




L'ordre public permet-il que soit créé un droit réel perpétuel ?

(Civ. 3^e, 31 oct. 2012, n° **11-16** ► **304**, à paraître au Bulletin ; D. 2013. 53, obs. A. Tadros , note L. d'Avout et B. Mallet-Bricout  ; RDI 2013. 80, obs. J.-L. Bergel  ; JCP G 2012. 2352 note F.-X. Testu ; RDI 2013. 80, note J.-L. Bergel ; RLDC 1^{er} févr. 2013. 7, note J. Dubarry et M. Julienne ; LPA 16 janv. 2013, note F.-X. Agostini ; Defrénois, 2013. 12, note L. Tranchant)





William Dross, Professeur à l'Université de Lyon (Jean Moulin)

L'article 543 clôt le premier titre du second livre du code civil en disposant que l'« on peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre ». Sont ainsi annoncés les titres deuxième (De la propriété), troisième (De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation) et quatrième (Des servitudes ou services fonciers). Cette disposition d'ordre purement pédagogique a pourtant servi au 19^e siècle à asseoir textuellement le principe du *numerus clausus* des droits réels (par ex. Demolombe, t. IX, n° 519). Hors de cette énumération, il serait interdit aux particuliers de créer, en recourant à la technique du démembrement, des droits réels non prévus par la loi. Bien qu'assez délaissée, la thèse du *numerus clausus* conserve encore aujourd'hui quelques partisans et fait partie de l'imaginaire collectif des juristes. Elle vient une nouvelle fois d'être démentie par la Cour de cassation en des termes si nets que l'arrêt pourrait prétendre au rang de décision de principe si, en refusant de se prononcer clairement sur la question de la perpétuité des droits réels ainsi librement créés, les hauts magistrats ne manquaient finalement de répondre à la seule question qui fait véritablement problème.

Dans cette affaire une fondation, propriétaire d'un hôtel particulier, s'était réservée lors de sa vente en 1932 un droit d'occupation sur diverses parties de celui-ci. Soixante-quinze ans plus tard, l'acquéreur agit en expulsion de la fondation arguant de ce que ce droit de jouissance était nécessairement éteint. Pour l'acquéreur en effet, il devait être qualifié de droit d'usage et d'habitation et comme tel soumis aux règles de l'usufruit dont l'article 619 dispose qu'il ne peut être consenti pour une durée supérieure à trente ans lorsque son bénéficiaire n'est pas un particulier. Si les juges du fond accueillent l'argument et constatent l'extinction du droit réel ainsi qualifié, leur décision est annulée. Pour la Cour de cassation, il résulte des articles 544 et 1134 du code civil « que le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien ». C'est dire que les juges du fond ne devaient pas procéder à une intégration de ce droit réel dans la nomenclature du code mais respecter la configuration particulière que lui avaient donnée les parties. Le démenti apporté à la thèse du *numerus clausus* est cinglant, même s'il n'est pas nouveau. Dès 1834, la chambre des requêtes avait, dans son fameux arrêt *Caquelard*, affirmé ni le code civil « ni aucune loi n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible » (Cass. req., 13 févr. 1834, S. 1834. 1. 118 ; DP 1834. 1. 218). Bien que cette décision ait accédé au rang de « grand arrêt » (GAJC Dalloz, t. I, 2000, n° 60, p. 310) elle n'en est pas moins affectée d'une double infirmité. La première tient à son ancienneté : rendue à une époque où la proximité avec le système foncier de l'ancien régime était encore grande, on pouvait y voir l'appréciation de magistrats mieux accoutumés à l'ancien droit qu'au système du code. Surtout, l'attendu de principe correspondait mal aux faits de l'espèce puisque les deux litigants avaient été reconnus coïndivisaires du sol, si bien que le partage des utilités entre eux ressortissait bien moins à la

