nuire de quelque manière que ce soit aux droits de l'usufruitier.

³¹ Comme l'attribution directe de l'usufruit (*per translationem*) à un tiers, ou encore la convention établissant une servitude.

³² R. Libchaber, Une cession temporaire d'usufruit ?, *Rép. Defrénois* 2008, art. 38816, p. 1656.

protection de l'environnement (ICPE), l'obligation spéciale d'information qui pèse sur le vendeur est due en cas de vente du « terrain » ayant supporté une telle installation (C. env., art. L. 514-20). On peut encore citer le droit de préemption urbain, qui ne s'applique normalement pas aux cessions de droits réels immobiliers (C. urb., art. L. 213-1)³³. Tonalité identique du côté du droit de préemption de la SAFER avant sa récente extension³⁴ : la jurisprudence considérait alors que l'aliénation des biens immobiliers déclenchant l'application du mécanisme ne comprenait pas les droits démembrés³⁵.

L'observation vaut pour les choses incorporelles. Certains de leurs régimes sont pareillement liés au transfert (de la propriété) du bien lui-même. C'est semble-t-il le cas des obligations particulières inhérentes à la cession de fonds de commerce (C. com., art. L. 141-1).

En résumé, le transfert des démembrements, au motif qu'ils ne concernent que des utilités particulières de la chose, échappe à la plupart des règles gouvernant la vente de tel ou tel bien spécifique³⁶. Cette vision « différencialiste » est cependant dépassée par des analyses prônant l'identité de nature de tous les droits réels, complets ou démembrés.

B. L'identité de nature

13. Thèses du grand rapprochement. Des écrits doctrinaux, là encore hétérogènes, confèrent une même nature à la propriété et à ses démembrements. Une partie du droit positif reflète cette tendance en alignant le régime de la cession de droits réels sur le droit commun de la vente.

1°) Théorisation de l'identité

14. La propriété comme droit. A la suite de Planiol³⁷, s'est imposée l'idée que la vente ne transfère pas tant la chose elle-même que le droit que la personne détient sur elle³⁸. Cette conception s'est largement démocratisée³⁹. Elle fait écho à la théorie dite classique de la propriété, qui dépeint l'institution comme un droit réel parmi les autres⁴⁰. La propriété serait seulement le plus complet de tous, en ce qu'elle réunit entre les mêmes mains la totalité des pouvoirs relatifs à la chose. Mais ces prérogatives - volontiers réduites à l'*usus*, au *fructus* et à l'*abusus* - peuvent aussi se scinder et se distribuer sous la forme de droits réels incomplets. Versions décomposées du droit de propriété⁴¹, ils partagent avec lui la même nature. Au plan de la transmission, il est alors toujours question de céder des droits (patrimoniaux).

³³ J.-Cl. Constr.-Urb., Fasc. 13-25, D. Dutrieux et V. Zalewski-Sicard, n° 54.

³⁴ V. infra, n° 18.

³⁵ B. Grimonprez, Le droit de préemption de la SAFER, LexisNexis, 2016, n° 34.

³⁶ V. par ex. que la création d'un droit réel par bail à construction n'est pas soumise au droit de préemption urbain à défaut de transfert de propriété (C. Saint-Alary-Houin, Bail à construction, Rép. Civ. Dalloz, n° 49).

³⁷ M. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, T. I, LGDJ, 11e éd., 1938, n° 2337.

³⁸ W. Dross, Le transfert de la propriété en droit français, RDC 2013/4, p. 1694.

³⁹ V. par ex. : F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque, op. cit., n° 185 et s.

⁴⁰ On doit aux postglossateurs, dont Bartole, la transformation du *dominium* romain, vu comme une puissance sur une chose (*plena in re potestas*), en une espèce de droit réel (*jus in re*) permettant de disposer complètement d'une chose : F. Zénati-Castaing et T. Revet, op. cit., n° 166.

⁴¹ C. Atias, Droit civil, Les biens, LexisNexis, 12^{ème} éd., 2014, n° 79.

15. La propriété somme d'utilités. Le professeur Dross propose une définition « utilitariste » de la propriété aux conséquences assez similaires. La propriété est, selon lui, un droit réel qui procure la maîtrise absolue d'une chose, c'est-à-dire qui réserve au propriétaire l'ensemble de ses utilités saisies sous l'angle de leur valeur d'usage (jouissance) et de leur valeur d'échange (disposition)⁴². A cet égard, l'auteur ne réfute pas le schéma du démembrement dès lors que c'est une manière de dissocier les utilités des biens en principe fusionnées dans la propriété. Au moyen du droit réel, « il s'agit d'arracher une utilité de la chose pour la conférer à un autre que le propriétaire »⁴³.

