



HAL
open science

La décomposition du droit de propriété sous l'effet du contrat

Marjorie Eeckhoudt

► **To cite this version:**

Marjorie Eeckhoudt. La décomposition du droit de propriété sous l'effet du contrat. Droit. Université de Lille, 2005. Français. NNT : 2005LIL20026 . tel-03641355

HAL Id: tel-03641355

<https://hal.univ-lille.fr/tel-03641355>

Submitted on 14 Apr 2022

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.



UNIVERSITE Lille 2 – Droit et santé
Ecole doctorale n°74
Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales

N° attribué par la bibliothèque



THESE
pour obtenir le grade de DOCTEUR en DROIT
Discipline : Droit privé
présentée et soutenue publiquement par

Marjorie EECKHOUDT

le 19 novembre 2005

**LA DECOMPOSITION DU DROIT DE PROPRIETE SOUS
L'EFFET DU CONTRAT**

Sous la direction de Mme le professeur AUQUE

JURY:

Mme Françoise AUQUE, professeur à l'Université Lille 2

M. Charles GOYET, professeur à l'Université Robert Schuman (Strasbourg III)

M. Christophe JAMIN, professeur à l'IEP de Paris

M. Thierry REVET, professeur à l'Université Panthéon Sorbonne (Paris I)

M. Jean-Jacques TAISNE, professeur à l'Université Lille 2

Mes sincères remerciements à Mme le professeur Auque pour ses conseils, son attention et sa disponibilité.

Je dédie ce travail à ma famille et à Kévin pour leur soutien et leur patience.

TABLE DES ABREVIATIONS

Abréviations des bulletins, revues, encyclopédies et ouvrages cités

<i>Act. proc. coll.</i>	Actualité des procédures collectives.
<i>Adm.</i>	Administrer
<i>A.P.D.</i>	Archives de philosophie du droit
<i>AJ</i>	Actualité jurisprudentielle
<i>A.J.D.A</i>	Actualité juridique de droit administratif
<i>A.J.P.I.</i>	Actualité juridique de la propriété immobilière
<i>B.D.P.</i>	Bibliothèque de droit privé
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
<i>Bull. Joly</i>	Bulletin Joly (Mensuel d'information des sociétés)
<i>Cah. dr. entr.</i>	Cahiers du droit de l'entreprise
<i>Contrats, conc., consom.</i>	Contrats, concurrence, consommation
<i>D.</i>	Recueil Dalloz-Sirey
<i>D. aff.</i>	Dalloz Affaires
<i>D.C.</i>	Dalloz critique
<i>D.H.</i>	Dalloz hebdomadaire
<i>D.P.</i>	Dalloz périodique
<i>Dr. et patrimoine</i>	Droit et patrimoine
<i>Dr. fisc.</i>	Revue de droit fiscal
<i>Dr. sociétés</i>	Droit des sociétés
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>GAJC</i>	Les grands arrêts de la jurisprudence civile
<i>IR</i>	information rapide
<i>J.-cl. civ.</i>	Juris-classeur civil
<i>JCP (éd. G, E, N)</i>	Juris-classeur périodique (éditions générale, entreprise et notariale et immobilière)
<i>J. dr. int. pr.</i>	Journal de droit international privé
<i>JO</i>	Journal officiel (Lois et décrets)
<i>L.G.D.J.</i>	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>Loyers et copr.</i>	Loyers et copropriété

<i>Rec. Cons. const.</i>	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
<i>Rec. CE</i>	Recueil des décisions du Conseil d'Etat
<i>Rép. civ. Dalloz</i>	Encyclopédie Dalloz de droit civil
<i>Rép. Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Rev. crit. légil. jurisp.</i>	Revue critique de législation et de jurisprudence
<i>Rev. gén. dr. lég. jurisp.</i>	Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence
<i>R.I.D.A</i>	Revue internationale de droit de l'antiquité
<i>RID comp.</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>Rev. Lamy droit civil</i>	Revue Lamy de droit civil
<i>Rev. loyers</i>	Revue des loyers
<i>Rev. proc. coll.</i>	Revue de procédures collectives
<i>Rev. sociétés</i>	Revue des sociétés
<i>R.D. bancaire et financier</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>R.D. imm.</i>	Revue de droit immobilier
<i>R.J.com</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>R.J.D.A</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
<i>R.T.D. civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>S.</i>	Sirey
<i>somm. comm.</i>	sommaire commenté

Abréviations courantes

<i>Adde</i>	Ajouter
<i>Al</i>	Alinéa
<i>Art.</i>	Article
<i>Cass. Ass. Plén.</i>	Cour de cassation, Assemblée plénière
<i>Cass. com.</i>	Cour de cassation, chambre commerciale
<i>Cass. ch. mixte</i>	Cour de cassation, chambre mixte
<i>Cass. ch. réunies</i>	Cour de cassation, chambres réunies
<i>Cass. civ.</i>	Cour de cassation, chambre civile
<i>Cass. req.</i>	Cour de cassation, chambre des requêtes
<i>Cass. soc.</i>	Cour de cassation, chambre sociale
<i>Chron.</i>	Chronique
<i>C.civ.</i>	Code civil
<i>c. com.</i>	code de commerce
<i>c. consom.</i>	code de la consommation
<i>c. pr. civ.</i>	code de procédure civile
<i>c. propr. intell.</i>	code de la propriété intellectuelle
<i>c. rural.</i>	code rural
<i>c. trav.</i>	code du travail
<i>cf</i>	confer
<i>coll.</i>	collection
<i>comm.</i>	commentaire
<i>comp.</i>	comparer
<i>concl.</i>	conclusion
<i>CC</i>	Conseil constitutionnel
<i>CE</i>	Conseil d'Etat
<i>CEDH</i>	Cour européenne des droits de l'homme
<i>CGI</i>	code général des impôts
<i>Déc.</i>	décision.
<i>déc.</i>	décembre
<i>dir.</i>	direction
<i>doc.</i>	document

<i>doctr.</i>	doctrine
<i>éd.</i>	édition
<i>ex.</i>	exemple
<i>fasc.</i>	fascicule
<i>ibid.</i>	ibidem
<i>intro.</i>	introduction
<i>janv.</i>	janvier
<i>juil.</i>	juillet
<i>lég.</i>	législation
<i>NCPC</i>	nouveau code de procédure civile
<i>n°</i>	numéro
<i>n° spéc.</i>	numéro spécial
<i>nov.</i>	novembre
<i>obs.</i>	observations
<i>oct.</i>	octobre
<i>op. cit.</i>	opus cité
<i>p.</i>	page
<i>pan.</i>	panorama
<i>prat.</i>	pratique
<i>préc.</i>	précité(e)
<i>préf.</i>	préface
<i>rappr.</i>	rapprocher
<i>réf.</i>	références
<i>s.</i>	suivants
<i>sect.</i>	section
<i>sept.</i>	septembre
<i>somm.</i>	sommaire
<i>spéc.</i>	spécialement
<i>suppl.</i>	supplément
<i>t.</i>	tome
<i>trib. civ.</i>	tribunal civil
<i>trib. com.</i>	tribunal commercial
<i>th.</i>	thèse

trad.

TGI

vol.

traduit par

tribunal de grande instance

volume

SOMMAIRE

Première partie : Les démembrements contractuels de la propriété

Titre 1 : Le démembrement de la propriété par l'effet d'un
droit réel

Chapitre 1 : La possibilité de démembrer

Chapitre 2 : Les limites du démembrement

Titre 2 : Le démembrement de la propriété par l'effet d'un
droit dit personnel

Chapitre 1 : Le renforcement des pouvoirs de jouissance

Chapitre 2 : L'élargissement de la notion de démembrement

Deuxième partie : Le dédoublement de la propriété

Titre 1 : L'apparition du concept de propriété dédoublée

Chapitre 1 : L'évolution des caractères du droit de propriété

Chapitre 2 : La double structure du droit de propriété

Titre 2 : Le régime juridique de la propriété dédoublée

Chapitre 1 : Les conditions de la propriété dédoublée

Chapitre 2 : Les effets de la propriété dédoublée

INTRODUCTION

1. Le mythe d'une propriété monolithique et absolue est puissant¹. Notre droit des biens en est encore fortement imprégné. La propriété « quiritaire² » n'a pourtant pas toujours eu la préférence et de nombreux pays ont opté pour une solution différente. On peut même dire qu'elle a plutôt été l'exception dans l'histoire du droit³. C'est dans le tumulte de la Révolution que le mythe a vu le jour. Dès cette époque pourtant, le ver était dans le fruit sous les traits du « démembrement de propriété ». Sous les coups de bûche de la critique, le bloc de pierre se fendille⁴, laissant entrevoir une autre forme de propriété, vivante, relative, divisée...décomposée.

2. Très souvent, lorsque la notion de décomposition du droit de propriété est évoquée, on pense au mécanisme du démembrement⁵ mais les deux termes ne sont peut-être

Contrairement aux usages, nous avons délibérément choisi de rappeler le plus souvent possible la référence intégrale des œuvres afin d'éviter les retours fastidieux aux pages antérieures.

¹ J. COMBY, L'impossible propriété absolue, in *Un droit inviolable et sacré la propriété*, A.D.E.F., 1991, p. 9 : « La propriété est un mythe créé à la Renaissance par l'invention 'sur mesure' d'un droit romain, qui a influencé le Code civil, et on démontre aisément l'argumentation. Nous vivons sur ce mythe : notre législation commence toujours 'par faire semblant de croire' au droit de propriété, pour en multiplier les limitations, contraintes et exceptions. Retrouvons le pluriel de la déclaration de 1789 : ce n'est qu'en reconnaissant les droits réels que nous mettrons fin à une protection illusoire pour instituer de véritables garanties. »

² Derrière l'expression « propriété quiritaire », nous entendons la propriété telle qu'elle est traditionnellement définie en droit romain, c'est-à-dire une propriété à caractère unitaire.

³ P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété, Histoire et théorie*, Paris : L.G.D.J., Gembloux : Ed. J. Duculot, 1969 : « Contrairement à une opinion trop courante parmi les civilistes contemporains, la propriété pleine et entière, la propriété quiritaire a toujours été rarissime et exceptionnelle dans l'histoire du droit. »

⁴ PORTALIS, Discours préliminaire – Code civil. Portalis comparait volontiers la propriété à un bloc de pierre.

⁵ J. DERRUPPE, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et personnels*,

pas rigoureusement synonymes. Si l'on s'affranchit des définitions actuelles et des barrières de l'histoire, la décomposition du droit de propriété ne peut être réduite à la simple technique du démembrement. Il y a, en réalité, deux façons de décomposer ce droit : par l'effet d'un démembrement bien entendu ou, si l'on se réfère à des concepts plus anciens, par l'effet d'un dédoublement de la propriété. La décomposition ne se limite donc pas au démembrement. Démembrer, c'est séparer les parties d'un tout. Malgré le démembrement, le corps reste en vie, la propriété demeure. Autrement dit, ce n'est pas en élaguant les branches que l'arbre disparaît. Au-delà du démembrement, la décomposition peut également entraîner un véritable dédoublement de la propriété ; le corps est alors scindé en divers éléments. C'est surtout à l'époque féodale qu'on retrouve cette idée d'une propriété substantiellement divisée. En 1804, la propriété aurait reconquis sa parfaite unité. Toutefois, le dédoublement retrouve, ça et là, un certain crédit auprès de la doctrine.

3. Présentées sous cet angle, les notions de démembrement et de dédoublement semblent clairement distinctes. La première est définie classiquement comme un ensemble de droits donnant à son titulaire une partie seulement des avantages du droit de propriété. La seconde aboutit, en revanche, à conférer au titulaire du domaine utile l'ensemble des prérogatives utiles du droit de propriété. Pourtant, les glossateurs et les bartolistes⁶ ont eu les plus grandes difficultés à différencier l'usufruit du domaine utile⁷. Il existe, en effet, un lien évident entre le démembrement de la propriété et les propriétés simultanées de l'ancien droit. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la doctrine a tenté de limiter les démembrements du droit de propriété pour éviter de se perdre dans les sinuosités du droit féodal. C'est encore cette crainte d'un retour au double domaine qui a poussé certains auteurs à nier la notion même de démembrement⁸.

4. Au fond, assez peu étudié en tant que tel, le démembrement n'est pas encore clairement défini. Il soulève, en tout cas, certaines difficultés lorsqu'il est confronté à la

thèse Toulouse, 1951, Paris : Dalloz, 1952, n° 257, p. 295 : « Comme tous les pouvoirs que le code accorde à un individu sur une chose sont contenus dans le droit de propriété, la possibilité de créer un droit réel sur des choses matérielles n'est autre que la possibilité de décomposer le droit de propriété en accordant à une autre personne certains des pouvoirs reconnus au propriétaire. »

⁶ Cf. infra n° 779.

⁷ Au XV^{ème} siècle, les deux concepts étaient assimilés.

⁸ Fr. ZENATI, Essai sur le concept juridique de propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif, thèse Lyon, 1981, B. LOTTI, Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, Contribution à la distinction de la propriété et des droits réels, thèse Paris XI, 1999.

liberté contractuelle et à l'imagination des parties. Si l'on s'en tient à la définition classique de la propriété⁹, le démembrement n'est accueilli qu'avec circonspection dans le cadre étroit d'un *numerus clausus*. Il a même été critiqué afin d'exalter le caractère unitaire du droit de propriété. La propriété étant un rapport absolu et exclusif entre une personne et une chose, toute idée de décomposition serait inexacte¹⁰. Il n'est pas étonnant que les auteurs aient eu du mal à intégrer le concept de droit réel démembré dans le système juridique car ce concept a été créé comme un correctif à la propriété exclusive. Ainsi, la constitution de droits réels apporte-t-elle une limite à la parfaite unité du droit de propriété mais les droits réels démembrés ne sont pas les seuls droits visant à restreindre les prérogatives du propriétaire.

5. L'unité du droit de propriété est remise en cause par le biais de droits personnels dont on se demande parfois s'ils ne doivent pas être assimilés à de véritables droits réels. La doctrine a d'ailleurs souvent émis des réserves sur la pertinence de la distinction entre le droit réel et le droit personnel¹¹. Jusqu'au XIX^{ème} siècle, la notion de droit réel n'était pas précisée. C'est seulement à partir de cette époque que la doctrine affirmera avec netteté la distinction entre le droit réel et le droit de créance. La question se pose toujours de savoir si cette division classique correspond à la réalité¹². Sans entrer dans les méandres de ce débat sans fin, il semble clair que les critiques incessantes et les nombreuses exceptions témoignent de l'insuffisance d'une distinction qui n'est pas adaptée à l'évolution du droit positif. Le phénomène de socialisation tend, de toute évidence, à estomper les fondements de la distinction. En conséquence, de nombreuses prérogatives ne peuvent être classées dans aucune catégorie¹³. Par ailleurs, les différences de régime juridique entre les deux catégories

⁹ Classiquement, le droit de propriété est présenté comme le premier des droits réels dont il représente la forme la plus parfaite dans la mesure où il confère l'ensemble des prérogatives (*usus, fructus, abusus*) qu'il est possible d'exercer sur une chose.

¹⁰ Cette conception a été critiquée par les tenants de la théorie personnaliste et par Kant pour qui une chose est totalement incapable d'établir un rapport juridique. KANT, Introduction, §III, Doctrine du droit, Métaphysique des mœurs, Trad. franç. A Renaut, Paris : GF, 1994 (1795), p. 29.

¹¹ E. ROGUIN, La règle de droit (étude de science juridique pure), Lausanne, 1889 ; M. PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil, t. 1, 4^{ème} édition, Paris : Librairie Générale de droit, 1906, n° 2159 s. ; B. MICHAS, le droit réel considéré comme une obligation passive universelle, thèse, Paris, Paris : A Pedonne, Librairie de la cour d'appel et de l'ordre des avocats, 1900 ; R. QUERU, Synthèse du droit réel et du droit personnel, thèse, Caen, 1905 ; C. PRODAN, Essai d'une théorie générale des droits réels, thèse, Paris, 1909, B. MINEI, Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance, thèse, Paris, 1912 ; BASQUE, De la distinction des droits réels et des obligations, thèse, Montpellier, 1914 ; R. SALEILLES, Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le 1^{er} projet de Code civil pour l'empire allemand, Collection Références, Paris : La Mémoire du droit, 2001 ; S. GINOSSAR, Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, Paris : L.G.D.J., 1960

¹² Sur ce sujet, Gény avait fait remarquer, à plusieurs reprises, que les anomalies étaient si nombreuses et si graves qu'elles ébranlaient le principe lui-même.

¹³ P. HAGE-CHAHINE, Essai d'une nouvelle classification des droits privés, R.T.D. civ., 1982, p. 705.

se réduisent. Que ce soit par le biais des droits réels ou des droits personnels, le contrat porte atteinte au droit de propriété entendu de façon classique.

6. Rarement étudiée, la rencontre entre la propriété et le contrat mérite une analyse d'ensemble¹⁴ dans la mesure où le contrat exerce une influence évidente sur la notion de propriété. Pourtant, la propriété et le contrat sont deux piliers du droit peu rapprochés en doctrine, de peur sans doute que l'édifice ne s'effondre. Il est vrai que les notions de contrat et de propriété sont, à l'origine, profondément différentes. Pendant très longtemps, la propriété a été assimilée au bien sur lequel elle portait. Or, ce bien ne pouvait être que corporel, c'est pourquoi la corporéité de la propriété était fortement accentuée. Le contrat faisait, au contraire, appel à des notions plus abstraites. Les deux droits étaient alors envisagés sous des angles totalement différents. Le droit des biens était considéré comme statique tandis que le droit des contrats était plus dynamique. Le rapprochement semblait alors délicat. Il existe pourtant un lien évident entre la liberté contractuelle et l'*abusus*. Le droit de propriété est susceptible, en effet, d'être modulé par convention. Chaque propriétaire peut, par le jeu de sa volonté, réduire la portée de l'article 544 du Code civil¹⁵. Les acteurs économiques ne s'en privent d'ailleurs pas. Au gré de leur imagination, ils ont, trituré le droit de propriété pour des raisons économiques ou fiscales. L'autre lien entre la propriété et le contrat repose sur la notion de valeur. La propriété suppose une certaine circulation des biens qui est rendue possible par la technique contractuelle. Enfin, les deux droits se rapprochent considérablement car, d'un côté, le droit de propriété se dématérialise tandis qu'on analyse de plus en plus le contrat comme un bien¹⁶. En conséquence, les deux matières ne peuvent plus s'ignorer. L'influence exercée par certains contrats sur la notion de propriété est particulièrement intéressante. C'est, en effet, par le biais du contrat que la propriété dédoublée est réapparue. Comme l'indiquait M. Goyet à propos du bail superficiaire, « la notion de droit de superficie contient, à l'état latent, peut-être la métamorphose nécessaire que doit effectuer le droit de

¹⁴ D. MAINGUY, Propriété et contrat, Dr. et patrimoine, 2001, n°91, p. 73 ; B. LOTTI, Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, Contribution à la distinction de la propriété et des droits réels, thèse Paris XI, 1999.

¹⁵ Article 544 du Code civil : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. »

¹⁶ Pour certains auteurs, en effet, le contrat constitue aujourd'hui un véritable bien. Telle est la position défendue par le professeur Aynès dans sa thèse relative à la cession de contrat.

propriété¹⁷». Certains contrats révéleraient ainsi l'existence d'une propriété relative, décomposée.

7. Si l'on analyse les rapports contractuels, certains droits réels ont été étendus par le biais du contrat. De la même manière, quelques droits personnels sont devenus si puissants qu'ils atteignent la propriété elle-même. En renforçant les pouvoirs des exploitants sur le bien, le législateur aurait limité, par la même occasion, les pouvoirs du propriétaire. Le contrat invite donc à s'interroger sur la pertinence de la définition classique du démembrement. La technique du démembrement doit, selon nous, être élargie pour deux raisons. La première raison repose sur l'idée qu'il n'est peut être pas très intéressant de distinguer le droit réel du droit personnel même s'il est possible de le faire. La seconde raison est que certains droits vont bien au-delà du simple démembrement et concurrencent même le droit de propriété. À travers le contrat, les démembrements qu'on croyait limités se développent de plus en plus. Aussi, peut-on s'interroger sur les limites de la liberté contractuelle. Autrement dit, quelles sont les prérogatives qui peuvent être cédées ? Que se passe-t-il lorsque l'on cède l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* ? Quelles limites doivent être posées à l'autonomie de la volonté ? En d'autres termes, la question se pose de savoir dans quelle mesure la liberté de démembrer ne porte pas atteinte à la propriété elle-même.

8. Pour expliquer ces différents droits de jouissance, la doctrine évoque, par un étonnant phénomène cyclique¹⁸, la théorie du double domaine. Cette notion aurait pourtant été, purement et simplement, rejetée avec l'abolition du régime féodal mais le système n'a peut-être pas disparu aussi radicalement qu'on le prétend. Depuis quelques années d'ailleurs, les auteurs commencent à se libérer de la conception traditionnelle pour évoquer l'hypothèse d'une nouvelle propriété divisée¹⁹. C'est à travers l'étude du contrat que la propriété s'est

¹⁷ Ch. GOYET, Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire, thèse Strasbourg, Bibliothèque de droit privé, t. 180, Paris : L.G.D.J., 1983, p. 14

¹⁸ J. LEAUTÉ, Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français, thèse Paris, Paris : Ancienne Imprimerie de la Cour d'appel, 1946.

¹⁹ R. THERY, De l'utilisation à la propriété des choses, in *Etudes offertes à G. Ripert*, t. II, Paris : L.G.D.J., 1950, p. 18 ; P. RECHT, Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété, Histoire et théorie, Paris : L.G.D.J., Gembloux : Éditions J. Duculot, 1969 ; J. COMBY, L'impossible propriété absolue, in *Un droit inviolable et sacré, La propriété*, A.D.E.F., 1991, p. 9 ; A.-F. ZATTARA, La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété, Bibliothèque de droit privé, t. 351, Paris : L.G.D.J., 2001 ; D. GRILLET-PONTON, Le droit du bail d'habitation à l'épreuve de la réglementation locative : une nouvelle désacralisation de la propriété, J.C.P., édition G, 2000, I, 240, p. 1231 ; H. PAULIAT, L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat décès du droit de propriété ?, D., 1995, Chronique, p. 283 ; J. HAMEL, F. GIVORD et A. TUNC, Contrats civils, in *Traité pratique de droit civil français par Marcel Planiol et Georges Ripert*, 2^{ème} édition,

affranchie de ses habituelles limites tout en faisant ressurgir la théorie du double domaine que ce soit en évoquant directement les notions féodales ou sous les traits plus modernes de la propriété économique²⁰. Tant que l'on retient de la propriété une conception absolutiste, l'idée d'une double propriété ne peut être qu'une aberration. L'évolution du droit des biens invite néanmoins à repenser la notion de propriété. La propriété « quiritaire » ne semble plus pouvoir supporter les atteintes répétées. Le temps est, sans doute, venu d'envisager une nouvelle définition de ce droit. Le contexte sociologique, philosophique, économique, international et historique y semble favorable.

9. Sur un plan sociologique, la doctrine est divisée quant à la question des origines de la propriété. Certains auteurs décrivent un passage de l'appropriation collective à la propriété individuelle quand d'autres soutiennent le contraire. À l'heure actuelle, on assisterait à une « revanche du collectif » car la fonction sociale de la propriété est souvent retenue²¹. La propriété serait donc attaquée au nom d'une certaine justice sociale. Cette thèse est contestée. M. Terré²² suggère d'apprécier l'évolution en distinguant deux éléments : l'appropriation et l'utilisation, c'est-à-dire l'exploitation de la propriété. En sociologie, les auteurs ont longuement analysé l'évolution de ce droit. Pour le professeur Terré, la sociologie invite à une sorte de découpage de la notion de propriété. Le mouvement de socialisation n'affecterait qu'une branche de l'analyse : l'utilisation, tandis que l'appropriation resterait emprunte d'individualisme. Ce découpage n'est pas sans évoquer la propriété divisée de l'Ancien Régime. Si l'on suit M. Terré, les variations de l'individuel et du collectif sont différentes selon que l'on considère l'appropriation ou l'exploitation. On retrouve ici l'idée

Paris : L.G.D.J., 1956, n°546 à 549 ; L'intervention de M. Cassin, in *Travaux de l'association H. Capitant*, t. I, 1945, p. 50 ; A.-M. PATAULT, Regard historique sur l'évolution du droit des biens, Histoire de l'immeuble corporel, in *Troisièmes journées R. Savatier*, Poitiers, 4-5 octobre 1990, P.U.F., p. 3 ; Fl. BELLIVIER, Matériaux et résultats de la recherche en génétique humaine : richesse sans propriétaires ? Dr. et patrimoine, n° 91, mars 2001, p. 56 ; D. MELEDO-BRIAND, Les multiples utilités économiques des biens : approche de la propriété simultanée dans Le droit de l'entreprise dans les relations externes à la fin du XX^{ème} siècle, in *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris : Dalloz, 1997, p. 467 s. ; B. RAYBAUD-TURILLO, Un éclairage nouveau pour le traitement comptable du crédit-bail, R.F.C., janvier 1995, p. 8 et février 1995, p. 83 ; G. CHIANEA, La directe féodale aujourd'hui en France, in *Etudes offertes à P. Jaubert, Liber Amicorum*, P.U.F., 1992, p. 142 ; J. LEAUTÉ, Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français, Paris : Ancienne imprimerie de la cour d'appel, 1946, p. 150. J.-P. BERTREL, L'accession artificielle immobilière, Contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie, R.T.D. civ., 1994, p. 737.

²⁰ G. BLANLUET, Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, Bibliothèque de droit privé, t. 313, Paris : L.G.D.J., 1999 ; P. CROCQ, Propriété et garantie, Bibliothèque de droit privé, t. 248, Paris : L.G.D.J., 1995.

²¹ Pour le professeur Villey (note infra), l'individu a engendré, après le mythe de l'absolue liberté, l'utopie égalitariste.

²² F. TERRE, Esquisse d'une sociologie du droit de propriété, Études à la mémoire du professeur Emile Giraud, Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Lille, 1966, p. 417 s.

d'une propriété divisée dont on s'est même demandé si elle ne s'inscrivait pas dans un mouvement plus vaste de « reféodalisation » du lien social²³. Cette propriété présente un double visage : une face individuelle et une face sociale. Si en 1804, la propriété était considérée comme une somme de prérogatives, elle remplit aujourd'hui de nouvelles fonctions²⁴. D'une manière générale, la propriété s'est fonctionnalisée²⁵, traduisant des rapports sociaux et concrets de production. Sous les expressions juridiquement inexactes de « propriété commerciale » ou « rurale », une nouvelle forme de droit de propriété est apparue, compromettant l'unité du droit de propriété. L'analyse philosophique, dont on ne sait que trop l'importance, conduit à un même constat.

10. À la base de toute construction juridique, il y a une philosophie. Savatier reconnaissait d'ailleurs que tout apport nouveau en droit relevait de la philosophie. Or, si l'on tente une brève et modeste analyse philosophique, on s'aperçoit que la propriété ne peut être que relative. Le XIII^{ème} siècle marque, en effet, le passage du droit naturel originaire au *jus* naturalisme d'inspiration anthropologique : l'homme est alors au cœur de toute chose²⁶. À partir de cette époque, la supériorité de l'action humaine et la suprématie de la volonté ne cesseront d'être défendues. La propriété est le produit de cet individualisme moderne. L'école du droit naturel pose, en effet, la nature de l'homme comme référence unique. Les auteurs modernes vont alors penser le droit à partir de l'individu. Progressivement, le « concept » va se vider de tout sens, l'époque contemporaine étant caractérisée par un vide métaphysique profond. Le concept en soi ne suffit plus. Au final, il n'existe plus une seule propriété mais plusieurs selon l'objet. On aboutit à un relativisme total, à un « retour au concret », à la mort de la métaphysique rationaliste de Kant²⁷. Hegel défend, en quelque sorte, cette idée à travers l'analyse du contrat de bail : « Le tenancier à bail a une propriété qui se distingue en cela qu'il est seulement propriétaire de l'usage et non de la valeur de la chose²⁸ ». Ainsi, à travers la

²³ A. SUPIOT, Il faut se défaire des illusions du « tout contractuel », *Le Monde*, 7 mars 2000, p. 17.

²⁴ Comme l'indique M. Zenati, « La pratique a même remis en cause la conception élémentaire de la finalité de la propriété basée sur la satisfaction des besoins et des désirs du propriétaire en rendant propriétaire une personne au seul effet de garantir l'exécution d'une obligation. Il est aujourd'hui même question de faire de la propriété le moyen de gérer le bien d'autrui. » Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *R.T.D. civ.*, 1993, p. 305.

²⁵ Duguit voulait faire de la propriété une fonction et non pas un pouvoir.

²⁶ M. VILLEY, Notes sur le concept de propriété, in *Critique de la pensée juridique moderne*, douze essais critiques, Paris : Dalloz, 1976, p. 187.

²⁷ M. ABDELHAMID, Concepts juridique et métaphysique : réflexions à partir de la crise contemporaine du concept de propriété, thèse Paris, 1994.

²⁸ G. HEGEL, Principes de la philosophie du droit, trad. franç., Collection Idées, Paris, 1963, p. 106.

multiplication des concepts, la propriété a perdu de son intensité d'origine. L'analyse économique corrobore cette idée.

11. Les liens entre le droit de propriété et l'économie sont évidents dans la mesure où la propriété est l'expression juridique de la richesse. Or, l'analyse économique paraît favorable à l'idée de décomposition de la propriété. Privilégiant une approche dynamique, l'économiste voit, à travers la propriété, une valeur. Pour l'économiste, démembrer, c'est partager cette valeur. Le contrat étant un moyen très intéressant d'échange économique, il permet de tirer d'un bien le maximum de richesses possibles en multipliant les droits réels dont le bien peut faire l'objet. Il s'agit, en d'autres termes, de répartir entre plusieurs personnes, dans le temps, les bénéfices des flux nets générés par le bien. Sur un plan strictement financier, il n'y a donc pas de différence de nature entre l'usufruit et la nue-propriété. L'usufruit, comme la nue-propriété constituent des opportunités d'investissement. L'usufruitier serait une sorte de propriétaire temporaire, un propriétaire utile²⁹.

12. Cette lecture tend à gagner le terrain du droit privé. L'analyse économique est même privilégiée en droit fiscal où les critères civilistes de répartition s'effacent parfois. C'est souvent sous le prisme du droit fiscal que l'idée d'une propriété décomposée est avancée. Il s'agit, certes, d'un droit autonome mais qui présente néanmoins le mérite d'inviter à la réflexion et son influence n'est sans doute pas négligeable³⁰. Soucieux de coller au mieux à la réalité, certains auteurs invitent à dépasser l'opposition entre le droit et l'économie pour proposer une « analyse juridique substantielle³¹ ». D'autres n'hésitent pas à avancer l'idée d'une propriété économique³². Cette conception a été présentée, pour la première fois en droit français, par le professeur Goyet³³. Par la mise en place de techniques juridiques, il est possible de procéder à une utilisation optimale des biens. Un même bien peut, en effet, avoir plusieurs utilités économiques qu'il est possible de répartir. Pour contourner l'obstacle de la

²⁹ D. PONTONT-GRILLET, Les aspects fiscaux de la relation entre usufruitier et nu-propriétaire, D., 1989, Chr., p. 250.

³⁰ C. DAVID, Le démembrement de propriété (aspects juridiques et fiscaux) 87^{ème} congrès des Notaires de France, Montpellier, 5/8 mai 1991, Les petites affiches, 24 avril 1991, n° 49, p. 63.

³¹ B. RAYBAUD-TURILLO, Un éclairage nouveau pour le traitement comptable du crédit-bail, Revue française de comptabilité, n° 263, janvier 1995, p. 86 et n° 264, février 1995, p. 83.

³² G. BLANLUET, thèse précitée ; C. DEL CONT, Propriété économique, dépendance et responsabilité, L'Harmattan, Logiques juridiques, 1997 ; Ch. GOYET, Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire, Bibliothèque de droit privé, t. 180, Paris : L.G.D.J., 1983.

³³ Ch. GOYET, Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire, thèse Strasbourg, Bibliothèque de droit privé, t. 180, Paris : L.G.D.J., 1983.

propriété monolithique et rigide, les praticiens utilisent, de plus en plus, la technique contractuelle. Il suffit alors de décomposer la propriété par le biais du contrat pour retirer le maximum d'utilités d'un bien. C'est à l'étranger que l'idée trouve son expression la plus vive.

13. Avec le développement des relations internationales, il n'est plus possible d'ignorer les droits étrangers. On pense évidemment au régime foncier britannique³⁴. Le droit anglais des biens est particulièrement original et abstrait dans la mesure où il cherche à atteindre des buts complexes³⁵. C'est à partir du XIII^{ème} siècle que le droit anglais s'est développé indépendamment du droit romain. Dans les pays anglo-saxons, la liste des droits réels n'est pas fermée. Même si le *common law* ignore, en fait, la distinction droit réel / droit personnel, le système ressemble beaucoup ou, du moins, ressemblait à celui de l'ancien droit français des propriétés simultanées. En théorie, le seul propriétaire des biens est la couronne britannique et l'individu ne dispose que d'une tenure. Contrairement au droit romain, la propriété est divisible, partagée entre « *freeholder* » et « *leaseholder*³⁶ ». Le « *freeholder* » a la pleine propriété du fonds et perçoit une rente sans intervenir dans l'exploitation du fonds. Le « *leaseholder* » a, quant à lui, la propriété de l'exploitation. Dégagé des problèmes d'acquisition foncière, il peut consacrer toute son énergie à l'exploitation du bien. Ce système est proche des réalités économiques dans la mesure où la fragmentation de la propriété vaut tant que la chose en question peut produire un revenu pendant assez longtemps. En principe, l'analyse ne s'applique pas aux biens meubles car, à quelques exceptions près, ils peuvent être trop aisément détruits et on peut s'en défaire beaucoup trop facilement pour qu'il soit intéressant de décomposer la propriété entre plusieurs personnes. Cette même idée de décomposition des droits sur le sol se retrouve au Japon où les droits du preneur à bail ont été très largement renforcés³⁷ mais le Japon n'est pas le seul pays touché. Certains pays de l'Europe du Nord³⁸ redécouvrent aujourd'hui les vertus de l'ancien droit. Ainsi, en Suède et

³⁴ F.H. LAWSON et B. RUDDEN, *The law of property*, 2^{ème} édition, Oxford, Clarendon Press, 1991, spécialement « *the fragmentation of ownership* », p. 76.

³⁵ B. NICHOLAS, Le langage des biens dans la *Common Law*, A.P.D., 1979, t. 24, p. 55. L'auteur met en évidence 3 objectifs du droit anglais des biens : permettre à plusieurs individus de jouir successivement de l'immeuble, permettre à ces personnes d'aliéner simultanément et successivement leurs droits et qu'il y ait toujours et à chaque moment quelqu'un qui puisse aliéner le domaine sans affecter les droits aliénables des autres.

³⁶ J.-L. GUIGOU, Requiem pour le régime foncier britannique, A.D.E.F., 1991, p. 324. L'auteur souligne l'agonie du système britannique au profit de la petite propriété privée.

³⁷ Y. INAMOTO, La décomposition des droits sur le sol au Japon, A.D.E.F., 1991, p. 341. L'auteur doute que la décomposition des droits sur le sol soit le système qui favorise la meilleure utilisation du sol urbain.

³⁸ F. HAUMONT, Décomposition du droit de propriété dans les pays de l'Europe du Nord, A.D.E.F., 1991, p.

aux Pays Bas, la pratique des baux emphytéotiques se développe. Notons également une approche pragmatique du droit de propriété en Suisse avec le maintien d'institutions du vieux droit. Ainsi, le droit de superficie n'est-il pas considéré comme une simple dissociation de l'immeuble mais comme un véritable droit de propriété³⁹.

14. Devant ces modèles et la rigidité de la législation française, les professionnels français connaissent un véritable sentiment de frustration. Placée dans une situation délicate par rapport à ses homologues étrangers⁴⁰, la pratique exploite au maximum les potentialités du contrat. Les professionnels français ont longtemps hésité avant d'interpréter le Code civil pour favoriser la constitution volontaire d'usufruit mais, une fois affranchis de leur timidité, ils ont étendu la technique du démembrement en étirant au maximum les prérogatives de l'usufruitier. L'institution du quasi-usufruit permet de combler l'absence de fiducie dans notre système juridique. Aujourd'hui, la technique a largement progressé⁴¹ avec l'épanouissement du libéralisme économique. Le champ est ouvert à la liberté contractuelle et au concept de démembrement de propriété. L'idée d'une propriété absolue et unique n'a pas prospéré partout dans le monde. Si nous nous penchons sur l'histoire de notre pays, nous constatons également que la propriété « quiritaire » a été plutôt rare en droit français.

15. L'idée d'une propriété absolue trouverait sa source en droit romain. Il est vrai que la propriété présentait, à cette époque, un caractère unitaire, encore qu'il faille nuancer le propos dans la mesure où un régime des grandes propriétés existait. Par la suite, le droit romain a été oublié. Pendant une très longue période, l'immeuble n'a pas été réduit à la matière. C'est en redécouvrant le droit romain légué par Justinien et la propriété corporelle que les juristes italiens du Moyen Age (notamment Gaius) ont proposé une conception de la propriété isolée de tout rapport juridique avec autrui⁴². Ils ont essayé de plier la propriété médiévale aux mécanismes romains. Devant l'impossibilité de concilier les deux approches, deux propriétés sont apparues : une propriété matière et une propriété jouissance d'utilité.

313.

³⁹ D. PIOTET, *Le droit de propriété en Suisse*, A.D.E.F., p. 306.

⁴⁰ Prenons l'exemple d'une société d'attribution en jouissance à temps partagé. Les associés français ne disposent que d'un droit personnel tandis que leurs homologues étrangers pourront, par application de la loi d'autonomie, bénéficier d'un droit réel.

⁴¹ B. MONASSIER, *Démembrement de propriété*, Introduction, Dr. et patrimoine, H.S. n°1, janvier 1995, p. 3.

⁴² A.-M. PATAULT, *Regard historique sur l'évolution du droit des biens*, Histoire de l'immeuble corporel, in *Troisièmes journées R. Savatier*, Poitiers, 4-5 octobre 1990, p. 3.

L'une est en sommeil, l'autre en activité. L'une consiste en un rapport entre les hommes, l'autre en la maîtrise des utilités du sol. Le seigneur garde la propriété éminente et concède la propriété utile à son vassal. La société féodale est construite sur le système de la tenure, système très éloigné du droit romain. Plus qu'une simple différence de technique juridique, les divergences sont d'ordre métaphysique. Au Moyen Age, en effet, la propriété était censée venir de Dieu. Autrement dit, la propriété médiévale était retenue. Cette même idée se retrouve dans le régime féodal. Jusqu'à la Révolution, c'est la propriété-jouissance qui l'a emporté. On s'est, en effet, habitué à considérer le tenancier comme étant propriétaire à sa manière. Certains historiens estiment que la Révolution marque une coupure avec le droit féodal, opérant une translation de propriété⁴³ et la disparition de la distinction entre le domaine éminent et le domaine utile. Pourtant, à la veille de la Révolution, la question du droit de propriété était peu évoquée. Le mythe de la propriété absolue repose, en fait, entièrement sur l'interprétation du Code civil et sur la volonté de rompre avec l'Ancien Régime. À lire les intitulés, tout le Code semble consacré à la propriété. Elle semble avoir été au cœur des préoccupations. C'est la puissante volonté de rupture qui a motivé l'usage du superlatif le plus redondant du droit français, la propriété étant le droit « le plus absolu ». Il lui fallait alors trouver des assises puissantes, des références illustres. Le modèle a été le droit romain ou du moins, l'idée qu'on s'en faisait⁴⁴.

16. Les auteurs du Code civil eurent le sentiment de revenir à l'essence de la propriété romaine. Pièce maîtresse du droit des biens, l'article 544 du Code civil a, effectivement, été conçu pour éviter le retour de la propriété éminente⁴⁵, en réaction contre la propriété divisée. En 1804, les rédacteurs du Code civil ont voulu assurer, avant tout, la paix du royaume. Une telle stabilité impliquait l'existence d'un droit de propriété fort, absolu, perpétuel et exclusif⁴⁶ comme le sont les droits individuels. Il fallait surtout sortir de l'imbroglio juridique dans lequel la féodalité nous avait plongés. La liberté de la personne humaine ne pouvait être garantie que par la souveraineté de la propriété mais si le Code civil

⁴³ H. TAINE, Les origines de la France contemporaine, La Révolution, tome 1, p. 386 contra R. BEUDANT, La transformation juridique de la propriété foncière dans le droit intermédiaire, thèse Paris, Paris : Larose et Forcel, 1889, p. 118.

⁴⁴ D'après le professeur Villey, ni le concept de *proprietas*, ni celui de *dominium* n'implique un pouvoir absolu. Par ailleurs, lorsqu'un romain a la propriété d'une chose, cela ne signifie pas qu'il ait le pouvoir de détruire cette chose.

⁴⁵ M.-A. FRISON-ROCHE et D. TERRE-FORNACCIARI, Quelques remarques sur le droit de propriété, A.P.D., 1990, t. 35, p. 233 : « Il [l'article 544] doit se comprendre dans une situation historique particulière : la rupture avec l'Ancien Régime. »

marque le triomphe de l'œuvre révolutionnaire, il ne néglige pas, pour autant, au-dessus des intérêts du propriétaire, ceux de la nation. Ce sont, en effet, les interprètes du Code qui, au XIX^{ème} siècle, en ont exagéré le caractère individualiste⁴⁷. Les rédacteurs, quant à eux, ne voulaient guère en faire une œuvre antisociale⁴⁸. Ils souhaitaient simplement marquer une rupture avec les idées médiévales. De plus, ils n'exclurent expressément aucune des divisions antérieures. Ils n'interdirent explicitement ni la pratique de l'emphytéose ni les engagements perpétuels. Autrement dit, le Code civil n'a pas su abandonner complètement l'idée d'une décomposition de la propriété. L'article 543 consacre même expressément le démembrement de propriété, sorte d'ersatz du dédoublement de la propriété féodale⁴⁹ mais pour éviter un retour aux institutions du passé, de nombreux auteurs⁵⁰ estiment que ce démembrement est limité aux hypothèses légales. Littéralement, cet article ne formule pourtant aucune interdiction⁵¹. Par ailleurs, le Code civil ne méconnaît pas la nécessité qu'il y a à apporter aux droits du propriétaire certaines restrictions. Ainsi, malgré la volonté de rompre avec l'Ancien Régime, la propriété décomposée a-t-elle longtemps occupé l'esprit des révolutionnaires et les superpositions de droits sur un même bien étaient encore nombreuses au XVIII^{ème} siècle⁵². Erreur de rédaction ou lapsus révélateur trahissant la relativité persistante du concept, les rédacteurs de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen adoptée le 26 août 1789 parlaient encore de « propriétés » au pluriel⁵³. Au XIX^{ème} siècle, la jurisprudence a même très souvent rencontré des décompositions originales du droit de propriété, vestiges du régime foncier de l'ancienne France. Même sacralisée, la propriété n'est pas clairement définie.

⁴⁶ *Proprius* signifie propre et sans partage.

⁴⁷ C. ATIAS, Destins du droit de propriété, Ouverture, Droits, 1985, p. 12 s.

⁴⁸ Saint Thomas D'Aquin met en évidence le double aspect de la propriété qui est une prérogative individuelle et une fonction sociale.

⁴⁹ A.-M. HENNEQUIN, Traité de législation et de jurisprudence suivant l'ordre du Code civil. Deuxième livre, Paris : Videcoq, 1838, t. II, p. 1 : « Un lien secret mais indissoluble rattache (...) d'une manière intime la féodalité et l'usufruit. »

⁵⁰ H. MOTULSKY, De l'impossibilité juridique de constituer un « trust » anglo-saxon sous l'empire de la loi française, Rev. Crit. D.I.P., 1948, p. 541 ; Fr. GENY, Science et technique en droit privé positif, Paris, Sirey, t. 3, 1921, p. 134 ; M.-A. FRISON-ROCHE et D. TERRE-FORNACCIARI, Quelques remarques sur le droit de propriété, A.P.D., 1990, t. 35, p. 233.

⁵¹ A. HERVIEU, De la limitation des droits réels, contribution à l'étude de la distinction des droits réels et personnels, thèse Caen, 1981.

⁵² C. ATIAS, La propriété foncière : une tradition libérale à inventer, A.D.E.F., p. 119 s. Pour le professeur Atias, c'est une erreur complète de prétendre que la féodalité a disparu avec la Révolution de 1789.

⁵³ M. SUEL, La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, l'énigme de l'article 17 sur le droit de propriété, la grammaire et le pouvoir, R.D. public, 1974, p. 1295 s.

17. La propriété non exclusive fait encore aujourd'hui parler d'elle⁵⁴, au point que la règle de l'unicité est remise en cause. Le droit de propriété est envahi par des prérogatives rivales. Dans la pratique, la propriété est découpée en tranches horizontales ou verticales qui ne se limitent pas à un simple découpage matériel de la propriété. Quant à la technique du démembrement, elle est très souvent utilisée par les professionnels. Faute de mieux⁵⁵, elle devient un véritable outil de gestion et des montages financiers se mettent en place. Sous la pression du droit fiscal, les démembrements sociétaires se développent. Le quasi-usufruit est, par exemple, utilisé comme instrument de transfert de pouvoir ne nécessitant qu'un faible investissement par rapport à la valeur réelle des actions. Il connaît un véritable regain d'intérêt car il cumule les avantages de la propriété et du démembrement. En matière de démembrement, l'imagination des parties va très loin. On arrive même à concevoir un démembrement prolongé de la propriété par l'octroi de la nue-propriété à ses petits enfants et de l'usufruit à ses enfants successivement. En dehors des démembrements classiques, le législateur a créé des formes nouvelles de contrats dans lesquelles les droits du propriétaire et ceux du locataire ou concessionnaire sont comparables à ceux du seigneur suzerain et du tenancier sous l'Ancien Régime. Sous l'impulsion de la législation sociale, le rapport de force locataire/propriétaire s'est inversé avec la socialisation des textes relatifs aux logements. En quelque sorte, les statuts du bail rural ou commercial reviennent sur le travail d'unification de la Constituante de 1789. Le propriétaire ne se voit plus reconnaître qu'un titre juridique socialement dévalorisé correspondant à une « coquille vide » tandis que le locataire voit sa maîtrise se renforcer. La lutte du domaine éminent contre le domaine utile menée par les tenanciers de l'Ancien Régime contre les seigneurs propriétaires semble renaître sous une forme nouvelle⁵⁶ avec la création, au profit du locataire et du fermier, de droits puissants dont on se demande s'il ne s'agit pas de véritables droits réels⁵⁷. En d'autres termes, le bail est le siège de deux droits concurrents : le droit de propriété et le droit d'exploitation. Les mesures protectrices du locataire portent atteinte non seulement à l'absolutisme de la propriété mais aussi à la liberté contractuelle. Le propriétaire et le locataire ne sont pas à égalité. Le premier

⁵⁴ Nous faisons référence ici aux droits de superficie, d'évolage, d'assec, aux droits aux secondes herbes, droits de bandite, de dépaisance, de passage et de trejet, sans oublier le bail emphytéotique.

⁵⁵ S. CASTAGNE, *Usufruit, quasi-usufruit : une nouvelle mise au point*, J.C.P., éd. notariale et immobilière, 2000, p. 537.

⁵⁶ M.-A. PATAULT, *Regard historique sur l'évolution du droit des biens, histoire de l'immeuble corporel*, in *Troisièmes journées R. Savatier*, Poitiers, 4-5 octobre 1990, P.U.F., p. 3 ; J.-P. BERTRET, *L'accession artificielle immobilière, Contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie*, R.T.D. civ., 1994, p. 737 ; A. PIEDELIEVRE, *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien*, in *Aspects du droit privé en fin de 20^{ème} siècle, Etudes réunies an l'honneur de M. de Juglart*, Paris : L.G.D.J., Editions Montchrestien, Editions techniques, 1986, p. 55 s.

n'a rien à perdre en changeant de locataire mais le second peut tout perdre en déménageant c'est pourquoi la loi protège l'exploitation. Par son impact sur le patrimoine, le bail devient un véritable acte de disposition. En transmettant au preneur le monopole de l'utilisation de sa chose, le bailleur ne dispose plus que d'un titre, une enveloppe juridique vidée de son contenu. D'un autre côté, les droits de jouissance se renforcent, aboutissant à une véritable rupture d'équilibre dans le rapport locatif. Dans les opérations de construction, la charge foncière représente un coût si important qu'il a fallu réfléchir aux moyens d'étaler ce poids financier. Dès 1820, la jurisprudence a admis l'existence du bail emphytéotique⁵⁸. Les besoins de gestion conduisent ainsi à la résurrection d'institutions anciennes, à la création de nouveaux mécanismes imprégnés de l'idée d'une propriété dédoublée et à une vision élargie du démembrement de propriété. Ainsi, assiste-t-on aujourd'hui à la résurgence de la propriété-jouissance mais la référence à la théorie féodale du double domaine ne peut être qu'une métaphore dans la mesure où la nature du lien social a profondément changé. La seule comparaison qui peut être valablement formulée se situe au niveau de la technique juridique.

18. La contractualisation de la société conduit à une approche plus pragmatique de la propriété en nous invitant à repenser la décomposition du droit de propriété. Cette idée soulève des difficultés. Nombreux sont les auteurs qui rejettent sans autre forme de procès ces conceptions feudistes dépassées. D'autres, au contraire, les rappellent à notre souvenance à travers l'analyse du bail commercial. Invitant à une approche plus dynamique de la propriété, ils reprennent les concepts de domaine utile et de domaine éminent. Pourtant, ces notions sont difficiles à définir. Le domaine utile est, en effet, le produit d'influences diverses et le reflet d'un état social. Il est apparu après la renaissance irrénienne⁵⁹ au moment où le vassal a pris de l'importance. Il réapparaît aujourd'hui à travers le renforcement de la protection du locataire et les nouvelles perspectives contractuelles de démembrement. La question qui se pose est celle de savoir si l'on assiste à un nouveau cycle dans l'évolution de la propriété

⁵⁷ G. RIPERT, Les forces créatrices du droit, Paris : LGDJ, 1955, n°87, p. 222.

⁵⁸ Notons que cette pratique remonte à l'Antiquité. La loi du 16 décembre 1964 a organisé le bail à construction et celle du 5 janvier 1988 a permis d'étendre le champ d'application du bail emphytéotique aux dépendances du domaine public. En matière de bail emphytéotique, tout repose sur la qualité et la force du droit réel conféré au preneur. Seul un droit réel puissant permet d'obtenir du crédit.

⁵⁹ P. MASSON, Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les Romanistes du Moyen-Age et dans le droit français, thèse Dijon : Imprimerie du Palais, 1933, p. 72. L'auteur étudie les liens entre les concepts de droit réel, de propriété et d'usufruit à travers l'histoire. Placentin fait, le premier, référence au *dominium utile* pour qualifier l'action réelle donnée à l'emphytéote ou au vassal. Mais, Placentin n'accorde pas une importance capitale à cette qualification. Ce sont ses successeurs et, en particulier Azon, qui vont s'emparer de cette définition. Le domaine utile devient alors une catégorie autonome et vivante.

foncière, à la résurgence d'institutions anciennes⁶⁰. Il ne faut pas, selon nous, exagérer le mouvement de balancier de l'histoire. La décomposition de la propriété par le contrat marque simplement la renaissance de mécanismes utiles et efficaces. L'objet de notre travail sera de dépasser l'idée fréquemment avancée d'une nouvelle décomposition de la propriété entre un domaine éminent et un domaine utile. La référence à la théorie du double domaine ne peut être qu'une image car, sur le plan social, le régime féodal a bien évidemment disparu depuis longtemps⁶¹. Par ailleurs, à l'époque féodale existait déjà une propriété partagée non féodale. En conséquence, nous ne retiendrons de l'histoire que la technique juridique et l'approche dynamique du concept de propriété. Par ailleurs, une autre critique peut être formulée à l'encontre de cette analogie : la référence incessante à l'idée d'un double « domaine » laisse peu de place à la décomposition mobilière. Or, il n'y a aucune raison de limiter la décomposition de la propriété à un type de biens. En conséquence, notre travail englobera l'étude des différentes catégories de biens sans distinction. C'est en modernisant la théorie du double domaine et en prenant en compte l'évolution du droit des biens que nous pourrions expliquer les effets de certains contrats sur la notion de propriété.

19. Longtemps considéré comme un droit statique et passéiste, le droit des biens connaît une véritable évolution technique. Les interventions se multiplient, à l'heure actuelle, en matière de propriété. L'évolution du droit est assez curieuse. Elle suit un double mouvement : d'un côté, les formes de propriétés se multiplient et d'un autre côté, on assiste à une limitation de ce droit⁶². La propriété tend, en effet, à conquérir de nouveaux domaines mais elle perd corrélativement en intensité ce qu'elle gagne en étendue. Symbole puissant de protection juridique, toutes les branches du droit aspirent à la propriété. Cette évolution du droit de propriété trouve sa source dans le Code civil lui-même qui assimile les droits à des biens sous la catégorie des droits incorporels. Le droit civil est passé du concret à l'abstrait. Aussi suggère-t-on d'étendre la propriété aux choses incorporelles et même aux créances⁶³. Cette idée trouve un soutien dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel depuis la

⁶⁰ J. LEAUTÉ, thèse précitée.

⁶¹ Il semble même que la féodalité sociale ait disparu avant même la Révolution.

⁶² Conseil Constitutionnel, 19 janvier 1995 : « Postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété [ont] subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général. »

⁶³ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris : L.G.D.J., 1960

décision du 16 janvier 1982⁶⁴ et dans quelques textes législatifs⁶⁵. Les biens corporels subissent eux aussi une certaine dématérialisation. Tel est le cas des immeubles représentés par des parcelles cadastrées et des nouvelles matières impalpables comme les ondes ou les flux. On assiste aujourd'hui à « l'irrésistible ascension » des propriétés incorporelles. Phénomène moderne et caractéristique des sociétés industrielles, la dématérialisation a des incidences sur le régime de la propriété et, par conséquent, sur le démembrement. Cette évolution de l'objet de la propriété est le terreau sur lequel une nouvelle forme de propriété se développe. La dématérialisation de l'objet remet en cause l'idée que la propriété est un pouvoir absolu d'un individu dans le temps et dans l'espace. La prise en compte des choses immatérielles conduit inévitablement à des changements profonds. Il semble, en effet, plus facile d'envisager plusieurs utilités économiques pour un même bien lorsque ce bien n'a aucune matérialité. Ainsi, la propriété se détache de la chose pour mieux en appréhender la valeur. L'extension du champ d'application de la propriété conduit à des bouleversements structurels. Face à l'évolution de la propriété, les auteurs ressentent l'impérieuse nécessité d'une nouvelle définition. L'immeuble n'est plus, depuis longtemps, la principale source de richesse. Mieux encore, la propriété se dématérialise et l'on tente aujourd'hui de lui faire jouer de nouveaux rôles⁶⁶.

20. En définitive, tout semble inviter à briser la conception unitaire du droit de propriété. La décomposition de la propriété a pourtant été niée par une partie de la doctrine qui refuse même d'admettre l'idée d'un démembrement. Le terme serait à la fois impropre et inutile, la propriété étant un rapport absolu et exclusif entre une personne et une chose. L'expression « décomposition » a pourtant été utilisée dans l'un des arrêts les plus célèbres du

⁶⁴ Conseil Constitutionnel, 16 janvier 1982, J.C.P., éd. G., 1982, II, 19788. « Considérant que si, postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois pas une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de puissance publique. » ; Pouvoirs, n° 21, 1982, p. 191, note P. Avril et J. Gicquel ; R.C.D.I.P., 1982, p. 349, note J.-M. Bischoff ; RTD com., 1982, p. 405, note Ch. Debbasch et P. Beltrame ; R.D.P., 1982, p. 377, note L. Favoreu ; Rev. soc., 1982, p. 132, note J. Guyenot ; D. 1983, p. 169, note L. Hamon ; Gaz. pal., 1982, I, 67, note A. Piédelièvre et J. Dupichot ; A.J.D.A., 1982, n° 4, p. 202-206, note J. Rivero (p. 209 s.).

⁶⁵ La loi du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières déclare copropriétaires les membres de fonds communs de placement. La loi Dailly permet, quant à elle, aux entreprises de céder à titre de garantie d'un concours bancaire la propriété de ses créances.

⁶⁶ Faut-il redéfinir le droit de propriété ?, Dr. et patrimoine, 2001, n° 91, p. 55 s.

droit des biens⁶⁷ : « Les articles 544, 546 et 552 sont déclaratifs du droit commun relativement à la nature et aux effets de la propriété mais ne sont pas prohibitifs. Ni ces articles, ni aucune autre loi n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible ». Nous pensons, qu'il y a, aujourd'hui plus qu'hier, toutes les raisons de défendre la décomposition de la propriété.

21. Le contrat permet d'envisager la propriété sous un angle plus abstrait. D'un côté, la propriété peut être conventionnellement vidée de toute substance économique, poursuivant des objectifs nouveaux de gestion du patrimoine tandis que, d'un autre côté, le désir d'utilisation du bien tend à supplanter le souci d'acquisition. La propriété-jouissance refait surface. Il importe finalement peu d'être propriétaire à part entière d'un bien. Ce qui compte, c'est l'utilité que l'on peut retirer du droit. Cette idée n'est peut être pas si récente. Déjà le droit romain distinguait très bien la propriété de la chose et l'appropriation de sa valeur. En 1945, le professeur Cassin notait l'évolution considérable du droit de propriété : « On peut se demander si le droit de propriété doit seulement se dégrader au profit d'une autre catégorie de particuliers ou s'il ne doit pas se dégrader en lui-même par la reconnaissance d'une sorte de demi-droit éminent qui ne serait pas identique à celui que la féodalité représentait et que notre Révolution de 1789 a voulu détruire⁶⁸... ». Réapparition d'une propriété divisée, certes, mais sans le poids de la féodalité.

22. L'intérêt de l'étude est, certes, théorique mais il est également pratique. Théorique, notre travail tente d'apporter une contribution à l'étude du droit des biens sous le prisme du contrat. Pratique, il s'efforce de nuancer les concepts afin de répondre aux besoins des praticiens. La conception dynamique et pragmatique du droit de propriété permet, d'une part, un meilleur accueil de la fiducie en France. Elle aboutit, d'autre part, à un renforcement de la sanction des droits de jouissance.

23. En créant des droits réels ou personnels puissants, le contrat permet un élargissement de la notion classique de démembrement au point qu'on peut aujourd'hui parler de démembrements au pluriel (1^{ère} partie). En résulte une propriété relative, décomposée tant

⁶⁷ Arrêt Caquelard c/ Lemoine, Req. 13 février 1834, S. 1834, I, p. 205 ; D. périod., 1834, I, p. 218 ; D., Jur. Gén. v. Propriété, n° 68, n°1 ; de même Trib. civ. Péronne, 2 décembre 1836, D. Jur. Gén., v. Propriété, n° 56, note 1, p. 197.

⁶⁸ Intervention de R. Cassin, in *Travaux de l'association H. Capitant*, t.1, 1945, p. 59.

et si bien que le point de rupture de la notion est proche. Aussi le contrat invite-t-il à repenser la propriété elle-même. Et, d'une propriété démembrée, on passe parfois sans s'en rendre bien compte, à une propriété substantiellement divisée. Qu'il soit librement consenti ou dirigé, le contrat révèle une véritable scission de la propriété. Libre, il explore les possibilités du droit de propriété et met en évidence la distinction entre l'appropriation et l'exploitation. Dirigé, il opère un rééquilibrage des forces en présence en créant une nouvelle propriété utile. Le contrat fait ainsi apparaître un véritable dédoublement de la propriété. (2^{ème} partie).

Première partie : Les démembrements contractuels de propriété

Deuxième partie : Le dédoublement de la propriété

PREMIERE PARTIE : LES DEMEMBREMENTS

CONTRACTUELS DE LA PROPRIETE

24. Le contrat peut faire naître toute sorte de droits, réels ou personnels. Lorsqu'il fait apparaître un droit réel, on dit qu'il opère un démembrement de propriété. Quand le droit est personnel et relatif à un bien, la propriété est limitée sans être décomposée. Il appartient alors aux juges du fond d'analyser souverainement la volonté des parties pour déterminer la nature exacte du droit conféré et son impact sur le droit de propriété. On considère classiquement que la liberté contractuelle est moins grande en matière de droit réel. Nous verrons qu'elle y joue, au contraire, un rôle important.

25. Le démembrement est une technique classique admise par une grande partie de la doctrine. On peut toutefois s'étonner qu'il ne figure nulle part dans le Code civil. C'est une notion presque évidente et l'on sait ce qu'il faut penser des évidences toujours mal définies⁶⁹. Une partie de la doctrine s'est d'ailleurs engouffrée dans cette brèche pour critiquer la technique du démembrement. Ici plus qu'ailleurs, un retour critique semble nécessaire. Au fond, la notion n'est que très rarement étudiée en tant que telle, indépendamment du droit réel. Aussi, la plupart des manuels se contentent-ils de faire l'inventaire des démembrements de la propriété sans présenter une analyse d'ensemble de la technique. Sans doute pour ces raisons, des zones d'ombre demeurent et des difficultés apparaissent naturellement lorsque la liberté contractuelle s'exprime.

26. Si la décomposition de la propriété par détachement d'un droit réel soulève des difficultés, elle n'en demeure pas moins une notion classique bien qu'une partie de la doctrine

⁶⁹ D'après Descartes, il est particulièrement difficile de bien remarquer les idées que nous concevons distinctement. En d'autres termes, l'impression de certitude n'est pas suffisante pour caractériser un jugement vrai. L'évidence reste ainsi profondément subjective. Cf.R. DESCARTES, Discours de la méthode, édition établie par G. Rodis-Lewis, Paris : GF, 1992, p.54-55 : « Après cela, je considérai en général ce qui est requis à une proposition pour être vraie et certaine; car, puisque je venais d'en trouver une que je savais être telle, je pensai que je devais aussi savoir en quoi consiste cette certitude. Et ayant remarqué qu'il n'y a rien du tout en ceci : *je pense, donc je suis*, qui m'assure que je dis la vérité, sinon que je vois très clairement que, pour penser, il faut être : je jugeai que je pouvais prendre pour règle générale, que les choses que nous concevons fort clairement et fort distinctement sont toutes vraies ; mais qu'il y a seulement quelque difficulté à bien remarquer quelles sont celles que nous concevons distinctement. »

ait décidé d'en faire abstraction. Il est, en revanche, beaucoup plus étonnant d'avancer l'idée d'un démembrement par l'effet d'un droit personnel. Pourtant, on ne peut plus ignorer aujourd'hui l'évolution qu'a subie le droit des biens avec le renforcement de certains droits personnels. Plus les droits sur les biens sont puissants, plus les pouvoirs du propriétaire diminuent, peu importe finalement que le droit soit qualifié de réel ou de personnel. Il faudra donc s'interroger sur la pertinence de la distinction traditionnelle entre le droit dit réel et le droit dit personnel⁷⁰. Seul un critère de distinction congruent est susceptible de justifier la différence d'effets entre les droits réels et personnels. Autrement dit, ces droits sont-ils suffisamment distincts pour justifier une différence de régime ? Comment expliquer que, d'un côté la propriété est démembrée et que, de l'autre, elle est simplement réduite. En d'autres termes, quelle est la frontière entre une propriété démembrée et une propriété diminuée ?

27. Il semble que nous ayons une conception particulièrement étroite de la notion de démembrement. Le contrat en témoigne parfaitement. Ainsi, d'un côté, le droit réel de servitude est considéré comme un véritable démembrement de la propriété alors que le droit du propriétaire est amputé de très peu de choses. D'un autre côté, le bail commercial, privant le propriétaire des plus importantes prérogatives, n'est pas considéré comme un démembrement de propriété. Le paradoxe est frappant et le contrat nous invite à repenser la notion de démembrement.

28. Le contrat révèle la profonde relativité du droit de propriété. Aussi, convient-il de parler de démembrements au pluriel. Nous le verrons, le lien démembrement / droit réel n'est peut-être pas si évident. Le démembrement par création d'un droit réel doit être envisagé largement (Titre 1) mais le droit réel n'est pas seul susceptible d'amputer le droit du propriétaire de l'une de ses prérogatives. Certains contrats font, en effet, naître des droits personnels relatifs à un bien si puissants qu'ils provoquent une véritable décomposition du droit de propriété (Titre 2). C'est d'ailleurs la raison pour laquelle une partie de la doctrine a suggéré de requalifier certains droits personnels en de véritables droits réels. La réponse se trouve peut-être plutôt dans un élargissement de la notion de démembrement.

⁷⁰ Déduite du droit romain, elle n'a pourtant jamais été formellement exprimée à cette époque. Malgré les critiques nombreuses, la classification classique s'est maintenue. Le professeur Gény la considérait pourtant comme une solution provisoire. Tantôt, les auteurs ont défendu une thèse personnaliste fondée sur l'idée qu'il n'existe de droit que de personne à personne, tantôt une thèse réaliste décrivant le droit de créance comme un « droit réel indéterminé » frappant le patrimoine entier du débiteur.

Titre 1 : Le démembrement de la propriété par l'effet d'un droit réel

29. Selon la doctrine majoritaire, le droit de propriété, tel qu'il est consacré dans notre Code civil, est un droit caractérisé par son unité. Pourtant, la propriété est susceptible de faire l'objet d'un démembrement. Classiquement, le démembrement de propriété est défini par l'idée d'un détachement d'une ou plusieurs prérogatives issues d'une propriété entière. Sur un plan pratique, il est utilisé par les juristes comme technique de gestion du patrimoine⁷¹ et stratégie fiscale⁷². Simple et utile, le démembrement de propriété semble être une notion solidement établie. Pourtant, quelques auteurs l'ont remise en cause.

30. Historiquement, le terme « démembrement » désigne un moyen de torture. Il n'est donc pas étonnant que la technique juridique paraisse finalement assez peu naturelle ! On l'accuse d'ailleurs parfois de maltraiter le droit de propriété, absolu et sacré. Dans un grand nombre de cas, le législateur a donc pris soin de l'encadrer. Si, très souvent, le démembrement résulte de dispositions législatives qui soulèvent peu de problèmes, il peut également être d'origine contractuelle. Des difficultés apparaissent alors lorsqu'un contrat confère à autrui le droit de disposer de la chose et d'en jouir car, inévitablement, la question se pose des limites de la liberté contractuelle. Le danger est alors grand de voir le droit de propriété se disloquer au gré de l'imagination des parties. Devant cette menace, la première réaction de la doctrine a été de limiter le nombre des droits réels afin d'empêcher que les parties ne fassent ressurgir les propriétés divisées de l'ancien droit. Plus récemment, certains auteurs ont critiqué l'idée même d'un démembrement de propriété en rejetant la « décomposition » de la propriété⁷³.

⁷¹ R. GENTILHOMME, Démembrement de l'actif social et transmission, J.C.P., éd. not. et immob., 7 janvier 2000, p. 35 ; B. DUMAS et M. H. LOUVEL, Investissement et valorisation, Petites affiches, 23 avril 1997, n° 49, p. 43 ; M. GRIMALDI et J.-F. ROUX, La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit, Defrénois, 1994, Art 35677, p. 3 ; Colloque sur le démembrement de propriété, stratégies actuelles et perspectives, Dr. et patrimoine, novembre 1999, Dossier, p. 54 s.

⁷² P. JULIEN SAINT AMAND et J.-P. CHOISNE, Démembrement et détention d'immeubles, J.C.P., éd. not. et immob., 28 janvier 2000, p. 196.

⁷³ Celle-ci est, en effet, un rapport de droit par essence exclusif et absolu.

31. Partant d'une analyse rigoureuse de la théorie classique, ils en ont relevé les incohérences et les limites. Ces critiques ont le mérite d'inviter à repenser les concepts qui semblaient pourtant acquis. Il faut, en effet, admettre que certaines zones d'ombre planent encore sur le système classique. Avant toute chose, il semble donc essentiel de s'interroger sur la possibilité de détacher un attribut de la propriété (Chapitre 1). Nous démontrerons qu'il est possible et même souhaitable de pouvoir dissocier certains attributs du droit de propriété. Cette démonstration est un préalable nécessaire pour bien comprendre les concepts de droit réel et de propriété. Une fois le démembrement réaffirmé, il faudra se demander quelle forme il peut revêtir et, surtout, dans quelle mesure on peut créer un droit réel. Il nous faudra donc répondre à la question des limites de la décomposition ce qui implique d'étudier la mesure de la liberté contractuelle (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La possibilité de démembrer

32. La première question qu'il faut se poser est celle de savoir s'il est possible, d'une manière générale, d'amputer le droit de propriété de l'un de ses attributs, ce qui suppose résolue la question de la définition de la propriété. En effet, ce n'est qu'à partir de la définition de ce droit que l'on pourra envisager ou non sa décomposition. Plus cette notion sera définie par son caractère patrimonial, plus il sera aisé d'en envisager le partage. En revanche, plus on mettra l'accent sur le rapport juridique liant la personne au bien, plus il sera difficile d'admettre une décomposition de la propriété⁷⁴. C'est l'idée que défend une partie de la doctrine. Elle puise sa force dans les contradictions du système classique qui reconnaît d'une part l'unité du droit de propriété tout en admettant, d'autre part, qu'il puisse être scindé.

33. À partir de l'analyse critique des incohérences de la théorie classique, certains auteurs ont, en effet, remis en cause l'éventualité même d'un démembrement de propriété (Section 1). Si nous ne contestons pas les incertitudes de la théorie classique, il nous semble, en revanche, nécessaire de réaffirmer l'idée qu'un droit de propriété puisse être décomposé (Section 2).

⁷⁴ On retrouve finalement la même problématique qu'en matière contractuelle à travers la question de savoir si le contrat est un lien ou un bien.

Section 1 : Remise en cause de la théorie classique du démembrement

34. Bien que certains auteurs l'aient suggérée avant lui⁷⁵, la critique est essentiellement l'œuvre du professeur Zenati. Dénonçant les incohérences du système classique, elle a été relayée par Mme Lotti⁷⁶ et sème aujourd'hui le doute sur une technique qu'on croyait définitivement établie. L'analyse se fonde sur l'inadaptation du démembrement à la définition classique du droit de propriété (§1) et sur le rejet de cette technique par le droit positif (§2).

§1 : Critiques fondées sur l'inadaptation du démembrement à la définition de la propriété

35. Définir le droit de propriété n'est pas chose facile et même l'article 544 du Code civil ne définit pas complètement ce droit dans la mesure où il ne met en relief que son caractère absolu et les prérogatives octroyées au propriétaire. Pour contourner le problème, la doctrine ne s'est longtemps attachée qu'aux attributs de la propriété mais comme le souligne le professeur Zenati, assimiler la propriété à son contenu conduit à un véritable paradoxe rendant toute décomposition impossible (A). Si la propriété est, effectivement, un droit composite, comment imaginer qu'elle puisse survivre à sa décomposition ? On arrive à la même impasse en définissant la propriété comme un droit subjectif (B). Si l'on accentue l'importance du lien juridique entre la personne et le bien, on est conduit à rejeter l'idée d'une décomposition de la propriété.

⁷⁵ P. MASSON, Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les romanistes du Moyen Age et dans le droit français, thèse Dijon, Dijon : Imprimerie du Palais, 1933, p. 197 s. ; E. ROGUIN, La règle de droit, Lausanne : F.Rouge, 1989, p. 272 ; J.-F. BARBIERI, Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels, Contribution à l'étude de la notion de perpétuité dans les relations juridiques, thèse Toulouse, 1977, p. 342 s : « Le mécanisme de constitution conduit donc à la création de pouvoirs nouveaux et originaux sur le bien ».

⁷⁶ B. LOTTI, Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, thèse Paris XI, 1999.

A : La définition de la propriété par son contenu

36. L'abolition du régime féodal a laissé place à une propriété recomposée, unifiée. Pothier, qui fut à l'origine de cette vision absolutiste, s'est effectivement efforcé de rassembler tous les droits réels dans la propriété⁷⁷ mais la définition de ce droit par son contenu fut, très tôt, contestée et la notion de démembrement critiquée. Il fallait, en effet, expliquer comment une telle propriété composite pouvait survivre au démembrement (1). Si l'on adopte une telle définition, le démembrement devient la négation même de la propriété car, en perdant l'un de ses éléments constitutifs, la propriété paraît dénaturée. Pour cette raison, un certain nombre d'auteurs ont préféré abandonner l'idée de démembrement (2).

1 : L'énigmatique survie de la propriété.

37. Depuis les travaux des jurisconsultes romains, la propriété est analysée comme la réunion de trois attributs : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* mais définir la propriété comme une somme de prérogatives conduit à une impasse. Le système classique présente des incohérences (a) et les solutions suggérées pour dénouer le paradoxe ne sont pas satisfaisantes (b).

a : Les incohérences

38. La doctrine classique définit la propriété comme une juxtaposition de prérogatives. Ainsi, la propriété n'est-elle pas un droit simple mais un droit complexe⁷⁸. Pour Pothier, le regroupement de toutes les prérogatives entre les mains d'un propriétaire unique marque d'ailleurs clairement la volonté de rompre avec le droit féodal mais lorsqu'on se penche sur les fondements de cette définition, on s'aperçoit qu'une telle approche n'est peut-

⁷⁷ Fr. ZENATI, Essai sur le concept juridique de propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif, thèse dact. Lyon, 1981, p. 57.

⁷⁸ E. CHENON, Les démembrements de la propriété foncière avant et pendant la Révolution, 2^{ème} édition, Paris : Recueil Sirey, 1923, p. 12 : « La propriété n'est pas un droit simple, un droit unitaire, mais plutôt un faisceau serré d'un certain nombre de droits que les Romains rangeaient déjà sous trois chefs, droit d'user, de jouir, de disposer. Chacun des droits peut être séparé, disons le mot, peut être démembré de la propriété, et constitue un droit réel de moindre étendue... Mais la propriété qui est ainsi restreinte devient une propriété incomplète. »

être pas aussi légitime qu'on le prétend car elle repose sur une interprétation fautive du droit romain (α) et sur une analyse discutable de l'article 544 du Code civil (β).

α : Une interprétation erronée du droit romain

39. Au soutien de son analyse, la doctrine s'appuie sur l'héritage du droit romain dont elle s'inspire très librement en admettant que le droit de propriété renferme trois prérogatives essentielles : l'*uti* (droit d'user de la chose), l'*abuti* (droit d'en disposer) et le *frui* (droit d'en jouir)⁷⁹ formant, lorsqu'ils sont réunis, la *proprietas plena*⁸⁰. Une telle interprétation du droit romain semble erronée car la définition du contenu de la propriété est une invention des modernes.

40. Selon M. Villey, il faut très clairement distinguer la propriété, telle qu'on l'entend aujourd'hui, de la *proprietas* romaine. La propriété moderne semble, en effet, être un mélange de plusieurs notions romaines puisque ni la *proprietas* ni le *dominium* ne confèrent à leur titulaire un pouvoir absolu. La définition du droit de propriété par ses attributs est très éloignée des conceptions romaines car, en droit romain, le *jus utendi* n'appartient pas au propriétaire. Quant à l'*abusus*, il est limité dans la mesure où le propriétaire n'a pas nécessairement le droit de détruire son bien⁸¹. En conséquence, l'interprétation du droit romain semble pervertie. Elle serait, d'ailleurs, à l'origine de la crise du droit des biens⁸². C'est en se fondant sur la substance véritable du droit romain que le professeur Zenati a pu déceler les contradictions de la doctrine classique.

41. Le professeur Zenati considère que cette vision d'un droit de propriété décomposé ne peut qu'entraîner une résurgence des institutions féodales⁸³. L'idée d'une

⁷⁹ B. MICHAS, le droit réel considéré comme une obligation passive universelle, thèse, Paris, Paris : A Pedonne, Librairie de la cour d'appel et de l'ordre des avocats, 1900, p. 36.

⁸⁰ L. JOSSERAND, Cours de droit civil français positif conforme aux programmes officiels des facultés de droit, t. 1, Théorie générale du droit et des droits, les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réels principaux, 2^{ème} édition, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1932, p. 763, n°1468-1469.

⁸¹ M. VILLEY, Notes sur le concept de propriété, in *Critique de la pensée juridique moderne, douze autres essais*, Paris : Dalloz, 1976, p. 187 s.

⁸² Fr. ZENATI, thèse précitée, p. 190 s et spécialement p. 198 : « Ceux-là même qui en font état reconnaissent que les romains ignoraient la décomposition de la propriété en *jura* et qu'on leur attribue à tort la paternité de cette théorie, la célèbre formule latine étant tout à fait moderne. »

⁸³ Fr. ZENATI, thèse précitée, p. 105 : « Le maintien d'une telle définition commanderait de cesser de nommer

somme de prérogatives aurait même plutôt tendance à s'opposer à celle d'une propriété absolue. Si le propriétaire jouit réellement des choses de la manière « la plus absolue », il ne paraît guère possible de répertorier toutes les utilités du bien. Pour de Vareilles-Sommières, cette tâche serait aussi difficile qu'inutile⁸⁴. Selon nous, une telle idée n'est pas recevable car, à travers l'*usus/fructus/abusus*, il n'est pas question de dresser une liste exhaustive des attributs du bien. Il s'agit, simplement, de synthétiser les services que l'on peut retirer d'une chose, ce qui ne semble ni impossible, ni farfelu. Les jurisconsultes ont essayé de généraliser ces services pour dégager le fameux triptyque que nous connaissons bien. Quant à savoir s'ils y sont parvenus et si le triptyque est réellement pertinent, c'est un autre problème.

β : Une interprétation discutable de l'article 544 du Code civil

42. Souhaitant réunir sur la tête du propriétaire les prérogatives les plus larges possibles, Pothier a tenté de définir avec précision les attributs de la propriété. Le droit de propriété a, selon lui, une étendue large. Il comprend ainsi : le droit d'avoir tous les fruits qui naissent de la chose, le droit de se servir de la chose et le droit d'empêcher tous les autres de s'en servir. Il détaille le droit de disposer avec minutie. Le propriétaire peut convertir, transformer la chose. Il peut également la perdre, l'aliéner, « accorder à d'autres dans sa chose tels droits qu'il voudra ou encore en permettre tel usage qu'il jugera à propos⁸⁵. » Si l'on veut synthétiser ces prérogatives, l'*usus* permet des actes de jouissance matérielle et juridique. Le *fructus* est le droit de percevoir les fruits et, enfin, l'*abusus* est le droit de disposer ou non de la chose que la disposition soit matérielle (transformation, destruction...) ou juridique (faculté de céder⁸⁶, de décomposer...). La doctrine classique circonscrit ainsi l'ensemble des prérogatives du propriétaire. Celui-ci dispose d'une palette de pouvoirs qui structurent son droit tant et si bien qu'ils le définissent. Pourtant, le Code civil n'a jamais réduit expressément la propriété à une somme de prérogatives. La doctrine a, en réalité, déduit cette idée d'une interprétation discutable de l'article 544.

propriétaire celui qui a cédé une partie de ses attributs, à moins de reprendre l'optique féodale, ce qui est inadmissible. »

⁸⁴ M. de VAREILLES-SOMMIERES, La définition et la notion juridique de la propriété, R.T.D.civ. 1905, p. 448.

⁸⁵ POTHIER, Œuvres de Pothier, Tome 9, Traité du droit de domaine de propriété, Paris : Cosse et N. Delamotte ; Videcoq père et fils, 1848, p. 103.

⁸⁶ Pour certains auteurs, le droit de céder n'est pas une prérogative inhérente au droit de propriété. Planiol estimait que le droit d'aliéner n'était pas compris dans le droit de propriété.

43. Seul l'article 544 concerne explicitement le droit de propriété et il le définit par son contenu. Logiquement, la doctrine a analysé cet article comme l'exposé des droits que la propriété était censée renfermer. Le professeur Atias⁸⁷ a d'ailleurs reproché à l'article 544 de présenter la propriété comme la somme des éléments qui en sont issus. Selon lui, ce texte pousse à considérer la propriété comme la réunion de la nue-propriété et de l'usufruit malgré l'abolition de la théorie du double domaine. Faut-il interpréter ainsi cet article ? Rien n'est moins sûr, d'autant que l'article 544 ne reprend pas clairement les trois prérogatives énoncées : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses... » Seules deux prérogatives apparaissent dans la version du Code civil : le droit de jouissance et le droit de disposition. Est-ce un oubli des rédacteurs ? Il ne semble pas car cette « anomalie » apparaît un peu partout dans notre Code civil. Elle n'a pourtant pas empêché la doctrine d'analyser l'article 544 comme l'exposé des attributs de la propriété. Pour pallier la difficulté, la doctrine a prétendu que l'*usus* et le *fructus* étaient confondus dans un droit unique : un droit de jouissance plus ou moins étendu. Selon Marcadé⁸⁸, en effet, les rédacteurs du Code civil ont voulu se rapprocher de la réalité des faits car le droit de jouissance est, en pratique, rarement séparé du droit d'usage⁸⁹. À partir de là, le système classique s'est progressivement imposé.

44. Dans la théorie classique, la notion de démembrement est fondamentale. Tous les droits réels sont censés provenir de la propriété. La définition de la propriété par son contenu prépare donc en quelque sorte l'éventualité d'un démembrement⁹⁰. En présentant le droit de propriété comme un ensemble de droits réels, il est alors possible de le comparer aux autres droits réels et d'en faire ainsi le « droit réel par excellence⁹¹ », « l'étalon des droits réels⁹² ». Les droits réels sur la chose d'autrui sont ainsi extraits du droit de propriété qu'ils amputent et restreignent. Quant au propriétaire d'origine, il garde la propriété de la chose mais son droit peut changer de nom plus les attributs prélevés sont importants. Ainsi, le

⁸⁷ C. ATIAS, La propriété foncière : une tradition libérale à inventer, in *Un droit inviolable et sacré, La propriété*, A.D.E.F., 1991, p. 119 s.

⁸⁸ V MARCADE, Explication théorique et pratique du Code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre, Tome 2, 7^{ème} édition, Paris : Delamotte et fils, Editeurs, 1873.

⁸⁹ Fr. ZENATI, Essai sur le concept juridique de propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif, thèse Lyon, 1981, p. 53.

⁹⁰ Pour le professeur Zenati, la notion de démembrement ne remplit aucune fonction technique. Elle ne sert qu'à compléter la théorie juridique du droit des biens et à justifier l'identité de nature entre la propriété et les droits réels, thèse précitée, p. 56-57.

⁹¹ Ch. DEMOLOMBE, Traité de la distinction des personnes et des biens, in *Cours de Code Napoléon*, t. IX, Paris : Durand, 1870, n° 471, p. 352.

⁹² Ch. DEMOLOMBE, *ibid.*, n° 333-334.

propriétaire deviendra-t-il nu-propriétaire ou encore quasi-nu-propriétaire lorsque la propriété sera amputée des plus importantes utilités du bien. Il arrive d'ailleurs que les exceptions soient si nombreuses que la propriété n'est même plus le plus large des droits réels.

