



HAL
open science

Le droit réel sui generis : droit commun et droit spécial

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Le droit réel sui generis : droit commun et droit spécial. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2024, 01, pp.277. <halshs-04571778>

HAL Id: halshs-04571778

<https://shs.hal.science/halshs-04571778v1>

Submitted on 3 Jun 2024

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.



HAL Authorization

Le droit réel *sui generis* : droit commun et droit spécial

N. Kilgus, Le droit réel sui generis : entre perspectives et interrogations, Études en l'honneur du professeur Iacyr de Aguilar Vieira, Société de législation comparée, 2022, p. 205

Frédéric Rouvière
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Laboratoire de théorie du droit

En parcourant les Mélanges offerts à la professeure brésilienne *Iacyr de Aguilar Vieira* et fraîchement reçus à la bibliothèque, votre serviteur a porté son regard sur la riche étude et la belle synthèse de Nicolas Kilgus à propos du droit réel *sui generis*. Enthousiasmé (comme toujours) par la perspective de cette lecture, il l'a chroniquée tout de go. Quelle ne fut pas sa surprise, au moment de sa relecture, de constater qu'elle était en réalité la reprise d'un article publié dans cette Revue (*Le droit réel sui generis* : plaider pour une utilisation décomplexée... et raisonnée, RTD civ. 2022. 515) ! Pour se consoler d'avoir perdu ce jeu de piste (sans indices), il s'est dit que, ma foi, cela lui permettait de discuter d'un article qui n'avait pas vocation première à être chroniqué et finalement il ne l'a pas retiré... Une certaine façon de transformer le mal en bien.

Ainsi, après avoir résumé les arguments principaux de l'article, nous souhaiterions montrer que le problème de la libre création des droits réels dont traite Nicolas Kilgus repose en réalité sur un problème de structure des catégories juridiques et notamment sur la façon dont le droit spécial doit se positionner au regard du droit commun. Derrière la question de droit positif, il y a, comme toujours, une question de méthode.

Depuis l'arrêt *Maison de Poésie* (Civ. 3^e, 31 oct. 2012, n° 11-16.304, D. 2013. 53, obs. A. Tadros, note L. d'Avout et B. Mallet-Bricout ; *ibid.* 2123, obs. B. Mallet-Bricout et N. Reboul-Maupin ; AJDI 2013. 540, obs. F. Cohet-Cordey ; RDI 2013. 80, obs. J.-L. Bergel ; RTD civ. 2013. 141, obs. W. Dross), la question des droits réels innommés ou *sui generis* se pose : le propriétaire peut-il les créer librement, sous réserve de l'ordre public, comme l'affirme la Cour (N. Kilgus, n° 3) ? Surtout, de tels droits prévus par les parties peuvent-ils être perpétuels (N. Kilgus, n° 4) ?

Nicolas Kilgus expose deux systèmes : le premier dans lequel « l'ordre [du code] l'emporte sur la volonté » ; le second où « le propriétaire demeure libre de définir les modalités de l'appropriation de ses biens et celles de leur exploitation » (N. Kilgus, n° 7). En faveur de cette seconde voie, on relève que les droits réels nommés ont un régime complet et strict (N. Kilgus, n° 12), ils imposent une rigidité « quant à leur assiette » (N. Kilgus, n° 13) et « quant à leur stabilité » (N. Kilgus, n° 14). Les possibilités d'évolution sont limitées. Pour cette raison, il est favorable à « une approche libérale de l'institution » (N. Kilgus, n° 16). « Le droit réel *sui generis* ne serait plus l'exception face à des droits réels nommés faisant office de principe » (N. Kilgus, n° 17).

Il reste que cette liberté se heurte à deux limites.

La première tient à la perpétuité. Il faut empêcher que le propriétaire perde la possibilité de reconstituer l'ensemble de ses prérogatives sur le bien (N. Kilgus, n° 17). À cet égard, Nicolas Kilgus distingue les relations « fonds/fonds » et « fonds/personne » considérant que seules ces dernières sont réellement concernées par l'interdiction de perpétuité (N. Kilgus, n° 22). Selon lui, « il n'existe, à notre sens, aucun argument permettant de faire de la limitation dans le temps un principe, à tout le moins dans des hypothèses où la propriété ne serait pas vidée de l'essentiel de ses utilités » (N. Kilgus, n° 22).

La seconde tient à l'assiette du droit. On retrouve la même idée : le propriétaire ne doit être privé de toutes les utilités de la chose : le droit doit rester une « répartition » (N. Kilgus, n° 25). En se fondant sur l'idée méthodologique qu'une « différence de nature [égale] différence de régime », il réaffirme que « le propriétaire ne saurait donner au droit réel innommé exactement le même contenu qu'un droit réel nommé tout en cherchant à s'affranchir d'une règle impérative du régime concerné » (N. Kilgus, n° 27).