Monsieur Dross renverse d'autant plus les perspectives qu'il conteste à l'usufruit la qualification de démembrement⁴⁴. Etant donné que l'usufruitier accapare toutes les utilités de la chose, n'en laissant aucune au nu-propriétaire, l'usufruit serait nécessairement une espèce de propriété temporaire. La technique procéderait à une appropriation successive du bien, de la part de l'usufruitier d'abord puis, à terme, du nu-propriétaire⁴⁵.

16. La propriété des droits. Une dernière théorie paraît avoir définitivement abattu la frontière conceptuelle qui séparait la propriété et les droits réels : c'est celle de la propriété des droits. Elle a paradoxalement été développée par le courant néo-personnaliste, pourtant défenseur de l'irréductibilité de la propriété⁴⁶. Le raisonnement est le suivant : parce qu'ils font partie du patrimoine, toutes les espèces de droits, réels comme personnels, sont qualifiables de biens susceptibles, comme tels, d'appropriation⁴⁷. Cette lecture est devenue si banale qu'on n'y prête plus attention : « l'usufruitier est propriétaire du droit réel que constitue l'usufruit » écrit madame Mathieu⁴⁸. Si tous les droits (démembrés) sont revêtus de l'habit de la propriété, s'estompe le critère qui distingue fondamentalement ceux-ci de celle-là⁴⁹. Ainsi la faculté de disposer juridiquement du bien appartient-elle à tous les titulaires de droits. La cession retourne alors dans le giron des règles ordinaires de la vente puisque c'est la propriété du démembrement qui est l'objet de l'aliénation.

2°) Expressions de l'identité

17. Quant au domaine de la cession. L'assimilation du droit réel à un fragment de la propriété signifie qu'il est déjà latent au sein de celle-ci⁵⁰. D'où l'analyse possible de sa constitution au profit d'un tiers comme une espèce de transfert, celui d'une utilité déjà contenue dans la chose.

⁴² W. Dross, *Les choses*, op. cit., n° 8 et s. ; adde, *Droit des biens*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2017, n° 8 et s.

⁴³ W. Dross, *Droit des biens*, n° 115.

⁴⁴ W. Dross, *Droit des biens*, n° 80 et s. V. déjà : J. Carbonnier, op. cit., n° 104 : considérant l'usufruit comme une propriété temporaire limitée aux fruits ; même sens : P. Kouraleva, *L'usufruit, démembrement du droit de propriété ?*, LPA 19 juin 2009, p. 6.

⁴⁵ V. aussi l'analyse de l'emphytéose comme une propriété temporaire : Ph. Rémy, obs. sous Cass. 3e civ., 15 mars 1983 : RTD civ. 1983, p. 757.

⁴⁶ S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960.

⁴⁷ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, 4^{ème} éd., 1873, T. VI, § 576.

⁴⁸ M.-L. Mathieu, *Droit civil, Les biens*, Sirey, 3^{ème} éd., 2013, n° 597.

⁴⁹ Dans la tradition civiliste, l'exclusivité serait la marque de la propriété, signifiant que les tiers ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du droit. En matière de droits toutefois, les notions de titularité ou d'opposabilité suffiraient à expliquer leur nécessaire respect par les tiers.

⁵⁰ F. Terré et P. Simler, *Les biens*, op. cit., n° 777. Ce que le droit romain connaissait autrefois sous le nom de théorie de l'usufruit causal.

La pratique est sensible à cette présentation, utilisant souvent le canal de la cession - de la nue-propriété ou de l'usufruit - pour procéder au démembrement⁵¹.

18. Quant au régime de la cession. L'identité de nature entre droits réels et propriété se traduit logiquement par l'identité de régime de leur cession. Certaines règles de la vente sont indiscutablement communes, parce qu'inhérentes à la dynamique translatrice et adaptables à n'importe quel objet. Les conditions de formation du contrat – accord sur la chose et sur le prix – sont analogues quel que soit le genre de droit cédé. Par exemple, le mécanisme de la rescision pour lésion en matière de vente d'immeuble fonctionne y compris pour l'aliénation de simples droits immobiliers⁵². Le transfert de « la propriété du droit » s'opère également instantanément et définitivement, nonobstant la précarité de certaines figures comme l'usufruit⁵³. Enfin, toutes les garanties – d'éviction, des vices cachés - ont lieu de se déployer, même si la nature immatérielle des droits transmis les rend plus abstraite.