45. Très tôt, le problème s'est posé de savoir comment la propriété pouvait survivre au démembrement dans la mesure où on la définissait comme un pouvoir d'utilisation illimitée sur une chose⁹³. Pour Roguin, il s'agit là du « comble de l'absurde⁹⁴ ». Diminuée de l'un de ses attributs, la propriété est alors incomplète⁹⁵. Dès lors, il semble totalement aberrant de définir la propriété comme un droit de disposition illimité sur la chose sans cesser d'appeler propriétaire celui qui a aliéné une partie de ses prérogatives⁹⁶. Pourquoi, en effet, qualifier de propriété une partie plutôt que l'autre⁹⁷ ? Quelle étrange aporie tourmente le droit des biens ? Ahrens relève parfaitement la contradiction, dénonçant le caractère faux et illogique du système. Pour l'auteur, démembrement la propriété, c'est nier la propriété. Roguin rejoint cette idée en poussant très loin l'analyse puisqu'il estime que la perte d'une attribution quelconque, aussi minime soit-elle, fait perdre au propriétaire sa qualité. Il vise même le propriétaire qui aurait aliéné une de ses prérogatives sous la forme d'un droit personnel⁹⁸.

46. Autre paradoxe, la définition de la propriété par son contenu pousse certains auteurs à reconnaître au quasi-usufructier un véritable droit de propriété. Ainsi, pour M. Sauvage⁹⁹, le quasi-usufructier est propriétaire de la chose et débiteur de sa valeur à l'extinction de son droit. Pourtant, le démembrement est censé laisser intacte la propriété. Toute la question est de savoir si, disposant de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus*, le quasi-usufructier devient, pour autant, propriétaire de la chose. Quant au quasi-nu-propriétaire, on prétend qu'il perd son droit réel sur la chose pour un simple droit de créance. Comment un

⁹³ Les juristes romains appelaient le droit aux services temporaires de la chose la propriété *ad tempus*.

⁹⁴ E. ROGUIN, La règle de droit, Analyse générale, spécialités, Système des rapports de droit privé, Lausanne : F. Rouge, 1889, p.272 : « C'est vouloir qu'une bouteille soit toujours pleine malgré l'écoulement d'une partie, peut-être de la totalité du liquide qu'elle contenait. »

⁹⁵ E. CHENON, Les démembrements de la propriété foncière avant et après la Révolution, thèse Paris, 1881, 2^{ème} édition, Paris : Recueil Sirey, 1923, p.11 s.

⁹⁶ Les personnalistes se sont emparés du problème pour critiquer la définition de la propriété et des droits réels d'une manière générale.

⁹⁷ A. PIRET, La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière, thèse Paris, 1937, p.173.

⁹⁸ E. ROGUIN, Préc., p. 274 : « La propriété doit être définie comme le droit le plus étendu donné par la loi sur une certaine catégorie de choses, et il faut admettre qu'elle n'existe plus au profit de personne aussitôt que ce droit a été diminué, même seulement par la création d'obligations. »

droit réel peut-il se mouvoir en un droit personnel ? Ce constat est difficile à expliquer. C'est, en tout cas, la solution logique à laquelle on aboutit lorsqu'on définit la propriété par ses attributs. Prenant conscience de ce problème, les auteurs ont tenté d'apporter des explications.

b : Des solutions insatisfaisantes

47. Plusieurs explications ont été proposées pour rendre la définition du droit de propriété compatible avec la technique du démembrement. La doctrine a redoublé ses efforts pour rendre le système cohérent en suggérant l'idée d'une propriété élastique¹⁰⁰. Le propriétaire conserve ainsi la jouissance potentielle de la chose¹⁰¹ car sa propriété n'est amputée que temporairement. Virtuellement, elle est toujours la propriété pleine et entière décrite par le Code civil. La propriété est donc permanente. Ahrens défend cette idée en distinguant la possibilité permanente du propriétaire et la réalité temporaire de l'usufruitier. De Vareilles-Sommières soutient la même idée de virtualité en affirmant qu'il est assez exceptionnel que le propriétaire ait le droit exclusif de tirer toutes les utilités de la chose. Malgré les restrictions, la propriété démembrée resterait donc la propriété entière. Ainsi, le droit de propriété ne s'oppose pas à l'existence d'autres droits réels sur la même chose. Pour l'auteur, le seul droit avec lequel la propriété est incompatible, c'est un autre droit de propriété. Une définition correcte de la propriété devrait faire comprendre que le droit de se servir de la chose est la règle pour le propriétaire mais une règle susceptible d'exceptions. Aussi, De Vareilles-Sommières définit-il le droit de propriété comme « Le droit en vertu duquel une personne peut, en principe, tirer d'une chose tous les services ou, autrement dit, peut tirer d'une chose tous les services sauf exception¹⁰². » La propriété serait, en quelque sorte, le droit commun et les autres droits réels l'exception. Cette solution, aussi intéressante soit-elle, ne résout pourtant pas le problème dans la mesure où, pendant la durée du démembrement, on ignore ce qu'il advient de la propriété. Devant cette impasse, Ahrens fait lui-même le constat que les glossateurs ont été plus logiques que les modernes en élaborant la théorie du double domaine.

⁹⁹ F. SAUVAGE, Les nouvelles frontières du quasi-usufruit, J.C.P., éd. not. et immob., 21 avril 2000, p.691.

¹⁰⁰ H. PERINET-MARQUET, La propriété à géométrie variable, A.D.E.F, p. 127 s.

¹⁰¹ R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, op. cit., p. 319.

¹⁰² M de VAREILLES-SOMMIERES, La définition et la notion juridique de propriété, R.T.D. civ., 1905, p. 443.

48. Certains auteurs n'ont pas hésité à redéfinir la propriété comme un droit relatif en faisant appel à l'idée d'une propriété divisée¹⁰³. Le raisonnement est assez simple : puisque aucune partie de la propriété n'a vocation, plus que l'autre, à être considérée comme la propriété elle-même, autant qualifier les deux fragments de véritables droits de propriété. Selon le professeur Zenati, cette thèse est la seule façon de sortir de l'impasse si l'on conserve la définition de la propriété par ses attributs mais l'auteur rejette la solution qu'il juge inadmissible¹⁰⁴. Cette idée, nous le verrons, doit être nuancée car la menace féodale ne paraît guère crédible.

49. Pour résoudre l'énigme du démembrement, quelques auteurs ont avancé l'idée d'une hiérarchie dans les attributs de la propriété. Si un fragment de propriété demeure la propriété, c'est que les prérogatives du propriétaire restent suffisamment importantes pour qu'il puisse conserver son droit de propriété. Inversement, il serait possible de se départir de certains attributs dans la mesure où ils ne seraient pas essentiels à la propriété. Reste à déterminer quel est l'attribut fondamental du droit de propriété. La doctrine classique considère que l'*abusus* est ce droit essentiel. Cette idée est discutable et nous ne la partageons pas car la propriété, nous le verrons, peut très bien être amputée de cet élément. Le droit de disposer du propriétaire peut parfaitement être paralysé sans que celui-ci ne soit privé de son droit.

50. Certains, enfin, ont dénoncé l'incomplétude du triptyque traditionnel. Il semble, a priori, difficile d'envisager toutes les utilités d'une chose. Au-delà des attributs traditionnels, la substance de la propriété résiderait dans une quatrième prérogative qu'il conviendrait de mettre à jour. Ainsi, Toullier fait-il du droit d'exclure une quatrième prérogative et même l'élément constitutif du droit de propriété. Beudant¹⁰⁵ considère, quant à lui, que le droit d'accession décrit à l'article 546 du Code civil constitue cette quatrième prérogative. Peu convaincue par ces diverses explications, une partie de la doctrine actuelle a préféré abandonner purement et simplement la notion de démembrement.

¹⁰³ J. LEAUTÉ, Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français, Paris : Ancienne imprimerie de la cour d'appel, 1946, p. 150.

¹⁰⁴ Fr. ZENATI, Essai sur le concept juridique de propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif, thèse Lyon, 1981, p.105 : « Le maintien d'une telle définition commanderait de cesser de nommer propriétaire celui qui a cédé une partie de ses attributs, à moins de reprendre l'optique féodale si familiarisée au principe du démembrement, en affirmant que la dislocation de la propriété produit...plusieurs propriétés. »

¹⁰⁵ R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, Cours de droit civil français, Les biens, t. IV, 2nde édition, Paris : Rousseau et Cie Editeurs, 1938, p. 318.

2 : L'abandon de la notion de démembrement

51. L'expression « démembrement » n'a jamais été utilisée par les juristes romains. Pour certains auteurs, il s'agit d'un néologisme¹⁰⁶ dangereux susceptible de faire renaître le droit féodal. Cette notion serait fautive et il faudrait plus justement se référer à la notion de « *dominium paralysé dans son champ d'action*¹⁰⁷ ». En d'autres termes, il conviendrait de ne pas prendre l'idée de démembrement au pied de la lettre. En réalité, par la technique du démembrement, on constituerait un nouveau droit réel (c'est la raison pour laquelle on parle de constitution d'un droit réel) qui ne serait pas extrait du droit de propriété. Les auteurs défavorables à l'idée de démembrement¹⁰⁸ soulignent, en effet, l'absence de symétrie parfaite et de correspondance arithmétique entre le droit originel, attribut de la propriété, et le droit que produit le démembrement. Autrement dit, le droit extrait de la propriété ne correspond pas au droit conféré au tiers. L'exemple le plus souvent utilisé est, nous le verrons, celui de la servitude. Le Code civil n'emploie d'ailleurs jamais le terme démembrement tiré de l'intitulé du Livre II, préférant évoquer plus simplement la « modification de la propriété ». La notion de démembrement serait donc étrangère tant à la lettre qu'à l'esprit du Code¹⁰⁹ dans la mesure où celui-ci est inspiré la notion romaine de propriété. Au soutien de cette idée, le professeur Zenati relève qu'au XIX^{ème} siècle, de nombreuses dispositions législatives et réglementaires ont aboli les droits féodaux pour ne maintenir que les seuls droits réels du Digeste. Par ailleurs, Pothier lui-même n'a jamais parlé que de propriété imparfaite pour évoquer le démembrement de ce droit.

52. Notion fautive, le démembrement serait également une notion sans intérêt. Le professeur Zenati considère, en effet, que le concept de démembrement ne remplit aucune fonction technique¹¹⁰ dans la mesure où la plupart des solutions du droit s'expliquent parfaitement sans qu'il soit nécessaire de recourir à cette notion, en admettant simplement une partition matérielle des utilités du bien. L'auteur va même plus loin puisqu'il prétend que le démembrement ne sert qu'à justifier, sur un plan purement théorique, l'identité de nature de la

¹⁰⁶ Pour le marquis de Vareilles-Sommières, il s'agit d'« un néologisme inspiré aux modernes par une vague réminiscence du droit féodal », note précitée, p.488.

¹⁰⁷ L. RIGAUD, *Le droit réel, histoire et théories, son origine institutionnelle*, thèse Toulouse, 1912, p.107.

¹⁰⁸ Fr. ZENATI, thèse précitée, p. 112 et B. LOTTI, *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte*, thèse Paris XI, 1999.

¹⁰⁹ Fr. ZENATI, thèse précitée, p. 361 s.

¹¹⁰ Fr. ZENATI, thèse précitée, p. 56-57.

propriété et des droits réels. Inutile et erronée, la notion de démembrement serait, de plus, incompatible avec l'idée selon laquelle le droit de propriété constitue un droit subjectif.

B : La définition de la propriété comme un droit subjectif

53. Selon Mme Lotti, la propriété correspond parfaitement à la définition du droit subjectif. Elle en serait même l'exemple type (1). Or, le droit subjectif est caractérisé par son exclusivisme et son absolutisme. Par conséquent, nul autre que le propriétaire ne pourrait bénéficier des prérogatives afférant au droit de propriété (2).

1 : La définition du droit subjectif appliquée à la propriété

54. La question qui se pose est celle de savoir si le droit de propriété est un droit subjectif. Pour beaucoup, il apparaît comme le prototype même des droits subjectifs. Encore faut-il savoir comment définir cette notion très controversée pour pouvoir l'appliquer au droit de propriété. Définir le droit subjectif ne fut pas chose aisée. Notion inconnue du droit romain, il a fallu poser entièrement les bases de sa définition. Plusieurs propositions ont été émises. Des controverses doctrinales, on peut tirer une définition du concept assez satisfaisante (a) mais il ne suffit pas de définir le droit subjectif, encore faut-il préciser s'il correspond au droit de propriété (b).

a : Les différentes définitions proposées

55. Traditionnellement, trois définitions sont proposées de la notion de droit subjectif. Une première tendance définit ce droit comme un pouvoir de la volonté. Celle-ci serait même l'élément essentiel et caractéristique du droit subjectif. Pour autant, il n'est pas question de représenter un tel droit en dehors de l'ordre social car il est évident que seul le droit objectif peut en donner la mesure¹¹¹. La volonté est donc naturellement encadrée¹¹².

¹¹¹ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 57.

¹¹² Contre cette idée, on a défendu que le droit subjectif avait sa source dans la personnalité de l'individu et qu'il

Autrement dit, dans les limites et le respect de la loi, la volonté des parties peut librement s'exprimer. Elle se détache alors du droit objectif¹¹³ pour acquérir une puissance propre. En résumé, le droit subjectif est l'expression de la puissance de la volonté sous l'empire du droit objectif.

56. Si l'on adopte cette thèse, le droit de propriété ne peut être considéré comme un droit subjectif puisque la propriété est protégée sans que la volonté du propriétaire ait à s'exprimer. En effet, lorsqu'un individu pénètre dans une propriété privée, il viole le droit de propriété même si aucune interdiction n'a été formulée. Toute la question est donc de savoir s'il faut réellement faire de la volonté le support nécessaire des droits subjectifs. Cette idée doit être rejetée car le droit subjectif peut exister indépendamment de toute volonté réelle. Il existe de nombreuses hypothèses où la volonté est absente. Tel est le cas des incapables qui peuvent parfaitement jouir de droits subjectifs. Tel est encore le cas du droit à la vie qui ne nécessite aucune manifestation de volonté.

57. Un autre courant doctrinal, porté par Ihering, préfère analyser le droit subjectif comme l'expression d'un intérêt juridiquement protégé¹¹⁴. Dans cette optique, on considère que le droit subjectif n'est pas le droit de vouloir mais le droit de profiter. Avant même l'expression de volonté, c'est la jouissance qui fait le droit subjectif. Si l'on optait pour une telle définition, la propriété fiduciaire ne pourrait pas être analysée comme un droit subjectif puisque la fiducie réalise une scission entre le titre juridique et l'intérêt qui en découle. Dans le cas de la propriété fiduciaire, le fiduciaire dispose, en effet, du titre de propriété sans les utilités de la chose qui reviennent à un tiers. De la même manière, le propriétaire qui vend son bien avec une clause de réserve de propriété ne jouit plus des utilités de la chose.

58. Faut-il assimiler le droit subjectif à un intérêt juridiquement protégé ? Cette thèse n'échappe pas à la critique. On a reproché à Ihering de faire montre d'utilitarisme, de matérialisme et de laisser à l'Etat la toute puissance mais l'expression « intérêt » ne concerne

était antérieur, par conséquent, à toute reconnaissance juridique. Toutefois, il semble clair que le droit subjectif ne peut être reconnu que par le droit positif.

¹¹³ J. DABIN, op. cit., p. 59 : « Le droit objectif s'est dessaisi à son profit de l'ordre qu'il a édicté, faisant de sa propre ordonnance l'ordonnance du bénéficiaire : le droit est devenu son droit. »

¹¹⁴ R. von IHERING, L'esprit du droit romain, t. 4, Les droits de l'ancien droit privé, trad. O. De Meulenaere, 3^{ème} édition, Paris : A. Marescq aîné, Gand : F. Clemm, 1878, « Les droits sont des intérêts juridiquement protégés. »

pas seulement l'ordre matériel. L'intérêt peut être, en effet, purement psychologique. Quant à la supériorité de l'ordre étatique, elle est, selon nous, une évidence difficilement contestable. Une critique plus pertinente a été émise contre la définition proposée par Ihering, faisant remarquer qu'il n'était pas juste de définir le droit par son but car, sur un plan purement méthodologique, il est extrêmement douteux de définir une notion par sa fonction¹¹⁵.

59. Enfin, une troisième et dernière mouvance tente de concilier les deux thèses précédentes. La thèse mixte propose de combiner les deux approches étudiées en faisant primer soit l'une soit l'autre thèse. Tantôt l'accent est mis sur l'importance de la volonté, tantôt sur l'intérêt juridiquement protégé¹¹⁶ mais cette thèse mixte peut recevoir les mêmes critiques que les thèses précédentes. La question reste donc entière : comment définir le droit subjectif ?

60. Notion engendrée par l'individualisme moderne, le droit subjectif est un attribut de la personne. Dabin considère que le droit subjectif est une « appartenance-maîtrise ». Tout droit subjectif est un lien d'appartenance d'un sujet sur une chose. Il est, en quelque sorte, ce qui « appartient » au sujet de droit. Ainsi, est-il caractérisé par des prérogatives accordées à des sujets de droit d'où son nom. Or, le droit de propriété est un droit intimement attaché à son titulaire : le propriétaire puisqu'il est ce qui est « sien ». Aussi, la notion de droit subjectif est-elle susceptible de s'appliquer au droit de propriété mais encore faut-il définir le droit de propriété.

b : Une définition s'appliquant au droit de propriété

61. Pour pouvoir analyser la propriété comme droit subjectif, il convient d'abord de définir le droit de propriété. Or, selon le professeur Zenati¹¹⁷, le terme « propriété » est ambivalent car il peut s'apprécier de deux manières : dans un sens subjectif et dans un sens objectif. Toute la question est de savoir si la propriété est un bien.

¹¹⁵ J. DABIN, op. cit., p. 69-70.

¹¹⁶ Dans un effort de synthèse, Saleilles s'éloigne de la thèse mixte pour suggérer de définir le droit subjectif comme l'exercice d'un pouvoir, une maîtrise virtuelle.

¹¹⁷ Fr. ZENATI, thèse précitée, p. 392 s.

62. Opposé au concept de droit subjectif, Duguit¹¹⁸ considère que la propriété est, certes, protégée par le droit mais qu'elle n'est pas un droit elle-même. Le droit se confondant avec la chose sur laquelle il porte, la propriété est en réalité « une chose, une utilité, une richesse ». Ainsi, la propriété est-elle un bien ; elle ne peut donc être assimilée à un droit subjectif. La théorie est séduisante mais il convient de l'écarter. Il semble, en effet, difficile de défendre l'idée que la propriété n'est pas un droit puisque l'article 544 du Code civil prévoit que la propriété est « le droit de... ». De plus, l'assimilation de la propriété à son objet est une thèse qui, nous aurons l'occasion de revenir sur ce point, semble contestable. Enfin, même si nous soutenons la réification du droit de propriété, ce droit n'en est pas moins un lien de droit entre une personne et une chose mais s'agit-il, pour autant, d'un simple attribut de la personne ?

63. Le professeur Zenati considère que la propriété est un attribut de la personne¹¹⁹. Au soutien de cette thèse, il cite Portalis pour qui le droit de propriété fait partie de notre manière d'être. En d'autres termes, l'auteur rejette catégoriquement l'idée selon laquelle la propriété n'est qu'une forme de bien. Il en tient pour preuve que la propriété n'est jamais un objet de droit¹²⁰. Il explique ensuite le transfert de propriété de la manière suivante : celui-ci n'est pas un transfert du droit de propriété mais un transfert d'objet. La propriété étant un pouvoir attaché à la personne, elle ne peut être cédée. Seul le bien considéré peut l'être. En ce sens, la propriété est *potestas*, c'est-à-dire attribut de la personne. Par conséquent, elle ne peut être considérée comme un droit réel puisque les droits réels sont des choses¹²¹. Certains ont même affirmé que la propriété était « le reflet de la personnalité humaine¹²² », projection de l'individu dans le domaine des choses. En ce sens, la propriété est l'exemple même du droit subjectif. Elle revêt logiquement les caractères de ce droit.

¹¹⁸ Ch. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, T. 1, 3^{ème} édition, Paris, 1927, p. 445 s.

¹¹⁹ Fr. ZENATI, thèse précitée, p. 328.

¹²⁰ Si la propriété d'un usufruit est concevable, d'après le professeur Zenati, la réciproque est impossible.

¹²¹ Article 526 du Code civil.

¹²² H. AHRENS, Cours de droit naturel ou de philosophie du droit complété dans les principales matières par des aperçus historiques et politiques, t. 1, 7^{ème} édition refondue et complétée par la théorie du droit public et du droit des gens, Leipzig : F. A. Brockhaus, 1875, p. 118.

2 : Les caractères du droit subjectif appliqués à la propriété

64. La propriété étant analysée comme un droit subjectif, il convient de lui appliquer le régime juridique de ces droits. Ainsi, selon Mme Lotti, à l'image de tous les droits subjectifs, le droit de propriété ne peut faire l'objet d'un démembrement puisqu'il est « un et indivisible¹²³ ». En d'autres termes, l'obstacle au démembrement réside dans la structure même du droit subjectif qui forme un tout indivisible. Selon l'auteur, ce qui définit le droit subjectif, c'est qu'il est une sphère d'exclusion des tiers, une relation d'un sujet à un objet. Par conséquent, il semble impossible de le décomposer. En 1933 déjà, Masson considérait, de la même manière, que la propriété était, comme tous les droits, un rapport juridique avant tout et qu'elle ne pouvait donc pas être divisée, la valeur seule pouvant être partagée. L'auteur en déduisait alors que les droits réels n'étaient pas des démembrements de propriété mais une partie des pouvoirs de fait que le propriétaire pouvait exercer sur son bien¹²⁴. Que ce soit en 1933 ou en 1999¹²⁵, l'argument reste le même, fondé sur l'exclusivisme des droits subjectifs.

65. Droit exclusif, le droit subjectif est également un droit absolu. Par conséquent, il ne peut être restreint de quelque manière que ce soit parce qu'il doit assurer au sujet une pleine exclusivité et une jouissance absolue. Dénonçant les contradictions du système classique, une partie de la doctrine considère donc que la propriété, droit subjectif par excellence, ne peut pas faire l'objet d'un démembrement car, sur un plan purement théorique, le droit subjectif ne peut pas être décomposé. Allant même plus loin dans la critique de ce mécanisme, les auteurs n'hésitent pas à affirmer que le démembrement n'est pas reçu par le droit positif.

¹²³ B. LOTTI, thèse précitée, p. 171 s.

¹²⁴ P. MASSON, Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les romanistes du Moyen Age et dans le droit français, thèse Dijon, Dijon : Imprimerie du Palais, 1933, p. 202.

¹²⁵ B. LOTTI, Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, thèse Paris, XI, 1999.

§2 : Critiques fondées sur l'inadaptation du démembrement au droit positif

66. Le professeur Zenati considère que la technique du démembrement est contraire au droit positif et que l'analyse classique du droit de propriété ne répond pas aux exigences du droit positif. D'une part, le démembrement serait inadapté aux formes nouvelles d'appropriation (A). D'autre part, l'idée selon laquelle le droit démembré est extrait de la propriété serait inexacte (B).

A : L'inadaptation du démembrement aux formes nouvelles d'appropriation

67. Pour de nombreux auteurs, le droit des biens est mis à l'épreuve par le développement des choses immatérielles. Certains dénoncent même les lacunes structurelles¹²⁶ du droit des biens, incapable d'expliquer et d'accueillir les biens incorporels. Deux tendances ont été observées : ceux qui refusent d'admettre que ces biens puissent faire l'objet d'un droit de propriété¹²⁷ et ceux qui préfèrent dénoncer les imperfections du droit des biens.

68. La thèse du professeur Zenati s'inscrit dans cette deuxième tendance. Il estime, en effet, que le droit des biens n'est pas adapté aux formes nouvelles d'appropriation. Plus particulièrement, le démembrement ne peut être appliqué aux choses incorporelles. Aussi, l'auteur considère que cette technique doit être abandonnée pour les formes nouvelles d'appropriation, plus libres de se détacher du « poids de la tradition¹²⁸ ». L'auteur vise aussi bien la propriété littéraire et artistique (1) que la propriété industrielle (2), deux domaines qui connaissent des évolutions considérables.

¹²⁶ D. GUTMANN, Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, Les ressources du langage juridique, A.P.D., t. 43, 1999, p. 65 s : « En ce qui concerne le développement des choses immatérielles, les lacunes du droit ne semblent pas ponctuelles mais structurelles. »

¹²⁷ A. ROUAST, L'évolution du droit de propriété, rapport à la séance du 7 juillet 1945 de l'Association H. Capitant, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. I, Paris : Dalloz, 1946, p. 45 s ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, Les biens, Droit civil, 2^{ème} édition, Paris : Defrénois, éditions juridiques associées, Paris : Defrénois, 2005, n° 207, p. 60.

¹²⁸ Fr. ZENATI, thèse précitée, p. 176.

1 : L'inadaptation du démembrement à la propriété littéraire et artistique

69. La propriété littéraire et artistique présente certaines particularités par rapport à la conception traditionnelle du droit de propriété. Ces différences poussent d'ailleurs une partie de la doctrine à refuser la qualification de droit de propriété¹²⁹. Certains auteurs¹³⁰ soulignent l'idée que le propriétaire ne dispose pas de l'*usus* puisqu'il n'est pas le seul à avoir l'usage de l'œuvre publiée. S'il y a démembrement, il ne peut donc pas s'agir d'un démembrement classique. Pourtant l'article L 111-1 est assez explicite : « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. » Admettons que la propriété littéraire soit une véritable propriété, son démembrement est-il envisageable ? Le professeur Zenati le conteste.

70. M. Zenati nous fait remarquer que la doctrine dominante n'utilise pas le concept de démembrement pour décrire les cessions partielles de droits car la cession ne se distingue pas de la concession. Il semble, en effet, difficile de différencier ces deux notions. La cession est la transmission d'un droit entre vifs tandis que la concession est un contrat par lequel l'auteur accorde la jouissance de son œuvre. Lorsqu'un contrat de concession est conclu, il n'opère en principe aucun démembrement de propriété, conférant un simple droit personnel à l'utilisateur du bien. Or, en ce qui concerne les biens incorporels, il s'avère que la distinction droit réel/droit personnel est encore plus tenue qu'à l'ordinaire. En principe, le droit réel est « visible » puisqu'il porte directement et immédiatement sur une chose. Toutefois, lorsque le bien est intangible, il est beaucoup plus délicat de distinguer le droit réel démembré du droit personnel. Dès lors, la tendance est à l'abandon de la notion de démembrement en matière de propriété intellectuelle. L'immatériel serait, en effet, difficilement appréhendé par la notion de droit réel¹³¹.

71. Enfin, pour ceux qui verraient dans la propriété littéraire et artistique une résurgence de la propriété divisée à travers l'existence du droit moral de l'auteur, le professeur Zenati affirme que les prérogatives morales sont extérieures et étrangères à la

¹²⁹ Sur cette question, B. STARCK, Introduction au droit, par H. ROLAND et L. BOYER, 3^{ème} édition, Paris : Litec, 1991, p. 474 s., n°1173 s.

¹³⁰ H. DESBOIS, Le droit d'auteur en France, 3^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1978.

¹³¹ P. CATALA, L'immatériel et la propriété, A.P.D., t. 43, 1999, p. 61.

propriété. Si, en effet, la propriété est un droit patrimonial, il convient d'en exclure le droit moral de l'auteur. Il ajoute que ces idées sont surannées¹³². Le même constat doit être fait concernant la propriété industrielle.

2 : L'inadaptation du démembrement à la propriété industrielle

72. Le législateur, souligne le professeur Zenati¹³³, n'a pas défini la propriété industrielle comme une somme de droits mais plutôt comme une relation d'exclusivité, ce qui rend le démembrement moins évident. C'est d'ailleurs pour parvenir à protéger ce lien d'exclusivité que le législateur a parlé de « propriété ». Pour inciter à la recherche, le brevet consiste à réserver à celui qui investit le retour exclusif de ses engagements. Le démembrement d'une telle propriété est rarement évoqué par la doctrine, oublié du législateur et de la jurisprudence.

73. Ainsi, l'usufruitier d'un tel droit est considéré, d'après le professeur Zenati, comme une sorte d'utilisateur semblable au concessionnaire d'une licence¹³⁴. L'auteur estime que l'incorporalité de cette propriété ne permet pas d'opérer une nette distinction avec les droits personnels. À nouveau, la distinction droit réel/droit personnel semble peu claire. Il est alors difficile d'envisager le démembrement.

74. Inadaptée aux nouvelles formes d'appropriation, la technique du démembrement est, pour une partie de la doctrine, rejetée par le droit positif, d'autant plus qu'on a souvent pu observer des différences de contenu entre le droit attribué et le droit amputé. Autrement dit, l'idée d'un détachement d'une partie de la propriété ne résisterait pas à l'analyse et l'expression « démembrement » serait inexacte.

¹³² Fr. ZENATI, thèse précitée, p. 178.

¹³³ Fr. ZENATI, thèse précitée, p. 177.

¹³⁴ Fr. ZENATI, thèse précitée, p. 177.

B : L'inexacte correspondance arithmétique entre le droit attribué et le droit amputé

75. Depuis quelques années, l'idée se répand de l'inexactitude du terme « démembrement ». Démembrer, c'est, en effet, retirer une prérogative du droit de propriété pour l'attribuer à un tiers. Certains auteurs contestent cela parmi lesquels le professeur Zenati ou encore Mme Lotti pour qui le droit réel ne saurait opérer un démembrement de propriété (2). Cette idée avait déjà été annoncée par une partie de la doctrine convaincue que tous les droits réels n'entraînaient pas nécessairement une décomposition de la propriété (1.)

1 : Tout droit réel n'opère pas nécessairement un démembrement de propriété

76. En 1932, Josserand propose de distinguer les droits réels impliquant un démembrement de propriété des droits réels qui ne représentent pas un fragment de propriété. L'idée se répand assez vite. L'exemple le plus couramment utilisé est celui de la servitude où le propriétaire conserve la jouissance et l'usage de la chose. Ainsi, une distinction est faite entre les charges de la propriété et les démembrements. Il ne faut pas confondre, dit-on, la propriété décomposée et la propriété diminuée. Ripert souligne cette idée : « S'il y avait véritablement démembrement, le propriétaire du fonds servant ne pourrait plus user du tout de sa chose, tandis qu'au contraire il peut en user à la condition de ne pas contrarier la jouissance spéciale que son voisin en retire¹³⁵. »

77. En ce qui concerne les droits réels accessoires, la question est encore plus discutée. Nombreux sont les auteurs qui refusent d'admettre l'idée d'un démembrement car, contrairement aux droits réels principaux, ils ne confèrent à leur titulaire aucune des utilités économiques de la chose. Certains droits réels accessoires n'entraînent même aucune dépossession. Ainsi, depuis la fin du XIX^{ème} siècle, le gage sans dépossession se développe¹³⁶. Quant à l'hypothèque, elle n'entraîne aucun dessaisissement et le débiteur conserve le droit de disposer de la chose. On pourrait objecter l'idée que les droits réels accessoires ne sont pas

¹³⁵ G. RIPERT, L'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, thèse Paris, 1902, p. 306.

¹³⁶ J. DERRUPPE, La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et personnels, thèse Toulouse, 1951, Paris : Dalloz, 1952, p. 396.

véritablement des droits réels¹³⁷. A priori, il n'est pas naturel, en effet, d'admettre qu'un droit réel puisse être l'accessoire d'une créance. Ainsi, Chenon considère-t-il que l'hypothèque n'est pas un *jus in re* et qu'elle ne porte pas directement sur la chose¹³⁸. Pour cet auteur, il ne s'agit que de simples garanties de créances. Ce ne sont pas des droits réels. L'argument avancé se fonde sur l'absence de mention de l'hypothèque au sein de l'article 543 du Code civil¹³⁹. De plus, il serait contradictoire de penser que l'hypothèque est un droit réel et, dans le même temps, un droit de nature mobilière. Si l'hypothèque porte directement sur la chose et que cette chose est un immeuble alors, en toute logique, ce droit devrait naturellement être immobilier¹⁴⁰. De deux choses l'une, soit l'hypothèque est effectivement un droit immobilier, soit elle n'est pas un droit réel. En réalité, il semble que cette sûreté présente à la fois des éléments de réalité et des éléments de personnalité. Pour Roguin la créance hypothécaire est plutôt personnelle tant que le gage ne se réalise pas¹⁴¹. Elle devient réelle lorsque la mainmise a lieu.

78. Cette analyse, aussi intéressante soit-elle, passe sous silence le fait que l'hypothèque soit le seul droit expressément qualifié de réel par le Code civil. De plus, on peut expliquer le silence de l'article 543 par le fait que ce texte ne concerne que les droits réels principaux, c'est-à-dire les modifications de la propriété. Enfin, il ne faut pas oublier que l'hypothèque peut très bien être détachée de la créance sur laquelle elle porte par cession d'hypothèque ou subrogation réelle. Aussi, même si l'hypothèque semble de nature hybride, les éléments réels l'emportent. Le créancier a, en effet, un véritable droit direct de surveillance et de contrôle sur l'immeuble. Toutefois, tant que la mainmise n'est pas effective, l'idée d'un démembrement de propriété semble plutôt théorique.

79. Que ce soit en ce qui concerne les servitudes ou les droits réels accessoires, le lien entre le droit réel et le démembrement de propriété n'est donc pas aussi évident qu'on le prétend car tous les droits réels n'entraînent pas forcément de démembrement de propriété

¹³⁷ Ch. DEMOLOMBE, cité par Chenon : « L'hypothèque et les droits analogues entravent l'exercice de la propriété bien plus qu'ils ne divisent le droit lui-même entre le propriétaire de l'immeuble et les créanciers hypothécaires. »

¹³⁸ E. CHENON, Les démembrements de la propriété foncière avant et après la Révolution, Thèse Paris, 1881, 2^{ème} édition, Paris : Recueil Sirey, 1923, p. 13.

¹³⁹ R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, Cours de droit civil français, Les biens, t. IV, 2^{ème} édition, Paris : Rousseau et Cie Editeurs, 1938, p. 61

¹⁴⁰ Zachariae avait parfaitement perçu cette contradiction. Pour y échapper, il considérait l'hypothèque comme un droit immobilier.

¹⁴¹ E. ROGUIN, La règle de droit, Lausanne : F. Rouge, 1989, p. 284 s.

mais certains auteurs poussent l'idée plus loin en considérant qu'aucun droit réel n'opère de démembrement de propriété.

2 : Aucun droit réel n'opère de démembrement de propriété

80. L'idée centrale de la thèse de Mme Lotti est la suivante : « Les droits réels ne comportent pas nécessairement les caractéristiques de la fraction de propriété qu'ils sont censés représenter¹⁴². » Pour étayer son propos, l'auteur fait remarquer que, dans quelques cas, le propriétaire conserve l'utilité qu'il a concédée. Classiquement, l'auteur fait référence aux servitudes et aux droits réels accessoires. Cette idée, Josserand la défendait également puisqu'il pensait que ces droits réels ne constituaient pas un démembrement de la propriété¹⁴³ mais Mme Lotti va beaucoup plus loin estimant que l'utilité concédée est toujours distincte de l'utilité paralysée pour le propriétaire. Autrement dit, ce n'est pas un rameau de propriété que l'on attribue à un tiers mais un droit distinct. Elle fait remarquer que, dans bien des cas, le propriétaire se trouve privé de pouvoirs autres que ceux dont dispose le titulaire du droit réel¹⁴⁴.

81. Poussant assez loin le raisonnement, l'auteur affirme que l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* qui sont l'apanage des droits réels sur la chose d'autrui, ne correspondent pas aux droits de jouir et de disposer évoqués à l'article 544 du Code civil ; ils ne caractérisent pas les pouvoirs du sujet mais les utilités du bien. Attachés à la chose, il s'agit de droits patrimoniaux qu'il convient de distinguer des prérogatives du propriétaire. Autrement dit, l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* ne sont que des pouvoirs de fait. Toute personne peut user d'une chose puisqu'en principe toute chose peut être appréhendée matériellement mais seul le propriétaire peut jouir

¹⁴² B. LOTTI, thèse précitée, p. 400.

¹⁴³ L. JOSSERAND, Cours de droit civil français positif conforme aux programmes officiels des facultés de droit, t. 1, Théorie générale du droit et des droits, les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réels principaux, 2^{ème} édition, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1932, p. 697. L'auteur distingue les droits réels qui impliquent un démembrement de propriété (l'emphytéose, l'usage, l'habitation, usufruit...) des droits réels « qui, sans représenter un rameau, un fragment de la propriété, confèrent à ceux qui en sont investis le droit d'utiliser la chose dont le propriétaire conserve la jouissance et l'usage : ce sont les servitudes qui sont des charges de la propriété plutôt qu'elles n'en constituent des démembrements ». Comme de nombreux auteurs, il estime que les droits réels accessoires ne constituent pas des démembrements de la propriété dans la mesure où ils ne confèrent à leurs titulaires « ni la jouissance ni même l'usage ou l'utilisation de la chose ».

¹⁴⁴ B. LOTTI, thèse précitée, p. 403 : « La théorie du démembrement du droit de propriété porte mal son nom. Elle est moins la théorie du fractionnement de la propriété à partir du droit d'usufruit et de la reconstitution de la propriété à partir du droit d'usufruit. »

de la chose au sens de l'article 544 du Code civil. Cette idée, développée avec force par Mme Lotti, le professeur Zenati l'avait déjà évoquée dans sa thèse¹⁴⁵.

82. Pour ce dernier, l'idée est limpide : « Aucun droit réel ne comporte des caractéristiques identiques à la partie de la propriété dont il est censé cristalliser le détachement¹⁴⁶. » L'auteur considère ainsi que le droit réel n'est pas un fragment de propriété. Son argumentation repose essentiellement sur l'idée que la propriété n'est pas un droit réel. Il n'y a donc pas, selon l'auteur, d'identité de nature entre la propriété et les droits réels. Par conséquent, ces derniers ne sont pas les composantes du droit de propriété ; ils ne peuvent constituer des démembrements de propriété. En d'autres termes, lorsqu'un droit réel est créé, le propriétaire ne se dépossède que de la jouissance et de l'usage matériels des choses mais il conserve entière la jouissance juridique de son bien à travers l'action en revendication. Simple limitation des pouvoirs de fait du propriétaire, le droit réel n'atteint guère la substance juridique de la propriété. On retrouve l'idée défendue par Masson que nous avons déjà évoquée.

83. Ginossar¹⁴⁷ et, dans une moindre mesure le doyen Chauveau, ont également avancé cette idée. C'est en étudiant avec précision le droit réel qu'il définit comme une obligation réelle, que Ginossar a été conduit à distinguer propriété et droit réel. Pour cet auteur, en effet, la propriété n'est un droit réel que si elle correspond à une obligation réelle¹⁴⁸. Or, l'obligation réelle est un lien de droit avec un sujet passif. Un tel sujet passif ne se retrouve pas en matière de propriété. Le professeur Zenati reprend cette idée en faisant remarquer que la Constitution de 1958 distingue la propriété des droits réels. Le droit de propriété diffère profondément des droits réels en ce que ces derniers ne sont pas des rapports d'appropriation mais des rapports d'obligation¹⁴⁹. Prenant un exemple clair, il met en évidence l'originalité de l'usufruit sur le droit de propriété. L'auteur estime que l'usufruit présente une si grande spécificité qu'il ne peut être issu du droit de propriété. Il relève alors

¹⁴⁵ Fr. ZENATI, Essai sur le concept juridique de propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif, thèse Lyon, 1981, p. 108.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ S. GINOSSAR, Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, thèse Paris, Paris : L.G.D.J., 1960, p. 109 s.

¹⁴⁸ Pour définir le droit réel, l'auteur part de l'analyse du seul droit expressément qualifié de droit réel par le Code civil : l'hypothèque. L'obligation réelle est le droit réel du côté passif

¹⁴⁹ Fr. ZENATI, thèse précitée, p. 380 s.

une première particularité de l'usufruit sur le droit de propriété en faisant remarquer que l'usufruit peut porter sur un bien incorporel alors que, classiquement, la propriété des choses incorporelles n'est pas considérée comme une véritable propriété. De plus, la propriété est un droit exclusif, absolu et perpétuel, ce qui n'est pas le cas de ses démembrements. Or, selon le professeur Zenati, la logique voudrait que l'on retrouve les caractères du tout dans la partie. Ce n'est pas le cas puisque les droits réels ne sont pas perpétuels, à l'exception de certains droits de superficie. Comme l'indique M. Xifaras, « En tant que fraction du droit de propriété, il [l'usufruit] est réel, mais n'est 'ni absolu, ni exclusif', absolu désignant ici le caractère d'être complet, et exclusif, son universelle opposabilité¹⁵⁰. » Le professeur Zenati estime, ensuite, que, contrairement à la propriété, les droits réels ne sont pas absorbés par l'objet sur lequel ils portent. Selon l'auteur, il existe donc une différence d'intensité entre la propriété et les droits réels. Enfin, l'auteur met en évidence un dernier point de divergence : si les droits réels peuvent être l'objet d'un droit de propriété, la propriété, en revanche, ne saurait être l'objet d'un droit quelconque.

84. Ces différentes critiques ont mis le doigt sur les insuffisances du système traditionnel. La théorie classique du droit des biens présente apparemment certaines incohérences qu'il convient de prendre en considération. Pour M. Zenati et Mme Lotti, la technique du démembrement ne peut être maintenue tant elle est en contradiction avec l'ensemble de l'édifice. Il ressort des critiques formulées par la doctrine moderne plusieurs ombres au tableau mais il en résulte également quelques constats sur lesquels nous nous appuierons. L'enseignement que nous tirerons de ces réflexions, c'est que le démembrement de propriété est une notion rarement étudiée en tant que telle et qu'il est très difficile d'expliquer. Elle reste associée à des analyses erronées du droit de propriété et elle ne parvient pas à se détacher de la notion de droit réel. Toute la difficulté est d'imaginer une décomposition du droit de propriété sans pour autant définir la propriété comme un droit composite. Tout le problème est de décomposer la propriété sans la faire disparaître. De là apparaît un déficit nouveau : définir le droit de propriété. Les critiques ont eu le mérite de mettre à jour les incohérences du droit des biens et ses fictions mais elles ont également la vertu de souligner quelques certitudes. Le droit de propriété est, à n'en pas douter, un droit

¹⁵⁰ M. XIFARAS, La propriété, Etude de philosophie du droit, Collection Fondements de la politique, Paris : PUF, 2004, p. 106.

subjectif. Il est également un droit patrimonial. C'est, à partir de ces données qu'il faut tenter de défendre la technique du démembrement.

Section 2 : Maintien de la théorie du démembrement

85. Les critiques récentes portées à la notion de démembrement ont le mérite de mettre le droit des biens devant ses contradictions. Le Code civil ayant opté pour la thèse romaniste, la technique du démembrement serait, pour certains, de nature trop feudiste¹⁵¹. Les attributs traditionnels du droit de propriété seraient incapables de rendre compte de la relation d'exclusivité définissant le droit de propriété. Ces reproches adressés au démembrement de propriété invitent à repenser le concept propriété sans abandonner, pour autant, la notion de démembrement. En définitive, si l'on peut réaffirmer la possibilité de démembrer la propriété (§1), ils convient d'opérer quelques aménagements ou du moins d'apporter quelques précisions (§2).

§1 : Réaffirmation de la possibilité de démembrer la propriété

86. Non seulement, le démembrement est, selon nous, compatible avec la notion de propriété (A) mais il est encore un instrument particulièrement utile reconnu comme une véritable décomposition par le droit positif (B).

A : Une technique compatible avec la définition de la propriété

87. La technique du démembrement ne peut s'accommoder des définitions précédemment étudiées mais faut-il, pour autant, la condamner ? Il ne semble pas qu'il soit judicieux d'abandonner le démembrement. Avant toute chose, il convient donc de vérifier si les définitions proposées et jugées incompatibles avec cette technique sont exactes. Définir la propriété est particulièrement périlleux. Si l'on peut suggérer une définition négative du droit de propriété (1), la définition positive semble plus délicate (2).

¹⁵¹ A.-M. HENNEQUIN, *Traité de législation et de jurisprudence suivant l'ordre du Code civil*. Deuxième livre, Paris : Videcoq, 1838, t. II, p. 1.

1 : La définition négative du droit de propriété

88. Issue de deux représentations romaines différentes¹⁵², la notion de propriété est particulièrement ambiguë. Comme nous l'avons déjà vu, la propriété moderne n'est ni le *dominium* ni la *proprietas*, c'est pourquoi il n'est guère évident de défendre une conception romaniste du droit de propriété. La propriété semble, en effet, être le mélange de plusieurs influences. Aussi, sa définition ne peut être que nuancée. En conséquence, même si l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* en sont les attributs, le droit de propriété n'est pas qu'un droit composite (a). De même, il ne peut pas être réduit à un lien d'exclusivité (b).

a : La propriété n'est pas qu'un droit composite

89. Privé de ses attributs, le droit subjectif est déstructuré. Pourtant, le contenu ne définit pas le droit en tant que tel. De la même manière, la propriété ne peut être réduite à une somme de droits¹⁵³. L'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* ne définissent pas, en tant que tels, la propriété. Si tel était le cas, le démembrement serait impossible dans la mesure où il diviserait, de fait, la propriété. Pourtant, paradoxalement, c'est la décomposition de la propriété en *usus*, *fructus* et *abusus* qui a conduit les auteurs à envisager le démembrement de propriété. Dès lors, on peut se demander s'il ne faut pas abandonner le démembrement au profit d'une conception de la propriété unifiée. Peut-on concilier l'idée d'une propriété « non-composite¹⁵⁴ » et la technique du démembrement de propriété ?

90. La thèse classique repose sur l'idée que la propriété est une somme de droits réels. Certes, l'article 544 définit la propriété comme le droit de « jouir » et de « disposer » mais est-ce véritablement une définition ? Il ne semble pas qu'il suffise de décrire les différentes composantes de la propriété pour définir ce droit. On ne définit pas un droit uniquement par son contenu. On ne dit d'ailleurs pas du droit de créance qu'il est une

¹⁵² M. VILLEY, Notes sur le concept de propriété, in *Critique de la pensée juridique moderne, Douze autres essais*, Paris : Dalloz, 1976, p. 187 s.

¹⁵³ Ch. ATIAS, Droit civil, Les biens, 5^{ème} édition, Paris : Litec, 2000, n° 59, p. 83 : « Décrire les différentes composantes de la propriété, les divers pouvoirs que son titulaire peut exercer, ce n'est assurément pas la définir. »

¹⁵⁴ Ch. ATIAS, Ibid, n° 59-a, p. 84 : « Aux romanistes, revint de transformer les attributs de la propriété, comme domaine, *usus*, *fructus*, *abusus*, en droits, composantes d'un droit supérieur et qui n'en devient pas pour autant

juxtaposition du droit d'exiger une prestation et du droit de gage général du créancier sur le patrimoine du débiteur. L'article 544 ne définit pas, il décrit. Puisqu'elle ne doit pas être définie comme une somme de droits, la propriété ne s'évapore pas suite au détachement de l'un de ses attributs. Le démembrement est donc tout à fait possible ; il ne dénature pas le droit.

91. Pour le professeur Zenati, la technique du démembrement est incompatible avec la définition de la propriété par ses attributs. Si l'on maintient l'approche classique, le démembrement doit être abandonné puisque la propriété n'est plus entière lorsqu'on ôte l'un de ses attributs mais si l'on définit la propriété autrement que par ses attributs, alors il n'est plus guère possible de démembrer puisque la propriété forme alors un bloc indivisible, un lien d'exclusivité. On se trouve donc dans une impasse : la technique du démembrement n'est jamais possible. La logique est parfaite et la boucle bouclée. C'est méconnaître toutefois l'importance des attributs de la propriété.

92. Les différents attributs de la propriété représentent son aspect « utile ». Autrement dit, ils résument l'exercice du droit de propriété, son émoluments. Ils ne définissent pas en eux-mêmes le droit de propriété mais ils contribuent à en expliciter la structure. Si la propriété démembrée est toujours la propriété, c'est parce qu'au-delà des prérogatives du propriétaire, le Code civil a fait de la propriété un lien d'exclusivité, d'appartenance mais que serait ce lien d'appartenance privé de toute prérogative utile ? Il nous semble, et nous reviendrons sur ce point, que la notion de titularité entretient des liens étroits avec les attributs de la propriété et inversement. Lorsqu'un usufruit est constitué, c'est donc une partie de la propriété qui est transférée au titulaire du droit réel démembré. En d'autres termes, la jouissance du propriétaire se confond avec la jouissance de la chose d'autrui. Si la propriété ne peut se résumer à une somme de prérogatives, elle ne peut pas plus être réduite à un simple lien d'exclusivité.

b : La propriété n'est pas qu'un attribut de la personne

93. En réduisant le droit de propriété au concept de titularité, d'appartenance, il devient difficile de distinguer la propriété des autres droits subjectifs¹⁵⁵. C'est pourtant l'idée que soutient M. Ginossar¹⁵⁶ et c'est ainsi qu'il défend la thèse d'une propriété des créances. Le professeur Zenati reprend cette même idée : la propriété serait un rapport d'exclusivité. L'idée est intéressante mais elle nie, selon nous, l'autre aspect de la propriété : son caractère patrimonial.

94. Certes, la propriété est une prérogative attachée à un sujet de droit mais elle est également une puissance patrimoniale. Il est possible d'envisager la décomposition d'un tel rapport de droit quand on connaît l'évolution du droit de propriété. Prétendre que le droit de propriété ne peut être démembré en se fondant sur le concept de droit subjectif, c'est nier le mouvement d'objectivation du droit. C'est également nier la structure mixte du droit subjectif composé d'un titre et d'un émolument. C'est enfin rejeter l'idée d'une perte de puissance des caractères du droit subjectif. Aujourd'hui, le droit de propriété se détourne de plus en plus de la personne pour ne s'intéresser qu'aux rapports de production. En conséquence, le droit de propriété n'est pas un simple rapport juridique. D'une part, le droit de propriété permet de tirer les utilités de la chose. D'autre part, on observe un véritable essor du concept de droit patrimonial. Certes, la propriété est un titre d'appartenance mais c'est également un droit patrimonial. Il faut concilier ces deux approches.

95. Avec l'essor des droits de la personnalité, les auteurs ont pris conscience de la spécificité des droits patrimoniaux. Contrairement aux autres droits, ces derniers peuvent faire l'objet d'un commerce juridique et sont évaluables en argent. Ce mouvement d'objectivation est très vaste puisqu'il touche le droit le plus subjectif possible : le droit des obligations. À travers l'étude du mécanisme de la cession de créance, les auteurs considèrent la créance comme un véritable bien. En ce qui concerne le contrat, la question de sa cession est plus controversée¹⁵⁷ mais les auteurs opposés à la cession ne nient pas entièrement l'objectivation

¹⁵⁵ L. RIGAUD, A propos d'une renaissance du « jus ad rem » et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux, Rev. int. dr. comp., 1963, p. 565.

¹⁵⁶ S. GINOSSAR, Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, Paris : L.G.D.J., 1960, p. 33 : « La propriété est la relation par laquelle une chose appartient à une personne. »

¹⁵⁷ **Pour :** L. AYNES, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, thèse Paris, 1981,

du contrat. Le contrat est peut-être un bien mais c'est avant tout un lien juridique. Il est « une subtile alchimie entre éléments subjectifs et objectifs¹⁵⁸. »

96. De cette objectivation du droit résulte un meilleur accueil du concept de propriété incorporelle par l'assimilation des biens et des droits. Dès lors, l'appropriation des choses incorporelles est, d'une manière générale, admise plus facilement. Une telle évolution répond parfaitement aux besoins de la pratique puisque les biens les plus importants sont très souvent de nature incorporelle (actions, clientèles...)¹⁵⁹. Ainsi, le bien est-il assimilé au droit patrimonial. Comme le précise le doyen Savatier, on peut vendre un usufruit, un droit au bail ou encore toute créance. L'auteur fut l'un des premiers à constater la réification du droit et l'évolution de ses caractères, aujourd'hui en déclin. La propriété n'est plus le droit exclusif et absolu que les révolutionnaires voulaient mettre en place en s'inspirant d'un soi-disant absolutisme romain.

97. Le professeur Zenati estime pourtant que le Code civil a opté pour la théorie romaine de la propriété dans son article 544. Le texte serait, selon l'auteur, la traduction quasi-littérale de la définition romaine - « *Dominium est jus utendi et abutendi re sua, quatenus scificet juris ratio patitur* » - et marquerait la volonté ferme du législateur du XIX^{ème} siècle de voir abolir la distinction entre le domaine utile et le domaine éminent. On peut douter que le Code civil ait tranché aussi nettement la question. Nous pensons que l'article 544 trouve plutôt sa source dans les travaux de Bartole qui définissait la propriété de la manière suivante : « *Jus de re corporali perfecte disponendi, nisi lex obsistat.* » Le terme « *perfecte* » est particulièrement intéressant. Il signifie complètement, parfaitement. Il a très certainement inspiré l'adjectif absolu. L'absolu n'est pourtant pas de notre monde juridique et il y a évidemment quelque exagération à qualifier la propriété de droit absolu, exclusif et perpétuel.

Economica, 1984 ; note sous 14 décembre 1982, D., 1983, Jurisprudence, p. 416 ; Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé, D. 1998, Chronique, p. 25 ; C. LACHIEZE, L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat, D., 2000, Chronique, p. 184 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, Les obligations ; **Contre :** Ch. JAMIN et M. BILLIAU, Note sous Cass. com. 6 mai 1997, D., 1997, Jurisprudence, p. 588 ; M. BILLIAU, Cession de contrat ou « délégation » de contrat ?, étude du régime juridique de la prétendue « cession conventionnelle de contrat », J.C.P., 1994, Doctrine, 3758, p. 199.

¹⁵⁸ Ch. JAMIN, Cession de contrat et consentement du cédé, D., 1995, Chronique, p. 131.

¹⁵⁹ P. CATALA, La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne, R.T.D.civ., 1966, p. 186 s.

98. Le Code civil contient lui-même une disposition susceptible de limiter le caractère absolu de ce droit. L'article 544 pose, en effet, une réserve bien connue : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi ou par les règlements. » Le législateur s'est engouffré dans cette brèche et les atteintes à la propriété se sont multipliées. Dans certaines circonstances, il est même allé jusqu'à imposer au propriétaire un usage déterminé de son bien. Ni droit composite, ni attribut de la personne, la propriété se laisse difficilement saisir. Elle n'est plus tout à fait le droit absolu, perpétuel et exclusif qu'on voulait mais qu'est-elle alors ?

2 : La définition positive du droit de propriété

99. Directement inspirée des réalités sociales et philosophiques, la notion de propriété est fluctuante. Pour certains auteurs, la définition posée à l'article 544 du Code civil est tout à fait inutile dans la mesure où toute définition positive de la propriété est impossible¹⁶⁰ (a). Nous pensons, au contraire, qu'une définition peut être dégagée. Elle reflètera l'ambiguïté de ce droit, son caractère ambivalent, mixte. Rapport d'exclusivité ou droit patrimonial, la définition de la propriété repose sur la question de savoir si ces deux approches sont compatibles (b).

a : L'impossible définition

100. L'imprécision terminologique est grande en matière de droit des biens et notre connaissance du droit de propriété semble presque intuitive. En ce sens, le professeur Atias considère qu'il est impossible de donner une définition positive du droit de propriété dans la mesure où les concepts sont définis les uns par rapport aux autres. C'est cette boucle infernale que décrit M. Grzegorzcyk¹⁶¹ en définissant la « propriété » et le « bien », le bien étant « ce qui est le sien d'une personne » et le « sien » consistant en une relation existant entre la personne et le bien. Le bien juridique, la propriété et la personne seraient au droit des biens ce que le point est à la géométrie : des termes primitifs. Ces termes forment la structure du droit

¹⁶⁰ Ch. ATIAS, Droit civil, Les biens, 5^{ème} édition, Paris : Litec, 2000, p. 83.

des biens mais leur définition soulève les plus grandes difficultés. M. Grzegorzcyck affirme qu'ils figurent dans l'article 544 du Code civil qui apparaît comme l'« axiome du langage des biens ».

101. Pourtant, en lisant l'article 544, on se rend compte qu'aucun des termes primitifs n'apparaît directement. De plus, le triptyque proposé repose sur l'assimilation de la propriété au droit subjectif, autrement dit au « sien » mais rien ne permet de réduire la propriété au « sien ». Tout ce qui est « sien » n'est pas nécessairement la propriété de la personne. Ainsi, le nom est peut-être le « sien » d'un individu, il n'en est pas pour autant sa propriété. Cette idée correspond à une définition beaucoup trop large du droit de propriété qu'il convient de restreindre et d'affiner. Aussi, il ne semble guère possible de poser la propriété comme terme primitif. Certes, sa définition s'appuiera sur des concepts de base irréductibles mais des éléments supplémentaires doivent être apportés à la définition de cette notion complexe.

b : Un droit ambigu

102. Le droit de propriété est ambivalent, ce qui explique, de toute évidence, les difficultés rencontrées pour le définir. Cela tient sans doute à la structure particulière du droit subjectif mise en évidence par le professeur Sortais¹⁶². Selon cet auteur, on ne peut cerner la structure des droits subjectifs qu'en réunissant deux éléments : l'intérêt et la volonté. Aucun de ces éléments ne peut, à lui seul, constituer un droit subjectif. Le droit subjectif peut donc être décomposé en un titre et un émoulement. Le titre serait le principe du droit, sa justification. Quant à l'émoulement, il exprimerait « les prérogatives et pouvoirs d'action attachés à ce droit¹⁶³ ». Prototype même des droits subjectifs, le droit de propriété présente cette structure. En tant que titre, il est un lien entre la personne et la chose. Il est le fait « d'être propre », un droit exclusif attaché à la personnalité de son titulaire mais il se caractérise également par ses utilités : l'*usus*, *fructus* et l'*abusus*.

¹⁶¹ Ch. GRZEGORCZYK, Le concept de bien juridique : l'impossible définition ?, A.P.D., 1979, t. 24, p. 268.

¹⁶² J.-P. SORTAIS, Le titre et l'émoulement, essai sur la structure des droits subjectifs, thèse Paris, 1959, Bibliothèque de droit privé, t. 29, Paris : L.G.D.J., 1961.

¹⁶³ J.-P. SORTAIS, Ibid., p. 2.

103. Ahrens soulignait déjà l'ambivalence du droit de propriété qu'il définissait comme « le pouvoir de droit d'une personne sur une chose d'après tous les buts rationnels d'utilité possibles, inhérents à sa substance¹⁶⁴ ». En ce qui concerne les attributs du droit, le droit de propriété cristallise une situation patrimoniale. Pour le professeur Sortais, la décomposition du titre et de l'émolument se retrouve dans le schéma usufruit / nue-propriété¹⁶⁵. Il est vrai que l'usufruit représente une part importante de l'émolument du droit de propriété. Pourtant, le propriétaire, et c'est là l'originalité de l'usufruit, conserve une parcelle de l'exercice du droit de propriété. À proprement parler, son titre n'est pas tout à fait nu. Pourtant, l'expression est éloquente. La nue-propriété est une propriété, certes, mais c'est aussi un titre auquel on a enlevé une partie de l'émolument, un titre dénudé, une propriété démembrée.

104. L'importance de l'émolument dans la définition du droit de propriété se retrouve dans l'article 544 du Code civil. Certes, cet article ne définit pas entièrement le concept de propriété mais il décrit la propriété sous son aspect dynamique. Comme nous l'avons déjà souligné, certains auteurs ont contesté cette analyse, refusant d'assimiler l'*usus* / *fructus* / *abusus* aux droits de « jouir » et de « disposer ». Certes, il y a trois éléments d'un côté et deux de l'autre. Cependant, il apparaît que l'*usus* et le *fructus* vont très souvent de paire et que l'expression « droit de jouir » sous-entend ces deux prérogatives.

105. La question s'est posée de savoir si l'émolument entrait véritablement dans la structure du droit de propriété. S'appuyant pourtant sur la thèse de M. Sortais, M. Zenati refuse cette idée. Nous ne le suivons pas car il nous semble impossible de réduire la propriété à un simple rapport d'exclusivité. L'émolument participe à la définition du droit de propriété. Privée d'une partie, même importante, de son émolument, la propriété reste la propriété mais, si on lui ôte la totalité de l'émolument pour l'attribuer à un tiers, c'est à ce tiers que la doctrine classique reconnaît un droit de propriété. C'est dans ce cas extrême que la doctrine connaît les pires difficultés à justifier le démembrement de la propriété. Elle semble alors partagée entre la reconnaissance d'une propriété réduite à un simple titre et la reconnaissance

¹⁶⁴ H. AHRENS, Cours de droit naturel ou de philosophie du droit complété dans les principales matières par des aperçus historiques et politiques, t. 1, 7^{ème} édition refondue et complétée par la théorie du droit public et du droit des gens, Leipzig : F. A. Brockhaus, 1875, p. 118.

¹⁶⁵ J.-P. SORTAIS, Ibid., p. 10.

d'une propriété dynamique réunissant sur la tête d'un détenteur toutes les prérogatives utiles habituellement reconnues au propriétaire.

106. Ainsi, l'émolument participe-t-il au titre dont il est la conséquence et même parfois la cause. Quant au titre, il contient, en principe, le pouvoir puisque le propre des droits subjectifs est d'être tendu vers un objectif. En d'autres termes, le titre et l'émolument entretiennent des liens étroits. La plupart du temps, le titre engendre l'émolument puisqu'il détermine le contenu du droit. Inversement, il est des hypothèses où l'émolument va faire apparaître le titre. Tel est le cas de la prescription acquisitive ou encore, peut-être, du quasi-usufruit, sur lequel nous reviendrons plus amplement par la suite. Ces mécanismes semblent dissocier totalement le titre de l'émolument. En matière de quasi-usufruit, le propriétaire dépourvu de l'*usus*, du *fructus* et même de l'*abusus* n'a plus que le titre de propriété. Le droit du quasi-usufruitier recueille l'émolument. Il semble alors complet. Il l'est d'ailleurs à tel point que la doctrine est embarrassée par cette technique. Aussi, même si une partie de la doctrine refuse d'assimiler le quasi-usufruitier à un véritable propriétaire¹⁶⁶, la doctrine considère unanimement que le quasi-nu-propriétaire n'est plus qu'un simple créancier. Dans cette hypothèse, l'exercice du droit de propriété fait presque apparaître un nouveau titre de propriété. Quant au titre de propriété initial, il implique un tout autre émolument : le droit de récupérer la valeur de la chose mais nous y reviendrons plus tard.

107. Cette décomposition du droit subjectif permet d'expliquer le mécanisme du démembrement de propriété. Le problème de la survie du droit de propriété ne se pose plus. Le titre reste intact. Seul l'émolument est partagé entre différentes personnes. Aussi, d'un point de vue purement théorique, le démembrement semble concevable. C'est également une technique consacrée par le droit positif.

¹⁶⁶ P. SIRINELLI, Le quasi-usufruit, Petites affiches, 21 juillet 1993, n° 87, p. 30 ; E. DOCKES, Essai sur la notion d'usufruit, R.T.D. civ. 1995, p. 71 ; S. CASTAGNE, Usufruit, quasi-usufruit, J.C.P., éd. not. et immob., 2000, p. 537.

B : Une technique consacrée par le droit positif

108. Si les praticiens du droit ne se sont pas tout de suite approprié la technique du démembrement, ils font, aujourd'hui, preuve de plus de hardiesse en utilisant le démembrement comme méthode de gestion du patrimoine. Développant ces méthodes de gestion, notre droit positif conforte la technique du démembrement. La pratique a, en effet, été consacrée par le droit fiscal et par le droit des sociétés (1). De plus, c'est à tort que l'on dénonce son inadaptation aux nouvelles formes d'appropriation (2).

1 : La prise de conscience du droit fiscal et du droit des sociétés

109. Le droit fiscal occupe une place particulière. Si, d'un côté, on décrit très souvent son indépendance par rapport au droit privé, on ne manque pas de noter, d'un autre côté, son réalisme économique. Aussi est-il intéressant d'étudier l'approche fiscale du démembrement de propriété (a). Quant au droit des sociétés, la technique du démembrement a dû être précisée. L'appropriation des parts sociales nécessitait, en effet, quelques précisions (b).

a : Le droit fiscal

110. En prévoyant un barème d'évaluation des droits du nu-proprétaire et de l'usufruitier, la législation fiscale semble consacrer la théorie du démembrement de propriété. L'article 669-I¹⁶⁷ évalue, en effet, les droits respectifs de l'usufruitier et du nu-proprétaire en fonction de la pleine propriété¹⁶⁸: « Pour la liquidation des droits de mutation à titre gratuit, la valeur de la nue-proprété et de l'usufruit est déterminée par une quotité de la valeur de la propriété entière... » On remarque que les valeurs de l'usufruit et de la nue-proprété

¹⁶⁷ Abrogeant l'ancien article 762 du CGI, l'article prévoit un nouveau barème d'évaluation minorant la valeur de la nue-proprété afin de réduire le coût fiscal de sa transmission à titre gratuit. L'effet bénéfique est atténué par la baisse du taux de réduction de droits et le déplacement de la matière taxable entre les mains de l'usufruitier.

¹⁶⁸ Cet article prévoit un barème variant en fonction de l'âge de l'usufruitier.

concordent parfaitement, traduisant l'idée que l'usufruit est bien une somme de prérogatives issues du droit de propriété.

111. Pour les partisans de la théorie romaine, cet article est critiquable. Ils estiment, d'une part que l'usufruit est une charge pesant sur la pleine propriété. Par conséquent, la constitution d'un usufruit entraîne une dévaluation de la propriété. D'autres part, ils font remarquer que les barèmes ne semblent être le fruit que du pouvoir régalién du législateur. L'analyse fiscale a donc été critiquée¹⁶⁹. M. Mailley dénonce, en effet, « l'idée préconçue » selon laquelle la pleine propriété serait la réunion de l'usufruit et de la nue-propriété. Il évalue l'usufruit en optant pour la capitalisation des fruits. En utilisant cette méthode, on se rend compte que plus la durée de l'usufruit est longue, plus sa valeur se rapproche de celle de la pleine propriété. En conséquence, si l'on opte pour la théorie romaniste, la somme de la nue-propriété et de l'usufruit aboutit à un résultat différent de la valeur de la pleine propriété.

112. Selon le professeur Aulagnier, une telle approche n'est pas défendable car l'usufruit dépend du rendement produit par la pleine propriété¹⁷⁰. Pour le professeur Aulagnier, la méthode suggérée par M. Mailley doit être rejetée dans la mesure où il faut actualiser la valeur des sommes perçues dans le futur : c'est la méthode du *cash flow* actualisé. En adoptant cette technique, l'équation usufruit + nue-propriété = pleine propriété se vérifie¹⁷¹. Cette méthode est, selon nous, la mieux à même de rendre compte du caractère temporel de l'usufruit. Ce dernier représente, en effet, « un flux de revenus¹⁷² ».

113. L'article 1133 du Code général des impôts est lui aussi assez édifiant. Cet article prévoit que « sous réserve des dispositions de l'article 1020, la réunion de l'usufruit à la nue-propriété ne donne ouverture à aucun impôt ou taxe lorsque cette réunion a lieu par l'expiration du temps fixé pour l'usufruit ou par le décès de l'usufruitier ». Si l'usufruit n'était pas un démembrement de propriété mais un droit autonome, le législateur aurait formulé l'article de la façon suivante : « Sous réserve des dispositions de l'article 1020, la réunion de l'usufruit et de la nue-propriété (...). » L'interprétation du texte semble donc très claire ; dans

¹⁶⁹ B. MAILLEY, Usufruit, nue-propriété et viager : méthodes d'estimation, Actualité juridique de propriété immobilière, 10 avril 1985.

¹⁷⁰ J. AULAGNIER, Aspects économiques du démembrement de propriété, Dr. et patrimoine, Hors-Série n° 1, janvier 1995, p. 10 s ; Usufruit et nue-propriété dans la gestion de patrimoine, 3^{ème} édition, Paris : Maxima, 2001.

¹⁷¹ Cf. annexe.

¹⁷² J. AULAGNIER, Usufruit et nue-propriété dans la gestion de patrimoine, préc., p. 71.

l'esprit du législateur fiscal, la théorie du démembrement est confirmée. Il en va de même en ce qui concerne le droit des sociétés.

b : Le droit des sociétés

114. La question du démembrement des parts sociales a très vite soulevé des difficultés¹⁷³. Le législateur a dû prévoir une véritable répartition des compétences entre l'usufruitier et le nu-propiétaire. Issu de la loi du 4 janvier 1978, l'article 1844 du Code civil précise, dans son troisième alinéa, ce qu'il advient du droit de vote : « Si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-propiétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier. » Cette disposition révèle une véritable répartition des attributs de la propriété. Le droit de vote est une prérogative attachée à la qualité d'associé¹⁷⁴. Il ne peut être issu que de la propriété¹⁷⁵. Si l'on se pose la question de savoir à qui incombe tel ou tel droit de vote, c'est bien parce qu'il y a répartition des attributs de la propriété. Ainsi, le droit réel n'est-il pas autonome et les prérogatives attribuées semblent bien détachées du droit de propriété.

115. D'une manière générale, le droit positif semble prendre en compte le démembrement de propriété. On peut même aller plus loin dans l'analyse dans la mesure où la pratique a été véritablement consacrée en ce qui concerne les nouvelles formes d'appropriation.

¹⁷³ J. DERRUPPE, Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou actions, Petites affiches, 13 juillet 1994, n° 83, p. 15 ; J.-P. GARÇON, Variations sur la coexistence non pacifique de titulaires de droits sociaux démembrés, JCP, éd. not. et immob., 17 octobre 2003, Affaires, 1545, p. 1511.

¹⁷⁴ Cass. com. 4 janvier 1994, cts de Gaste c/ P. de Gaste, Dr. sociétés, 1994, éd. E, n° 12, 24 mars 1994, note A. Guengant ; Defrénois, 1994, art. 35786, n° 2, note P. Le Cannu.

¹⁷⁵ Depuis un arrêt du 22 février 2005, la Cour de cassation admet que le nu-propiétaire puisse être entièrement privé du droit de vote à condition qu'il ne soit pas dérogé au droit de ce dernier de participer aux décisions collectives. Cass. com. 22 février 2005, SCI, L'usufruitier de droits sociaux peut se voir attribuer la totalité du droit de vote, JCP, éd. not. et immob., 21 octobre 2005, Affaires commentaires, 1428, p. 1720, note J.-P. Garçon.

2 : L'adaptation du démembrement aux nouvelles formes d'appropriation

116. Lorsque le bien est incorporel, il semble plus facile d'imaginer le partage de des prérogatives du droit de propriété. Abstraite, la chose incorporelle apparaît d'autant plus malléable. Comme l'indique M. Huet, « Ces opérations, parce que leur objet est malléable à volonté, sont susceptibles de modalités plus variées qu'en matière de biens corporels (...)»¹⁷⁶. Le professeur Zenati a lui-même évoqué cette idée¹⁷⁷ qu'il juge tout à fait inadéquate. Il est vrai que la loi n'utilise en aucune façon le terme « démembrement ». Seule la cession de droit est envisagée pour transférer une prérogative. Pour autant, cela ne semble pas suffisant pour écarter la thèse classique du démembrement. Rien ne permet d'écarter l'idée d'un démembrement de la propriété incorporelle. Nous verrons que la généralisation du démembrement doit être défendue. Plus encore, le démembrement est très largement reçu en matière incorporelle. Bien que la loi ne se réfère qu'à la « cession » (a.), il est possible d'envisager une multitude de démembrements (b.).

a : L'unique référence à la « cession » de droits

117. Nous avons vu que le professeur Zenati jugeait le démembrement inapproprié aux propriétés incorporelles. Pour être réellement pertinent, son argument ne vaut qu'à condition d'analyser les nouvelles formes d'appropriation comme de véritables propriétés. S'il n'est pas question de propriété, il ne sera pas non plus question de démembrement. La technique du démembrement est, en effet, liée au concept même de propriété. Or, la question de la nature des « propriétés incorporelles » a suscité¹⁷⁸ et suscite encore¹⁷⁹ des controverses. La notion de propriété étant elle-même difficile à saisir, on mesure aisément l'ampleur du problème. La doctrine oscille ainsi entre le droit de la personnalité¹⁸⁰ et le droit patrimonial.

¹⁷⁶ J. HUET, Les principaux contrats spéciaux, Paris : L.G.D.J., 1996, n° 11112, note 49, p. 55.

¹⁷⁷ Fr. ZENATI, Essai sur le concept juridique de propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif, thèse Lyon, 1981, p. 64 : « Le propre des choses immatérielles est, de par leur ubiquité, d'échapper à toute possession exclusive. »

¹⁷⁸ H. DESBOIS, Le droit d'auteur en France, 3^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1978, n° 380 ; Cl. COLOMBET, Propriété littéraire et artistique et droits voisins, 2^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1980, n°18 ; A. FRANCON, Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle, Les Cours de droit, Paris : Dalloz, 1992, p. 206.

¹⁷⁹ N. OLSZAK, La propriété industrielle est-elle bien une propriété ?, D., 13 juin 2002, p. 1894 s.

¹⁸⁰ F. POLLAUD-OULIAN, Droit moral et droit de la personnalité, J.C.P., éd. G., 1994, I, 3780, n° 3 ; D., 1993, Chronique, XXI.

Depuis le début du XX^{ème} siècle, elle opte majoritairement pour une conception dualiste de la propriété incorporelle¹⁸¹.

118. Pour dénier la qualification de propriété, plusieurs arguments sont classiquement avancés. Nous ne reviendrons pas sur cette question¹⁸². La principale objection repose sur l'existence du droit moral¹⁸³. Comment le concept de propriété peut-il s'accommoder d'un tel droit ? Si l'on choisit de définir la propriété comme un droit exclusivement patrimonial, il n'est plus possible d'envisager des attributs de la personnalité. On peut toutefois douter de la pertinence d'une telle analyse. Appréhendé comme un lien de droit entre une personne et une chose, le droit de propriété n'est pas exclusivement de nature patrimoniale ; il présente une part de subjectivité. Aussi, nous admettrons l'idée que la propriété incorporelle constitue une véritable propriété.

119. Loin d'être une pseudo propriété, la propriété incorporelle révèle, selon nous, la véritable structure de toute propriété composée d'attributs personnels (Attributs intellectuels et moraux) et patrimoniaux. C'est en tout cas l'idée que nous défendrons au terme de ce travail. Sous son aspect personnel, le droit d'auteur est « perpétuel, inaliénable et imprescriptible » (Article L 121-1 du code de propriété intellectuelle). En revanche, l'auteur peut se départir des attributs patrimoniaux de sa propriété. Il peut ainsi conférer à un tiers le droit d'exploitation ou simplement un droit de représentation ou encore un droit de reproduction (Article L 122-1, L 122-7). La double structure du droit de propriété s'éclaire donc lorsque l'objet sur lequel elle porte est immatériel, la propriété classique ayant trop longtemps souffert de l'assimilation du droit au bien.

120. A priori, rien ne s'oppose à l'application du démembrement de propriété. On ne parle pourtant jamais de démembrement dans la loi du 1^{er} juillet 1992 mais de cession. Autrement dit, la propriété incorporelle ne présenterait pas la même unité que la propriété

¹⁸¹ Contra, A. BERTRAND, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 2^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1999, p. 72. L'auteur rejette l'idée selon laquelle le droit moral de l'auteur constitue un droit de la personnalité. Il conteste l'existence même des droits de la personnalité et critique l'exploitation commerciale du droit moral. Cette dernière objection est très intéressante. Elle doit, selon nous, conduire les praticiens et les tribunaux à distinguer rigoureusement les deux aspects moral et patrimonial de la propriété incorporelle.

¹⁸² A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^{ème} édition, Paris : Litec, 2001, p. 26 s. Les auteurs reprennent, depuis Renouard, les différentes critiques adressées à la qualification de droit de propriété.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 27.

corporelle. Puisqu'il s'agit d'une propriété temporaire, il n'y a rien d'étonnant à ce que la cession soit également temporaire. Il ne serait alors pas nécessaire de recourir à la notion de démembrement. Il est vrai que la doctrine ne mentionne l'idée du démembrement que de manière anecdotique. Ce constat est surprenant et il semble légitime de penser que les nouvelles techniques d'appropriation se sont affranchies de la pratique du démembrement. Pourtant, le démembrement est présent. Il est peut-être d'ailleurs tellement inhérent aux propriétés incorporelles qu'il n'est pas utile de préciser que le contrat démembré la propriété.

b : Une multitude de démembrements possibles

121. Le législateur français n'a pas jugé opportun de distinguer le droit réel de cession du droit personnel de licence. En effet, si l'on s'en tient aux résultats, cette division traditionnelle n'est pas très pertinente. Le droit allemand obtient d'ailleurs les mêmes résultats que le droit français en passant par le contrat de licence. Personnel ou réel, le droit attribué semble démembrer de la même façon le droit de propriété. Ainsi, messieurs Lucas ont pu affirmer dans leur traité : « Plutôt que de focaliser l'attention sur l'introuvable frontière entre cession et licence, il nous paraît plus fécond de mettre l'accent sur l'idée que le monopole d'auteur se démembré à volonté, notamment quant aux modes d'exploitation. »

122. Rien n'empêche d'envisager le démembrement de la propriété incorporelle. Au contraire, la plus grande liberté contractuelle semble régner en la matière. Il est donc tout à fait possible d'imaginer le détachement temporaire d'un attribut de la propriété immatérielle que ce soit sous le couvert d'une cession ou d'une concession. Certains auteurs préfèrent toutefois parler de « subdivision » de la propriété, laissant le terme technique de démembrement aux décompositions classiques de la propriété tels que l'usufruit¹⁸⁴. Le choix d'un terme original souligne la particularité de la propriété incorporelle mais une telle précision n'est peut-être pas utile. Elle repose sur l'idée classique du *numerus clausus* des droits réels, *numerus clausus* sur lequel nous reviendrons. Certains auteurs ont d'ailleurs recours à cet argument pour refuser de qualifier la propriété incorporelle de véritable droit de propriété mais il n'est pas évident que la propriété traditionnelle ne puisse donner lieu qu'à un nombre limité de droits réels. Toute comparaison est donc hasardeuse dans la mesure où des

¹⁸⁴ J. HUET, Les principaux contrats spéciaux, Paris : L.G.D.J., 1996, n° 11112, p. 55.

zones d'ombres entourent encore le concept de propriété. Ainsi, rien ne permet de douter de l'adaptation de la théorie classique du démembrement aux nouvelles formes d'appropriation. Bien au contraire, une grande liberté entoure la matière mais les critiques formulées à l'encontre de certaines « incohérences » du droit des biens méritent qu'on s'y attarde. Aussi convient-il de proposer quelques aménagements à la théorie traditionnelle du démembrement de propriété.

§2 : Les aménagements apportés à la théorie du démembrement

123. En remettant en cause la théorie du démembrement, la doctrine moderne nous invite à repenser le lien entre le droit réel et le démembrement de propriété (A) et à proposer une nouvelle définition du démembrement (B).

A : Le lien entre le droit réel et le démembrement de propriété

124. Il convient de définir avec le plus de précision possible la notion de droit réel (1) afin d'en mesurer l'impact sur la propriété et d'analyser le lien entre le droit réel et le démembrement de propriété (2).

1 : La notion de droit réel

125. Le droit réel est une notion difficile à définir dans la mesure où le Code civil ne la mentionne que rarement. La doctrine a longuement étudié la question du critère du droit réel (a). Elle est parvenue à dégager un élément de distinction dont il convient d'analyser la pertinence lorsque la constitution du droit réel s'opère par la voie conventionnelle (b).

a : Le critère du droit réel

126. La question de la définition du droit réel est un problème fondamental souvent éludé. Il faut dire que la difficulté de la tâche est dissuasive. Elle l'est d'autant plus que le Code civil ne mentionne qu'avec parcimonie le droit réel. Hormis l'article 2114 concernant l'hypothèque, le code est silencieux. De nombreux auteurs se sont alors penchés sur le problème de la définition. Ils ont tous été critiqués, les critères dégagés n'étant pas satisfaisants ou trop imprécis puisqu'ils ne permettaient pas de rendre compte de tous les droits. Ces critiques ont conduit à remettre en cause la pertinence de la distinction des droits réels et personnels. Aujourd'hui, toutefois, la dualité droit réel / droit de créance n'est plus guère discutée. Toute la question qui se pose est celle de savoir si l'on peut dégager du long débat doctrinal un véritable critère de distinction. Différentes solutions ont été proposées : des critères externes¹⁸⁵ (droit de suite, droit de préférence, opposabilité aux tiers...) et des critères internes (utilisation directe de la chose, pouvoir accordé sur la chose...).

127. Pour les auteurs classiques, le droit réel, contrairement au droit personnel, permet à son titulaire d'exercer un droit de suite et un droit de préférence. Il apparaît clairement que ce ne sont pas des critères suffisants. Selon le professeur Derruppe¹⁸⁶, il semble que ni le droit de suite, ni le droit de préférence ne soient spécifiques aux droits réels. Pour l'auteur, le droit de suite traduit l'opposabilité du droit aux tiers. Or, l'opposabilité du droit réel n'est pas toujours absolue et l'opposabilité du droit personnel, pas toujours relative. Selon l'auteur, « L'opposabilité peut être fonction de considérations étrangères à la nature personnelle ou réelle du droit¹⁸⁷. » Certains auteurs¹⁸⁸ font alors remarquer que le droit de suite est spécifique aux sûretés réelles mais pas aux droits réels en général. Quant au droit de préférence, il n'est pas l'apanage du droit réel dans la mesure où de nombreux conflits entre droits de créance trouvent leur solution dans la règle « *Prior tempore, potior jure* ». Ce n'est donc pas dans leur régime juridique qu'il faut chercher le critère de distinction des droits.

¹⁸⁵ Sur cette présentation des analyses en « critères externes et internes », A. HERVIEU, De la limitation des droits réels, Contribution à l'étude de la distinction des droits réels et personnels, thèse Caen, 1981, p. 195 s.

¹⁸⁶ J. DERRUPPE, La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et personnels, thèse Toulouse, 1951, Paris : Dalloz, 1952, p. 203 s.

¹⁸⁷ J. DERRUPPE, thèse précitée, p. 228.

¹⁸⁸ A. HERVIEU, thèse précitée, p. 208.