La contribution de Nicolas Kilgus est certainement intéressante en ce qu'elle offre un panorama très complet des arguments et des problèmes suscités par la figure du droit réel *sui generis*. Le résumé que nous en avons effectué ne rend pas justice à la richesse de ses remarques et de ses exemples. C'est, qu'en réalité, nous souhaitons nous focaliser sur un aspect particulier qui semble être l'épine dorsale des difficultés : le rapport entre le droit commun et le droit spécial.

D'abord, le problème de la liberté de la création pose une double question : celle du caractère résiduel du droit commun et celle de sa valeur de modèle.

En effet, le droit commun est souvent envisagé comme subsidiaire : à défaut de règles spéciales, il va régir la situation. Le droit commun n'agit que dans les lacunes du droit spécial. Si ce droit commun est supplétif de volonté, alors les parties sont libres de créer un droit inconnu et inclassable, bref un droit qui suit son propre genre. En raisonnant de la sorte, le droit commun est progressivement évincé si bien que le droit *sui generis* peut s'affranchir du modèle de la propriété. Et c'est bien là le second point de questionnement : peut-on créer une forme de « propriété *bis* » qui serait perpétuelle tout en n'étant pas de la propriété ? Le droit commun ne s'illustre pas seulement dans sa fonction de comblement des lacunes, il a aussi valeur de modèle. L'articulation entre ces deux aspects est difficile et explique en grande partie la nature du débat sur la création des droits réels *sui generis*.

C'est, qu'ensuite, le rapport entre droit commun et droit spécial peut se modéliser de deux façons différentes. Ce problème a déjà été illustré sur d'autres questions (v., cette chron., RTD civ. 2017. 527 ; *ibid.* 2018. 776 ; *ibid.* 2022. 755), ce qui montre l'importance de la prendre au sérieux. C'est un authentique problème de structure ou de relations entre les catégories (J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, 3^e éd., 2018, n° 70 s.)

En effet, le droit spécial peut soit être inclus dans une catégorie plus générale, soit être posé « à côté du droit » commun, de façon autonome (F. Rouvière, *Argumentation juridique*, PUF, Thémis,

2023, n° 159). La première hypothèse correspond à l'exemple des contrats spéciaux, inclus dans la catégorie générale du contrat. La seconde hypothèse correspond à celles de l'autonomie des notions revendiquée par le droit pénal, le droit fiscal ou la Cour européenne des droits de l'homme. C'est ici la classique distinction entre différence de nature ou de degré qui se joue.

Dès lors, que dire du droit réel *sui generis* ? Est-il une sous-distinction de la catégorie générale de la propriété ou bien est-il une figure autonome qui la concurrence ?

Il nous semble que seule la première branche de l'alternative est correcte. En effet, comme l'a maintes fois relevé Nicolas Kilgus, la liberté de création ne peut aller jusqu'à priver le propriétaire de ses prérogatives. Cela revient en réalité à soutenir en termes conceptuels ou catégoriels que le droit réel *sui generis* doit rester un démembrement, autrement dit une sous-distinction spéciale de la catégorie « propriété ».

Pour le dire autrement, il s'agit d'un jeu de poupées russes : les droits réels *sui generis* sont forcément inclus dans la grande poupée de la propriété. Ils ne peuvent la concurrencer. En d'autres termes, de tels droits sont forcément spéciaux.

Par cette voie, on retrouve une idée simple mais forte : seule la propriété est perpétuelle. Les droits réels *sui generis* qui voudraient être perpétuels seraient alors une « propriété *bis* » qui ne pourrait être incluse dans la catégorie générale de la propriété.

En d'autres termes, de tels droits ne peuvent être que des variations de démembrements. Il n'y a aucun problème s'il s'agit de droits qui prévoient moins de prérogatives que l'usufruit. Par un raisonnement *a fortiori*, qui peut le plus (l'usufruit) peut le moins (le droit atténué).

En revanche, un doute peut se poser si le droit va au-delà d'un usufruit et accorde un *abusus* : s'agit-il encore de démembrement ? C'est ici que la perpétuité est un critère pertinent car elle implique l'absence définitive de retour des utilités du bien dans le patrimoine du propriétaire. Il n'est plus un nu-propriétaire mais plutôt un « propriétaire nu », totalement dépouillé : il ne lui reste absolument plus rien de son droit car il ne le récupérera jamais. Il a le titre de propriétaire comme seule consolation de son dépouillement.

Nous avons donc là une clé importante pour réfléchir sur les limites du droit réel *sui generis*. La relation conceptuelle d'inclusion dans la catégorie de la propriété rend raison de ses limites. Cette relation ne résulte pas d'un arbitraire doctrinal mais bien au contraire d'une étude patiente et raisonnée de la loi et de la jurisprudence.