Des différences de traitement, on l'a vu, peuvent néanmoins subsister dans certains droits spéciaux⁵⁴. En même temps, des dispositions récentes cherchent à tirer la cession de droit réel vers le régime de la vente. C'est le cas des articles 1589-1 et 1589-2 du Code civil qui visent tous deux, en plus des immeubles par nature, les droits immobiliers : le premier pour prohiber les engagements d'achat, contre rémunération, en matière immobilière ; le second pour soumettre à enregistrement, à peine de nullité, les promesses de vente. Même volonté pour l'article L. 254-6 du Code de la construction et de l'habitation qui étend les mesures de protection de l'acquéreur immobilier (délai de rétractation : CCH, art. L. 271-1 et s.) aux actes conclus en vue de l'acquisition des droits réels afférents aux logements, objet d'un bail réel immobilier.

Cet élan de rapprochement s'opère aussi dans le secteur, très mouvant, des droits de préemption. Au départ, ces dispositifs d'ordre public avaient vocation à s'appliquer au seul transfert de la propriété des immeubles. Un élargissement à la vente de l'usufruit et de la nue-propriété avait déjà eu lieu pour le droit de préemption du preneur à bail rural (C. rur., art. L. 412-2)⁵⁵. Les prérogatives des SAFER ont suivi la même trajectoire. Le principe est qu'elles bénéficient d'un droit de préemption en « cas d'aliénation à titre onéreux de biens immobiliers à usage agricole et de biens mobiliers qui leur sont attachés ou de terrains nus à vocation agricole » (C. rur., art. L. 143-1). La lutte contre la fraude a cependant conduit le législateur à y soumettre les aliénations de l'usufruit et celles de la nue-propriété⁵⁶.

⁵¹ Tendances qui existent aussi en jurisprudence : v. par ex. parlant de vente d'usufruit pour un acte constitutif : Cass. 3^e civ., 5 janv. 2010, n° 08-19.647. Dans la loi, les dispositions relatives au droit de préemption de la SAFER visent les cas de cession ou d'aliénation de l'usufruit expressions qui, de l'avis de tous, englobent les hypothèses de constitution du droit (C. rur., art. L. 141-1-1 et L. 143-1). Enfin, la « cession temporaire d'usufruit » visée par le droit fiscal concerne les créations pour une durée déterminée : v. infra, n° 24.

⁵² Pour un usufruit : Cass. req. 9 juill. 1855, DP 1855, 1, 385 ; Cass. 3^e civ., 3 oct. 1991, n° 90-12.951. Pour une servitude : CA Rouen, 2 juill. 1951, S. 1952, 2, 60.

⁵³ Sur la question, v. infra, n° 24.

⁵⁴ V. supra, n° 12.

⁵⁵ L. n° 73-632, 15 juill. 1975 portant modification du statut du fermage.

⁵⁶ La SAFER ne peut, cela dit, préempter la nue-propriété de ces biens que dans les cas où elle en détient l'usufruit ou est en mesure de l'acquiescer concomitamment, ou lorsque la durée de l'usufruit restant à courir ne dépasse pas 2 ans (C. rur., art. L. 143-1).

Récemment, c'est la jurisprudence qui travaille à disqualifier les cessions de droits réels pour les rapatrier au sein du régime de la vente d'immeuble. Plusieurs décisions ont ainsi jugé que les cessions conjointes de la nue-propriété et de l'usufruit au profit de la même personne ou de « personnes ayant une communauté d'intérêts » devaient s'analyser comme la cession de la pleine propriété du bien. L'objectif : faire en sorte que ces montages n'échappent plus au droit de préemption (ici de la SAFER)⁵⁷. Pareille approche n'est pas inédite⁵⁸. Sa réitération témoigne d'une volonté des juges de combattre, autrement que par la fraude, les démembrements présumés artificiels. La technique choisie interpelle, puisqu'il s'agit de placer sur un même niveau la création de droits réels et la mutation de la pleine propriété du bien.