128. D'une manière générale, le critère de l'opposabilité des droits n'est pas très pertinent. Il repose sur l'idée que le droit réel a une opposabilité absolue et le droit personnel une opposabilité relative. C'est sur cette différence dans le degré d'opposabilité du droit que les personnalistes¹⁸⁹ ont fondé la distinction des droits réels et personnels. Cette idée est inexacte dans la mesure où le droit réel ne bénéficie pas toujours d'une opposabilité absolue. Demogue avait parfaitement conscience de cela. Il en arrive d'ailleurs à la conclusion que la prétendue différence de nature entre le droit subjectif et le droit absolu n'existe pas et que le législateur peut, en fonction de la sécurité qu'il souhaite attribuer à son titulaire, reconnaître tel droit comme absolu et tel autre comme relatif¹⁹⁰. Quant au droit personnel, sa relativité disparaît quand le droit prévoit un système de publicité. Les critères externes n'étant pas satisfaisants, les auteurs ont proposé des critères intrinsèques.

129. Préférant envisager la distinction d'un point de vue actif, le doyen Chauveau considère que le droit réel permet une utilisation directe de la chose. Il étend ainsi la liste des droits réels principaux aux droits du preneur, du commodataire et du possesseur mais il la restreint également puisqu'il exclut les droits réels accessoires. Cette théorie se heurte à deux obstacles de taille : elle aboutit à rejeter le caractère réel de l'hypothèque. De plus, elle ne parvient pas à expliquer ce qui se passe lorsque le propriétaire perd l'utilisation directe de la chose. En fait, le principal reproche fait à cette théorie est qu'elle affirme plus qu'elle ne démontre.

130. Conscient des limites de cette théorie, Derruppé considère que le droit réel est un pouvoir d'utilisation (matériel ou juridique) accordé à une personne sur une chose. Comme son prédécesseur, il accroît la liste des droits réels en y incluant les droits du preneur à bail, du commodataire et du possesseur. Selon M. Hervieu¹⁹¹, ce critère est proche de la réalité mais imparfait car il conduit à fonder exclusivement la qualification sur une situation de fait. Pour ce dernier, la qualification doit résider uniquement dans des critères juridiques. Il retient donc

¹⁸⁹ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire*, t. 1, 11^{ème} édition, Paris : L.G.D.J., 1928 ; E. ROGUIN, *La règle de droit*, Lausanne, F.Rouge, 1889 ; B. MICHAS, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, Paris : A Pedonne, Librairie de la cour d'appel et de l'ordre des avocats, 1900 ; R. QUERU, *Synthèse du droit réel et du droit personnel, Essai d'une critique historique et théorique du réalisme juridique*, thèse Caen, Paris : V. Giard et E. Brière, Libraires Editeurs, 1905.

¹⁹⁰ R. DEMOGUE, *Notions fondamentales de droit privé*, Paris : Rousseau, 1911, Collection Références, Paris : La mémoire du droit, 2001, p. 405 s.

¹⁹¹ A. HERVIEU, thèse précitée, p. 255 s.

le critère le plus objectif possible. Le droit réel est alors celui qui « confère à son titulaire un pouvoir d'utiliser une chose, exclusif de toute obligation qui en soit la contrepartie à charge de quiconque. » Quant au droit personnel portant sur une chose, il ne permet d'utiliser ladite chose qu'à travers l'obligation dont le débiteur-propriétaire est tenu.

131. Pour le professeur Zenati, qu'ils soient extrinsèques ou intrinsèques, ces critères ne sont guère pertinents. Il importe peu finalement de définir la notion de droit réel dans la mesure où toutes les propositions de définition ont été faites à partir du droit de propriété considéré comme le modèle des droits réels. Or, le droit de propriété, par sa spécificité, n'est pas un droit réel. La seule démarche qu'il considère pertinente est celle de Ginossar car, selon le professeur Zenati, ce dernier est le seul qui définisse le droit réel en s'appuyant sur les textes. Pour Ginossar, la distinction droit réel / droit personnel telle qu'elle est posée n'est qu'un « subterfuge¹⁹² » car il est un peu artificiel de distinguer le droit à la chose du droit sur la chose. L'alternative droit réel / droit personnel est parfois illusoire. L'auteur prend comme point de départ de son analyse l'hypothèque, seul droit qualifié expressément de droit réel par le Code civil. Il en déduit que les droits réels sont relatifs, au même titre que les droits personnels. Le droit de propriété, en revanche, est un droit absolu. Ainsi met-il en avant la notion d'obligation réelle¹⁹³ qui n'est autre que le droit réel vu du côté passif. Cette thèse avant-gardiste a été sévèrement critiquée¹⁹⁴. Toute la question est celle de savoir si l'hypothèque doit ou non être analysée comme une obligation.

132. L'hypothèque, comme toutes les sûretés réelles, est une technique difficile à comprendre puisqu'il s'agit d'un droit réel établi accessoirement à une créance ; autrement dit un droit réel accessoire. D'une manière générale, les sûretés réelles sont des droits d'une nature particulière puisqu'ils entretiennent un lien étroit avec un droit personnel. C'est d'ailleurs peut-être parce qu'ils sont si spéciaux que les rédacteurs du Code civil ont éprouvé la nécessité de préciser que l'hypothèque était bien un droit réel. Sa particularité réside dans le

¹⁹² S. GINOSSAR, Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, Paris : L.G.D.J., 1960, p. 90.

¹⁹³ Sur cette question, H. ABERKANE, Essai d'une théorie générale de l'obligation *propter rem* en droit positif français, contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels, thèse Alger, Paris : L.G.D.J., 1957.

¹⁹⁴ J. DABIN, Une nouvelle définition du droit réel, R.T.D. civ., 1960, p. 20.

fait qu'elle n'entraîne aucune utilisation matérielle de la chose par le titulaire de la sûreté¹⁹⁵ mais constitue-t-elle pour autant une obligation réelle ? Nous ne le pensons pas.

133. Premièrement, le concept d'obligation réelle ne fait pas l'unanimité même si de nombreux auteurs admettent l'idée¹⁹⁶ mais nous ne nous placerons pas sur ce terrain pour contester l'analyse de Ginossar. Il semble, en effet, difficile de rejeter l'idée même d'obligation réelle car elle apparaît dans certaines hypothèses afin de résoudre un conflit de droits¹⁹⁷. Ce qu'il faut noter c'est que l'obligation réelle ne peut peser que sur le titulaire d'un droit réel et uniquement en qualité de détenteur d'un fonds. Seule l'idée de charge réelle est capable de rendre compte des obligations *propter rem*. Or, de telles pratiques ne sont autorisées par le Code civil qu'à condition de profiter à un fonds et non pas à un individu en tant que tel¹⁹⁸.

134. L'hypothèque ne correspond pas à ce schéma. Elle est accordée au profit d'une personne afin de garantir une obligation. De plus, s'il y a obligation en matière d'hypothèque, ce n'est qu'une obligation passive : l'obligation pour le tiers détenteur de subir la saisie de son bien. Elle correspond au devoir général de respect du droit. À moins d'évoquer à nouveau l'obligation passive universelle, l'hypothèque ne peut être une obligation réelle. Le débiteur subit passivement l'hypothèque. Il n'est tenu d'aucune obligation. L'hypothèque est certes affectée à une obligation mais elle n'est pas l'obligation elle-même. C'est un raccourci fâcheux que de prétendre qu'un droit réel accessoire à une obligation constitue une obligation réelle. L'obligation réelle est une obligation qui pèse « sur le titulaire d'un droit réel, en cette qualité¹⁹⁹. » L'hypothèque correspond à un schéma tout à fait différent : il s'agit d'un droit réel qui pèse sur le titulaire d'une obligation, en cette qualité.

¹⁹⁵ Cet argument est parfois avancé pour dénier à l'hypothèque son caractère de droit réel. Pourtant, l'utilisation matérielle de la chose n'a jamais été un critère sérieux de réalité.

¹⁹⁶ M. de JUGLART, Obligations réelles et servitudes en droit français, thèse Bordeaux, 1937 ; BALBI, « Le *obbligazioni propter rem* », Collection : Università di Torino, Memorie dell'Istituto giuridico, ser. 2, memoria 73, Turin : G. Giappichelli, 1950 ; L. RIGAUD, Le droit réel ; histoire et théorie, thèse Toulouse, 1912 ; J. HANSENNE, De l'obligation réelle accessoire à l'obligation réelle principale, in *Etudes dédiées à A. Weil*, Paris : Dalloz, Litec, 1983, p. 325 s ; Fr. TERRE et Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, Collection Précis, 6^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002, n° 775, p. 632 et n°878, p. 699.

¹⁹⁷ La jurisprudence s'évertue pourtant à refuser que l'usufruitier puisse contraindre le nu-propiétaire à effectuer les grosses réparations : Cass. civ. 3, 30 janvier 1970, Bull. III, n°83, p.60. L'acte d'usufruit peut néanmoins permettre le contraire.

¹⁹⁸ H. ABERKANE, Essai d'une théorie générale de l'obligation *propter rem* en droit positif français, thèse Paris, 1955, p. 115.

¹⁹⁹ Fr. TERRE et Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, Collection Précis, 6^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002, n°

135. Au sens large, l'obligation est un lien de droit entre deux ou plusieurs personnes. Or, l'hypothèque peut être détachée de la créance garantie lors d'une cession d'hypothèque ou d'une subrogation. Le débiteur n'est pas tenu réellement, il est tenu personnellement mais le créancier dispose, en sus du droit de gage général, d'un droit réel. Il y a une relation directe entre le titulaire de la sûreté et la chose. C'est justement le critère du droit réel que l'on peut dégager. Le droit réel est donc un rapport direct et sans intermédiaire entre une personne et une chose.

b : La pertinence du critère choisi à l'épreuve du démembrement conventionnel

136. Le seul critère de distinction que la doctrine a pu dégager pour caractériser le droit réel est l'idée d'un rapport direct et sans intermédiaire entre une personne et une chose. Il faut définir avec plus de précision ce critère. Dans l'hypothèse qui intéresse notre sujet, il y a création contractuelle d'un droit réel. On le voit, la distinction droit réel / droit personnel est encore plus ténue quand ces deux droits sont créés par voie conventionnelle. La question qui se pose est celle de savoir si le cocontractant qui constitue sur son bien un droit réel est un intermédiaire. À partir de là, il convient de se demander comment distinguer la simple passivité du cocontractant d'une véritable obligation personnelle de ne pas faire.

137. Il est vrai que les situations décrites sont très proches au moment de la formation du contrat mais les différences apparaissent surtout lors de l'exercice du contrat. Prenons l'exemple de l'usufruit et du contrat de bail. Le bailleur est tenu de remplir certaines obligations décrites à l'article 1719 notamment « d'entretenir la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée ; d'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail. » En matière d'usufruit, rien de tel. L'article 600 du Code civil prévoit que l'usufruitier « prend les choses dans l'état où elles sont... ». La seule contrainte imposée au propriétaire est celle de ne pas nuire, par son fait, ni de quelque manière que ce soit aux droits de l'usufruitier. On lui interdit de contrevenir aux droits qu'il a accordés à l'usufruitier. Il n'y a pas d'engagement de sa part « de ne pas faire », il doit simplement respecter le droit existant. Ce qui est remarquable concernant l'usufruit et les autres droits réels décrits par le Code civil, c'est qu'aucune obligation ne pèse sur le propriétaire.

138. L'exemple choisi n'est peut-être pas le plus pertinent dans la mesure où, d'un côté, il y a des obligations positives de la part du bailleur et, de l'autre, une simple abstention. Prenons plutôt l'exemple de la servitude conventionnelle. Imaginons qu'un propriétaire s'engage à laisser passer un individu sur ses terres, un choix s'offre à lui : accorder un droit réel à cette personne ou n'accorder qu'une obligation de ne pas faire, à titre personnel. Il revient aux juges du fond de dégager la commune intention des parties²⁰⁰. Dans un cas, le droit sera direct et immédiat, dans l'autre, il transitera par la personne du propriétaire. Dans un cas, il engagera son fonds, dans l'autre il engagera sa personne. Les effets seront a priori les mêmes. Dans les deux cas, le propriétaire est passif. À nouveau, c'est à travers l'exercice du droit qu'on s'aperçoit concrètement des différences. En tant que droits réels, les servitudes portent directement sur la chose et peu importe l'attitude du propriétaire. Elles présentent également la particularité d'être établies en faveur, non pas d'une personne mais d'un fonds. Elles seront donc transmises avec le fonds, contrairement aux droits personnels qui engagent le propriétaire et seulement le propriétaire. Pour résumer, la distinction des droits réel et personnel repose donc sur l'engagement du propriétaire. Lorsque le propriétaire ne s'oblige pas, il n'y a pas de droit personnel.

2 : Conséquences de la définition dégagée

139. Le droit réel étant un rapport direct et immédiat entre une personne et une chose, il apparaît que le droit de propriété constitue effectivement un droit réel (a) et que les notions de démembrement et de droits réels ne sont pas réductibles l'une à l'autre (b).

a : La propriété comme droit réel

140. Contrairement à l'idée défendue par MM Ginossar et Zenati, nous estimons que la propriété est un droit réel. Elle présente, certes, quelques particularités par rapport aux autres droits de même nature mais elle n'en constitue pas moins le paradigme des droits réels. En effet, si le droit de propriété présente une certaine originalité par rapport aux autres droits réels qui en sont détachés, c'est précisément parce que ces droits sont issus de la propriété. Ce

²⁰⁰ Cass. civ. 3, 6 mai 1980, Bull. civ. III, n° 91.

n'est pas parce que la propriété est un droit réel qu'elle doit être confondue avec les autres droits de même nature. Chaque droit est original et présente des particularités. Aussi, la propriété a-t-elle ses caractères propres et l'on observe naturellement une différence d'intensité entre la propriété et les autres droits réels. D'ailleurs, les droits réels ne présentent pas tous la même force, ce que Josserand²⁰¹ a parfaitement perçu. Parmi les droits réels, il faut, selon lui, distinguer la propriété, ses démembrements, les simples charges et enfin les droits réels accessoires d'une créance. Seuls les droits réels démembrements ou les charges portant sur la chose d'autrui peuvent parfaitement faire l'objet d'une appropriation à la différence du droit de propriété et l'on ne voit pas quelle apparente règle logique voudrait qu'on applique le même régime à des droits différents.

141. Quant à l'argument selon lequel la Constitution de 1958 distingue la propriété des droits réels²⁰², l'expression « propriété et droits réels » traduit, selon nous, moins l'idée inconsciente d'une distinction de la propriété et des droits réels qu'une confusion opérée dans l'esprit de la majorité de la doctrine entre le droit réel et le démembrement de la propriété. Le lien entre ces deux notions n'est pourtant pas aussi évident qu'il y paraît. Elles ne sont pas rigoureusement synonymes. C'est sans doute parce que la notion de démembrement a été trop peu étudiée en elle-même que la théorie classique s'est retrouvée devant ces contradictions. En étudiant la technique du démembrement en tant que telle, on s'aperçoit que les notions de démembrement et de droit réel ne sont pas réductibles l'une à l'autre.

b : La distinction des notions de droit réel et de démembrement

142. Si l'on s'en tient au critère de réalité dégagé, on peut se demander quel est son impact sur le démembrement de propriété. Au fond, il importe peu qu'il y ait ou non un intermédiaire juridiquement obligé. Le démembrement peut être opéré par constitution d'un droit réel ou par création d'un droit personnel. En 1889 déjà, Roguin semblait rapprocher le droit réel et le droit personnel sur la question de l'atteinte portée au droit de propriété : « Et même, nous soutenons que le possesseur d'un bien grevé d'un usufruit ou de simples

²⁰¹ L. JOSSERAND, Cours de droit civil français positif conforme aux programmes officiels des facultés de droit, t. 1, Théorie générale du droit et des droits, les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réels principaux, 2^{ème} édition, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1932, n° 1339, p. 697.

²⁰² Cf. supra n° 85 s.

servitudes foncières n'est plus propriétaire, pas plus que celui qui aurait aliéné, non sous la forme d'un droit réel, mais sous celle d'une simple obligation, comme dans un bail, une utilisation quelconque de son fonds²⁰³. » Certes, l'assimilation de Roguin nous semble largement excessive puisque le bailleur ne cède pas l'*usus* de son droit. Néanmoins, nous verrons, par la suite, que certains droits qualifiés de droits personnels parce que le propriétaire est tenu d'un grand nombre d'obligations, présentent une part de réalité suffisante pour entraîner un démembrement du droit de propriété. D'ailleurs, cette idée semble avoir fait son chemin en droit fiscal²⁰⁴. M. David envisage ainsi le démembrement par création d'un droit personnel relatif à un bien.

143. En admettant que le démembrement ne soit pas nécessairement le fruit d'un droit réel, on peut se demander si, inversement, tout droit réel entraîne un démembrement de propriété. Certes, parce qu'ils portent sur les biens, les droits réels auront naturellement tendance à diminuer d'autant le droit du propriétaire. Toute la question est alors de savoir si l'on se trouve face à une restriction du droit de propriété ou face à un véritable démembrement. C'est le problème qui a été soulevé concernant les servitudes et les sûretés réelles. Ce sont des droits réels particuliers dans la mesure où il apparaît que les prérogatives du propriétaire ne sont que très peu réduites. En ce qui concerne les servitudes, la doctrine tend à confirmer l'idée d'un démembrement de propriété. Les professeurs Terré et Simler considèrent que « la servitude est bien un démembrement du droit de propriété²⁰⁵ (...) ». En matière de droit réel, il faut bien comprendre l'idée suivante : ce n'est pas parce qu'il n'y a pas utilisation matérielle de la chose que le démembrement doit être rejeté mais s'agit-il pour autant d'un démembrement de propriété ? Pour répondre à cette question, il convient de redéfinir la notion de démembrement de propriété.

²⁰³ E. ROGUIN, La règle de droit, Lausanne, F. Rouge, 1889, p. 273.

²⁰⁴ C. DAVID, Le démembrement de propriété (aspects juridiques et fiscaux) 87^{ème} congrès des Notaires de France, Montpellier, 5/8 mai 1991, Les petites affiches, 24 avril 1991, n° 49, p. 63.

²⁰⁵ Fr. TERRÉ et Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, Collection Précis, 6^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002, n°868, p. 692.

B : Une nouvelle définition du démembrement de propriété

144. Poser une nouvelle définition du démembrement de propriété, c'est considérer le démembrement en lui-même sans passer par le truchement du droit réel. La technique du démembrement implique l'idée d'un détachement. Le propriétaire voit son droit amputé même s'il conserve toujours le titre de propriété. C'est à partir des attributs de la propriété (1) que sera constitué le droit du tiers sur le bien du propriétaire. Ce droit prend, le plus souvent, la forme d'un droit réel mais, dans certains cas sur lesquels nous reviendrons, il peut également revêtir la forme d'un droit personnel lorsqu'il présente une certaine part de réalité. Le droit accroît alors à un tiers et lui permet d'atteindre juridiquement²⁰⁶ la chose (2).

1 : Les prérogatives du droit de propriété

145. Les attributs classiques du droit de propriété que sont l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* ne définissent pas ce droit. Ils en constituent simplement l'aspect utile. Ils sont le contenu économique, l'exercice du droit de propriété. Pour une partie de la doctrine, « il serait vain de recenser exhaustivement toutes les utilités que procure une chose en général²⁰⁷. » Certes, décrire toutes les utilités d'un bien ne présente pas un grand intérêt mais il n'est pas inutile de préciser le contenu de la propriété afin de mieux protéger les droits du propriétaire. Bien entendu, chaque prérogative se décompose elle-même en de nombreuses prérogatives variant en fonction du bien considéré (a). Un peu maladroitement²⁰⁸, le célèbre triptyque *usus*, *fructus*, *abusus* permet de synthétiser les différentes prérogatives patrimoniales du droit de propriété. Reste à savoir si la propriété ne donne naissance qu'à des prérogatives patrimoniales (b).

²⁰⁶ Contra M. Zenati.

²⁰⁷ Fr. ZENATI et Th. REVET, Les biens, 2^{ème} édition, Paris : P.U.F., 1997, n° 99.

²⁰⁸ R. DAVID, Les grands systèmes de droit contemporains, Collection Précis, 7^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1978, n°312 : « Il est peu élégant de grouper sous le vocable *usus* le droit de faire usage de la chose (habiter une maison) et celui de l'administrer (y faire faire des réparations, ou en concéder l'usage à un tiers) ; il est presque ridicule de grouper sous le vocable *abusus* des prérogatives aussi différentes que le droit de détruire matériellement la chose, et celui d'accomplir sur elle des actes de disposition. »

a : Des prérogatives variables

146. La question qui se pose est celle de savoir comment on peut faire entrer les utilités de la chose dans la structure du droit de propriété alors que ces prérogatives varient en fonction de la chose considérée et de la volonté du propriétaire²⁰⁹. Doit-on estimer que les attributs du droit de propriété ne sont, en réalité, que les qualités économiques de la chose²¹⁰ ? Les attributs du droit de propriété sont-ils des fragments de droits ou des utilités économiques de la chose ? Le problème se résume à la question suivante : le démembrement consiste-t-il en une décomposition des utilités économiques de la chose ou en une véritable décomposition juridique des attributs du droit de propriété ?

147. On ne peut nier que les attributs du droit de propriété varient en fonction de la chose considérée. Ainsi, la propriété de certains biens de consommation est-elle dépourvue totalement de *fructus* et d'*usus*. Certains biens ne sont d'ailleurs pas frugifères. Tel semble être le cas des SICAV de capitalisation²¹¹ puisque les lois des 2 août et 29 septembre 1989 ont autorisé les OPCVM à ne pas distribuer immédiatement les revenus des valeurs mobilières détenues en portefeuille. Les actifs ne sont pas distribués par la société mais mis en réserve. Les attributs de la propriété varient donc en fonction du bien considéré. Mais faut-il en déduire que l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* ne sont pas des fragments du droit de propriété ? Il ne semble pas qu'une telle conclusion s'impose car le droit de propriété est lui-même relatif.

148. La propriété n'est pas indifférente aux particularités de son objet. Le Code civil ne distingue-t-il d'ailleurs pas la propriété immobilière de la propriété mobilière ? Depuis cette simple distinction meubles / immeubles, la propriété n'a cessé d'évoluer. Son domaine s'est étendu aux choses incorporelles²¹². La propriété littéraire et artistique a été reconnue la première. Puis, la propriété industrielle est apparue au milieu du XIX^{ème} siècle. À la fin du

²⁰⁹ G. HEGEL, Principes de la philosophie du droit, Texte intégral, accompagné d'extraits des cours de Hegel, présenté, révisé, traduit et annoté par J.-F. Kervégan, Collection Fondements de la politique, 1^{ère} édition, Paris : PUF, 1998, p. 133 : « La personne a le droit de placer sa volonté en toute chose, laquelle devient par là la mienne [et] reçoit ma volonté pour sa fin substantielle (étant donné qu'elle n'en a pas en elle-même), pour sa détermination et pour son âme- droit d'appropriation absolu qu'a l'homme sur toute les Choses. »

²¹⁰ Fr. ZENATI, thèse précitée, p. 445 s.

²¹¹ Cette idée est contestée. Certains auteurs considèrent que la capitalisation paralyse la périodicité des versements de revenus. Il ne s'agirait que d'un différé de règlement. Toute la question est celle de savoir si les revenus mis en réserve d'une SICAV ont la qualité de fruits.

²¹² Cf. infra n°302 s.

XIX^{ème} siècle, la propriété commerciale a commencé à être appréhendée. Les statuts légaux spéciaux se sont alors multipliés. Le débat porte aujourd'hui sur l'appropriation de la nature à travers la protection des innovations génétiques. Le droit de propriété variant en fonction de la chose sur laquelle il porte, il n'y a rien de choquant à admettre que ses attributs varient de la même façon. La propriété n'est pas un droit invariable et rigide. Reste que le triptyque *usus, fructus, abusus* est assez complet. Il décrit le contenu le plus vaste du droit de propriété. Peut-être convient-il néanmoins d'y ajouter le droit d'accession ou encore certaines prérogatives extrapatrimoniales.

b : Des prérogatives extrapatrimoniales ?

149. Classiquement, lorsqu'on évoque les attributs de la propriété, on pense immédiatement au triptyque traditionnel. Ces attributs du droit de propriété représentent sa valeur économique puisqu'ils peuvent être évalués financièrement. Ils entrent ainsi dans la définition du droit de propriété considéré comme un droit patrimonial. On s'est toutefois demandé si la propriété ne comportait pas également des prérogatives extrapatrimoniales. On pense bien évidemment à la question du droit moral. C'est essentiellement l'existence de ce droit moral, droit protecteur de l'auteur et non pas de l'œuvre, qui a semé le doute quant à la question de savoir si la propriété intellectuelle constituait véritablement une propriété²¹³. Si l'on considère que la propriété est un droit patrimonial, il va de soi qu'il n'y a pas place pour une telle prérogative²¹⁴ mais peut-on réduire la propriété à son aspect patrimonial ? Certes, on ne peut nier le caractère patrimonial de la propriété mais il faut aller plus loin dans l'analyse. Sous certains côtés, la propriété apparaît comme un véritable attribut de la personne. Le droit moral constituerait un droit de la personnalité, au même titre que le droit à l'image et à la vie privée²¹⁵.

150. Si l'on rejoint l'analyse de M. Sortais qui fait du droit subjectif la jonction subtile d'un titre et d'un émolument, on comprend mieux comment fonctionne le droit de propriété. La propriété est analysée comme un droit patrimonial parce que l'exercice,

²¹³ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^{ème} édition, Paris : Litec, 2001, p. 27.

²¹⁴ Fr. ZENATI, thèse précitée, p. 177 : « (...) l'analyse de la propriété comme un droit patrimonial exclut que des prérogatives morales puissent figurer dans son contenu. »

autrement dit l'émolument est de nature patrimoniale. Cela dit, certaines prérogatives se rattachent également au titre de propriété. Elles sont de nature extrapatrimoniale comme tous les droits de la personnalité, c'est-à-dire hors du commerce. Le droit moral s'explique alors aisément. Protégeant l'auteur et non l'œuvre elle-même, il est compris dans le titre de propriété.

151. L'arrêt Fourché²¹⁶ témoigne de cette dichotomie entre le titre et l'émolument. Même privé de l'émolument, le titulaire du droit subjectif dispose encore de prérogatives extrapatrimoniales attachées à son titre : « Attendu... que si l'héritier exhéredé perd, par l'effet de la clause du testament qui l'écarte de la succession, tout l'émolument que la loi l'appelait à recueillir dans cette succession, il conserve néanmoins, tant qu'il n'y a pas renoncé le titre que la loi lui confère et, avec lui, les droits inhérents à ce titre, notamment celui d'obtenir expédition de l'inventaire de la succession. » Les droits inhérents au titre d'héritier ont ceci de particulier qu'ils sont purement personnels²¹⁷. Aussi, ce droit est-il hors commerce. Tout au plus, leur titulaire peut y renoncer. En ce qui concerne l'émolument, en revanche, il semble possible d'attribuer ces prérogatives à un tiers.

2 : Le détachement d'une prérogative attribuée à un tiers

152. Ce qu'il faut retenir de la critique faite à la théorie du démembrement, c'est l'idée que le droit réel démembré a une existence propre. Comme tous les droits, il est autonome et doté d'un mécanisme de défense, c'est pourquoi l'expression « constitution d'un droit réel²¹⁸ » se justifie largement mais on ne peut nier, pour autant, qu'il s'agit d'un droit extrait du droit de propriété. Le droit démembré est issu d'une unité supérieure : la propriété. Ainsi, ne peut-on envisager le démembrement qu'à partir d'une propriété pleine et entière. Il n'y a pas d'usufruitier sans nu-propiétaire pas plus qu'il n'y a d'hypothèque sans propriété. Lorsqu'il démembré sa propriété, le propriétaire se prive d'une partie des prérogatives qui lui incombent.

²¹⁵ Contra : A. BERTRAND, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 2^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1999, p. 72 s.

²¹⁶ Cass. civ., 22 juillet 1896, cité par M.Sortais, thèse précitée, p. 3.

²¹⁷ G. CORNU, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, Collection Domat / droit privé, 7^{ème} édition, Paris : Montchrestien, 1994, n° 1696 s., p. 584 s.

²¹⁸ Fr. ZENATI, thèse précitée, p. 438.

153. Rejetant la théorie du démembrement, la doctrine moderne soulève deux problèmes délicats. Elle nous fait remarquer que, dans certaines hypothèses, le propriétaire conserve l'utilité concédée. De manière plus générale, elle estime que l'utilité concédée est toujours distincte de l'utilité paralysée. Malgré l'intérêt que nous portons à cette analyse, nous pensons que le démembrement peut être défendu. Il consiste dans le détachement d'un attribut de la propriété (a) afin de conférer à un tiers une prérogative issue de ce droit de propriété (b). Il faut toutefois ne pas confondre le démembrement de propriété et la cession de droits car la propriété a vocation à redevenir entière. Aussi, même si la symétrie n'est pas toujours parfaite, le droit conféré au tiers trouve sa source dans la propriété d'un autre.

a : Le détachement d'un attribut de la propriété

154. Le démembrement traduit, à la fois, l'action de démembrer et le résultat du démembrement. Démembrer, c'est séparer les éléments d'un corps. Le résultat du démembrement, c'est l'élément détaché du corps. Sur un plan juridique, il y a démembrement de la propriété lorsqu'une prérogative patrimoniale est détachée de ce droit pour être attribuée à un tiers. Le démembrement consacre une dissociation des attributs de la propriété. Il convient de distinguer le démembrement de la copropriété qui permet à chacun des copropriétaires d'avoir sur la chose un droit de même nature. Il faut également distinguer le démembrement des simples charges pesant sur le droit de propriété. Si toute propriété démembrée est amoindrie, toute propriété diminuée n'est pas nécessairement démembrée.

155. Le professeur Zenati²¹⁹ considère que le propriétaire qui consent un démembrement de propriété n'est dépossédé que de la jouissance et l'usage matériel de la chose. Il garderait la jouissance juridique du bien en conservant notamment l'action en revendication. En ce qui concerne les actions en justice, chacun dispose des actions nécessaires pour imposer le respect de son droit. Le nu-propriétaire et l'usufruitier peuvent donc assurer le respect de leurs droits au pétitoire comme au possesseur²²⁰. Comme le nu-propriétaire demeure le propriétaire à part entière de son bien, il est logique qu'il dispose seul

²¹⁹ Fr. ZENATI, thèse précitée, p. 367.

²²⁰ L'usufruitier n'est pas en reste. Il dispose quant à lui d'une action possessoire pour défendre la possession de son droit réel et d'une action pétitoire : l'action confessoire d'usufruit pour faire reconnaître son droit. Cette action ressemble beaucoup à l'action en revendication du propriétaire mais dans la mesure où elle se rapporte à un droit d'usufruit, elle est prescriptible. Chacun peut donc défendre son droit.

de l'action en revendication mais peut-on en déduire que le propriétaire n'est dépossédé que de la jouissance matérielle de la chose ? Il ne semble pas. Ayant consenti un usufruit, le propriétaire perd le droit de consentir sur son bien un autre usufruit ou encore de passer certains contrats de bail. En revanche, l'usufruitier peut, s'il ne souhaite pas se servir personnellement et directement des choses, concéder l'usage à un tiers. Des dispositions particulières ont été prévues pour éviter qu'à la fin de l'usufruit, le propriétaire n'ait à subir trop longtemps le contrat de bail²²¹. Quant à l'usufruit passé par l'usufruitier, sa durée est plafonnée à la durée du premier usufruit, soit à la durée de vie de l'usufruitier principal lorsque le droit est viager. L'usufruitier dispose donc de certaines prérogatives purement juridiques dont le propriétaire est dépossédé.

156. Selon le professeur Zenati, il serait faux de prétendre que le propriétaire est totalement dépourvu de l'*usus-fructus* car, dans certaines circonstances, et notamment lorsqu'il y a de grosses réparations à effectuer, il peut user de la chose. Il nous semble qu'il ne faille pas tirer une telle conséquence de l'article 605 du Code civil. Les grosses réparations constituent un acte conservatoire. La vocation du nu-propriétaire à retrouver la pleine propriété justifie une telle dérogation. Concrètement, la liste des réparations visées est assez restreinte. Ce sont des réparations qui touchent à la structure même de l'immeuble et donc à la substance de la propriété. Il est alors logique que le propriétaire assure, ne serait-ce que financièrement, les travaux. Ce n'est là qu'une exception nécessaire à la préservation de son bien dont il ne faut tirer aucune conséquence générale quant aux prérogatives du nu-propriétaire. N'oublions pas, en effet, que le propriétaire a vocation à retrouver son bien lorsque le démembrement aura pris fin.

157. La doctrine moderne reproche ensuite à la théorie du démembrement de considérer que le propriétaire conserve l'*abusus*. L'usufruitier ayant le droit de jouir de la chose, reste au nu-propriétaire le droit d'en disposer. En réalité, il ne s'agirait que d'un *abusus* restreint dans la mesure où le nu-propriétaire ne doit rien faire qui nuise aux droits de l'usufruitier. Nous ne nions pas que certaines restrictions s'imposent naturellement aux droits du nu-propriétaire. De toute évidence, des liens existent entre les prérogatives de jouissance de l'usufruitier et le droit de disposition du propriétaire. La frontière est parfois étroite entre la

²²¹ Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, Collection Précis, 6^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002, n°816, p. 657.

jouissance et la disposition matérielle. La disposition matérielle de la chose peut, en effet, nuire au droit de jouissance. Or, le propriétaire est tenu de ne pas léser l'usufruitier. Par conséquent, son droit de disposer ne peut s'entendre que de la disposition juridique car son droit de disposition matérielle est paralysé. Si des aménagements sont nécessaires au bon fonctionnement de l'usufruit et de la nue-propriété, il n'en demeure pas moins que l'usufruit est extrait du droit de propriété.

b : L'attribution des prérogatives à un tiers

158. L'article 578 du Code civil décrit l'usufruit comme « le droit de jouir » puis il ajoute « comme le propriétaire ». Littéralement, cet article nous invite à assimiler la prérogative de jouissance du propriétaire à celle de l'usufruitier²²². L'article 597²²³ du Code civil renforce cette idée. Il précise que l'usufruitier « jouit des droits de servitude, de passage, et généralement de tous les droits dont le propriétaire peut jouir²²⁴, et il en jouit comme le propriétaire lui-même. » L'article 598 du Code civil use de la même expression : « Il jouit aussi, de la même manière²²⁵ que le propriétaire (...). » La jurisprudence reprend également constamment cette idée. Dans un arrêt en date du 8 mai 1973²²⁶, elle affirme, par exemple, que l'usufruitier « peut, comme un propriétaire²²⁷, exiger la remise des biens sur lesquels est assis son droit, et cette faculté ne rencontre aucun obstacle dans le fait que ces biens se trouvent dans les mains d'un nu-propriétaire ». Pourtant, la doctrine moderne a nié cette assimilation. Elle a dénoncé l'absence de symétrie entre l'utilité perdue par le propriétaire et celle qu'acquiert le titulaire du droit réel en prenant l'exemple de la servitude.

²²² Opposé à la théorie du démembrement, le professeur Zenati invoque le fait que le Code civil impose au mode de jouissance de l'usufruitier la pratique antérieure du propriétaire (thèse précitée, p. 438). Nous ne comprenons pas en quoi cet argument est déterminant. Au contraire, cette idée prouve bien que c'est l'usage, tel qu'il était exercé par le propriétaire lui-même, qui est détaché. Il nous semble qu'il s'agit-là plutôt d'un argument en faveur du démembrement. Ainsi, l'article 590 aliéna 1 se réfère « à l'aménagement ou à l'usage constant des propriétaires » pour la coupe de bois taillis. L'usufruitier doit respecter les « usages des lieux pour le remplacement » des arbres tirés d'une pépinière (article 590 alinéa 2) Pour les bois de haute futaie, il doit se conformer « aux époques et à l'usage des anciens propriétaires » (article 591). Enfin, en vertu de l'article 597, il jouit « comme le propriétaire lui-même » des servitudes et autres droits.

²²³ Cass. civ. 3, 29 février 1968, Bull. civ. III, n° 84, p. 68.

²²⁴ Nous le soulignons.

²²⁵ Idem

²²⁶ Cass. civ. 1^{er}, 8 mai 1973, II, 17566, note G. Goubeaux.

²²⁷ Nous le soulignons.

159. Nous ne pouvons que constater l'absence de symétrie en matière de servitude car la servitude est profondément différente des autres droits réels. La différence transparaît dans la rédaction de l'article 543 du Code civil. On remarque une sorte de gradation dans l'énoncé de l'article 543. Au premier rang vient le droit de propriété, puis le simple droit de jouissance (l'*usus fructus* démembré du droit de propriété) et en dernière position, on peut avoir sur les biens « seulement des services fonciers à prétendre ». L'utilisation de l'adverbe « seulement » incite à distinguer la servitude des autres droits réels. À proprement parler, la servitude n'est peut-être même pas un droit subjectif puisqu'elle profite à une chose. Si l'on se réfère à la rédaction de l'article 637, il est étonnant de remarquer l'application des rédacteurs du Code civil à éviter l'usage du mot « droit ». La servitude est imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un autre héritage. Le droit qui est décrit n'est pas une prérogative attribuée à un individu mais un avantage accordé à un fonds par un autre fonds. Le terme utilisé est celui de « charge ». L'article 2177 du Code civil fait de la servitude une prérogative à part puisque l'article se réfère d'un côté à la servitude et, d'un autre côté à la notion de droit réel. L'article prévoit, en effet, que « les servitudes et droits réels que le tiers détenteur avait sur l'immeuble avant sa possession, renaissent après le délaissement ou après l'adjudication faite sur lui ». Toute la question est alors de savoir pourquoi les rédacteurs du Code civil ne se sont pas contentés de la notion de droit réel. Pourquoi ont-ils jugé nécessaire de placer les servitudes à part ? La réponse nous semble assez claire : soit la servitude n'est pas un droit réel soit c'est un droit réel très particulier.

160. Certains auteurs soutiennent pourtant que la servitude constitue bien un droit réel. Ils ont alors les pires difficultés du monde à prouver le démembrement de propriété. Ainsi, messieurs Terré et Simler considèrent-ils que « ...la servitude est bien un démembrement de propriété : une parcelle virtuelle du droit de propriété de l'un est détaché et accroît au droit de propriété de l'autre²²⁸ ». On sent la difficulté qu'ont les auteurs à prouver que la servitude est un démembrement de propriété. L'usage de l'adjectif « virtuel » en témoigne. Le professeur Aberkane a bien cerné le problème : « La qualification romaine qui considère invariablement toutes les servitudes comme des droits réels procède selon nous d'une insuffisance d'analyse et son caractère absolu la condamne²²⁹. »

²²⁸ Fr. TERRE et Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, Collection Précis, 6^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002, n° 868, p. 692.

²²⁹ H. ABERKANE, Essai d'une théorie générale de l'obligation *propter rem* en droit positif français,

161. Assimiler la servitude à un démembrement de propriété, c'est tout d'abord, nier l'extrême variété des servitudes. Celles-ci sont très nombreuses et présentent chacune des originalités. Les auteurs proposent d'ailleurs de nombreuses classifications possibles²³⁰. Parmi celles-ci, la distinction des servitudes positives et négatives a retenu l'attention de la doctrine. M. Aberkane suggère, très subtilement, de distinguer la servitude « de ne pas faire » des servitudes « de faire ». Ainsi, les servitudes de ne pas faire seraient des obligations « *propter rem* ». Seules les servitudes de faire pourraient être qualifiées de droit réel. Cette analyse présente le mérite de remettre en cause les solutions acquises mais difficilement défendables.

162. Ainsi, pour conserver au système classique une vocation générale, la théorie classique compte-t-elle la servitude parmi les droits réels et donc parmi les démembrements de propriété. Or, il est évident qu'il existe une très grande variété de servitudes qui n'ont pas toutes le même impact sur le droit de propriété. Certaines servitudes permettent d'accomplir des actes de jouissance sur le fonds d'autrui tandis que d'autres ne permettent que de bénéficier d'une abstention du propriétaire. Dans tous les cas, le droit du propriétaire est restreint mais s'agit-il pour autant de démembrements ? Le professeur Aberkane considère qu'il n'y a démembrement que lorsqu'une prérogative issue du droit de propriété est attribuée à un tiers. Selon cet auteur, il est difficile d'imaginer que la servitude de ne pas construire puisse constituer un démembrement de propriété. Le titulaire du fonds dominant ne dispose d'aucun attribut de la propriété du fonds servant. Tout au plus peut-il se prévaloir d'une limitation de propriété. En revanche, le titulaire du fonds servant perd effectivement un attribut de sa propriété. Celle-ci est amputée mais non démembrée. Si l'on définit le démembrement comme l'attribution à un tiers d'une prérogative issue du droit de propriété, force est alors de constater que les servitudes négatives ne peuvent être considérées comme des démembrements.

163. La thèse du professeur Aberkane présente le mérite de remettre en cause l'homogénéité du système pour mieux appréhender la diversité. Toutefois, nous considérons que les servitudes positives ne constituent pas davantage des démembrements de propriété puisque le propriétaire du fonds servant conserve les différents attributs de son droit de propriété. Simplement, il ne doit pas rendre l'usage de la servitude plus incommode.

Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels, Paris : L.G.D.J., 1957, p. 126-127.

Autrement dit, la propriété est, dans cette hypothèse, restreinte mais elle n'est pas démembrée²³¹. Pour nous en convaincre, un arrêt récent du 19 juin 2002²³² précise que « le droit conféré au concessionnaire bénéficiaire d'une déclaration d'utilité publique ne peut faire obstacle au droit du propriétaire d'opérer des modifications de sa propriété conformes à son utilisation normale ». Ainsi, même si le concessionnaire peut établir les supports et ancrages pour conducteurs aériens d'électricité, faire passer les conducteurs d'électricité au-dessus des propriétés privées ou encore établir des canalisations souterraines, une telle servitude n'entraîne aucune dépossession du propriétaire. Par cet arrêt, la Cour de cassation condamne la cour d'appel pour avoir réduit les droits du propriétaire à une liste limitative. Malgré la servitude établie sur son fonds, le propriétaire conserve sa propriété entière. Aussi, une telle décision ne peut que nous conforter dans l'idée que la servitude ne constitue pas un démembrement du droit de propriété.

164. Ainsi, malgré les critiques qui lui ont été adressées, la technique du démembrement doit être maintenue en lui apportant toutefois quelques précisions. Comme tout droit subjectif, le droit de propriété est une subtile alchimie entre un titre et un émolument. Le titre caractérise le lien d'exclusivité, l'émolument en représente l'aspect utile. Redéfinie, la théorie s'accommode parfaitement du démembrement de propriété. Il convient, en effet, simplement de considérer que le démembrement consiste dans le détachement d'une prérogative du droit de propriété que le propriétaire accorde à un tiers. Pour la doctrine classique, il n'y a aucune raison que le propriétaire perde son titre de propriété tant qu'il dispose de l'*abusus*. Nous irons plus loin en considérant que le propriétaire conserve son titre malgré le détachement de l'*abusus*. Les critiques apportées par la doctrine n'auront toutefois pas été vaines car l'on s'aperçoit que quelques adaptations sont nécessaires. Aussi, le démembrement ne saurait être réduit à la notion de droit réel car certains droits réels ne décomposent pas véritablement le droit de propriété. Tel est le cas des servitudes qui restreignent le droit de propriété plus qu'elles ne le démembreront. Il nous semble donc impossible de déduire de ces droits une condamnation générale de la technique du démembrement. Il convient, en revanche, de prendre en considération la riche diversité des droits énoncés à l'article 543 du Code civil.

²³⁰ Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Ibid.*, n° 880 s., p. 700 s.

²³¹ Comme l'indique M. Jouvent : « Les servitudes sont de simples limitations réciproques aux droits des propriétaires de deux fonds, dans le but d'éviter que l'exercice trop strict de l'un des droits par l'un des

Conclusion du chapitre 1 :

165. Selon la doctrine majoritaire, tous les droits réels ont été conçus à partir de la propriété pleine et entière dont ils forment les composantes. On en déduit naturellement que la propriété est, elle-même, un droit de nature réelle. Le système semble à la fois simple et cohérent mais l'esthétisme et l'homogénéité de ce système ont pourtant été sérieusement ébranlés par la critique moderne. Derrière l'apparente perfection logique, la doctrine a dévoilé les zones d'ombre sur lesquelles il n'est plus aujourd'hui possible de faire l'impasse. Aussi convenait-il de réaffirmer la possibilité de démembrer la propriété, c'est-à-dire de détacher un attribut du droit de propriété. Cette défense du démembrement ne pouvait se faire sans redéfinir le droit de propriété, le droit subjectif et les notions premières du droit des biens. Nous ne pouvions qu'approcher un début de solution tant la tâche était délicate. Il fallait surtout essayer de résoudre les contradictions : comment décomposer un rapport d'exclusivité ? Comment expliquer l'absence de symétrie entre le droit concédé et le droit amputé en matière de servitudes ? Comment définir le droit réel ? Enfin, quel lien cette notion entretient-elle effectivement avec le démembrement ?

166. Dire que la propriété démembrée reste et demeure la propriété, c'est poser l'idée d'un droit qui, potentiellement, aura vocation à redevenir entier. Le contrat instaurant un droit réel démembré va véritablement amputer le droit de propriété et transmettre un attribut à un tiers mais le propriétaire ne perd pas pour autant son titre. L'émolument peut varier, le contenu patrimonial de la propriété peut fluctuer, le droit de propriété demeure, à travers le titre, comme une prérogative virtuelle sur le bien. Finalement, on retrouve le schéma suggéré par le professeur Terré²³³ distinguant l'appropriation de l'exploitation. En tant que titre et mode d'appropriation, la propriété demeure ce droit absolu décrit au XIX^{ème} siècle. En tant qu'émolument et mode d'exploitation, la propriété devient relative, susceptible d'être partagée et affectée par un puissant mouvement de socialisation. Cette approche dynamique du concept de propriété permet de rendre compte des diversités. Elle apporte une touche de

propriétaires ne nuise trop gravement à l'autre... »

²³² Cass. civ. 3, 19 juin 2002, D., 2003, Jurisprudence, p. 587, note B. de Bertier-Lestrade

²³³ Fr. TERRE, Esquisse d'une sociologie du droit de propriété, in *Etudes à la mémoire du professeur Emile Giraud*, Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Lille, 1966, p. 417.

relativité sans pour autant nier l'importance du rapport d'exclusivité. C'est pourquoi, il est possible de défendre la liberté contractuelle en matière de démembrement.

Chapitre 2 : Les limites du démembrement

167. Dès l'origine, les rédacteurs du Code civil ont posé des garde-fous à la liberté contractuelle et, contrairement à ce qui est trop souvent admis, l'autonomie de la volonté n'a jamais été pleinement consacrée. Avec le développement de l'ordre public²³⁴, la question de la liberté a évolué. Du contrat libre au contrat imposé en passant par le contrat-cadre, la liberté contractuelle a perdu en intensité. Entre le tout-permis et le dirigisme étatique ou privé²³⁵, un juste milieu est à trouver. Aussi, une certaine place est-elle possible et même souhaitable pour la liberté contractuelle, notamment en ce qui concerne le droit de propriété.

168. Parce que la propriété est un droit protégé par le législateur depuis l'élaboration du Code civil et la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la question qui se pose est celle de savoir s'il est possible de lui ôter n'importe lequel de ses attributs et dans quelle proportion. Autrement dit, y a-t-il des limites au droit de disposer de son bien ? Doit-on circonscrire la liberté de démembrement ? Si l'on s'en tient à la rédaction de l'article 544, le propriétaire peut disposer de son bien de la façon la plus absolue. A priori, le démembrement semble largement admis mais est-on libre de déstructurer totalement son droit ? Le droit de disposition absolu peut-il aboutir à la négation de la propriété ? La question est difficile et une partie importante²³⁶ de la doctrine rejette, comme un postulat du droit des biens, la liberté contractuelle en matière de démembrement. Une partie de la doctrine cantonne même l'objet des droits réels aux biens corporels. L'étendue du démembrement de la propriété soulève, en effet, deux questions délicates : la première est celle de savoir s'il existe un *numerus clausus* des droits réels (Section 1), la seconde concerne le domaine, autrement dit, l'objet des droits réels démembrés (Section 2).

²³⁴ Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Collection Précis, 7^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1999, n° 34, p. 37 s.

²³⁵ A. SUPIOT, *Il faut se défaire des illusions du « tout contractuel »*, *Le Monde*, 7 mars 2000, p. 17.

²³⁶ H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t.II, vol. 2, n° 2187 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, t. III, Collection Thémis, 18^{ème} édition, Paris : P.U.F., 1998, n° 44 ; B. FOEX, *Le numerus clausus des droits réels en matière mobilière*, Lausanne, Payot, 1987 ; C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, thèse Strasbourg, Paris, Economica, 1981.

Section 1 : Le numerus clausus des droits réels

169. Le Code civil prévoit et régleme un certain nombre de droits réels après l'énoncé de l'article 543 du Code civil. Toute la question est de savoir si l'on peut en envisager d'autres. Depuis Demolombe, cette question est très controversée. Ce dernier était, en effet, partisan de la limitation des droits réels²³⁷. La doctrine n'est plus aujourd'hui aussi formelle sur ce point²³⁸. Bien entendu, défendre l'idée d'une libre création de droits réels innommés (§1), ce n'est pas prôner une liberté contractuelle totale car la liberté implique certaines limites nécessaires (§2).

§ 1 : La libre création de droits réels innommés

170. Les auteurs soutenant l'idée d'un numerus clausus en matière de droits réels²³⁹ se fondent sur le caractère limitatif de l'article 543 du Code civil. C'est à peu près le seul texte invoqué pour défendre la thèse du numerus clausus, mais de nombreux autres éléments sont avancés au soutien de cette idée (A). Aucun des arguments énoncés n'apparaissant déterminant, nous défendrons le principe de la liberté contractuelle, ce qui permettra de répondre aux besoins de la pratique (B).

²³⁷ Ch. DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon, t. IX, 2^{ème} édition, Paris : Hachette, 1861, n° 519 : « Nous concluons que l'article 543 est limitatif et qu'en conséquence les droits que les parties peuvent établir sur les biens doivent nécessairement toujours pouvoir être ramenés à l'une de ces trois classes... »

²³⁸ Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, Collection Précis, 6^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002, n° 52, p. 58-59 ; A. HERVIEU, De la limitation des droits réels, Contribution à l'étude de la distinction des droits réels et personnels, thèse Caen, 1981 ; P. CROCQ, Propriété et garantie, Bibliothèque de droit privé, t.248, Paris : L.G.D.J., 1995, p. 196 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, Les biens, Droit civil, 2^{ème} édition, Paris : Defrénois, éditions juridiques et associées, n° 355 à 361, p. 89 à 93.

²³⁹ J. CARBONNIER, Droit civil, Les biens, t. III, Collection Thémis, 18^{ème} édition, Paris : P.U.F., 1998, n° 44 ; H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, Leçons de droit civil, Biens, Droit de propriété et ses démembrements, t. II, 8^{ème} édition, Paris : Montchrestien, 1994, n°1287 ; Fr. ZENATI et Th. REVET, Les biens, Collection Droit fondamental, 2^{ème} édition, Paris : P.U.F., 1997, n°196 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JOURDAIN, Droit civil, les biens, Paris : Dalloz, 1995, n°8

A : Le ratio du numerus clausus des droits réels

171. Si la thèse du numerus clausus apparaît comme un véritable leitmotiv pour une grande partie de la doctrine, c'est parce qu'elle trouve son fondement dans deux principes classiques du droit : l'exclusivisme du droit de propriété et la sécurité juridique. La propriété étant un droit absolu (1), il faudrait limiter les exceptions à son exclusivité. À cette préoccupation théorique s'ajoute un souci pratique particulièrement important ; la limitation des droits réels permet de ne pas porter atteinte à la sécurité des tiers (2). Les droits réels étant des droits absolus et opposables à tous, il convient de ne pas les multiplier à l'insu des tiers afin que ces derniers puissent les reconnaître facilement. Il s'agit également de préserver les intérêts des créanciers éventuels.

1 : Une propriété absolue et exclusive

172. Selon M. David²⁴⁰, le caractère limitatif de l'article 543 serait une caractéristique des régimes romanistes (a). Pour la doctrine favorable au numerus clausus, une telle interprétation s'impose dans la mesure où elle témoigne de la volonté des rédacteurs du Code civil de rompre avec l'Ancien Régime (b). Enfin, la nomenclature des droits réels serait une sorte de garde-fou empêchant que certains droits ne vident la propriété de sa substance (c).

a : Une caractéristique des régimes romanistes

173. Le principe du numerus clausus des droits réel serait une caractéristique évidente des régimes romanistes auxquels on oppose les pays de *common law*. Il est, néanmoins, tout à fait douteux que le numerus clausus puisse trouver sa source dans le droit romain pour une raison très simple : le droit réel n'existait pas. En effet, il n'est guère évident que la distinction droit réel / droit personnel ait eu, en droit romain, une réalité autre que procédurale. Dès lors, il semble difficile d'extraire de ce droit un principe général de

²⁴⁰ R. DAVID, Les grands systèmes de droit contemporains, Collection Précis, 7^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1978,

limitation des droits réels. Gény en était parfaitement conscient : « Parmi les notions romaines ou prétendues telles, combien demandent à être révisées que nous acceptons les yeux fermés, parfois même en leur attribuant une forme plus rigide et un caractère plus absolu que ne l'imposent les sources romaines...telles...l'idée si répandue dans notre doctrine que la liste des droits réels doit se trouver catégoriquement arrêtée par la législation écrite, de telle sorte que le principe de la volonté ne saurait lui permettre d'établir des droits de ce genre, en dehors des types autorisés par des textes formels, et malgré les plus pressantes exigences de la vie pratique. » Pourtant, les auteurs²⁴¹ ont interprété le droit romain dans le sens du *numerus clausus* dans la mesure où les servitudes y étaient très peu nombreuses. C'est à partir de cette erreur d'interprétation commune que les régimes romanistes auraient posé le principe du *numerus clausus*. Le rejet en France du projet de loi sur la fiducie témoigne de la rigidité du système²⁴². Si l'on s'en tient à un aperçu succinct des droits suisse, allemand, italien, espagnol..., il semble que la nomenclature des droits réels soit encore gravée dans l'inconscient collectif. Pourtant, le principe mérite d'être nuancé.

174. En droit suisse, la doctrine est encore très largement imprégnée par cette idée²⁴³. La thèse de Mme Foex en fait un parfait exposé. Partant du constat selon lequel certaines relations entre une personne et une chose sont contraires au *numerus clausus*, elle explique quelles raisons ont amené à poser un tel principe. Elle est formelle quant à l'immutabilité la règle : « En tant qu'il limite le nombre de droits réels, le *numerus clausus* n'est pas susceptible de présenter de lacune : un droit non mentionné par la loi ne peut exister en tant que droit réel ; à cet égard, le vieil adage *lex semper loquitur* s'applique²⁴⁴. » Elle constate néanmoins l'évolution du droit de propriété et l'apparition discrète de la notion de propriété économique mais plutôt que d'admettre une fêlure dans le dogme établi, elle dresse un réquisitoire incisif contre les droits contraires au principe de limitation des droits réels : la

n° 313.

²⁴¹ E. CHENON, Les démembrements de la propriété foncière avant et après la Révolution, thèse Paris, Paris : L.Larose et Forcel, Libraires Editeurs, 1881, 2^{ème} édition, Paris : Recueil Sirey, 1923, p. 16 s.

²⁴² A. GOBIN, Fiducies sans la fiducie, J.C.P., éd. not. et immob., 1994, p. 315.

²⁴³ P.-H. STEINAUER, Les droits réels, T.II, Propriété foncière, Propriété mobilière, Généralités sur les droits réels limités, Servitudes foncières, Collection Précis, 2^{ème} édition, Berne : Editions Staempfli, 1994 ; P. PIOTET, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, Traité de droit privé suisse, Tome III, 1978 ; B. FOEX, Le « *numerus clausus* » des droits réels en matière mobilière, Collection juridique romande, Lausanne : Payot, 1987 : « Le *numerus clausus* des droits réels est le principe de notre droit des choses instituant une restriction immédiate du pouvoir juridique de disposer qui limite en nombre et définit les droits réels de manière impérative, si bien que sa violation entraîne la nullité de l'acte juridique en cause. »

²⁴⁴ B. FOEX, thèse précitée, p. 106.

propriété fiduciaire mixte, la propriété conditionnelle, la propriété accessoire d'un autre droit, le droit d'antichrèse et enfin le droit expectatif réel.

175. Il faut pourtant admettre que les exceptions se multiplient. Le droit suisse, particulièrement pragmatique, a su tempérer l'idée d'une propriété inviolable et sacrée²⁴⁵ en lui imposant de nombreuses restrictions. Aussi, le droit de propriété n'est-il protégé qu'à raison de son utilité. De plus, certaines institutions du vieux droit se sont maintenues dans la mesure où la crainte d'un retour à la féodalité était moins forte qu'en France. Le contrat de leasing est aujourd'hui au cœur du débat. La jurisprudence suisse s'écarte de plus en plus du principe de limitation²⁴⁶. En majorité, la jurisprudence cantonale qualifie ce contrat de contrat *sui generis* de cession d'usage, attribuant au preneur la qualité de propriétaire économique. Lorsque le preneur est en faillite, le bien ne se retrouve pas dans la masse à liquider. Un arrêt du tribunal fédéral en date du 30 avril 1992 admet l'action en revendication. Cette décision a été sévèrement critiquée par M Hausheer²⁴⁷. Il considère que le droit de gage sans dépossession de la chose ou la stipulation d'une sûreté sans inscription dans le registre des pactes de réserve de propriété est contraire au principe du *numerus clausus* et nuit gravement à la sécurité juridique.

176. Le même constat peut être fait en droit allemand. Les auteurs estiment que le droit allemand a, lui aussi, opté pour le principe du *numerus clausus*²⁴⁸. La liste des droits réels proposée est un peu plus longue qu'en droit français. Aussi, les auteurs reconnaissent-ils comme droits réels, le droit de propriété bien entendu, l'usufruit (*Nießbrauchrecht*), le droit de superficie (*Erbrecht*), les servitudes (*Grunddienstbarkeiten*) et les sûretés réelles, c'est-à-dire le gage, l'hypothèque et la dette foncière (*Grundschild*). Toutefois, les auteurs admettent que la liste n'est pas complète et qu'il convient d'ajouter la copropriété (*Wohnungseigentum*) issue de la loi du 15 mars 1951. Cette exception n'en est pas vraiment une puisqu'elle est expressément prévue par un texte de loi. Plus intéressantes sont les sûretés mobilières admises par la jurisprudence, comme la réserve de propriété (*Sicherungsübereignung*). C'est d'ailleurs à propos de la propriété acquise avec une clause de réserve de propriété que le droit allemand

²⁴⁵ D. PIOTET, Le droit de propriété en Suisse, A.D.E.F., p. 306.

²⁴⁶ http://www.polyreg.ch/bgekeitentscheide/Band_119_1993/BGE_199_II_236.html , 24/04/2003.

²⁴⁷ R.J.B. 1992, p. 480 s.

²⁴⁸ M. FROMONT, Droit allemand des affaires : droit des biens et des obligations, droit commercial et du travail, Paris : Montchrestien, 2001, n° 278, p. 142 : « Comme tous les droits romanistes, le droit allemand a adopté le principe d'une liste limitative des droits réels. »

a consacré l'idée d'une propriété économique. Néanmoins, hormis cette exception, le droit allemand semble rigoureusement attaché au principe du *numerus clausus* sans doute parce que la notion de publicité des droits réels joue, en Allemagne, un rôle tout à fait particulier. À travers l'institution du livre foncier, la publication est, en effet, constitutive²⁴⁹ c'est-à-dire nécessaire au transfert du droit de propriété.

177. Enfin, des brèches apparaissent également dans le plus romaniste des régimes juridiques : le droit italien²⁵⁰. Même si la jurisprudence et la doctrine appliquent encore le principe de typicité des droits réels, quelques décisions de justice anciennes²⁵¹ et une partie de la doctrine²⁵² ont remis en cause la nomenclature des droits réels. L'évolution du secteur immobilier²⁵³ a vu apparaître, de façon quelque peu désordonnée, de nouveaux types de collectivités résidentielles. Ainsi, d'une manière générale, le principe du *numerus clausus* semble aujourd'hui trop rigide. Il résulte sans doute de l'opposabilité encore généralement admise des droits réels.

178. À l'opposé de ce système romaniste, les pays de *common law* ont maintenu une conception de la propriété plus soucieuse des réalités économiques. Elle s'est ainsi développée indépendamment du droit romain²⁵⁴. Bien que le propos doive être nuancé²⁵⁵, le système anglais s'écarterait nettement de notre conception classique de la propriété individuelle. La liste des droits réels n'y est pas fermée. Pour le *common lawyer*, la propriété est librement divisible. Nous retrouvons une telle liberté dans notre ancien droit. C'est d'ailleurs justement pour éviter un retour du système féodal que le juriste français éprouve toujours quelques réticences à admettre le libre démembrement de la propriété.

²⁴⁹ En France, la publicité est simplement déclarative. Sur la question, Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés, la publicité foncière*, Droit civil, 1^{ère} édition, Paris : Defrénois, 2003, n° 634, p. 247.

²⁵⁰ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Les biens, T. III, note 1, p. 54.

²⁵¹ Cass, 6 février 1946, *Rivista di diritto commerciale*, 1946, II, p. 197.

²⁵² NATUCCI, *La tipicità, dei diritti reali*, Padova, 1988.

²⁵³ A. DONATI, S. GACHET et S. LEPICARD, *L'opposabilité aux tiers des droits réels nés du contrat*, Mémoire de DEA, Paris I, 1990, p. 91.

²⁵⁴ B. NICHOLAS, *Le langage des biens dans la Common Law*, A.P.D., 1979, t. 24, p. 55.

²⁵⁵ J.-L. GUIGOU, *Requiem pour le régime foncier britannique*, A.D.E.F., p. 324.

179. L'une des raisons qui pousse les auteurs à prôner le *numerus clausus* repose sur la crainte d'un retour du système féodal et du désordre juridique qui accompagnait le foisonnement hirsute des droits réels. Pour le professeur Carbonnier²⁵⁶, la libre création des droits réels est littéralement « contre-révolutionnaire » et Chenon²⁵⁷ d'ajouter que « [l'article 543] a été écrit et médité pour être la pierre angulaire du nouveau régime édifié par le Code civil ». Très souvent citée par les auteurs, l'analyse que fait Treilhard de l'article 543 du Code civil est particulièrement éclairante : « Le dernier article de la loi nous ramène à ce que nous vous annonçons en commençant : on ne peut avoir sur les biens que trois sortes de droits, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers : ainsi notre code abolit jusqu'au moindre vestige de ce domaine de supériorité jadis connu sous les noms de seigneurie féodale et censuelle²⁵⁸. »

180. Sous l'ancien droit, existait une pléthore de droits réels plus compliqués les uns que les autres. Il est d'ailleurs très difficile d'en dresser l'étendue exacte. Nombreuses étaient les servitudes qui étaient rangées sous deux catégories : les servitudes *praediorum* et les servitudes *personarum* mais les éléments réels et personnels étaient très souvent mélangés. Avec le développement des baux à long terme, les démembrements de la propriété se sont multipliés : bail à rente²⁵⁹, à cens, à domaine congéable²⁶⁰, à complant²⁶¹, à champart²⁶², à

²⁵⁶ J. CARBONNIER, ouvrage cité, n°44.

²⁵⁷ E. CHENON, thèse précitée, p. 168.

²⁵⁸ TREILHARD, in *LOCRE, La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. VI, Paris, 1827, p. 47 s.

²⁵⁹ Le bail à rente est le contrat par lequel le détenteur d'un bien immobilier en transfère le domaine utile à un preneur moyennant le versement d'une rente annuelle, fixée une fois pour toute.

²⁶⁰ Très usité en Bretagne, le bail à domaine congéable est un mode de tenure consistant à attribuer une concession de terre à un tenancier contre des rentes en argent ou en nature, la concession étant toujours révocable à la volonté du propriétaire sous la condition que le tenancier soit indemnisé de ce qu'il a bâti. En réalité, toutefois, la concession dite « baillée », établie généralement pour neuf ans, était contractée sans réelle contrainte de congédiement et pouvait, à terme, être renouvelée moyennant un droit de commission.

²⁶¹ Très usité en Bretagne nantaise, en Anjou, en Aunis, en Angoumas ainsi que dans le Maine, le Poitou ... , le bail à complant est un mode de tenure par lequel le preneur ou complanteur reçoit une terre à cultiver en vignes et possède la propriété utile des pieds. En contrepartie, il verse au foncier un loyer correspondant au 1/3 ou au 1/4 de la récolte. Le foncier, quant à lui, est propriétaire des fonds, paye les lods et ventes, le rachat et entretient le chemin. À moins d'une catastrophe ou de la négligence du vigneron, le contrat est quasiment perpétuel.

²⁶² Le bail à champart désigne le contrat dans lequel une part des récoltes revient au seigneur. Le champart est, en effet, une redevance due au seigneur en nature et proportionnelle à la récolte. C'est le plus lourd des droits seigneuriaux. Il s'applique aux terres nouvellement défrichées et porte souvent sur les « bled », c'est-à-dire les céréales et les légumineuses. Selon les régions, ce contrat porte le nom de tenage, agrier, gerbage, tâche ou encore tasque.

locatairie perpétuelle²⁶³, héréditaire. Ainsi, les immeubles étaient-ils baillés en fief ou à cens et la propriété n'était pas libre. Le domaine était alors divisé en domaines éminent et utile. Le seigneur qui avait le domaine direct dépendait d'un autre seigneur et ainsi de suite. Dans ce système pyramidal, la propriété était totalement divisée. Seuls quelques immeubles échappaient à cette dépendance : les alleux mais même cette propriété libre faisait l'objet d'une décomposition à travers le contrat de bail et notamment l'emphytéose. À cette diversité sociale, s'ajoutait une diversité géographique puisque chaque province avait ses tenures privilégiées²⁶⁴ : le bourgage²⁶⁵ en Normandie, les tenures allemandes en Alsace (le bail héréditaire, la *landsiedelei*, le bail colonger²⁶⁶) l'albergement dans le Sud²⁶⁷, la locatairie perpétuelle en Provence et dans le Languedoc, le casement dans les pays pyrénéens, la métairie perpétuelle dans le Limousin, enfin le bail à convenant et la tenure en quevaise en Bretagne²⁶⁸.

181. Les démembrements de propriété et les droits réels ont marqué l'ancien droit et l'on comprend la volonté de rupture des rédacteurs du Code civil. Ont-ils, pour autant, voulu restreindre les droits réels aux droits énumérés à l'article 543 ? Il semble, et tout le monde s'accorde à le penser, que le souci premier des rédacteurs du code était de restaurer l'ordre. Il fallait réorganiser le mode normal de jouissance des biens : la propriété individuelle dans sa plénitude et son absoluté. La volonté des rédacteurs de structurer et organiser les démembrements de propriété est, en effet, très claire. Toutefois, rien ne permet vraiment d'opter pour une limitation quantitative de ces droits car seule la durée de certains droits de jouissance a été clairement réduite.

²⁶³ Le bail à locatairie perpétuelle désigne le bail dans lequel les droits du locataire sont perpétuels.

²⁶⁴ E. CHENON, thèse précitée, p. 70 s.

²⁶⁵ Le bourgage est un mode de tenure surtout en vigueur en Normandie pour les maisons, les villes et les bourgs. La particularité de cette tenure, c'est que le cens recognitif de la suzeraineté est quasiment insignifiant. On appelle encore ce contrat le franc-bourgage.

²⁶⁶ La colonge est un mode de tenure alsacien dans lequel le propriétaire baille à perpétuité des immeubles répartis entre plusieurs personnes contre une rente et l'obligation de faire juger les différends relatifs aux fonds concédés par lui-même assisté de tous les preneurs.

²⁶⁷ Contrairement à la censive, l'albergement fait obligation à son titulaire « d'y faire demeure ». Quant au seigneur, il a sur la terre un droit d'hébergement (l'albergue) qui, par la suite, s'est transformé en une rente.

²⁶⁸ Mode de tenure usité dans quelques seigneuries ecclésiastiques de Bretagne (particulièrement dans la région des monts d'Arrée), la tenure en quevaise correspond à un partage de la propriété entre le foncier et le tenancier, ce dernier ne pouvant pas être congédié à moins d'abandonner la terre pendant plus d'un an. Le tenancier devait, en contrepartie le champart à la septième gerbe et parfois même à la quatrième et ne pouvait céder sa terre sans verser d'importants droits à son seigneur. Par contre, il était exempté de dîme. La terre était, à son décès, transmise au plus jeune de ses enfants (juveigneur). S'il mourrait sans héritier, la terre revenait au seigneur.

182. Que les rédacteurs du Code civil aient ou non opté en faveur de la limitation des droits réels, la crainte d'un retour au système féodal ne semble plus guère crédible. Cet argument politique n'a plus vraiment de raison d'être. Comme l'indique M. Aberkane, « en l'état des conditions économiques actuelles, une pareille crainte paraît bien chimérique²⁶⁹. » De la même manière, Rigaud estimait qu'il était possible d'admettre l'obligation *propter rem* sans ressusciter le régime féodal²⁷⁰ et M. Vialleton²⁷¹ d'ajouter à propos des servitudes que « la hantise des revenants pré-révolutionnaires n'habite plus l'esprit des interprètes et des juges. Dans le jeu bien inoffensif des servitudes, on a cessé de rechercher hargneusement les atteintes à la liberté ou à l'égalité entre les hommes ». La crainte du retour de la féodalité n'a plus la même force qu'autrefois²⁷². On peut même aller plus loin et ajouter que les droits réels permettent, peut-être mieux que les droits personnels, une émancipation de l'individu²⁷³ par la stabilité qu'ils procurent, mais à la liberté contractuelle s'oppose l'ordre public du droit de propriété, c'est pourquoi les partisans du *numerus clausus* ont affirmé que la liberté contractuelle pouvait amener le propriétaire à vider son droit de toute substance.

c : Le rejet d'une propriété exsangue

183. Notion issue de l'individualisme moderne, la propriété est, en tant qu'attribut de la personne, le corollaire de la liberté individuelle même si l'on n'ignore pas que cette toute-puissante liberté connaît aujourd'hui d'importantes limites puisqu'elle se trouve en conflit avec le principe d'égalité²⁷⁴. Sous cette réserve, les pouvoirs reconnus au propriétaire, par la doctrine classique, doivent s'exprimer en toute indépendance. Si la propriété n'est plus la « faculté de » faire quoi que ce soit, ce n'est plus la propriété. Ainsi, en posant un principe de *numerus clausus* des droits réels, les auteurs refusent l'idée d'une propriété vidée de sa substance. Tel est le cas de Mme Foex qui, dans sa thèse, considère que laisser « aux parties la

²⁶⁹ H. ABERKANE, thèse précitée, p. 125.

²⁷⁰ L. RIGAUD, *Le droit réel, Histoire et Théories, son origine institutionnelle*, thèse Toulouse, Toulouse : A Naye, Imprimeur-Editeur, 1912, p. 456.

²⁷¹ VIALLETON, note sous Cass. civ. 3, 30 juin 1936, S. 1937, I, p. 161.

²⁷² Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Commentaire de l'arrêt Caquelard*, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1994, p. 267 : « la crainte d'une renaissance de la féodalité, qui expliquait le luxe de précautions entourant la réglementation des servitudes dont on redoutait qu'elles ne permettent la réintroduction de corvées et de services liés à la propriété, a disparu. »

²⁷³ Ch. JUBAULT, *Bail rural et usufruit*, thèse Paris II, 1994, p. 390.

²⁷⁴ M. VILLEY, *Notes sur le concept de propriété*, in *Critique de la pensée juridique moderne, douze autres essais*, Paris : Dalloz, 1976, p. 187 s.

liberté de dessiner les contours des droits réels grevant la propriété, c'est leur laisser la faculté de la rendre exsangue²⁷⁵. » Il y aurait donc, en quelque sorte, un conflit de libertés : la liberté de la propriété et la liberté contractuelle mais encore faut-il se demander en quoi consiste la liberté du propriétaire.

184. L'article 544 du Code civil définit la propriété par les pouvoirs conférés au propriétaire : le droit de jouir et de disposer. Or, avoir le droit de disposer des choses de la manière « la plus absolue », c'est a priori avoir le droit de démembrement de la manière « la plus absolue ». Le démembrement est, en effet, un acte de disposition qui correspond parfaitement à l'hypothèse visée par l'article 544²⁷⁶. En postulant la plénitude des pouvoirs du propriétaire, on suppose également son pouvoir de démembrement librement. Tel est le paradoxe de l'article 544 du Code civil que Toullier a parfaitement mis en évidence. Selon l'auteur, « il faut d'abord poser en principe que chacun pouvant disposer de sa propriété de la manière la plus absolue, il peut en détacher les droits que bon lui semble, étendre ou limiter ces droits comme il le veut, en un mot, démembrement sa propriété de toutes les manières qu'il juge à propos, pourvu qu'il n'y ait rien de contraire à l'ordre public. Ainsi, dans cette matière, on suit le principe général : tout ce qui n'est pas défendu est permis²⁷⁷. » Reste alors à déterminer les limites de l'ordre public en tenant compte de l'évolution du droit.

185. Depuis 1804, le rôle de la propriété a profondément évolué même si les textes sont restés les mêmes. Les limites apportées au droit de propriété n'ont pas cessé de se multiplier. Pour ne citer que cet exemple, le droit de propriété peut aujourd'hui servir de simple garantie au paiement d'une créance. En d'autres termes, le droit de propriété se met au service d'un simple droit personnel. De plus, il semble paradoxal de brandir la menace d'une propriété exsangue tout en admettant le quasi-usufruit. La libre constitution du quasi-usufruit vide, en effet, la propriété de son émolument. Autrement dit, la propriété vidée de sa substance économique existe déjà. L'argument n'est donc pas très convaincant. À côté de ces arguments théoriques, certains auteurs suggèrent plutôt un argument d'ordre pratique. Cet argument fondé sur le souci de protection des tiers semble plus pertinent.

²⁷⁵ B. FOEX, *Le « numerus clausus » des droits réels en matière immobilière*, Collection juridique romande, Lausanne : Payot, 1987, p. 31.

²⁷⁶ Le démembrement entre parfaitement dans la définition de l'acte de disposition. Il s'agit d'un « acte comportant une transmission de droits pouvant avoir pour effet de diminuer la valeur du patrimoine », *Lexique, Termes juridiques*, 10^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1995.

²⁷⁷ TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 3, Paris, 1821, n° 96, p. 62.

2 : La protection des tiers

186. Les auteurs favorables au *numerus clausus* des droits réels se fondent sur l'article 6 du Code civil prévoyant qu'« on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Parce qu'ils constituent, en principe, des actes graves, les droits réels ont un impact indéniable sur la collectivité, c'est pourquoi, aux termes de l'article 6 du Code civil, on ne pourrait pas déroger à l'énumération édictée par l'article 543 du Code civil. Or, seuls les droits réels prévus par la loi sont susceptibles d'être publiés et donc d'être connus des tiers. Les auteurs plutôt favorables à la libre création des droits réels s'accordent à penser que l'argument reposant sur la publicité des droits est le plus difficile à contester²⁷⁸. Les droits réels démembrés étant des actes importants, il est nécessaire qu'ils soient publiés pour être connus des tiers²⁷⁹. La publicité est si importante que l'article 30 du décret du 4 janvier 1955 prévoit que « les actes et décisions judiciaires soumis à publicité par application du 1 de l'article 28 sont, s'ils n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés (...) ». L'acte publié s'impose alors au tiers pour trancher un conflit d'intérêt sur un bien. De la sorte, la publicité garantit la sécurité des transactions. L'acte publié a, en effet, date certaine puisqu'il doit être passé en la forme authentique. Dès lors, il suffit de comparer les dates de publication pour trancher le litige. Une fois publié, les tiers définis par le décret de 1955 ne peuvent plus prétendre ne pas connaître le droit réel en question. Ils sont alors tenus de le respecter et doivent s'abstenir de tout fait quelconque pouvant nuire au titulaire du droit. Or, la loi énumère limitativement la liste des actes susceptibles d'être publiés. L'article 28 prévoit une publicité obligatoire pour toute une série de droits et notamment pour la « mutation ou constitution de droits réels immobiliers autres que les privilèges et hypothèques, qui sont conservés suivant les modalités prévues au Code civil. »

²⁷⁸ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil, Les biens*, préc., n° 360, p. 92 : « C'est là que réside la difficulté car lorsqu'il s'agit de droits immobiliers, la loi énumère, avec une plus grande minutie que le Code civil, la liste des actes susceptibles d'être publiés et cette liste est limitative. »

²⁷⁹ Comme l'indique Josserand, « Si l'on comprend que les parties puissent, à leur gré, créer des droits de créance dont l'effet est relatif et qui n'obligent qu'elles seules, on s'expliquerait moins volontiers qu'elles fussent autorisées à instituer à leur guise des droits qui, étant opposables à tous, constitueraient une gêne pour la collectivité. »

187. On considère classiquement que l'article 28 du décret ne prévoit de publicité obligatoire que pour les droits réels immobiliers prévus au Code civil. Dès lors, il ne serait pas possible de publier un droit réel immobilier non visé par le texte. Quant aux droits réels mobiliers, ils ne sont opposables aux tiers que si leur titulaire peut se prévaloir de la possession. En admettant qu'on puisse créer librement un droit réel, encore faudrait-il donc que les tiers se rendent compte que le droit est de nature réelle. C'est donc surtout parce qu'elle permet une meilleure prévisibilité juridique que la limitation des droits réels est défendue. Pour favoriser une meilleure connaissance des droits réels, il conviendrait donc d'en limiter le nombre pour les rendre plus prévisibles. La multiplication des droits réels serait un facteur d'insécurité juridique. Aussi, le *numerus clausus* des droits réels favoriserait-il la clarté. D'une manière générale, la limitation des droits réels permettrait une meilleure visibilité et aussi une meilleure connaissance des droits réels. Ainsi, l'intérêt des tiers imposerait que seule la loi puisse prévoir les divers droits sur les choses. Ce souci de protection des tiers est louable mais les arguments avancés au soutien du *numerus clausus* nous semblent pouvoir être rejetés.

B : Rejet des arguments en faveur du *numerus clausus*

188. À la lecture des textes et au regard des institutions existantes, il apparaît que le Code civil ne contient aucun article posant l'affirmation formelle et indiscutable de la limitation des droits réels (1). Le propriétaire peut donc jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue tant qu'il ne fait pas un usage prohibé par la loi et les règlements. Il dispose d'une grande liberté pour démembrer son droit comme il le souhaite (2).

1 : L'absence d'argument théorique déterminant

189. Les arguments théoriques en faveur du *numerus clausus* ne sont pas irréfutables. Si l'on analyse précisément l'article 543 du Code civil (a), rien ne permet de déduire que le texte vise liste limitative de droits réels. Il apparaît d'ailleurs qu'un certain nombre de droits réels ne sont mentionnés dans aucun texte de loi (b). Quant à la protection des tiers, elle peut être assurée de diverses manières (c).

190. Littéralement, l'article 543 du Code civil ne formule aucune interdiction. Il aurait pourtant été facile de limiter les droits réels en utilisant la formule « on ne peut que ... ». Bien au contraire, cet article est purement affirmatif. Comme le précise M. Cantin-Cumyn à propos d'un texte de loi québécois en tout point identique à notre article 543, « l'article 405 n'a pas, en lui-même, un caractère limitatif, du moins à l'égard des démembrements du droit de propriété dont il ne fait pas directement ou indirectement la nomenclature. » Rien n'indique, effectivement, que la nomenclature proposée à l'article 543 soit limitative. Par ailleurs, l'utilisation du verbe « pouvoir » renforce l'idée d'une liste non exhaustive. L'article semble simplement énoncer les différents titres du Code civil. Il se situe, en effet, à la fin du titre 1 intitulé « de la distinction des biens » et annonce les différents titres qui suivent.

191. De plus, on peut s'étonner que l'article 543 soit interprété comme instaurant une liste restreinte de droits réels puisqu'il omet de mentionner le seul droit expressément qualifié de réel par le Code civil : l'hypothèque. On ne retrouve, en effet, l'hypothèque qu'à l'article 2114 du Code civil sous le titre XVIII traitant des privilèges et hypothèques et sous un livre troisième, dont la diversité n'est plus à démontrer, relatif aux différentes manières dont on acquiert la propriété. Reconnaissons toutefois que cet argument n'est pas décisif car un tel éloignement du livre II s'explique sans doute par l'originalité de l'hypothèque qui constitue un droit réel accessoire, l'article 543 ne concernant que les droits réels principaux²⁸⁰.

192. Ensuite, l'énumération des droits réels contenue dans l'article 543 n'est pas, en tant que telle, incompatible avec le principe de liberté contractuelle. Le Code civil n'énumère-t-il pas, de la même façon, une série de contrats nommés tout en octroyant aux parties la liberté de conclure des contrats *sui generis* ? Il y est décrit, en effet, les contrats les plus courants, tels la vente, le bail (etc....) mais cela ne préjuge pas, pour autant, du caractère limitatif des droits personnels. Dès lors, il n'est pas impossible d'imaginer une même liberté

²⁸⁰ R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, Cours de droit civil français, Les biens, t. IV, 2^{ème} édition, Paris : Rousseau et Cie Editeurs, 1938, p. 61 : « Tous ces droits réels (sûretés réelles) présentent des particularités provenant du fait qu'ils sont accessoires à une créance qu'ils ont pour but de garantir. Cela explique le silence de l'article 543 à leur égard ; ce texte ne traite que des modifications de la propriété, des droits réels principaux. »

de création en matière de droits réels même si le raisonnement par analogie présente des limites indéniables.

193. Si l'article 543 ne pose pas un principe exprès, on ne peut pas davantage déduire le *numerus clausus* des lois du 25 juin 1902 et du 16 décembre 1964. Ces deux lois précisent que le bail emphytéotique et le bail à construction sont des droits réels. Si on les interprète *a contrario*, on en déduit que lorsque la loi garde le silence sur la nature d'un droit alors celui-ci ne peut être réel. On peut, en revanche, estimer que ces lois traduisent l'incomplétude de l'article 543, à moins que le bail superficiaire et le bail à construction ne soient des formes particulières du droit de jouissance. En ce qui concerne la superficie, l'idée a été émise qu'il puisse s'agir d'une forme particulière de propriété.

194. Enfin, même si l'article 543 était exhaustif, les termes employés sont suffisamment larges pour admettre de très nombreux nouveaux droits réels. Les termes du texte sont beaucoup trop généraux pour se résumer à la propriété, à l'usufruit et aux servitudes. Le droit de propriété est, en effet, le seul droit expressément nommé et les notions de droit de jouissance et de services fonciers sont très larges. L'expression « droits de jouissance » permet de fédérer une multitude de droits nouveaux et originaux. La liberté contractuelle est même la règle pour les servitudes. Sans doute aurait-il été beaucoup trop laborieux de décrire tous les rapports juridiques entre les personnes et les choses. Dès lors, rien ne s'oppose à ce que les parties imaginent les droits réels qui leur conviennent. On ne peut, en tout cas, pas déduire de l'article 543 un principe général de limitation des droits réels. Littéralement et sorti de son contexte historique, il ne pose aucune limite claire à la création de droits réels démembrés. Pour l'interpréter, nous sommes contraints de nous référer à la volonté des rédacteurs.