technique du démembrement qu'à celle d'un simple partage en jouissance des fruits et produits de la chose indivise. En réaffirmant aujourd'hui haut et fort la liberté de création des droits réels, la Cour de cassation conforte durablement la solution. Elle s'inscrit ce faisant dans la droite ligne des propositions de l'Association H. Capitant qui, dans son avant projet de réforme du droit des biens, instituent un « droit de jouissance spécial » (art. 608 s.), tout en montrant d'ailleurs par là qu'il est parfaitement inutile de réécrire le code sur ce point, aucune de ses dispositions actuelles ne bridant cette liberté créatrice. Ce désaveu de la thèse du *numerus clausus* des droits réels acté, reste alors à interroger les raisons qui ont poussé une partie des auteurs à la défendre. Schématiquement, trois arguments l'ont étayée, politique, technique et théorique. Au lendemain de la promulgation du code on a craint que, sous couvert de création de droits réels spéciaux, ne renaisse une féodalité larvée prospérant sur la multiplicité des emprises perpétuelles exercées sur l'immeuble. Cette objection politique n'a plus lieu d'être. L'argument technique a pris le pas jusqu'en 1955 puisqu'avant la réforme de la publicité foncière, il n'était pas possible de publier un tel droit, ce qui le vouait à l'inopposabilité aux tiers donc à l'inefficacité. Si aujourd'hui une frange de la doctrine soutient encore que seule la loi peut créer des droits réels à l'exclusion des volontés particulières, c'est en raison de la conception qu'elle se fait du droit réel. Refusant d'y voir un droit direct sur la chose, elle l'analyse, dans la lignée de Ginossar, comme un rapport d'ordre obligationnel entre le propriétaire et le titulaire du droit réel. Dès lors, puisqu'être titulaire d'un droit réel n'est plus accaparer directement une utilité de la chose mais avoir accès médiatement à cette utilité via l'engagement du propriétaire à un laisser jouir (et parfois davantage), le droit réel contraint la liberté de ce dernier. Il est donc impératif en retour, si l'on veut garantir la liberté individuelle des propriétaires, d'encadrer strictement la création des droits réels sur la chose d'autrui. En affirmant dans cet arrêt qu'ils peuvent être librement créés, la Cour de cassation donne indirectement des gages à l'analyse classique qui fait du droit réel un droit direct sur une utilité de la chose, sans engagement réel du propriétaire.

Il est donc possible de tenir aujourd'hui la question pour réglée : oui, le propriétaire est libre de conférer à autrui n'importe quelle utilité offerte par son bien à titre de droit réel. Reste à en définir le régime, principalement au regard de sa durée. C'était là tout l'enjeu du procès : la fondation pouvait-elle prétendre demeurer sans limite de temps dans l'hôtel particulier qu'elle avait vendu en 1932 ? Qualifié de droit d'usage et d'habitation, celui-ci devait s'éteindre au bout de trente ans par l'application combinée des articles 619 et 625, mais *quid* s'agissant d'un droit réel *sui generis* ? Sur cette question essentielle, la Cour de cassation demeure en retrait. Certes, la cassation n'est pas prononcée au seul regard de la requalification impropre du droit réel *sui generis* en droit d'usage et d'habitation. Elle l'est avant tout parce que les juges d'appel ont considéré ce droit comme nécessairement affecté d'un terme extinctif trentenaire « alors que les parties étaient convenues de conférer à La Maison de Poésie, pendant toute la durée de son existence, la jouissance ou l'occupation des locaux ». Reste que l'attendu de principe ne permet la création d'un droit réel que « sous réserve des règles d'ordre public » dont on peut alors se demander si l'affectation d'un terme extinctif n'en fait pas partie. Le droit réel était ici exclusivement réservé à la fondation sans possibilité de cession, fondation dont l'existence était affectée, comme celle de toute personne morale, d'un terme extinctif. La présence d'un terme, même assez largement théorique au regard de la possibilité de reconduire la personne morale à son échéance, a peut-être été jugée suffisante à assurer la conformité du droit réel à un ordre public qui continuerait de prohiber les démembrements perpétuels. Les Hauts magistrats se sont en effet gardés d'affirmer « que le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel *perpétuel* conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien ». Auraient-ils été fondés à s'avancer jusque-là ? On peut le penser. Notre système juridique connaît depuis toujours ces droits réels perpétuels que sont les servitudes. La généralisation de la publicité foncière permet aujourd'hui de protéger suffisamment l'acquéreur d'un bien en le mettant à même de connaître avec certitude

l'ensemble des droits grevant l'immeuble. Si l'utilité conférée à un tiers lui paraît trop confiscatoire du fait de sa perpétuité, libre à lui de renoncer à son acquisition ou d'obtenir du propriétaire et du titulaire du droit réel la cession concomitante de leur droit sur la chose afin d'en recouvrer la jouissance plénière. Sans détailler plus avant l'analyse, il semble que rien ne devrait brider la liberté de création d'un droit réel perpétuel. En revanche, si le droit réel peut à notre sens être conféré sans limitation de durée, il est de bonne politique de considérer qu'il doit continuer, à l'image des servitudes, à s'éteindre par non usage trentenaire afin que par ce mécanisme rédempteur, le propriétaire conserve toujours sa vocation théorique à voir réunies entre ses mains l'ensemble des utilités de la chose. Ce n'est toutefois pas semble-t-il le sens de l'arrêt rendu par la troisième chambre civile le 23 mai 2012 aux commentaires duquel nous renvoyons (Civ. 3^e, 23 mai 2012, n° 11-13.202, à paraître au Bulletin ; D. 2012. 1934 , note L. d'Avout  ; *ibid.* 2128, obs. B. Mallet-Bricout et N. Reboul-Maupin  ; RTD civ. 2012. 553, obs. T. Revet  ; JCP G 2012. 1557, note W. Dross).

Mots clés :

PROPRIETE * Droit réel * Droit réel perpétuel * Ordre public * Droit de propriété * Démembrement
* Liberté des parties