Sur la nature – et donc le sort – de la transmission des droits démembrés, le cœur de notre système juridique balance continuellement. Tantôt, celle-ci est perçue comme une opération originale, à laquelle tout le droit de la vente n'est pas adapté. Tantôt, elle est assimilée à une vente de chose, spéciale certes, mais englobée dans le régime commun. Source d'imprévisibilité, cette versatilité du droit est aussi la condition de sa plasticité. Reste, au-delà de ce constat (d'échec ?), à s'interroger sur l'apparente homogénéité des actes translatifs de droits réels, laquelle pourrait bien n'être qu'un leurre.

II. L'homogénéité de la cession de droits réels ?

19. Relativité absolue. Vue d'assez haut, à l'échelle théorique, la cession des droits réels semble suivre le chemin – défriché - du transfert de la propriété. L'exploration des soubassements techniques dément, en partie, cette vision unitaire pour révéler des situations juridiques plus contrastées. On ne cède pas tous les droits réels selon le même canevas, pour obtenir les mêmes effets. La nature de l'objet transmis exerce sa force perturbatrice de la mécanique translative. C'est que les différents types de démembrements ont des structures et des caractères fort dissemblables. A la différence de la propriété, ils ne sont jamais complets et autonomes. Aussi s'amarrent-ils, tels des accessoires, à un objet principal qui commande leur destin. Trois schémas peuvent être dégagés qui correspondent, selon nous, à leurs modes de transmission : le droit réel accessoire de la chose (A), le droit réel accessoire de la personne (B) et le droit réel accessoire du contrat (C).

A. Le droit réel accessoire de la chose

20. Transmission de la chose augmentée. Les servitudes se distinguent des autres droits réels par cela qu'elles sont établies au profit d'un fonds et non d'une personne (C. civ., 686 et 687). De là vient que la transmission (active) d'une servitude ne peut intervenir isolément, sans l'aliénation du bien à qui elle bénéficie⁵⁹. La charge ne passe à un autre titulaire qu'avec la

⁵⁷ Cass. 3^e civ., 15 déc. 2016, n° 15-27.518 : JCP N 2017, 1117, note B. Grimonprez ; Cass. 3^e civ., 24 mai 2017, n° 16-11.530 ; Cass. 3^e civ., 15 févr. 2018, n° 16-21.240 : « Mais attendu (...) que la vente litigieuse n'avait pas constitué une cession isolée de nue-propriété ou d'usufruit, mais avait porté sur l'entière propriété du bien, laquelle, par une même opération, avait quitté le patrimoine de la venderesse pour être cédée à des personnes membres d'une même famille procédant entre elles à son démembrement ». Adde, Cass. 3^e civ., 31 mai 2018, n° 16-25.829 : RD rur. 2018, comm. 136, obs. H. Bosse-Paltièrre, F. Collard et B. Travely.

⁵⁸ Cass. civ., 26 avr. 1948 : S. 1949, 1, p. 31 ; RTD civ. 1948, p. 479, obs. J. Carbonnier : ayant jugé non aléatoire et rescindable pour lésion la cession simultanée, mais à des acquéreurs différents, de l'usufruit et de la nue-propriété.

⁵⁹ G. Cornu, Droit civil, Les biens, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007, n° 92.

permutation de propriétaire à la tête du fonds dominant. Il n'existe, en l'occurrence, aucune indépendance du droit réel par rapport à la propriété dont il est l'accessoire⁶⁰. *Ambulat cum dominio*. Mieux, le service est automatiquement transmis à l'acquéreur de l'immeuble, à l'instar des autres qualités de la chose. La cession du droit ne nécessite pas d'acte séparé ; elle découle entièrement de la vente de l'immeuble. D'où l'importance de faire mention de la servitude au titre de la description du bien aliéné afin de délimiter le champ de l'obligation de délivrance⁶¹.

Avec la propriété, la servitude partage un autre attribut : la vocation à la perpétuité. Là encore, sauf rapport établi pour un temps déterminé, le service suit le parcours infini du fonds dominant dont il augmente l'utilité⁶². On comprend alors l'interrogation de certains : la servitude est-elle bien un droit réel ? Elle reconfigurerait plutôt l'objet même de la propriété, en contribuant à son organisation spatiale, du côté actif comme du côté passif⁶³.

A cette lumière, la question est moins celle de la transmissibilité de la charge foncière – acquise de plein droit – que de son opposabilité. Celle-ci ne se pose pas avec la même acuité pour les servitudes conventionnelles et les servitudes légales. Les charges établies par un titre ne sont opposables, lors d'une mutation immobilière, que si elles ont été publiées à la publicité foncière⁶⁴ ; à moins, concède la jurisprudence, qu'elles aient été mentionnées au contrat de vente ou que l'acquéreur du fonds servant en ait eu connaissance⁶⁵. De ces observations, appert que la servitude représente davantage un élément (incorporel) de l'héritage aliéné qu'un véritable droit sur la chose d'autrui vendu concomitamment au fonds.