195. Si l'on analyse la volonté des rédacteurs du Code, on s'aperçoit que ceux-ci souhaitaient sans doute limiter les droits réels aux modèles posés²⁸¹. La volonté de rupture avec la féodalité passait vraisemblablement par une détermination plus claire des différents droits réels. On ne peut donc que s'étonner de l'absence de texte clair consacrant le principe de limitation des droits réels. Toutefois, quelle qu'ait été la volonté des rédacteurs du Code civil, les idées ont évolué depuis 1804. La féodalité n'est plus aujourd'hui une menace

sérieuse. Aussi, convient-il d'interpréter la loi au regard de l'évolution générale²⁸² du droit des biens. Dépassant le champ de l'article 543, la doctrine et la jurisprudence ont consacré un certain nombre de droits réels non mentionnés par le Code civil ni même par aucune loi.

b : L'existence de droits réels non mentionnés

196. À l'image du contre-exemple qui condamne l'équation mathématique, il suffit de trouver un seul exemple de droit réel en dehors du *numerus clausus* pour que le principe d'une limitation du nombre des droits réels s'effondre. Il est tentant de faire référence à l'hypothèque. Seul droit qualifié expressément de droit réel par le Code qui ne figure même pas dans la liste de l'article 543. Pourtant, cet argument n'est pas, nous l'avons déjà constaté, réellement pertinent dans la mesure où cette sûreté constitue un droit réel accessoire. Sa particularité ne permet pas de la ranger dans la liste des droits figurant à l'article 543. D'autres exemples semblent, en revanche, plus probants. Notre droit consacre d'une part, des formes de droits de jouissance non expressément mentionnées dans le Code civil (α) et, d'autre part, des restrictions importantes au droit de propriété (β).

α : Les droits de jouissance non mentionnés

197. Très souvent cité en guise de contre-exemple à la théorie du *numerus clausus*, le droit de superficie n'apparaît nulle part dans le Code civil. La doctrine explique le silence de l'article 543 par le fait que ce droit serait une forme particulière de propriété. La nature du droit fait l'objet de vives discussions. La question qui se pose est celle de savoir si le droit de superficie est un droit réel *sui generis*, s'il faut interpréter largement la notion de droit de jouissance contenue dans l'article 543 ou encore s'il s'agit d'une forme particulière de propriété. En l'état de nos développements, nous ne trancherons pas cette question délicate. Notons toutefois qu'en tant que droit de propriété, la superficie présente d'indéniables particularités puisqu'elle peut revêtir un caractère relatif et temporaire.

²⁸¹ A. HERVIEU, thèse précitée, p. 108.

²⁸² P. JOURDAIN, *Les biens*, Paris : Dalloz, 1995, p. 4 s.

198. Le second contre-exemple que nous citerons réside dans l'apport en jouissance. Celui-ci semble, effectivement, pouvoir être analysé comme un véritable démembrement de la propriété puisque le bénéficiaire de l'apport dispose d'un droit direct et immédiat sur la chose d'autrui. L'article 1843-4 alinéa 3 précise, en effet, que « les apports en nature sont réalisés par le transfert des droits correspondants et par la mise à la disposition effective des biens ». Une partie de la doctrine défend cette idée²⁸³ ou tout au moins admet-elle que l'apport en jouissance apparaît comme un « droit personnel teinté de réalité²⁸⁴ ». La liste des droits réels tirée du Code civil et de l'article 543 semble donc pouvoir être allongée de ces quelques exemples.

β : Les restrictions non mentionnées

199. La clause d'inaliénabilité constitue, selon nous, un droit réel et un véritable démembrement de propriété. Pourtant, cette analyse n'est pas retenue par la doctrine majoritaire. Contrairement aux exemples étudiés précédemment, il est vrai que la clause d'inaliénabilité n'entre aucunement dans l'énumération de l'article 543 du Code civil : ce n'est ni une forme de jouissance ni un service foncier, c'est pourquoi les auteurs préfèrent y voir une simple obligation ou même une charge réelle. D'autres encore considèrent que seul le bien est affecté par la clause en devenant une chose hors du commerce. Ces trois analyses doivent, toutefois, être écartées.

200. L'étude de l'inaliénabilité comme une obligation « de ne pas faire » ne peut être soutenue dans la mesure où la sanction de l'inaliénabilité est la nullité de l'acte passé. Or, nous savons que la sanction normale des obligations de « ne pas faire » réside dans des dommages et intérêts. Pour expliquer ce paradoxe, on a tenté de rattacher cette sanction à celle visée à l'article 1143 du Code civil²⁸⁵ qui prévoit la destruction de ce qui a été fait en violation de l'obligation de ne pas faire. Cette analyse n'est pas convaincante. L'article 1143 consacre, en effet, une destruction matérielle tandis que la jurisprudence²⁸⁶ prévoit une

²⁸³ N. PERTERKA, *Réflexions sur la nature juridique de l'apport en jouissance*, Rép. Defrénois 2000, p. 1137.

²⁸⁴ C. REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, Bibliothèque de droit privé, t. 242, Paris : L.G.D.J., 1994.

²⁸⁵ M.G.A.L. SAIGNAT, *De la clause portant défense d'aliéner*, thèse Bordeaux, 1896, p. 128.

²⁸⁶ Cass. civ., 20 avril 1858, DP 1858, I, p. 154 ; S. 1858, I, 589 ; Req. 16 janvier 1923, I, 177 ; Rouen, 5 avril 1905, S. 1907, II, 225, note Tissier.

véritable nullité juridique de l'acte. De plus, l'effet paralysant de la clause d'inaliénabilité porte véritablement sur le droit de propriété dans la mesure où le bien ne peut plus faire l'objet d'une saisie tant que la clause est en vigueur²⁸⁷. Par conséquent, la thèse faisant de la clause de réserve de propriété un simple droit personnel ne nous convainc pas.

201. L'analyse de l'inaliénabilité comme une charge réelle²⁸⁸ semble, en revanche, plus convaincante mais encore faut-il préciser cette notion. Il est parfois très difficile de distinguer les charges réelles des droits réels, d'autant plus que le Code civil qualifie les servitudes de « charges ». Ce qui distingue, selon nous, les droits réels des charges réelles, c'est le poids de la décomposition de la propriété. Les charges réelles sont de simples limitations du droit de propriété mais aucune prérogative n'est retirée au propriétaire. En revanche, le droit réel aboutit à priver le propriétaire de l'un des attributs du droit de propriété. Même si l'idée que la clause d'inaliénabilité constitue une charge réelle est séduisante, la clause semble plutôt entrer dans la seconde catégorie.

202. Enfin, la thèse selon laquelle seul le bien est touché par l'inaliénabilité n'emporte pas davantage la conviction. L'idée est la suivante : puisque ni le gratifié ni le disposant ne peuvent aliéner le bien, la clause ne donne naissance à aucun droit mais elle affecte le bien. Cette thèse ne peut être retenue dans la mesure où elle se heurte à l'article 1598 du Code civil. Seule une loi particulière peut déclarer un bien inaliénable. En lui-même, le bien peut toujours être vendu. C'est donc la propriété qui se trouve amputée d'une prérogative. Le propriétaire ne peut plus vendre mais le bien est toujours, par nature, dans le commerce. Il peut même être aliéné à condition que le disposant donne son accord. De plus, si l'inaliénabilité n'affectait que le bien, on comprendrait mal pourquoi la jurisprudence pose des conditions à la validité des clauses d'inaliénabilité. La limite de temps est, en effet, une caractéristique bien connue des droits accordés aux tiers sur la propriété d'autrui. Aussi, préférons-nous voir dans la clause d'inaliénabilité un véritable démembrement de la propriété. En faveur de cette thèse, la jurisprudence assimile l'inaliénabilité et l'insaisissabilité²⁸⁹. Une

²⁸⁷ Cass. civ. 1, 15 juin 1994, D. 1995, p. 342, note A. Leborgne ; Defrénois, 1995, p. 51, note R. Savatier.

²⁸⁸ R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, Cours de droit civil français, Les biens, t. IV, 2nde édition, Paris : Rousseau et Cie Editeur, 1938, p. 288 s.

²⁸⁹ Req. 27 juillet 1863, DP 1864, I, p. 494 ; 16 janvier 1923, DP 1923, I, p. 177 ; Cass. civ. 1, 20 décembre 1976, Bull. civ. I, n° 414 ; D. 1977, inf. rap., p. 149 ; R.T.D. civ. 1977, p. 359, note R. Savatier ; Cass. civ. 1, 25 juin 1980, Bull. civ. I, n° 200 ; D. 1981, inf. rap., p. 90, note D Martin ; Rép. Defrénois 1981, art. 32608, p. 468, note G. Champenois ; R.T.D. civ. 1981, p. 671, note J. Patarin ; Cass. civ. 1, 9 octobre 1985, Bull. civ. I, n° 252 ; R.T.D. civ. 1986, p. 622, note J Patarin ; Rép. Defrénois 1987, art. 33918, p. 499, note L Aynès ; Cass. civ. 2, 30

telle jurisprudence consacre, selon nous, le caractère réel de la clause d'inaliénabilité puisque la clause est opposable aux créanciers. En empêchant les créanciers de saisir le bien, la Cour de cassation les empêche de procéder, par la même occasion, à la vente de la chose pour se faire payer. Ainsi, si les limites au droit de disposer suivent le bien en quelque main qu'il se trouve, c'est bien qu'il s'agit d'un véritable démembrement du droit de propriété et non pas d'une simple obligation personnelle incombant au propriétaire.

203. Le propriétaire se trouve privé du droit de céder son bien. C'est une prérogative essentielle qui est détachée du droit de propriété. Cet attribut est conféré à un tiers qui, bien qu'il ne puisse pas vendre lui-même, dispose du droit d'autoriser ou de paralyser la vente. Tous les éléments semblent réunis pour qualifier ce droit de droit réel démembré. Au soutien de cette thèse, remarquons que la doctrine n'hésite pas à qualifier les « servitudes de ne pas faire » de droits réels démembrés²⁹⁰. Pourquoi refuserait-elle alors cette même qualification à un droit qui prive véritablement le propriétaire d'un attribut substantiel ? La logique semble donc imposer la qualification de droit réel. Ainsi, l'article 543 du Code civil ne peut-il être le fondement du *numerus clausus*. D'une manière générale, aucun texte de loi n'interdit d'imaginer des droits réels nouveaux. Reste à savoir si la sécurité juridique n'est pas affectée par une telle interprétation de l'article 543.

c : La protection des tiers

204. Toute la question est de savoir ce que les droits réels ont de spécial par rapport aux droits personnels qui empêche leur libre création. M. Josserand répond à cette question assez simplement. Il oppose à la libre création des droits réels l'argument suivant : « Si l'on comprend que les parties puissent, à leur gré, établir des rapports juridiques qui ne lieront qu'elles-mêmes, on s'explique moins volontiers qu'elles fussent autorisées à instituer à leur guise des droits qui, étant opposables à tous, constitueraient une gêne pour la collectivité. » En d'autres termes, l'opposabilité des droits réels serait un obstacle à leur création tous azimuts et la publicité paraît indispensable à la sécurité juridique. Nous verrons que cette

juin 1993, Bull. civ. II, n°241, D. 1995, Somm., p. 50, note M Grimaldi ; Cass. civ. 1, 3 juin 1998, Dr. et patrimoine, 1999, n° 2178, p. 84.

²⁹⁰ Ce qui est inexact dans la mesure où, il ne s'agit que de simples limitations au droit de propriété.

opposabilité naturelle doit être nuancée (α). De plus, la publicité lacunaire n'est peut-être pas le meilleur gardien de la sécurité juridique (β).

α : La question de l'opposabilité des droits réels

205. Pendant longtemps, le principal critère de distinction des droits réels et des droits de créance était fondé sur l'opposabilité aux tiers. La doctrine de XIX^{ème} siècle refusait alors de reconnaître au contrat toute conséquence et l'interprétation de l'article 1165 du Code civil était particulièrement sévère. Cette interprétation reposait sur le principe contesté de l'autonomie de la volonté et sur une confusion entre les concepts d'effet relatif et d'inopposabilité. En 1864²⁹¹, la jurisprudence corrigea cet amalgame en reconnaissant au contrat un véritable « rayonnement » juridique. La doctrine²⁹² a pu alors systématiser la différence entre l'effet relatif interne du contrat, son effet relatif, et l'effet externe du contrat, son opposabilité. Elle a restitué à l'article 1165 son véritable sens : on ne peut être enserré dans des liens contractuels sans y avoir consenti. Autrement dit, il ne faut pas confondre « obligés » et « concernés ». C'est le constat que faisait Demogue²⁹³ en rejetant la soi-disant différence de nature entre les droits absolus et les droits relatifs.

206. En tant que fait social, le contrat s'impose à tous. En tant que lien de droit, il n'oblige que les cocontractants. Les droits personnels sont donc opposables aux tiers. Il est donc tout à fait exact de dire que le droit de créance est relatif tout en reconnaissant que les tiers doivent respecter la situation contractuelle. Est-ce à dire que la différence d'opposabilité entre les droits réels et personnels soit infondée ? Tous les droits subjectifs sont-ils pareillement opposables ? Une telle déduction semble trop brutale. Si les droits réel et personnel sont tous deux opposables aux tiers, ils ne le sont pas avec la même force. Il convient de se demander si le critère de distinction ne repose pas sur une différence de degré²⁹⁴ dans l'opposabilité.

²⁹¹ Cass. civ. 22 juin 1864, D.P., 1864, I, 412 ; S., 1864, I, p. 349.

²⁹² A. WEILL, *La relativité des conventions en droit privé français*, thèse Strasbourg, 1938 ; S. CALASTRENG, *La relativité des conventions*, thèse Toulouse, 1939.

²⁹³ R. DEMOGUE, *Notions fondamentales de droit privé*, Paris : Rousseau 1911, Collection Références, Paris : La mémoire du droit, 2001, p. 405.

²⁹⁴ Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse ronéot. Paris, 1977.

207. La doctrine a fait de l'opposabilité un critère de distinction des droits réels et des droits de créance. Désireux de maintenir la suprématie des droits réels, M. Levis²⁹⁵ a consacré l'idée que ces droits étaient, par nature, opposables à tous. Par l'objet sur lequel il porte et par la relation qu'il instaure entre le titulaire du droit et la chose, le droit réel serait logiquement opposable aux tiers sans qu'il soit nécessaire de le publier. Quant à l'opposabilité du droit personnel, elle serait subordonnée à la connaissance effective ou supposée des tiers. M. Duclos²⁹⁶ propose, au contraire, de subordonner l'opposabilité des droits subjectifs, quels qu'ils soient, à la connaissance effective ou supposée des tiers. Toute la question est de savoir si la publicité est une condition d'opposabilité des droits réels.

β : La question de la publicité des droits réels

208. Selon M. Levis, le droit réel est naturellement opposable aux tiers dans la mesure où l'atteinte portée aux droits réels est sanctionnée en nature²⁹⁷. Si l'on suit le raisonnement proposé par M. Levis, tout droit réel étant naturellement opposable aux tiers, la publicité semble indispensable à la sécurité juridique. Dans la logique de l'auteur, la publicité n'a pour but que de protéger les tiers. La création de droits réels nouveaux porterait alors atteinte à la sécurité juridique des tiers.

209. Cette idée doit être nuancée pour deux raisons : le caractère large du décret de 1955 et le pouvoir limité du conservateur des hypothèques. En effet, le rôle assigné au conservateur des hypothèques n'autorise pas un contrôle des qualifications. Pour pallier la lacune des textes, MM. Malaurie et Aynès²⁹⁸ ont suggéré de donner au droit réel créé le nom d'un droit classique, le conservateur des hypothèques n'ayant pas à vérifier la qualification. Cette pratique, parfois tendancieuse, semble effectivement imparable. Quant au décret du 4 janvier 1955, il n'est peut-être pas aussi « fermé » qu'on l'a prétendu. Il n'est guère évident que les droits réels *sui generis* ne puissent faire l'objet d'une publication. Le décret du 4 janvier 1955 prévoit, en effet, des mesures de publicité concernant les « droits réels immobiliers », sans autre précision. L'expression est donc suffisamment large pour

²⁹⁵ M. LEVIS, L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits, Paris : Economica, 1989.

²⁹⁶ J. DUCLOS, L'opposabilité, Essai d'une théorie générale, Bibliothèque de droit privé, t. 179, Paris : L.G.D.J., 1984.

²⁹⁷ M. LEVIS, thèse précitée, n° 132 s., p. 121 s.

comprendre de nombreux droits. Rien n'indique expressément qu'il faille se limiter au *numerus clausus* bien connu. Empreinte d'une longue tradition juridique, la publication ne concerne que les droits immobiliers. Est-ce à dire que seuls les droits réels classiques peuvent être publiés ? Nous ne le pensons guère. En effet, rien n'interdit aux parties d'imaginer un droit réel immobilier tout à fait original. Quant aux droits réels mobiliers, aucune mesure de publicité n'est prévue d'une manière générale en droit français. La sécurité juridique en est-elle plus menacée ? Le droit français se contente de la visibilité extérieure des droits réels portant sur de tels biens. Le critère de publicité ne semble donc pas être un argument pertinent en faveur du *numerus clausus*. La publicité n'est pas le corollaire nécessaire des droits réels.

210. La sécurité des transactions est-elle, pour autant, compromise ? Même lorsque les droits réels ne sont pas publiés, la sécurité des transactions n'est pas réellement menacée. Les *penitus extranei* ne sont pas plus affectés par le contrat constitutif de droit réel qu'ils ne le seraient par un contrat constitutif de droit personnel. Quant aux tiers intéressés au patrimoine du propriétaire, ils jouissent de l'action paulienne afin de préserver leurs intérêts. Enfin, le tiers défini par le décret de 1955, est protégé par l'absence de publicité. Plusieurs conditions sont requises pour se prévaloir de l'inopposabilité de l'acte non publié. Est considéré comme tiers l'ayant cause à titre particulier du même auteur, titulaire de droits concurrents soumis à publicité et qui a lui-même publié son droit²⁹⁹. Même s'il revêt toutes ces qualités, le tiers qui a agi en fraude ou qui est responsable du défaut de publicité ne peut se prévaloir de l'inopposabilité du droit non publié. Ce n'est que dans ces seules hypothèses que l'absence de publicité est sanctionnée³⁰⁰. Ainsi, d'une manière générale, la sécurité juridique ne semble pas menacée par la création de droits réels nouveaux.

211. Aucun argument avancé par les défenseurs du *numerus clausus* n'emporte donc vraiment notre conviction. Aucun texte ne pose clairement le principe et l'article 543 du Code civil est, de toute évidence, lacunaire. Enfin, la sécurité juridique ne semble pas plus menacée par l'apparition de nouveaux droits réels. Rien ne s'oppose donc à reconnaître au propriétaire

²⁹⁸ Ph. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, Les biens, 4^{ème} édition, Paris : Cujas, 1998.

²⁹⁹ Article 30-1 du décret du 4 janvier 1955.

³⁰⁰ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière, Collection Précis, 4^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2004, n° 795, p. 668 : « La règle de base est simple : les droits non publiés sont censés ne pas exister à l'égard de ceux qui sont titulaires de droits concurrents et qui les ont publiés. »

la liberté de démembrer son droit. Bien au contraire, certains arguments militent en faveur de la liberté contractuelle.

2 : Les arguments favorables la liberté contractuelle

212. La liberté des conventions ne trouve de limite que dans l'ordre public et la loi. Tant que le contrat est légalement formé, les parties peuvent disposer de leurs biens comme elles le désirent. Ce principe s'inscrit dans un contexte général plutôt favorable à la liberté contractuelle. Instrument d'échanges économiques, la liberté contractuelle permet, en effet, une meilleure adaptation du droit aux nécessités économiques. Ainsi, le meilleur moyen de tirer d'un bien le plus de richesse possible est de multiplier les droits réels dont il peut faire l'objet. La multiplication des droits réels participe à l'idée d'une libre disposition du droit de propriété (a). La jurisprudence semble favorable à ce principe. C'est d'ailleurs en ce sens que la Cour de cassation s'est prononcée dans l'arrêt Caquelard (b). Le contexte international apparaît également propice à la liberté de création. Ainsi, la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 donnera-t-elle effet, en France, à des droits réels inconnus du droit français (c).

a : Le libre exercice du droit de disposer

213. Le Livre II du second titre du Code civil relatif à la propriété ne contient qu'une faible quantité d'articles (34). Les rédacteurs du Code civil ne se sont pas montrés particulièrement prolixes sur la question. La mince épaisseur du titre laisse aux parties une grande liberté pour dessiner à leur guise les contours de ce droit, sous quelques réserves. La propriété est donc une matière vivante et non pas cette forteresse monolithique qu'on a cru voir dresser en 1804.

214. La liberté contractuelle semble même sous-entendue dans l'article 544 du Code civil. Comme l'indique M. Jubault³⁰¹, « L'article 544 du Code civil rayonne et s'applique

³⁰¹ Ch. JUBAULT, Bail rural et usufruit, thèse Paris II, 1994, p. 370. Dans le même sens, J.-F. BARBIERI, Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels, Contribution à l'étude de la notion de perpétuité dans les relations juridiques, thèse Toulouse, 1977, p. 374 : « ...la possibilité de répartir différemment les composantes du droit de propriété est contenue dans le concept même de droit absolu.... »

notamment aux démembrements de la propriété. » La libre création des droits réels est l'expression de l'absolutisme du droit de propriété. Disposer de « la manière la plus absolue », c'est aussi décomposer librement son droit. Bien entendu, « absolue » n'est pas synonyme « d'illimitée » dans la mesure où la propriété s'assortit de limites. Il n'empêche que la liberté d'agir du propriétaire est le principe. Elle ne sera limitée que si le législateur ou le propriétaire lui-même le décide. Le propriétaire peut, en effet, fixer le statut juridique de son bien. Il peut accomplir des actes juridiques sur sa propriété et transférer tout ou partie de son droit à autrui en le démembrant. Sous cette forme, il exploite son bien comme il l'entend.

215. Messieurs Malaurie et Aynès³⁰² estiment que la multiplication des droits réels permet au propriétaire de tirer de son bien le plus de richesses possibles. La liberté des conventions a même, selon eux, été un facteur d'émancipation économique. On pense, bien entendu, aux droits réels consentis à un exploitant qui accroît la valeur du bien ou encore au propriétaire qui accorde à différents tiers de multiples droits de jouissance sur un même bien. La jurisprudence semble favorable à ce principe de liberté.

b : Une liberté reconnue par la jurisprudence

216. Analysant la méthode employée par la jurisprudence pour qualifier les droits, M. Hervieu³⁰³ considère qu'elle pose une véritable présomption de personnalité des droits. L'admission de la réalité d'un droit est alors vraiment exceptionnelle. En d'autres termes, la reconnaissance de l'existence d'un droit réel *sui generis* serait occasionnelle. Depuis près de deux siècles, la jurisprudence s'en tiendrait donc à l'alternative servitude / droit personnel et serait en opposition avec le principe général dégagé dans l'arrêt Caquelard. Peut-on réellement parler de présomption de personnalité ? Quel serait le fondement de cette présomption ?

217. Il semble très difficile de prouver la faveur jurisprudentielle à l'égard des droits personnels. La distinction des droits réel et personnel est délicate, plus encore lorsqu'il faut

³⁰² Ph. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, Les biens, préc., n° 357, p. 90-91.

³⁰³ A. HERVIEU, De la limitation des droits réels, Contribution à l'étude de la distinction des droits réels et

interpréter la volonté des parties. La Cour de cassation se réfère alors à l'interprétation souveraine des juges du fond³⁰⁴. Rien ne permet de supposer un penchant à l'égard des droits personnels. En revanche, il est vrai que la Cour de cassation s'est longtemps efforcée de rattacher les droits réels originaux aux catégories connues et cela, malgré des inadéquations évidentes.

218. Il est souvent arrivé que la jurisprudence qualifie un droit réel original de droit de superficie pour expliquer le caractère perpétuel dudit droit mais cette qualification est parfois quelque peu artificielle. L'artifice de la qualification apparaît assez clairement dans l'arrêt rendu le 6 mars 1991 par la troisième chambre civile de la Cour de cassation³⁰⁵. Il s'agissait, en l'espèce, d'un droit accordé depuis plus de cent ans sur une parcelle de bois à une commune. Le comte contestait que la commune puisse encore utiliser ses terres. Le droit accordé était, selon lui, un usufruit et le régime d'extinction trentenaire devait s'appliquer. La Cour de cassation a rejeté cette qualification. Elle estime que la prérogative concédée sur la parcelle constitue un droit de superficie perpétuel. On comprend le malaise de la Cour de cassation devant un droit constitué sous l'ancien régime mais s'agissait-il réellement d'un droit de superficie ? On peut en douter dans la mesure où l'espace n'était pas réellement décomposé. D'ailleurs à l'époque où le droit a été concédé, il ne s'agissait même pas d'un bois. Le propriétaire est littéralement exproprié. En faisant de la perpétuité un indice caractérisant le droit de superficie³⁰⁶, la Cour de cassation nie l'originalité et la particularité de ce droit. Deux conclusions s'imposent à la lecture de cet arrêt. D'une part, la jurisprudence n'a aucun préjugé à l'égard des droits réels mais, d'autre part, elle reste encore très attachée au principe du *numerus clausus*. Toutefois, ce second aspect tend à s'estomper.

219. Reconnaissant sans doute l'artifice de la qualification, la Cour de cassation se contente aujourd'hui de parler simplement de « droit de jouissance ». Ainsi, s'épargne-t-elle la lourde tâche de la qualification. Est-ce par commodité ou faut-il se résoudre à élargir la nomenclature des droits réels ? La deuxième solution semble la plus crédible. Sans doute la

personnels, thèse Caen, 1981, p. 74 s.

³⁰⁴ Cass. civ. 1, 20 mai 1969 et Cass. civ. 3, 31 janvier 1969, J.C.P., éd. G., 1969, II, 15982 ; Cass. civ 1, 13 novembre 1963, Bull. civ. I, n° 494, p. 417 ; Cass. civ. 1, 10 mars 1965, Bull. civ., I, 184, p. 137 ; Cass. civ 3, 17 mars 1968, Bull. civ. III, n°226, p. 174.

³⁰⁵ Cass. civ. 3, 6 mars 1991, J.C.P., éd. G., 1992, II, 21890, p. 251, note P. Ourliac.

³⁰⁶ Fr. ZENATI, R.T.D. civ. 1992, p. 793.

jurisprudence appréhende-t-elle avec moins de vigueur la reconnaissance de droits réels nouveaux. L'arrêt du 4 mars 1992³⁰⁷ semble conforter notre idée. Dans cette espèce, la Cour de cassation a dû qualifier une situation assez particulière : la jouissance privative d'une partie commune³⁰⁸. L'hypothèse semble a priori difficilement envisageable, pourtant il existe un certain nombre d'immeubles dans lesquels un élément commun (tels une cour, un jardin, un garage) est réservé à l'usage exclusif d'un copropriétaire. La validité de telles clauses n'a jamais été remise en cause. La Cour de cassation a choisi de qualifier ce démembrement de propriété de droit de jouissance exclusif et privatif ayant un caractère réel et perpétuel. Perplexe, la doctrine a essayé de rattacher ce droit à une figure réelle connue. La qualification de servitude a été immédiatement rejetée dans la mesure où il n'y avait ni fonds servant ni fonds dominant. Il ne pouvait pas non plus s'agir d'un usufruit puisque ce droit est, par nature, temporaire. M. Zenati³⁰⁹ a suggéré la qualification de droit de superficie mais un droit de superficie un peu spécial puisque dépourvu du droit de construire. Cette idée séduisante se heurte toutefois à l'absence de véritable scission de l'espace³¹⁰. Il semble difficile d'envisager un droit réel perpétuel en dehors des hypothèses prévues par la loi : la propriété et la servitude. Cette liberté que prend la Cour de cassation dépasse de loin tout ce qu'on pouvait imaginer en matière de libre création de droits réels.

220. Quant à l'alternative servitude / droit personnel, elle semble aujourd'hui totalement dépassée. Pour exemple, la Cour de cassation qualifie, en effet, le droit de chasse accordé sur une terre de « droit réel d'usage viager attaché au fonds³¹¹ » rejoignant l'analyse des juges du fond³¹². Après le Conseil constitutionnel³¹³, la Cour de cassation confirme l'idée selon laquelle rien n'interdit aux parties de constituer un droit d'usage limité à telle utilité spécifique de la chose³¹⁴. Les juges n'ont pas hésité, en l'espèce, à rejeter la qualification de droit personnel, interprétant ainsi la volonté des parties de ne pas devenir créancière et débitrice. Pour autant, le droit en question n'était pas plus une servitude dans la mesure où la servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un autre héritage. Il

³⁰⁷ Cass. civ. 3, 4 mars 1992, D. 1992, p. 386, note Ch. Atias; R.T.D. civ. 1993, p. 162, note Fr. Zenati.

³⁰⁸ Ch. ATIAS, Propriété indivise et usage privatif des terrasses et terrains privés en copropriété immobilière, J.C.P., éd. not. et immob., 1987, p. 353.

³⁰⁹ Fr. ZENATI, R.T.D. civ. 1993, p. 162.

³¹⁰ Ch. ATIAS, note précitée, p. 355.

³¹¹ Cass. civ. 3, 2 octobre 2002, cité par S. Pimont, Revue de droit rural, n° 311, mars 2003, p. 155.

³¹² « Un attribut du droit de propriété s'analysant en un droit réel d'usage viager attaché à un fonds ».

³¹³ Conseil constitutionnel, 20 juillet 2000, D., 2001, Somm., p. 1839, note D. Ribes: « le droit de chasse sur un bien foncier se rattache au droit d'usage de ce bien, attribut du droit de propriété. »

n'existe, en l'occurrence, ni fonds servant ni fonds dominant et le droit de chasse profite à une personne et non pas à une terre. Pourtant, s'agissait-il véritablement d'un droit d'usage ? Il ne semble pas dans la mesure où le droit de chasse ne permet pas à son titulaire de profiter des fruits. Certes, le chasseur peut s'emparer du gibier chassé mais il ne s'agit pas là d'un fruit. Le gibier est plus vraisemblablement une *res nullius*³¹⁵. L'alternative décrite par M. Hervieu n'est donc plus vraiment de mise. La jurisprudence s'est émancipée du « tout personnel » pour décrire au mieux les situations juridiques, quitte à ne pas reprendre la nomenclature des droits réels. L'évolution a été progressive et elle n'est sans doute pas encore achevée. Il lui a fallu du temps avant de revenir au principe libéral qu'elle avait posé en 1834 mais qui, à l'époque, n'avait guère été suivi par la doctrine.

221. Selon le professeur Atias, 1834³¹⁶ est une année fondamentale dans l'histoire du droit des biens. Dans des termes très généraux, la Cour de cassation affirme que les articles 544, 546 et 552 ne sont pas prohibitifs. Elle ajoute que ni ces articles, ni aucune autre loi « n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible. » Quelques doutes entourent toutefois cet arrêt. On s'étonne, en effet, que l'article 543 du Code civil, fondement traditionnel du principe du *numerus clausus*, n'ait pas été cité. On a prétendu que l'hypothèse visait simplement une variété de droit de superficie³¹⁷ ce qui expliquerait la mention des articles 546 et 552 du Code civil. Il est vrai que l'emploi du terme « décomposition » laisse planer le doute. Y a-t-il scission du bien ou véritable démembrement des prérogatives attachées au droit de propriété ? Pour M. Hervieu, il faut distinguer la création de droits réels *sui generis* de la simple décomposition de la propriété car seule la première catégorie permet « d'imaginer des droits réels qui n'ont rien de commun avec la propriété³¹⁸. » La situation présentait toutefois certaines particularités par rapport au simple droit de superficie. Il s'agissait, en effet, de la copropriété d'une chaussée sur laquelle se greffait une jouissance privative³¹⁹ : l'un avait la berge, l'autre les arbres. Droit de superficie ou pas, un droit réel non visé par le Code civil était ainsi reconnu par la Cour de

³¹⁴ Fr. TERRE et Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, préc., n° 861, p. 687.

³¹⁵ M. CANTIN CUMYN, De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innommés : essai sur l'énumération limitative des droits réels, Revue du barreau, t. 46, n° 1, Janvier-Février 1986, p. 23.

³¹⁶ Req. 13 février 1834, D.P., 1834, I, p. 118.

³¹⁷ Fr. TERRE et Ph. SIMLER, Commentaire de l'arrêt Caquelard, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1994, p. 267.

³¹⁸ A. HERVIEU, thèse précitée, p. 58.

³¹⁹ Ch. ATIAS, Droit civil, Les biens, 5^{ème} édition, Paris : Litec, 2000, p. 59 s., n° 44 a.

cassation en 1834. Quelques années plus tard, dans un arrêt moins célèbre, rendu par la même chambre le 25 octobre 1886³²⁰, la Cour de cassation a confirmé sa volonté de rompre avec le principe du *numerus clausus* des droits réels. L'arrêt prévoit ainsi qu'« il est permis de déroger par des conventions particulières aux lois qui règlent les attributs de la propriété, et de restreindre, au profit d'autrui, les droits qui en dérivent. »

222. Pourtant, ces arrêts n'eurent qu'un faible retentissement. Avec le développement des personnes morales, la nécessité de reconnaître des droits réels nouveaux s'est faite moins pressante³²¹. Toutefois, dans la mesure où s'exprime encore la libre création des droits réels, la jurisprudence n'hésite plus aujourd'hui à s'écarter des modèles traditionnels pour reconnaître des droits de jouissance originaux. À cela s'ajoute un contexte international propice au renouvellement des idées.

c : Une liberté suscitée par les relations internationales

223. Le développement des échanges internationaux est propice aux influences réciproques. On ne peut plus ignorer les institutions particulières du droit des biens mises en place dans les pays de *common law*. Les décompositions originales du droit de propriété sont, en effet, une caractéristique des régimes de *Common law*. Le trust, institution méconnue du droit français, en est l'exemple le plus typique. De nombreux auteurs³²² se sont penchés sur la question de savoir si un tel mécanisme pouvait être reconnu en France. Certes, la

³²⁰ Req. 25 octobre 1886, S., 1887, I, p. 373.

³²¹ *Idem*.

³²² R. AGHION, *Le trust juridique anglo-saxon*, Bruxelles : Ed. Bruylant, 1932 ; R. DEMOGUE, *Rapports préparatoires à la semaine internationale de Droit*, Paris, 1937 ; P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des Trusts en droits interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris : Rousseau et Cie, 1932 ; Th. LION, *Dissertation sur la validité des Trusts constitués sur des biens situés en France*, *Clunet*, 1923, p. 677 s. ; H. MOTULSKY, *De l'impossibilité juridique de constituer un « trust » anglo-saxon sous l'empire de la loi française*, *Revue critique de droit international privé*, 1948, p. 541 s. ; M. TRAVERS, *De la validité, au point de vue du droit français, des trusts créés par des étrangers sur des biens soumis à la loi française ou par des français sur des biens situés hors de France*, *Rev. Darras*, 1909, p. 521 s. ; J.-P. BERAUDO, *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, Paris : L.G.D.J., 1992 ; F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, thèse Paris II, 2001 ; C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, thèse Strasbourg, Paris : Economica, 1979 ; F. TRIPET, *Trusts patrimoniaux anglo-saxons et droit fiscal français*, Paris : Litec, 1989 ; F.-X. LUCAS, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières*, *Bibliothèque de droit privé*, t. 283, Paris : L.G.D.J., 1997 ; P. GULPHE, *Quelques réflexions sur l'institution d'un trust à la française*, in *Mélanges en l'hommage de A. Breton et F. Derrida*, 1991. Ch. FROIDEVAUX, *L'appréhension du trust en droit fiscal français*, thèse droit public Paris II, 1997 ; M. CORNU, *Fondation et trust dans la protection du patrimoine en droit français et en droit comparé*, *Collection Droit du patrimoine culturel et naturel*, Paris, Montréal : L'Harmattan, 1999 ; P.-F. CUIF, *Le contrat*

jurisprudence a admis la validité d'un trust constitué sous l'empire de la loi anglo-saxonne mais peut-on, pour autant, transposer dans notre droit l'institution du trust ? Certains auteurs refusent cette idée³²³. D'autres, au contraire, considèrent que cela est parfaitement possible³²⁴. Enfin, certains estiment que les mécanismes du droit français sont suffisants pour autoriser la gestion d'un bien par un tiers³²⁵.

224. La particularité du trust permet à une personne (le *settlor*) de confier la gestion de son bien à un tiers (le *trustee*) en lui transférant la propriété à charge pour lui de remettre le capital produit au *cestui que trust*. L'originalité du mécanisme réside dans le fait que le *trustee* est propriétaire des biens pendant un certain temps. Ces biens ne figurent pas dans le patrimoine personnel du *trustee*. Ils échappent aux actions qui pourraient être intentées par ses créanciers personnels. De la même manière, les biens n'apparaissent plus dans le patrimoine du *settlor* et ses propres créanciers ne peuvent les saisir. C'est surtout ce dernier point qui soulève des difficultés en droit français dans la mesure où il ne faut pas sacrifier la sécurité des créanciers. Rien n'empêche le trust de produire ses effets en France mais il reste toutefois inopposable aux tiers. Les projets de loi récents relatifs à l'introduction de la fiducie en France semblent progresser dans le sens d'un meilleur accueil du trust.

225. Quant à la question de savoir s'il est possible d'intégrer le mécanisme du trust au droit français, M. Motulsky a objecté que ni le droit du *cestui que trust*, ni le droit du *trustee* n'entrent dans nos catégories juridiques puisque « l'un est un propriétaire qui administre le bien d'autrui et l'autre a une créance à caractère réel qui porte le nom de propriété sans en avoir la nature³²⁶ ». Pourtant, ce mécanisme n'est pas si éloigné de celui du quasi-usufruit. En revanche, là où le mécanisme doit être adapté, c'est au niveau de l'opposabilité des droits.

226. Avec la ratification de la Convention de La Haye³²⁷ du 1^{er} juillet 1985 prévoyant la reconnaissance du trust en droit français, nul doute que les démembrements

de gestion, thèse Paris I, 2001.

³²³ H. MOTULSKY, note précitée

³²⁴ P. LEPAULLE, op. cit.

³²⁵ P. JULIEN SAINT AMAND, Instruments juridiques de droit français constituant une alternative au trust, Droit et patrimoine, décembre 2004, p. 72. ; P.-F. CUIF, thèse précitée ; C. WITZ, thèse précitée.

³²⁶ H. MOTULSKY, note précitée, p. 461.

³²⁷ La convention de La Haye adoptée le 1^{er} juillet 1985 a été signée par la France le 26 novembre 1991 et son

originaux de Common law se multiplieront en France. L'influence du droit international privé et des relations internationales permet d'envisager l'abandon du vieux principe du *numerus clausus* des droits réels. La jurisprudence semble suivre ce mouvement d'ouverture du droit des biens. Toutefois, si l'on peut suggérer une plus grande liberté contractuelle, celle-ci connaît, bien entendu, des limites nécessaires.

§ 2 : Les limites à la liberté contractuelle

227. La limite juridique classique (A) apportée à n'importe quel contrat est l'ordre public. C'est également la limite posée à l'absolutisme du droit de propriété. Tout le problème réside dans la détermination de cet ordre public qui est une notion fluctuante. L'autre limite à la création de droits réels innommés est d'ordre pratique (B). Les actes que l'on peut accomplir sur un bien sont, en effet, nécessairement limités. La question se pose de savoir si les droits réels existants suffisent aux besoins de la pratique. Est-il possible d'imaginer d'autres formes de décomposition ? Tout le problème est de savoir si la limite à la libre la création des droits réels n'est pas l'imagination des parties. En admettant que cela ne soit pas un obstacle, il convient de vérifier que ces nouveaux droits ne dénaturent pas les notions de droit réel et de droit de propriété.

A : Les limites juridiques à la libre création des droits réels

228. L'ordre public est une notion difficile à cerner dans la mesure où il s'agit d'un concept changeant. Or, l'évolution du droit de propriété est telle qu'on ne peut plus envisager ce droit aussi rigoureusement qu'en 1804. La propriété a perdu de son exclusivité et de son absolutisme. Certains auteurs ont néanmoins tenté de dresser les contours d'un véritable « ordre public de la propriété » (1). Nous verrons ce qu'il faut retenir de cette limite tracée à la liberté contractuelle. À côté de cette notion, s'ajoute une limite plus évidente : le respect de la loi impérative (2). Aussi, la constitution d'un droit réel innommé ne doit-elle pas être le moyen de détourner les règles en vigueur.

entrée en vigueur générale date du 1^{er} février 1992.

1 : « L'ordre public de la propriété »

229. D'après MM. Mazeaud et Chabas, « puisque deux personnes ne sont plus en présence mais une personne et une chose, il ne peut appartenir qu'au législateur de définir les pouvoirs que l'homme est en droit d'exercer sur une chose³²⁸. » L'organisation de la propriété touche effectivement à l'ordre public³²⁹. Pour autant, rien ne permet de préjuger du caractère limitatif de l'article 543 du Code civil. Au contraire, nous avons constaté que le principe du *numerus clausus* des droits réels n'avait aucun fondement légal. L'article 6 du Code civil interdit de déroger à l'ordre public et aux bonnes mœurs par des conventions particulières. Dès lors, la question se pose naturellement de savoir dans quelle mesure la liberté de démembrement peut s'exprimer sans porter atteinte à l'ordre public. Sans pour autant le définir, un auteur³³⁰ a dégagé un véritable « ordre public de la propriété ».

230. Selon M. Jubault, le principe du *numerus clausus* des droits réels fait « double emploi » avec l'ordre public de la propriété qu'il appelle aussi « triangle d'équilibre de la propriété³³¹ ». Trois garde-fous sont posés à la libre création des droits réels démembrés : la durée limitée du droit (a), son incessibilité (b) et sa qualification. Nous ne retiendrons que les deux premiers côtés du triangle, le troisième nous apparaissant un peu artificiel³³².

a : La question de la perpétuité des droits réels démembrés

231. Si elle ne fait plus vraiment figure d'exception, la décomposition de la propriété est, selon la doctrine majoritaire, temporaire car le propre du droit réel démembré est, en principe, de s'agrèger au droit de propriété après un certain laps de temps. Le caractère temporaire du démembrement de propriété apparaît donc classiquement comme le premier garde-fou posé à la notion de propriété. Redoutant la résurgence des décompositions

³²⁸ H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, t. II, 8^{ème} édition, Paris : Montchrestien, 1994.

³²⁹ R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français, Les biens*, t. IV, 2^{ème} édition, Paris : Rousseau et Cie Editeur, 1938, p. 63.

³³⁰ Ch. JUBAULT, *Bail rural et usufruit*, thèse Paris II, 1994.

³³¹ Ch. JUBAULT, thèse précitée, p. 390.

³³² L'auteur en convient lui-même : « Si la qualification de droit personnel tient à une volonté de respecter cet ordre public, à cause de la vocation à la perpétuité du droit du preneur, nous observons que cette précaution est surnuméraire. », thèse précitée, p. 410.

perpétuelles, les auteurs sont très attachés à ce principe. La propriété étant définie par sa vocation à redevenir parfaite, le détachement d'une prérogative ne peut être que temporaire. M. Jubault fait de ce caractère temporaire la protection du régime de la propriété. Dès lors, à partir du moment où le démembrement de propriété est limité dans le temps, rien ne permet plus de s'opposer à la libre création des droits réels. On remarque d'ailleurs que les exemples de démembrements visés par le Code civil présentent un caractère temporaire.

232. Pour prévenir tout démembrement perpétuel, l'usufruit est, au maximum, viager lorsque aucune durée limitée n'a été prévue. Pour les personnes morales, il ne peut durer que trente ans³³³. Plusieurs décisions de justice ont renforcé cette idée. Ainsi, dans un arrêt du 18 janvier 1984, la Cour de cassation a-t-elle affirmé que « ne peut être qualifié d'usufruit un droit d'affichage perpétuel réservé à une personne par l'acte constitutif d'une copropriété³³⁴. » Dans un arrêt du 10 mai 1950, la Cour de cassation a d'ailleurs énoncé d'une manière générale que « l'un des caractères essentiels de l'usufruit est d'être temporaire. L'article 619 ne saurait recevoir application à des droits de pâturage et d'usage en bois concédés à perpétuité aux habitants d'une commune par un titre de l'an 1467³³⁵ ». Il en va de même pour les droits d'usage, d'habitation, l'emphytéose et l'hypothèque. Tous les droits réels démembrés sont, en principe, limités dans le temps. De plus, pour préserver l'unité du droit de propriété, ces droits se perdent par le non-usage trentenaire. En somme, seules la propriété et les servitudes sont perpétuelles.

233. Pour justifier le caractère perpétuel des servitudes, les auteurs mettent en avant l'idée qu'elles constituent un *modus vivendi* des relations entre propriétaires de fonds voisins. Puisqu'elle profite à un fonds dominant, la servitude suit le régime du droit de propriété. C'est parce qu'elle est liée au fond dominant que la servitude est perpétuelle. Accessoire de la propriété³³⁶, elle s'imprègne de ses caractères et notamment de sa perpétuité. Il y a quand même un paradoxe à admettre que la servitude constitue un démembrement de propriété, qu'elle puisse être perpétuelle et soutenir, en même temps, l'unité du droit de propriété. De deux choses l'une, soit la servitude est un démembrement de propriété, soit elle est une simple

³³³ Article 619 du Code civil : « L'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers, ne dure que trente ans. »

³³⁴ Cass. civ. 3, 18 janvier 1984, D. 1985, p. 514, note Fr. Zenati ; J.C.P., éd. G., 1986, II, 20547, note J.-F. Barbière.

³³⁵ Cass. civ. 10 mai 1950, D., 1950, p. 482.

³³⁶ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CINAMONTI, Traité de droit civil, Les biens, Paris : L.G.D.J., 2000, n° 329, p. 332.

charge réelle perpétuelle. C'est dans cette seconde voie que nous nous sommes engagés. Nous préférons justifier la perpétuité des servitudes par l'idée que celles-ci ne constituent pas un démembrement du droit de propriété. Nous estimons, en effet, que l'exception que constituent les servitudes est due au caractère mineur de l'entrave qu'elles apportent à la propriété.

234. C'est à cause de cette même volonté de maintenir l'unité du droit de propriété³³⁷ que la doctrine et la jurisprudence³³⁸ refusent d'assimiler le droit de superficie à un démembrement de propriété. En effet, le droit de superficie peut être perpétuel, c'est pourquoi il est considéré, d'une manière générale, comme une sorte de propriété portant sur une fraction matérielle du bien considéré³³⁹. La superficie entraîne alors une décomposition matérielle du bien sur lequel elle porte mais le raisonnement connaît une limite lorsque le droit de superficie est temporaire car, dans cette hypothèse, la jurisprudence doit alors reconnaître l'existence d'une propriété elle-même temporaire, ce qui est, en principe, impossible. Il convient donc de reconnaître que la dissociation opérée par le droit de superficie n'est pas que matérielle. En ce sens, certains auteurs³⁴⁰ considèrent que le droit de superficie réalise une dissociation juridique de l'immeuble sur lequel il porte. Cette thèse est accréditée par la décision précitée du Conseil Constitutionnel rendu le 21 juillet 1994³⁴¹. D'après cet arrêt, la constitution de droits réels sur le domaine public n'opère aucune aliénation de celui-ci³⁴². Si l'on suit cette décision, le droit de superficie serait donc, lorsqu'il est temporaire, un droit sur le bien d'autrui. Lorsqu'il est perpétuel, il convient, en revanche, de reconnaître un véritable droit de propriété.

³³⁷ On peut pourtant se demander si une limitation de temps suffit à écarter toute résurgence de la théorie du double domaine. Ce n'est pas parce qu'un démembrement est temporaire qu'il ne porte pas atteinte à l'unité du droit de propriété. Au contraire, on peut imaginer une propriété utile temporaire à côté d'une propriété éminente perpétuelle. Par ailleurs, l'admission du quasi-usufruit fait réapparaître l'idée d'une division substantielle du droit de propriété malgré le caractère temporaire de ce mécanisme.

³³⁸ CA Besançon, 12 décembre 1864, D.P., 1865, II, p. 1 ; Req. 5 novembre 1866, D.P., 1867, I, p. 32 ; Cass. civ. 3, 6 mars 1991, Bull. civ., III, n° 84 ; D., 1991, Somm., p. 308, note Robert ; J.C.P., éd. G., II, 21890, note P. Ourliac ; R.D. immob., 1991, p. 189, note J.-L. Bergel

³³⁹ Ch. GOYET, Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire, thèse Strasbourg, Bibliothèque de droit privé, t. 180, Paris : L.G.D.J., 1983, p. 17 : « Faute d'une loi superficiaire véritable, la base légale extrêmement ténue du droit de superficie français oblige à le tenir pour un droit de propriété. »

³⁴⁰ Ch. GOYET, *Idem* ; Fr. TERRE et Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, Collection Précis, 6^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002, n° 947, p. 755 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JOURDAIN, n° 177 ; R. SAINT-ALARY, Rép. civ. Dalloz, « Superficie », n° 3.

³⁴¹ CC., 21 juillet 1994, R.T.D. civ., 1995, p. 656.

³⁴² O de DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, Domaine public et droits réels, Commentaire de la loi n°94-631 du 25 juillet 1994 complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, J.C.P., 1995, I, 3812.

235. On a très souvent reproché à la Cour de cassation de faire de la perpétuité un critère du droit de superficie. Afin d'éviter tout démembrement perpétuel, elle qualifie les droits réels perpétuels de servitudes ou de droit de propriété mais cette tendance s'atténue quelque peu, nous l'avons vu³⁴³. La Cour de cassation n'a pas hésité à qualifier la jouissance privative d'une partie commune de « droit de jouissance » perpétuel. Étant l'accessoire d'une propriété privée, la jouissance privative est, elle aussi, perpétuelle. Ajouté à la consécration de la propriété temporaire, le démembrement perpétuel porte une atteinte très importante aux caractères du droit de propriété. Peut-on y voir une réelle évolution jurisprudentielle et une consécration du démembrement perpétuel ? Ce simple exemple d'un droit de jouissance perpétuel ne permet pas véritablement de revenir sur le principe d'une limitation dans le temps des démembrements du droit de propriété. C'est, en effet, parce qu'il apparaît comme l'accessoire du droit de propriété que le droit de jouissance est perpétuel. L'arrêt présente néanmoins le mérite de nuancer les grands principes qui gouvernent notre droit des biens.

236. Ainsi, les démembrements du droit de propriété sont-ils, en principe, temporaires afin de maintenir, à terme, l'unité du droit de propriété. La seconde règle de cet ordre public du droit de propriété est, selon M. Jubault, l'incessibilité du droit réel perpétuel.

b : La question de la cessibilité des droits réels

237. Partant de la distinction entre le bail rural et le bail commercial, M. Jubault pose le principe de libre cessibilité des droits dont la durée est limitée (tel le bail commercial) et le principe d'incessibilité des droits réels ayant vocation à la perpétuité (comme le bail rural)³⁴⁴. Ce serait, en effet, porter une très grande atteinte au droit de propriété que de reconnaître la cessibilité du droit du preneur à bail rural dans la mesure où ce droit se renouvelle automatiquement. Cela reviendrait à priver définitivement le propriétaire de la faculté de choisir son cocontractant. Une telle cessibilité conduirait inexorablement à un retour de la double domanialité. Elle n'est pourtant pas totalement exclue.

³⁴³ Cf. supra n°222.

³⁴⁴ Ch. JUBAULT, thèse précitée, p. 400 s. L'auteur considère, en effet, que le droit du preneur à bail rural est un droit réel.

238. C'est, en effet, en ce sens que le droit français s'acheminera s'il reconnaît l'existence d'un véritable fonds rural. À la demande de la section nationale des fermiers métayers (SNFM), la prochaine loi de modernisation agricole pourrait, en effet, contribuer à la mise en place d'un fonds agricole afin d'officialiser des pratiques qui existent déjà à travers les pas-de-porte occultes³⁴⁵. La création d'un tel fonds agricole entraînera une profonde modification du statut du fermage et une plus grande cessibilité du bail. La reconnaissance du fonds rural ne présente, en effet, d'intérêt pour l'agriculteur que si celui-ci peut assurer à son repreneur qu'il disposera de la terre. Si la loi est votée, elle accordera à l'exploitant des prérogatives très importantes sur le bien au détriment du propriétaire.

239. Ce qu'il convient de retenir de cette analyse de « l'ordre public de la propriété », c'est le souci de la majorité de la doctrine de maintenir l'unité de la propriété mais, à elle seule, la limitation de durée est insuffisante pour préserver cette unité car, même temporaire, un démembrement peut porter atteinte à la structure du droit de propriété. Lorsqu'il est perpétuel, le droit réel démembrement est, selon M. Jubault, nécessairement incessible. L'idée est séduisante mais rien ne permet de la généraliser. « L'ordre public de la propriété » décrit est trop général et abstrait pour maintenir réellement l'unité de la propriété. De plus, ses fondements sont mal déterminés. Ainsi, ce soi-disant ordre public n'est pas toujours respecté et l'unité du droit de propriété manque de se rompre à tout moment. Toute la question consiste peut-être à se demander si un tel objectif d'unité peut réellement être atteint. Pour le savoir, il convient d'étudier les lois impératives réglant le régime des droits réels décrits dans le Code civil.

2 : Le respect de la loi

240. Les droits réels traditionnels étant réglementés, il ne faut pas déjouer les lois par l'artifice d'un nouveau droit réel. Encore faut-il déterminer quelles règles sont impératives. Pour le professeur Zenati, l'alternative en matière de droit réel sur la chose

³⁴⁵ Le projet d'article est rédigé comme suit : « Le fonds exploité dans l'exercice d'une activité agricole au sens des dispositions de l'article L 311-1 par une personne physique ou morale est dénommé fonds agricole. Le fonds agricole pourra être composé notamment du nom professionnel, de la clientèle et de l'achalandage, des marques et du mobilier professionnel, du cheptel vif et mort servant à l'exploitation du fonds ainsi que les quotas de production, droits de plantation et droits à paiement. Le bail rural défini à l'article L 411-1 constitue pour le preneur l'élément essentiel du fonds agricole. »

d'autrui est la suivante : servitude personnelle (usufruit) ou servitude réelle. Si l'on opte pour l'usufruit, alors celui-ci doit être temporaire. Si on choisit la servitude qui peut être perpétuelle, il faut alors respecter l'article 637 du Code civil³⁴⁶. En dehors de cette alternative, rien d'autre n'est permis car cela reviendrait à ressusciter les anciens droits féodaux. Au soutien de sa thèse, l'auteur se demande à quoi servirait la réglementation des droits réels s'il était possible d'y déroger conventionnellement³⁴⁷. Il suffirait, en effet, de qualifier un droit de jouissance de droit réel *sui generis* pour que le régime de l'usufruit soit écarté, ce qui n'est pas admissible. La remarque formulée par l'auteur montre toutes les difficultés suscitées par la libre création des droits réels.

241. Le problème réside, en réalité, dans la qualification du droit. Pour admettre l'existence de droits réels nouveaux, il convient, en effet, que les nouvelles créations présentent suffisamment d'originalité pour ne pas revêtir les qualifications énoncées par notre code. C'est à partir de la qualification que le régime juridique pourra être appliqué. Si, par exemple, on qualifie le droit réel en question d'usufruit, il conviendra d'appliquer le régime juridique prévu par la loi. Dans un arrêt rendu le 18 janvier 1984³⁴⁸, la Cour de cassation semble pourtant inverser la logique qui veut que la qualification précède le régime juridique. Dans cet arrêt, la Cour estime qu'un droit d'affichage perpétuel ne peut être qualifié d'usufruit. On a l'impression que les juges ont inversé le processus de qualification, partant du régime juridique pour définir le droit en question. Tel n'est pas le cas. La jurisprudence considère, en effet, que le caractère temporaire est de l'essence même de l'usufruit. La durée limitée entre dans la définition de ce démembrement mais ne caractérise pas son régime juridique. C'est donc à partir des caractères d'un droit que la Cour de cassation opère sa qualification. Certes, il s'agissait, dans l'arrêt du 18 janvier 1984 d'un simple droit de superficie. Toutefois, il est arrivé à la Cour de cassation d'opter pour une qualification originale d'où découle un régime juridique spécial. L'arrêt du 4 mars 1992³⁴⁹ que nous avons eu l'occasion d'étudier en est un exemple assez significatif. En reconnaissant la particularité

³⁴⁶Article 637 du Code civil : « Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire. »

³⁴⁷ Il est néanmoins paradoxal de soutenir que les droits réels ne démembrement pas la propriété -le démembrement serait une notion fautive- et de défendre, dans le même temps, le *numerus clausus* des droits réels. Si véritablement, le démembrement ne décompose pas la propriété, les obstacles à la libre création des droits réels semblent s'évanouir.

³⁴⁸ Cass. civ. 3, 18 janvier 1984, D. 1985, p. 514, note Fr. Zenati ; J.C.P., éd. G., 1986, II, 20547, note J.-F. Barbiéri.

³⁴⁹ Cass. civ. 3, 4 mars 1992, D. 1992, p. 386, note Ch. Atias ; R.T.D. civ. 1993, p. 162, note Fr. Zenati.

juridique de la jouissance privative d'une partie commune, la Cour de cassation a appliqué un régime juridique spécial (la perpétuité) à un droit réel nouveau.

242. Lorsqu'elle est confrontée à un droit présentant une certaine originalité, la Cour de cassation préfère, en effet, user de la qualification de « droit réel de jouissance » plutôt que d'avoir recours à la qualification d'usufruit, que ce soit en ce qui concerne le droit de chasse³⁵⁰ ou encore le droit de jouissance privative d'une partie commune. Ainsi, lorsque l'on crée des droits réels véritablement nouveaux, il n'y a aucune raison de rester attaché aux régimes juridiques particuliers prévus par le Code civil. Reste à savoir quelles sont les limites pratiques à la création de tels droits.

B : Les limites pratiques à la création de droits réels innommés

243. La notion de droit réel n'ayant pas beaucoup évolué, de nombreux auteurs préfèrent recourir à des substituts lorsque le besoin s'en fait sentir plutôt que de remettre en cause les principes connus. En ce sens, M. Motulsky fait remarquer que les décisions favorables à la libre création des droits réels « n'ont trait qu'à des aménagements et à l'exercice du droit ordinaire de propriété ; elles n'impliquent en aucune manière la faculté pour les particuliers de créer des droits réels nouveaux c'est-à-dire spécifiquement différents de ceux prévus par la loi, et notamment une propriété qui n'en serait pas une au sens de cette dernière³⁵¹. ». Que faut-il en penser ? Que signifie l'expression « droits spécifiquement différents de ceux prévus par la loi » ? Quelle est la frontière entre le simple aménagement d'un droit réel préexistant et le droit réel nouveau ?

244. Le droit réel innommé est un droit réel. Comme tel, il doit répondre à certaines conditions. La limite naturelle à cette libre création repose donc sur la structure des droits réels (1). Une fois ce cadre respecté, toute la question est de savoir s'il n'est pas difficile d'imaginer des droits réels vraiment originaux (2).

³⁵⁰ Cf. infra n°264 s.

³⁵¹ MOTULSKY (H.), De l'impossibilité juridique de constituer un « trust » anglo-saxon sous l'empire de la loi française, Rev. crit. de Dr. int. privé, 1948, p. 463.

1 : Le respect de la notion de droit réel.

245. Les limites à la libre création des droits réels tiennent essentiellement à la structure de ces droits s'exerçant sans l'intermédiaire de quiconque (a). Dès lors, se pose le problème des obligations *propter rem* qui mélangent les caractères des droits réel et personnel (b).

a : La structure des droits réels

246. Lien direct et immédiat entre une personne et une chose, les droits réels sont un terrain propice (mais pas exclusif) au démembrement de propriété. Si l'on s'en tient à une analyse traditionnelle, un droit est qualifié de droit réel lorsqu'il crée un lien direct et immédiat entre une personne et une chose et qu'il n'impose au propriétaire aucune prestation positive. Ainsi, le Code civil ne mentionne-t-il que les droits et obligations de l'usufruitier. Hormis les grosses réparations, il ne décrit aucune obligation de la part du propriétaire. Concernant le contrat de bail, il détaille, en revanche, les obligations des deux parties : le preneur et le bailleur. La différence entre l'usufruit et le bail est évidente : d'un côté, le propriétaire ne doit rien, de l'autre, il est tenu à un certain nombre d'obligations pendant la durée du contrat. A priori, la distinction est particulièrement nette.

247. Pourtant la doctrine moderne a décelé certaines failles dans le système. M. Aberkane³⁵² considère effectivement que chaque fois que l'obligation passive universelle se manifeste, elle s'accompagne nécessairement de prestations actives. En d'autres termes, le droit réel entraînerait inévitablement un certain nombre d'obligations positives. Selon l'auteur, lorsqu'un droit réel est constitué, le propriétaire est tenu d'effectuer certaines prestations permettant une sorte de *modus vivendi*. M. Aberkane fait ainsi apparaître des obligations *propter rem* dans le mécanisme de l'usufruit. L'auteur souligne, en effet, que quelques obligations incombent au propriétaire. Ainsi, est-il tenu de « remettre » le bien soumis à l'usufruit. Cette « exception » s'explique aisément par le souci de ne pas nuire aux droits de l'usufruitier. L'obligation de remettre la chose est la condition *sine qua non* pour que le droit de l'usufruitier puisse s'exprimer. Il faut toutefois distinguer l'obligation de remettre

la chose de l'obligation de délivrance imposée au bailleur. En matière d'usufruit, le propriétaire n'est pas tenu de remettre la chose en bon état. De plus, l'obligation du bailleur se poursuit durant toute la durée du contrat, ce qui n'est pas le cas de l'usufruit. Dès lors, l'« obligation » du nu-propriétaire est considérablement réduite. Inversement, l'obligation de délivrance imposée au bailleur est une obligation n'ayant aucun caractère personnel. En conséquence, les obligations de délivrance du bailleur et du nu-propriétaire donneront toutes deux lieu à une exécution forcée en cas de manquement. Il s'agit, en effet, d'une obligation bien particulière qui témoigne, en réalité, du lien entre le preneur ou l'usufruitier et la chose, sur laquelle nous reviendrons³⁵³.

248. Plus délicat est le problème de l'obligation de « garantie ». Le propriétaire doit, en effet, les mêmes garanties qu'un vendeur lorsque le droit est constitué à titre onéreux ou à titre de dot mais il ne s'agit là que d'une simple contrepartie prévue afin d'éviter le déséquilibre contractuel. En dehors de ces quelques hypothèses très limitées, le propriétaire n'est tenu d'effectuer aucune prestation positive. Il n'est d'ailleurs même pas tenu d'effectuer ou de faire effectuer les grosses réparations³⁵⁴, ce qui diffère du bail où le bailleur doit assurer une jouissance paisible de la chose. L'usufruitier ne peut, en effet, obliger le propriétaire à effectuer les grosses réparations, ce qui renforce l'idée qu'aucun lien d'obligation ne lie le propriétaire à son usufruitier même si l'article 605 prévoit que « les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire, à moins qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut de réparations d'entretien, depuis l'ouverture de l'usufruit ; auquel cas l'usufruitier en est aussi tenu ». Le rejet jurisprudentiel de toute action de l'usufruitier contre le propriétaire témoigne ainsi du cloisonnement entre les droits du nu-propriétaire et de l'usufruitier.

249. Puisque le lien entre le titulaire du droit réel démembrement et le bien est direct, le propriétaire n'a pas à intervenir³⁵⁵. Son droit est « distinct et indépendant » du droit de l'usufruitier³⁵⁶ mais l'indépendance n'est pas absolue. Le propriétaire est tenu de ne pas nuire

³⁵² H. ABERKANE, thèse précitée, p. 23.

³⁵³ Cf. infra n°1037.

³⁵⁴ Req., 10 décembre 1900, DP, 1901, 1, 209, note Guénée ; Paris, 27 juill. 1928, DP, 1929, 2, 1, note L. Josserand ; Civ. 3, 30 janvier 1970, Bull. civ., III, n° 83 : « Sous réserve de dérogation par les clauses de l'acte constitutif de l'usufruit aux principes applicables en la matière, l'article 605 n'autorise pas l'usufruitier à agir contre le nu-propriétaire pour le contraindre à exécuter les grosses réparations nécessaires à la conservation de l'immeuble soumis à l'usufruit. »

³⁵⁵ J. DABIN, Une nouvelle définition du droit réel, R.T.D. civ., 1960, p. 20.

³⁵⁶ Fr. TERRE et Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, préc., n° 827, p. 668 et n° 805, p. 649.

aux droits de l'usufruitier. Sous quelques réserves, la structure du droit réel ne permet pas d'imposer des prestations positives au propriétaire. La frontière entre les droits réel et personnel réside dans ce critère. Que penser alors des obligations *propter rem* ?

b : L'énigme des obligations propter rem

250. M. Aberkane fait remarquer que l'usufruitier est tenu d'effectuer certaines prestations positives. La section 2 du chapitre 1^{er} consacré à l'usufruit est, en effet, intitulé : « des obligations de l'usufruitier ». Sans prétendre à l'exhaustivité, notons que les obligations de l'usufruitier sont assez nombreuses. Il doit faire dresser un inventaire des biens (article 600 du Code civil), donner caution de jouir en bon père de famille (article 601 du Code civil), faire les réparations d'entretien (article 605 du Code civil), payer les charges annuelles de l'héritage (article 608 du Code civil), dénoncer les usurpations ou atteintes au bien par les tiers (article 614 du Code civil). Pourtant, en tant que titulaire d'un droit réel, il se trouve dans une situation identique à celle qu'évoque la jurisprudence pour dispenser le nu-propriétaire de toute obligation positive.

251. Pour expliquer la situation, la jurisprudence prétend que l'usufruitier est également tenu par des obligations personnelles à l'égard du propriétaire. Ces obligations soulignent le caractère relatif du démembrement de propriété. Même s'il jouit d'un lien direct et immédiat avec la chose, l'usufruitier reste soumis au propriétaire. Il s'agit d'obligations accessoires à son droit réel. M. Aberkane³⁵⁷ y voit l'expression d'obligations *propter rem*. Ce sont des obligations pesant sur le titulaire d'un droit réel en cette qualité. Sans entrer dans le détail de cette question déjà étudiée³⁵⁸, on ne peut nier l'existence de telles obligations mais peut-on, pour autant, les créer librement ? Malgré l'adage « *servitus in faciendo...* », la jurisprudence développe les prestations actives accessoires aux droits réels. Toutefois, ces obligations ne pèsent jamais sur le propriétaire. Lorsque le propriétaire est tenu d'effectuer une prestation positive, le droit en question est un droit personnel.

³⁵⁷ H. ABERKANE, thèse précitée, p. 33.

³⁵⁸ L. MICHON, Des obligations *propter rem* dans le Code civil, thèse Nancy, 1891 ; M. de JUGLART, Obligation réelle et servitudes en droit privé français, thèse Bordeaux, 1937, p. 282.

252. Ce qu'il faut retenir, c'est que la structure des droits réels n'est pas incompatible avec l'obligation *propter rem* mais celles-ci ne peuvent peser sur le propriétaire du bien. En accordant un droit réel sur son bien, il détache une ou plusieurs prérogatives de sa propriété mais ne s'engage à effectuer aucune prestation positive. Il convient de respecter cette règle dans la création des droits réels. Pour échapper au régime juridique des droits réels réglementés par le Code civil, il convient de créer des droits réels originaux mais est-ce encore possible ? Les droits réels réglementés sont-ils insuffisants ?

2 : La création de droits originaux

253. Comme l'indique M. Barbiéri³⁵⁹, « Il n'est pas évident (...) que le législateur ait réussi à concevoir et à élaborer le régime de toutes les relations juridiques imaginables pour l'appréhension et l'utilisation d'un bien (...) ». Il semble possible d'entrevoir une décomposition nouvelle du droit de jouissance (a). On peut même imaginer un démembrement original du droit de disposition (b).

a : Les décompositions originales du droit de jouissance

254. Deux pistes de recherche sont à explorer : les aménagements temporels du droit de propriété (α) et les répartitions nouvelles des prérogatives issues du droit de propriété (β).

α : Les aménagements temporels

255. La décomposition temporelle du droit de propriété semble être une piste d'étude intéressante pour imaginer d'autres droits réels. La répartition de l'usage dans le temps a, en effet, rarement été explorée. Le droit français a préféré recourir aux personnes morales afin de répartir l'utilisation de la chose dans le temps. Grâce à cette fiction juridique, le droit constitué est un droit personnel. Selon le professeur Atias³⁶⁰, c'est sans doute

³⁵⁹ J.-F. BARBIERI, Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels, contribution à l'étude de la notion de perpétuité dans les relations juridiques, thèse Toulouse, 1977, p. 341.

³⁶⁰ Ch. ATIAS, Les biens, op. cit., n° 44 a, p. 61 : « Historiquement, la personne morale a pu supplanter le droit

l'utilisation de la personnalité morale qui a freiné le développement des droits réels. L'usage de l'expression « propriété spatio-temporelle » est donc surfait. Les titulaires du droit n'acquièrent pas la propriété temporaire du bien ou même un droit réel sur ce bien, ils entrent en société en qualité de porteurs de parts ou d'actions³⁶¹. Il s'agit d'un simple droit de créance. Comme l'indique M. Pelletier³⁶², « En l'état actuel du droit positif, il est généralement admis que le droit de séjour ne peut constituer ni un droit de propriété (...), ni un démembrement du droit de propriété (usufruit, droit d'usage), ni une modalité particulière de ce droit (copropriété, indivision). »

256. Certes, telle qu'elle est proposée, la propriété spatio-temporelle constitue un droit personnel. La personne morale est, en effet, l'intermédiaire caractéristique des droits de créance. Pourtant, on aurait pu imaginer des droits réels périodiques. Certains arrêts n'hésitent d'ailleurs pas à consacrer ce genre d'usage temporaire. Ainsi, dans un arrêt rendu le 25 octobre 1886³⁶³, la Cour de cassation a-t-elle reconnu la validité d'un droit d'usage des eaux partagé entre plusieurs personnes « à des jours et heures déterminés ». En 1976, le congrès des notaires a émis des vœux en faveur de la reconnaissance d'un statut réel de la multipropriété, le statut social ayant « un caractère artificiel, incertain, voire dangereux. » Il est vrai, notamment, que la dissolution de la société est susceptible d'engendrer des difficultés.

257. Autre aménagement temporel du droit de jouissance, le droit de jouissance perpétuel est accueilli, comme nous l'avons vu, avec une certaine timidité par la jurisprudence. Certains auteurs ne voient aucun obstacle à la création de droits perpétuels mais, lorsque le droit de jouissance est perpétuel, la doctrine préfère considérer qu'il y a division de l'objet et droit de superficie. Il s'agit alors d'une véritable cession. Nous partageons parfaitement cette idée.

réel, parce que la première qualification était liée aux premiers fruits du capitalisme ; elle marquait moins la reconnaissance des groupements honnis des révolutionnaires, qu'une nouvelle victoire de la propriété pleine et entière, non décomposée. »

³⁶¹ P. BIASCA, La propriété spatio-temporelle en quête d'un statut, *Gaz. Pal.*, 1976, 2^{ème} sem., *Doctrine*, p. 539.

³⁶² J.-P. PELLETIER, Réflexions sur la jouissance d'immeubles à temps partagé (« propriété spatio-temporelle »), *Gaz. Pal.*, 1976, 2^{ème} sem., *Doctrine*, p. 541.

³⁶³ Req. 25 octobre 1886, *S.* 1887, I, p. 373.

258. À côté de ces aménagements purement temporels, on peut se demander si une nouvelle répartition des pouvoirs est encore envisageable. Si l'on cantonne le droit de jouissance à l'*usus* et au *fructus* les choix de répartition sont nécessairement limités.

β : La nouvelle répartition des pouvoirs

259. Les rédacteurs du Code civil n'ont prévu que deux diminutifs de l'usufruit : le droit d'usage et le droit d'habitation. La liste des droits réels n'est donc pas limitative puisqu'une multitude d'autres diminutifs sont envisageables³⁶⁴. Ainsi, les droits de jouir des fruits (*fructus sine usu*) ou d'user de la chose (*usus sine fructu*) exclusivement ont très peu été explorés. Dans le sens de la restriction des prérogatives, la liberté contractuelle ne peut donc pas être contestée.

260. Pourtant, le legs de revenus a soulevé des difficultés. On lui a, en effet, refusé la qualification de droit réel afin de préserver la sécurité juridique du tiers acquéreur. En l'absence de possession du bien, il était difficile d'opposer à l'acquéreur le droit en question. Aussi a-t-on qualifié ce droit de droit personnel. Cette analyse est erronée. Elle part de l'idée préconçue que le droit réel est naturellement opposable aux tiers. Pourtant, comme nous l'avons constaté, rien ne permet d'affirmer un tel principe. Le droit réel est simplement naturellement doté d'un droit de suite auquel il peut être fait échec. L'opposabilité du droit est subordonnée à la connaissance qu'en ont les tiers. Par conséquent, un droit réel peut parfaitement être inopposable aux tiers sans que cela ne s'oppose à la qualification de droit réel.

261. Autre diminutif de l'usufruit, le droit de chasse ou de pêche est considéré par la jurisprudence comme un droit d'usage. Certes, le titulaire du droit dispose de l'*usus* mais il n'a aucun droit sur les fruits. Ce droit n'est donc pas exactement celui visé par le Code civil. Il témoigne, une nouvelle fois, du caractère non limitatif des droits réels. La doctrine ne s'émue pas car les diminutifs de l'usufruit sont facilement acceptés dans la mesure où l'atteinte

³⁶⁴ Fr. TERRE et Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, préc., n° 859, p. 684 : « Au surplus, s'il [l'usufruit] est d'origine conventionnelle ou testamentaire, il peut faire l'objet d'aménagements, dans le sens de l'extension aussi bien que dans celui de la restriction des droits et obligations de l'usufruitier. »

portée au droit de propriété est encore plus réduite. Lorsqu'en revanche, les aménagements se font dans le sens d'une extension, la doctrine est plus circonspecte. Ainsi, considère-t-elle avec beaucoup de prudence les aménagements apportés au droit de disposition.

b : Les nouvelles décompositions du droit de disposition

262. L'*abusus* est une prérogative permettant à son titulaire d'exercer sur le bien des actes graves puisqu'il permet d'accomplir des actes de consommation matérielle et juridique. Certains auteurs estiment d'ailleurs que ce droit est si important qu'il est l'attribut majeur du droit de propriété sans lequel celui-ci ne peut exister. Il s'agit effectivement d'un droit très important puisqu'il participe du contenu de la propriété et autorise les actes les plus graves. Néanmoins, les atteintes à l'*abusus* se sont multipliées et il apparaît clairement qu'il s'agit d'un droit important mais pas fondamental.

263. L'*abusus* est considéré comme l'attribut essentiel de la propriété parce qu'il est la traduction économique de ce droit. Il a cela de particulier qu'il comporte à la fois un pouvoir d'agir matériellement et un pouvoir d'agir juridiquement sur le bien. Il est lié à l'accomplissement des actes juridiques empreints d'une certaine gravité. Partie de l'émolument du droit de propriété, l'*abusus* joue directement sur le titre de propriété. Si le bien est détruit ou vendu, le droit de propriété disparaît et le titre s'évanouit. Tel est, en tout cas, la conception classique du droit de disposer. Pourtant, dans certaines hypothèses, le titre juridique pourra être maintenu en procédant à une subrogation réelle de l'objet du droit de propriété³⁶⁵. Ainsi, même si l'*abusus* est une prérogative importante du droit de propriété, il n'est pas fondamental.

264. Certes, l'*abusus* est un émolument qui, à première vue, entretient des liens étroits avec le titre. Aussi, lorsque le bien est consommé ou détruit, la doctrine considère que le droit de propriété disparaît mais que penser alors du quasi-usufruit ? La situation est vraiment particulière : le quasi-nu-propriétaire n'est plus un propriétaire tandis que le quasi-usufructier n'est pas véritablement un propriétaire. Ce n'est pas tout à fait une cession de bien

³⁶⁵ Cf. infra n°853.

mais ce n'est pas non plus un simple démembrement. Le paradoxe du quasi-usufruit se pose avec autant plus d'acuité qu'il est permis d'étendre conventionnellement le régime du quasi-usufruit à des biens non consommables³⁶⁶. Il semble donc possible de conférer à un tiers le droit de disposer du bien car, on ne peut pas, dans le même temps, admettre le quasi-usufruit tout en faisant de l'*abusus* l'essence de la propriété.

265. D'après l'adage : *Ubi lex non distinguit*, il n'y a aucune raison de faire de l'*abusus* un attribut intouchable. En réalité, aucun des trois attributs du droit de propriété n'est resté indemne. Depuis 1804, les restrictions légales au droit d'aliéner se sont multipliées³⁶⁷ (régime des autorisations, expropriation, développement du droit de préemption, cession forcée, réserve héréditaire...). L'usufruit opère lui aussi une paralysie de l'*abusus*. Devant la multiplication des restrictions légales, les limitations conventionnelles sont aujourd'hui mieux perçues par la jurisprudence. Notons, en effet, que la propriété survit très bien à la clause d'inaliénabilité qui est, sans conteste, une atteinte portée à l'*abusus* du propriétaire. Les limitations au droit de disposer sont donc tout à fait admises. Seule une prohibition générale du droit de disposer serait susceptible de porter atteinte à l'ordre public³⁶⁸. En revanche, une clause d'inaliénabilité limitée dans le temps et répondant à un intérêt sérieux et légitime est parfaitement concevable.

266. On peut d'ailleurs même imaginer une clause d'inaliénabilité dans un contrat à titre onéreux. La jurisprudence ancienne admettait, en tout cas, une telle éventualité³⁶⁹. Une partie de la doctrine actuelle semble pourtant opposée à la validité de telles clauses en dehors des libéralités. Ainsi, bien qu'il reconnaisse que la question n'est pas réglée, M. Benabent considère que de telles clauses doivent être « considérées comme nulles dans des actes à titre onéreux comme portant atteinte au principe d'ordre public de libre disposition de ses biens³⁷⁰. » D'autres auteurs considèrent, en revanche, que les clauses d'inaliénabilité peuvent

³⁶⁶ Req. 30 mars 1926, DH. 1926, p. 217 ; Gaz Pal., 1926, II, p. 51.

³⁶⁷ J.-L. AUBERT, Le droit de disposer de l'immeuble, in *Etudes offertes à J. Flour*, Rép. Defrénois, 2^{ème} trimestre, 1979, p. 1.

³⁶⁸ F. DE VISSCHER, *Du jus abutendi*, R.T.D. civ., 1913, p. 337.

³⁶⁹ Trib. civ. Baugé, 20 février 1867, S. 1968, 2, 56 ; CA Alexandrie, 17 février 1927, RTD civ., 1927, p. 732 ; CA Alexandrie, 17 février 1927, RTD civ., 1928, p. 210 ; Paris, 11 novembre 1812 ; CA Guadeloupe, 29 avril 1935, DP 1937, 2, 1.

³⁷⁰ A. BENABENT, Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, Collection Domat droit privé, 5^{ème} édition, Paris : Montchrestien, 2001, n° 54, p. 47.

exister en dehors des donations³⁷¹. Au soutien de leur thèse, les auteurs avancent un arrêt rendu par la CA de Paris le 4 mai 1982 ayant autorisé une telle clause dans un pacte d'actionnaires³⁷². L'étroit champ d'application de l'article 900-1 semble donc pouvoir être dépassé. Quant à l'objection d'une atteinte à l'ordre public, elle pourrait aussi bien être formulée à l'encontre des libéralités qu'à l'encontre des actes à titre onéreux, c'est pourquoi elle ne nous semble pas déterminante. Les conditions posées à la validité des clauses d'inaliénabilité semblent suffire à justifier une dérogation au principe de libre disposition.

267. Aucun attribut n'est à l'abri d'un détachement du droit de propriété. Il n'est pas exact de dire qu'en cas de démembrement, le droit de propriété se concentre dans l'*abusus*. Nous avons, en effet, observé que la décomposition naturelle du droit subjectif de propriété entre le titre et l'émolument permet une recomposition de la propriété. La propriété survit à tous ses démembrements. Pour autant, elle n'est pas un droit composite mais peut être définie comme un droit donnant vocation à réunir toutes les prérogatives entre les mains du propriétaire. Le titre absorbe alors l'émolument. Ainsi, la propriété confère-t-elle au propriétaire tous les avantages qui n'ont pas été concédés à un tiers. Nous verrons que ce résidu peut consister en un simple titre de propriété, comme c'est le cas en matière de propriété-garantie où la propriété apparaît particulièrement abstraite.

268. Ainsi, il nous semble que le principe du *numerus clausus* des droits réels doit être abandonné. Il serait trop simple de prétendre qu'il constitue une caractéristique des régimes romanistes dans la mesure où les différents systèmes juridiques ne sont pas définis avec autant de netteté. La doctrine semble, en tout cas, divisée sur cette question. Le seul élément textuel invoqué en faveur du *numerus clausus* est bien trop imprécis. Quant aux grands principes du droit que sont l'exclusivisme de la propriété et la sécurité juridique, ils n'interdisent nullement une plus grande liberté. La sclérose des droits réels est regrettable car la menace d'un retour de la féodalité n'effraie plus personne. Aucun des arguments avancés par les partisans du *numerus clausus* n'emporte donc la conviction. D'ailleurs, le droit positif reconnaît l'existence de droits réels non mentionnés par le Code civil. Dès lors, rien ne permet de restreindre la liberté contractuelle. Sous les quelques réserves nécessaires que sont l'ordre public et la prohibition des engagements perpétuels, l'imagination des parties peut donc

³⁷¹ Fr. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, Collection Droit privé, 3^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1995, n° 125, p. 110.

librement s'exprimer tant qu'elle respecte la structure du droit réel. D'ailleurs, toutes les décompositions du droit de propriété n'ont pas été envisagées par le Code civil. L'*abusus* agrégeant maladroitement des prérogatives diverses, on peut même imaginer une propriété dépourvue de cet attribut. L'évolution de l'objet des droits réels vers une plus grande abstraction semble confirmer cette idée.

³⁷² CA Paris, 4 mai 1982, Gaz. Pal, 1983, I, p. 152 ; Bull Joly, février 1983, § 40, p. 166.

Section 2 : L'objet des droits réels

269. Avec le rejet du *numerus clausus* des droits réels, nous avons pu prendre la mesure de la liberté contractuelle dans l'élaboration des droits réels en évaluant le contenu de ces droits. Reste encore à nous interroger sur leur objet, autrement dit, sur quel type de bien le contrat opérant démembrement de la propriété peut porter. Le problème qui se pose alors est de savoir si le droit réel peut porter sur n'importe quel type de bien, ce qui suppose résolue, au préalable, la question de la définition du concept de bien. Une telle définition semble particulièrement délicate³⁷³. Avec l'évolution du droit des biens, cette notion s'est considérablement élargie, ce qui n'est pas sans conséquence sur la définition du droit réel et sur celle du droit de propriété. Le droit réel prend, en effet, un aspect différent selon qu'il concerne une chose corporelle (§1) ou une chose incorporelle (§2).