B. Le droit réel accessoire de la personne

21. Usufruit : parts de l'inné et de l'acquis. L'usufruit, comme droit réel, se démarque par son lien indissoluble avec la personne au profit de qui il a été constitué⁶⁶. C'est un trait de sa double limitation, dans le temps et dans son étendue.

L'usufruit est un droit viager par essence⁶⁷. Même accordé à une personne morale, il ne peut pas excéder 30 ans (C. civ., art. 619). Cette durée de vie est inscrite dans le droit dès sa naissance, sans qu'un changement ultérieur de titulaire (par donation ou vente) puisse venir la modifier. Nul en effet ne peut transmettre plus de prérogatives qu'il n'en a (*nemo plus juris...*). En résulte un effet singulier : la durée de l'usufruit dépend, quoi qu'il arrive, du temps de vie du cédant. Le décès de l'usufruitier originaire provoque fatalement l'extinction du droit du

⁶⁰ P. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2017, n° 1123 ; W. Dross, *Le transfert de la propriété en droit français*, art. préc., n° 12.

⁶¹ C. civ., art. 1615 : « L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires ».

⁶² A ceci près que les servitudes s'éteignent en cas d'impossibilité d'usage (C. civ., art. 703).

⁶³ W. Dross, *Les choses*, op. cit., n° 382. Adde, C. Atias, *La mutabilité des servitudes conventionnelles* : RTD civ. 1979, p. 245.

⁶⁴ D. n° 55-22 du 4 janv. 1955, art. 28-1°

⁶⁵ Cass. 3^e civ., 16 sept. 2009, n° 08-16.499 : Bull. civ. III, n° 195 ; Cass. 3^e civ., 16 mars 2011, n° 10-13.771 : Bull. civ. III, n° 41.

⁶⁶ J. Carbonnier, *Droit des biens*, n° 96. Adde, F. Julienne, *La dualité des droits de jouissance*, Dr. patr. 2017, n° 273. 15 : l'auteur distinguant les droits réels de jouissance « attachés à la personne » et les autres.

⁶⁷ C. civ., art. 617 : « L'usufruit s'éteint : Par la mort de l'usufruitier ». La disposition est d'ordre public : M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. III, *Les biens*, 2^{ème} éd., par PICARD, n° 862.

cessionnaire, ce dernier serait-il une personne morale. A l'inverse, la mort du cessionnaire laisse intact l'usufruit, qui se trouve dévolu à ses héritiers pour la durée de vie du cédant (personne physique).

22. Vente aléatoire. L'acte d'aliéner, à titre onéreux, un usufruit offert à un particulier fait partie des opérations aléatoires⁶⁸. Cette caractéristique n'est cependant pas l'apanage de la vente d'usufruit ou de ses diminutifs. Les ventes réalisées moyennant rente viagère portent les mêmes stigmates. L'usufruit viager pose surtout des soucis d'évaluation monétaire. A cette tâche délicate, il est difficile d'échapper, généralement pour des considérations successorales (respect de la réserve héréditaire en cas de donation) ou bien fiscales (calcul des droits de mutation)⁶⁹. Construit sur une base immobilière, l'usufruit perturbe alors le mécanisme de la rescision pour lésion supérieure aux sept douzièmes (C. civ., art. 1674). L'aléa chasse en l'occurrence toute lésion⁷⁰.

23. Problèmes relationnels. L'usufruitier, dans son rapport à la chose, doit souffrir la présence tutélaire du nu-propiétaire. Il en reste l'« obligé » – à travers la charge de conserver la substance de la chose (C. civ., art. 578) –, nonobstant la cessibilité de son droit. Raison qui fait dire que la vente de l'usufruit ne décharge pas complètement celui qui s'en sépare. Une partie significative de la doctrine estime qu'il doit rester garant envers le nu-propiétaire des actes commis par son successeur, notamment les abus de jouissance⁷¹. Pris dans une relation « réelle », l'usufruitier ne peut pas s'en évader par le simple abandon (gratuit ou onéreux) de son droit au profit d'autrui. La situation n'est pas sans présenter certaines similitudes avec la translation des droits personnels.

Corrélativement, l'ayant droit d'un usufruitier n'est pas placé exactement dans la même position que son auteur⁷². Il n'est pas l'usufruitier « authentique ». C'est ce qu'estime la jurisprudence à propos de la consolidation de l'usufruit. Aux termes de l'article 617 du Code civil, l'extinction de l'usufruit par consolidation suppose la réunion sur la même tête des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire ; et la Cour de cassation d'affirmer « qu'à cet égard, le cessionnaire de l'usufruit ne saurait être assimilé à l'usufruitier »⁷³. Autrement dit, celui qui recueille l'usufruit d'un bien, en sus de sa nue-propiété, devient titulaire de droits

⁶⁸ V. par ex. s'agissant d'une obligation d'entretien et de soins au profit de la personne titulaire d'un droit d'usage et d'habitation : Cass. 3^e civ., 4 juill. 2007, n° 06-13.275.

⁶⁹ Selon l'article 621, alinéa 1er du Code civil : « En cas de vente simultanée de l'usufruit et de la nue-propiété d'un bien, le prix se répartit entre l'usufruit et la nue-propiété selon la valeur respective de chacun de ces droits, sauf accord des parties pour reporter l'usufruit sur le prix ».

⁷⁰ En ce sens : Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 1959 : D. 1960. 244 ; Cass. 1^{re} civ., 1er juill. 1986, n° 85-10.780 : Bull. civ. 1986, I, n° 192. Pour la réserve d'un droit d'usage et d'habitation : Cass. 1^{re} civ., 19 juill. 1983, n° 82-13.162 : Bull. civ. I, n° 212. L'action en complément de part à l'occasion des opérations de partage devrait également se trouver paralysée par l'aléa : P. Veaux-Fournerie, J.-Cl. Civ., art. 578 à 581, Fasc. Usufruit, 2008, n° 101.

⁷¹ C. Aubry et C. Rau, Droit civil français, T. II, 7^{ème} éd., 1961, par P. Esmein, § 230 ; M. Planiol et G. Ripert, op. cit., T. III, par PICARD, n° 813.

⁷² Par exemple, la dispense du nu-propiétaire de fournir caution est, en principe, personnelle à l'usufruitier. En cas de cession de l'usufruit, le cessionnaire ne profite donc pas automatiquement de cette clémence.

⁷³ Cass. 3^e civ., 26 janv. 1972, n° 70-12.594 : Bull. civ. 1972, III, n° 69 ; JCP G 1972, II, 103, obs. G. Goubeaux ; RTD civ. 1972, p. 619, obs. J.-D. Bredin.

juxtaposés qui ne fusionnent pas ; l'acquéreur est ainsi techniquement traité comme un tiers au profit de qui la consolidation ne peut pas opérer⁷⁴.

24. Vente temporaire ? Pour ajouter à la curiosité, la pratique (notariale) s'adonnerait à la « cession temporaire d'usufruit », expression visant les déplacements du droit réel pour une période déterminée⁷⁵. Pour en mesurer la portée, on prendra garde à ne pas confondre deux opérations : la constitution – pour un temps donné - du démembrement et sa transmission.

En dépit du vocabulaire employé, la première figure s'éloigne de la vente par son caractère précaire. Elle tire davantage vers le modèle de la location⁷⁶. Dans cet esprit, la « cession temporaire d'usufruit » fait désormais l'objet d'un traitement fiscal particulier : le prix de l'opération est imposé dans la catégorie des revenus (avec soumission au barème progressif) et non pas dans celle des plus-values (CGI, art. 13-5). Certains statuts locatifs d'ordre public n'hésitent pas non plus à voir dans la « cession d'usufruit » à durée fixe les traits d'un bail déguisé, susceptible de requalification⁷⁷.

La transmission, pour un certain délai, d'un usufruit préconstitué soulève d'autres difficultés. Apparemment admise en pratique⁷⁸, cette « cession temporaire » est étrangère à notre conception de la vente. En dehors du cadre spécifique de la fiducie (C. civ., art. 2011 et 2018), le transfert de propriété a lieu en principe de manière définitive⁷⁹. Aussi l'aliénation de l'usufruit devrait-elle forcément s'effectuer pour toute la durée restant à courir du droit⁸⁰ : pas plus, pas moins. Aucune raison ne justifie ici de discriminer entre la vente de la pleine propriété et celle d'un démembrement.