§1 : Le droit réel portant sur une chose corporelle

270. Parce qu'ils entraînent des conséquences tout à fait particulières sur la notion de droit réel, il convient d'analyser les droits réels portant sur des choses fongibles³⁷⁴ (A) et les droits réels relatifs aux choses consommables (B).

A : Les droits réels portant sur des choses fongibles

271. Si l'on s'en tient à la définition retenue du droit réel, celui-ci est le droit direct et immédiat portant sur une chose. Or, les choses fongibles ont ceci de particulier qu'elles doivent être individualisées dans la mesure où elles sont naturellement portées à se confondre avec d'autres biens au sein du patrimoine. Ainsi, comme l'indique Cornu, « ni la volonté de l'homme ni la loi ne peuvent faire qu'un droit réel subsiste sur une chose de genre non

³⁷³ C. GRZEGORCZYK, Le concept de bien juridique, l'impossible définition ?, A.P.D., 1979, t. 24, p. 259.

³⁷⁴ S. TORCK, Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles, thèse Paris II, 2001.

individualisée. Irréalisable, selon nous, même *inter partes*, ce droit réel planant et comme décroché du réel, l'est, a fortiori *erga omnes*³⁷⁵. » Ainsi, serait-il impossible voire « hérétique³⁷⁶ » de caractériser un droit réel portant sur une chose de genre non individualisée (1). Pourtant, le législateur et le juge ont progressivement soutenu le contraire (2).

1 : Un objet impossible

272. L'impossibilité de constituer un droit réel sur une chose fongible relève d'une conception matérialiste du droit réel et, plus particulièrement, du droit de propriété où le lien entre l'objet et la personne est si étroit que le droit se confond avec la chose elle-même. Que ce soit en se fondant sur la définition des droits réels (a) ou sur leur portée (b), la doctrine classique refuse, en principe, qu'un droit réel puisse avoir un objet fuyant. Les arguments avancés au soutien de cette thèse ne sont toutefois pas déterminants.

a : Les arguments reposant sur la définition des droits réels

273. Quelle que soit l'analyse retenue de la notion de droit réel, qu'elle mette l'accent sur la possession matérielle qui en résulte, sur les prérogatives issues de ces droits ou encore sur l'idée d'appropriation, la doctrine considère que les choses fongibles ne deviennent l'objet d'un droit réel qu'à partir du moment où elles sont individualisées³⁷⁷.

274. Selon Planiol³⁷⁸, il existe un lien étroit entre les notions de propriété et de possession, la seconde étant l'expression matérielle du droit de propriété. Par conséquent, les droits réels ne peuvent exister que par rapport à un objet déterminé et matériel. Cet argument ne nous semble pas recevable car d'une part, il n'est pas certain que la possession ne puisse pas s'accommoder des choses non déterminées³⁷⁹ et d'autre part, même si l'on entend la

³⁷⁵ G. CORNU, RTD civ. 1961, p. 698, n°4.

³⁷⁶ Ch. LARROUMET, note sous CA Paris, 14 octobre 1997, D. 1998, Jur., p. 91.

³⁷⁷ Pour une analyse détaillée de la doctrine, Cf. S. TORCK, Essai d'une théorie générale des droits réels portant sur des choses fongibles, thèse Paris II, 2001.

³⁷⁸ M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français, Contrats civils, préc.

³⁷⁹ Cf. supra n°309 n° et A. PELISSIER, Possession et meubles incorporels, Collection Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris : Dalloz, 2001, p. 83 s., n° 176 s. L'auteur tient compte de la dématérialisation du droit des biens pour proposer une nouvelle définition du *corpus* possessoire entendu comme le pouvoir de fait de l'homme sur la

possession d'une manière classique (*corpus* matériel et *animus*), la possession et la propriété sont des notions autonomes. Ainsi, même privé de toute possession matérielle, le propriétaire n'en conserve pas moins son titre de propriété. Par conséquent, si la possession de bonne foi peut engendrer un titre de propriété, le droit de propriété peut très bien se passer de possession. Reste alors à déterminer, dans cette hypothèse, quelles sont les prérogatives utiles du propriétaire.

275. Défini comme le droit d'user, de jouir et de disposer des choses, le droit réel de propriété n'aurait aucune réalité s'il portait sur une chose indéterminée. Pour les auteurs défendant une telle idée, il est impossible de réellement disposer d'une chose qui n'est pas déterminée. Les pouvoirs utiles doivent ainsi porter sur un bien individualisé à défaut de quoi ils ne pourraient pas s'exprimer. L'argument doit, selon nous, être écarté dans la mesure où les prérogatives utiles caractérisant les droits réels ne s'expriment pas toujours comme un pouvoir matériel sur la chose.

276. Enfin, certains auteurs estiment qu'il est nécessaire d'individualiser le bien lorsqu'on analyse le droit réel comme le lien direct et immédiat entre une personne et une chose. Dès lors, seuls les corps certains peuvent faire l'objet d'une appropriation, les choses de genre devant être individualisées. Une partie de la doctrine n'hésite pas à affirmer que « les droits réels sont ceux qui conduisent à une appropriation totale ou partielle de la chose. De là une conséquence qui mérite l'attention : tout droit réel suppose pour exister un corps certain, c'est-à-dire une chose individuellement déterminée. Il n'y a que relativement à un corps certain que l'on puisse invoquer un droit direct et dire : j'affirme que cette chose est mienne en tout ou partie³⁸⁰ ». C'est la raison pour laquelle le transfert de propriété des choses de genre ne peut avoir lieu tant qu'elles n'ont pas été individualisées, conséquence déduite de l'article 1585 du Code civil³⁸¹.

chose.

³⁸⁰ R BEUDANT, P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, VOIRIN, Cours de droit civil français, Les biens, t. IV, 2^{ème} édition, Paris : Rousseau, 1938, n° 51, p. 47 et n° 54, p. 50.

³⁸¹ Article 1585 du Code civil : « Lorsque les marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées ; mais l'acheteur peut en demander ou la délivrance ou des dommages intérêts, s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement. »

277. L'idée d'un transfert de propriété retardé à l'individualisation des choses fongibles n'est pourtant pas une évidence théorique. La jurisprudence a, en effet, considéré que les dispositions de l'article 1585 du Code civil avaient un caractère supplétif³⁸². Ainsi, parmi les clauses dérogatoires, la clause dite « franco » ne diffère pas le transfert de propriété pour l'acheteur³⁸³. On pourrait donc imaginer que les parties se mettent d'accord pour faire de la vente d'une chose fongible une vente parfaite avant toute individualisation. L'idée est envisageable car il n'est pas indispensable, pour revendiquer une quantité de biens, de désigner ce qui est à soi. C'est l'une des vertus de la fongibilité que de permettre indifféremment une interchangeabilité des biens. Dès lors, la faculté d'exclure qui est la caractéristique des droits réels peut parfaitement jouer, non pas sur un bien déterminé mais sur une chose envisagée d'après ses caractéristiques.

b : Les arguments reposant sur la portée des droits réels

278. Si l'on définit le droit réel par son opposabilité *erga omnes*, l'exigence de la détermination de la chose s'impose dans la mesure où il semble important de distinguer la chose pour pouvoir exclure les tiers. Or, seule la possession d'une chose ayant un corps certain est visible aux yeux des tiers. Ainsi, le *corpus* révèle-t-il aux tiers l'existence du droit.

279. Toute la question est donc de savoir si le *corpus* matériel est nécessaire à l'information des tiers. On pourrait opposer à cette idée que l'existence du droit réel se présume puisqu'il existe très peu de *res nullius*. Ainsi, lorsqu'un tiers se trouve confronté à une chose qu'il sait ne pas lui appartenir, il doit naturellement s'abstenir d'en revendiquer la propriété. Cela présuppose naturellement une connaissance claire de l'étendue de ses droits or certaines situations sont particulièrement ambiguës. C'est la raison pour laquelle le droit français fait jouer un rôle prépondérant à la possession qui, lorsqu'elle s'exerce de bonne foi sur un bien meuble, prévaut sur le droit de propriété. Si le droit des biens accorde une telle importance à la possession, c'est sans doute parce que l'opposabilité du droit de propriété n'est pas aussi absolue qu'on pourrait le croire. Qu'ils se fondent sur la définition ou sur la

³⁸² Com. 18 avril 1967, JCP, 1968, II, 15481, note J.H.

³⁸³ Com. 20 mai 1986, Bull. civ. IV, n° 98.

portée des droits réels, les arguments avancés par la doctrine ne semblent donc pas suffisants pour écarter toute idée de droit réel portant sur une chose fongible.

2 : Un objet envisageable

280. Qu'elle soit consacrée par le législateur ou par le juge (a), la possibilité d'établir un droit réel sur une chose fongible entraîne certaines conséquences indéniables sur notre conception du droit des biens et particulièrement sur la notion de droit de propriété, évolution que la doctrine moderne encourage en proposant une « classification nouvelle mieux informée des besoins exacts des relations juridiques³⁸⁴ » (b).

a : Une consécration législative et jurisprudentielle

281. Loin d'être hostile à la revendication des choses fongibles, la jurisprudence admet beaucoup plus largement qu'on ne le croit cette action. Dans un arrêt rendu le 7 février 1989, la première chambre civile de la Cour de cassation semble, en effet, ne faire aucune distinction selon que la chose est fongible ou non. La Cour de cassation prévoit ainsi qu'« une telle action peut s'exercer sur toute catégorie de choses, notamment sur les choses fongibles³⁸⁵ ». Avant 1994, la chambre commerciale de la Cour de cassation rendait une solution plus sévère puisqu'elle n'admettait la revendication des choses fongibles qu'à condition qu'elles aient été individualisées³⁸⁶. La solution de la Cour de cassation s'expliquait sans doute par la situation particulière des entreprises en difficulté car, avant 1994, l'entreprise passait avant le paiement des créanciers. En dehors de l'hypothèse des entreprises en difficulté, la Cour de cassation ne semblait pas opposée à la reconnaissance d'une véritable propriété des choses fongibles, c'est la raison pour laquelle elle n'hésitait pas à condamner pour abus de confiance le dépositaire d'une chose fongible rejetant, par la même occasion l'argument selon lequel le déposant perdrait la propriété des choses déposées³⁸⁷.

³⁸⁴ R. LIBCHABER, note sous Cass. civ. 3, 4 juillet 2001, D. 2002, Jur., p. 433.

³⁸⁵ Cass. civ. 1, 7 février 1989, n° 85-17531.

³⁸⁶ Cass. com., 25 mars 1997, n° 94-18337 : « Attendu que si le caractère fongible d'un bien ne fait pas lui-même obstacle à sa revendication, celle-ci ne peut aboutir que dans la mesure où le bien en cause n'a pas été confondu avec d'autres de même espèce. »

³⁸⁷ Cass. crim. 30 mai 1996, n° 95-82487 ; Cass. crim., 17 octobre 1994, n° 93-85211.

282. Parmi les dispositions législatives ayant consacré la notion de droit réel sur une chose fongible, les textes relatifs au warrant ont conduit à une innovation remarquable. Certains warrants sans déplacement (c'est-à-dire sans dépossession) peuvent, en effet, porter sur une quantité de choses fongibles. Créé par la loi du 21 avril 1932, le warrant pétrolier a, par exemple, permis aux importateurs d'essence de trouver du crédit sur leurs stocks en mettant en gage non pas une marchandise déterminée mais une certaine quantité d'essence de leur stock. Dans une telle hypothèse, la sûreté réelle porte sur une chose fongible. Il n'y a donc aucun obstacle théorique à ce qu'un droit réel porte sur une chose fongible. Un pas décisif a, par ailleurs, été franchi avec la loi du 10 juin 1994.

283. La loi du 10 juin 1994, sur laquelle nous reviendrons par la suite³⁸⁸, a marqué une évolution considérable en permettant la revendication des choses fongibles pourtant mélangées avec d'autres lors d'une procédure collective. L'article 621-122 prévoit, en effet, que « la revendication en nature peut également s'exercer sur des biens fongibles lorsque se trouvent entre les mains de l'acheteur des biens de même espèce et de même qualité ». La disposition est particulièrement claire et n'autorise rien de moins que la revendication d'une chose fongible³⁸⁹. C'est donc admettre qu'il n'y a aucun obstacle théorique majeur à ce que la propriété porte sur un tel bien.

284. En voulant protéger le propriétaire, le législateur a profondément modifié notre conception classique du droit des biens.

³⁸⁸ Cf. infra n°1067.

³⁸⁹ En droit romain, une telle revendication était tout à fait possible, comme l'attestent quelques textes du Digeste : « *Pomponius scribit : Si quid, quod ejusdem naturae est, ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possit, non totum, sed pro parte esse vindicandum : ut puta meum, et tuum argentum in massam redactum est : erit nobis commune, et unusquisque pro rata ponderis quod in massa habemus, vindicabimus, etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet.* (D. 6-1-I-3-§2) » et le même Pomponius d'ajouter quelques lignes plus loin : « *Si fumentum duorum non voluntate eorum confusum sit, competit singulis in rem actio in id, in quantum paret in illo acervo suum cujusque esse. Quod si voluntate eorum commixta sunt, tunc communicata videbuntur, et erit communi dividundo actio.* (D. 6-1-I-5) »

Traduction proposée : « Si deux choses de même nature, et appartenant à différents maîtres sont tellement mêlées et confondues au point qu'elles ne puissent pas être distinguées, ni séparées l'une de l'autre, l'un des maîtres ne peut pas revendiquer la totalité, mais seulement une partie ; par exemple, si mon lingot d'argent se trouve confondu et réduit avec le vôtre dans une même masse, le total deviendra commun entre nous, et chacun intentera son action en revendication à proportion du poids qu'il a dans la masse, quand bien même on ignorerait quel poids chacun peut avoir. » et le même Pomponius d'ajouter : « Si le blé de deux personnes se trouve mêlé sans leur volonté, chacune d'elles a une action en revendication pour la portion qui lui appartient dans le monceau. Si le mélange s'est fait par leur consentement, le monceau sera commun entre elles, et il y aura lieu à l'action en partage d'une chose commune. »

b : Des conséquences importantes en droit des biens

285. Les conséquences de la revendication des choses fongibles sont particulièrement importantes dans la mesure où elles invitent à repenser la notion de propriété et de droit réel. L'idée d'un droit réel portant sur une chose fongible implique, en effet, une modification profonde de la notion de propriété en confortant sa dématérialisation. À certains égards, la propriété apparaît sous l'aspect d'une « propriété générique flottante³⁹⁰ » dont l'assiette est virtuelle. Par voie de conséquence, la notion de droit réel se trouve bouleversée puisqu'on peut, dès lors, envisager le droit réel comme un droit « planant et décroché du réel³⁹¹ », pour reprendre l'expression de M. Cornu. La revendication des choses fongibles semble, effectivement, contraire à la notion même de droit réel défini comme un droit direct et immédiat sur une chose à moins d'en proposer une vision dématérialisée et abstraite. L'objet du droit réel devient alors abstrait, virtuel, latent suivant ainsi l'évolution du droit des biens vers une plus grande abstraction. On constate le même phénomène lorsque le droit réel porte sur des biens consommables ou rendus consommables par l'effet de la volonté.

B : Les droits réels portant sur des choses consommables

286. Si le mécanisme du quasi-usufruit semblait marginal en 1804, il s'est considérablement développé avec l'apparition de nombreux biens consommables. Son domaine s'est également étendu par l'effet du contrat. La jurisprudence et la doctrine offrent, en effet, aux parties la possibilité de rendre consommable l'objet de leur droit réel (1), ce qui entraîne des conséquences sur la notion même de droit réel (2).

1 : La possibilité de créer des choses consommables

287. Si l'on devait se contenter d'analyser les droits réels portant sur des choses consommables par nature, l'objet de notre étude serait assez limité mais la consommabilité n'est pas nécessairement naturelle ; elle peut également résulter de la volonté des parties (a),

³⁹⁰ D. MARTIN, De la revendication des sommes d'argent, Dalloz, 2002, n°44, Chronique, p. 3279.

ce qui accentue la force créatrice du contrat en matière de droit réel. Il est, en effet, communément admis que les parties puissent modifier la nature du bien en octroyant une prérogative supplémentaire au titulaire du droit réel démembré : l'*abusus* (b).

a : La consomptibilité par la volonté des parties

288. La doctrine est quasiment unanime sur la possibilité de rendre un bien consomptible par la volonté de l'homme³⁹² et ce, malgré les réticences formulées notamment en matière fiscale³⁹³. Concernant la donation avec réserve de quasi-usufruit, le droit fiscal estime, en effet, que le quasi-usufruitier est resté propriétaire et que la plus-value de la vente des biens doit se calculer abstraction faite de la donation. La position du droit fiscal s'explique aisément par l'ambiguïté de la situation du quasi-usufruitier dont le droit se rapproche d'un véritable droit de propriété. Pour autant, le montage contractuel n'en demeure pas moins valide.

289. La jurisprudence n'est pourtant pas parfaitement claire sur cette question puisque le seul arrêt qu'elle a rendu sur le sujet repose sur une confusion entre la consomptibilité et la fongibilité. Dans cet arrêt, la Cour de cassation prévoit « que les choses qui ne sont pas fongibles par nature peuvent devenir telles par la convention des parties, auquel cas les dispositions de l'article 587 du Code civil leur sont applicables³⁹⁴. » Aucune autre décision n'est, par la suite, intervenue pour rectifier cette confusion. Pourtant, on déduit classiquement de cette solution le principe d'une consomptibilité volontaire. Il est vrai que l'arrêt fait référence à l'article 587 du Code civil relatif au quasi-usufruit et que les notions de

³⁹¹ G. CORNU, préc.

³⁹² M. GRIMALDI et J.-F. ROUX, La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit, Dalloz, 1994, Chronique, p. 221 ; Fr. TERRE et Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, Collection droit privé, 6^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002, n°791, p. 642 ; Fr. ZENATI et Th. REVET, Les biens, Collection Droit fondamental, 2^{ème} édition refondue, Paris : PUF, 1997, n° 220 ; Y. PACLOT, Remarques sur le démembrement des droits sociaux, JCP, 1997, éd. E, I, 674 ; R. GENTILHOMME, Apports de titres et démembrement de propriété, JCP, 1994, éd. not. et immob., Prat., 2989 ; J.-C. BRAULT, Une convention de quasi-usufruit généralisée après le décès, Defrénois, 1997, art. 36400

³⁹³ A. BOITELLE, Réflexions sur la donation entre vifs portant sur des choses non consomptibles avec réserve de quasi-usufruit, JCP, 1994, éd. not. et immob., I, p. 1761 ; M.-F. SALLE et Y. CHEVALLIER, Les risques fiscaux du quasi-usufruit dans les donations de titres, Dr. et patrimoine, janvier 1997, n° 45 ; A. CHAPPERT, La donation avec réserve de quasi-usufruit : une possibilité à utiliser avec modération en matière fiscale, Defrénois, 1997, Art. 36617, p. 906.

³⁹⁴ Cass. req., 30 mars 1926, Dalloz hebdomadaire, 1926, 217.

fongibilité et de consomptibilité se recourent fréquemment³⁹⁵. Rien ne s'oppose donc à la reconnaissance jurisprudentielle du pouvoir créateur de la volonté, ce que le praticien a parfaitement compris.

290. La pratique s'est emparée de cette marge de liberté pour étendre les prérogatives de l'usufruitier, en constituant une sorte de « super-usufruit³⁹⁶ » sur le bien qu'elle qualifie encore de « propriété-jouissance³⁹⁷ » et qui consiste à octroyer au tiers une prérogative importante : l'*abusus*.

b : L'octroi d'une prérogative supplémentaire : l'abusus

291. Lorsque le bien est rendu consomptible, l'usufruitier jouit, de facto, d'un droit de disposition. Un tel droit de jouissance implique un pouvoir d'*abusus* qui normalement se rattache au droit de propriété. Pour la majorité de la doctrine, l'*abusus* est, en effet, considéré comme l'élément essentiel du droit de propriété³⁹⁸, c'est pourquoi le mécanisme du quasi-usufruit soulève des difficultés.

292. L'analyse de la propriété comme un pouvoir de disposition a été élaborée en réaction à la conception médiévale qui assimilait la propriété aux utilités de la terre. À cette époque, en effet, là où il y avait maîtrise, il y avait propriété. Ce n'est qu'à partir du XVI^{ème} siècle, avec l'essor du commerce, que le droit de disposer de la chose a commencé à s'imposer comme un attribut du droit de propriété³⁹⁹ ou, plus exactement, comme une prérogative appartenant au propriétaire de la maîtrise corporelle de la chose⁴⁰⁰. C'est à partir de cette date que la doctrine a opposé la propriété corporelle permettant de disposer de la

³⁹⁵ L'article 587 prévoit, en effet, que la restitution peut porter sur une chose équivalente.

³⁹⁶ B. PAY, Pratique du démembrement de propriété sur le capital-décès assurance-vie, JCP, 1996, éd. not. et immob., n° 30-35, prat. 3797, p. 1116.

³⁹⁷ A. BOITELLE, Réflexions sur la donation entre vifs portant sur des choses non consomptibles avec réserve de quasi-usufruit.

³⁹⁸ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CINAMONTI, Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, Les biens, 2^{ème} édition, Paris : L.G.D.J., 2000, n° 83 s., p. 86 ; J. CARBONNIER, Droit civil, Les biens, t. III, Collection Thémis, 18^{ème} édition refondue, Paris : P.U.F., 1998 ; D. BERRA, Le principe de la libre disposition des biens, thèse Nancy, 1969.

³⁹⁹ A.-M. PATAULT, Introduction historique au droit des biens, Collection Droit fondamental, droit civil, 1^{ère} édition, Paris : PUF, 1989, p. 143, n° 115.

⁴⁰⁰ BARTOLE : « La propriété est la pleine disposition d'une chose corporelle. », Comm. 17, 1, Dig., 41.2.

chose et les autres droits réels portant sur des choses incorporelles : les utilités de la chose, d'où est tirée l'idée d'un démembrement de la propriété. Le droit de disposer devient alors progressivement l'élément essentiel de la propriété.

293. Au début du XX^{ème} siècle, l'analyse de l'*abusus* comme composante du droit de propriété a été remise en cause. La doctrine a, en effet, tenté d'écarter cette prérogative des attributs classiques en estimant que « ce qui est transféré ne peut être en même temps ce qui transfère⁴⁰¹ ». Ce raisonnement ne nous paraît toutefois pas exact dans la mesure où il repose en réalité sur l'analogie du « jet de pierre » qui ne saurait s'appliquer à la notion de droit subjectif⁴⁰². Un tel raisonnement témoigne de la difficulté d'appréhender le concept de « simultanéité » en droit. Puisque le transfert de propriété joue de plein droit par principe, il n'y a rien d'étonnant à ce que, à un instant t, la prérogative transférée soit utilisée par le propriétaire qui cède son bien. Il semble donc douteux de séparer le droit de céder le bien des autres prérogatives du droit de propriété. L'*abusus* fait donc pleinement partie des prérogatives de ce droit. Pour autant, son caractère prépondérant peut être discuté.

294. Le droit de propriété semble pouvoir être maintenu tout en étant dépourvu, pour un temps, de son droit de disposer. La clause d'inaliénabilité est un premier exemple significatif puisque, le propriétaire n'ayant plus le droit de vendre le bien, il se trouve privé d'une partie de son *abusus*. Pourtant, le doyen Carbonnier⁴⁰³ conteste cet exemple. L'auteur estime que « la pleine aliénabilité, cessibilité, transmissibilité du bien est un attribut capital de la propriété » et qu'il « peut sans doute exister des propriétés inaliénables, mais cette inaliénabilité n'est jamais entière, ni perpétuelle ». Bien entendu, nous ne nions pas le caractère temporaire des clauses d'inaliénabilité toutefois l'argument avancé par le doyen Carbonnier nous semble insuffisant car tous les démembrements de la propriété sont, en principe, temporaires. La limitation dans le temps des clauses d'inaliénabilité ne fait donc pas de l'*abusus* une prérogative à part, un attribut fondamental par rapport à l'*usus* ou au *fructus*. Ainsi, les limites portées au droit de disposer de la chose ne sont-elles pas des atteintes au droit de propriété comme l'atteste la décision du Conseil Constitutionnel rendue le 4 juillet

⁴⁰¹ F. DE VISSCHER, *Le jus abutendi*, R.T.D. civ. , 1913, p. 341.

⁴⁰² D'après cette analogie, la force qui conduit le mouvement du jet de pierre doit être distinguée de la pierre elle-même.

⁴⁰³ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, Collection Thémis, 19^e éd., Paris : P.U.F., 2000, n° 84, p. 150.

1989⁴⁰⁴ à propos d'une loi soumettant la vente des actions des sociétés privatisées à un contrôle administratif. Le Conseil a considéré qu'une telle disposition ne remettait pas en cause le droit de propriété mais constituait une limitation à certaines modalités de son exercice.

295. Le déclin de la liberté de disposer s'est surtout manifesté par les entraves au droit de ne pas disposer. Ainsi, dans un souci de protection de certains locataires⁴⁰⁵, le législateur impose parfois au propriétaire la location de son bien. La collectivité contrôle, de plus en plus fréquemment, l'usage que fait le propriétaire de son bien. D'une manière générale, le droit de disposer est profondément limité que ce soit au nom de l'intérêt général ou au nom de l'intérêt privé.

296. Ainsi, rien n'interdit au propriétaire de se départir, pour un temps de son droit de disposer. Tant que la restriction demeure temporaire, celui-ci dispose encore de son droit en se privant de sa disposition.

2 : Les effets de la consomptibilité sur la notion de droit réel

297. La consomptibilité permet au tiers ayant un droit de jouissance sur la chose d'en disposer. Son droit lui confère ainsi l'ensemble des prérogatives utiles d'un véritable propriétaire. Aussi, sa situation s'apparente-t-elle à un quasi-droit de propriété. En réalité, la doctrine est divisée sur la question de la nature d'un tel droit et certains auteurs préfèrent voir dans le quasi-usufruit un usufruit renforcé⁴⁰⁶. Admettons, pour l'instant, qu'il s'agisse d'un droit de propriété, il convient, d'ores et déjà, de préciser que ce droit n'est ni perpétuel ni absolu⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ CC, 4 juillet 1989, D. 1990, II, 209, note F. Luchaire; RTD civ., 1990, p. 519, note Fr. Zenati.

⁴⁰⁵ P. COSTE-FLORET, La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil et depuis le Code civil, thèse Montpellier, 1935 ; G. RIPERT, Le statut du fermage du droit contractuel au droit de l'entreprise, D. 1946, Chron., p. 1 ; J. DERRUPPE, La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, thèse Toulouse, 1951, Paris : Dalloz, 1952.

⁴⁰⁶ B. PAY, Pratique du démembrement de propriété sur le capital-décès assurance-vie, JCP, 1996, éd. not. et immob., n° 30-35, prat. 3797, p. 1116.

⁴⁰⁷ E. DOCKES, Essai sur la notion d'usufruit, RTD civ. 1995, p. 497.

298. Quoi qu'il en soit, le droit du propriétaire d'origine est réduit à sa plus simple expression puisqu'il apparaît comme une coquille presque vide. Pour la doctrine, le droit du quasi-nu-propriétaire n'est même pas un droit de propriété, il s'agit plutôt d'un droit de créance. La doctrine considère que le droit se mue en une créance de restitution qui ne peut s'exercer que contre l'usufruitier. Une telle conception est largement inspirée par l'analyse classique faisant du droit de propriété un droit portant sur une chose matérielle. Il nous semble préférable de considérer que le quasi-usufruit entraîne une dématérialisation de l'objet de la propriété par subrogation réelle. Ainsi, le droit du quasi-nu-propriétaire demeure, selon nous, un véritable droit réel⁴⁰⁸. L'évolution du droit des biens tend d'ailleurs à confirmer ce phénomène de dématérialisation.

§2 : Le droit réel portant sur une chose incorporelle

299. Déjà constatée à travers l'admission des droits réels portant sur des choses fongibles, la dématérialisation du droit de propriété marque l'évolution du droit français⁴⁰⁹. L'idée de propriété incorporelle est la plus nette illustration de la nécessité d'idéaliser quelque peu le droit réel en le détachant de son objet matériel pour envisager la relation abstraite entre l'homme et le bien. Les rédacteurs du Code civil n'ont pourtant pas perçu cette réalité puisqu'ils ont surtout envisagé les droits réels de choses corporelles. Avec la dématérialisation des biens et la consécration des propriétés incorporelles (A), le droit réel a vu s'étendre considérablement son objet. Aussi, est-il possible d'envisager un droit réel portant sur une chose incorporelle (B), l'évolution de l'objet du droit de propriété ayant, logiquement, entraîné une transformation de l'objet du démembrement de propriété.

A : La propriété incorporelle

300. Dans une conception classique du droit des biens, la chose est censée avoir un *corpus* car le droit de propriété est « édifié sur la matière et pour la matière⁴¹⁰ ». L'évolution

⁴⁰⁸ Cf. infra n°850.

⁴⁰⁹ Fr. ZENATI, L'immatériel et les choses, APD, t. 43, 1999, p.79.

⁴¹⁰ J. CARBONNIER, Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur, 10ème édition, Paris : L.G.D.J.,

du droit des biens nous invite toutefois à remettre en cause ce présupposé issu de l'interprétation du droit romain (1), ce qui permet d'étendre le concept de propriété aux choses incorporelles (2).

1 : La question du *corpus* de la chose

301. L'idée que les choses ont nécessairement un *corpus* est tirée d'une interprétation discutable du droit romain qui a fortement inspiré notre conception du droit des biens⁴¹¹ (a). La dématérialisation des biens a toutefois tendance à s'accélérer (b).

a : Une interprétation discutable du droit romain

302. L'attachement de la doctrine classique à la matière se révèle par le phénomène d'incorporation du droit de propriété, assimilé au bien sur lequel il porte. Cet attachement résulte de l'interprétation du droit romain par les romanistes et de l'interprétation de la classification stoïcienne proposée par Gaius au II^{ème} siècle. Il s'avère que les romains qui ignoraient la notion de bien, connaissaient le concept de choses corporelles (*quae tangi possunt*) et incorporelles (*quae jure consistunt*)⁴¹². Le Digeste prévoit, en effet, que « *quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabilis. Incorporales sunt, quae angere non possunt : qualia sunt ea, quae in jure consistunt : sicut hereditas, ususfructus, obligatione quoquomodo contractae*⁴¹³(...) ». Cette classification a été interprétée, non pas dans le sens d'une variété des objets du droit de

1998, p. 317.

⁴¹¹ Fr. ZENATI, L'immatériel et les choses, APD, t. 43, 1999, p. 79 : « L'idée que les choses sont nécessairement des corps n'est pas romaine mais romaniste et l'idéalisme moderne n'a pas su se départir de cette tradition malgré sa propension à l'abstraction. »

⁴¹² C.-H. GRZEGORCZYCK, Le concept de bien juridique : l'impossible définition ?, A.P.D., t. 24, 1979, p. 259.

⁴¹³ D. 1-8-I-2-§1, in *Corps de droit civil romain en latin et en français, t. 1, Les cinquante livres du Digeste ou des pandectes de l'empereur Justinien*, Aalen : Scientia Verlag, 1979, traduction M. Hulot : « Il y a des choses corporelles et des choses incorporelles. Les choses corporelles, sont celles qui tombent sous les sens, comme une terre, un homme, un habit, l'argent, l'or, et une infinité d'autres choses. Les choses incorporelles sont celles qui ne tombent point sous les sens, comme sont celles qui consistent dans un droit ; par exemple, la succession, l'usufruit, les obligations de quelque manière qu'elles soient contractées. »

propriété mais comme posant une distinction entre le droit de propriété et les autres droits⁴¹⁴. La plupart des auteurs considèrent, en effet, que le droit de propriété n'est pas absent de la classification mais figure, confondu avec son objet corporel, parmi les *res corporales*⁴¹⁵. Au soutien de cette thèse, M. Monier fait remarque que la notion de dominium est apparue en même temps que la distinction des *res corporales* et des *res incorporales*.

303. Une partie de la doctrine française⁴¹⁶ et italienne⁴¹⁷ conteste cette interprétation, considérant que les interprètes du droit romain auraient dévoyé les concepts⁴¹⁸. Pour le professeur Villey, il est hasardeux de comparer les concepts romains à nos notions juridiques dans la mesure où le droit romain ignorait la notion de droit subjectif⁴¹⁹. Selon l'auteur, le mot « *jus* » n'est traduit par « droit » que par facilité. En réalité, Gaius ne propose qu'une classification des choses (*res*) dans ce livre premier. Au soutien de sa thèse, M. Villey reprend un par un les exemples de *res incorporales* cités par Gaius et constate qu'il s'agit, pour les romains, de choses et non de droits. Par conséquent, les choses incorporelles pourraient être l'objet du droit de propriété, au même titre que les choses corporelles. D'ailleurs, les textes romains évoquent parfois l'idée d'un *dominium* portant sur une chose incorporelle et notamment sur un droit⁴²⁰.

⁴¹⁴ A.-M. PATAULT, Introduction historique au droit des biens, Collection Droit fondamental, Droit civil, 1^{ère} édition, Paris : PUF, 1989, n°3 : « Ainsi, en opposant les choses corporelles aux choses incorporelles, Rome oppose, d'une part, la propriété, par laquelle l'homme appréhende directement et corporellement les choses, d'autre part les droits sur les choses qui sont des rapports entre les hommes, organisés par la science des juristes. »

⁴¹⁵ P.-F. GIRARD, Manuel élémentaire de droit romain, édition présentée par J.-F. Lévy, 8^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2003, p. 273.

⁴¹⁶ M. VILLEY, L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains, RHD, 1946-1947, p. 223 et 225 ; Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Paris : Dalloz, 2002, p. 168 s. ; Fr. ZENATI, Pour une rénovation de la théorie de la propriété, RTD civ., 1993, p. 307 s. ; J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et Th. REVET, De la propriété comme modèle, in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris : LITEC, 1993, p. 281 s.

⁴¹⁷ V. SCIALOJA, *Teoria della proprieta nel diritto romano, Lezioni ordinate curate edite da Pietro Bonfanti*, Rome : Anonima Romana Editoriale, 1933, p. 233 ; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprieta e la formazione dei « lura praediorum » nell'età repubblicana*, t. 1, Collection Universita di roma : pubblicazione dell'Istituto di diritto romano, Milan : A. Guiffre editore, 1969 ; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, t. 2, *La proprieta*, Rome : A. Sampaolesi et Citta de Castello : Soc. An-tip Leonardo da Vinci, p. 206-207.

⁴¹⁸ F. MOURLON, Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon, contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques, t. 1, 5^{ème} édition, Paris : A. Marescq et E. Dujardin, 1858, p. 643.

⁴¹⁹ M. VILLEY, Leçons d'histoire de la philosophie du droit, préc., p. 169 : « Les savants modernes ont coutume de projeter le droit subjectif dans leurs exposés de droit romain : ils traitent de droit de propriété, du droit réel... chez les romains ; ne serait-ce pas à tort et ne risque-t-on pas de fausser les règles romaines en les présentant dans des cadres pour lesquelles elles ne sont pas faites. »

⁴²⁰ V. SCIALOJA, *Ibid.*, p. 233 s.

304. L'analyse du droit romain sous l'angle des droits subjectifs semble donc discutable. Elle n'explique d'ailleurs pas pourquoi le droit de propriété, droit subjectif par excellence, ne figure pas dans la liste des *res incorporales* dressée par Gaius. Rien ne justifie, en effet, l'assimilation du droit de propriété à un objet corporel. Inspiré par Pothier⁴²¹, notre Code civil semble, en tout cas, se détacher de cette vision classique.

b : L'accélération de la dématérialisation

305. L'avancée de l'immatériel dans le droit des biens est un phénomène souvent décrit par la doctrine et renforcé par l'émergence de la notion de *corpus* virtuel. Cette idée est, en effet, véhiculée par le droit positif, que ce soit par le biais de la loi ou de la jurisprudence⁴²².

306. Le Code civil n'hésite pas à évoquer l'idée d'une propriété portant sur une rente viagère (articles 1980, 1982, 1983). Il envisage même l'hypothèse d'un démembrement portant sur un droit, que le droit fasse l'objet d'un usufruit (articles 588 et 597 du Code civil) ou d'une sûreté réelle (article 2118 du Code civil). Dans certains cas, la loi fait même apparaître l'idée d'une possession portant sur un objet immatériel. Tel est le cas de l'article 1240 du Code civil⁴²³ ou encore de l'article 2076⁴²⁴ du même code. Le même constat peut être dressé concernant les textes relatifs au fonds de commerce et notamment la loi du 17 mars 1909⁴²⁵ puis celle du 29 juin 1935⁴²⁶. De la même manière, la loi du 2 janvier 1968⁴²⁷ fait référence à la possession des inventions. La loi du 23 décembre 1988⁴²⁸ déclare copropriétaires des valeurs mobilières les membres des fonds communs de placement. Enfin,

⁴²¹ POTHIER, Traité du droit de domaine de propriété, Paris, 1772, p. 5, 19, 210 s., 378 s.

⁴²² Le juge autorise, depuis longtemps, que l'action en revendication puisse porter sur un meuble incorporel. Civ. 16 janvier 1914, D. 1914, 1, 12 ; Com. 21 novembre 1995, Bull. civ., IV, n° 266 et Caen, 16 septembre 1993, D. 1994, p. 192, note Regnaut-Moutier (pour la revendication d'un fonds de commerce) ; 22 octobre 1996, Bull. civ., IV, n° 252 (revendication d'un brevet).

⁴²³ Article 1240 : « Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé. » Nous soulignons.

⁴²⁴ Article 2076 : « Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties. » Nous soulignons.

⁴²⁵ Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement de fonds de commerce, JO, 19 mars 1909, p. 2809.

⁴²⁶ Loi du 29 juin 1935, relative au règlement du prix de vente des fonds de commerce, JO, 30 juin 1935, p. 6914.

⁴²⁷ Loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention, JO, 3 janvier 1968, p. 13.

⁴²⁸ L. n° 88-1201 du 23 décembre 1988 ; RTD civ., 1989, p. 162.

le législateur accorde au créancier titulaire d'un gage de comptes d'instruments financiers un véritable droit de rétention⁴²⁹, ce qui ne semble pas si étonnant lorsqu'on relit l'article 2228 du Code civil en vertu duquel « la possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom. » Le droit procédural⁴³⁰ s'est également fait l'écho de la dématérialisation de l'objet du droit de propriété en admettant la revendication des choses incorporelles. Ainsi, le décret du 31 juillet 1992 prévoit la saisie des valeurs mobilières et des parts des associés. De même, la loi du 9 juillet 1991⁴³¹ organise la saisie des biens incorporels⁴³². Enfin, la loi du 10 juin 1994 permet la revendication en nature « des biens fongibles lorsque se trouvent entre les mains de l'acheteur des biens de même espèce et de même qualité⁴³³. » Si l'on admet la saisie et la revendication des choses incorporelles, il convient logiquement d'admettre l'idée d'une propriété portant sur un tel objet. La notion de bien s'est donc développée sous l'impulsion du législateur et la diversification des richesses économiques, entraînant avec elle de profondes modifications dans notre système juridique.

2 : L'intégration des choses incorporelles dans le système du droit des biens

307. L'éventualité d'un droit de propriété portant sur des choses incorporelles entraîne des conséquences importantes dans notre système juridique, nous obligeant à redéfinir les notions de propriété et de droit réel (a). Ainsi, l'évolution révèle-t-elle les lacunes structurelles de notre système classique (b).

⁴²⁹ Loi n°83-1 du 3 janvier 1983, modifiée par la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996.

⁴³⁰ J. VINCENT et J. PREVAUT, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 19^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1999, n° 66.

⁴³¹ Loi n°91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, JO 14 juillet 1991, p. 9228.

⁴³² L'article 59 de la loi du 9 juillet 1991 prévoit que « tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut faire procéder à la saisie et à la vente des droits incorporels, autres que les créances de sommes d'argent, dont le débiteur est titulaire » et l'article 74 d'ajouter que « la saisie conservatoire peut porter sur tous les biens mobiliers, corporels ou incorporels, appartenant au débiteur. Elle les rend indisponibles ».

⁴³³ Article L 621-122 alinéa 3.

308. Si l'idée d'une propriété incorporelle fait son chemin en droit positif, encore faut-il mesurer les effets d'une telle évolution sur le concept de propriété et sur la notion de droit réel. En conquérant ces nouveaux objets, le droit de propriété étend son « impérialisme ». Une partie de la doctrine critique cet élargissement de l'objet de la propriété aux choses immatérielles dans la mesure où une telle extension ne permet plus de retenir de la propriété qu'une définition très vague, très large, au point même de raviver les multipropriétés de l'ancien droit. Il est vrai qu'une telle analyse peut être rapprochée de la conception du droit de propriété des pays de Common law. Le professeur Atias considère d'ailleurs « qu'il n'y a peut-être rien à gagner à l'emprunt de la terminologie anglo-saxonne qui donne un sens très large à l'expression 'droit de propriété'⁴³⁴. » Certaines thèses les plus poussées font, en effet, du droit de propriété le paradigme des droits subjectifs, ce que critiquent quelques auteurs⁴³⁵ car la propriété se perdrait si tout devenait droit de propriété. L'idée est assez simple : si l'on admet la propriété des choses incorporelles alors, il convient d'admettre la propriété des droits. Dès lors, les droits seraient l'expression du droit subjectif de propriété. Cette thèse nous semble excessive.

309. Admettre la propriété des choses incorporelles, ce n'est pas admettre la propriété de toutes les choses incorporelles car il convient, bien entendu, d'exclure du domaine de la propriété les droits subjectifs n'ayant aucune valeur patrimoniale, comme les droits de la personne. Les notions de propriété et de droit subjectif ne sont donc pas réductibles l'une à l'autre. Ainsi, si la propriété est un droit subjectif, tous les droits subjectifs ne sont pas des propriétés. Dans toutes les hypothèses où l'on reconnaît la propriété d'un droit, c'est parce que le droit en question a une valeur qu'il est possible d'appréhender⁴³⁶ : il

⁴³⁴ Ch. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, 5^{ème} édition, Paris : Litec, 2000, n° 508-a, p. 449.

⁴³⁵ D. GUTMANN, *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens*, Les ressources du langage juridique, A.P.D., 1999 : « La propriété deviendrait une affaire de jeu de mots, un modèle tantôt « adopté » tantôt « reproduit » de façon 'fidèle' ou 'rudimentaire', en bref, un paradigme sur lequel on pourrait divaguer à l'infini sur le mode métaphorique. Le droit privé dans son ensemble - hormis peut-être certains aspects du droit des personnes - ne serait plus qu'une vaste broderie sur le canevas du droit de propriété. »

⁴³⁶ A. PIEDELIEVRE, *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien*, in *Aspects du droit privé en fin du 20^{ème} siècle, Etudes réunies en l'honneur de M. de Juglart*. Paris : L.G.D.J., Montchrestien, Editions techniques, 1986, p. 55 : « il faut bien concevoir que l'intervention de la personne lorsqu'elle s'approprie une chose la transforme juridiquement en bien. »

s'agit donc d'un bien⁴³⁷. Reste alors à savoir si un tel bien s'intègre dans notre système juridique.

b : La question des lacunes structurelles du système

310. L'intégration des choses immatérielles dans le système du droit des biens soulève la question de savoir quelles sont les lacunes du droit des biens. Prévues à l'origine pour les biens immobiliers, les dispositions du Code civil semblent, en effet, relever davantage du droit spécial que du droit commun. Tout le problème est donc de savoir si l'on peut intégrer les choses immatérielles dans le droit des biens par un raisonnement par analogie ou s'il faut procéder plutôt par néologie⁴³⁸. Il s'agit ici de confronter le régime juridique normal des choses corporelles et celui des choses incorporelles.

311. L'un des principaux problèmes rencontrés est celui du caractère temporaire de certaines propriétés incorporelles. La propriété étant un droit perpétuel, elle s'accommoderait mal des choses incorporelles. Pourtant, le bail superficiaire octroie, selon la doctrine, un droit de propriété temporaire sur une chose corporelle au preneur sans que personne ne s'en émeuve. Quant aux différents modes d'acquisition de la propriété, ils s'appliquent parfaitement aux choses immatérielles. Certes, l'occupation des choses immatérielles est impossible mais il en va de même pour certaines choses corporelles. En ce qui concerne les autres modes d'acquisition, les choses incorporelles ne sont pas différentes des autres biens dans la mesure où elles sont parfaitement susceptibles de transmission ou d'accession par production⁴³⁹. Quant à la possession des choses incorporelles, elle semble produire certains effets, comme en témoigne l'article 2228 du Code civil. Enfin, comme nous avons déjà pu le constater, la revendication des choses incorporelles qui, selon nous, constitue la preuve évidente d'un réel droit de propriété, est consacrée dans de nombreuses hypothèses. Rien ne s'oppose donc à la reconnaissance d'une véritable propriété des choses immatérielles. Par conséquent, le démembrement d'une telle propriété devrait être possible.

⁴³⁷ D. GUTMANN, préc., p. 68 : « la notion de bien n'est pas dépendante de facteurs matériels, car elle désigne plus largement les valeurs économiques susceptibles de figurer dans le patrimoine. »

⁴³⁸ D. GUTMANN, idem, p. 68 : « En matière linguistique, la transposition de cette thèse s'opère aisément et débouche sur l'ultime question qui fonde toutes les autres : du matériel ou immatériel, doit-on passer par analogie ou par néologie ? »

⁴³⁹ Fr. ZENATI, Pour une rénovation de la théorie de la propriété, RTD civ., 1993, p. 307 s.

B : Le démembrement de la propriété portant sur une chose incorporelle

312. Nous n'envisagerons ici que deux exemples de démembrements dont la portée théorique nous semble particulièrement instructive : l'usufruit d'une créance (1) et l'usufruit portant sur une propriété intellectuelle (2).

1 : L'usufruit portant sur une créance

313. La question de l'usufruit des créances est désormais une question classique⁴⁴⁰. On pense bien entendu au cas naturel des usufruits successoraux mais on peut aussi imaginer constituer un tel usufruit par la voie contractuelle en extrapolant quelque peu l'article 581 du Code civil qui prévoit que l'usufruit « peut être établi sur toute espèce de biens meubles ou immeubles. » Pourtant, le principe de l'usufruit d'une créance peut être contesté dans la mesure où l'on imagine assez difficilement qu'un droit réel puisse être établi sur un droit personnel (a). Ces obstacles ont toutefois été surmontés par la doctrine et la jurisprudence qui reconnaissent aujourd'hui l'existence d'un tel usufruit (b).

a : Les obstacles à la reconnaissance d'un usufruit portant sur les créances

314. Les obstacles à la reconnaissance d'un usufruit portant sur les créances sont d'ordre pratique et théorique. Les obstacles pratiques s'opposant à la reconnaissance d'un usufruit sur les créances tiennent aux lacunes du Code civil⁴⁴¹ et à la variété des créances considérées. Contrairement aux droits étrangers⁴⁴², notre Code civil reste, en effet, relativement silencieux sur la question du démembrement des créances alors que le sujet se prête à l'élaboration d'un régime juridique, tant l'objet des créances peut être variable. Lorsqu'on envisage les créances de sommes d'argent, il semble aisément concevable d'imaginer un droit d'usufruit dans la mesure où l'*usus* consiste dans la perception des

⁴⁴⁰ R. LIBCHABER, L'usufruit des créances existe-t-il ?, RTD civ. 1997, p. 615.

⁴⁴¹ J. AUDIER, Biens, Droits dont les biens peuvent être l'objet, Jcl. civ., Article 543 : « Les difficultés pratiques qui résultent de l'usufruit des biens incorporels restent délicates car le Code civil est resté discret sur ces points, à l'exception de l'usufruit des rentes viagères (art. 588) et de l'acquisition des fruits civils par l'usufruitier (art. 584 et 586). »

⁴⁴² Les droits portugais, espagnol, suisse, italien, allemand...

intérêts de la créance mais, lorsqu'on prend l'exemple des créances non monétaires, comme les obligations de faire, il paraît plus délicat d'imaginer un usufruit portant sur une telle obligation⁴⁴³. Pour appliquer le régime de l'usufruit à ces nouveaux objets, la jurisprudence a dû procéder par analogie et étendre le régime de l'usufruit tel qu'il a été établi par les rédacteurs du Code civil, ce qui a soulevé certains obstacles d'ordre théorique.

315. La première difficulté à laquelle on se trouve naturellement confronté lorsqu'on envisage un usufruit portant sur une créance, c'est d'intégrer ce mécanisme dans la distinction traditionnelle des droits réels et personnels⁴⁴⁴. C'est la question que se pose le professeur Libchaber en soulevant le problème de savoir comment « faire sortir un droit réel d'une matrice de droit personnel⁴⁴⁵ ». La créance réside, en effet, dans l'assujettissement juridique d'une personne envers une autre contrairement au droit réel qui est caractérisé par l'assujettissement matériel d'une chose envers une personne. L'usufruit des créances est-il alors encore un droit réel ou s'agit-il plutôt d'un droit personnel ? Si l'usufruit portant sur un usufruit ne pose aucune difficulté théorique, l'usufruit portant sur un droit personnel soulève la question de la nature juridique d'un tel mécanisme.

316. Le second obstacle théorique auquel l'usufruit des créances se trouve confronté est, comme nous avons déjà pu l'entrevoir, l'assimilation des créances à un bien. La question se pose notamment de savoir si une telle assimilation ne met pas en péril la distinction traditionnelle des meubles et des immeubles dans la mesure où cette *summa divisio* repose sur un critère matériel : la mobilité du bien.

b : La reconnaissance d'un usufruit portant sur les créances

317. Reconnu par une partie de la doctrine (α), l'usufruit portant sur une créance est consacré par le droit positif (β).

⁴⁴³ R. LIBCHABER, *Ibid.*, p. 624 : « Ainsi, lorsqu'une créance n'a pas d'objet monétaire ou ne consiste qu'en une obligation de faire sans production de *fructus*, il paraît déplacé d'en évoquer l'usufruit. »

⁴⁴⁴ A. FRANCON, *L'usufruit des créances*, R.T.D. civ., 1957, p. 5 : « Certains contestent l'assimilation jurisprudentielle en se plaçant sur le terrain des qualifications juridiques. Il est arbitraire, disent-ils, de rapprocher de l'usufruit des choses corporelles l'usufruit des créances puisque le premier confère un droit réel alors que le second, par son objet même, ne peut donner naissance qu'à un droit personnel. »

⁴⁴⁵ R. LIBCHABER, *L'usufruit des créances existe-t-il ?* RTD civ., 1997, p. 616.

318. La reconnaissance de la propriété des créances est principalement le fruit des travaux de M. Ginossar qui ont inspiré une partie de la doctrine⁴⁴⁶. Le professeur Ginossar assimile, en effet, le droit exercé par le créancier sur sa créance à un véritable droit de propriété⁴⁴⁷. Ainsi considère-t-il que la créance n'est pas simplement un lien unissant le créancier au débiteur ; elle est également un bien. Il convient donc d'analyser la créance en un double rapport juridique : un rapport relatif et un rapport absolu. En ce sens, la créance est à la fois un lien et un bien. En tant que bien, elle peut être cédée, transférée à titre gratuit ou encore démembrée. Comme nous l'avons déjà évoqué, la thèse du professeur Ginossar a été vivement critiquée⁴⁴⁸. On lui a, en effet, reproché d'entraîner une confusion dans la distinction des droits réels et personnels et de définir beaucoup trop largement le droit de propriété comme l'appartenance de tout droit quel qu'il soit à son titulaire.

319. Sans aller jusque là, il nous paraît possible d'admettre l'idée d'une propriété des créances en retenant une définition plus large de cette notion qui correspond au titre constatant la créance ou encore à la valeur représentée par la créance. C'est, en tout cas, en ce sens que le droit positif et la cour européenne des droits de l'Homme⁴⁴⁹ reconnaissent l'existence d'une propriété des créances.

⁴⁴⁶ G. BLANLUET, Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, Bibliothèque de droit privé, t. 313, Paris : L.G.D.J., 1999, n° 385, p. 236 s. ; Th. BONNEAU, Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, le droit civil, RTD. civ., 1991, p. 9 s. ; M. FABRE-MAGNAN, Propriété, patrimoine et lien social, RTD civ., 1997, p. 603-604 ; C. LASSALAS, L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale, thèse Clermont-Ferrand, 1997, n°380 s., p. 133 s. ; B. LOTTI, Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, Contribution à la distinction de la propriété et des droits réels, thèse dact. Paris XI, 1999, n°233, p. 265 s. ; H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, Leçons de droit civil, t. 1, vol.1, Introduction à l'étude du droit, 12^{ème} éd., par F. CHABAS, n° 166, p. 278 ; M.-A. RAKOTOVAHINY, L'évolution de la notion de créance, thèse Toulouse, 1999, n°237 s., p. 296 s. ; A. REYGROELLET, Le droit du titulaire d'instruments financiers dématérialisés, RTD com., 1999, p. 305 s. ; J.-P. VIENNOIS, La revendication des créances, RRJ, 2001, p. 1424 s. ; Fr. ZENATI, Pour une rénovation de la théorie de la propriété, RTD civ. 1993, p. 310 s.

⁴⁴⁷ S. GINOSSAR, Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, Paris : L.G.D.J., 1960, p. 43 : « Seule la notion de propriété permet d'exprimer non seulement l'idée de maîtrise exercée par le créancier sur sa créance mais encore celle de rapport juridique liant au créancier la généralité des Hommes. »

⁴⁴⁸ J. DABIN, Une nouvelle définition du droit réel, RTD civ., 1962, p. 20, spéc., p. 27.

⁴⁴⁹ Cour EDH, 9 décembre 1994, Les saints monastères, D. 1996, 329, note D. Fiorina ; Cour EDH 16 avril 2002, SA Dangeville c/ France, n° 36677/97, note J.-P. Marguénaud, in Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, par F. Sudre, J.-P., Marguénaud, J. Andriantsimbazovin, A. Goutenoire et M. Levinet, 2^{ème} édition, Paris : PUF, 2004, p. 521 ; Cour EDH, 20 novembre 1995, Pressos Compania Naviera, SA et autres, Série A 332, JCP, 1996, I, 3910, note F. Sudre. Pour les actions : Cour EDH, 9 juillet 1986, Lithgow et autres, JCP, éd. Entreprise, 1987, II, 14894, note Jeantet.

320. La reconnaissance d'un usufruit portant sur les créances résulte de l'extrapolation de l'article 581 du Code civil qui prévoit que l'usufruit « peut être établi sur toute espèce de biens meubles ou immeubles » et de l'article 519 du même code qui précise que « sont meubles par la détermination de la loi, les obligations (...) ». La notion de bien ne se résume pas, en effet, aux choses matérielles mais elle désigne plutôt des valeurs économiques intégrant le patrimoine⁴⁵⁰. De plus, en consacrant la cession de créance à l'article 1689, le Code civil en fait nécessairement un bien⁴⁵¹. Le Code civil envisage, en effet, la cession de créance comme une sorte de vente⁴⁵² en lui adaptant le régime de la garantie puisque les articles 1693 et 1694 du Code civil prévoient que le cédant est simplement garant de l'existence de la créance et non pas de la solvabilité du cessionnaire. Il n'est pas question ici d'appliquer telles quelles les obligations de garantie résultant de la vente, comme la garantie de conformité ou encore la garantie des vices cachés.

321. En dehors des dispositions du Code civil, le législateur a consacré l'idée d'une propriété des créances. L'article 1^{er}-1 de la loi Dailly du 2 janvier 1981⁴⁵³ relative à la cession de créances professionnelles en est l'exemple le plus clair. L'article prévoit, en effet, que « la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée ». De la même manière, l'article 12-1 de la loi du 31 décembre 1993 concernant la pension de titres définit le mécanisme comme « l'opération par laquelle une personne morale ... cède en pleine propriété à une autre personne morale ... des valeurs, titres ou effets ... ». Enfin, l'article 122 de la loi du 25 janvier 1985 devenu l'article 621-124 du code de commerce autorise le propriétaire de certaines marchandises à revendiquer le prix ou la partie du prix qui n'a pas encore été payée par le sous-acquéreur au débiteur, ni réglée en valeur ou compensée en compte courant au moment de l'ouverture de la procédure collective.

⁴⁵⁰ D. GUTMANN, Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, Les ressources du langage juridique, A.P.D., t. 43, 1999, p. 68.

⁴⁵¹ Article 1689 du Code civil : « Dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre. »

⁴⁵² Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, Collection Précis droit privé, 7^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1999, n° 1178, p. 1067.

⁴⁵³ Article L 313-24 du code monétaire et financier.

322. Certains arrêts évoquent également l'idée d'une « propriété des obligations » en posant le principe de cession des droits incorporels⁴⁵⁴. Afin de sauvegarder le droit de propriété, la Cour de cassation n'hésite d'ailleurs pas à reporter la réserve de propriété sur la créance du prix de vente.

2 : L'usufruit de la propriété intellectuelle

323. Le premier obstacle à la reconnaissance d'un démembrement des propriétés intellectuelles réside dans les prérogatives reconnues à ces droits de propriété. La question se pose, en effet, de savoir si l'on y retrouve l'*usus, fructus, abusus*. De la même manière que la doctrine a pu douter de l'existence de l'*usus, fructus, abusus* des créances, les prérogatives des propriétés intellectuelles soulèvent des difficultés. Pourtant, certaines choses matérielles ne se prêtent pas aux prérogatives classiques de la propriété sans que l'on puisse douter de leur possible appropriation. Il existe, en effet, une multitude de choses dont on ne peut tirer aucun fruit. Pourtant, nul ne conteste la propriété de ces biens.

324. Le second obstacle repose quant à lui sur le caractère généralement temporaire des propriétés intellectuelles. Si le Code civil n'est pas très explicite sur la question, il apparaît que l'usufruit est un droit temporaire. Arrivé à son terme, l'usufruit disparaît et le propriétaire retrouve l'intégralité des prérogatives sur le bien. Le problème se pose donc lorsqu'au terme de l'usufruit, l'objet du démembrement disparaît. Tel est le cas lorsque le droit sur lequel porte l'usufruit est un droit temporaire comme, par exemple, le droit d'auteur⁴⁵⁵. L'article L 123-1 du code de la propriété intellectuelle prévoit, en effet, que « l'auteur jouit sa vie durant du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire. Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice des ayants droit pendant l'année civile en cours et les 70 années qui suivent ». Dès lors se pose la question de savoir comment s'organise la restitution au terme de l'usufruit si la propriété intellectuelle vient à disparaître. Il semble que l'usufruit devra être écourté suite à la disparition de la propriété, comme cela se produit lorsque le bien est une chose matérielle qui

⁴⁵⁴ CA Paris, 12 décembre 1934, DH, 1935, 89.

⁴⁵⁵ B. DAUCHEZ et J.-P. MARGUENAUD, L'usufruit sur droits d'auteur, Defrénois, n°24/2004, Article 38070, p. 1695.

vient à périr. Les particularités de la propriété incorporelle ne semblent pas être un obstacle dirimant à la constitution d'un usufruit.

Conclusion du chapitre 2 :

325. L'unité du droit de propriété, défendue par les rédacteurs du Code civil, a induit une certaine timidité de la doctrine face aux démembrements de la propriété. Il apparaît pourtant que la catégorie des droits réels n'est pas aussi étroite qu'on veut bien le laisser penser. Si pendant longtemps, la majorité des auteurs a soutenu le principe de limitation des droits réels, la doctrine actuelle est beaucoup plus divisée sur le sujet. De nombreux auteurs admettent le principe de libre création des droits réels. La crainte du retour de la féodalité s'est, en effet, estompée, ce qui a permis une certaine libération et une nécessaire modernisation de la notion de droit réel à travers l'exercice de la liberté contractuelle.

326. Si l'on craignait autrefois la soumission de l'Homme par les droits réels, ils sont aujourd'hui source d'émancipation et les fondements de la théorie du *numerus clausus* des droits réels perdent en puissance. D'une part, l'article 543 du Code civil ne suffit plus pour justifier une quelconque nomenclature des droits réels. D'autre part, pour reprendre l'expression de Gény, les juristes n'acceptent plus « les yeux fermés » de prétendus principes tirés du droit romain. Ainsi, l'absolutisme et l'exclusivisme du droit de propriété sont fortement nuancés. Sans même évoquer les limitations posées par l'ordre public, pouvoir limiter en le démembrant son droit de propriété, c'est aussi en disposer de la façon « la plus absolue ». La jurisprudence s'est prononcée en ce sens. C'est là le paradoxe de l'article 544 car l'utilisation du superlatif est à double tranchant.

327. Les arguments d'ordre théorique ne suffisent plus pour justifier le principe du *numerus clausus* des droits réels. Le seul obstacle réellement pertinent semble plutôt être d'ordre pratique. Pour échapper au régime juridique des droits réels décrit par le Code civil, il convient, en effet, que le droit nouveau soit véritablement original sans pour autant dénaturer la structure même des droits réels. Or, peu de voies ont été explorées jusqu'à présent. Toutes les répartitions originales des attributs du droit propriété n'ont pas été envisagées. Enfin, la doctrine s'est, pour l'instant, refusée d'imaginer une véritable décomposition temporelle de la propriété. Rien ne s'oppose donc à la libre création de nouveaux droits réels. Toutefois, pour préserver l'unité du droit de propriété, la doctrine a suggéré l'idée d'un « ordre public du droit

de propriété ». L'idée est séduisante mais elle manque son but. D'une part, la notion est difficile à définir. D'autre part, ce n'est pas parce qu'un droit est temporaire et incessible que l'unité du droit de propriété est préservée. En conséquence, plutôt que de recourir à ce principe abstrait, il semble préférable de s'en tenir aux lois impératives et au principe de prohibition des engagements perpétuels.

328. D'une manière générale, la liberté contractuelle gagne du terrain. Elle en gagne d'autant plus que l'objet des droits réels ne semble plus limité à la catégorie étroite et figée des choses corporelles individualisées. Les conséquences de cette extension d'objet sont importantes puisque le droit réel se détache ainsi progressivement de la chose à laquelle il était jusqu'à présent associé. La propriété se dématérialise alors, revêtant un caractère beaucoup plus abstrait et beaucoup plus temporaire qu'en 1804.

Conclusion du Titre 1 :

329. Le démembrement de la propriété sous l'effet d'un droit réel semble être le mode normal de partage des prérogatives du droit de propriété. Pourtant, la technique a été vivement critiquée. Certains auteurs sont même allés jusqu'à nier l'idée de démembrement comme contraire au principe d'une propriété pleine et entière. La critique a eu le mérite de nous inviter à redéfinir les notions fondamentales pour défendre la technique du démembrement. Ainsi, la propriété apparaît-elle comme une subtile alliance entre un titre et un émolument qu'il est possible de partager sans dénaturer la propriété. Le droit de propriété est, en effet, un droit complexe. Il est de nature patrimoniale mais il s'agit également d'un droit subjectif. En tant que droit patrimonial, il est composé de divers attributs, traditionnellement regroupés derrière le triptyque « *usus, fructus, abusus* ». En tant que droit subjectif, il est ce qui « est sien », lien entre le propriétaire et l'objet de son droit. Par la technique du démembrement, une ou plusieurs prérogatives sont détachées du droit de propriété et conférées à un tiers par un acte de disposition mais la propriété demeure entière en tant que titre juridique.

330. Le démembrement de la propriété doit donc être défendu. Il est consacré par le droit positif et présente une utilité évidente en tant que technique de gestion du patrimoine. La technique n'est d'ailleurs pas limitée par le sclérosant principe du *numerus clausus* des droits réels. Rien ne s'oppose, en effet, à ce que l'imagination des parties puisse librement s'exprimer afin de créer des droits réels nouveaux. Aussi est-il possible de s'affranchir des créations législatives et d'un droit des biens corseté pour puiser dans les virtualités du Code civil, que ce soit en envisageant un aménagement temporel différent de la propriété ou en modifiant l'usufruit. Ce démembrement classique du droit de propriété peut, en effet, être étendu au point de devenir une quasi-propriété, relative et temporaire. Les conséquences de la liberté contractuelle consacrée en la matière sont importantes puisqu'elles entraînent une désincorporation du droit de propriété. Cette dématérialisation semble d'ailleurs confirmée par l'évolution de l'objet des droits réels qui touche désormais les choses immatérielles mais l'idée d'un usufruit portant sur une créance n'est pas sans conséquence car elle perturbe la distinction classique entre les droits réels et les droits personnels.

331. La distinction des droits réels et personnels se brouille encore lorsque l'on évoque les droits personnels portant indirectement sur un bien. Ce sont des droits comparables aux droits réels, puissants, largement opposables aux tiers et dont la durée ne fait que s'allonger. Aussi, ces droits modifient-ils notre perception du droit de propriété auquel ils portent atteinte⁴⁵⁶.

⁴⁵⁶ E. ROGUIN, *La règle de droit, Analyse générale, spécialités, Système des rapports de droit privé précédé d'une introduction sur la classification des disciplines*, Lausanne : F. Rouge, Libraire éditeur, Paris : Librairie F. Pichon, Leipzig : Librairie K.-F. Koehler, 1889.

Titre 2 : Le démembrement de la propriété par l'effet d'un droit personnel

332. L'idée d'un démembrement de la propriété par l'effet d'un droit personnel peut surprendre puisque le droit personnel est classiquement défini comme le droit subjectif d'exiger d'une personne une prestation. Le bien étant extérieur à cette relation, la propriété ne semble pas pouvoir être atteinte. La situation se complique néanmoins quand la prestation exigible réside dans la jouissance d'un bien. L'hypothèse devient même plausible si l'on remet en cause le lien entre le droit réel et le démembrement de propriété. Elle l'est davantage lorsque l'on sait que le législateur a porté ses plus vives attaques au droit de propriété par le biais des droits personnels. On pourrait donc imaginer un démembrement de propriété par l'effet d'un droit personnel. C'est, en tout cas, ce que suggère timidement une partie de la doctrine.

333. L'éventualité d'un tel démembrement a été évoquée dans quelques thèses et, paradoxalement, ce sont les auteurs opposés à l'idée même de démembrement qui ont dénoncé, les premiers, les effets de certains baux amputant la propriété comme le ferait n'importe quel droit réel. Il est, en effet, étonnant que les mêmes restrictions aux droits du propriétaire n'entraînent pas toutes un même démembrement du droit de propriété, à moins d'admettre que la notion de démembrement soit fautive et inutile, ce qui permet de faire ressurgir la pureté des concepts romains et l'unité du droit de propriété. L'idée est séduisante car il est tentant de tirer les conséquences du rapprochement insistant des concepts de droit réel et de droit personnel mais la conclusion ne convient pas dans la mesure où le démembrement a encore, selon nous, de beaux jours devant lui.

334. Dans une toute autre démarche, d'autres auteurs⁴⁵⁷ proposent une vision « élargie » du démembrement de propriété. La définition classique du démembrement, comme

⁴⁵⁷ C. DAVID, Le démembrement de propriété (aspects juridiques et fiscaux) 87^{ème} congrès des Notaires de France, Montpellier, 5/8 mai 1991, Les petites affiches, 24 avril 1991, n° 49, p. 63 ; E. ROGUIN, La règle de droit, Lausanne : F. Rouge, 1889, p. 273 : « Le possesseur d'un bien grevé d'un usufruit ou de simples servitudes foncières n'est plus propriétaire, pas plus que celui qui aurait aliéné, non sous la forme d'un droit réel, mais sous celle d'une simple obligation, comme dans un bail, une utilisation quelconque de son fonds. »

le fait de « détacher du droit de propriété un droit réel comportant au profit d'un autre que le propriétaire certains des attributs de la propriété⁴⁵⁸ », serait une vision trop étroite. Selon ces auteurs, l'élargissement du concept de « démembrement » est particulièrement apparent en matière fiscale. Il permet, en effet, de lutter contre l'évasion financière au profit d'un plus grand réalisme économique en intégrant les droits personnels à l'actif du bilan.

335. L'extension du domaine de la propriété nous incite à penser qu'il peut y avoir démembrement de propriété par l'effet d'un droit personnel. Puisque la propriété peut porter sur des choses très variées, matérielles ou immatérielles, le concept de démembrement doit être repensé. La frontière est, en effet, très étroite entre le démembrement d'une chose immatérielle et le droit personnel de jouissance. Aussi, n'est-il pas déraisonnable d'émettre l'idée d'un démembrement de propriété consécutif à la création d'un droit personnel. La doctrine constate, en effet, un net renforcement des pouvoirs de jouissance accordés au titulaire de certains droits personnels (Chapitre 1). Aussi convient-il d'élargir notre conception du démembrement de propriété (Chapitre 2).

⁴⁵⁸ Vocabulaire Capitant, Démembrement de propriété, Dalloz, 1988.

Chapitre 1 : Le renforcement des pouvoirs de jouissance

336. Certains droits personnels sont devenus particulièrement puissants. Dans un souci d'autonomie et de réalisme économique, le droit fiscal aurait, le premier, pris la mesure de cette évolution. Le juge fiscal a, en effet, constaté le renforcement des pouvoirs de jouissance issus de certains droits personnels en les intégrant à l'actif du contribuable. Il est vrai qu'en matière fiscale, la distinction entre les droits réel et personnel est quelquefois très ténue. Le droit fiscal aurait-il, mieux qu'un autre, compris l'incertitude de ces notions ? Il s'éloigne, en tout cas, des définitions classiques lorsqu'il le juge pertinent. Du moins, s'y efforce-t-il mais son autonomie n'est guère systématique et elle doit être nuancée. D'une part, tous les droits personnels ne sont pas concernés. D'autre part, le juge fiscal s'en tient parfois à des solutions plus classiques (Section 1).

337. Quant au droit privé, loin d'être réfractaire à toute révision des concepts, il a, très tôt, eu conscience du particularisme de certains droits personnels entretenant avec les biens des liens étroits. Sans doute pour cette raison, la doctrine a remis en cause la distinction traditionnelle entre les droits réel et personnel. La critique a été d'autant plus vive que le critère de distinction fut difficile à établir. La *summa divisio* se trouble nécessairement lorsque les droits personnels se renforcent, notamment en faveur des exploitants (Section 2).

Section 1 : Le renforcement du droit de jouissance en droit fiscal

338. Avec l'accroissement de la pression fiscale, la technique du démembrement de propriété a connu un essor considérable mais l'administration fiscale éprouve une certaine méfiance à l'égard des montages de droits réels. Elle se méfie également des droits personnels lorsqu'ils portent indirectement sur un bien dans la mesure où la distinction entre les droits personnel et réel n'est pas toujours très pertinente. Ainsi, le juge fiscal n'hésite-t-il pas à considérer qu'un droit personnel de jouissance puisse amputer la propriété et fait parfois entrer dans l'actif du contribuable certains droits personnels. Les auteurs soulignent, en effet, la tendance du droit fiscal à appréhender la réalité économique au-delà du simple titre juridique. Le juge fiscal n'est, en effet, ni tenu par les qualifications du droit privé ni contraint par la dénomination choisie par les parties.

339. Certes, le réalisme fiscal a ses limites mais il n'en demeure pas moins que le droit fiscal n'a pas hésité à dépasser les catégories classiques. Accordons-lui le mérite d'avoir pris en considération le net renforcement des droits personnels de jouissance. Dans certaines hypothèses, le juge fiscal applique, en effet, un même régime juridique à des droits de nature différente (§1). À travers l'étude de la jurisprudence, il semble possible d'esquisser un portrait des droits personnels concernés par cette évolution (§2).

§ 1 : L'application du régime fiscal des droits réels aux droits personnels

340. Attribuant aux droits personnels le même régime que les droits réels, le juge fiscal s'en tient à la réalité économique. Il constate que certains droits personnels entrent parfois dans l'assiette fiscale de leur titulaire pour en accroître l'actif (A). Pour autant, le renforcement des prérogatives n'entraîne pas nécessairement une dépréciation économique du droit de propriété (B). Il s'agit alors d'expliquer pourquoi ce qui est attribué à l'un n'est pas nécessairement retiré à l'autre.

A : Intégration du droit personnel à l'actif du contribuable

341. Si l'on suit le conseil d'Eustache Pilon, le droit fiscal fait apparaître la véritable nature d'une opération juridique. Pour une grande partie de la doctrine, le droit fiscal est, en effet, synonyme de réalisme économique. C'est d'ailleurs par souci de réalisme que le juge intègre parfois certains droits personnels dans l'actif du contribuable (1). Le réalisme économique doit toutefois être nuancé (2) dans la mesure où la définition juridique du droit de propriété est encore très présente en la matière.

1 : Le réalisme fiscal

342. Le réalisme fiscal a pour but d'éviter l'évasion financière par l'utilisation dévoyée de certains mécanismes juridiques comme la création de personnes morales où le recours à la location. Le droit fiscal fait donc preuve d'un grand pragmatisme à l'encontre de la personnalité morale (a). De la même manière, la nature juridique du droit du preneur au sens large est parfois difficile à établir. Il s'agit, en principe, d'un droit personnel que le juge fiscal fait pourtant entrer dans l'assiette fiscale du contribuable (b).

a : L'écran de la personnalité morale

343. La société civile immobilière soulève des difficultés car le droit des associés est difficilement définissable. Pour la majorité de la doctrine, les associés des sociétés civiles immobilières n'ont pas de droit de propriété ni même de droit réel sur les immeubles constituant le patrimoine social. Ils ne disposent que d'un droit personnel. Bien que la qualification ait été discutée, il résulte du débat doctrinal que le droit des associés s'apparente davantage à un droit personnel qu'à un droit réel mais, devant l'incertitude de la nature juridique, le juge fiscal a tranché pour une solution pragmatique, assimilant, le plus souvent, le titulaire de parts sociales d'une SCI à un véritable propriétaire.

344. Qu'il jouisse lui-même du bien (α) ou qu'il en fasse profiter un tiers (β), l'associé bénéficie de prérogatives importantes sur le bien que le droit fiscal prend en

compte⁴⁵⁹ afin d'éviter que le recours au montage sociétaire ne soit pas un moyen d'évasion fiscale. D'une manière générale, le législateur a assimilé les porteurs de ces droits sociaux aux propriétaires immédiats de l'immeuble.

α : La jouissance du logement par l'associé

345. Qu'il s'agisse de l'occupation gratuite du logement par l'associé ou de la répartition de la jouissance à travers le mécanisme des sociétés de jouissance à temps partagé, le droit fiscal assimile le droit de l'associé à un authentique démembrement de propriété, voire à un véritable droit de propriété.

346. Dans l'hypothèse d'une occupation gratuite du logement par l'associé, ce dernier n'est pas imposable sur l'avantage en nature qu'il retire de sa jouissance gratuite. En vertu de l'article 15 II du code général des impôts, il ne doit payer aucun droit au bail. Or, la loi n'exonère, en principe, que le seul propriétaire. En effet, en vertu de l'article précité, « les revenus des logements dont le propriétaire⁴⁶⁰ se réserve la jouissance ne sont pas soumis à l'impôt sur le revenu. » L'associé est donc une sorte de propriétaire du point de vue fiscal. Du moins, lui applique-t-on le même régime juridique.

347. Concernant les sociétés de jouissance à temps partagé⁴⁶¹, la technique a connu un essor considérable et laisse apparaître certaines difficultés juridiques. Pour vendre ces « périodes-logement », les promoteurs immobiliers ont recours aux termes « propriété spatio-temporelle », « multipropriété », « pluri-propriété »... etc. L'expression semble, a priori, totalement incorrecte car seule la société est propriétaire des immeubles. Les parts sociales ne confèrent aux associés qu'un simple droit d'usage personnel et mobilier à un séjour pendant une période déterminée. Les prérogatives de l'associé sont donc inférieures à celles d'un véritable propriétaire. Ce droit d'usage personnel semble néanmoins constituer un démembrement de propriété. D'après l'administration fiscale, « lorsqu'elles ne sont plus

⁴⁵⁹ C. DAVID, Le démembrement de propriété (aspects juridiques et fiscaux), 87^{ème} congrès des Notaires de France, Montpellier, 5/8 mai 1991, Les petites affiches, 24 avril 1991, n° 49, p. 63.

⁴⁶⁰ Nous soulignons.

⁴⁶¹ P. BIASCA, La propriété spatio-temporelle en quête d'un statut, Gaz. Pal., 1976, 2^{ème} sem., p. 539 ; J.-R. BOUYEURE et J.-P. PELLETIER, Réflexions sur la jouissance d'immeubles à temps partagé (« Propriété spatio-temporelle », Gaz. Pal., 1976, 2^{ème} sem., p. 541 ; N. DOYON, La propriété spatio-temporelle, J.C.P., éd.

assujetties à la TVA immobilière, les cessions de parts ou d'actions de sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé entrent dans le champ d'application de l'article 728 du Code général des impôts et sont soumises au droit départemental exigible sur la mutation des immeubles ». Ainsi, les associés bénéficient, en vertu du Titre II de la loi du 16 juillet 1971, d'un régime fiscal particulier : tout se passe comme s'ils étaient les véritables propriétaires du bien. Cette solution nie totalement la distinction traditionnelle entre le droit personnel et le droit réel. On retrouve des solutions identiques lorsque l'associé ne dispose plus personnellement du bien.

β : La jouissance du logement par un tiers

348. La jouissance du logement par un tiers correspond à deux situations distinctes : celle dans laquelle l'associé décide de louer le logement correspondant à ses parts et celle dans laquelle il cède définitivement ses parts sociales.

349. Concernant la location de logement correspondant à ses parts, l'associé est imposable sur les loyers perçus. Il semble qu'il soit imposable à titre de revenus fonciers. D'un point de vue fiscal, il dispose encore une fois d'un droit s'apparentant grandement à un véritable droit de propriété puisque ne sont soumis à l'impôt foncier que les propriétaires et certains titulaires de droit réel.

350. Quant à la cession des parts sociales, une telle cession est soumise au régime des mutations immobilières. C'est un régime peu avantageux. Encore une fois, le droit fiscal ne fait aucune différence entre les droits réel et personnel, appliquant pour chacun le même régime. L'article 728 du code général des impôts prévoit, en effet, que « les cessions d'actions ou de parts conférant à leurs possesseurs le droit à la jouissance d'immeubles ou de fractions d'immeubles sont réputées avoir pour objet lesdits immeubles ou fractions d'immeubles pour la perception des droits d'enregistrement ». L'article assimile ainsi à des cessions d'immeubles les cessions d'actions ou de parts conférant un droit de jouissance sur des immeubles⁴⁶². Ainsi, contrairement à l'article 729, l'article 728 ne se limite pas aux seuls

G., 1974, I, 2599.

⁴⁶² Pour la qualification d'un poste de mouillage en immeuble : Cass. com. 15 mars 1994, SARL Yachting

droits réels immobiliers. Il concerne également les droits personnels de jouissance. En lui-même, cet article est déjà un progrès considérable dans la prise en compte de l'importance économique des droits personnels. Il l'est d'autant plus que la jurisprudence n'hésite pas à en faire une large application⁴⁶³.

351. Renforçant la protection instaurée à l'article 728, la jurisprudence n'hésite pas à assimiler la cession d'un droit personnel de jouissance sur un immeuble à une véritable mutation d'immeuble. Cette solution est aujourd'hui clairement établie. Il n'est même pas nécessaire que la société soit titulaire d'un droit de propriété sur le bien considéré. Par exemple, la société concessionnaire d'un droit de jouissance sur un poste de mouillage ne dispose que d'un droit personnel mais on lui applique l'article 728 du CGI. Dans ce cas précis, il ne peut effectivement pas s'agir d'un droit réel dans la mesure où ces biens appartiennent au domaine public de l'Etat. Il n'y a alors aucune ambiguïté sur la nature des droits des associés ; ils ne peuvent disposer que de droits personnels. Dans deux arrêts en date du 30 juin 1998 et du 23 février 1999, la chambre commerciale de la Cour de cassation rappelle très clairement que les titulaires de parts sociales de jouissance sur un poste de mouillage ne possèdent qu'un droit personnel de jouissance. Cette solution a été longuement détaillée dans un arrêt rendu par le tribunal de grande instance de Saint-Nazaire le 17 février 1997⁴⁶⁴. Autre indice de l'interprétation extensive de l'article 728, la Cour de cassation n'hésite pas à intégrer dans l'assiette du prix de cession le montant des biens et droits mobiliers qui entourent l'immeuble considéré⁴⁶⁵. Ainsi exclut-elle toute ventilation du prix de cession. L'assiette des droits d'enregistrement correspond donc parfaitement au prix de cession global stipulé entre les parties.

352. Pour M. Maublanc, cet article pose une double fiction : une fiction de propriété et, par voie de conséquence, une fiction de mutation de propriété⁴⁶⁶. Fiction de propriété dans la mesure où le paravent de la personnalité morale est elle-même une fiction juridique. Dès

Courtage n°92-13371, Bull. cass. IV, n° 111, p. 86 ; Dr. fisc., 1994, n° 26, comm. 1272, Dr. fisc. 1995, n° 7, 2^{ème} partie E, 11282 ; R.J.F., 5/ 1994, n° 654 ; Cass. com. 30 mai 1995, n° 1107 D, R.J.F., 8-9/ 1995, n° 1036 ; Dr. fisc., 1997, n° 18, 2^{ème} partie E, 11780.

⁴⁶³ Cass. com., 30 mai 1995, SCI Baie des anges, n° 1107 D, R.J.F., 8-9/1995, n° 1036 ; Cass. com. 27 février 1996, M de Vogüe, n° 399 D, Instruction de la direction générale des impôts du 4 avril 1997, Dr. fisc., 1997, n° 18, II, 11780

⁴⁶⁴ TGI St-Nazaire, 17 février 1997, Dachet, Droit fiscal 1997, n°31-37, Com. 901, note P. Chevalier.

⁴⁶⁵ Cass. com. 30 juin 1998, SCI Bahia.

⁴⁶⁶ J.-P. MAUBLANC, La taxation des cessions de parts de sociétés concessionnaires de l'usage des ports de plaisance, A.J.D.I., 10 septembre 1999, p. 785.

lors, il importe peu de déterminer si le droit est réel ou personnel. La jurisprudence fiscale s'écarte ainsi des préoccupations du droit civil pour n'envisager que l'aspect économique de l'opération.

353. L'associé d'une société civile immobilière dispose donc de droits personnels particulièrement puissants sur le bien, assimilés au droit de propriété. Tel est également le cas du contrat de louage au sens large.

b : Le louage

354. Qu'elle porte sur une chose corporelle (α) ou sur une chose incorporelle (β), la location est parfois considérée comme un élément d'actif immobilisé.

α : Le bail commercial

355. Le particularisme du droit du preneur à bail commercial semble consacré en matière fiscale. D'une part, la cession de bail est assimilée à une cession d'immeuble et, d'autre part, le pas-de-porte peut être considéré comme le prix d'acquisition d'un élément incorporel.