C. Le droit réel accessoire du contrat

25. La loi des parties. Certains droits réels sont le fruit d'un accord de volontés auquel ils restent soumis leur vie durant. Le démembrement est, en ce cas, complètement façonné par le rapport contractuel : il n'existe pas sans lui, ni en dehors de lui. Comme illustration, on trouve l'emphytéose, indéfectiblement attachée au bail emphytéotique, mais aussi le droit réel né d'un bail à construction (CCH, art. L. 251-3), ou d'un bail à réhabilitation (CCH, art. L. 252-2), ou d'un bail réel immobilier (CCH, art. L. 254-1), voire d'un bail réel solidaire (CCH, art. L. 255-1). D'autres droits *sui generis* (droit réel spécial de jouissance, droit privatif de jouissance des

⁷⁴ Sur les justifications de cette solution : B. Losfeld, La consolidation. Réflexions sur un mode particulier d'extinction de l'usufruit, RTD civ. 2007, p. 1, n° 29 et s. ; v. déjà : M. Planiol, G. Ripert et M. Picard, Traité pratique de droit civil français, T. III, Les biens, LGDJ, 1926, n° 870, p. 806.

⁷⁵ On prendra garde au fait que le droit fiscal, par « cession temporaire d'usufruit », vise aussi la constitution même du droit pour un terme fixe (BOI-IR-BASE-10-10-30-20170406).

⁷⁶ O. Tournafond, La cession temporaire d'usufruit peut devenir une alternative à la location, Dr. et patr. mars 2008, p. 18. V. l'assimilation, par l'administration fiscale, de la cession temporaire d'usufruit d'un fonds libéral à une mise en location de la clientèle : CE, 11 mai 1984, n° 38025 et n° 37522, Aubry.

⁷⁷ CA Bourges, ch. civ., 23 mars 2017, n° 16/00045 : JurisData n° 2017-006617.

⁷⁸ J.-F. Pillebout, J.-Cl. Notarial formulaire, V° Usufruit - Fasc. 20, 2016, n° 32.

⁷⁹ La vente dite « avec faculté de rachat » par le vendeur fait l'objet de dispositions spécifiques, encadrant notamment son exercice dans un délai de 5 ans (C. civ., art. 1659 à 1673).

⁸⁰ R. Libchaber, Une cession temporaire d'usufruit ?, art. préc., p. 1656.

parties communes⁸¹) peuvent correspondre à ce schéma, surtout s'ils participent de relations synallagmatiques successives : les prérogatives sur la chose ne sont alors qu'une pièce d'un tissu obligationnel plus large.

26. Empire de la cession de contrat. Dans ce contexte, la cession du droit réel se confond nécessairement avec celle du titre constitutif : c'est cette chose-là, le contrat, qui représente l'objet de la vente⁸². Les textes peuvent paraître équivoques quand ils parlent de la cession de « tout ou partie du droit réel » détenu par le preneur à bail (emphytéotique, à construction...)⁸³. Ils laissent entendre que droit réel pourrait muter seul et s'exiler loin du contrat. La situation est tout bonnement inconcevable⁸⁴. Si la saisie du droit par un créancier peut bien opérer son attribution à un non-preneur, en revanche sa transmission autonome n'a pas grand sens. Le législateur en fait, lui-même, l'aveu écrit à l'article L. 251-3 du Code de la construction et de l'habitation : « les cessionnaires (des droits d'un bail à construction) sont tenus des mêmes obligations que le cédant qui en reste garant »⁸⁵. Cela signifie que le transport du droit suppose le transfert de la position contractuelle. L'un ne va pas sans l'autre.

27. Droits des contrats réels spéciaux. L'analyse fait dire que la cession de contrat constitue, en l'occurrence, la matrice de l'aliénation du droit réel. Pour bien faire, il faut donc commencer par se référer aux règles propres à la convention considérée. Petit florilège : la garantie due par le cédant d'un bail à construction jusqu'à l'achèvement de l'ensemble des constructions que le preneur s'est engagé à édifier (CCH, art. L. 251-3, al. 3)⁸⁶ ; l'offre préalable d'acquisition pour tout projet de cession des droits réels afférents aux logements, objet d'un bail réel immobilier (CCH, art. L. 254-5) ; ou encore l'agrément du cessionnaire d'un bail réel solidaire, ainsi que la prorogation de celui-ci à la suite du changement de preneur (CCH, art. L. 255-3)⁸⁷. Parce qu'il s'agit, dans ces exemples, de cessions de bail, le droit spécial des baux (réels) oblitère logiquement le droit spécial de la vente⁸⁸.

⁸¹ Perçu comme un « aménagement contractuel des modalités de jouissance des parties communes » (R. Leost, Le droit de jouissance exclusif sur une partie commune, AJDI 1995, p. 868), celui-ci résulte généralement d'une clause du règlement de copropriété ou d'une décision de l'assemblée générale.

⁸² V. le raisonnement similaire appliqué aux obligations réelles environnementales : W. Dross, L'originalité de l'obligation réelle environnementale en droit des biens, Énergie-Env.-Infrastr. 2017, Dossier 16.

⁸³ C. rur., art. L. 451-1 ; CCH, art. L. 251-3, al. 3.

⁸⁴ On ne confondra pas ici le droit réel conféré par le contrat sur la chose d'autrui, et le droit de superficie qui peut découler d'une construction, lequel est un droit sur sa propre chose, donc en partie indépendant du rapport contractuel.

⁸⁵ Adde, pour le bail à réhabilitation : CCH, art. L. 252-2 : « le cédant demeure garant de l'exécution du bail par le cessionnaire ».

⁸⁶ V. pour le bail à réhabilitation : CCH, art. L. 252-2 : « Ce droit est cessible nonobstant toute convention contraire. La cession ne peut être consentie qu'à l'un des organismes mentionnés au premier alinéa de l'article L. 252-1, avec l'accord du bailleur. Le droit ne peut être cédé que s'il porte sur la totalité de l'immeuble loué. Le cédant demeure garant de l'exécution du bail par le cessionnaire ».

⁸⁷ Le régime de la cession des droits d'un bail réel solidaire est pour le moins original, puisque celui qui les acquiert en tant que preneur conclut un nouveau bail avec l'organisme de foncier solidaire ; ces mêmes droits sont automatiquement retirés du bail initial conclu entre l'opérateur et l'organisme de foncier solidaire (CCH, art. L. 255-3, al. 3).

⁸⁸ Le même phénomène se produit lorsqu'entre en compétition le droit de la copropriété. V. Cass. 3^e civ., 17 déc. 2013, n° 12-23.670 : « que le droit de jouissance privative d'une partie commune, attaché par le règlement de copropriété à un lot, ne peut être cédé en tout ou partie au propriétaire d'un autre lot qu'avec l'accord du syndicat des copropriétaires ».

28. Le droit commun des obligations en toile de fond ? En l'absence de règles particulières, retour doit normalement être fait aux dispositions des nouveaux articles 1216 et suivants du Code civil décrivant le régime de la cession de contrat. Il tient en quelques dispositions. L'opération suppose l'accord préalable de la partie cédée. Pour être valable, elle doit être constatée par écrit, puis notifiée au cédé pour lui être opposable (s'il y avait consenti par avance). Quant à la libération du cédant pour l'avenir, elle est subordonnée au consentement exprès de l'autre partie. La nature réelle du droit transmis justifie toutefois d'écarter légèrement le droit commun des obligations. Les arrêts se suivent et se ressemblent : le pouvoir direct sur la chose a pour corollaire la libre cessibilité du droit, résolument incompatible avec une quelconque autorisation de la partie cédée⁸⁹. La jurisprudence en fait une affaire de principe ; le rapport réel, serait-il contractuel, doit pouvoir se transmettre sans achopper sur la personne du cocontractant.

29. Epilogue. Au confluent des droits des biens et des contrats, on s'aperçoit que la cession de droit réel fait l'objet de perceptions différentes selon le type de règles concernées. Il n'y a pas, en la matière, de dogme de la solution unique. Une approche matérialiste, qui focalise sur la chose vendue, a tendance à ne pas y voir une véritable vente. Là où une approche économique sera plus favorable à un alignement des régimes, dans l'idée de transfert des utilités de la chose. Le droit positif se garde bien de trancher, préférant adopter une position pragmatique – donc fluctuante - en fonction des intérêts en cause. Au-delà de ces considérations, le régime de la cession se perd littéralement dans les méandres techniques de chaque droit réel. Les différences sont, pour le coup, si criantes qu'elles relativisent le sens opérationnel d'une catégorie qui continue d'autant plus d'exister qu'elle reste impénétrée.

⁸⁹ Cass. 3^e civ., 10 avr. 1991, 89-20.276 : Bull. civ. III, n° 114 ; Cass. 3e civ., 24 sept. 2014, n° 13-22.357.