356. Signe du renforcement évident du droit du preneur à bail, l'article 725 du code général des impôts assimile, en ce qui concerne l'indemnité d'éviction, la cession du bail à une cession d'immeuble. Cet article prévoit, en effet, que « les dispositions du présent code concernant le régime fiscal des cessions de droit à un bail ou du bénéfice d'une promesse de bail portant sur tout ou partie d'un immeuble, sont applicables à tous actes ou conventions, quelles qu'en soient la nature, les modalités, la forme ou la qualification, qui ont pour effet, direct ou indirect, de transférer le droit à la jouissance d'immeubles ou de locaux entrant dans les prévisions du titre 1^{er} du décret n°53-960 du 30 septembre 1953 ». Ainsi, sur un plan fiscal, convient-il de distinguer le droit personnel à la jouissance des lieux qui constitue une charge d'exploitation pour le locataire et un revenu foncier pour le bailleur, du droit à indemnité d'éviction qui correspond fiscalement à une cession d'immeuble lorsque le droit au

bail est cédé⁴⁶⁷. Pour M. David, il y a donc forcément démembrement de la propriété malgré le caractère personnel du droit du preneur.

357. Quant à l'immobilisation du droit du preneur à bail, la jurisprudence fiscale admet que ce droit personnel puisse intégrer l'actif du bilan. Certes, le Conseil d'Etat n'est pas très ferme sur l'interprétation à donner au pas-de-porte. Pour le juge administratif, il s'agit, en effet, soit d'un supplément de loyer soit du prix d'acquisition d'un élément incorporel qui correspond au droit au bail⁴⁶⁸. Si le pas-de-porte correspond à un supplément de loyer, il est déductible des résultats pour la détermination du bénéfice imposable. S'il s'agit du prix d'acquisition d'un élément incorporel du fonds de commerce, il sera imposable lors de la cession éventuelle du bail. Le droit au renouvellement présente, en effet, les caractères d'un élément d'actif immobilisé puisqu'il constitue une source de profit s'inscrivant dans la durée et susceptible d'être cédée. C'est en analysant le montant du loyer que la nature du pas-de-porte se révèle. Si le montant du loyer est correctement chiffré, le droit du preneur à bail intègre le bilan comme le ferait n'importe quel droit réel. Le même constat peut être dressé concernant la licence d'exploitation.

β : La licence d'exploitation

358. Le propriétaire d'un brevet peut le céder ou le louer. Dans cette dernière hypothèse, on dit qu'il concède une licence d'exploitation. La nature juridique des droits portant sur les choses immatérielles est parfois difficile à déterminer. Il faut, en effet, envisager la propriété sous une perspective nouvelle car l'immatérialité du bien fait plier les vieux concepts. Lorsque le concédant transfère contractuellement au concessionnaire un privilège d'exploitation, la situation ressemble parfois à celle issue d'une véritable cession. Il arrive que les prérogatives accordées au concessionnaire soient si importantes que son droit s'apparente presque à un droit de propriété. Ainsi, lorsque le droit est librement cessible, accordé à titre exclusif et conclu pour une durée au terme de laquelle l'entreprise devient propriétaire, le concessionnaire d'un brevet ou d'une marque dispose d'importants pouvoirs sur la chose immatérielle. Il est alors, selon l'expression consacrée par la jurisprudence,

⁴⁶⁷ La solution est différente lorsque la cession du droit au bail s'accompagne de la cession du fonds de commerce.

⁴⁶⁸ CE, 5 juin 1970, n° 71.745, Dupont, 1970, p. 346.

« titulaire de droits susceptibles de constituer une source régulière de profits dotée d'une pérennité suffisante. »

359. Pourtant, malgré l'ampleur des pouvoirs conférés, le droit du concessionnaire demeure un droit de nature personnelle. Le concédant et le concessionnaire sont tenus, en effet, par des obligations réciproques. Le licencié a l'obligation de payer une taxe annuelle et d'exploiter le brevet⁴⁶⁹, à défaut de quoi, le contrat sera résolu. Quant au concédant, il doit une obligation de garantie⁴⁷⁰ et de communication de son savoir-faire. Par conséquent, même si la distinction entre la cession et la concession est parfois subtile, le droit du concessionnaire demeure de nature personnelle. Dans un arrêt en date du 12 février 1988⁴⁷¹, le Conseil d'Etat rappelle, en effet, que le concédant garde l'entière propriété du brevet concédé. Toutefois, force est de constater que le concessionnaire jouit de prérogatives très puissantes lorsque, par exemple, il peut céder son contrat sans l'accord du concédant. Quant au concédant, il se voit quelque part privé de l'*abusus* sur la chose.

360. Soucieuse d'appréhender cette réalité économique, la jurisprudence fiscale admet que le droit de jouissance soit pris en compte parmi les éléments d'actifs immobilisés. En principe, l'entreprise doit faire figurer parmi ses immobilisations toutes les valeurs et les droits qu'elle a acquis de manière durable. Avant 1964⁴⁷², la redevance versée en contrepartie de la concession correspondait à une charge immédiatement déductible des résultats imposables. Aujourd'hui, elle peut être immobilisée à l'actif du contribuable lorsqu'elle constitue « une source régulière de profits dotée d'une pérennité suffisante ». De la même manière, les sommes versées par le concédant au concessionnaire en contrepartie de la résiliation ou de la cession du contrat de concession peuvent également être immobilisées. Dans un arrêt du 19 mars 1975⁴⁷³, la jurisprudence a admis que le contrat de concession

⁴⁶⁹ Cass. civ., 7 mai 1934, Ann. prop. ind., 1935, p. 53 ; Cass. com., 2 décembre 1963, Ann. prop. ind., 1964, p. 128.

⁴⁷⁰ O. LESTRADE, L'obligation de garantie dans les contrats d'exploitation de brevets, thèse Montpellier I, 1974.

⁴⁷¹ CE, 12 février 1988, req. 62-547, Dr. fisc., 1988, n°25, comm. 1245 ; R.J.F., 1988, n°4, p. 237.

⁴⁷² CE, 15 avril 1964, n° 59285, Lebon p. 226, Dupont 1964, p. 472. Mais dès 1958, le Conseil d'Etat évoque l'idée que les sommes exposées pour l'acquisition du droit d'exploiter un brevet doivent figurer à l'actif. CE, 19 mars 1958, n° 35658, Dr. fisc., 58 c. 518.

⁴⁷³ CE, 19 mars 1975, n° 95677, R.J.F., 5/1975, n°231 ; Dr. fisc., 27/1975, c. 919.

constituait « une source régulière de bénéfice » reprenant ainsi la jurisprudence inaugurée en 1965⁴⁷⁴ concernant les concessions de service public.

361. Sans procéder à la requalification du contrat de concession en un contrat de cession, la jurisprudence fiscale n'hésite plus à intégrer le droit de jouissance parmi les éléments d'actifs immobilisés car, en principe, l'entreprise doit faire figurer dans son bilan toutes les valeurs acquises durablement. Or, la concession d'un brevet ou d'une marque en fait partie. Elle est, en effet, assimilée à une véritable acquisition d'actif incorporel. Par conséquent, la somme versée au concessionnaire en contrepartie de la résiliation ou de la cession du contrat de concession constitue un élément incorporel de l'actif immobilisé. De la même manière, la redevance versée en contrepartie de la concession n'est plus considérée comme une charge mais elle concourt à l'acquisition de l'actif. Elle n'est donc plus déductible⁴⁷⁵. On aboutit alors, selon M. Blanluet⁴⁷⁶, à une situation originale et quelque peu paradoxale puisque la valeur économique du brevet ou de la marque apparaît deux fois comme immobilisation chez le concédant et chez le concessionnaire. Par cette jurisprudence, le droit du concessionnaire, titulaire d'un droit personnel, intègre le bilan jusqu'alors réservé au propriétaire⁴⁷⁷.

362. Une fois clairement exprimée, la solution a gagné du terrain puisqu'elle a très vite concerné les contrats exclusifs d'approvisionnement⁴⁷⁸. Aujourd'hui, la liste⁴⁷⁹ des immobilisations s'accroît. Ainsi, la doctrine transpose au domaine des marques la jurisprudence relative aux brevets. Quant au juge fiscal, il n'hésite pas à intégrer de

⁴⁷⁴ CE, 24 mars 1965, n°52147, Dupont n°6884, p. 276. Dans cet arrêt du 24 mars 1965, le Conseil d'Etat rattachait déjà le droit d'exploitation aux éléments incorporels. La solution a même été reprise par l'assemblée du contentieux. CE, 17 juin 1973, n°79628 et 79629, Dupont, 1973, p. 293 ; Dr. fisc., 10/1074, chronique, p. 280 : « les droits d'exploitation attachés à la qualité de concessionnaire constituent, pour l'entreprise qui acquiert cette qualité, un élément incorporel de son actif immobilisé. »

⁴⁷⁵ G. BLANLUET, Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, Bibliothèque de droit privé, t. 313, Paris : L.G.D.J., 1999, p. 63 s.

⁴⁷⁶ Idem

⁴⁷⁷ M. COZIAN, Propos intégristes sur la jurisprudence relative à l'immobilisation des redevances de brevets ou de marques (ou le rappel d'un dogme : l'accès au bilan est réservé aux propriétaires, il est refusé aux locataires.), B.F. Lefebvre, 5/1995, Chroniques, p. 304. L'auteur considère que « tout cela sent le fagot et mérite le bûcher, du moins aux yeux des juristes purs et durs, des intégristes en somme qui rejettent à la fois les hérésies de l'autonomie du droit fiscal et l'idolâtrie anglo-saxonne de la prééminence de la réalité économique sur l'apparence juridique ».

⁴⁷⁸ CE, 10 février 1989, n°96431, UNICO, R.J.F., 4/1989, n°407, conclusions M. Laprade, Dr. fisc., 18/1989, c. 901 ; CE, 12 juillet 1994, n°118860, R.J.F., 10/1994, n°1033, conclusions G. Bachelier, BDCF, 13/47/1994, p.1.

⁴⁷⁹ R. DUPREZ, De l'inutilité et des dangers de l'immobilisation de certaines charges à l'actif du bilan des entreprises, Petites affiches, 11 avril 1994, n°43, p. 6.

nombreuses dépenses parmi les éléments de l'actif immobilisé. Sont concernés par cette évolution les frais de dépôt à la propriété industrielle assurant la protection d'un brevet ou d'une marque⁴⁸⁰, les dépenses nécessaires à l'autorisation de mise sur le marché de produits pharmaceutiques⁴⁸¹, les dépenses de logiciels à usage interne, les frais de publicité⁴⁸² ainsi que les frais de documentation⁴⁸³ mais l'évolution jurisprudentielle n'est pas toujours heureuse. Elle induit par ailleurs une certaine insécurité juridique. Le traitement des sommes versées ou reçues suit, en effet, un régime différent selon qu'elles constituent ou non un élément incorporel de l'actif immobilisé.

363. Concernant les sommes versées en contrepartie de la résiliation ou de la cession du contrat de concession, la solution est simple. Si les sommes reçues par le concessionnaire constituent un élément incorporel de l'actif immobilisé, elles seront comptabilisées en produits exceptionnels et soumises au régime des plus-values. Si tel n'est pas le cas, il s'agira d'une simple recette d'exploitation, la somme sera intégrée dans le bénéfice imposable du concessionnaire et taxée au taux de droit commun. Du côté du concédant, le traitement des sommes versées en contrepartie de la résiliation du contrat soulève davantage de difficultés. Ainsi, même si l'hypothèse ne s'est pas présentée en jurisprudence, certains auteurs⁴⁸⁴ suggèrent d'appliquer, mais pas systématiquement, les mêmes solutions qu'en matière d'indemnité d'éviction. Quant aux redevances versées par le concessionnaire, il convient encore de les analyser différemment selon que l'on se place du point de vue du concessionnaire ou du concédant. Du côté du concédant, il s'agit de recettes d'exploitation. Pour le concessionnaire, les sommes versées pourront être analysées comme le prix d'acquisition d'un élément d'actif immobilisé.

364. Ainsi, l'élargissement de la notion de propriété aux choses immatérielles a-t-il conduit à des modifications sensibles de la jurisprudence. Lorsqu'il dispose d'une exclusivité territoriale pendant une longue durée et qu'il peut céder ses droits, le concessionnaire jouit d'un droit personnel particulièrement puissant qui demeure pourtant un droit de créance. Le contrat lie, en effet, deux personnes ayant des droits et obligations réciproques : le concédant

⁴⁸⁰ CAA Paris, 16 juillet 1992, n°91-245.

⁴⁸¹ CAA Bordeaux, 19 octobre 1993, n° 921065.

⁴⁸² CAA Paris, 22 octobre 1992, n°91895 ; CAA Paris, 30 mars 1993, n°92484 ; CAA Paris, 10 juin 1993, n°921165.

⁴⁸³ CAA Paris, 26 mai 1992, n°90914.

⁴⁸⁴ S. AUSTRY, Régime fiscal des contrats de concessions de droits exclusifs d'exploitation, R.J.F., 10/1996,

et le concessionnaire. Le premier reste pleinement propriétaire de son exploitation. Quant au second, il ne souhaite pas en acquérir la propriété⁴⁸⁵. On constate néanmoins un net renforcement des pouvoirs de jouissance dont le juge fiscal tient compte. La prise en considération de l'importance économique de certains droits personnels de jouissance connaît toutefois quelques réserves.

2 : Les limites du réalisme fiscal

365. Si le droit fiscal assimile parfois les droits personnels à de véritables éléments d'actif immobilisé, il reste d'autres fois fidèle aux concepts classiques du droit des biens (a). La doctrine émet, par ailleurs, quelques réserves sur le sujet (b).

a : Une autonomie limitée

366. Concernant la taxe foncière, la position de la jurisprudence fiscale est des plus classique. Dans un arrêt rendu le 14 novembre 2000⁴⁸⁶, la cour administrative d'appel rappelle qu'un droit de jouissance exclusive et privative d'un terrain ne saurait être assimilé à un droit de propriété. Par conséquent, seul le propriétaire juridique est imposable au titre de la taxe foncière. Cette décision n'est pas nouvelle. Concernant le contrat de bail, il a toujours été admis que le locataire ne pouvait pas être inscrit au rôle de la taxe foncière⁴⁸⁷. La jurisprudence fait ainsi une application stricte de l'article 1400 du Code général des impôts.

367. Le propriétaire juridique n'échappera au paiement de la taxe foncière que dans deux cas : lorsque le contrat fait peser sur la tête du preneur la charge de la taxe foncière ou lorsqu'une disposition législative écarte le propriétaire du paiement de la taxe foncière. Dans la première hypothèse, l'effet relatif du contrat rend les stipulations contractuelles inopposables à l'administration fiscale. À proprement parler, les dispositions contractuelles ne

Etudes et doctrines, p. 634.

⁴⁸⁵ M. COZIAN et A. LECHENET, La distinction des immobilisations des stocks et des frais généraux (suite et fin), Petites affiches, 7 janvier 1994, n°3, p. 4.

⁴⁸⁶ J.-P. MAUBLANC, Taxe foncière : un droit de jouissance n'est pas un droit de propriété, AJDI, sept. 2001, Jurisprudence, p. 721.

⁴⁸⁷ CE, 21 novembre 1930 ; Vallot, RO, n° 5505.

peuvent rendre un tiers redevable de l'impôt foncier. Le propriétaire ne peut donc pas se prévaloir des termes du contrat pour s'exonérer. Quant aux exceptions législatives, elles sont prévues à l'article 1400 II du Code général des impôts. Ainsi, lorsque l'immeuble est grevé d'usufruit, lorsqu'il est loué à bail emphytéotique, à bail à construction ou à bail à réhabilitation, la taxe foncière est établie au nom de l'usufruitier, de l'emphytéote ou du preneur à construction ou à réhabilitation. Il semble que ces limites doivent être interprétées strictement. Tous les droits réels ne sont pas concernés. Les titulaires de droits d'usage ou d'habitation ne sont donc pas visés par le texte de loi⁴⁸⁸.

b : Une autonomie critiquée

368. Appliquant le principe de patrimonialité, quelques auteurs critiquent l'évolution fiscale consistant à intégrer à l'actif du bilan certains droits personnels. Ainsi, M. Cozian considère que la valeur d'un droit personnel ne peut figurer au bilan que lorsque cette valeur est réalisée. Il applique un principe de prudence, préférant à l'immobilisation des droits personnels la technique des valeurs latentes⁴⁸⁹. M. Cozian considère, en effet, que les contrats de concession ne sont pas toujours source de profits. Pour expliquer alors la jurisprudence du Conseil d'Etat, il estime que les deux arrêts⁴⁹⁰ du 5 novembre 1984 et du 12 février 1988 concernaient, en réalité, des contrats de cession. Notons toutefois que le Conseil d'Etat n'a jamais requalifié les droits litigieux.

369. Essayant de surmonter l'opposition entre réalité économique et rigueur juridique, Mme Raybaud-Turillo⁴⁹¹ prône, au contraire, une analyse juridique substantielle, un élargissement de la jurisprudence et une intégration du crédit-bail à l'actif du bilan. Elle souligne qu'il s'agit d'un contrat irrévocable dont la durée correspond à la durée d'amortissement financier des sommes réglées par le crédit-bailleur. Elle rappelle également que le crédit-preneur assume les responsabilités et les risques attachés à la qualité de

⁴⁸⁸ CE, 25 juillet 1986, n°41921, Kalkowski, R.J.F., 11/1986, n°990 ; Dr. fisc. 1987, n°27, comm. 1279, note Ph. Martin.

⁴⁸⁹ M. COZIAN, note précitée, p. 305.

⁴⁹⁰ CE, 7^{ème} et 8^{ème} ss., 5 novembre 1984, req. 43573, Dr. fisc., 1985, n°30, comm., 1376, concl. Latournerie ; R.J.F., 1/1985, p. 21 ; CE, 7^{ème} et 8^{ème} ss., 12 février 1988, res. 62547, Dr. fisc., 1988, n°25, comm. 1245 ; R.J.F., 4/1988, p. 237.

⁴⁹¹ B. RAYBAUD-TURILLO, Un éclairage nouveau pour le traitement comptable du crédit-bail, Revue française de comptabilité, janvier 1995, p. 88 et février 1995, p. 83.

propriétaire. Le référentiel international IASC⁴⁹² reprend d'ailleurs cette idée, faisant prévaloir une vision économique de l'opération.

370. Même si certains auteurs la critique, on peut avancer l'idée d'une autonomie du droit fiscal par rapport aux définitions du droit civil. Toutefois, la jurisprudence fiscale reste encore profondément attachée aux définitions classiques. La prise de conscience de l'évolution et du renforcement des droits personnels est limitée, malgré les efforts de la doctrine. Toutes les formes d'imposition ne sont pas concernées par l'évolution des droits personnels de jouissance privative. De plus, tous les droits personnels ne sont pas visés. Reconnaissons néanmoins au droit fiscal le mérite d'avoir pris en considération la notion de droit de jouissance exclusive et privative et d'avoir intégré à l'actif du contribuable ces droits personnels puissants qui, même s'ils sont particulièrement importants, n'entraînent pas automatiquement une dépréciation économique de la propriété.

B : L'absence de dépréciation économique automatique

371. Si la doctrine associe démembrement et dépréciation économique de la propriété, c'est parce que le propriétaire est privé des utilités de sa chose pendant un certain temps or avoir 100 euros dans 10 ans vaut moins que 100 euros aujourd'hui⁴⁹³. Le raisonnement ne vaut toutefois que dans le cas où la chose se maintient à peu près à sa valeur initiale. Si le bien prend de la valeur, il ne peut plus s'appliquer. L'hypothèse est même envisagée par l'article 599 du Code civil⁴⁹⁴. Ainsi, lorsque la jouissance repose sur une exploitation active du bien, la propriété n'est pas nécessairement dépréciée sur un plan économique, ce qui explique les incertitudes rencontrées en droit fiscal et l'important pouvoir d'appréciation laissé au juge.

⁴⁹² *International Accounting Standards Committee*

⁴⁹³ J. AULAGNIER, Aspects de droit civil, évaluation des droits d'usufruit, de quasi-usufruit et de nue-propriété par la méthode d'actualisation des flux futurs, Dr. et patrimoine, novembre 1999, p. 64 s : « la valeur d'un bien ne peut pas être égale à la somme arithmétique de ces flux futurs. Pour l'investisseur, percevoir 100 francs dans un an et 100 francs dans dix ans n'est pas équivalent... Renoncer à une jouissance immédiate pour une jouissance future à un prix : c'est le taux d'intérêt, ou encore taux d'actualisation. »

⁴⁹⁴ Article 599 alinéa 2 du Code civil : « De son côté, l'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée. »

372. Lors de la conclusion d'un bail commercial, le bailleur exige presque toujours le versement d'un pas-de-porte constitué par une somme en capital versée par le preneur. Une grande incertitude règne encore aujourd'hui sur l'appréhension du pas-de-porte et de l'indemnité d'éviction, ce qui ne facilite guère l'élaboration de stratégies financières. Avant 1978⁴⁹⁵, les droits d'entrée étaient regardés exclusivement comme des suppléments de loyers. De la sorte, le propriétaire était imposable sur la somme perçue. Cette jurisprudence sévère a été critiquée. Elle aboutissait à des situations incohérentes pour les locataires et les bailleurs. Le pas-de-porte était, en effet, toujours imposable entre les mains du propriétaire mais il n'était pas forcément déductible de l'assiette fiscale du locataire. L'indemnité d'éviction connaissait le même problème, toute déductibilité étant automatiquement écartée. Devant les critiques de la doctrine, la jurisprudence a évolué, laissant planer le doute sur le régime fiscal. En effet, qu'il concerne le pas-de-porte (1) ou l'indemnité d'éviction (2), le droit fiscal n'est pas clairement établi.

1 : Le pas-de-porte ou droit d'entrée

373. Dans un arrêt célèbre du 24 février 1978, le Conseil d'Etat a posé une alternative : « Le droit d'entrée qu'un bailleur perçoit d'un nouveau preneur de local commercial constitue un supplément de loyer dès lors que le contribuable n'établit pas que cette somme ait pour contrepartie une dépréciation qui résulterait de la location, alors même que le preneur acquiert le droit au renouvellement du bail constituant pour lui un élément d'actif⁴⁹⁶. » Le choix se porte donc sur une double qualification : soit le pas-de-porte est un supplément de loyer, soit il s'agit d'une indemnité non imposable destinée à compenser la dépréciation de l'immeuble mais, dans un cas comme dans l'autre, le preneur dispose d'un élément d'actif constitué par le droit au renouvellement. La doctrine s'est accordée à reconnaître qu'il s'agissait d'un véritable revirement jurisprudentiel. La portée de l'arrêt a toutefois été discutée.

374. L'interprétation de l'arrêt a donné lieu à un débat portant sur le fait de savoir si la simple conclusion d'un bail commercial pouvait entraîner une dépréciation de l'immeuble. Longtemps considéré comme un supplément de loyer, le pas-de-porte peut désormais recevoir

⁴⁹⁵ CE, 24 février 1978, R.J.F., 1978, p. 121

une nouvelle qualification : celle d'une indemnité destinée à compenser la dépréciation de l'immeuble⁴⁹⁷ mais cette qualification n'est que secondaire et la préférence doit être donnée à la première qualification. Dans sa formulation, l'arrêt de 1978 semble poser un principe et une exception : « (...) dès lors que le contribuable n'établit pas que (...). » L'arrêt avance, plus exactement, une présomption. L'intérêt de l'arrêt nous semble reposer sur la seconde partie de la phrase : « (...) alors même que le preneur acquiert le droit au renouvellement du bail constituant pour lui un élément d'actif (...) ». Ainsi, le preneur acquiert-il un élément d'actif dans son patrimoine sans que cela ne soit forcément ôté du patrimoine du bailleur. La conclusion d'un bail commercial crée donc au profit du locataire une richesse nouvelle : la propriété commerciale. Pourtant, on n'observe guère de situation comptable inverse dans le patrimoine du bailleur. Pour expliquer cette situation, une partie de la doctrine estime qu'il n'y a pas de corrélation nécessaire et évidente entre les situations du bailleur et du locataire⁴⁹⁸. C'est en ce sens que le Conseil d'Etat s'est prononcé. Le simple fait que le locataire s'enrichisse d'une valeur incorporelle n'est pas de nature à entraîner une dépréciation de l'immeuble.

375. Se pose alors la question de savoir dans quelle mesure il convient de retenir la seconde qualification. Plusieurs réponses ministérielles ont été apportées à cette question⁴⁹⁹. Elles n'ont malheureusement pas donné de solutions précises. Dans une réponse du 27 septembre 1984, le gouvernement parle de dépréciation « réelle » sans autre précision. Le 8 août 1985, il affirme que la qualification et le régime fiscal du pas-de-porte dépendent « des circonstances particulières motivant son versement ». Il ajoute qu'il n'est ni souhaitable ni possible de « déterminer par la loi le mode de preuve de l'existence d'une dépréciation du fonds. » Enfin, il semble faire marche arrière dans une réponse du 23 décembre 1985 considérant que le droit d'entrée est la « contrepartie normale des avantages accordés au locataire. » Aucune de ces réponses ministérielles ne tranche donc véritablement le problème de la preuve.

⁴⁹⁶ Idem

⁴⁹⁷ J. HUET, Les principaux contrats spéciaux, Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, 2^{ème} édition, Paris : L.G.D.J., 2001, n°21539, p. 848 : « A ce droit au bail est souvent lié un 'pas-de-porte', somme d'argent forfaitaire versée par le locataire en début de contrat, et dont on considère volontiers qu'elle se justifie par la dépréciation du bien qu'engendre la conclusion d'un bail commercial. »

⁴⁹⁸ Note sous CE, 24 février 1978, Droit fiscal, 1978, n°41, p. 1558.

⁴⁹⁹ J. LAFOND, Le « droit d'entrée » versé au bailleur est-il un revenu foncier imposable ?, J.C.P., éd. not. et immob., 1990, Pratique, 1556, p. 529.

376. Confrontée aux incertitudes fiscales, la doctrine s'est penchée sur la question. La plupart des auteurs ont déduit de l'arrêt du Conseil d'Etat l'idée que la conclusion d'un bail commercial était insuffisante pour caractériser une dépréciation de l'immeuble⁵⁰⁰. La doctrine considère, en effet, que la vocation normale d'un immeuble commercial non utilisé par le propriétaire lui-même est d'être loué⁵⁰¹. Par conséquent, le propriétaire ne se départit pas de l'*usus* du bien. Au contraire, l'usage du bien réside dans la location. Il n'en résulte, en principe, aucune dépréciation. Seules certaines circonstances précises (stipulations contractuelles particulières) peuvent générer une perte de capital. M. Casson considère d'ailleurs que « le juge fiscal admet rarement que le pas-de-porte puisse être autre chose qu'un supplément de loyer⁵⁰² ». D'autres auteurs⁵⁰³ ont, toutefois, refusé une telle analyse jugée contraire au bon sens.

377. M. Lafond a défendu l'idée selon laquelle le Conseil d'Etat n'avait pas « élevé d'objection de principe à ce qu'il puisse être démontré que l'indemnité de 'pas-de-porte' perçue par le bailleur était effectivement la contrepartie de la dépréciation de l'immeuble loué⁵⁰⁴. » On ne peut, ajoute-t-il, nier que la conclusion d'un bail commercial déprécie naturellement l'immeuble sur lequel il porte. Le propriétaire voit son droit de propriété lourdement amputé par les différentes dispositions législatives. On lui impose une augmentation contrôlée des loyers, un droit au renouvellement du locataire etc. En d'autres termes, le droit du locataire appauvrit le patrimoine du bailleur et le droit d'entrée ne sert qu'à pallier cette dépréciation.

378. Que le droit d'entrée soit la contrepartie des avantages accordés au locataire nous semble indéniable. Toutefois, le raisonnement de M. Lafond semble pécher par sa généralité. Le propre de la jouissance d'exploitation, c'est l'activité déployée par l'exploitant pour mettre en valeur son fonds de commerce, et par voie de conséquence, le bien donné à

⁵⁰⁰ A. DELFOSSE, Pas-de-porte et indemnité d'éviction, Essai de synthèse fiscale, J.C.P., éd. not. et immob., 1995, Pratique, 3375, p. 817 : « Malgré une lueur d'espoir suite à un arrêt diversement interprété, la seule conclusion d'un bail commercial n'est pas de nature à entraîner une dépréciation de l'immeuble, même si ce contrat crée au profit du locataire un élément d'actif représenté par la propriété commerciale. »

⁵⁰¹ A. DELFOSSE, id.

⁵⁰² Ph. CASSON, Pas-de-porte et fiscalité, Petites affiches, 15 avril 2002, n°75, p. 4.

⁵⁰³ J. LAFOND, Le « droit d'entrée » versé au bailleur est-il un revenu foncier imposable ?, J.C.P., éd. not. et immob., 1990, Pratique, 1556, p.529 ; C. DAVID, Le démembrement de propriété (aspects juridiques et fiscaux) 87^{ème} congrès des Notaires de France, Montpellier, 5/8 mai 1991, Les petites affiches, 24 avril 1991, n° 49, p. 63 ; J. TUROT, Pas-de-porte et indemnité d'éviction, R.J.F., novembre 1989, p. 611.

⁵⁰⁴ J. LAFOND, préc.

bail. Par conséquent, il nous semble difficile de déduire, d'une manière générale, que le bailleur voit sa propriété dépréciée. Pour autant, cela ne veut pas dire que le droit du propriétaire reste intact. Il nous semble, en effet, difficile de faire le lien entre l'analyse économique et l'analyse juridique du droit de propriété. Un droit de propriété peut être, selon nous, juridiquement amputé sans que cela n'entraîne nécessairement une dépréciation économique⁵⁰⁵ même si, inversement, la dépréciation économique est souvent le fruit d'un démembrement de propriété. Reste alors à étudier dans quelles hypothèses la dépréciation de la propriété sera retenue.

379. L'arrêt de 1978 ne permettant pas de trancher la question, seule une analyse de la jurisprudence postérieure semble pouvoir éclairer le problème. Si l'on étudie les hypothèses dans lesquelles la jurisprudence a opté pour le caractère indemnitaire du « pas-de-porte », deux séries de décisions apparaissent⁵⁰⁶. Dans une première série d'hypothèses, la jurisprudence retient la qualification d'indemnité lorsque le « droit d'entrée » constitue la contrepartie de la renonciation du propriétaire à exercer lui-même une activité commerciale⁵⁰⁷. C'est la seconde série de décisions qui nous intéresse. Dans un arrêt rendu le 7 octobre 1999⁵⁰⁸, la cour administrative d'appel de Nancy a reconnu que la conclusion d'un bail à construction de 30 ans entraînait la dépréciation du droit de propriété. On pourrait penser que la solution s'explique par le caractère anormal du bail. Il apparaît pourtant que les juges du fond n'aient pas tenu compte de la réalité du droit du preneur pour trancher le litige. Le juge fiscal semble, en effet, dépasser la distinction classique des droits réel et personnel pour s'en tenir à la réalité économique.

380. Très fréquemment citée, la décision du 29 septembre 1989 a retenu que l'indemnité devait, « dans les circonstances de l'espèce, être regardée comme la contrepartie de la dépréciation affectant le patrimoine du contribuable du fait de la nature et de la durée du bail⁵⁰⁹. » Il était question, en l'espèce, d'un bail civil conclu pour une durée de quarante ans

⁵⁰⁵ Lorsque l'usufruitier améliore le bien sur lequel porte son droit, il ne peut même pas réclamer le remboursement de ses frais au propriétaire. L'article 599 aliéna 2 du Code civil prévoit, en effet, que « de son côté, l'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée ».

⁵⁰⁶ Ph. CASSON, préc.

⁵⁰⁷ CE, 23 janvier 1980, R.J.F., 3/1980, n°222, p. 124 ; CE, 28 septembre 1984, R.J.F., 11/1984, n° 1332, p. 684 ; Cour administrative d'appel de Bordeaux, 20 novembre 1990, R.J.F., 3/1991, n° 304, p. 198.

⁵⁰⁸ Cour administrative d'appel de Nancy, 7 octobre 1999, R.J.F., 5/2000, n° 624, p. 425 ; B.D.C.F., 5/2000, n°61, note B. Stamm.

⁵⁰⁹ CE, 29 septembre 1989, Dr. fisc., 1990, n°23 et 24, comm. 1125.

sans possibilité de résiliation sauf en cas de non-paiement du loyer. En l'occurrence, il s'agissait, si l'on retient une analyse classique, d'un droit personnel. Le Conseil d'Etat déduit de la nature du bail et de sa durée le caractère indemnitaire du pas-de-porte. Pour M. Turot⁵¹⁰, la formulation utilisée par le Conseil d'Etat signifie simplement que le contrat de bail, par ses stipulations et sa durée, peut être « de nature à » entraîner une dépréciation de l'immeuble. L'expression est donc encore largement énigmatique. Quelles stipulations contractuelles peuvent-elles entraîner une dépréciation de la valeur économique de l'immeuble ? En l'espèce, il semble que l'impossibilité de résilier le contrat ait été prise en compte. Si le propriétaire ne peut plus demander la résiliation du bail en cas d'inexécution de ses obligations par le locataire, son droit est alors amputé d'une prérogative importante et le bien se trouve, en réalité, à la merci du locataire. Si l'on ajoute à cette stipulation le fait que le propriétaire était tenu pendant une longue durée, force est de constater que la valeur du bien se trouve nécessairement réduite. La formulation du Conseil d'Etat reste pourtant très imprécise pour déterminer à coup sûr les droits dépréciant la propriété. Ce que l'on peut, en revanche, retenir de cet arrêt, c'est que le caractère réel ou personnel du bail importe peu. Le juge fiscal semble fonder sa décision sur d'autres critères.

381. L'analyse de la « normalité » du loyer est un indice nécessaire pour qualifier le pas-de-porte. À cette condition essentielle mais non suffisante, il convient d'ajouter que le bailleur doit encore prouver que la somme perçue est une contrepartie financière liée à la perte d'un élément de son patrimoine. La somme versée en guise de droit d'entrée doit donc correspondre à la dépréciation subie par l'immeuble. Pour apprécier cette dépréciation, il convient d'étudier les clauses du contrat ainsi que le montant même du pas-de-porte. Le renforcement des pouvoirs de jouissance du preneur à bail peut alors, dans certains cas, entraîner une dépréciation économique de la propriété lorsque le contrat a une très longue durée et qu'il contraint lourdement le bailleur.

382. Corollaire évident du pas-de-porte, l'indemnité d'éviction connaît, elle aussi, un régime fiscal particulier.

⁵¹⁰ J. TUROT, Pas-de-porte et indemnité d'éviction, R.J.F., novembre 1989, p. 611.

2 : L'indemnité d'éviction

383. La législation française en matière de bail commercial est très contraignante et protectrice. Lorsque le propriétaire refuse de renouveler le contrat de bail ou en cas de résiliation anticipée, il est tenu de verser une indemnité dite d'éviction au locataire. Plus rarement, il arrive que le locataire soit lui-même, contraint de payer une indemnité de départ à son propriétaire en cas de résiliation anticipée du contrat. Cette hypothèse étant relativement marginale, nous la mettrons de côté. Qu'elle soit perçue par le locataire (b) ou versée par le propriétaire (a), le droit fiscal appréhende différemment l'indemnité d'éviction. Il n'y a, en effet, pas de corrélation entre le versement et la perception de l'indemnité d'éviction.

a : Du côté du propriétaire

384. L'article 31 du code général des impôts énumère les charges de la propriété déductibles du revenu foncier imposable. Avant 1978, la jurisprudence estimait que l'indemnité d'éviction versée par le propriétaire correspondait à la récupération d'un démembrement de propriété. À ce titre, elle n'était pas déductible. Parallèlement et paradoxalement, la jurisprudence qualifiait le pas-de-porte de supplément de loyer et refusait d'y voir le signe d'une dépréciation de la propriété. Le propriétaire était donc imposé deux fois : au commencement et à la fin du bail.

385. Depuis un arrêt du 20 octobre 1978⁵¹¹, l'indemnité d'éviction peut être déduite de l'assiette de l'impôt du propriétaire lorsqu'il s'agit d'une charge exposée en vue de l'acquisition ou de la conservation du revenu⁵¹². La jurisprudence considère que le bailleur qui reloue à des conditions plus avantageuses peut être exonéré. Lorsqu'en revanche, l'opération contribue à la valorisation du patrimoine immobilier du bailleur, son montant ne peut venir en réduction du résultat imposable. Tel est le cas lorsque le propriétaire veut vendre son bien libre de tout droit au bail⁵¹³, lorsqu'il destine le bien à un usage personnel

⁵¹¹ Lebon, p. 386.

⁵¹² Article 13-1 CGI : « le bénéfice ou revenu imposable est constitué par l'excédent du produit brut sur les dépenses effectuées en vue de l'acquisition et la conservation du revenu. »

⁵¹³ CE, 6 janvier 1988, req. n° 46658 ; CE 5 octobre 1988, req. n° 61841.

d'habitation, lorsqu'il veut démolir et reconstruire⁵¹⁴ ou encore lorsque le bailleur récupère le fonds pour exercer une activité similaire à celle du preneur évincé⁵¹⁵ etc.

386. La jurisprudence retient une analyse différente de l'indemnité d'éviction selon que le propriétaire décide ou non de relouer le bien. Lorsqu'il résilie le contrat au profit d'un autre locataire, l'indemnité d'éviction peut être déduite. Lorsqu'en revanche, le propriétaire décide d'accorder une autre destination à son bien, la jurisprudence antérieure est maintenue. Pourquoi une telle distinction ? Dans le cas d'une nouvelle location, l'indemnité d'éviction apparaît comme une dépense effectuée en vue de l'acquisition ou de la conservation du revenu. Or, en vertu de l'article 13-1 du code général des impôts, une telle dépense doit être déduite du produit brut pour calculer le revenu. Tant que le propriétaire loue son bien, il pourra donc déduire l'indemnité d'éviction mais dans les autres hypothèses, il sera imposé au commencement et à la fin du bail. La jurisprudence considère, en effet, qu'il y a valorisation du patrimoine immobilier lorsque le propriétaire revend l'immeuble libre de toute occupation. Dans cette hypothèse, l'indemnité d'éviction ne peut être déduite de l'assiette fiscale du propriétaire mais n'y a-t-il pas une contradiction à prétendre que la conclusion d'un bail commercial n'est pas de nature à entraîner une dépréciation de l'immeuble tout en affirmant que la vente d'un immeuble libre constitue une valorisation du patrimoine du propriétaire ?

387. Certes, la jurisprudence fiscale n'est pas encore clairement établie quant au sort de l'indemnité d'éviction qui, selon les cas, pourra être déduite des revenus imposables. Une très grande liberté est accordée au juge pour apprécier les effets du contrat sur le patrimoine du bailleur. La situation du locataire présente, elle-aussi, une certaine complexité.

b : Du côté du locataire

388. Concernant le locataire créancier de l'indemnité, il convient d'opérer plusieurs distinctions. La fraction destinée à dédommager la perte d'éléments de l'actif immobilisé est considérée comme le prix de cession d'un élément d'actif. À ce titre, elle est imposable selon le régime des plus-values. Un arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Paris le 15

⁵¹⁴ CE, 19 décembre 1975, req., n° 96829.

⁵¹⁵ CE, 11 mai 1964, req. n° 58730.

juillet 1994 concluait même que l'intégralité de l'indemnité d'éviction devait être assimilée à un prix de cession dans la mesure où l'indemnité « était destinée à compenser la perte d'un avantage offrant la possibilité [au locataire] d'exercer son activité et donc de lui procurer une source régulière de profit assurée d'une certaine pérennité. » L'analyse de la nature de l'indemnité est donc une question de fait. Le plus souvent, l'indemnité doit être fractionnée car elle couvre plusieurs frais possibles.

389. Lorsqu'elle est destinée à compenser un certain nombre de dépenses occasionnées par la rupture du bail ou le manque à gagner, l'indemnité d'éviction correspond à un produit d'exploitation immédiatement imposable. Enfin, si l'indemnité excède la valeur réelle du droit au bail. Il ne peut plus s'agir de dommages-intérêts. Par conséquent, cette fraction de l'indemnité d'éviction est analysée comme une recette ordinaire ou plus-value de cession.

390. Mais si le droit fiscal reconnaît au locataire un droit de jouissance particulièrement puissant et intégré à l'actif du bilan, il n'en résulte pas nécessairement une dépréciation économique de la propriété du bailleur. Tout est question de fait et une très grande liberté est laissée au juge en ce domaine pour apprécier l'impact économique du contrat de bail. Il n'en demeure pas moins que le droit de jouissance prend une certaine importance dans le domaine fiscal en bénéficiant d'un traitement particulier.

§ 2 : L'apparition du concept de droit de jouissance privative et exclusive

391. Au-delà de la distinction traditionnelle entre les droits personnel et réel, se dessine un concept nouveau : le droit personnel de jouissance privative et exclusive. Le droit fiscal prend, en effet, en considération le renforcement de certains droits personnels relatifs à un bien (A) qu'il convient finalement d'assimiler à de véritables biens (B).

A : Un droit personnel relatif à un bien

392. Que ce soit à travers l'écran de la personnalité morale (1) ou parce qu'il dispose d'un droit d'une nature et d'une durée (2) telle qu'il devient particulièrement puissant, le titulaire du droit personnel jouit de certaines prérogatives sur le bien qu'il n'atteint pourtant qu'indirectement.

1 : L'écran de la personnalité morale

393. Pour le professeur Atias⁵¹⁶, c'est l'engouement pour les personnes morales qui est à l'origine du faible impact de l'arrêt Caquelard qui a pourtant ouvert les vannes de la décomposition de la propriété⁵¹⁷. Ainsi, la multiplication des personnes morales aurait sauvé la théorie unitaire du droit de propriété⁵¹⁸. La personne morale permet, en effet, une répartition des richesses sans passer par le démembrement de la propriété. En d'autres termes, elle respecte tant et si bien l'idée d'une propriété pleine et entière que « le droit actuel traite des relations avec les choses à travers l'écran de personnes fictives⁵¹⁹ » mais la personnalité morale n'a pas tardé à montrer ses limites⁵²⁰. La détermination de la nature juridique des parts sociales a, entre autre, soulevé les difficultés.

394. Dépassant la distinction traditionnelle entre les droits réel et personnel, le droit fiscal assimile très souvent le titulaire des parts sociales à un véritable propriétaire. Sur un plan juridique, le véritable propriétaire est pourtant la personne morale elle-même. Toutefois, la part sociale est un droit de créance d'une nature particulière. Pour certains auteurs, ce n'est ni un droit réel ni un droit personnel. Ainsi, MM. Terré et Simler⁵²¹ estiment que les droits des associés ne sont pas des droits de créance dans la mesure où ces derniers ont droit à une part de bénéfice et même à une partie des biens lors de la liquidation. Ce ne sont pas non plus des droits réels dans la mesure où les biens n'appartiennent pas à un individu mais à la société.

⁵¹⁶ Ch. ATIAS, Droit civil, Les biens, 5^{ème} édition, Paris : Litec, 2000, n° 44-a, p. 61.

⁵¹⁷ Caquelard c/ Lemoine, Req. 13 février 1834, S. 1834, I, p. 205 ; D. périod., 1834, I, p. 218 ; D., Jur. Gén. v. Propriété, n° 68, n°1.

⁵¹⁸ Ch. ATIAS, Destins du droit de propriété, Ouverture, Droits, 1985, p. 5.

⁵¹⁹ Idem.

⁵²⁰ J. HAMEL, La personnalité morale et ses limites, D., 1949, Chronique XXXIV, p. 141.

⁵²¹ Fr. TERRE et Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, préc., n° 49, p. 55 et 56.

Toutefois, même si le lien entre le sociétaire et la chose est indirect, c'est un lien particulièrement puissant. Lorsque la personne morale disparaît, le titulaire des actions a vocation à devenir propriétaire de la partie du patrimoine social correspondant à ses parts. Cette vocation à la propriété est, en effet, très importante pour comprendre le renforcement de la notion de droit personnel. La « nature » du droit et sa durée son également pris en compte par le droit fiscal.

2 : La nature et la durée du droit

395. Par leur nature et leur durée, certains droits personnels peuvent intégrer l'actif du bilan. Il s'agit, dans toutes les hypothèses étudiées de droits d'exploitation cessibles ayant une pérennité suffisante pour constituer une source régulière de profits. Les droits personnels intégrant le bilan présentent, en effet, la particularité notable d'accorder à leur titulaire un droit d'exploitation de la chose qu'il s'agisse de l'exploitation d'un brevet ou d'un immeuble. C'est ce droit d'exploitation qui crée le lien privilégié entre l'exploitant et le bien. C'est d'ailleurs pour protéger ce droit que le statut des baux commerciaux a été instauré. Lorsque l'exploitation cesse, il n'y a alors plus de raison de maintenir la protection. Que ce soit pour le bail commercial ou l'exploitation d'un brevet, l'exploitant a donc l'obligation de mettre en valeur le bien. En prenant en considération cette particularité, le droit fiscal met en évidence une notion juridique à part entière : le droit d'exploitation qui apparaît alors comme le concurrent du droit de propriété, d'autant plus qu'il imprègne sur le bien une mainmise de longue durée.

396. La durée des droits est un critère récurrent que le droit fiscal prend en considération pour intégrer le droit à l'actif du bilan. La jurisprudence fiscale y fait, en effet, figurer les droits qui constituent une source de revenus dotée d'une pérennité suffisante. Le Conseil d'Etat a même jugé qu'un droit personnel de longue durée pouvait entraîner la dépréciation de l'immeuble sur lequel il porte. Ainsi, en ce qui concerne un bail civil non résiliable conclu pour une durée de 40 ans par le bailleur, le juge administratif a estimé que le pas-de-porte constituait la contrepartie financière de la dépréciation de l'immeuble⁵²². Il est donc permis de penser que ce critère est pris en considération par le juge pour qualifier le pas-

⁵²² CE, 29 septembre 1989, Dr. fisc., 1990, n°23 et 24, comm. 1125.

de-porte. Sans entrer dans les détails, le Conseil d'Etat estime néanmoins que ce n'est pas le seul critère à prendre en compte pour caractériser une éventuelle dépréciation.

397. La conclusion que l'on peut tirer de cette jurisprudence est le constat d'un net renforcement de certains droits personnels et un affaiblissement de la distinction classique entre les droits personnel et réel au point que le droit personnel soit assimilé à un véritable bien.

B : Un droit personnel assimilé à un bien

398. La jurisprudence relative à la concession de brevet est particulièrement intéressante puisqu'elle a dégagé différents critères pour justifier l'intégration d'un droit personnel dans le bilan comptable : l'exclusivité, la pérennité et la cessibilité du droit. Depuis un arrêt du 21 août 1996⁵²³, le critère de cessibilité est considéré comme prépondérant. Il semble que les critères retenus ne soient pas les mêmes selon que l'on s'intéresse aux redevances versées par le concessionnaire ou aux indemnités perçues par le concessionnaire en contrepartie de la résiliation ou de la cession du contrat de concession.

399. La question des actifs immobilisés intéresse deux problématiques différentes. De son côté, le concessionnaire souhaite que les sommes reçues lors d'une cession ou en contrepartie de la résiliation du contrat soient considérées comme le produit d'une immobilisation. Il pourra alors bénéficier du régime de faveur des plus-values à long terme (1) mais l'administration fiscale poursuit un but différent. Pour sa part, elle vérifie si les dépenses du concessionnaire constituent ou non le prix de revient d'un élément d'actif immobilisé. Si tel est le cas, le concessionnaire ne pourra plus déduire le paiement des redevances de son actif (2). Ainsi, il existe « deux grilles de lecture » différentes pour interpréter la jurisprudence⁵²⁴.

⁵²³ CE, 21 août 1996, n°154488.

⁵²⁴ J. TUROT, Activation des charges : la poule pondeuse et le poulet, R.J.F., 12/1994, p. 743 : « Cette distinction entre les deux configurations contentieuses me paraît constituer une indispensable grille de lecture de la jurisprudence du Conseil d'Etat : il ne va pas de soi, bien au contraire, que les arrêts rendus à propos du traitement d'une somme reçue soient transposables *ne varietur* à propos de la déductibilité de charges ou de pertes. Et, à omettre cette distinction, certains commentaires ou certaines conclusions en sont arrivés selon nous

1 : Les critères retenus pour les indemnités reçues par le concessionnaire

400. Pour intégrer l'actif immobilisé et correspondre à une véritable valeur patrimoniale, il suffit que la source de profit soit certaine. Par conséquent, seuls deux critères doivent être réunis pour que les indemnités touchées par le concessionnaire soient considérées comme la contrepartie de l'immobilisation puisque le versement de l'indemnité témoigne déjà du caractère patrimonial du droit de jouissance. Ainsi, les sommes perçues par le concessionnaire ne feront-elles partie du bilan qu'à condition que le droit du concessionnaire soit exclusif (a) et d'une durée suffisamment longue (b).

a : L'exclusivité

401. L'arrêt du 19 mars 1975 met l'accent sur le critère de l'exclusivité. Le Conseil d'Etat précise, en effet, que le détaillant renonçant à son droit d'exclusivité « s'est définitivement privé de la source régulière de bénéfice que constituait le monopole de la distribution (...) des produits d'une marque connue. » L'exclusivité est donc une condition nécessaire à l'immobilisation de l'actif incorporel. C'est d'ailleurs sans doute pour cette raison que le Conseil d'Etat a étendu la solution aux contrats exclusifs d'approvisionnement⁵²⁵. L'exclusivité est, en effet, un facteur de stabilité économique. Seul titulaire de l'exploitation d'un brevet ou d'une marque, le concessionnaire évite la concurrence. Lorsque l'entreprise obtient l'exclusivité, elle accroît fortement ses chances de profits futurs.

402. L'exclusivité semble donc être un critère important⁵²⁶. Pourtant, aussi essentiel soit-il, il ne suffit pas si le contrat ne présente pas des garanties de longévité suffisantes.

à faire dire à la jurisprudence du Conseil d'Etat ce qu'elle ne disait pas tout à fait. »

⁵²⁵ CE, 10 février 1989, n°96431, UNICO, R.J.F., 4/1989, n°407, conclusion Laprade ; Dr. fisc. 18/1989, c. 901 ; CE, 22 juillet 1994, n°118860, SA de matériel et de construction, R.J.F., 10/1994, n°1033, conclusions G. Bachelier.

⁵²⁶ CE, 5 novembre 1984, n° 43573, R.J.F., 1/1985, n° 15. Dans cette espèce, la concession était exclusive, conclue pour dix ans. Le contrat prévoyait, à l'issue de cette période, le transfert des droits d'exploitation des brevets au profit du concessionnaire. CE, 12 février 1988, n° 62547, R.J.F., 1/1985, n°15. Il s'agissait ici d'une licence exclusive conclue pour vingt ans assortie de la faculté de transférer à des tiers le bénéfice du contrat de concession.

403. La durée est un critère très important dans la mesure où elle concourt à la stabilité du droit. Depuis 1978, la jurisprudence insiste sur ce critère. Dans un arrêt rendu le 13 décembre 1978, le Conseil d'Etat estime que « si le contrat ainsi résilié était devenu depuis quelques années une source régulière de profits pour la société requérante, pareille source de profits ne pouvait constituer pour celle-ci un élément incorporel de son actif immobilisé qu'à la condition notamment que l'entreprise pût, eu égard aux liens de droit et aux rapports de fait qui l'unissaient à son cocontractant, escompter normalement la poursuite du contrat pendant une assez longue période⁵²⁷ ». Dans ses conclusions, le commissaire du Gouvernement, M. Rivière, souligne l'importance du critère : « Un droit détenu par une entreprise ne constitue pas un élément de son actif immobilisé, alors même qu'il sert à l'exploitation, lorsque ce droit n'a qu'un caractère précaire. Cette précarité lui ôte d'ailleurs toute valeur vénale. »

404. Reste que l'appréciation de la durée d'un droit demeure subjective. Ainsi, a-t-il été jugé qu'un contrat conclu pour une durée d'un an et résiliable par le concédant n'offrait pas une stabilité suffisante⁵²⁸. Peu importe que le contrat soit renouvelable par tacite reconduction ou qu'il ait été reconduit pendant une longue durée. Il convient d'apprécier la durée du contrat au moment de sa conclusion. Aussi, un contrat résiliable unilatéralement n'offre pas une assez grande garantie de stabilité⁵²⁹, même si, effectivement, le contrat s'est étendu durant une longue période. Remarquons toutefois que l'estimation repose souvent sur la durée même du brevet sur lequel la licence est consentie⁵³⁰.

⁵²⁷ CE, 13 décembre 1978, n° 6920, R.J.F., 2/1979, n° 60, conclusions Rivière, Dr. fisc., 29/1979, c. 1552.

⁵²⁸ Idem.

⁵²⁹ CE, 31 janvier 1990, n°63-870, Dr. fisc. 1990, n°17-18, Comm., 855 ; R.J.F., 1990, n°3, p. 180 : « Considérant que, si le contrat ainsi résilié était devenu, depuis 1967, une source régulière de profits pour la SA Bethenod, dès lors qu'il avait été tacitement renouvelé pour trois ans le 1^{er} janvier 1970, puis le 1^{er} janvier 1973, pareille source de profits ne pouvait constituer pour cette société un élément incorporel de son actif immobilisé qu'à la condition notamment, qu'eu égard aux liens de droit et aux rapports de fait qui l'unissaient à son cocontractant, elle pût escompter normalement la poursuite de l'exécution du contrat sur une assez longue période ; que tel n'a pas été le cas, en l'espèce, dès lors que le contrat conclu avec la société Chaffoteau et Maury aurait pu prendre fin à la seule initiative de cette dernière et sans indemnité, le 31 décembre 1975 et que la SA Béthenod ne fait état d'aucune circonstance qui lui aurait permis d'escompter qu'il resterait, en fait, en vigueur pour une période plus longue. »

⁵³⁰ G. BLANLUET, thèse précitée, n°80, p. 68. L'auteur en tire comme conclusion

2 : Les critères retenus pour les redevances versées par le concessionnaire

405. Si la jurisprudence concernant les sommes reçues par le concessionnaire ne retient que deux critères d'immobilisation, c'est parce que la réalité patrimoniale du contrat de concession apparaît dans le versement même des indemnités de cession ou de rupture. La situation est totalement différente en ce qui concerne l'immobilisation des redevances versées par le concessionnaire. Depuis un arrêt rendu en 1996, la cessibilité est devenue un critère essentiel. L'administration fiscale relève trois critères pour faire entrer les redevances versées dans l'actif immobilisé : l'exclusivité (a), la durée et la cessibilité du droit (b). Seuls ces deux derniers critères semblent déterminants.

a : L'exclusivité : un critère insuffisant

406. Dans un arrêt rendu le 30 avril 1980⁵³¹, le Conseil d'Etat mettait l'accent sur l'importance de l'exclusivité dans l'application de l'article 39 *terdecies* 1 et 1 bis du code général des impôts. On peut, en effet, y lire que « le concessionnaire d'un brevet ou d'un savoir-faire ne peut être regardé comme ayant acquis un élément d'actif immobilisé que s'il a obtenu, au moins pour une zone déterminée et pour une assez longue période (...) l'assurance d'une exclusivité lui garantissant une source régulière de profit. À cette condition, le concédant peut être regardé comme s'étant temporairement dessaisi d'un élément d'actif immobilisé au profit du concessionnaire » mais cette jurisprudence n'a plus lieu de s'appliquer puisque la loi du 19 décembre 1983 ne subordonne plus l'application de l'article 39 aux conditions d'exclusivité et de dessaisissement géographique. Si elle témoigne du renforcement des pouvoirs du titulaire du droit de jouissance, l'exclusivité n'est pas un critère nécessaire à l'immobilisation. Il apparaît, en effet, que l'absence d'exclusivité n'empêche pas le droit d'exploitation de constituer une source régulière de profits.

⁵³¹ CE, Plén., 30 avril 1980, n°17850, R.J.F., 7-8/1980, p. 295, conclusions M. Laprade ; Dr. fisc., 6/1981 c.236.

b : Les critères essentiels : la durée et la cessibilité

407. Si la durée du droit de jouissance joue un rôle fondamental dans l'immobilisation des redevances d'exploitation, un autre critère apparaît tout aussi essentiel depuis 1996⁵³² : la cessibilité. L'exigence de cessibilité du contrat n'est pas apparue immédiatement en jurisprudence. Elle est née lorsque l'administration fiscale a souhaité intégrer dans l'actif immobilisé les redevances versées par le concessionnaire (α). Il fallait, en effet, qu'un critère objectif sérieux puisse justifier l'immobilisation des sommes versées par le concessionnaire (β).

a : Le fruit de l'évolution jurisprudentielle

408. Selon une partie de la doctrine, le Conseil d'Etat aurait, dans un premier temps, intégré les indemnités reçues par le concessionnaire à l'actif du bilan puis il aurait, en 1984 intégré les redevances versées par celui-ci⁵³³. Pourtant, en 1958⁵³⁴, le Conseil d'Etat jugeait déjà que les sommes exposées pour l'acquisition d'une concession exclusive de brevet devaient figurer à l'actif. Dans une décision en date du 27 juin 1973⁵³⁵ relative à une concession de service public, l'assemblée plénière du Conseil d'Etat a même considéré qu'un abandon de créance devait « être regardé non comme une perte ou comme une charge assimilable à des frais de premier établissement, mais comme la valeur d'un élément incorporel de l'actif immobilisé. » De toute évidence, la jurisprudence relative à l'immobilisation des redevances n'est donc pas une extension de la jurisprudence relative à l'immobilisation des sommes reçues par le concessionnaire⁵³⁶. Elle a sa logique propre et

⁵³² CE, 21 août 1996, n°154488, R.J.F., 10/1996, n° 1137, Chron., p. 634, note Austry ; Dr. fisc., 1996, n° 50, Comm., 1482, note Arrighi de Casanova.

⁵³³ J. TUROT, Activation des charges : la poule pondeuse et le poulet, R.J.F., 12/1994, p.743 : « Une fois la crêpe bien dorée d'un côté, l'administration a légitimement eu envie de la retourner, ce qu'a admis le Conseil d'Etat pour la première fois sans doute en 1984 (CE, 22 février 1984, n° 39535, R.J.F., 4/1984, n° 408, conclusions JF Verny, Dr. fisc., 27/1984, c. 1300) : l'administration peut désormais obliger l'entreprise à immobiliser certaines charges. »

⁵³⁴ CE, 19 mars 1958, n° 35658, Dr. fisc., 1958, c. 518.

⁵³⁵ CE, Plén., 27 juin 1973, n° 79628 et 79629, Dupont, p. 293, conclusions Mehl ; Dr. fisc. 10/1974, c. 280.

⁵³⁶ St. AUSTRY, Régime fiscal des contrats de concessions de droits exclusifs d'exploitation, R.J.F., 10/1996, p. 638 : « (...) contrairement à une idée fort répandue, la jurisprudence qui qualifie, dans certaines circonstances, les redevances versées par le concessionnaire au concédant de dépenses immobilisées ne procède pas d'une extension, souvent jugée abusive, de la jurisprudence étudiée plus haut sur les résiliations de concession mais trouve son origine dans un courant jurisprudentiel qui lui est propre. »

c'est, sans doute, pour cette raison que la jurisprudence a dégagé un troisième critère nécessaire à l'immobilisation : la cessibilité.

409. En 1988⁵³⁷, le Conseil d'Etat relève, pour la première fois, le critère de cessibilité du contrat. L'arrêt du Conseil d'Etat rendu le 25 octobre 1989 insiste sur ce point puisqu'il précise que la société ne pouvait pas disposer du contrat au profit d'un tiers et en tire comme conséquence que « la redevance prévue au contrat a pour contrepartie, non l'acquisition par la société française d'un élément incorporel et cessible de l'actif immobilisé, mais le bénéfice d'un apport technologique et commercial courant⁵³⁸ ». La portée de cette jurisprudence était encore incertaine. Pourtant, le commissaire du gouvernement, Mme Liebert-Champagne, n'a pas hésité à affirmer, dans ses conclusions, que l'actif immobilisé était, en premier lieu, quelque chose qui pouvait être cédé. L'analyse était courageuse. Elle fut, par la suite, confirmée.

410. La décision du Conseil d'Etat rendue le 21 août 1996⁵³⁹ a éclairé la position prise par le juge administratif. Il s'agissait, en l'espèce, d'une licence accordée à titre exclusif. Pour autant, ce critère ne permettait pas, à lui seul, de conclure à l'immobilisation du droit. Le critère de cessibilité prend toute son importance depuis l'arrêt de 1996. Par cet arrêt, le Conseil d'Etat reproche aux juges du fond de ne pas avoir tenu compte de l'absence de cessibilité du droit. Seul un droit cessible est susceptible de figurer à l'actif immobilisé. Il correspond alors à un véritable droit patrimonial. Cette idée s'inscrit, de toute évidence, dans un mouvement plus large de réification du contrat.

β : Le ratio de l'évolution jurisprudentielle

411. Toute la question est celle de savoir pourquoi le critère de cessibilité est nécessaire à l'immobilisation. Pour certains auteurs⁵⁴⁰, le concessionnaire qui peut céder son contrat sans l'accord du concédant s'apparente fortement à un véritable propriétaire. Dès lors,

⁵³⁷ CE, 12 février 1988, n°62547, R.J.F., 4/1988, n°383 : « (...) la société concessionnaire disposait de la faculté de transférer le bénéfice du contrat de concession (...) au profit de tiers. »

⁵³⁸ CE, 25 octobre 1989, n°65009, BIC, IV, 9975.

⁵³⁹ CE, 21 août 1996, n°154488, R.J.F., 10/1996, n° 1137, Chron., p. 634, note Austray ; Dr. fisc., 1996, n° 50, Comm., 1482, note Arrighi de Casanova.

⁵⁴⁰ M. COZIAN et A. LECHENET, La distinction des immobilisations, des stocks et des frais généraux (suite et

les redevances sont naturellement la contrepartie de l'acquisition d'un élément d'actif immobilisé. Ainsi, la cessibilité du droit contribue à faire du concessionnaire une sorte de quasi-proprétaire du brevet⁵⁴¹. Pour M. Bardet⁵⁴², l'exigence de cessibilité permet d'immobiliser les seules choses dont on peut disposer. S'il ne peut céder le contrat, le concédant ne fait qu'utiliser la marque, le brevet. Il n'acquiert aucun élément incorporel. En revanche, lorsque son droit est cessible, le concessionnaire disposerait de l'*abusus* sur la chose. L'idée est intéressante. Pourtant, on peut se demander s'il faut réellement faire du droit de céder le contrat un véritable *abusus* sur la chose incorporelle considérée ? N'est-ce pas confondre la cession d'un contrat de concession et la cession de droits sur la chose ? N'y a-t-il pas ici confusion entre le contrat et son contenu ? Si l'on pense au contrat de bail, nul n'a jamais prétendu que le droit de céder le bail accordé au preneur amputait la propriété du droit de disposer de la chose. Toutefois, lorsque la durée d'exploitation se rapproche de la durée de vie du brevet, il est vrai que le droit de l'exploitant se renforce sensiblement.

412. Pour justifier le critère de cessibilité, d'autres auteurs⁵⁴³ soutiennent que l'immobilisation des redevances n'est justifiée que si l'élément d'actif a une valeur objective, indépendamment de l'activité de l'entreprise. Autrement dit, il suffit que l'élément d'actif soit dans le commerce pour que l'administration puisse immobiliser les redevances. Or, pour être « dans le commerce », le contrat doit être cessible. Il n'est plus question ici de se contenter d'une simple expectative de profit car la licence a une valeur en elle-même. Si le droit fiscal a déjà ouvert la porte du bilan au locataire, les conditions posées à l'immobilisation laissent peu de place à l'incertitude.

413. Même s'il convient de nuancer l'idée, le droit fiscal n'éprouve pas un respect révérenciel pour le droit de propriété. Il s'affranchit des qualifications du droit civil et n'hésite pas à faire d'un droit personnel un élément d'actif immobilisé. Il admet même qu'un tel droit

fin), Petites Affiches, 7 janvier 1994, n°3, p. 4.

⁵⁴¹ Plusieurs éléments doivent être réunis pour que la situation du concessionnaire puisse être comparée à celle d'un propriétaire. La concession doit, en effet, constituer une « source régulière de profits dotée d'une pérennité suffisante. » Lorsque le concessionnaire peut disposer d'une telle source de profits, sa situation s'apparente à celle du concédant. Nous avons d'ailleurs déjà pu noter qu'il était parfois difficile de distinguer la concession de la cession lorsqu'on s'en tient aux effets des deux contrats.

⁵⁴² H. BARDET, Le traitement fiscal des redevances de marques et de fabrication, Bull. F. Lefebvre, 4/1992, Chronique, p. 241.

⁵⁴³ J. TUROT, Activation des charges, La poule pondeuse et le poulet, R.J.F., 12/1994, Etudes et doctrine, p. 746 : « L'inscription d'une dépense en immobilisation ne se justifie que si, en outre, elle a pour contrepartie un élément d'actif ayant une valeur objective, indépendante de l'activité de l'entreprise qui l'a acquis ou produit :

puisse entraîner, dans certaines circonstances, une dépréciation du bien sur lequel il porte. Il dépasse ainsi la distinction traditionnelle entre les droits réel et personnel pour appréhender la réalité économique, consacrant parfaitement la puissance de certains droits de jouissance personnels. L'autonomie du droit fiscal doit toutefois être nuancée. D'une part, elle est limitée et parfois critiquée. Ainsi, en matière de taxe foncière, le juge fiscal demeure rigoureusement attaché à la définition juridique du droit de propriété. D'autre part, les privatistes s'interrogent eux aussi sur le renforcement des droits de créance. La réification des droits personnels, et plus précisément du contrat, a renforcé cette tendance. Sans entrer dans ce débat longuement développé par la doctrine, nous soulignerons le renforcement des droits personnels de jouissance en droit privé.

Section 2 : Le renforcement du droit de jouissance en droit privé

414. Si le droit fiscal prend certaines libertés avec les notions juridiques existantes, la doctrine civiliste s'interroge, elle aussi, sur la pertinence des concepts, en les confrontant aux évolutions du droit. Néanmoins, malgré les critiques, la distinction classique entre le droit réel et le droit personnel demeure. Quelques opérations juridiques font toutefois planer le doute dans la mesure où certains droits personnels sont particulièrement contraignants. Les droits de jouissance se renforcent (§1) accordant au titulaire de droit personnel une grande stabilité et parfois même une vocation à la propriété (§2).

§ 1 : L'importance croissante du droit de jouissance

415. Les prérogatives des titulaires de certains droits personnels se sont considérablement renforcées (A). De nombreux auteurs soulignent l'importance croissante des droits personnels. En effet, ce ne sont plus les droits fragiles et instables d'autrefois. Par ailleurs, on leur applique même parfois le régime juridique des actes de disposition (B).

A : Le renforcement des prérogatives

416. En mettant en place différents statuts protecteurs, le législateur a renforcé les pouvoirs de certains titulaires de droits personnels sur le plan juridique (1). Parfois même, le droit privé n'hésite pas à consacrer l'idée d'une dépréciation économique de la propriété. La fluctuation de la valeur du bien loué est alors prise en compte par la jurisprudence (2).

1 : Sur le plan juridique

417. De cette stabilité contractuelle et du renforcement des pouvoirs du preneur, la doctrine a dégagé l'idée d'une propriété culturelle et commerciale. Bien que leur orthodoxie soit contestée, ces expressions ont le mérite de mettre l'accent sur le renforcement considérable des droits du titulaire du droit personnel (a) et sur la restriction des prérogatives du propriétaire (b).

a : L'accroissement des pouvoirs du titulaire du droit personnel

418. En ce qui concerne le bail commercial, on distingue une particularité évidente de ce contrat par rapport au bail ordinaire. Alors qu'il convient, en principe, de respecter la destination des lieux, le preneur d'un bail commercial est autorisé à effectuer une déspecialisation de son activité⁵⁴⁴. Le preneur est donc autorisé à modifier l'objet même du bail. Ainsi, le bail peut-il s'adapter aux exigences du commerce. Il s'agit d'un accroc au droit de propriété car seul le propriétaire peut, en principe, changer la destination de son bien. Il tire, en effet, cette prérogative de son droit de disposition. Est-ce donc à dire que le preneur jouit d'une partie de ce droit de disposition ? Malgré la position de principe de la jurisprudence défendant le caractère purement personnel du droit du preneur à bail, force est de constater que la déspecialisation ne peut être un acte normal de gestion puisqu'elle constitue une transformation du capital immobilier. En modifiant la substance de la chose, le droit du preneur atteint directement la chose. Toutefois, son droit de déspecialisation demeure limité.

419. Les articles L145-47 à L145-55 du code de commerce prévoient deux types de déspecialisation : partielle et plénière. Concernant la déspecialisation partielle, le locataire est autorisé à adjoindre une activité « connexe ou complémentaire » à son commerce. Dès lors que la procédure est respectée, le propriétaire est contraint d'accepter la modification. Il peut simplement contester dans le délai de deux mois la nature des modifications. Les juges se sont livrés à une interprétation de l'expression « connexe ou complémentaire » qu'il est difficile de

⁵⁴⁴ Loi du 12 mai 1965 assouplie par la loi du 16 juillet 1971.

systematiser⁵⁴⁵. Il convient néanmoins de retenir que l'article 34 du décret du 30 septembre 1953 « impose seulement que l'activité envisagée soit connexe ou complémentaire et il importe peu qu'elle soit prépondérante par rapport à l'activité ancienne⁵⁴⁶. » Si la déspecialisation partielle est un droit pour le preneur à bail, il en va différemment de la déspecialisation plénière soumise à autorisation. Le silence du bailleur vaut néanmoins acceptation. De plus, il est possible de passer outre son refus.⁵⁴⁷

420. À côté de ce droit à déspecialisation qui caractérise le bail commercial, le renforcement des pouvoirs du locataire est surtout lié à l'allongement de son droit dans le temps. Aussi, la majorité de la doctrine n'hésite-t-elle pas à souligner que le droit du preneur à bail tend vers la perpétuité, ce qui est particulièrement net concernant le bail rural où le renouvellement est automatique. Certes, le propriétaire conserve un droit de reprise à certaines conditions, toutefois nul ne peut contester que le droit du preneur à bail s'inscrit désormais sur une très longue durée, ce qui, en principe est la caractéristique des droits réels. Corrélativement, les prérogatives du propriétaire se trouvent restreintes.

b : La restriction des pouvoirs du propriétaire

421. Dans une décision en date du 29 juillet 1998, le Conseil constitutionnel a permis au législateur d'apporter au droit de propriété les limitations qu'il estime nécessaires « à condition que celles-ci n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée de ce droit en soient dénaturés⁵⁴⁸. » Bien avant cette date, le législateur n'a pas hésité à ôter au propriétaire certains attributs de la propriété au profit des exploitants. La doctrine dénonce parfois le « lourd tribut⁵⁴⁹ » payé par les bailleurs en contrepartie des avancées sociales et les

⁵⁴⁵ Fr. AUQUE, Les baux commerciaux, Théorie et pratique, Paris : L.G.D.J., 1996, n°136, p. 136 : « Mais, définir plus exactement ces concepts, dresser la liste des activités visées ou exclues paraît mission impossible ; aucune des tentatives de systématisation n'est véritablement satisfaisante. »

⁵⁴⁶ Cass. civ. 3, 24 octobre 1984, Bull. civ. III, n° 174 ; J.C.P., 1985, II, 20474, note Boccara ; Rev Loyers 1985, p. 84 ; Rev. dr. imm., 1985, p. 294, note Derruppé et Brière de L'Isle.

⁵⁴⁷ Article L 145-52 du code de commerce.

⁵⁴⁸ Cons. Const., 29 juillet 1998, D., 1999, Jurisprudence, p. 269, note M. Sabete.

⁵⁴⁹ D. GRILLET-PONTON, Le droit du bail d'habitation à l'épreuve de la réglementation locative : une nouvelle désacralisation de la propriété, J.C.P., éd. G., 2000, I, 240, p. 1231.

« techniques régaliennes attentatoires à la propriété privée⁵⁵⁰ ». Les droits des propriétaires sont, en effet, fragilisés par les différents statuts législatifs mis en place.

422. Lorsqu'un statut trouve à s'appliquer, le bailleur perd le contrôle du rapport contractuel. L'*usus* du droit de propriété se trouve amputé au-delà de la volonté du propriétaire de louer simplement son bien. En ce qui concerne le bail commercial et le bail rural, le droit de reprise est limité. On ne retrouve d'ailleurs plus, dans la jurisprudence, l'idée que la reprise est un attribut normal de la propriété. Très souvent, le bailleur rural se retrouve en procès lorsqu'il essaie d'exercer son droit de reprise. Il lui faut, en effet, obtenir l'autorisation d'exploiter son propre fonds. De la même manière, en matière de bail commercial, les hypothèses de reprise ont été restreintes⁵⁵¹. De plus, la liberté dans le choix du locataire est parfois limitée. En matière de bail rural, le propriétaire peut être contraint de louer son fonds à une personne qu'il n'a pas choisie. D'une manière générale, la loi du 29 juillet 1998 a même sanctionné le droit du propriétaire de ne pas louer son bien. En effet, pour lutter contre la vacance, trois méthodes ont été mises en place : une taxe annuelle sur les logements vacants pendant deux années consécutives⁵⁵², la réquisition des logements appartenant aux personnes morales⁵⁵³ et un droit de préemption en cas de vente sur saisie⁵⁵⁴.

423. Le *fructus* est également touché dans la mesure où le propriétaire doit respecter les contraintes de fixation du prix du loyer. En ce qui concerne le bail commercial, le prix du loyer initial est certes libre mais le renouvellement donne lieu à un plafonnement. Pour ce qui

⁵⁵⁰ Ibid.

⁵⁵¹ D. BASTIAN, La propriété commerciale en droit français, in *Travaux de l'association H. Capitant, Journées de Verviers*, 1951, t. VI, p. 76.

⁵⁵² Article 232-1 du CGI : « Il est institué, à compter du 1^{er} janvier 1999, une taxe annuelle sur les logements vacants dans les communes appartenant à des zones d'urbanisation continue de plus de 200000 habitant où existe un déséquilibre marqué entre l'offre et la demande de logements, au détriment des personnes à revenus modestes et des personnes défavorisées, qui se concrétise par le nombre élevé de demandeurs de logement par rapport au parc locatif et le proportion anormalement élevée de logements vacants par rapport au parc immobilier existant. Un décret fixe la liste des communes où la taxe est instituée... »

⁵⁵³ Article L642-1 du code de la construction et de l'habitation : « Afin de garantir le droit au logement, le représentant de l'Etat dans le département peut réquisitionner, pour une durée d'un an au moins et de six ans au plus, des locaux sur lesquels une personne morale est titulaire d'un droit réel conférant l'usage de ces locaux et qui sont vacants depuis plus de 18 mois, dans les communes où il existe d'importants déséquilibres entre l'offre et la demande de logement au détriment de personnes à revenus modeste et de personnes défavorisées... »

⁵⁵⁴ Article 616 du code de la construction et de l'habitation : « En cas de vente sur saisie immobilière d'un immeuble ou d'une partie d'immeuble constituant la résidence principale d'une personne qui remplit les conditions de ressources pour l'attribution d'un logement à loyer modéré, il est institué, au bénéfice de la commune, un droit de préemption destiné à assurer le maintien dans les lieux du saisi. Ce droit de préemption est exercé suivant les modalités prévues par le code de l'urbanisme en matière de droit de préemption urbain, en cas

est du bail rural, la fixation du loyer est très strictement encadrée dès la conclusion du contrat. À cela, il convient d'ajouter, selon Mme Grillet-Ponton que le propriétaire perd le contrôle de la solvabilité du locataire⁵⁵⁵ à travers le mécanisme du transfert de bail en cas de décès.

424. Enfin, l'*abusus* du propriétaire subit lui aussi quelques restrictions. Le droit de préemption accordé au locataire limite la liberté de vendre du propriétaire. Dans certains cas, le législateur va même plus loin en interdisant au propriétaire d'autoriser la cession du contrat de bail. Ainsi, le bailleur d'un bail rural ne peut autoriser la cession du contrat⁵⁵⁶. Il peut néanmoins passer un contrat direct avec un nouveau preneur.

425. Enfin, il arrive également que le propriétaire souhaite, en dehors de toute disposition législative, restreindre son droit de propriété pour ne faire de sa propriété qu'une forme de garantie particulière. Ce renforcement des pouvoirs de jouissance entraîne alors parfois une dépréciation économique du droit de propriété.

2 : Sur le plan économique

426. Consciente des réalités économiques, la jurisprudence admet que le droit du preneur à bail d'habitation, pourtant qualifié de droit personnel, puisse déprécier le bien sur lequel il porte (a). Parfois, elle prend même en compte la valeur économique de ce droit personnel pour évaluer le patrimoine de son titulaire (b).

a : La dépréciation économique du bien loué

427. La jurisprudence n'est pas insensible à l'impact économique du contrat de louage d'habitation sur le bien. Il apparaît qu'un immeuble loué perd une partie de sa valeur vénale. Bien que la comparaison entre deux biens immobiliers soit délicate, il semble néanmoins qu'un immeuble d'habitation libre sera vendu à un meilleur prix qu'un immeuble

de vente par adjudication lorsque cette procédure est rendue obligatoire de par la loi ou le règlement. »

⁵⁵⁵ D. GRILLET-PONTON, *Le droit du bail d'habitation à l'épreuve de la réglementation locative : une nouvelle désacralisation de la propriété*, J.C.P., édition G., 2000, I, 240, p. 1231.

⁵⁵⁶ Cass. civ. 3, 5 mars 1997, J.C.P., éd. G., 1998, I, 113, p. 330, note G. Virassamy.

loué. Cette réalité économique n'est pas sans incidence au plan juridique. Ainsi, faudra-t-il tenir compte des contrats de location pour apprécier le caractère lésionnaire d'une vente.

428. Dans le domaine de l'immobilier, il est très difficile de procéder à des comparaisons. Il n'est pas évident de pouvoir comparer le prix d'un immeuble loué et le prix du même immeuble libre. Les économistes considèrent, en effet, que le marché n'est pas fluide car il existe toujours des différences entre deux immeubles. Dans une même résidence, les prix des appartements peuvent varier grandement. Il n'est pas simple de pouvoir effectuer une comparaison pertinente. Il faut, en tout cas, intégrer dans notre comparaison de nombreuses variables et notamment un classement par catégorie mais même si la comparaison ne peut être parfaite, la jurisprudence considère toutefois la dépréciation du bien loué comme une évidence⁵⁵⁷.

429. Dans un arrêt rendu le 16 novembre 1959, la Cour de cassation n'a pas hésité à affirmer que « la moins-value résultant pour un immeuble, dans l'opinion commune, de l'existence d'un bail authentique » devait être prise en considération « quand il s'agit d'apprécier la lésion alléguée par le vendeur, même si l'acheteur n'est autre que le locataire de l'immeuble ». Reste à préciser quels sont les fondements d'une telle dépréciation économique. De l'analyse de la jurisprudence, nous pouvons déduire que l'existence d'un statut protecteur du locataire pèse dans l'évaluation du bien. L'immobilisation de l'immeuble d'habitation pendant trois années sera donc prise en compte pour calculer la valeur du bien au moment de la vente. Il en va de même en ce qui concerne le partage et notamment lorsque l'un des indivisaires revêt également la casquette de locataire. Une telle jurisprudence nous semble devoir être réservée au bail d'habitation car, en ce qui concerne le bail commercial, l'exploitation active du fonds de commerce peut contribuer à valoriser le bien.

⁵⁵⁷ A. LEBORGNE, Recherches sur l'originalité du contrat de louage d'immeuble, thèse Aix-Marseille III, 1992, p. 460, n° 937 s.

430. En matière de partage, la jurisprudence semble ne pas attribuer la même valeur vénale à l'immeuble libre et à l'immeuble loué⁵⁵⁸. En ce qui concerne le bail rural, lorsque l'exploitation agricole fait l'objet d'une attribution préférentielle au profit de l'héritier qui la tient à ferme, elle doit être estimée comme libre de bail⁵⁵⁹. Pour justifier la solution, la jurisprudence avance deux motifs : l'égalité du partage et la confusion des qualités de propriétaire et de locataire. Savatier ne se contente toutefois pas de ces explications⁵⁶⁰ dans la mesure où la confusion ne saurait faire disparaître la créance et la dette du locataire à l'égard des tiers. Il considère que le « preneur a déjà été avantage, par le contrat de louage, et relativement à ses futurs copartageants, de la valeur du droit au bail. » Pour que l'égalité soit maintenue, le locataire doit rembourser son avantage aux autres copartageants. Ainsi, l'auteur compare le droit au bail à un avancement d'hoirie qu'il est naturel de rapporter à la masse lorsqu'il demande l'attribution privilégiée du bail⁵⁶¹. Puisque le bail a rompu l'égalité entre les cohéritiers, il convient d'en faire abstraction lors du partage.

431. Aussi intéressante soit-elle, cette analyse soulève des difficultés. Seules les libéralités ou les dettes peuvent, en effet, être rapportées à la succession. Dès lors se pose la question de savoir si l'on peut assimiler le bail à une libéralité. Autrement dit, le contrat de bail équivaut-il à une donation de valeur incorporelle ? Dans un arrêt rendu le 19 mars 1991⁵⁶², la Cour de cassation se réfère très explicitement à cette notion de rapport⁵⁶³. Une jurisprudence plus récente⁵⁶⁴ semble toutefois remettre en cause cette idée. Dans un arrêt rendu le 11 juin 1996, la jurisprudence justifie le principe en se fondant sur la confusion des qualités de locataire et de propriétaire. Cette décision surprenante a été analysée abondamment par la doctrine : certains la critiquent durement⁵⁶⁵, d'autres la jugent

⁵⁵⁸ Cass. civ. 1, 17 juillet 1958, Gaz. Pal., II, 201.

⁵⁵⁹ Cass. civ. 1, 16 juillet 1968, J.C.P., éd. N., 1969, II, 15894 ; Cass. civ. 1, 8 décembre 1965, D. 1967, 407, note R. Savatier.

⁵⁶⁰ R. SAVATIER, note sous Cass. civ.1, 8 décembre 1965, R.T.D. civ. 1967.

⁵⁶¹ R. SAVATIER, D. 1967, 407.

⁵⁶² Cass. civ. 1, 19 mars 1991, Bull. civ. I, n°90 ; R.T.D. civ. 1992, 427, note J. Patarin.

⁵⁶³ La jurisprudence pose deux limites à ce principe : l'avantage précipitaire et l'absence de donation lorsque le bail est acquis à titre onéreux.

⁵⁶⁴ Cass. civ.1, 11 juin 1996, Bull. I, n°252 ; J.C.P., 1997, I, 4021, n°3, note R. Le Guidec ; Def. 1996, art. 36448, note G. Champenois ; R.T.D. civ., 1997, 197, note J. Patarin ; D. 1997, Somm. commenté, 369, note M. Grimaldi.

⁵⁶⁵ M. Le Guidec (note précitée) considère que le résultat inique auquel aboutit la Cour de cassation rend la

surprenante⁵⁶⁶ ou encore incomplète⁵⁶⁷, d'autres enfin considèrent qu'il ne s'agit là que d'une jurisprudence occasionnelle⁵⁶⁸. Malgré le doute jurisprudentiel, l'analyse du doyen Savatier semble devoir être maintenue. Elle paraît d'autant plus exacte que les baux concernés accordent au preneur des prérogatives importantes.

432. Seuls certains baux sont concernés : les baux ruraux⁵⁶⁹ et commerciaux⁵⁷⁰. Le professeur Savatier estime que les immeubles se trouvent ainsi amputés d'une partie des avantages essentiels de la propriété. Dans le même sens, il souligne « la valorisation (...) donnée artificiellement au bail par une législation dérogatoire au droit commun. » De tels contrats apparaissent, en tout cas, comme des actes graves auxquels le législateur applique le régime juridique des actes de disposition.

B : L'assimilation à un acte de disposition

433. Le législateur n'a pas hésité à assimiler certains droits personnels à des actes graves (1). La jurisprudence semble aujourd'hui suivre cette tendance (2).

1 : L'application législative du régime des actes de disposition

434. Si la doctrine majoritaire rejette toute conséquence de la durée sur la nature du droit, elle doit néanmoins reconnaître que le législateur applique parfois aux droits personnels de longue durée le régime juridique des actes de disposition. L'application de la distinction traditionnelle entre les actes d'administration et de disposition est parfois malaisée lorsque le contrat engage pendant très longtemps les individus. Cela se vérifie aussi bien pour le contrat de bail que pour le contrat de prêt, dans certaines circonstances.

solution critiquable.

⁵⁶⁶ J. PATARIN, note précitée.

⁵⁶⁷ G. CHAMPENOIS, note précitée : « Mais elle a, nous semble-t-il, négligé la distinction essentielle : le cas où la concession du bail constitue un avantage rapportable à la masse successorale (ce qui se traduit concrètement par une évaluation du bien comme libre d'occupation) et celui où le bail est acquis à titre onéreux (le bien devant alors être évalué comme occupé), étant simplement précisé que la première situation est probablement très fréquente lorsque le bail a été consenti par le *de cuius*. »

⁵⁶⁸ M. GRIMALDI, note précitée.

a : Le contrat de bail : un acte grave ?

435. En ce qui concerne le contrat de bail, l’allongement de la durée du contrat n’a plus à être démontrée⁵⁷¹. La pérennité de la relation contractuelle a été au cœur des préoccupations législatives. Avec la législation protectrice du locataire, le rapport de force bailleur/preneur s’est d’ailleurs nettement inversé. Si le droit commun autorise les parties à déterminer librement la durée du contrat de location, l’application des règles du Code civil est aujourd’hui résiduelle⁵⁷² et l’allongement de la durée du contrat a des répercussions sur le régime juridique des contrats de bail.

436. La longue durée est prise en compte par le droit positif. Quelques règles spéciales sont prévues dans la mesure où un tel contrat est perçu comme un acte grave. Ainsi, le législateur considère que la conclusion d’un bail de longue durée ne peut être passée par le mineur non émancipé sans l’accord des deux parents. Lorsqu’il n’y a qu’un parent ou si l’autre refuse la conclusion du contrat, l’accord du juge des tutelles est nécessaire. Si le mineur est placé sous tutelle, le tuteur ne peut pas conclure un bail pour plus de neuf ans sans l’accord du conseil de famille ou du juge des tutelles⁵⁷³. Or, traditionnellement, l’avis du

⁵⁶⁹ Cass. civ. 1, 8 décembre 1965, précitée.

⁵⁷⁰ Cass. civ. 1, 11 juin 1996, précitée.

⁵⁷¹ Le plus souvent, un statut spécial s’applique au contrat de bail. Même en ce qui concerne les baux professionnels, un commencement de statut est prévu fixant la durée du bail à un minimum de six années. Elle ne peut être inférieure à neuf ans en ce qui concerne le bail rural et le bail commercial. Cette durée est d’ordre public. En ce qui concerne le bail rural, le législateur pousse même les parties à opter pour un contrat de dix-huit ou vingt-cinq ans en offrant au propriétaire des exonérations fiscales lors de la première mutation à titre gratuit. Un bail de carrière peut également être conclu. Il dure jusqu’à ce que le preneur atteigne l’âge de la retraite. En contrepartie, le propriétaire obtient le droit de fixer librement le montant du loyer. La stabilité est particulièrement évidente en ce qui concerne le bail rural dont le renouvellement est automatique. Quant au bail commercial, le renouvellement n’est, certes, pas automatique mais le montant élevé de l’indemnité d’éviction dissuade très souvent le propriétaire de refuser le renouvellement. Le propriétaire ne peut plus disposer librement de son bien. Il doit payer une lourde indemnité pour retrouver ses prérogatives. S’il ne dispose pas de la somme, le renouvellement le contraint à accepter un nouveau contrat. Pour que la technique du renouvellement ne soit pas détournée, les loyers du bail commercial renouvelé sont plafonnés. Ici encore, le législateur encourage les contrats de longue durée. Une exception est, en effet, prévue au plafonnement des loyers à l’article 23-6 alinéa 3 du décret du 30 septembre 1953. Avec la technique du renouvellement, le bail peut durer pendant une très longue période. En ce qui concerne les baux d’habitation, la loi du 1^{er} septembre 1948 ne prévoit aucune durée minimum mais le maintien dans les lieux à l’expiration du bail initial. La loi du 6 juillet 1989 est allée plus loin dans la réglementation du contrat de location en prévoyant une durée minimum de trois ans. Si aucun congé n’intervient à la fin du bail, le contrat est tacitement reconduit ou renouvelé pour une durée de trois ou six ans.

⁵⁷² Bien qu’elles aient été écrites pour le bail immobilier, les dispositions du code civil concernent essentiellement les baux mobiliers ; Cass. civ., 16 août 1882, D.P., 83, I, 213 ; S., 1984, I, 33, note A. Esmein : « Les règles générales applicables au louage de biens immeubles le sont également au louage des biens meubles, autant qu’elles sont compatibles avec la nature des choses. »

⁵⁷³ Cass. civ. 10 mai 1988, D. 1988, 516, note Massip ; Cass. civ., 21 juin 1989, JCP, 1989 IV, 318 ; Bull. I, n° 244, p. 162. Le contrat passé sans cette autorisation ne donne lieu à aucun droit au renouvellement ni au droit de

conseil de famille n'est requis que pour les actes de disposition⁵⁷⁴. Ainsi, le législateur traite-t-il le contrat de bail de longue durée à l'image des actes de disposition⁵⁷⁵.

437. Autre exemple du régime particulier que connaissent les baux de longue durée, la loi du 13 juillet 1965 fait une distinction selon le type de bail concerné. Ainsi, les baux commerciaux et les baux ruraux⁵⁷⁶ ne peuvent être valablement passés par l'usufruitier qu'avec le concours du nu-propiétaire⁵⁷⁷. C'est admettre que le bail de longue durée est un acte grave pour le propriétaire. D'ailleurs, lorsque les tribunaux examinent une demande d'autorisation judiciaire de passer le contrat, ils vérifient si la conclusion du contrat est préjudiciable au propriétaire. En principe, l'usufruitier peut passer seul les actes conservatoires et les actes d'administration. La loi assimile ainsi la conclusion d'un bail rural ou commercial à un acte de disposition.

438. De la même manière, en régime de communauté, les époux ne peuvent conclure l'un sans l'autre un contrat de bail pour une durée supérieure à neuf ans⁵⁷⁸. Trois contrats sont concernés : le bail rural et le bail commercial⁵⁷⁹ ainsi que la location-gérance du fonds de commerce ou de l'entreprise artisanale⁵⁸⁰. Le législateur a discuté la question de

se maintenir dans les lieux à l'encontre du mineur devenu majeur.

⁵⁷⁴ Article 457 du Code civil : « Le tuteur ne peut, sans y être autorisé par le conseil de famille, faire des actes de disposition, au nom du mineur. Sans cette autorisation, il ne peut, notamment, emprunter pour le pupille, ni aliéner ou grever de droits réels les immeubles, les fonds de commerce, les valeurs mobilières et autres droits incorporels, non plus que les meubles précieux ou qui constitueraient une part importante du patrimoine pupillaire. »

⁵⁷⁵ Fr. AUQUE, *Les baux commerciaux, Théorie et pratique*, Paris : L.G.D.J., 1996, p. 66, n° 74 : « En revanche, le législateur a pris clairement parti : toutes les lois récentes, qu'elles concernent la capacité ou le pouvoir de contracter, tiennent la conclusion du bail pour un acte de disposition. »

⁵⁷⁶ S'éloignant de l'esprit de la loi du 13 juillet 1965, la jurisprudence applique le texte au bail commercial et au bail rural peu importe la durée. Cass. civ. 3, 5 avril 1995, Bull. civ. III, n° 99 ; D. 1997, somm. p. 303, obs. Rozès ; Rev. Administrer, oct. 1995, p. 23, obs. J.-D. Barbier ; Rép. Defrénois, 1995, I, 1457, obs. Ch. Atias ; J.C.P., éd. G., 1995, IV, 1414 ; R.D.imm., 1995, p. 603, obs. J. Derruppé.

⁵⁷⁷ Article 595 alinéa 4 du Code civil : « L'usufruitier ne peut, sans le concours du nu-propiétaire, donner à bail un fonds rural ou un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal. A défaut d'accord du nu-propiétaire, l'usufruitier peut être autorisé par justice à passer seul cet acte. »

⁵⁷⁸ J.-J.BARBIERI, *Contrats civils, contrats commerciaux*, Paris : Armand Collin, Masson, Série droit, 1995, p. 179, 180.

⁵⁷⁹ Article 1425 du Code civil : « Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, donner à bail un fonds rural ou un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal dépendant de la communauté. Les autres baux sur les biens communs peuvent être passés par un seul conjoint et sont soumis aux règles prévues pour les baux passés par l'usufruitier. »

⁵⁸⁰ L 121-5 du code de commerce : « Une personne immatriculée au répertoire des métiers ou un commerçant ne peut, sans le consentement exprès de son conjoint, lorsque celui-ci participe à son activité professionnelle en qualité de conjoint travaillant dans l'entreprise, aliéner ou grever de droits réels les éléments du fonds de commerce ou de l'entreprise artisanale dépendant de la communauté, qui par leur importance ou par leur nature, sont nécessaires à l'exploitation de l'entreprise, ni donner à bail ce fonds de commerce ou cette entreprise artisanale. Il ne peut, sans ce consentement exprès, percevoir les capitaux provenant de telles opérations. »

savoir s'il fallait étendre ces dispositions au bail d'habitation. Opposé à l'Assemblée nationale, le Sénat était favorable à une telle extension de la cogestion. Il faisait valoir l'idée que le bail d'habitation était devenu un acte grave qui pouvait entraîner une dépréciation de la valeur vénale du bien loué. Soucieux de protéger l'intérêt des locataires, l'Assemblée nationale a rejeté cette idée⁵⁸¹.

439. Enfin, l'article 28 du décret du 4 janvier 1955 impose de publier au bureau des hypothèques les baux immobiliers d'une durée supérieure à douze ans⁵⁸². Bien qu'ils ne confèrent que des droits personnels, ces droits ont donc un régime comparable à celui des charges grevant l'immeuble. De cette manière, le législateur assimile le bail de longue durée aux actes transférant un droit réel. D'autres contrats ont été ajoutés à cette liste par des dispositions spéciales. Ainsi, le crédit-bail immobilier⁵⁸³ et la concession immobilière⁵⁸⁴ doivent être publiés. Concernant le contrat de concession immobilière, l'article 48 alinéa 2 de la loi d'orientation foncière du 30 décembre 1967 exige même que le concédant ait la capacité de disposer pour qu'il puisse consentir un tel contrat d'une durée de 20 ans. Quant au crédit-bail immobilier, il s'agit à la fois d'une location et d'un mode de financement d'une acquisition. L'utilité de la propriété est ainsi retenue par le crédit-preneur. Il doit donc pouvoir opposer son droit à un éventuel autre ayant cause du propriétaire jouissant d'un droit concurrent.

440. Au regard de ces dispositions législatives, on constate que la durée est prise en compte pour l'application du régime juridique des actes de disposition. Il s'agit alors de se demander si le droit personnel de longue durée n'est pas devenu un acte grave et, si tel est le cas, à partir de quelle durée le contrat devient un acte de disposition. En ce domaine règne une certaine incertitude. Il semble, en effet, difficile de déterminer une durée à partir de laquelle le contrat deviendrait un acte grave. C'est un critère très subjectif et relatif. En effet, si le législateur prend en considération la gravité du bail de longue durée, les dispositions législatives ne fixent pas de durée précise à partir de laquelle le bail revêt les atours de l'acte de disposition. Ainsi, le décret-loi du 4 janvier 1955 ne prend en compte que les baux de plus

⁵⁸¹ J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Paris : éd. Armand Colin, 1995, p. 324, 325, n° 370 : « (...) il nous paraît difficilement niable que la conclusion d'un bail d'habitation (ou à usage mixte) est devenu un acte grave, qui relève normalement de la cogestion. »

⁵⁸² Même une simple promesse unilatérale de bail de plus de douze ans peut être publiée (article 37 du décret du 4 janvier 1955).

⁵⁸³ Décret du 4 juillet 1972, Article 10.

de douze ans tandis que les articles 595 alinéa 4 et 1425 du Code civil visent le bail d'un « fonds rural ou d'un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal » soit des baux de neuf ans renouvelables. D'une manière générale, une difficulté intervient lorsque leur durée excède 18 ans dans la mesure où l'on pourra s'interroger sur leur nature juridique. La durée de plus de 18 ans est, en effet, un critère de qualification du bail emphytéotique qui accorde au preneur un droit réel.

441. Certains auteurs suggèrent d'admettre que le bail devient un acte de disposition lorsqu'il est passé pour une durée de neuf années⁵⁸⁵. Cette suggestion est intéressante dans la mesure où, à l'époque féodale, les baux de plus de neuf ans conféraient à leur titulaire un droit réel. Avant 1789, ces baux étaient considérés comme des baux à rente et non pas comme des baux à loyer⁵⁸⁶ mais rien ne permet vraiment de dégager une durée à partir de laquelle le droit personnel devient un acte grave. Si la durée est un critère à prendre en compte, elle est insuffisante en elle-même. C'est surtout le renforcement des prérogatives du titulaire du droit personnel sur une longue période qui entraîne l'application du régime juridique des actes de disposition.

442. Ces diverses dispositions laissent penser que certains baux grèvent lourdement le droit de propriété. Le bail de longue durée pris en compte par le législateur serait un contrat qui engage l'avenir du bien. De toute évidence, le législateur a estimé que de telles locations allaient au-delà du simple acte d'administration, reconnaissant leur incidence sur le droit de propriété. Une situation similaire se rencontre parfois en matière de prêt.

b : Le contrat de prêt : un acte grave ?

443. Le prêt à la consommation est un acte grave dans la mesure où il porte sur une chose consomptible dont l'emprunteur pourra disposer mais le prêt à usage peut également revêtir une certaine gravité. Certains auteurs considèrent, en effet, que le prêt à usage constitue un acte de disposition en la personne du prêteur lorsqu'il a pour effet de le priver

⁵⁸⁴ Loi d'orientation foncière du 30 décembre 1967, Article 48 s.

⁵⁸⁵ J. VIATTE, Le bail : acte de disposition, Rev. Loyers, 1970, p. 125.

⁵⁸⁶ P. JOZON, De la nature du droit du preneur, Rev. Prat. de droit français, 1865, p. 358.

gratuitement d'éléments importants de sa fortune pendant un temps appréciable⁵⁸⁷. Le contrat de prêt se situe donc parfois à la frontière de l'acte de disposition et de l'acte d'administration. En principe, l'acte d'administration doit être défini, dans un sens large, comme celui qui correspond à la recherche d'un avantage ou d'un revenu dans des conditions légales, normales et raisonnables⁵⁸⁸. L'auteur d'un acte de disposition vise, quant à lui, soit un rendement plus important, soit un but non lucratif lorsqu'il agit par intention libérale⁵⁸⁹. Il se peut donc que le prêt épuise le bien sur lequel il porte. Il devient alors un véritable acte de disposition.

444. Sur un plan purement économique, avoir 100 euros aujourd'hui ne représente pas la même valeur que de disposer de cette même somme demain si l'on retient la méthode du « *cash flow* actualisé ». Comme l'indique M. Aulagnier, renoncer à une jouissance immédiate pour une jouissance future a un prix. C'est ce qu'on appelle le taux d'actualisation⁵⁹⁰. Le taux d'intérêt du prêt est censé compenser cette dépréciation. S'il n'y a pas de taux d'intérêt ou s'il est insuffisant, le contrat de prêt devient alors un acte de disposition. L'absence de taux d'intérêt ne fait d'ailleurs pas de l'acte une donation puisque le prêt peut être gratuit. Le contrat demeure un prêt tant que la restitution est prévue mais c'est un acte dangereux qui engage le patrimoine du prêteur.

2 : L'application jurisprudentielle du régime des actes de disposition

445. Contrairement à la vente, le bail est un acte d'administration qui ne nécessite pas la capacité de disposer du bailleur. En principe, la jurisprudence considère donc que le bail de la chose d'autrui n'est pas nul mais simplement inopposable au véritable propriétaire. La solution se justifie dans la mesure où le contrat de bail n'est pas censé porter directement sur la chose. Pourtant, cette solution classique serait, selon M. Benabent⁵⁹¹, remise en cause

⁵⁸⁷ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Contrats civils*, t. XI, Paris : L.G.D.J., n° 1129, p. 448.

⁵⁸⁸ R. VERDOT, *La notion d'acte d'administration en droit privé français*, Bibliothèque de droit privé, t. 40, Paris : L.G.D.J., 1963, p. 254

⁵⁸⁹ R. VERDOT, *préc.*, p. 256, n° 352 : « Il est l'acte de rendement tendant à obtenir le bénéfice le plus important possible, dans des conditions anormales et en courant des risques sérieux, ou bien l'acte de la destruction épuisant en totalité ou en partie le bien ou le droit sur lequel il porte, accompli dans une intention libérale, sous l'empire de la nécessité ou même par négligence. »

⁵⁹⁰ J. AULAGNIER, *Aspects de droit civil, évaluation des droits d'usufruit, de quasi-usufruit et de nue-propiété par la méthode d'actualisation des flux futurs*, Colloque : Démembrement de propriété, stratégies actuelles et perspectives, Dr. et patrimoine, novembre 1999, Dossier, p. 64.

⁵⁹¹ A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Collection Domat droit privé, 5^{ème} édition,

par la jurisprudence récente. Dans un arrêt rendu le 12 octobre 1993, la Cour de cassation a, en effet, résilié un contrat de bail suite à la perte de qualité de propriétaire du bailleur. Les faits sont assez simples : une femme commande divers matériels à une société. Ne désirant pas les acheter, elle s'en procure l'utilité par le biais de deux contrats : un contrat de crédit-bail et un contrat de location. Suite à la défaillance du matériel, elle demande la résiliation du contrat de location. Dans des termes très généraux, la Cour de cassation considère que « la perte de la propriété d'un objet loué par le bailleur en conséquence de la résolution du contrat de vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de location ».

446. La Cour de cassation étend ainsi au contrat de location la solution retenue pour le crédit-bail⁵⁹². Dans un arrêt rendu le 23 novembre 1990, la chambre mixte de la Cour de cassation a considéré que la résolution du contrat de vente entraînait nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail en se fondant sur l'article 1184 du Code civil⁵⁹³. La solution se justifie par la spécificité du contrat de crédit-bail puisque le crédit-bailleur n'est plus en mesure de mettre la chose à disposition du crédit-preneur et de lui vendre le bien. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation n'a pas invoqué un manquement aux obligations du bailleur (Article 1741 du Code civil) mais l'article 1184 du Code civil. Le contrat de crédit-bail est, en effet un contrat complexe, mélange de bail et de vente. C'est donc parce que la vente de la chose d'autrui est nulle que la résolution de la vente entraîne la résiliation du contrat. Il est, a priori, étonnant que la Cour de cassation ait étendu la solution au contrat de bail.

447. En principe, la location de la chose d'autrui n'est pas nulle. Elle est possible tant que le bailleur est en mesure de remplir ses obligations et d'assurer, notamment, la jouissance paisible de la chose⁵⁹⁴. Il est donc très étonnant que l'arrêt du 12 octobre 1993 ait fait le lien entre la perte de la propriété et la résiliation du contrat de bail. Il aurait été préférable que la Cour déduise la résiliation de l'impossibilité d'assurer la jouissance et non pas simplement du défaut de propriété. L'arrêt du 12 octobre 1993 revient à exiger que le

Paris : Montchrestien, 2001, n° 325, p. 221.

⁵⁹² Ch. Mixte, 23 novembre 1990, Bitoun c./ Société Siebold Computer leasing, C.C.C, 1991, n°30 ; Dalloz, éd. G., Jurisprudence, p. 121 : « La résolution du contrat de vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail, sous réserve de l'application des clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation. »

⁵⁹³ Cass. civ. 1, 3 mars 1982, Dalloz, éd. G, 1982, IR, 268 ; Gaz. Pal., 1983, I, 71, note M. Defossez ; J.C.P., 1983, II, 20115, note E. M. Bey ; R.T.D. civ., 1983, p.152, note Ph. Rémy.

⁵⁹⁴ Article 1719-3° du Code civil.

bailleur soit propriétaire de la chose louée puisque la perte de la propriété entraîne automatiquement la résiliation du contrat de bail. Si la jurisprudence devait se confirmer, cela reviendrait à faire du contrat de bail un acte de disposition mais il ne s'agit, pour l'instant, que d'une décision isolée.

448. Une telle jurisprudence consacrerait nettement le renforcement des droits personnels relatifs à un bien. Ces droits ont, en effet, un lien étroit avec le bien sur lequel ils portent, lien accentué par la vocation à la propriété⁵⁹⁵.

§ 2 : La vocation à la propriété

449. Ce qui caractérise les divers droits personnels que nous avons eu l'occasion d'étudier, c'est leur vocation générale à la propriété. L'exemple le plus significatif en est le contrat de bail qui offre aujourd'hui au locataire la possibilité d'acquérir le bien. Le droit de préemption est le point de rencontre entre le droit de propriété et le droit du locataire de se maintenir dans les lieux. Il constitue une atteinte évidente au droit de propriété de l'acquéreur d'origine puisque ce dernier perd son droit lorsque le droit de préemption joue mais l'octroi d'un droit de préemption à un individu restreint également la faculté d'aliéner du propriétaire en le contraignant à choisir tel contractant. Certains auteurs⁵⁹⁶ soulignent que cette restriction au droit de disposer est limitée (A). Elle nous semble néanmoins bien réelle (B).

A : Une contrainte limitée

450. Si le droit de préemption apparaît comme une légère limitation du droit de propriété, c'est parce que d'une part, ce droit est, strictement encadré par les textes (1) et que, d'autre part, il ne déroge pas au droit du propriétaire de ne pas disposer de sa chose (2).

⁵⁹⁵ P. JOURDAIN, Les biens, Droit civil, Paris : Dalloz, 1995, p. 285 : « (...) l'altération est encore plus nette lorsque le bail confère au preneur un droit de préemption. »

⁵⁹⁶ C. SAINT-ALARY HOUIN, Le droit de préemption, Bibliothèque de droit privé, t. 164, Paris : L.G.D.J., 1979.

1 : Un droit encadré

451. Le droit de préemption est un droit encadré par la loi qui ne prive pas, pour autant, le propriétaire de toute liberté. Il est, tout d'abord, temporaire. En ce qui concerne le contrat de bail prévu par la loi du 6 juillet 1989 ou le bail rural⁵⁹⁷, le droit de préemption du preneur doit être exercé dans les deux premiers mois du délai légal de préavis⁵⁹⁸. Un délai de réflexion de deux mois est donc accordé au titulaire du droit personnel pour se décider d'acheter le bien. Lorsque le locataire a pris sa décision, il dispose d'un délai de deux mois pour réaliser la vente à compter de la date d'envoi de sa réponse au bailleur. Si l'acceptation du locataire est subordonnée à l'obtention d'un prêt, le délai est porté à quatre mois. S'il refuse et que le propriétaire vend à des conditions plus avantageuses, le locataire peut encore exercer son droit de préemption dans un délai d'un mois. La loi encadre ainsi strictement dans le temps l'exercice du droit de préemption. Passé le délai, l'offre de vente est caduque et le propriétaire retrouve sa pleine liberté de choix. Autre expression de la liberté du propriétaire, ce dernier n'est jamais contraint de vendre son bien.

2 : Le droit de ne pas disposer

452. Si le droit de préemption marque une certaine mainmise du locataire sur le bien, le propriétaire reste libre de ne pas vendre. Le titulaire du droit de préemption n'a aucun moyen de pression pour contraindre le propriétaire de vendre son bien. Ainsi, jusqu'à ce que la vente soit envisagée, le droit de préemption n'a aucun impact sur le droit de propriété. Or, tout comme le droit de disposer, le droit de ne pas disposer est un attribut fondamental du droit de propriété.

453. Le droit de préemption respecte cet aspect important du droit de propriété. Au fond, la contrainte imposée au propriétaire est limitée et, selon Mme Saint Alary Houin, « lorsque le propriétaire a librement décidé de vendre et que seule sa faculté de choisir l'acquéreur est atteinte, la contrainte intervient après qu'il ait volontairement rompu ses liens affectifs avec sa propriété. » Certes, le propriétaire qui s'est décidé à se séparer de son bien

⁵⁹⁷ Article L 412-8 du code rural.

⁵⁹⁸ Article 15 II de la loi du 6 juillet 1989.

peut être indifférent à la personne de son cocontractant mais il n'est guère évident que la contrainte n'intervienne qu'après la décision de vendre. Elle peut, en effet, conditionner en amont la volonté de vendre ou même la volonté de louer. C'est pourquoi, la restriction au droit de disposer nous semble bien réelle.

B : Une restriction réelle au droit de disposer

454. Le droit de préemption est au confluent du droit des contrats et du droit des biens puisqu'il porte atteinte à la liberté contractuelle et au droit de propriété. Il est incontestablement une limitation portée à l'*abusus* du propriétaire vendeur. Plus exactement, c'est la liberté de choix de son cocontractant qui se trouve restreinte (1). En résulte une limitation importante de la liberté contractuelle du propriétaire (2).

1 : Un choix limité

455. Lorsque le droit de préemption joue, l'*abusus* du droit de propriété se trouve limité⁵⁹⁹ dans la mesure où le propriétaire n'est pas libre de choisir son cocontractant. C'est donc une limitation du droit de disposer et, plus précisément, du droit de vendre son bien puisque le propriétaire peut subir une substitution de contractant. L'exercice du droit de préemption porte ainsi atteinte à ce soi-disant « attribut capital de la propriété⁶⁰⁰ » et au principe de libre circulation des biens. Comme le note Mme Saint Alary Houin, dans sa thèse, « en résumé, il apparaît que le droit de préemption limite de façon certaine le droit de propriété dans la mesure où son titulaire ne peut le céder à qui il veut et doit le céder au préempteur. À l'égard de tout autre que le préempteur, le bien est insusceptible d'aliénation. »

456. Pour éviter les fraudes, le droit de préemption a été étendu aux ventes portant sur la nue-propriété ou l'usufruit. L'article L 412-2 du code rural prévoit, en effet, que le droit

⁵⁹⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, Id. , n° 314, p. 292 s : « Le droit de préemption porte atteinte au droit de propriété du vendeur non dans la faculté qu'il comporte d'user et de jouir de la chose mais dans celle d'en disposer librement. Il est une simple limitation à l'*abusus* du cédant. »

⁶⁰⁰ J. CARBONNIER, Droit civil, Les biens, t. III, Collection Thémis, 18ème édition refondue, Paris : P.U.F., 1998, n° 27, p. 87.

de préemption joue, « même en cas de vente portant sur la nue-propiété ou sur l'usufruit, à moins que l'acquéreur ne soit, selon le cas, nu-propiétaire du bien vendu en usufruit ou usufruitier du bien vendu en nue-propiété. » Cet article pose néanmoins un garde-fou lorsque l'acquéreur est déjà titulaire de l'usufruit ou de la nue-propiété. Cette réserve répond au souci de privilégier les droits de propriété entiers.

457. Le propriétaire ne peut plus choisir son cocontractant. C'est un droit exorbitant qui déroge aux dispositions de l'article 544 du Code civil. Quelques décisions de justice s'en sont d'ailleurs fait l'écho⁶⁰¹. Pour Mme Saint-Alary-Houin⁶⁰², le droit de préemption est même générateur d'une inaliénabilité relative, « *intuitu personae* ». Cette atteinte au droit de propriété est justifiée par la satisfaction de l'intérêt général ou même d'un intérêt catégoriel et elle est strictement encadrée par les textes. Dans les cas prévus par la loi, le propriétaire se voit donc imposer un acquéreur, ce qui empiète sur sa liberté contractuelle.

2 : Une liberté restreinte

458. Il arrive que le propriétaire souhaite accorder la préférence à une personne déterminée pour acquérir son bien. Tel est le cas lorsqu'il consent une promesse unilatérale de vente ou un droit de préférence à une personne. Ce sont des droits personnels⁶⁰³ puissants qui entraînent certaines conséquences importantes sur le droit de propriété. Un problème apparaît lorsque le bien, sur lequel on a consenti un pacte de préférence, est loué et que le preneur dispose d'un droit de préemption.

459. Dans un arrêt rendu le 10 mai 1984, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a estimé qu'« en louant à des tiers des parcelles de terre sur lesquelles ils avaient précédemment consenti un droit de préférence, les propriétaires ont vidé ce droit de son

⁶⁰¹ Lyon, 5 mars 1975 : « Le droit reconnu aux SAFER par l'article 7 de la loi du 8 août 1962 est contraire aux dispositions très générales de l'article 544 du Code civil et présente un caractère exorbitant ; il doit être entendu strictement. Notamment son champ d'application se trouve circonscrit d'après les buts limitativement énumérés par les dispositions qui l'ont institué. » et Lyon, 1^{er} octobre 1975, Gaz Pal, 1976, Jurisprudence, p. 62.

⁶⁰² C. SAINT ALARY-HOUIN, Le droit de préemption, Bibliothèque de droit privé, t. 164, Paris : L.G.D.J., 1979, p. 294.

⁶⁰³ Cass. civ. 26 novembre 1935, DP 1936, I, 37 ; Cass. civ. 1, 16 juillet 1985, Bull. I, n° 224 : « La promesse de préférence, par laquelle le promettant s'engage envers le bénéficiaire à notifier à celui-ci toute offre d'un tiers pour permettre à ce bénéficiaire d'exercer son droit ou d'y renoncer constitue un acte licite qui confère au bénéficiaire un droit personnel. »

contenu⁶⁰⁴ » et se sont mis volontairement dans l'impossibilité d'exécuter le pacte de préférence. Cette jurisprudence a été confirmée en 1992 dans un arrêt rendu par la troisième chambre civile le 1^{er} avril⁶⁰⁵.

460. La situation du propriétaire est délicate. Lorsqu'il contracte un pacte de préférence, il ne s'engage pas encore à vendre la chose. S'il veut faire un usage normal de son bien et le louer, rien ne l'en empêche. Seulement, il ne pourra plus le vendre sans méconnaître ses obligations et engager sa responsabilité contractuelle. En d'autres termes, si le propriétaire veut vendre l'immeuble, il ne peut plus le louer. S'il veut le louer, il ne pourra plus vendre⁶⁰⁶. L'existence d'un droit de préemption légal affecte donc la liberté contractuelle du propriétaire.

461. En ce qui concerne la promesse de vente, la situation est plus simple. L'intention de vendre du propriétaire est, en effet, clairement posée. S'il ne vend pas ou s'il vend à un autre, il engage sa responsabilité contractuelle. Par conséquent, pour ne pas contrevenir à ses obligations, il ne peut plus louer le bien lorsqu'un droit de préemption est prévu. Le *jus fruendi* du propriétaire est alors restreint. Ces constatations sont, pour le moins, étonnantes. S'il passe un pacte de préférence ou une promesse unilatérale de vente, le promettant n'est plus libre d'accomplir ses prérogatives de propriétaire. Autrement dit, cela revient, une fois de plus, à considérer un simple droit personnel, le droit du bénéficiaire, comme un acte de disposition.

462. Le droit personnel relatif à un bien n'est pas sans incidence sur le droit du propriétaire qu'il restreint. Les prérogatives du droit de propriété sont, en effet, touchées par les droits personnels puissants. Le renforcement est le fait du législateur ou de la volonté même du propriétaire. Il culmine par la vocation à la propriété qu'il confère au simple titulaire d'un droit personnel.

⁶⁰⁴ Cass. civ. 3, 10 mai 1984, J.C.P., éd. G., II, 20328, note M. Dagot ; Rép. Defrénois, 1985, article 33612, note J.-M. Olivier.

⁶⁰⁵ Cass. civ. 3, 1^{er} avril 1992, D., 1993, p. 165, note A. Fournier ; Rép. Defrénois, 1993, p. 98, note J.-M. Olivier ; Rép. Defrénois, 1992, p. 1543, note Vermelle ; R.T.D. civ. 1993, p. 346, note J. Mestre : « En affermant un bien sur lequel il avait précédemment consenti un droit de préférence, un propriétaire s'est mis, volontairement, dans l'impossibilité d'exécuter le pacte de préférence. »

⁶⁰⁶ J.-M. OLIVIER, Rép. Defrénois, 1993, Article 35436.

Conclusion du Chapitre 1 :

463. La position de la jurisprudence fiscale est un indice de l'évolution des droits personnels. Le droit fiscal a, le premier, retenu la notion de droit personnel de jouissance privative et exclusive relevant l'importance croissante prise par certains droits personnels. L'analogie avec le droit de propriété et les droits réels est évidente. Dans un souci de réalisme économique, la jurisprudence et le législateur fiscal n'hésitent pas à user de qualificatifs propres au droit de propriété et à s'écarter des définitions du droit civil. La distinction entre les droits réel et personnel est alors parfois malmenée par le juge fiscal. D'une part, quelques droits personnels entraînent une atteinte au droit de propriété. D'autre part, certains droits personnels sont intégrés dans l'assiette fiscale du propriétaire. On constate donc un certain renforcement des pouvoirs du titulaire du droit personnel sans que cela n'entraîne nécessairement de dépréciation économique du droit de propriété. Les droits personnels d'exploitation ont, en effet, ceci de particulier qu'ils contribuent normalement à valoriser le bien sur lequel ils portent. Même si son autonomie doit être nuancée, le droit fiscal semble révélateur de la modification profonde que connaît le droit privé depuis quelques années.

464. Comme en témoigne M. Forestier dans sa thèse⁶⁰⁷, les droits de créance se sont considérablement renforcés. La stabilité des contrats de bail assure au preneur un droit puissant à l'égard du bailleur. Concernant le bail commercial, la possible déspecialisation et le droit au renouvellement offerts au preneur sont des prérogatives exorbitantes dérogeant à l'article 544 du Code civil. Ainsi, certains droits personnels de jouissance sont-ils devenus des actes graves auxquels le législateur applique le régime juridique des actes de disposition. Timidement, la jurisprudence a même emboîté le pas en considérant que la perte du droit de propriété entraînait la résiliation du contrat de location. Par ailleurs, dans certains cas, elle n'hésite pas à considérer que le contrat de bail d'habitation déprécie le bien sur lequel il porte. Le constat du renforcement des droits de jouissance gagne ainsi du terrain. Le preneur à bail a vu son droit renforcé. Le législateur lui a même octroyé le droit d'acquérir la propriété à

⁶⁰⁷ FORESTIER (J.), La vente de l'immeuble loué ou du rôle de la destination en droit privé, Thèse Poitiers, 1994.

travers le droit de préemption. Ce droit potestatif sera pris en compte en amont par le propriétaire qui voit son droit de vendre limité.

465. Du constat du renforcement des droits de jouissance personnels résulte une remise en cause sérieuse de la distinction des droits réel et personnel. Loin de s'engouffrer dans la brèche ouverte par le droit fiscal, le droit civil a constaté très tôt les incohérences du système. Le droit personnel n'est plus un droit fragile auquel on oppose en tout point le droit réel. C'est un droit fort, parfois largement opposable aux tiers et susceptible de porter atteinte au droit de propriété. Tirant les conséquences de ces constatations, la doctrine a tenté d'expliquer ce phénomène. Plusieurs théories se sont succédées pour expliquer le rapprochement des droits. Aussi convient-il, selon nous, d'élargir la notion de démembrement de propriété.

Chapitre 2 : L'élargissement de la notion de démembrement

466. Il est parfois assez difficile de tracer une limite claire entre les différentes catégories de droits. Il n'est guère évident de qualifier, par exemple, le droit des associés ou celui du preneur à bail⁶⁰⁸. Le renforcement des droits personnels de jouissance a encore compliqué la tâche, conduisant la doctrine à remettre en cause la pertinence de la distinction traditionnelle entre les droits réels et personnels. La nature des droits se confond de la même manière que leur régime juridique. La doctrine a, en effet, constaté que l'existence d'un droit de préférence ou d'un droit de suite n'était pas incompatible avec la notion de droit personnel. Le législateur a également compliqué la donne en imposant le régime des actes de disposition à de simples droits personnels.

467. Parallèlement, la dématérialisation des biens conduit à un véritable imbroglio car, plus qu'ailleurs, c'est dans le domaine des propriétés incorporelles que la distinction droit réel / droit personnel s'est brouillée. L'appréhension des choses immatérielles a conduit la doctrine à repenser la distinction classique. Considérée sous un aspect économique, l'obligation est alors assimilée à une valeur que l'on peut céder. Saleilles⁶⁰⁹ puis Ginossar ont clairement insisté sur cette idée mettant en évidence la valeur économique et patrimoniale de l'obligation, ce qui permet un rapprochement des notions classiques. En effet, la distinction entre les droits réel et personnel n'est plus très nette lorsque la jurisprudence assimile la concession de licence à un actif immobilisé. Elle souffre, en tout cas, de l'existence de catégories hybrides qu'on qualifie de droits de créance tout en leur appliquant le régime juridique des droits réels. Tel est le cas du contrat de bail qui a inspiré les plus riches et abondantes réflexions doctrinales.

468. Confrontée à l'effacement des distinctions traditionnelles, la doctrine s'est interrogée sur la nature juridique de quelques droits personnels issus de contrats spéciaux. Le

⁶⁰⁸ Fr. TERRE et Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, Collection Précis, 6^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002, n° 49, p. 55 et 56.

⁶⁰⁹ R. SALEILLES, Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le 1^{er} projet de Code civil pour l'empire

contrat de prêt ou le dépôt irrégulier ont alors été considérés comme conférant un véritable droit réel sur la chose prêtée ou déposée mais c'est le droit du preneur à bail qui a suscité les plus vifs débats. La distinction des droits réel et personnel étant de plus en plus incertaine, la doctrine s'est penchée avec intérêt sur les subtilités du contrat de bail. Elle a ainsi pu observer l'accroissement et le renforcement des pouvoirs de jouissance du preneur et les atteintes portées au droit de propriété du bailleur mais elle a également constaté le maintien des obligations du propriétaire, caractéristiques des droits personnels, d'où la difficulté de requalifier le droit du locataire. Redécouvrant l'originalité d'un contrat complexe, une partie de la doctrine a néanmoins tenté de prouver la réalité du droit du preneur à bail, que ce soit en analysant le contrat en tant que tel (Section 1) ou en étudiant les effets de l'évolution législative (Section 2).

Section 1 : La réalité déduite de l'analyse substantielle du contrat de bail

469. Devant l'éternelle difficulté de distinction entre l'usufruit et le contrat de bail, une partie de la doctrine a assimilé le droit du locataire à un droit réel en faisant remarquer que le droit du locataire portait directement sur la chose. Certains auteurs ont prétendu ainsi que le droit du preneur à bail était un droit hybride comportant à la fois des éléments réels et personnels (§1). Une partie de la doctrine est même allée plus loin dans l'analyse en estimant, contre l'opinion générale, que le droit du preneur était un droit réel (§2).

§1 : Un droit mixte

470. Doctrines quelque peu marginales, les partisans de la réalité du droit du preneur ont exercé, nous le pensons, une grande influence sur l'interprétation actuelle du contrat de bail. Nombreux sont d'ailleurs les auteurs qui reconnaissent au contrat de bail des éléments de réalité. Aujourd'hui, le caractère personnel du contrat de bail n'est affirmé qu'avec nuance et quelques auteurs défendent encore le caractère hybride du contrat de bail dont la complexité ne cesse d'être affirmée. Les thèses « mixtes » sont l'expression de l'insatisfaction des auteurs critiquant les « théories extrêmes⁶¹⁰ ». Elles s'expriment de deux manières différentes. Certains auteurs reconnaissent que le droit du locataire comporte des droits à la fois réel et personnel (A). D'autres estiment que le droit du preneur est alternativement réel ou personnel (B).

A : La qualification cumulative

471. Avec l'effacement de la distinction des droits réel et personnel, certains auteurs relayés par quelques décisions judiciaires⁶¹¹, ont soutenu le caractère hybride du contrat de

⁶¹⁰ V. YSEUX, Nature du droit du preneur dans le contrat de louage, Revue critique, 1893, p. 102.

⁶¹¹ Paris, 29 mars 1860, D. 1860, note Royer : « Le locataire acquiert par l'effet du bail à lui consenti un droit

bail. Ils ont rejeté la distinction classique des droits réel et personnel pour mettre en évidence un seul de ces aspects et privilégier l'une des catégories en y intégrant l'autre (1). D'autres ont préféré conserver la distinction critiquée en considérant que certains droits pouvaient parfaitement allier les deux aspects de ce diptyque (2).

1 : La confusion des droits réel et personnel

472. Quelques auteurs de renom n'ont pas hésité à critiquer les vieux poncifs en remettant en cause la distinction des droits réel et personnel pour privilégier un unique aspect : réel⁶¹² ou personnel⁶¹³. Favorisant l'aspect personnel des droits, Roguin⁶¹⁴ et Demogue ont réfuté toute distinction nette entre les deux catégories de droit. Niant, dans une critique acerbe, l'existence des purs droits réels, Demogue prétend, en effet, que tous les droits sont de nature personnelle et plus ou moins réels : « Les droits sont tous des droits d'obligation entre lesquels il y a des variétés suivant des considérations pratiques. » Il pousse ainsi la théorie personnaliste initiée par Planiol dans ses derniers retranchements. Dans un tel système de pensée, la complexité du bail est parfaitement mise en évidence.

473. Gazin propose, quant à lui, le système exactement inverse, intégrant l'aspect personnel dans la structure des droits réels. Cette thèse relayée par Saleilles considère que tous les rapports d'obligation sont, en réalité, des biens et que, ce qui compte, c'est finalement l'aspect patrimonial. La double nature du droit du locataire est une évidence pour ces deux théories mêlant les concepts de droit réel et personnel. D'autres auteurs font, au contraire, très nettement la distinction entre les droits réel et personnel, tout en défendant le caractère

tout à la fois personnel et réel qui lui permet de demander, à son choix, ou que le propriétaire expulse, ou qu'il soit lui-même autorisé à expulser le locataire subséquent d'une autre partie de la maison qui le trouble par une indue concurrence. »

⁶¹² R. SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le 1^{er} projet de Code civil pour l'empire allemand*, Collection Références, Paris : La Mémoire du droit, 2001 ; E. GAUDEMET, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, thèse Dijon, 1898 ; O. JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*, thèse Paris, 1902.

⁶¹³ R. DEMOGUE, *Notions fondamentales de droit privé*, Collection Références, Paris : La mémoire du droit,, 2001, p. 405 à 443, spéc. p. 405 : « Nous aboutirons à cette conclusion que la prétendue différence de nature entre le droit absolu et le droit relatif n'existe pas et que le législateur peut à son gré reconnaître tel droit comme absolu ou relatif, que cela dépend seulement de la sécurité qu'il veut donner à son titulaire. »

⁶¹⁴ Il faut noter une certaine évolution de l'auteur sur la question, sur le sujet voir : L. RIGAUD, *la théorie du droit réel et de l'obligation et la « Science juridique pure »*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1925, p. 423.

hybride du contrat de bail. Il s'agit alors d'admettre que ces deux aspects puissent coexister dans un même droit.

2 : La coexistence des droits réel et personnel

474. Pour Jozon, « s'il est vrai que l'on conçoit difficilement qu'un droit personnel soit en même temps un droit réel, puisque ces deux droits sont opposés par leur nature et exclusifs l'un de l'autre, on conçoit parfaitement, au contraire, qu'ils coexistent en vertu du même contrat et au profit de la même personne⁶¹⁵. » Il déduit la part de réalité des considérations qui ont présidé à l'élaboration de l'article 1743 du Code civil et du droit de préférence découlant de l'article 684 du Code civil. Même Toullier, pourtant farouchement opposé à la réalité du droit du preneur, a admis que le bail avait un caractère de réalité du fait du droit de suite accordé à l'article 1743 du Code civil. Selon Jozon, les travaux préparatoires sont très clairs et permettent d'affirmer que les rédacteurs du Code civil ont souhaité que le locataire ait désormais un droit réel. Ainsi, tel qu'il est issu du code civil, le contrat de bail serait un droit mixte présentant un double aspect réel et personnel.

475. Aujourd'hui, une grande majorité de la doctrine considère encore que le contrat de bail présente à la fois des éléments réel et personnel, du moins de nombreux auteurs relativisent quelque peu le caractère purement personnel du droit du preneur à bail. Si certains auteurs estiment que les deux aspects, réel et personnel, doivent se cumuler, d'autres s'y refusent préférant y voir alternativement un droit réel et un droit personnel.

B : La qualification alternative

476. Pour les tenants de cette analyse, de nature personnelle, le droit du locataire deviendrait réel à certaines conditions. Cette idée est confirmée par l'affirmation législative de la nature réelle du bail emphytéotique. Lorsqu'il revêt certains caractères, le contrat de bail changerait de nature juridique. D'une manière générale, ces baux de nature réelle sont qualifiés de baux anomaux. Il est étonnant que la doctrine ait conservé ce terme de l'Ancien

français pour souligner l'« anormalité » de ces contrats. Pour la doctrine classique, ces hypothèses sont toutefois marginales. Elles ne permettent pas véritablement de déduire un principe de « droit réel alternatif ».

477. Plus intéressante est la théorie soutenue par Yseux⁶¹⁶. Reprenant les fondements de la thèse défendue par Troplong, l'auteur estime que le droit réel n'est pas absolu. Si, en effet, on adopte la thèse de Troplong, c'est l'article 1743 qui confère au preneur un droit réel sur le bien. Par conséquent, suivant cette logique, l'existence d'un droit réel devrait être subordonnée à l'élaboration d'un acte authentique ou ayant date certaine puisque seuls de tels actes s'imposent au nouvel acquéreur. Certes, la date certaine du bail est admise de plus en plus largement par la jurisprudence. Il reste néanmoins des hypothèses où le bail n'a pas date certaine. Il existe d'ailleurs même des cas où le contrat de bail réserve à l'acquéreur le droit d'expulser le locataire⁶¹⁷. Dans ces hypothèses, la réalité du bail doit être rejetée puisqu'il ne s'impose plus au nouvel acquéreur. En d'autres termes, si l'on devait suivre le raisonnement développé par Troplong, on ne pourrait déduire à coup sûr le caractère réel du droit du locataire. Il faudrait donc se résigner à qualifier le bail de droit mixte. Pourtant, Troplong et d'autres auteurs après lui ont défendu avec force l'idée d'un droit réel absolu.

§2 : Un droit réel absolu

478. Au XIX^{ème} siècle déjà, Troplong, suivant l'analyse de Merlin, considérait que le droit du preneur à bail était de nature réelle. Quelques années plus tard, le professeur Derruppé tirait les mêmes conclusions en suivant un raisonnement tout à fait différent. Droit hybride, le droit du locataire aurait des caractères réel et personnel mais la réalité l'emporterait, selon lui, largement sur la personnalité. Bien que les conclusions soient les mêmes, ces deux thèses suivent des raisonnements différents. La première est une analyse

⁶¹⁵ P. JOZON, De la nature du droit du preneur, Rev. prat. de droit français, 1865, p. 368.

⁶¹⁶ V. YSEUX, préc., p. 102 et s et spéc. p. 117 : « On combat la théorie de Troplong parce que celui-ci affirme que le bail est un droit absolu, un droit qui suit l'immeuble, qui ne peut en être détaché et qu'au contraire le bail en est détaché, par cela seul qu'il n'a pas date certaine. »

⁶¹⁷ Le deuxième alinéa de l'article 1743 prévoit, en effet, que l'acquéreur « peut, toutefois, expulser le locataire

extrinsèque du contrat de bail. Elle se fonde sur l'impact du bail à l'égard d'un éventuel nouvel acquéreur (A). La seconde part d'une analyse intrinsèque du droit de jouissance accordé au preneur (B).

A : La réalité déduite d'une analyse extrinsèque du bail

479. Lorsque l'on fait référence à la nature du droit du locataire, on ne peut faire l'impasse sur les travaux de Troplong qui, par leur originalité, ont soulevé d'importantes discussions⁶¹⁸ (1). Ils ont, en effet, été sévèrement critiqués. Deux critiques ont été avancées : l'une fondée sur la nature personnelle du droit du locataire, l'autre reposant sur la critique du *criterium* de distinction entre les droits personnel et réel (2).

1 : Les travaux de Troplong

480. Contre une doctrine quasi-unanime, il n'était guère évident d'avancer l'idée que le droit du preneur à bail pourrait constituer un droit réel. Pourtant, cette analyse n'était pas nouvelle puisque Merlin l'avait déjà défendue avant lui. Troplong fait ainsi de l'article 1743 du Code civil le cœur de sa démonstration⁶¹⁹. Il le compare aux dispositions de la loi *Emptorem* qui dispensait tout successeur particulier, acquéreur ou autre, de l'entretien du bail⁶²⁰. Il rappelle alors que les romains considéraient le contrat de bail comme un rapport de droits personnels. L'article 1743 a donc complètement bouleversé la donne en imposant à l'acquéreur du bien de continuer le bail. À travers ce texte, le bail s'imprime sur la chose. Les débats qui ont précédé l'élaboration du texte témoignent d'ailleurs de l'importance de l'article. Troplong s'en fait l'écho en reprenant les propos les plus audacieux. Pour les

de biens non ruraux s'il s'est réservé ce droit par le contrat de bail. »

⁶¹⁸ V. YSEUX, préc., p. 102. Selon l'auteur, l'opinion de Troplong « souleva des orages, et une véritable croisade fut organisée dans le monde juridique pour combattre et réfuter pas à pas, argument par argument, l'avis qu'il avait osé émettre. »

⁶¹⁹ TROPLONG, De l'échange, du louage, t. 10, p. 17 : « L'article 1743 est peut-être le plus grave et le plus fécond de toute la matière du louage. C'est lui qui a transformé le caractère de ce contrat ; c'est lui qui a fait passer le droit du preneur de la classe des droits relatifs (*jus ad rem*) à la catégorie des droits absolus (*jus in re*). »

⁶²⁰ Ibid., p. 27 : « Elle (la loi *Emptorem*) était le résultat logique du principe que le bail n'engendrait que des rapports de personne à personne. »

opposants au texte, l'article 1743 constituait une atteinte intolérable au droit de propriété tandis que pour ses partisans, il s'agissait de protéger le droit de jouissance, véritable propriété du preneur à bail. Il apparaissait alors clairement que le bail marquait sur la chose une emprise certaine.

481. En effet, pour Troplong, la transmission du bail se justifie par le principe selon lequel on ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'on en a soi-même. Le propriétaire se serait dessaisi de la jouissance de la chose pendant un certain temps en promettant de garantir la jouissance paisible du preneur. Suivant cette logique, le bailleur ne peut vendre sa propriété déchargée de cette obligation. Cette même idée a été défendue, dans les mêmes termes, par Merlin. L'auteur souligne, en effet, que « sous le Code civil, le fermier n'a pas seulement une action personnelle contre son bailleur ; il a encore droit dans la chose qui lui est louée ; et cela est si vrai que l'acquéreur de la propriété est forcé d'entretenir le bail qui est prouvé avoir été fait avant le contrat de vente. Le bail est donc, relativement au fermier, un titre translatif de jouissance temporaire, comme le contrat de vente est, relativement à l'acquéreur, un titre translatif de la jouissance perpétuelle⁶²¹ ». De cette analyse découle naturellement l'idée que le bail affecte la chose et le droit de propriété. Voilà pourquoi le droit du preneur ne peut être qu'un droit réel.

482. De cette thèse défendue par Troplong, on retient l'idée que le droit du preneur constitue un droit réel parce qu'il est opposable au tiers acquéreur mais son propos est plus nuancé qu'il n'y paraît. L'auteur considère, en effet, que le bail n'entraîne aucun démembrement de propriété. La location est, peut-être, une charge pesant sur l'immeuble mais cette charge est productive. C'est une charge établie dans l'intérêt de la chose. Elle permet, en effet, de mettre en valeur l'immeuble et d'en tirer les fruits civils en vertu de l'article 584 du Code civil. C'est « une force auxiliaire ajoutée à la chose pour lui rendre ses produits ». Autrement dit, le bail « ne saurait être assimilé aux conventions qui amoindrissent le droit de propriété, qui en retranchent quelques parties utiles⁶²². » Pour Troplong, ce qui distingue le bail de l'usufruit, c'est la perception du revenu de la chose par le propriétaire.

⁶²¹ Merlin cité par Royer sous Paris, 29 mars 1860, D. 1860, II, 186.

⁶²²TROPLONG, De l'échange, du louage, t. 9, p. 79 et p. 76 : « Le bail, quoique accordant au fermier un droit dans la chose, n'est cependant pas un vrai démembrement de la propriété, puisqu'il est destiné à en retirer le produit net. On n'aliène pas en passant bail de ses héritages ; on les met au contraire en valeur ; on administre en bon père de famille. »

483. La thèse de Troplong marque ainsi une rupture entre les notions de droit réel et de démembrement de propriété. La distinction de ces deux concepts est, selon nous, fondamentale. Le démembrement doit être défini en lui-même, sans référence au droit réel et inversement. Nous avons, à ce propos, déjà démontré que tout droit réel n'impliquait pas nécessairement un démembrement de la propriété⁶²³. La thèse de Troplong est donc à la fois moins révolutionnaire qu'on ne le croit puisqu'elle fait le lien entre l'analyse économique du bail et le démembrement de propriété. Elle a néanmoins fait l'objet de vives critiques.

2 : Les critiques

484. Pour Derruppé, toute la théorie de Troplong repose sur l'opposabilité comme critère de distinction des droits réel et personnel⁶²⁴. Le droit réel serait naturellement opposable à tous, contrairement au droit personnel. En ce sens, le droit réel serait absolu, opposable *erga omnes* et le droit personnel relatif⁶²⁵. Nous avons déjà observé que ce critère n'était pas fiable⁶²⁶. D'une part, les règles de la publicité foncière ont gommé les disparités. D'autre part, l'analyse récente de l'opposabilité des droits personnels a permis de repenser le principe de l'effet relatif du contrat. En conséquence, le droit personnel n'est relatif que sur le plan de son effet obligatoire. En tant que fait, il s'impose à tous⁶²⁷. Les tiers ne peuvent être obligés par un droit de créance mais ce droit doit être respecté par tous au même titre que le droit réel.

485. Le professeur Derruppé a critiqué ce critère de distinction en faisant remarquer que les droits réels portant sur des meubles sont opposables aux tiers de la même façon que les droits personnels. En effet, de tels droits ne sont opposables qu'aux tiers qui en ont connaissance. Quant aux droits réels portant sur les immeubles, le système de publicité ne permet d'opposer aux tiers que les droits qui ont été publiés. Ainsi, il n'existe, selon le

⁶²³ Cf. supra n°78 s.

⁶²⁴ J. DERRUPPE, thèse précitée, p. 20 : « En somme, Troplong justifie sa thèse par l'article 1743. Cet article a rendu le bail opposable à tous ; il en a fait un droit absolu, un droit qui « suit la chose de main en main ». Et ce droit, « les jurisconsultes de tous les temps l'ont nommé un droit réel. »

⁶²⁵ S. CALASTRENG, La relativité des conventions, thèse Strasbourg, 1938, p. 388 et s.

⁶²⁶ Cf. supra n° 126 et s.

⁶²⁷ Fr. TERRE et Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, Collection Précis, 6^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002, n° 48, p. 55.

professeur Derruppé, aucune différence entre les droits quant à leur opposabilité⁶²⁸. Celle-ci est conditionnée par la connaissance des tiers. Reste alors à savoir si la connaissance du droit ne varie pas en fonction de la nature du droit. Autrement dit, le droit réel portant directement sur la chose n'est-il pas plus « visible » que le droit personnel ? Si on peut facilement présumer l'existence d'un droit réel parce qu'il porte directement sur la chose, rien ne permet de soupçonner l'existence d'un droit personnel.

486. La publicité des droits personnels étant limitée, il semble plus délicat d'apporter la preuve que le tiers connaissait l'existence d'un droit personnel antérieur. De plus, cette preuve n'est parfois pas suffisante pour opposer le droit au tiers. Ainsi, lorsqu'une personne confère à une autre un droit de préférence ou une promesse unilatérale de vente, il convient de prouver que le tiers avait connaissance du droit et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Le professeur Derruppé souligne cette diversité dans l'étendue de l'opposabilité mais il ajoute presque immédiatement que la « différence d'opposabilité ne peut être utilisée comme *criterium* de distinction de ces droits ». En effet, le degré d'opposabilité n'est pas une conséquence nécessaire de la nature du droit car il arrive que le législateur brouille les cartes. L'analyse extrinsèque n'est donc pas suffisante pour déterminer la nature juridique du droit du preneur à bail.

487. On peut également reprocher à l'analyse de Troplong de tirer de l'article 1743 du Code civil un principe général de réalité alors que l'article ne s'applique qu'au bail ayant date certaine. Or, il semble douteux que la nature juridique du bail puisse varier simplement en fonction de la certitude de date. Ensuite, l'article 1743 ne saurait, à lui seul, suffire pour prouver la réalité du droit du preneur car rien ne permet d'affirmer que cet article ne correspond pas simplement à des soucis pratiques envisagés par les rédacteurs du Code civil. De plus, l'adage *nemo plus juris* n'explique pas pourquoi l'acquéreur de l'immeuble est tenu par les obligations du contrat de bail. L'article 1743 n'est, en effet, pas simplement opposable à l'acquéreur mais il lui impose des obligations supplémentaires. Enfin, on peut également reprocher à Troplong de considérer que le démembrement de la propriété est une notion économique se traduisant nécessairement par une dépréciation du bien. Nous préférons, en effet, retenir une approche juridique de la notion de démembrement de propriété analysé

⁶²⁸ J. DERRUPPE, La nature juridique du droit du preneur à bail et le distinction des droits réels et personnels, thèse Toulouse, 1951, Paris : Dalloz, 1952, n°192 et s. p. 218 et s.

comme le transfert de prérogatives issues du droit de propriété. Il n'est donc pas nécessaire qu'il y ait une dévaluation du bien pour caractériser le démembrement. Il convient, en effet, de séparer l'analyse économique de l'analyse juridique dans la mesure où l'existence du loyer est censée compenser économiquement la perte de la jouissance de la chose par le propriétaire pendant un certain laps de temps. Quant à l'usufruit, qui normalement est censé déprécier le droit de propriété, il est d'usage qu'il soit passé à titre gratuit mais il peut parfaitement être conclu à titre onéreux.

488. Puisqu'il est impossible de prouver la réalité du bail en se fondant sur sa portée, certains auteurs ont préféré analyser le contrat de l'intérieur.

B : La réalité tirée de l'analyse intrinsèque du droit du locataire

489. Dans sa thèse⁶²⁹, le professeur Derruppé défend l'idée selon laquelle le droit du preneur à bail est, et a toujours été, un droit réel : « Le droit du preneur n'a pas changé de nature, les prérogatives du locataire ont toujours eu les caractéristiques d'un droit réel⁶³⁰. » C'est en étudiant le droit de jouissance du preneur que l'auteur a déduit la réalité du bail. Il est, en effet, très tentant d'assimiler le droit de jouissance du locataire à l'*usus* (1). Pourtant, la doctrine s'est toujours efforcée de distinguer ces deux notions (2).

1 : L'assimilation du droit de jouissance du locataire à l'*usus*

490. Le professeur Zenati dénonce la contradiction de la doctrine à travers l'exemple du bail⁶³¹. Selon l'auteur, si la propriété doit être décomposée en *usus*, *fructus* et *abusus*, la logique voudrait que le locataire prive le propriétaire de l'*usus* en louant la chose. Pourtant, la doctrine majoritaire refuse d'admettre que le locataire acquiert une fraction du

⁶²⁹ J. DERRUPPE, La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et personnels, thèse Toulouse, 1951, Paris : Dalloz, 1952.

⁶³⁰ J. DERRUPPE, Souvenirs et retour sur le droit réel du locataire, in *Mélanges en l'honneur de Louis Boyer*, Toulouse : Université des sciences sociales, 1996, p. 169.

⁶³¹ Fr. ZENATI, Essai sur le concept juridique de propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif, thèse Lyon, 1981, p. 452 s., n° 335 : « Le propriétaire perdant l'usage de la chose par l'effet du bail, l'idée que l'*usus* est une fraction de propriété, donc de droit réel, aurait pu suggérer que le locataire acquiert à travers la jouissance

droit de propriété. D'après le professeur Zenati, il y a donc une contradiction entre l'affirmation par la doctrine dominante du caractère personnel du droit du preneur et l'analyse du droit de propriété à travers ses utilités⁶³². Dès lors, deux solutions sont possibles : redéfinir la propriété, ce qu'a fait le professeur Zenati (a) ou faire du droit du locataire un droit réel, solution choisie par le professeur Derruppé (b).

a : L'usus, prérogative matérielle

491. La question de la nature juridique du droit du preneur à bail est un argument précieux employé par M. Zenati pour défendre son analyse du droit de propriété. L'auteur, nous l'avons vu⁶³³, considère que la propriété ne peut être la somme des trois prérogatives traditionnelles. Celles-ci ne sont, en effet, que les prérogatives matérielles attachées à tout bien. Ce ne sont pas des fragments du droit de propriété. Encore une fois, l'auteur met la doctrine classique face à ses « contradictions » et fait remarquer que le propriétaire perd l'usage de la chose lorsqu'il la loue. La doctrine dominante se contredirait donc en rejetant la réalité du bail tout en décomposant le droit de propriété en *usus, fructus, abusus*. En conférant la jouissance du bien au locataire, le propriétaire s'en priverait par la même occasion. M. Raynaud, cité par M. Zenati, souligne bien cette idée : « Dans la conception du louage des choses de notre droit, il est particulièrement compliqué de décrire la situation respective des parties dans l'utilisation du fonds. On a beau dire que le locataire n'a aucun droit sur la chose, on est bien obligé de reconnaître qu'il a le droit de s'en servir à son profit. Il est alors malaisé de discerner ce qu'il reste au propriétaire de ses droits sur le fonds, si ce n'est une sorte de propriété platonique et ne conférant aucune des prérogatives, en pratique, les plus utiles de la propriété puisque l'*usus* et le *fructus* doivent être respectés entre les mains d'un autre. » Le preneur serait donc un véritable possesseur.

492. Le professeur Zenati ajoute que, contrairement à ce qu'a pu écrire M. Quincardet⁶³⁴, le locataire jouit de la chose pour son compte et non pas pour celui du

dont il prive le propriétaire, une fraction du droit de ce dernier. »

⁶³² La thèse de la réalité serait alors beaucoup plus conforme à l'analyse classique du droit des biens que la thèse de la personnalité.

⁶³³ Cf. supra n°83 s.

⁶³⁴ S. QUINCARDET, La notion de gage en droit privé français. Ses diverses applications, thèse Bordeaux, 1937 : p. 284 : les locataires « retirent eux-mêmes les utilités de la chose louée non pas en leur nom personnel et

bailleur⁶³⁵. Il aboutit alors au constat selon lequel la thèse de la réalité des droits du preneur s'inscrit parfaitement dans la théorie classique du droit des biens. Les termes de l'article 1709 du Code civil sont, en effet, insuffisants pour nier que le propriétaire perd l'*usus* et une partie du *fructus* de son droit. Si l'on suit la logique classique, le locataire a un droit de jouissance sur l'immeuble.

493. Ainsi, la critique du professeur Zenati résume-t-elle l'épineux problème de la distinction du bail et de l'usufruit auquel la doctrine s'est toujours trouvée confrontée. Les auteurs ont d'ailleurs souvent souligné à quel point la distinction était délicate. Il est vrai que sur un plan purement matériel, il est très difficile de distinguer l'usufruit du bail puisque, dans les deux hypothèses, le locataire ou l'usufruitier ont l'usage du bien. Corrélativement, le propriétaire ne peut plus habiter l'immeuble en question. Il n'a, apparemment, plus aucun contact matériel avec la chose mais se départit-il, pour autant de l'*usus* ? Pour M. Zenati, il n'y a aucune raison de distinguer le droit de jouissance de l'usufruitier du droit de jouissance du locataire⁶³⁶. Aussi, propose-t-il une nouvelle critique sévère du démembrement de propriété. Afin d'éviter la contradiction, il suggère deux solutions : redéfinir le droit de propriété ou conclure à la nature réelle du droit du preneur.

494. Pour sortir de l'impasse, l'auteur suggère de redéfinir le droit de propriété et de ne plus le considérer comme une somme de prérogatives. Le démembrement de propriété devient alors une simple répartition des utilités du bien. Le propriétaire est bien maître des utilités de la chose mais il n'est pas titulaire de droits partiels représentant ces utilités. Les soi-disant attributs de la propriété ne sont ainsi que des prérogatives matérielles qui ne définissent pas le droit de propriété. Par la même occasion se trouve expliquée l'énigme du démembrement de propriété. L'unité de la propriété est ainsi préservée. Pourtant, cette thèse ne permet pas d'appréhender la nature complexe du droit de propriété qui est, à la fois, un droit subjectif et un droit patrimonial dont l'émolument participe à la définition.

pour leur compte, mais pour celui du propriétaire. »

⁶³⁵ Fr. ZENATI, thèse précitée, p. 453, n° 335 : « Vainement opposerait-on que le preneur ne possède pas, car il faudrait en dire autant de l'usufruitier qui relativement à la chose elle-même n'est qu'un détenteur précaire. »

⁶³⁶ Fr. ZENATI, thèse précitée, p. 454, n° 335 : « Le fait que la doctrine dominante n'accepte pas cette thèse renforce donc l'hypothèse de l'inadéquation de la théorie du démembrement et de l'application que nous en examinons, l'identité de la jouissance de la propriété et de celle de l'usufruit. »

495. Favorisant une analyse subjective de la propriété, cette thèse méconnaît, comme nous l'avons vu, le caractère patrimonial du droit de propriété. Le paradoxe du bail ne peut donc être résolu par une nouvelle définition du droit de propriété mais peut-il être surmonté par la thèse de la réalité ?

b : L'usus, prérogative réelle

496. La thèse du professeur Derruppé repose sur la notion de droit de jouissance. Derruppé souligne que les pouvoirs du preneur à bail sont des pouvoirs d'utilisation matérielle et juridique. Il ajoute que le preneur exerce ces pouvoirs pour son propre compte et qu'il est faux de prétendre qu'il représente le bailleur. Cette jouissance est un véritable droit pour le preneur. Comme elle s'exerce directement sur la chose, il s'agit d'un droit réel. Avant de conclure à la réalité, le professeur Derruppé souligne le caractère hybride du droit du preneur car rien ne permet d'écarter les éléments personnels. Devant la nécessité d'opérer un choix, il aboutit à la conclusion que le droit du preneur est de nature réelle. Pour Derruppé, le preneur possède à la fois des pouvoirs propres de jouissance et des prérogatives personnelles (α). Il tranche toutefois la question de la nature juridique du droit du locataire en faveur du droit de jouissance et donc de la réalité (β).

α : La mixité du bail

497. Pour déterminer la nature du droit du preneur, Derruppé a été contraint de dégager un critère de distinction entre les droits réels et personnels. Pour résumer, il considère que la différence d'objet est à la base de la distinction⁶³⁷. Ainsi, le droit réel s'exerce sur la chose tandis que le droit personnel porte sur les personnes. Or, ces deux aspects sont présents dans le droit du locataire. Pour le professeur Derruppé, deux sortes de droits coexistent au profit du preneur : un droit réel de jouissance et le droit d'exiger du bailleur certaines prestations.

⁶³⁷ J. DERRUPPE, La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits personnels, thèse Toulouse, 1951, Paris : Dalloz, 1952, p. 286.

498. Selon l'auteur, le preneur a des pouvoirs propres de jouissance. L'idée que l'usufruitier est un possesseur et le preneur un simple détenteur ne repose, en effet, sur aucun texte. Au contraire, il semble que le droit français fasse découler cette qualification de la nature juridique retenue du droit du locataire. Autrement dit, c'est parce que le preneur a un droit personnel qu'il ne peut être qualifié de possesseur alors qu'il faudrait d'abord analyser la nature de la jouissance pour en déduire celle du droit. Le preneur exerce, pour son propre compte, des pouvoirs d'utilisation matériels et juridiques sur la chose et l'idée de représentation ne saurait expliquer les droits du locataire⁶³⁸. Ces pouvoirs reconnus et protégés par l'ordre juridique sont de véritables droits. Pour prouver l'existence d'un droit de jouissance sur la chose, Derruppé remet ainsi en cause deux principes énoncés par la doctrine classique⁶³⁹ : l'idée que le preneur n'a pas de pouvoirs propres sur la chose et le postulat selon lequel le preneur serait un simple détenteur. Aussi, le droit de jouissance du preneur à bail est, selon lui, un véritable droit réel mais peut-on, pour autant, requalifier le droit du locataire dans son ensemble ? Il convient de nuancer cette idée car le droit du preneur présente encore des éléments importants de personnalité.

499. Le preneur, en effet, a le droit de réclamer l'exécution de certaines obligations au bailleur. Certes, le législateur a contribué à améliorer la situation du locataire par l'accroissement et le renforcement des pouvoirs d'utilisation et de jouissance. Cette idée n'est pas contestable mais l'évolution n'est pas suffisante⁶⁴⁰, selon le professeur Derruppé, pour justifier un changement définitif de nature juridique car la législation n'est pas parvenue à effacer les obligations personnelles du bailleur. Il est donc très difficile de classer le droit du preneur puisqu'il est un droit hybride. L'auteur n'allait pas en rester là. Pour trancher la question de la nature juridique du droit du preneur, il va mettre en évidence l'élément essentiel du contrat de bail : le droit de jouissance.

⁶³⁸ J. DERRUPPE, *Ibid.*, p. 303 : « Nous avons déjà montré qu'il est inexact de prétendre que le preneur soit un représentant du bailleur ; une telle idée est peut-être valable pour une certaine époque du Droit romain ; elle ne correspond nullement à la conception classique et traditionnelle du louage. »

⁶³⁹ S. QUINCARLET, *La notion de gage en droit privé français. Ses diverses applications*, thèse Bordeaux, 1937.

⁶⁴⁰ J. DERRUPPE, thèse précitée, p. 126 s.

β : Des pouvoirs de nature réelle

500. Le professeur Derruppé relève que le preneur exerce sur le bien des pouvoirs d'utilisation matérielle puisqu'il peut user de la chose et en recueillir les fruits mais également des pouvoirs juridiques car il peut sous-louer, céder son droit de jouissance ou encore l'échanger. Il jouit du bien sans, pour autant, être le représentant du bailleur. Autrement dit, le locataire n'utilise pas l'immeuble pour le compte d'autrui mais il dispose d'un véritable droit réel de jouissance tout en pouvant exiger du bailleur certaines prestations personnelles. Il paraît alors difficile de qualifier le droit du preneur dans la mesure où ce droit semble être un droit mixte.

501. Loin de se résigner à un constat d'échec, le professeur Derruppé souligne toute l'importance de la qualification du bail afin de déterminer le régime juridique applicable. Il en déduit que le droit de jouissance a toujours été l'élément fondamental du contrat de bail et l'évolution législative n'a fait que conforter cette idée en écrasant l'élément personnel du bail par le renforcement de l'élément réel. En restreignant le domaine de la liberté contractuelle, le législateur aurait, en effet, accru les pouvoirs de jouissance du preneur à bail. L'auteur en déduit qu'il convient de « rattacher le droit au bail à la catégorie des droits réels⁶⁴¹ ».

502. En reconnaissant la mixité du contrat de bail, le professeur Derruppé a mis en évidence toute la difficulté de qualifier ce droit étonnant permettant d'atteindre une chose sans l'atteindre vraiment. Le problème majeur reste celui de qualifier et d'expliquer le droit de jouissance du locataire. S'agit-il d'une véritable possession ou d'une simple détention ? Voilà résumée toute la problématique du contrat de bail. Ainsi, contrairement au professeur Derruppé, nous distinguerons l'*usus*, prérogative réelle issue du droit de propriété, du droit d'usage du locataire.

2 : La distinction de l'*usus* et de l'usage du locataire

503. Consciente de la difficulté de distinguer le bail de l'usufruit, la doctrine a très tôt tenté d'expliquer la différence entre la jouissance du preneur à bail et le droit d'*usus* du

propriétaire conféré à l'usufruitier. Même si l'on peut contester les explications données, la doctrine semble très cohérente. Elle n'a jamais assimilé le droit de jouissance du locataire à l'*usus* tiré du droit de propriété, le premier étant une simple détention, le second une véritable possession ou plus exactement une *possessio juris*. Pour expliquer cette différence, la doctrine a avancé plusieurs thèses qui ont été critiquées (a). Pour pallier ces critiques, nous essaierons de déterminer la nature de la jouissance en tant que telle en essayant d'écartier tous les présupposés (b).

a : Les thèses avancées au soutien de la distinction

504. Pour la doctrine classique, le preneur n'a pas une possession qui lui est propre mais agit en qualité de représentant du bailleur. Cette idée contestable a été le terreau de vives critiques dont se sont inspirées les thèses précédemment étudiées (α). La doctrine actuelle a d'ailleurs abandonné cette idée préférant simplement souligner la différence de nature juridique entre ces deux droits de jouissance (β).

α : La représentation au soutien du bail

505. Ce qui caractérise le contrat de bail par rapport à l'usufruit, c'est l'existence d'un intermédiaire entre le locataire et le bien. Pour expliquer l'absence de démembrement de propriété, la doctrine classique et la jurisprudence ont comparé la situation du preneur à celle d'un mandataire. Ainsi, le preneur n'aurait pas une jouissance propre de la chose, il ne posséderait pas en son nom. L'arrêt du 6 mars 1861⁶⁴² qui a donné le ton et dissipé les incertitudes quant à la nature juridique du bail classique est assez clair sur ce point : « Le bail n'opère aucun démembrement de la propriété, qui reste entière entre les mains du bailleur, pour qui il n'est qu'un moyen de la rendre productive et d'en recueillir les fruits ; à la différence de l'emphytéote et de l'usufruitier, le preneur n'a pas une possession qui lui soit propre et personnelle ; il possède par le propriétaire, dont il est, sous ce rapport, le représentant et le mandataire, et auquel seul sa possession profite. » C'est donc, semble-t-il parce que le preneur n'a pas de possession qui lui soit propre et personnelle que son droit

⁶⁴¹ J. DERRUPPE, *Ibid.*, p. 309.

demeure un droit de créance et que la propriété n'est pas démembrée. La doctrine a relayé cette idée. Quincartlet s'en est fait l'écho en considérant que le titulaire d'un droit personnel sur une chose louée ou prêtée ne possède pas en son nom.

506. Toutefois, le rapprochement du bail et du mandat semble plus qu'hasardeux. Le mandataire a, en effet, le pouvoir de passer des actes juridiques pour le mandant et en son nom, ce qui n'est pas le cas du preneur à bail. Les seuls actes juridiques que le locataire peut passer à propos du bien sont la sous-location ou la cession de bail, les actes matériels sont donc bien plus importants. Le seul point commun que nous pouvons retenir avec le mandat, c'est que le preneur comme le mandataire dispose d'un droit personnel. Faut-il en déduire avec M. Zenati que le démembrement de la propriété est une notion fautive ? Il semble plutôt que les termes de l'arrêt du 6 mars 1861 soient particulièrement mal choisis. Peut-on alors retenir l'idée d'une représentation ? D'une manière générale, la représentation est le procédé juridique permettant à une personne appelée représentant d'agir au nom et pour le compte d'une personne, le représenté. Le preneur agit-il au nom et pour le compte du bailleur ? Autrement dit, possède-t-il pour lui-même ou pour le compte du bailleur ?

507. M. Zenati et Derruppé refusent d'assimiler le bail et la représentation. On pourrait, a priori, penser que la sous-location s'accommode mal de l'idée de représentation. Lorsqu'il peut louer le bien, le locataire devient le bailleur du sous-locataire sans être le représentant de son bailleur. Il n'y a, en principe, aucun lien entre le bailleur initial et le sous-locataire⁶⁴³. Les obligations nées du second bail n'ont d'effet qu'entre le sous-bailleur et le sous-locataire car seul le sous-bailleur doit procurer la jouissance au sous-locataire et ce dernier n'a rien à exiger du propriétaire mais l'exemple de la sous-location est-il réellement pertinent ? Autrement dit, le droit de sous-louer est-il l'expression du droit de jouissance accordé par le propriétaire au locataire ? En réalité, il s'agit plutôt d'une prérogative personnelle du preneur à bail. En sous-louant le bien, on peut considérer que le preneur ne fait que s'engager personnellement dans une relation contractuelle où il est bien évident que le bailleur originaire n'a pas sa place. La question de la représentation reste donc entière.

⁶⁴² DP. 1861, I, 417.

⁶⁴³ Cass. civ. 3, 19 juin 1970, Bull. civ. III, n° 167, p. 125 ; J.C.P., 1974, IV, 203 : « La sous-location constitue un contrat distinct du bail principal et obéit à des règles qui lui sont propres, indépendantes des rapports juridiques unissant le propriétaire de l'immeuble au locataire principal. »

508. Si l'on étudie les articles 2228 et suivants du Code civil, il apparaît que l'idée de représentation ne permet pas de distinguer le droit de jouissance du preneur à bail du droit de jouissance de l'usufruitier. L'article 2228 du Code civil définit la possession comme « la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui le tient ou qui l'exerce en son nom. » Le possédant peut donc se faire représenter : la possession peut s'exercer par nous-mêmes ou par un autre. Le preneur, comme le mandataire ou le dépositaire, ne possède pas, il détient⁶⁴⁴ le *corpus* de la chose pour le propriétaire. Ainsi, il représente le bailleur dans l'exercice du *corpus* et c'est le propriétaire qui bénéficie de la prescription trentenaire. Le droit français assimile l'usufruitier et le fermier en les qualifiant de détenteurs précaires. L'article 2236 alinéa 2 du Code civil prévoit, en effet, que « le fermier, le dépositaire, l'usufruitier, et tous autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire, ne peuvent la prescrire ». Ainsi, la Cour de cassation estime-t-elle que le nu-propriétaire ne possède pas par lui-même : « Le nu-propriétaire possède par l'intermédiaire de l'usufruitier. Il ne saurait donc être reproché aux juges du fond, qui constatent des actes de possession exercés par l'usufruitier, d'avoir déclaré acquise au bénéfice du nu-propriétaire la prescription trentenaire d'une parcelle, sans avoir relevé d'actes de possession accomplis personnellement par ce dernier. » L'usufruitier possède donc le bien pour le propriétaire pour qui il n'est qu'un détenteur précaire et une sorte de représentant. L'usufruitier n'a, en effet, que la *possessio juris* mais, comme le locataire, il n'a pas la *possessio rei*⁶⁴⁵. Par conséquent, la même idée de représentation caractériserait le bail et l'usufruit. En d'autres termes, même exacte, l'idée de représentation ne saurait distinguer le bail de l'usufruit. En revanche, ce qui distingue la jouissance de l'usufruitier et la jouissance du locataire, c'est la nature même du droit car si le locataire ne dispose que du *corpus* de la chose l'usufruitier possède, en revanche, pour lui-même un droit réel de jouissance sur le bien.

509. La doctrine actuelle ne recourt plus à l'idée de représentation pour expliquer la nature juridique du bail car elle ne permet pas réellement de distinguer le bail des autres

⁶⁴⁴ Fr. TERRE et Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, Collection Précis, 6^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002, n° 159, p. 146 : « De même, le *corpus* à lui seul ne suffit pas ; ainsi, le locataire qui détient le bien et fait sur lui des actes matériels de jouissance n'a pas la possession au sens strict du mot (la possession des droits réels), parce qu'il n'a pas l'*animus*, l'intention de se comporter en propriétaire ou en titulaire du droit réel. »

⁶⁴⁵ S. QUINCARLET, La notion de gage en Droit privé français, ses diverses applications, thèse Bordeaux 1937, Bordeaux : Imprimeries Segalas-Bérou, 1937, p. 280 et s.

détentions précaires. Elle se contente, en effet, de distinguer le droit personnel de jouissance du droit réel de jouissance.

β : La différence de nature juridique

510. Ce n'est pas parce que l'usufruitier et le locataire ont tous deux la jouissance matérielle du bien qu'il faut confondre leurs droits. Pour la doctrine actuelle, le droit de jouissance du preneur se distingue du droit de jouissance du propriétaire ou de l'usufruitier par sa nature. C'est parce que la jouissance du locataire est indirecte que le droit du preneur n'opère, en principe, aucun démembrement de propriété. Par conséquent, le locataire ne fait que détenir⁶⁴⁶ l'usage de la chose : il ne possède pas. C'est du moins l'opinion défendue par la doctrine majoritaire. Le droit qu'exerce le preneur sur le bien n'est qu'une maîtrise de fait et non pas un droit direct parce qu'il ne s'agit que d'un droit personnel. En d'autres termes, le preneur n'exerce pas l'*usus* du droit de propriété mais une maîtrise purement matérielle. Prétendre le contraire, c'est nier qu'une obligation puisse avoir pour objet la jouissance d'une chose. En revanche, parce qu'il constitue un droit réel, le droit de l'usufruitier est susceptible de possession⁶⁴⁷.

511. Autrement dit, les auteurs partent de la nature juridique du droit du preneur pour en déduire que ce dernier n'a qu'une simple détention de la chose. C'est parce que le preneur détient la chose en vertu d'un bail, qu'il ne peut prétendre être investi de la possession. Pour que la possession soit caractérisée, il faudrait un élément intentionnel : l'*animus domini* qui fait défaut en matière de bail. Titulaire d'un droit personnel, le locataire n'a pas l'intention d'affirmer un droit réel sur la chose. Par conséquent, il ne peut être qu'un simple détenteur du bien. En revanche, l'usufruitier dispose d'un droit réel sur le bien, il possède un droit réel d'usufruit sur le bien, ce qui entraîne un démembrement de la propriété. Pour la doctrine majoritaire, on ne peut confondre la jouissance du preneur et celle de l'usufruitier dans la mesure où le premier jouit d'un droit personnel tandis que le second

⁶⁴⁶ L. SELOSSE, Essai sur la possession précaire, thèse Douai, 1874.

⁶⁴⁷ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CINAMONTI, Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, Paris : L.G.D.J., 2000, p. 257, n° 246 : « Le droit de l'usufruitier n'est pas celui du locataire qui se ramène à une créance de jouissance à l'égard de son bailleur. L'usufruit est un véritable droit réel, susceptible de possession et d'hypothèque, s'exerçant de manière immédiate, sans intermédiaire, sans obligation de payer un loyer sur les biens qui en sont l'objet. »

dispose d'un droit réel. Il serait intéressant de renverser cette logique en écartant le présumé de la nature juridique. Pour cela, il convient d'analyser le droit de jouissance en tant que tel sans référence préalable à la nature réelle ou personnelle du droit.

b : L'analyse substantielle des droits de jouissance

512. Afin de comparer le droit de jouissance de l'usufruitier et le droit de jouissance du preneur à bail, il convient d'analyser quelles sont les obligations que doit remplir le titulaire du droit (α) puis d'étudier quelles sont celles du bailleur ou du propriétaire (β).

α : Les obligations de l'usufruitier et du locataire

513. Ce qui est intéressant de noter c'est que les droits réels ne sont pas dépourvus de caractère personnel puisque l'usufruitier doit remplir un certain nombre d'obligations. La section 2 du chapitre 1 du titre III du Code civil consacré à l'usufruit, l'usage et l'habitation traite, en effet, des « obligations de l'usufruitier ». La jurisprudence fait toutefois une distinction entre le droit de jouissance de l'usufruitier et le droit de jouissance du preneur à bail car elle n'apprécie pas de la même façon les manquements à ces droits. Ainsi, dans un arrêt rendu le 18 mai 1994⁶⁴⁸, la Cour de cassation a sanctionné une décision des juges du fond ayant requalifié un contrat de location en droit d'usage et d'habitation tout en estimant que le titulaire du droit avait gravement manqué à ses obligations contractuelles. La décision est cassée car la Cour de cassation considère que les juges du fond n'ont pas tiré les conséquences légales de leurs constatations. Ainsi, censure-t-elle la méconnaissance de la spécificité de la déchéance pour abus de jouissance en matière de droit réel. Il faut donc distinguer l'abus de jouissance caractérisant le droit de l'usager et le manquement aux obligations contractuelles caractérisant le droit du preneur. Si les sanctions du défaut de jouissance ne sont pas les mêmes, c'est sans doute parce que les droits sont différents. Certes, les droits du locataire et ceux du titulaire d'un droit d'usage présentent des similitudes mais il faut se garder de toute assimilation.

⁶⁴⁸ Cass. civ. 3, 18 mai 1994, R.T.D. civ., 1995, n°921, note Fr. Zenati, J.C.P., éd. G., I, 3835, n° 31, note Périnet Marquet, D. 1996, Somm. comm., p. 363.

514. Si les obligations de l'usufruitier et du preneur à bail ne sont pas identiques, ce qui distingue les droits de ces derniers, ce sont surtout les obligations du propriétaire.

β : Les obligations du propriétaire

515. Lorsqu'on lit les dispositions du Code civil, on s'aperçoit très vite qu'aucune obligation n'est mise à la charge du propriétaire⁶⁴⁹. Seuls figurent, dans le Code civil les droits (Section 1) et les obligations (Section 2) de l'usufruitier.

516. Parce qu'il atteint directement la chose, l'usufruitier a la *possessio juris*. En possédant l'un des droits issus du droit de propriété, l'usufruitier opère un démembrement de propriété. Quant au locataire, il ne jouit que de la maîtrise matérielle du bien. Si l'on confondait la maîtrise du *corpus* et le droit réel d'usage, il faudrait logiquement admettre que toute personne utilisant, même sans titre juridique, un bien démembrement la propriété d'un autre, ce qui serait excessif. Mme Vial-Pédroletti⁶⁵⁰ souligne parfaitement le paradoxe auquel conduirait l'assimilation de la jouissance du locataire et de l'usufruitier, « il ne sert à rien de relever que tout utilisateur, si précaire (voire si illégitime) soit-il a cette relation directe avec la chose. » Dès lors, ce n'est pas parce que le locataire a l'usage de la chose que cet usage doit être assimilé à l'*usus* issu du droit de propriété⁶⁵¹. L'arrêt du 24 juin 1997 rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation est assez clair sur ce point en ce qui concerne le bail à construction : « Attendu que le bail à construction (...) diffère, par la nature des droits qu'il confère au preneur, des autres baux qui ont pour principal objet de lui conférer la jouissance temporaire d'un bien contre le paiement d'un loyer ; que la résiliation d'un bail à construction avant son terme n'a pas pour effet de le transformer en un bail ordinaire. » Autrement dit, c'est la jouissance de la chose qui diffère dans un bail à construction et dans un bail ordinaire. D'un côté, le propriétaire perd la jouissance de la chose puisqu'il attribue la *possessio juris* à l'usufruitier et de l'autre, il la conserve de manière passive en retirant les loyers correspondants. Même si l'usufruit était passé à titre onéreux, le prix versé correspondrait au prix de cession d'un droit d'usage sans autre obligation de la part du

⁶⁴⁹ Selon la jurisprudence, le propriétaire peut même refuser d'effectuer les grosses réparations puisqu'il n'est véritablement tenu à aucune obligation.

⁶⁵⁰ B. VIAL-PEDROLETTI, J-cl., Articles 1708 à 1762, fasc. n° 230, 2001, n° 3, p. 2.

⁶⁵¹ A.-V. LE FUR, L'acte d'exploitation de la chose d'autrui, R.T.D. civ., 2004, p. 441 : « Le pouvoir de jouissance du locataire sur la chose louée est autonome : ce n'est pas celui du propriétaire. »

propriétaire. En revanche, le versement des loyers par le locataire est l'expression du droit d'usage que conserve le propriétaire qui décide d'user de son bien en le louant, ce qui implique, de sa part, l'accomplissement de certaines obligations. Il n'est donc pas possible de confondre l'*usus* du droit de propriété et la jouissance matérielle de la chose par un locataire.

517. S'ils appréhendent tous deux les utilités du bien, le preneur et l'usufruitier ne le font pas de la même façon. L'usufruitier appréhende directement le bien, quel que soit son état et son devenir, sans rien pouvoir exiger du propriétaire. Corrélativement, la jouissance de l'usufruitier ne dépend nullement de la volonté du propriétaire, même lorsque l'usufruit est constitué par voie contractuelle. Une fois que l'usufruit est accordé, l'usufruitier peut réclamer la jouissance de la chose en quelque main qu'elle se trouve. La jouissance a pour objet le bien, elle porte directement sur celui-ci et si le propriétaire s'oppose à la jouissance du bien par l'usufruitier, ce dernier pourra faire valoir son droit sur le bien. En revanche, le locataire n'atteint le bien que par l'intermédiaire du bailleur. Il ne peut donc réclamer qu'au bailleur la jouissance de la chose. C'est donc à ce dernier d'accomplir les démarches nécessaires pour récupérer la chose. La jouissance du locataire dépend de la volonté du propriétaire à remplir son obligation de délivrance et de jouissance paisible. Toutefois, concernant l'obligation de délivrance de la chose, le preneur peut très bien appréhender le bien en faisant appel à la force publique lorsque le bailleur ne remplit pas son obligation.

518. Il ne faut néanmoins pas confondre l'obligation de délivrance du nu-propriétaire dans le contrat d'usufruit et l'obligation de délivrance du bailleur. Dans la première hypothèse, l'obligation de délivrance est une obligation principale du contrat qui, sauf disposition contraire, ne se prolonge pas pendant toute la durée du contrat. Il ne s'agit pas d'une obligation de faire mais d'une obligation de donner. Dans la deuxième hypothèse, l'obligation de délivrance est considérée, classiquement, comme une obligation de faire dont la nature permet toutefois une exécution forcée. Contrairement à l'usufruit, elle se prolonge pendant la durée du bail⁶⁵². Quant au reste des obligations imposées au bailleur, le locataire jouit simplement du droit de faire respecter toute obligation de faire. Ainsi, à l'exception de l'obligation de délivrance, le preneur à bail dépend entièrement du propriétaire. À proprement parler, le locataire n'a pas le droit d'user de la chose, il n'a que le droit d'en réclamer l'usage

⁶⁵² En matière d'usufruit, le propriétaire n'est pas tenu d'effectuer les grosses réparations ni d'entretenir la chose en l'état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée.

au propriétaire. La jouissance de l'usufruitier doit donc être distinguée de celle du preneur à bail à une réserve près : l'exécution forcée de l'obligation de délivrance.

519. Ainsi, même si le droit du locataire peut être protégé par l'exécution forcée, il semble impossible de déduire la réalité de son droit car le bail est encore marqué par de nombreuses obligations personnelles. Reste alors à savoir si l'évolution législative n'a pas bouleversé la donne.

Section 2 : La réalité déduite de l'évolution législative

520. En intervenant dans le contrat, le législateur a, de toute évidence, fait reculer le caractère contractuel du bail. Toutefois, l'acte juridique demeure de nature contractuelle même s'il s'agit d'un contrat dirigé. En accordant moins de place à la volonté des parties, les différentes lois ont, de toute évidence, changé l'aspect du contrat mais les changements profonds apportés par le législateur au régime juridique du bail ont-ils réellement modifié la nature de ce contrat ? Autrement dit, le renforcement des pouvoirs du locataire lui a-t-il conféré la *possessio juris* ? A-t-il désormais un véritable droit réel de jouissance sur le bien ? La question a taraudé la doctrine pendant la première moitié du vingtième siècle. Si certains auteurs n'ont pas hésité à déduire des bouleversements législatifs un changement de nature juridique du droit du preneur (§1), il semble toutefois que cette évolution soit insuffisante pour consacrer l'entière réalité du bail (§2).

§ 1 : La requalification du droit du preneur

521. Loin d'être un acte anodin, le bail s'est considérablement renforcé. Bien que l'orthodoxie des termes soit contestée, la doctrine a même élargi la notion de propriété en faisant apparaître l'idée de « propriété commerciale ». Le droit de certains preneurs à bail serait ainsi, pour une partie de la doctrine, un « droit réel inavoué⁶⁵³ ». Cette analyse trouve son fondement dans l'idée qu'il est impossible de détacher la terre de l'entreprise et inversement. Les statuts spéciaux auraient donc modifié la nature juridique du droit du preneur à bail.

522. C'est surtout l'étude des régimes spéciaux qui a remis à jour la question de la réalité du droit du preneur. Parmi ces mesures législatives, le régime du bail commercial et du bail rural a suscité les plus vives controverses. En analysant deux objets d'études *a priori* différents : le droit du preneur sur l'immeuble loué (A) et, plus particulièrement, le droit du

⁶⁵³ R. SAVATIER, Id., p. 277.

preneur sur son exploitation (B), une partie de la doctrine s'est demandée si ce droit n'avait pas changé de nature.

A : Le droit du preneur sur l'immeuble loué

523. Les auteurs se sont longuement interrogés sur la nature juridique du droit du preneur à bail. Dans son ensemble, la doctrine souligne l'incroyable renforcement des pouvoirs du locataire et le caractère résiduel des dispositions du Code civil. Si tous s'accordent à reconnaître que les droits de certains preneurs à bail sont puissants et ambigus⁶⁵⁴, certains n'hésitent pas à requalifier le droit du preneur en un droit réel en prenant pour fondement l'évolution législative⁶⁵⁵. En accordant au preneur des pouvoirs de jouissance étendus, le législateur aurait modifié la structure et la nature de son droit sur l'immeuble. Aussi intéressantes soient-elles, les différentes thèses proposées ne parviennent pas à emporter la conviction. Les arguments avancés semblent insuffisants pour modifier, à eux seuls, la nature juridique du droit du preneur à bail dans son entier.

524. Deux argumentations ont été avancées au soutien de la réalité. La première, la plus connue, est une démonstration purement juridique. Elle déduit la réalité du renforcement des pouvoirs du locataire (1). La seconde privilégie l'analyse économique du contrat en soulignant la dépréciation du bien suscitée par les dispositions législatives (2). Enfin, la dernière démonstration, à la fois juridique et économique, décrit la gravité patrimoniale d'un acte apparaissant comme un acte de disposition (3).

⁶⁵⁴ Fr. TERRE et Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, Collection Précis, 6^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002, n° 774, p. 631 : « Dans certaines variétés de locations, notamment commerciales et rurales, les prérogatives du locataire, dénommées d'ailleurs par la pratique 'propriété commerciale' ou, moins communément, 'propriété culturelle' sont telles, spécialement quant aux garanties de stabilité du rapport contractuel, que l'application d'une qualification réelle, constitutive, par là-même d'un démembrement du droit de propriété, n'est nullement invraisemblable et est préconisée par une partie de la doctrine. »

⁶⁵⁵ R. SAVATIER, Les métamorphoses du droit privé, 3^{ème} série, 1959, 1^{ère} série, 1964, p. 273 s, concernant le droit du preneur à bail.

525. Du renforcement des droits du preneur à bail, une partie de la doctrine a déduit que le locataire jouissait d'un véritable droit réel sur le bien loué. Relevant les indices de la réalité du droit, quelques auteurs n'ont pas hésité à requalifier le droit du preneur (a). Loin de convaincre la doctrine, cette thèse suscite de vives critiques (b).

a : La requalification du droit du preneur

526. Le renouvellement automatique du bail rural (α) laisse perplexé une grande partie de la doctrine, au point que quelques auteurs y voient la marque d'un droit réel voire même le signe de la résurgence du double domaine. Le bail commercial a, lui aussi, suscité d'importants débats, la doctrine ayant introduit le concept, peu orthodoxe, de « propriété commerciale » (β). Enfin, même s'il n'a pas fait l'objet d'une étude en tant que telle, le bail d'habitation suit le même mouvement (γ) par la consécration du droit au logement.

α : La réalité du bail rural

527. Même si la notion de « propriété culturelle⁶⁵⁶ » est discutable, une partie de la doctrine a envisagé une requalification du droit du fermier. Pour Ripert, « le droit au bail rural semble bien implicitement promu au rang d'un droit réel démembre de la propriété, frappant l'immeuble et opposable à la généralité des tiers ». L'auteur assimile ainsi la situation du fermier à celle de l'emphytéote dans la mesure où son droit tend à la perpétuité⁶⁵⁷. C'est, en effet, l'automatisme du renouvellement qui a conduit la doctrine à remettre en cause la nature du droit du preneur à bail rural. En se prolongeant dans le temps, le droit du preneur à bail revêt, en effet, un caractère propre aux droits réels : la perpétuité.

⁶⁵⁶ O. BAYEUX, Vers la propriété culturelle, thèse Lille, 1945.

⁶⁵⁷ J. HAMEL, F GIVORD et A. TUNC, Contrats civils, Traité pratique de droit civil français par M. Planiol et G. Ripert, 2^{ème} édition, Paris : L.G.D.J ; 1956, n° 547.

528. Savatier a été l'un des premiers à témoigner du bouleversement des concepts en matière de bail rural. Dénonçant la « mystique du caractère inviolable et sacré de la propriété⁶⁵⁸ », il constate, tout d'abord, une certaine tendance à la perpétuité, caractéristique des droits réels. Le droit au renouvellement est, en effet, automatique, assurant une grande stabilité au preneur. C'est un droit puissant qui ne connaît qu'une limite : la reprise par le propriétaire pour lui-même, son conjoint ou un descendant⁶⁵⁹. Ainsi, tant que le bailleur ne souhaite pas reprendre l'exploitation, le droit au renouvellement du preneur est indéfini. Soulignant le caractère conflictuel du droit de reprise, M. Ourliac constate qu'il n'est pas rare que le preneur fasse l'objet d'un procès lorsqu'il essaie de récupérer sa terre, ce qui revient, pour le propriétaire, à obtenir l'autorisation en justice d'exploiter sa propre terre⁶⁶⁰.

L'autre indice de la réalité du droit du locataire réside dans le droit de chasse qui est accordé au preneur à bail en vertu de l'article 42 bis du statut du fermage⁶⁶¹. Conquête symbolique du fermier, le droit de chasse est, selon Savatier, une reconnaissance évidente du lien privilégié existant entre le fermier et la terre. Même si cet indice peut sembler mineur, le droit de chasse porte directement sur la terre, indépendamment de la volonté du propriétaire.

Ce lien direct avec la terre est encore renforcé par la possibilité offerte au preneur de modifier la destination du bien. Pour Savatier, c'est un point très important du statut des baux ruraux qui traduit une perte de pouvoir évidente du propriétaire⁶⁶². La faculté de transformer la chose échappe alors au propriétaire pour être conférée au preneur. Savatier souligne « l'accroissement de la maîtrise d'exploitation ». Il note qu'en vertu de l'article 25 quater du statut, le preneur peut faire disparaître les séparations des parcelles pour les unifier dans l'intérêt de l'exploitation. On retrouve cette disposition à l'article L 411-28 du code rural qui autorise le preneur, sous réserve de l'accord du bailleur, à réunir plusieurs parcelles attenantes. L'article L 411-29 prévoit même que le preneur peut, afin d'améliorer les conditions d'exploitation, « procéder (...) à la mise en œuvre de moyens cultureux non prévus au bail ». Cette disposition fait du droit du preneur un droit plus étendu que le droit de l'usufruitier qui ne peut modifier la substance de la chose.

⁶⁵⁸ R. SAVATIER, *Ibid.*, p. 274.

⁶⁵⁹ Article L 411-58 alinéa 1 du code rural : « Le bailleur a le droit de refuser le renouvellement du bail s'il veut reprendre le bien loué pour lui-même ou au profit du conjoint ou d'un descendant majeur ou mineur émancipé. »

⁶⁶⁰ P. OURLIAC, *La propriété, pour quoi faire ?*, in *Mélanges dédiés à L. Boyer*, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, p. 423.

⁶⁶¹ Article L 415-7 du code rural : « Le preneur a le droit de chasser sur le fonds loué. S'il ne désire pas exercer ce droit, il doit le faire connaître au bailleur. »

Enfin, Savatier mentionne le droit de préemption qu'il analyse comme un aspect du droit réel⁶⁶³ puisqu'il constitue une restriction au droit de disposer du propriétaire et témoigne de l'opposabilité croissante du droit du preneur. De la même manière, M. Ourliac estime que les différentes lois ont entraîné une érosion du droit de propriété, en privant le propriétaire de la faculté de vendre son bien à son gré⁶⁶⁴.

529. Plus récemment, M. Jubault⁶⁶⁵ a procédé à une étude comparée du bail et de l'usufruit. Dépassant l'obstacle du *numerus clausus* des droits réels, il en a déduit la nature réelle du droit du fermier. L'auteur considère que l'évolution législative traduit une rupture entre les obligations du bailleur et les pouvoirs du preneur. Le caractère impératif des dispositions légales aurait ainsi contribué à détacher les obligations du bailleur des droits du preneur. En d'autres termes, les obligations du bailleur ne seraient plus le corollaire évident des prérogatives accordées au locataire. L'auteur fait état de cette dichotomie à tous les stades de l'opération contractuelle.

Au niveau de la formation du contrat, M. Jubault mentionne l'article L 411-1 du code rural qui impose la reconnaissance d'un bail rural dans certaines circonstances. Il en déduit qu'il est artificiel d'admettre que les droits du preneur résultent d'une obligation de « faire jouir » puisque le statut du bail rural est susceptible de s'appliquer automatiquement à une situation donnée, indépendamment de la volonté du bailleur. Comment pourrait-il être question d'obligation lorsque le statut est imposé par la loi ? De la même manière, l'auteur considère que le renouvellement du bail ne correspond à aucune obligation du bailleur⁶⁶⁶ puisqu'il s'agit, en réalité, d'un droit accordé par la loi.

Concernant l'exercice du droit du preneur, le fermier dispose de certains pouvoirs sur le bien puisqu'il peut araser les talus dépendant du fonds affermé pour rationaliser la répartition des parcelles. Bien entendu, ce pouvoir s'exerce sous le contrôle du propriétaire mais l'auteur

⁶⁶² R. SAVATIER, La nature juridique et les caractères nouveaux du droit à bail rural, D. 1946, Chron., p. 41 s.

⁶⁶³ R. SAVATIER, Les métamorphoses du droit privé, 3^{ème} série, 1959, 1^{ère} série, 1964, p. 292 : « Le droit virtuel qu'il avait sur la terre n'attend que cet instant pour se transformer en droit complet de propriété. »

⁶⁶⁴ P. OURLIAC, Propriété et exploitation : l'évolution récente du droit rural, in *Mélanges dédiés à G. Marty*, Presse des sciences sociales de Toulouse, 1979, p. 896.

⁶⁶⁵ Ch. JUBAULT, Bail rural et usufruit, thèse Paris II, 1994.

⁶⁶⁶ Article L 411-46 du code rural alinéa 1 : « Le preneur a droit au renouvellement du bail, nonobstant toutes clauses, stipulations ou arrangements contraires, à moins que le bailleur ne justifie de l'un des motifs graves et légitimes mentionnés à l'article L411-53 ou n'invoque le droit de reprise dans les conditions prévues aux articles L 411-57 à L 411-63, L 411-66 et L 411-67. » Nous soulignons.

compare cette disposition à l'article 618 du Code civil permettant au propriétaire de vérifier la préservation de la substance de la chose par l'usufruitier.

Enfin, lors de l'extinction du bail, l'article L411-53 permet au bailleur de s'opposer au renouvellement lorsque le preneur a commis des « agissements de nature à compromettre la bonne exploitation du fonds ». Pour M. Jubault, le terme résiliation est impropre. Il serait plus correct de parler « d'abus de jouissance justifiant la déchéance du droit » et de rapprocher les régimes juridiques du bail et de l'usufruit. À la suite de Savatier, l'auteur estime que l'évolution législative traduit un rapprochement des catégories. Bien que les contrats soient a priori différents, la même idée a été avancée concernant le bail commercial.

β : La réalité du bail commercial

530. Le même souci de stabilité et de sécurité a animé le législateur concernant le bail commercial. Aussi, la doctrine a tenté de comparer le bail commercial et le bail rural⁶⁶⁷. Comme en matière rurale, le législateur a attribué au preneur le bénéfice du temps et un droit au renouvellement. Toutefois, contrairement au bail rural, le renouvellement n'est pas automatique mais le versement d'une indemnité d'éviction peut être dissuasif. M. Bastian⁶⁶⁸ considère ainsi qu'en posant le principe du droit au renouvellement, le législateur a porté atteinte au caractère absolu du droit de propriété.

531. C'est en analysant les prérogatives octroyées au locataire qu'une partie de la doctrine a conclu au caractère réel du droit du preneur à bail. Pour Chauveau, le démembrement de la propriété se traduit par la dépossession progressive du propriétaire. L'auteur va assez loin dans l'analyse puisqu'il compare le reste de propriété à une « peau desséchée » et fait ressurgir la distinction ancienne, sur laquelle nous reviendrons, entre le domaine éminent et le domaine utile. Puisque le propriétaire n'est plus libre de rompre le bail, son droit de disposition est amputé. Par conséquent, sa propriété se trouve démembrée. Certes, l'auteur constate que le droit du propriétaire de refuser le renouvellement est maintenu mais son exercice est tellement entravé qu'il n'en reste plus grand-chose⁶⁶⁹. Chauveau souligne, en

⁶⁶⁷ A. VITU, Propriété commerciale et propriété culturale, Etude comparée de deux législations protectrices des preneurs à bail, R.T.D. civ., 1946, p. 273.

⁶⁶⁸ D. BASTIAN, La propriété commerciale en droit français, in *Travaux de l'association H. Capitant, Journées de Verviers*, 1951, t. VI, p. 76

⁶⁶⁹ P. CHAUVEAU, Métamorphose de la propriété commerciale, in *Mélanges Brethe de la Gressaye*, 1967, p.

effet, le lourd tribut que le propriétaire doit payer pour retrouver son bien. Les règles posées pour le calcul de l'indemnité d'éviction conduisent, selon l'auteur, à un montant dissuasif puisqu'il faut prendre en considération la valeur marchande du fonds, les frais de déménagement, de réinstallation et de mutation, pour évaluer le montant de l'indemnité. De toutes ces constatations, l'auteur déduit que le droit du preneur s'apparente davantage à un droit réel qu'à un droit personnel⁶⁷⁰.

532. Consacré en matière rurale et commerciale, le droit au renouvellement ainsi que tous les pouvoirs accordés au preneur sur le bien aurait transformé le contrat de bail. Pour asseoir son emprise sur le bien, le législateur aurait fait du locataire un partenaire contractuel privilégié. Le même souci l'aurait guidé concernant le bail d'habitation afin de protéger un droit important : le droit au logement.

γ : La réalité du bail d'habitation.

533. Pèse sur le preneur une présomption de faiblesse que les lois successives ont tentée de corriger. La loi du 6 juillet 1989 se présente, en effet, comme la garante du droit au logement⁶⁷¹ à tel point que certains auteurs n'hésitent pas à dénoncer le « lourd tribut payé par les bailleurs⁶⁷² » et l'impossible équilibre locatif⁶⁷³. Si de nombreux auteurs soulignent la disparition du caractère contractuel du bail soumis à la loi du 6 juillet 1989 sur deux points : la durée et le montant du loyer, rares sont pourtant ceux qui ont conclu à la réalité du droit du preneur.

534. Concernant la loi du 6 juillet 1989, les auteurs font remarquer que le droit de reprise du propriétaire n'est plus la règle. Comme nous l'avons observé, il ne peut s'exercer

118 : « Théoriquement, le droit pour le propriétaire de refuser le renouvellement est maintenu mais son exercice est à ce point entravé qu'on peut se demander ce qu'il en subsiste. »

⁶⁷⁰ P. CHAUVEAU, Id., p. 121.

⁶⁷¹ Article 1^{er} de la loi du 6 juillet 1989 : « Le droit au logement est un droit fondamental ; il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent... »

⁶⁷² D. GRILLET-PONTON, Le droit du bail d'habitation à l'épreuve de la réglementation locative : une nouvelle désacralisation de la propriété, J.C.P., éd. G., 2000, I, 240, p. 1231.

⁶⁷³ Fr. AUQUE, Rapports locatifs : l'équilibre introuvable, Commentaire de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, J.C.P., éd. G., 1989, I, 3421.

qu'à la fin du bail et pour des motifs strictement limités⁶⁷⁴. Par conséquent, le preneur jouit d'un droit d'une assez grande stabilité et le propriétaire se trouve privé de la jouissance de son bien. S'il ne souhaite plus louer l'immeuble, il demeure néanmoins tenu pendant trois ans avec son locataire. Le droit au logement est, en effet, un droit important et consacré par le Conseil constitutionnel, que les diverses dispositions législatives n'ont cessé de protéger. Encore peu appliquée, la loi du 29 juillet 1998, est le point d'apogée d'un dispositif largement teinté de solidarisme contractuel.

535. Consacrant le dirigisme étatique, la loi du 29 juillet 1998 a poussé la logique jusqu'à son paroxysme en mettant en place des dispositifs de lutte contre la vacance. En quelque sorte, la loi essaie de contraindre le propriétaire à louer son bien en établissant une taxe contre la vacance. De plus, l'immeuble appartenant à une personne morale peut même faire l'objet d'une réquisition pour être loué. Pour échapper à la réquisition de son immeuble, le propriétaire est contraint soit de l'habiter lui-même, de l'entretenir ou de le vendre. Le propriétaire n'est donc plus du tout libre d'user de son bien comme il l'entend. En 1995 déjà, M. Pauliat⁶⁷⁵ faisait remarquer, à propos du droit au logement, que c'était surtout l'*abusus* du propriétaire qui était menacé. Pourtant, à proprement parler, la décision de louer relève davantage de l'*usus* que de l'*abusus* du droit de propriété à moins d'admettre que la décision de louer ne constitue un acte de disposition.

536. L'intervention législative a inévitablement réduit l'aspect contractuel du bail et son caractère personnel s'est atténué. Parallèlement, le droit du preneur s'est renforcé et a acquis une véritable valeur patrimoniale. De l'analyse des différentes lois résulte une grande stabilité du locataire dans les lieux, une tendance à la perpétuité de sa situation, une plus grande opposabilité de son droit et des pouvoirs étendus. Ce sont les caractères des droits réels que l'on trouve réunis sur la tête du preneur. De là à en déduire que le preneur dispose d'un droit réel, il n'y a qu'un pas que certains ont franchi avec audace, sans pourtant emporter l'opinion commune.

⁶⁷⁴ Article 15 de la loi du 6 juillet 1989 : « Lorsque le bailleur donne congé à son locataire, ce congé doit être justifié soit par sa décision de reprendre ou de vendre le logement, soit par un motif légitime et sérieux, notamment l'inexécution par le locataire de l'une des obligations lui incombant... »

⁶⁷⁵ H. PAULIAT, L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ? D. 1995, Chronique p. 283.

537. Parmi les arguments avancés par la doctrine, l'allongement de la durée du contrat et le droit au renouvellement ont été jugés insuffisants pour provoquer un changement de nature juridique. Par ailleurs, même si l'on note des dispositions renforçant les prérogatives du locataire sur le bien, le bail demeure essentiellement marqué d'éléments personnels. Ainsi, tout au plus, peut-on soutenir l'idée d'un droit mixte.

538. Selon le professeur Derruppé, l'allongement de la durée du contrat ne peut justifier un changement de nature juridique. Il considère, en effet, que la durée du droit n'est pas un critère suffisant⁶⁷⁶ pour lui conférer un caractère réel. Pour s'en convaincre, il rappelle que certains droits réels ont une durée limitée et que d'autres droits personnels, comme les contrats à exécution successive, ont une durée particulièrement longue. Pourtant, si nul n'objecte que les droits réels ne sont pas nécessairement perpétuels, la perpétuité est un caractère que seuls les droits réels peuvent revêtir si l'on en croit le principe de prohibition des engagements perpétuels. Dès lors, on peut parfaitement se demander si l'allongement important de la durée du bail n'est pas un indice pertinent révélant un changement de nature plus profond. Il n'est pas étonnant que les auteurs aient fait de l'allongement de la durée du bail un argument en faveur de la réalité. M. Viatte estime, en effet, qu'« en conférant aux locataires commerçants un droit à renouvellement auquel il ne peut être fait échec qu'au prix du paiement d'une très lourde indemnité dite d'éviction, le législateur tend à conférer au preneur un droit perpétuel ». Certes, le paiement de l'indemnité d'éviction peut être dissuasif. Pourtant, le propriétaire a toujours, juridiquement, le choix de reprendre son bien : les principes sont saufs. Le contrat de bail n'est donc pas véritablement perpétuel mais il s'agit plutôt d'un contrat à durée indéterminée. Les deux parties peuvent, à certaines conditions, rompre le contrat : le propriétaire a, en théorie du moins, un droit de reprise et le preneur peut se dégager, à tout moment, du contrat en respectant un délai de préavis. Même si une certaine contrainte pèse sur le bailleur, il n'est pas obligé éternellement par son contrat de bail commercial ou rural. Le coût de l'indemnité d'éviction, s'il peut peser comme une contrainte sur le propriétaire, est une question de fait. Il peut être insurmontable tout comme il peut être abordable. On ne peut, par conséquent, déduire de l'allongement de la durée du bail un

⁶⁷⁶ J. DERRUPPE, thèse précitée, p. 132 s.

argument général en faveur de la réalité. Ainsi, le contrat de bail n'est-il pas un engagement perpétuel : c'est un contrat de longue durée. Or, un bail de longue durée ne constitue pas nécessairement un droit réel au profit du preneur.

539. Il est difficile de prouver que l'allongement de la durée du bail puisse en changer la nature juridique. D'une part, c'est un élément insuffisant, en lui-même, pour modifier la nature du droit du preneur. D'autre part, il est malaisé de déterminer la durée à partir de laquelle le bail deviendrait soudainement réel, même si la doctrine a encore tendance à considérer qu'un bail de plus de neuf ans est un acte grave. Chiffre symbolique, il faut se rappeler que la doctrine feudiste⁶⁷⁷ faisait du bail de plus de neuf ans un droit réel⁶⁷⁸. Quant au bail à vie, la doctrine l'assimilait complètement à l'usufruit. Néanmoins, pour la doctrine majoritaire actuelle, le droit au renouvellement ne saurait expliquer un changement de nature du contrat de bail, d'autant plus que les aspects « personnels » du bail ont été maintenus. Reste alors à savoir si les dispositions législatives accompagnant l'allongement de la durée du bail ont eu un impact plus décisif.

540. Plusieurs dispositions législatives ont apparemment modifié l'aspect du droit du preneur pourtant aucune ne permet de déduire avec certitude le caractère réel du droit du locataire. Dans sa thèse, Derruppé prend soin de rappeler ces dispositions tout en rejetant l'idée d'un changement consécutif à l'évolution législative. Concernant la compétence *rationae loci*, l'auteur souligne que le législateur a rendu compétent le juge de la situation de l'immeuble. Pourtant, malgré l'instauration de règles de compétences similaires à celles des droits réels, il estime qu'on ne peut dégager une volonté générale du législateur de transformer la nature juridique du droit du preneur. Selon le professeur Derruppé, le législateur peut parfaitement adopter des règles particulières en la matière sans que cela ne préjuge de rien. La modification des règles de compétence est donc insuffisante, nul ne le conteste. Ce n'est d'ailleurs pas l'argument qu'emploie la doctrine pour prouver un changement de nature juridique. Au plus, la compétence *rationae loci* ne peut qu'être un indice parmi d'autres.

⁶⁷⁷ DESPEISSES, Louage, p. 70, mono ; POTHIER, Louage, n° 27, FONMAUR, chapitre 18, n° 530 ; BACQUET, Droit et justice, n°21 ; LOYSEAU, Déguerpissement, I, chapitre 5, n° 8 ; MERLIN, Répertoire, v° Usufruit, §1, n° 3.

⁶⁷⁸ LOYSEAU cité par J.-P. DELMAS ST HILAIRE, Essai sur la notion juridique d'exploitation en droit privé français, thèse Paris, Bordeaux : Imprimeries Delmas, 1957, p. 155 : « en France, nous tenons que tout bail à loyer qui se fait à plus de neuf ans transfère la seigneurie utile. »

541. De la même façon, le professeur Derruppé soutient qu'on ne peut déduire du renforcement des pouvoirs du preneur un changement de nature juridique. Ainsi, ni le droit de déspecialisation, ni le droit au renouvellement ne peuvent justifier un changement de nature juridique. L'auteur estime, en effet, que les pouvoirs nouvellement attribués au preneur ne sont pas déterminants. Il rappelle qu'avant l'évolution législative, le preneur pouvait déjà avoir des prérogatives très étendues par l'instauration de clauses particulières dans le contrat de bail. Or, selon l'auteur, la doctrine n'a jamais émis l'idée que la nature du droit du preneur pouvait varier en fonction de l'importance des pouvoirs conférés par la convention⁶⁷⁹. Cet argument n'est pas le plus décisif de la démonstration.

542. Enfin, Derruppé estime que l'opposabilité des droits aux tiers ne saurait justifier un changement de nature juridique car ce n'est pas un critère déterminant pour distinguer les droits réel et personnel. En effet, avec le jeu de la publicité foncière, la question de l'opposabilité ne permet plus de distinguer les droits. Tirant les conclusions de ces quelques observations, le professeur Derruppé déduit que l'évolution législative ne saurait, à elle seule, expliquer un changement de nature du droit du preneur. Cette idée est, selon lui, renforcée par le maintien des obligations personnelles du bailleur. L'obligation de « faire jouir » imposée au bailleur est, en effet, maintenue à l'article 1709 qui définit le contrat de bail. Cette définition entraîne toute une série d'obligations⁶⁸⁰ à la charge du bailleur : obligation de délivrance, d'entretien et de jouissance paisible. Sur certains points, il constate même que le législateur a renforcé les obligations du bailleur. En effet, depuis l'ordonnance de 1945, le bailleur ne peut plus reléguer au fermier les grosses réparations, ni le paiement des primes d'assurance. Derruppé fait aussi remarquer que la loi du 13 avril 1946 a introduit un quatrième paragraphe à l'article 1719 du Code civil imposant au bailleur d'« assurer la permanence et la qualité des plantations ». On peut y ajouter la loi du SRU du 13 décembre 2002 obligeant le bailleur à délivrer un « logement décent ». Certes, le bail est fortement encadré par la loi mais il demeure un contrat, un lien d'obligations. De la même manière, Derruppé souligne que l'obligation de garantie subsiste et que l'article 1727 du Code civil est un argument décisif en faveur de la théorie du droit personnel.

⁶⁷⁹ On peut imaginer que la doctrine classique restait très attachée à l'affirmation du caractère personnel du droit du locataire. De plus, le contrat-type était le bail tiré du Code civil, contrat résiduel aujourd'hui. Il n'est donc pas difficile de comprendre pourquoi la doctrine restait attachée à l'analyse classique du bail.

⁶⁸⁰ Article 1719 Code civil : « Le bailleur est obligé, par la nature du contrat... » Nous soulignons.

543. Si nous approuvons la critique formulée par le professeur Derruppé, nous souhaiterions y ajouter un argument supplémentaire, en particulier en ce qui concerne l'obligation légale faite au bailleur de louer son bien. Une telle exigence légale n'entrave en rien le caractère personnel du contrat de bail car même si l'obligation découle de la loi, elle n'en demeure pas moins une obligation. En effet, même imposée par la loi, une obligation ne devient pas un droit réel.

544. L'évolution législative n'a donc pas modifié la nature du droit du preneur car aucune disposition n'est suffisante pour justifier un tel changement⁶⁸¹. Les nouvelles dispositions légales ont sans doute renforcé le droit du preneur mais elles ne permettent pas d'écarter la thèse personnaliste. L'argument juridique ne saurait donc masquer le caractère personnel du contrat de bail. Aussi, pour compléter et renforcer la thèse réaliste, quelques auteurs ont tenté de démontrer la réalité du droit du locataire en s'appuyant sur des considérations économiques.

2 : L'analyse économique

545. Dépassant une « vision réductrice » du droit, certains auteurs proposent une analyse « substantielle⁶⁸² » des notions juridiques. Il est vrai que si le droit n'est pas un monde de concepts et de fictions plaqués sur la réalité économique, il y participe et s'y inscrit. Partant de cette idée, quelques auteurs ont tenté de démontrer la dépréciation économique subie par le bien loué pour en déduire l'existence d'un démembrement de propriété (a). L'argument ne peut convaincre car on ne saurait prétendre, d'une manière générale, que le bail déprécie le bien sur lequel il porte (b). La généralisation semble impossible au regard de la très grande diversité des régimes juridiques applicables.

⁶⁸¹ Selon le professeur Derruppé, ce n'est pas l'évolution législative qui a entraîné un changement de nature juridique du droit du preneur à bail. Le locataire a, selon l'auteur, toujours joui d'un droit de nature réelle : le droit de jouissance. L'évolution législative n'a fait qu'accentuer cette idée, faisant du droit du preneur à bail un véritable droit réel.

⁶⁸² B. RAYBAUD-TURRILLO, Un éclairage nouveau pour le traitement comptable du crédit-bail, Rev. franç. de comptabilité, Janvier 1995, p. 88.

546. La démonstration de la dépréciation économique du bien trouve son fondement dans la jurisprudence relative à la lésion et au partage où l'appréciation économique est fondamentale mais elle se fonde surtout sur l'appréciation du pas-de-porte, comme contrepartie de la dévalorisation du bien immobilier sur lequel il porte.

547. Afin de respecter l'égalité dans le partage, la jurisprudence a recours à des experts pour apprécier la moins-value d'un immeuble loué. Ces derniers déterminent la moins-value à partir de la durée du bail, du montant du loyer et de la rareté des immeubles à louer. Pour Savatier qui a profondément étudié la question du partage, « même quand la loi retire une valeur vénale au droit au bail, et essaie d'interdire les pas-de-porte, elle ne saurait empêcher qu'un immeuble loué se vende moins cher, sur le marché qu'un bien libre⁶⁸³. » L'auteur estime, en effet, que le droit de s'installer soi-même dans sa propriété a une valeur économique dont le bien se trouve amputé lorsqu'il est loué. De ce constat économique, il déduit, sur un plan juridique, qu'un attribut de la propriété a été détaché du bien : le droit de jouir de la chose. Il apparaît donc que la propriété a été démembrée. De la même manière, en ce qui concerne l'action en rescision pour lésion, Savatier fait remarquer que les experts n'attribuent pas la même valeur à un immeuble selon qu'il est libre ou loué. En conséquence, pour un même immeuble et un même prix de vente, s'il y a rescision pour lésion lorsque le bien est libre, l'action pourra être écartée quand le bien est loué, dans la mesure où la valeur de la chose est moins importante. Si Savatier a été l'un des premiers à tirer de la dépréciation économique du bien loué l'idée d'un démembrement de propriété en se fondant sur les constatations établies en matière de partage et de rescision pour lésion, la doctrine qui lui a succédé est partie de l'analyse du pas-de-porte qu'elle a généralisée pour démontrer la diminution de valeur du bien et en déduire la réalité du droit du preneur à bail.

548. La valeur patrimoniale du bail commercial ne faisant aucun doute, il n'est pas étonnant que la doctrine se soit attachée à déterminer l'impact économique du statut légal sur la valeur du bien. Certains auteurs ont privilégié l'approche économique en analysant le pas-

⁶⁸³ Dalloz, 1967, jurisprudence, p. 408 et Droit social, avril 1964, p. 194 : « Le propriétaire qui loue, pour la première fois, un immeuble, s'appauvrit aujourd'hui, dans l'immense majorité des cas, de toute la différence de valeur qui existe entre l'immeuble libre et l'immeuble loué. »

de-porte comme la contrepartie des avantages nouveaux acquis par le locataire. Ils en ont déduit que la propriété se trouvait amputée de la valeur attribuée au locataire et que le pas-de-porte était le prix du démembrement. Dans sa thèse, Mme Leborgne⁶⁸⁴ reprend cette analyse en partant du constat que la pratique du pas-de-porte s'est surtout développée lorsque les droits du locataire ont été renforcés par le législateur. Elle en déduit que le pas-de-porte est destiné à compenser la privation de jouissance du propriétaire. Ainsi, le bail amputerait-il le droit de propriété au même titre qu'un usufruit ou une servitude. La logique est d'une simplicité élémentaire : puisque le preneur « achète » son bail, c'est bien que le bailleur lui « vend » quelque chose. Il se départit donc de certains attributs de la propriété mais la démonstration est plus délicate en ce qui concerne le bail rural et le bail d'habitation dans la mesure où la pratique du pas-de-porte est prohibée⁶⁸⁵. Ces droits n'étant pas négociables, ils n'ont, a priori, aucune valeur vénale. Concernant le bail rural, la valeur vénale du bail a été contestée et de nombreux auteurs refusent l'idée même d'une propriété culturale. Pourtant, les dispositions protectrices du statut des baux ruraux font peser de lourdes charges sur l'immeuble⁶⁸⁶. Aussi, la jurisprudence admet-elle, dans certaines hypothèses, la dépréciation de l'immeuble affermé.

549. D'une manière générale, Mme Leborgne part du constat que l'existence d'un bail déprécie le bien sur lequel il porte. Même si le marché de l'immobilier n'est pas fluide, il n'est pas contesté, selon elle, que la valeur d'un bien loué est inférieure à celle d'un bien vendu libre d'occupation. À partir de ce constat économique, la doctrine s'est demandée comment il était possible qu'un droit au bail, droit personnel en principe, puisse amputer la propriété dans sa valeur vénale. Pour Mme Leborgne, le bail serait, « pour le propriétaire, une valeur retranchée de son patrimoine⁶⁸⁷. » Pour expliquer cette « réalité économique », elle donne deux raisons également exposées par Blaise⁶⁸⁸. La première repose sur la simple présence du tiers dans les lieux : le propriétaire n'a pas choisi son locataire, il est tenu par les obligations contractuelles en vertu de l'article 1743 du Code civil et il ne peut profiter immédiatement de la jouissance de son bien. Autrement dit, ce n'est pas le contrat de bail en

⁶⁸⁴ A. LEBORGNE, Recherches sur l'originalité du contrat de louage d'immeuble, thèse Aix-Marseille III, 1992, p. 430 s.

⁶⁸⁵ Article L 411-74 du code rural.

⁶⁸⁶ Paris, 23 janvier 1961, Gaz. Pal., 1961, II, 150 : « L'existence d'un bail rural, dans la conjoncture économique actuelle, doit être considérée comme une cause de dépréciation du domaine rural, ayant nécessairement une incidence sur la valeur vénale de l'exploitation. »

⁶⁸⁷ A. LEBORGNE, thèse précitée, p. 428.

⁶⁸⁸ H. BLAISE, Réflexions sur le pas-de-porte, in *Etudes dédiées à A. Weill*, Paris : Dalloz, Litec, 1983, p. 325.

tant que tel qui entraîne une dépréciation du bien mais l'occupation du bien par un tiers. Quant à la seconde raison, elle implique des conséquences juridiques importantes. La dépréciation économique du bien serait le fruit des différents statuts protecteurs du locataire. Elle entraînerait un véritable démembrement de propriété. Au soutien de cette thèse, l'auteur cite quelques exemples jurisprudentiels se fondant sur les dispositions statutaires pour évaluer le préjudice⁶⁸⁹. De la même manière, Savatier relève que « reconnaître qu'un immeuble est privé, parce qu'il est loué, d'une partie de sa valeur, c'est constater sa perte de substance par la création des droits du locataire ou du fermier sur l'immeuble, et constater qu'en réalité, la consistance du bien immeuble s'est dédoublée⁶⁹⁰ ». C'est en suivant ce raisonnement qu'une partie de la doctrine a conclu à la réalité du droit du locataire. Pourtant, il convient de rejeter le présupposé selon lequel le bail déprécierait automatiquement le bien sur lequel il pèse.

b : Critique de l'analyse économique

550. Il semble tout d'abord très délicat d'affirmer, d'une manière générale, que l'existence d'un bail déprécie la propriété sur laquelle il porte (α). Il est, ensuite, hasardeux de déduire de considérations économiques l'existence d'un démembrement de propriété (β).

a : L'absence de dépréciation économique générale

551. Il est délicat de comparer deux immeubles car, par nature, ce sont des biens caractérisés par leur diversité ; deux immeubles ne sont jamais strictement identiques. L'absence de fluidité du marché immobilier semble empêcher toute comparaison entre la valeur vénale d'un immeuble vide et d'un immeuble loué. Il n'y a qu'à consulter les prix des appartements neufs au sein d'une même résidence pour s'en rendre compte. L'étage, l'exposition, la superficie, les équipements diffèrent suffisamment pour rendre toute comparaison hasardeuse. Il paraît donc difficile de dresser une analyse comparative empirique des prix de l'immobilier. Les fondements de la thèse économique semblent donc bien fragiles.

⁶⁸⁹ A. LEBORGNE, thèse précitée, p. 460.

⁶⁹⁰ R. SAVATIER, Article précité, p. 194.

552. Quant à l'analyse du pas-de-porte comme contrepartie de la dépréciation de l'immeuble, nous avons déjà constaté⁶⁹¹ qu'une telle qualification ne pouvait être retenue que dans certaines circonstances bien précises et que rien ne permettait de déduire, d'une manière générale, que le bail commercial dépréciait systématiquement l'immeuble considéré. Seuls, en effet, les baux de très longue durée dont la valeur du loyer plafonné ne correspond plus à la valeur réelle du bien peuvent entraîner une dévaluation. Les exemples restent donc marginaux au même titre que les décisions jurisprudentielles ayant consacré une telle dépréciation.

553. De plus, admettre que l'immeuble loué voit sa valeur diminuer, c'est méconnaître totalement les nouveaux comportements financiers qui, à grand renfort de défiscalisation⁶⁹², poussent les individus à se constituer un patrimoine immobilier dans le seul but de percevoir les loyers⁶⁹³. Il s'agit, en effet, d'investissements très rentables dans un marché locatif difficile. Ainsi, dans les grandes métropoles, l'augmentation rapide des loyers n'est guère contestable et les journaux d'annonces immobilières font aujourd'hui de la location du bien un critère de rentabilité évident sous l'annonce « idéal investisseur ». Au lieu donc d'être déprécié, l'immeuble se trouve le plus souvent mis en valeur par la présence d'un locataire.

554. Enfin, il semble particulièrement hardi de déduire une dépréciation de la propriété du fait de la location. Les différents types de locations ne permettent pas une telle généralisation. L'argument économique souffre de sa fragilité car il repose sur des données économiques qu'il est impossible de vérifier. De plus, même si l'on parvenait à prouver une dépréciation économique du bien, cela ne justifierait pas, pour autant, un démembrement de la propriété.

⁶⁹¹ Cf. supra n°377 s.

⁶⁹² La loi Périssol du 28 mars 1996, la loi Besson du 31 mai 1990 et la loi De Robien du 2 juillet 2003.

⁶⁹³ J.-J. ROSA, Des comportements patrimoniaux aux politiques publiques : le logement, bien de consommation et instrument de placement, Adm., décembre 1989, p. 12.

555. Le lien entre la dépréciation économique du bien et le démembrement de la propriété n'est pas aussi évident qu'on le croit⁶⁹⁴. Le rapport entre l'économie et le droit doit donc être précisé car la dépréciation économique de la propriété n'implique pas nécessairement un démembrement de celle-ci. L'exemple des servitudes, précédemment étudié, illustre parfaitement cette idée car si certaines servitudes dévaluent le bien sur lequel elles portent, elles n'entraînent, pour autant, aucun démembrement de propriété puisqu'il ne s'agit que de simples charges pesant sur les biens et n'impliquant aucun transfert de prérogatives. L'exemple de la mise en pension ou prêt de titre est également très éclairant. Ces mécanismes organisent, en réalité, une véritable fiducie-gestion où la personne chargée de la gestion des biens dispose de la propriété des titres et des prérogatives du droit de propriété sans pouvoir jouir de la substance économique du bien qui échoit à un bénéficiaire. De la même manière, l'avant-projet de loi consacrant la fiducie accorde au fiduciaire la propriété du bien ainsi que les pouvoirs de jouissance et de disposition utiles à la gestion du bien tout en excluant ledit bien du patrimoine de son gestionnaire. En d'autres termes, ces exemples consacrent des hypothèses où le propriétaire conserve toutes les prérogatives de son droit de propriété sans jouir de sa valeur patrimoniale. Par conséquent, il semble impossible de déduire de la dépréciation de la propriété un démembrement de celle-ci. L'argument économique, sur lequel se fonde une partie de la doctrine, n'est pas suffisant pour faire la preuve d'un changement de nature juridique du droit du locataire.

556. Il convient donc de rejeter toute corrélation simpliste entre la notion de droit réel démembrement et la dévaluation économique de la propriété. On doit d'ailleurs bien se douter que si le juriste connaît des difficultés à distinguer les notions de droit réel et de droit personnel, l'économiste fait fi de ces distinctions. Certains droits personnels ont, en effet, un impact sur la valeur économique du bien. En effet, un droit personnel portant, même

⁶⁹⁴ Concernant la vente sous réserve de propriété, on peut constater que la valeur du droit du propriétaire ne correspond pas aux prérogatives juridiques assez maigres dont il dispose. Voir, notamment, Ch. JAMIN, *Propos démodés sur les effets d'une généralisation éventuelle de la réserve de propriété dans les ventes de biens mobiliers corporels*, Cahiers du droit de l'entreprise, 1995, Supplément n°5, p. 32 : « Nul ne peut donc s'offusquer qu'il ne puisse rien faire, même s'il est vrai que la valeur du droit dont dispose alors le propriétaire ne trouve nullement sa traduction dans les prérogatives juridiques (pas même les utilités civiles du bien) et se voit donc réduite à peu de choses, puisqu'elle est suspendue à la seule solvabilité de l'acheteur lors de la date du

indirectement, sur un immeuble peut avoir des conséquences économiques sur l'appréciation du bien. Le droit du preneur à bail peut déprécier ou à l'inverse valoriser la propriété sur laquelle il porte mais il semble impossible de déduire ou rejeter l'idée d'un démembrement de propriété à partir de critères purement économiques. Rien ne permet donc de faire le lien entre la dépréciation de l'immeuble et le démembrement de propriété et même s'il était avéré que tout démembrement de la propriété entraînait une dépréciation économique du bien, le raisonnement inverse ne serait pas nécessairement juste. C'est pourquoi, on ne peut prouver la réalité du bail en se fondant sur des critères purement économiques. Ce ne sont que des critères secondaires, susceptibles de venir conforter une analyse déjà établie.

557. Enfin, même en admettant que le bien loué se vende moins cher qu'un bien libre d'occupation, on peut encore analyser cette dépréciation comme la contrepartie nécessaire à la perte de liberté individuelle du nouvel acquéreur et non pas comme la compensation nécessaire à la perte de l'usage du bien. En d'autres termes, le rabais proposé serait destiné à compenser les nouvelles obligations personnelles que la loi fait peser sur le nouveau propriétaire.

558. Parce qu'une analyse purement économique est insuffisante pour déduire la nature juridique du droit du locataire, certains auteurs ont préféré mêler les approches juridique et économique à travers l'étude des actes de disposition.

3 : L'analyse mixte

559. Quelques auteurs ont tenté de prouver la réalité du droit du preneur en assimilant le bail à un acte de disposition (a). Nous qualifierons cette thèse d'analyse mixte dans la mesure où elle est née d'un effort législatif pour faire coïncider le droit et la réalité économique. Le professeur Zenati critique cette idée car il refuse de tirer de notions purement économiques des conséquences juridiques (b).

a : La réalité déduite de la qualification d'acte de disposition

560. La majorité de la doctrine considère qu'il suffit de démontrer que le bail est un acte de disposition pour prouver la réalité du droit du preneur⁶⁹⁵. Cette affirmation est loin d'être évidente dans la mesure où l'acte de disposition est difficile à définir⁶⁹⁶ et la doctrine n'est pas unanime⁶⁹⁷. Le législateur n'a, en effet, pas pris la peine de préciser les notions d'actes de disposition et d'administration mentionnées aux « quatre coins » du Code civil.

561. Si certains auteurs ont opté pour une analyse bipartite⁶⁹⁸, la majorité de la doctrine définit l'acte de disposition par rapport aux notions d'acte d'administration et d'acte conservatoire⁶⁹⁹. Communément, la doctrine considère que l'acte conservatoire est un acte tendant à maintenir un capital dans son état. Quant à l'acte d'administration, il est l'acte permettant de faire fructifier un bien sans en compromettre la valeur, l'acte de disposition portant au contraire atteinte ou risquant de porter atteinte à la valeur du bien⁷⁰⁰. Autrement dit, l'acte de disposition est celui qui épuise ou risque d'épuiser le bien sur lequel il porte tandis que l'acte d'administration le valorise ou, du moins, ne le déprécie pas. La distinction traduit donc une certaine gradation dans la gravité des actes et c'est en fonction de l'impact de l'acte sur le patrimoine que s'opère la classification. Comme dans toute gradation se posent des problèmes de délimitation et particulièrement entre l'acte de disposition et l'acte d'administration⁷⁰¹ car d'une part, la distinction est délicate à établir dans la mesure où elle repose sur des appréciations économiques et d'autre part, la composition du patrimoine s'est profondément modifiée depuis l'élaboration du Code civil⁷⁰². En effet, la doctrine n'hésite

⁶⁹⁵ M. VANEL, *Propriété*, Rép. Dalloz, 1976.

⁶⁹⁶ J. VIATTE, *Le bail : acte de disposition*, *Revue des loyers*, 1970, p. 126.

⁶⁹⁷ Pour une vue d'ensemble, R. VERDOT, *La notion d'acte d'administration en droit privé français*, *Bibliothèque de droit privé*, t. 40, Paris : L.G.D.J., 1963, p. 183 s.

⁶⁹⁸ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique*, t. VIII par Nast, n° 593 et 594 : l'auteur oppose l'acte de disposition et l'acte d'administration mais il rejette la notion d'acte conservatoire, optant pour une approche large de l'acte d'administration. Les dispositions du Code civil semblent contredire cette analyse pourtant très intéressante ; P. GOLDSCHMIDT, *Etude sur l'acte d'administration en droit civil français*, thèse Paris, 1898, p. 26 et 27 : plus nettement qu'Aubry et Rau, l'auteur rejette toute distinction entre l'acte d'administration et l'acte de disposition.

⁶⁹⁹ J. BONNECASE, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de G. Baudry-Lacantinerie*, t. 2, Paris : Recueil Sirey, 1924, n° 5 bis : « L'acte d'administration entraîne avec lui, du fait de sa définition, celle de l'acte conservatoire et de l'acte de disposition entre lesquels il prend place. »

⁷⁰⁰ Fr. TERRE, *Introduction générale au droit*, *Collection Précis*, 2^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1994, n° 278, p. 246.

⁷⁰¹ R. VERDOT, *De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes « d'administration » et des actes de « disposition »*, *R.T.D. civ.* 1968, p. 449

⁷⁰² P. CATALA, *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, *R.T.D. civ.*, 1966, p. 185.

plus aujourd'hui à admettre la valeur vénale des droits de créance⁷⁰³ et il arrive de constater la dépréciation économique des biens faisant l'objet de droits personnels. C'est ainsi que le législateur a appliqué aux baux de longue durée le régime juridique des actes de disposition en restreignant les pouvoirs de l'administrateur ou les effets juridiques des actes passés⁷⁰⁴.

562. La majorité de la doctrine fait le lien entre d'une part, l'acte de disposition et le droit réel et d'autre part, l'acte d'administration et le droit personnel. Presque intuitivement, elle s'aperçoit que l'acte d'administration n'a rien de commun avec l'idée de propriété tandis que l'acte de disposition nécessite un pouvoir absolu sur le bien. Pour Carbonnier, l'acte de disposition évoque le transfert d'un droit réel⁷⁰⁵. Pour justifier cette idée, Laurent⁷⁰⁶ a prétendu que l'acte de disposition était, en réalité, un acte d'aliénation. L'auteur considère, en effet, que « les actes de disposition sont ceux qui entraînent une aliénation totale ou partielle d'un bien quelconque ». Cette analyse est intéressante mais elle méconnaît quelque peu la diversité des actes de disposition et d'administration. Très vite, l'explication a paru insuffisante car certains actes de disposition n'entraînent aucune aliénation. Tel est le cas de la constitution d'hypothèque qui est pourtant un acte grave. Dès lors, deux analyses sont envisageables : soit l'hypothèque n'est pas un acte de disposition, soit il convient de redéfinir l'acte de disposition. La première solution est à rejeter puisque l'article 2124 du Code civil précise que « les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils soumettent ». De surcroît, la jurisprudence estime que l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle, de nullité absolue et qu'elle ne pourrait même pas être validée si le constituant devenait réellement propriétaire⁷⁰⁷. L'hypothèque étant un acte de disposition, il convient de préciser la notion d'acte de disposition. Même si elle n'entraîne aucune aliénation lorsqu'elle est constituée, l'hypothèque pesant sur l'immeuble est une charge réelle particulièrement dangereuse puisqu'elle pourra se traduire par une aliénation ultérieure du bien. Aussi, pour être plus précis, conviendrait-il de définir l'acte de disposition comme celui entraînant ou risquant d'entraîner un transfert de droit réel. Reste alors à savoir si le bail entre dans cette définition.

⁷⁰³ R. SAVATIER, Les métamorphoses du louage d'immeuble et les aspects économiques et sociaux du droit au bail, Droit social, avril 1964, p. 193.

⁷⁰⁴ R. VERDOT, article précité.

⁷⁰⁵ J. CARBONNIER, Droit civil, Introduction, t. I, Collection Thémis, 25^{ème} édition refondue, Paris : P.U.F., 1998.

⁷⁰⁶ F. LAURENT, Principes de droit civil français, t. II, 3^{ème} édition, Bruxelles : Bruylant-Christophe, Paris : A. Marescq, 1878. Partisan d'une théorie objective et absolue de l'acte de disposition, Laurent a dégagé un critère

563. En limitant les pouvoirs de l'administrateur, le législateur aurait fait du bail rural et commercial un acte de disposition entraînant un transfert de droit réel. Ainsi, selon M Viatte, une idée commune se dégage des lois des 14 décembre 1964 et 13 juillet 1965 : le bail comprenant un droit au renouvellement doit être considéré comme un acte de disposition⁷⁰⁸. Le raisonnement semble cependant un peu hâtif.

b : Le rejet de la réalité

564. Pour critiquer l'analyse mixte, deux arguments peuvent être avancés. Le premier consiste à dire qu'il est impossible de déduire la nature juridique d'un acte auquel la loi décide d'appliquer un régime juridique particulier. Le second argument repose sur l'absence de lien explicite entre les notions d'acte de disposition et de droit réel.

565. Le premier argument est très simple : ce n'est pas parce qu'on applique à un contrat un régime particulier que celui-ci change de nature juridique. Si le régime juridique dépend, le plus souvent, de la qualification retenue, il arrive que le législateur brouille les pistes en appliquant un régime juridique sans que cela n'ait aucune influence sur la qualification. Le « jeu de miroir⁷⁰⁹ » entre qualification et régime juridique n'est donc pas parfait. D'une part, la logique « qualification » = « régime juridique » risque de laisser sur le côté les catégories hybrides. De plus, la qualification est une opération circonstanciée, individualisée, tandis que l'établissement d'un régime juridique est conjoncturel. D'autre part, comme le souligne M. Bergel⁷¹⁰, c'est la nature juridique qui est l'élément premier duquel on déduit le régime juridique et non pas l'inverse. Certes, l'application d'un régime juridique peut être un indice pour déterminer la nature juridique de l'opération considérée. En ce qui concerne le bail, on ne peut toutefois tirer de quelques dispositions disparates des conclusions générales et suffisamment fiables quant à la nature du droit. Cela est d'autant plus vrai que le régime des actes de disposition s'applique aux baux ruraux indépendamment du fait de savoir

de distinction à travers la notion d'acte d'aliénation.

⁷⁰⁷ Cass. civ. 24 mai 1892, D.P., 1892, I, 327.

⁷⁰⁸ J. VIATTE, Les restrictions au pouvoir de donner à bail, Revue des loyers, 1966, p. 215.

⁷⁰⁹ Fr. TERRE, Introduction générale au droit, Collection Précis, 2^{ème} édition, Paris : Dalloz, n° 364, p. 311.

⁷¹⁰ J.-L. BERGEL, Différence de nature (égale) différence de régime, R.T.D. civ., 1984, p. 255 et spéc. p. 263 : « Dans le rapport entre la nature juridique et le régime juridique d'une notion ou d'une catégorie, c'est la nature qui est l'élément premier et le régime juridique, l'élément déduit. Ce n'est pas le régime d'un concept qui en détermine la nature. »

si ces baux sont soumis aux statuts protecteurs prévoyant un droit au renouvellement⁷¹¹. Pour la jurisprudence, il n'y a donc pas de lien logique entre l'accroissement des pouvoirs du locataire et l'application du régime des actes de disposition. On ne peut donc déduire de l'application de quelques règles propres aux actes de disposition un changement complet de nature juridique du droit du preneur à bail et, même s'il fallait qualifier le bail d'acte de disposition, cela ne ferait peut-être pas automatiquement du droit du locataire un droit réel.

566. Très schématiquement, deux tendances doctrinales se dessinent : les auteurs liant les notions d'acte de disposition et de droit réel et ceux qui s'y refusent comme le professeur Zenati. Selon l'auteur, les actes d'administration et de disposition sont des concepts purement économiques qui ne peuvent être retranscrits en des termes juridiques. Autrement dit, ce concept serait totalement étranger à la notion de droit réel et à la définition des attributs de la propriété⁷¹². L'auteur admet parfaitement qu'un droit dit « personnel » comme le droit du preneur à bail puisse être considéré comme un acte de disposition : « Le bail, acte typique de mise en valeur relevant de l'administration d'un bien, pourra être analysé au contraire comme un acte de disposition du fait de sa durée et des prérogatives reconnues au locataire⁷¹³. » Comme la majorité de la doctrine, l'auteur reconnaît l'incroyable puissance de certains droits personnels qu'il va jusqu'à qualifier d'acte de disposition. Pour autant, cette notion purement économique n'entraîne, selon lui, aucune conséquence juridique. Pour qualifier, en effet, l'acte, il faut apprécier la qualité de gestion des biens, ce qui est une notion purement économique et sans influence sur la nature des droits. Le droit du preneur à bail ne peut donc être assimilé à un droit réel et encore moins entraîner un démembrement de propriété.

567. Regrettant l'absence d'investigation théorique sur le sujet, le professeur Zenati dénonce, dans sa thèse, la confusion fâcheuse entre la capacité juridique et les prérogatives de propriété⁷¹⁴. Pour l'auteur, l'acte de disposition est l'expression de la faculté de disposer

⁷¹¹ Cass. civ. 3, 14 novembre 1972, D. 1973, 252, note Chesné ; 27 février 1973, D. 1974, note Savatier : « L'article 595, dernier alinéa s'applique à tous les baux de biens ruraux, qu'ils paraissent ou non soumis au statut du fermage à l'époque de la conclusion du contrat. »

⁷¹² Fr. ZENATI, *Les biens*, p. 116 : « Le caractère flou du critère de distinction des actes d'administration et des actes de disposition s'explique par le contenu économique de cette distinction. »

⁷¹³ Fr. ZENATI, *Ibid.*, p. 116.

⁷¹⁴ Fr. ZENATI, thèse précitée, n°431, p. 598 et spéc. n° 532, p. 599 : « Outre l'insuffisance théorique qui caractérise l'analyse classique en ce qui concerne les relations entre propriété et capacité, on ne peut une fois de plus que mettre en évidence certaines anomalies qui, en définitive, sont toutes liées à la conception de la

propre à chaque individu mais il n'est pas issu du droit substantiellement divisé de propriété. Il distingue ainsi les prérogatives de leur objet et critique le fait que le *jus abutendi* soit à la fois le droit et l'objet lui-même⁷¹⁵. Il lui paraît incohérent qu'un droit réel (le *jus abutendi*) puisse être à l'origine de l'aliénation des autres droits. En d'autres termes, le professeur Zenati place le pouvoir de disposer à l'extérieur des droits et en fait un attribut de l'individu. Cette thèse est intéressante dans la mesure où elle met l'accent sur l'aspect subjectif du droit de propriété. Elle nie cependant son caractère patrimonial dont nous avons pourtant souligné l'importance⁷¹⁶. Aussi, nous nous contenterons simplement de retenir la critique formulée par le professeur Zenati refusant de conférer une portée juridique à une notion purement économique.

568. Ni l'argument juridique, ni l'argument économique ne permettent de conclure à la réalité du bail. Pourtant, l'apparition du concept d'exploitation suscité par la législation commerciale et rurale a provoqué un véritable séisme doctrinal.

B : Le droit du preneur sur l'exploitation

569. Pour expliquer les importants pouvoirs conférés au preneur à bail rural ou commercial, une partie de la doctrine a découvert un concept juridique original : l'exploitation. Pour autant, elle ne s'est pas entendue sur une définition unique de la notion. Si certains refusent d'assimiler l'exploitation à un bien (1), d'autres estiment que l'exploitation est un concept d'ordre patrimonial (2).

1 : L'exploitation en tant qu'activité

570. Pour M. Delmas Saint-Hilaire, le but véritable que poursuit la notion d'exploitation est la protection de la valeur sociale que représente l'activité de l'exploitant.

disposition comme une fraction de droit réel. »

⁷¹⁵ Fr. ZENATI, thèse précitée, n° 432, p. 600 et 601: « Certains auteurs...ont souligné l'absurdité de l'idée que le droit de disposer pouvait porter et s'exercer sur lui-même. Ce qui est transféré ne peut être en même temps ce qui transfère, ont-ils dit avec raison, en expliquant de manière métaphorique que l'objet auquel on impulse un mouvement ne peut être la force qui se trouve à l'origine même de ce mouvement. »

⁷¹⁶ Cf. supra n°96 s.

Ainsi, « l'exploitation, avant d'être un bien, est d'abord une activité⁷¹⁷ ». Elle est l'expression d'une jouissance active, profondément différente de la jouissance passive qui caractérise le droit de propriété et les droits réels d'une manière générale (a) mais, s'il n'est pas un droit réel, le droit de l'exploitant n'est pas davantage de nature personnelle si l'on en croit M. Delmas Saint-Hilaire (b).

a : Rejet de la réalité du droit de l'exploitant

571. M. Delmas Saint-Hilaire estime que le droit de l'exploitant ne peut être assimilé ni à un droit de propriété ni à un droit réel. Il ne saurait, en effet, s'agir d'un droit de propriété dans la mesure où l'exploitation suppose une jouissance active de la chose tandis que la propriété peut résider en une jouissance purement passive. Seule une exploitation réellement mise en œuvre est protégée par le législateur. Comme l'indique M. Delmas Saint Hilaire, « le droit de l'exploitation ne tolère pas qu'une personne puisse conserver la jouissance d'un bien qui n'est plus, pour elle, l'occasion d'une activité laborieuse⁷¹⁸. » C'est donc l'activité laborieuse que le législateur a voulu, par les différents statuts, protéger et non pas un bien objet de propriété.

572. Les droits réels démembres ne sauraient pas davantage caractériser le droit de l'exploitant dans la mesure où les titulaires de ces droits peuvent également décider d'exercer une jouissance passive, incompatible avec l'idée d'exploitation. Les droits réels, à l'exception de l'usage, existent même s'ils ne sont pas personnellement utilisés par leur titulaire. En revanche, l'usage ne peut être ni loué ni cédé par son titulaire⁷¹⁹ et, par voie de conséquence, l'hypothèque est impossible. Autrement dit, l'usage est une prérogative personnelle ne permettant le logement que d'une personne déterminée. Il n'est pas possible pour l'usager de louer le bien et d'exercer ainsi une jouissance passive de la chose. La question qui se pose est de savoir si l'on peut assimiler l'exploitation à l'usage défini aux articles 625 et suivants du Code civil ? M. Delmas Saint-Hilaire refuse une telle assimilation. Par sa spécificité, le droit d'usage est soumis aux règles de l'usufruit qui ne peuvent être appliquées à l'exploitation. Le

⁷¹⁷ J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Essai sur la notion juridique d'exploitation en droit privé français*, thèse Paris, Bordeaux : Imprimeries Delmas, 1957, p. 261.

⁷¹⁸ J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *ibid.* p. 294.

⁷¹⁹ Articles 631 et 634 du Code civil.

régime juridique de l'usufruit est, selon l'auteur, inapplicable aux fonds de commerce et aux domaines ruraux dans la mesure où il s'agit de biens complexes.

573. L'idée défendue par M. Delmas Saint-Hilaire est intéressante mais elle se fonde sur le principe du *numerus clausus* des droits réels encore très présent en 1957. Il était impossible à M. Delmas Saint-Hilaire d'imaginer un droit réel consistant en une jouissance impérativement active du bien. Or, nous avons pu constater que le principe du *numerus clausus* ne repose sur aucune règle claire du Code civil et la doctrine actuelle tend à s'en éloigner. En conséquence, il n'est plus impossible d'envisager que l'exploitant dispose d'un véritable droit réel sur son fonds de commerce ou sur son exploitation rurale, droit réel caractérisé par la jouissance active du bien.

574. Partant toutefois du présupposé du *numerus clausus* des droits réels, M. Delmas Saint-Hilaire défend l'autonomie de la notion d'exploitation qu'il distingue non seulement des droits réels mais aussi des droits personnels.

b : Rejet de la personnalité du droit de l'exploitant

575. M. Delmas Saint-Hilaire rapproche, dans un premier temps, l'exploitation et le contrat de bail puisqu'en matière locative, le preneur est tenu de remplir un certain nombre d'obligations. Toutefois, il distingue le droit de l'exploitant du droit du preneur à bail classique dans la mesure où le locataire n'est pas toujours tenu de mettre en valeur le bien en accomplissant un travail personnel. Les obligations de l'exploitant vont donc au-delà du droit de celles imposées au simple preneur à bail. M. Delmas Saint-Hilaire reprend alors la même idée qu'il a développée concernant les droits réels : le locataire ne peut être assimilé à l'exploitant puisque sa jouissance peut être passive. En effet, le locataire peut, en principe, sous-louer le bien et exercer, de la sorte, une jouissance passive incompatible avec la notion d'exploitation. Pour justifier cette idée, l'auteur rappelle qu'en matière de bail commercial, la sous-location est en principe prohibée. Néanmoins, l'argument est difficilement défendable car la sous-location peut parfaitement être prohibée lorsque le bailleur le souhaite en dehors même des statuts spéciaux. Le droit du locataire n'en est alors pas moins un droit personnel.

576. Intéressante et originale, la thèse défendue par M. Delmas Saint-Hilaire repose entièrement sur le rejet du caractère patrimonial de l'exploitation. Celle-ci suppose, en effet, une jouissance active et la mise en valeur d'un bien par une activité laborieuse, seule susceptible d'être défendue par le législateur. Il semble pourtant difficile de réfuter totalement l'idée que le fonds de commerce ou le domaine rural puissent constituer un bien. La patrimonialité de l'exploitation est, en effet, aujourd'hui bien admise par la doctrine et le droit positif.

2 : L'exploitation en tant que bien

577. Les défenseurs de la patrimonialité⁷²⁰ de l'exploitation ont une approche « dématérialisée » du droit des biens. Si l'on retient une analyse moderne du droit de propriété, l'activité dématérialisée peut, en effet, être l'objet d'un droit de propriété. Par ailleurs, la patrimonialité de l'exploitation semble retenue par le droit positif (a). Précurseur et visionnaire, Savatier fut l'un des premiers à décrire les changements profonds de la notion de bien qu'il a rapprochée de celle de valeur⁷²¹. L'exploitation est, de toute évidence, un bien mais reste à savoir quelle est la place de ce bien au sein du droit des biens. Les positions sont divisées sur ce sujet (b).

a : La consécration de la patrimonialité

578. L'exploitation ne peut être niée sur un plan juridique tant sa valeur économique est importante, ce qui a naturellement conduit à intégrer certains droits personnels à l'actif du bilan. Le bail est, en effet, productif de biens et de services qu'il convient de prendre en considération comme une véritable valeur patrimoniale. Les idées de Savatier ayant affranchi la doctrine du carcan de la matérialité des biens, la propriété d'une chose incorporelle et la

⁷²⁰ P. VOIRIN, Propriété et responsabilité dans les baux ayant pour objet une exploitation, spécialement dans le bail du fonds de commerce, R.T.D. civ., 1931, p. 285 s. ; P. VOIRIN, La jouissance d'une exploitation envisagée comme critère du bail à ferme et comme principe de son autonomie, R.T.D. civ. 1930, p. 291 s. ; R. SAVATIER, Propriété et exploitation, Semaines sociales de Nantes, 1950, p. 91 ; G. MORIN, Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété, in *Etudes offertes à G. Ripert*, t. II, Paris : L.G.D.J., 1950, p. 3 ; R. THERY, De l'utilisation à la propriété des choses, Ibid., p. 17 s.

⁷²¹ Fr. ZENATI, Le droit des biens dans l'œuvre du doyen Savatier, in *Troisièmes journées R. Savatier*, Poitiers 4-5 octobre 1990, P.U.F, p.13.

propriété des créances sont admises aujourd'hui plus facilement. Cette dématérialisation de la notion de bien permet d'inclure les universalités dans le champ de la propriété. La réification de la clientèle s'inscrit dans une tendance générale de dématérialisation des richesses et l'immeuble, siège de l'exploitation, devient le lieu de création de biens et de services. Ainsi, selon le professeur Zenati, la clientèle est un bien et non plus un état⁷²².

579. La notion d'exploitation vise à protéger un bien caractérisé par l'activité de l'exploitant et sa production. Concernant le bail commercial, c'est le fonds de commerce et la clientèle qui seront protégés par le statut des baux commerciaux puisque le droit au renouvellement n'est accordé qu'à condition qu'un fonds soit réellement exploité dans les lieux loués⁷²³. C'est parce qu'il est propriétaire d'une universalité de fait fondée sur l'existence d'une clientèle et d'éléments supports que l'exploitant est juridiquement protégé mais l'existence d'un fonds de commerce ne suffit pas pour octroyer le droit au renouvellement : le fonds doit avoir été exploité effectivement et durablement car c'est dans le travail de l'exploitant que s'exprime la valeur de l'exploitation. L'article L 144-8 alinéa 2 prévoit, en effet, que « le fonds transformé, le cas échéant, dans les conditions prévues à la section 8 du présent chapitre, doit, sauf motifs légitimes, avoir fait l'objet d'une exploitation effective au cours des trois années qui ont précédé la date d'expiration du bail ou de sa reconduction telle qu'elle est prévue à l'article L 145-9, (...) ». Cette nécessaire activité constitue-t-elle un obstacle à l'admission de la patrimonialité de l'exploitation ? Il semble, au contraire, que l'activité effective de l'exploitant soit un indice de l'existence d'une clientèle propre⁷²⁴. L'évolution jurisprudentielle récente tend à conforter cette idée.

580. Avec l'arrêt Trévisan du 27 mars 2002⁷²⁵, la Cour de cassation a admis le bénéfice du statut des baux commerciaux au franchisé. Dans sa jurisprudence antérieure, elle n'accordait à ce dernier la protection du statut qu'à la condition que la clientèle liée à son activité personnelle soit prédominante. Lorsque la clientèle résultait essentiellement de l'activité du franchiseur, le franchisé n'était pas protégé. Par cet arrêt récent, la Cour de

⁷²² Fr. ZENATI, *L'immatériel et les choses*, A.P.D., t. 13, 1999, p. 79 s.

⁷²³ Article 4 alinéa 1 du décret du 30 septembre 1953 ou L 145-8 alinéa 1: « Le droit au renouvellement ne peut être invoqué que par le propriétaire du fonds qui est exploité dans les lieux. »

⁷²⁴ Fr. AUQUE, *Les baux commerciaux*, Paris : L.G.D.J., 1996, n°233, p. 270 : « Sauf excuse retenue par les juges du fond, la non-exploitation du fonds pendant les trois ans précédant l'expiration du bail prive le preneur du droit au renouvellement, car le fonds est censé avoir disparu ou avoir été transféré... »

⁷²⁵ Cass. com. 17 mars 2002, J.C.P., éd. G, 10 juillet 2002, II, 10112, p. 1312, note Fr. Auque ; Dalloz, 2002, Actualité jurisprudentielle, p. 1488, note E. Chevrier.

cassation ne compare plus l'ampleur du travail effectué par les cocontractants. Désormais, l'activité de l'exploitant suffit pour caractériser l'existence d'une clientèle propre : une clientèle locale. L'arrêt est très clair sur ce point, la clientèle est créée par l'activité de l'exploitant. Par conséquent, le travail effectif n'empêche pas de caractériser l'existence d'un bien, au contraire il le fait naître. On ne saurait donc contester la patrimonialité de l'exploitation car il existe des biens qui n'apparaissent qu'à condition d'exercer une activité et c'est ce bien que la jurisprudence protège. Fragilisée, la propriété est ainsi liée à l'exploitation. Elle disparaît si le commerçant n'exploite plus le fonds. Pour se convaincre définitivement du caractère patrimonial de l'exploitation, notons que le droit positif reconnaît au commerçant le droit de céder son exploitation.

581. Le législateur et la jurisprudence reconnaissent très clairement le droit de cession du fonds de commerce. En unissant divers éléments en vue de l'exploitation, le commerçant crée une propriété nouvelle qu'il peut céder en vendant son fonds de commerce. Comme l'indique M. Germain, « la loi lui a reconnu un droit de propriété sur son fonds, pour lui permettre de réaliser cette cession et aussi de se procurer du crédit⁷²⁶. » La Cour de cassation fait, dans l'arrêt Trévisan, très explicitement référence au droit de l'exploitant de disposer des éléments constitutifs de son fonds. Le statut des baux commerciaux permet la cession du fonds de commerce à un tiers qui pourra bénéficier de la propriété commerciale si le fonds a été exploité depuis plus de trois ans. Cette protection accrue du travail de l'exploitant permet de sauvegarder l'universalité de fait et le bien incorporel que constitue le fonds de commerce. La cession d'exploitation tend à s'étendre au-delà du fonds de commerce puisque dans une décision importante du 7 novembre 2000, la Cour de cassation a reconnu l'existence d'un fonds libéral pour admettre la cession d'une clientèle civile⁷²⁷. En admettant la cession, le droit positif reconnaît nécessairement le caractère patrimonial de l'exploitation mais faut-il, pour autant exclure le caractère patrimonial de l'exploitation rurale dans la mesure où celle-ci ne peut, pour l'instant, être cédée ?

582. Dès lors qu'on reconnaît à une personne le droit de céder la chose, il faut lui reconnaître un droit réel sur le bien mais soyons prudent, le raisonnement inverse n'est pas

⁷²⁶ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, Tome 1, 16^{ème} édition, Paris : L.G.D.J., 1996, p. 442, n° 549.

⁷²⁷ Cass. civ. 1, 7 novembre 2000, J.C.P., éd. G., II, 10452, note Violla, J.C.P., 2001, I, 301, p. 432, n° 16, note Rochfeld, R.T.D. civ., 2001, p. 130, note Mestre et Fages.

exact⁷²⁸. Concernant l'exploitation rurale, la propriété est, en effet, pratiquement indisponible entre vifs et rarement transmissible héréditairement⁷²⁹. C'est la raison pour laquelle la doctrine admet plus difficilement l'idée d'une propriété culturale⁷³⁰ mais, même indisponible, nul ne conteste la valeur de l'exploitation agricole⁷³¹. Transmise après le décès, l'exploitation agricole est un bien complexe caractérisé par une certaine valeur et la doctrine ne conteste pas son caractère patrimonial. C'est pourquoi, on peut tout de même admettre que l'exploitation constitue un bien qui se caractérise par les dispositions prévues aux articles 815, 832 et 866 du Code civil. Ces articles font, en effet, de l'exploitation agricole une unité économique qu'il faut prendre en considération pour régler les problèmes de partage. Si elle ne peut être aliénée, l'exploitation rurale présente néanmoins un caractère patrimonial évident. En effet, ce n'est pas parce qu'un bien est inaliénable qu'il faut l'exclure du champ du droit de propriété.

583. Reposant originellement sur un contrat de bail, l'exploitation présente une valeur patrimoniale indéniable. Il s'agit, pour la majorité de la doctrine, d'un véritable bien caractérisé par sa complexité et sa fragilité. L'existence de ce bien sur des fondements contractuels a modifié non seulement la perception doctrinale du bail mais aussi l'analyse du droit de propriété.

b : Les conséquences de la patrimonialité

584. La notion d'exploitation implique l'existence de propriétés incorporelles. Ainsi, le locataire serait titulaire d'une propriété de la jouissance. Les expressions « propriété commerciale », « propriété rurale » tendent vers une théorie de la propriété de l'exploitation. Ainsi, selon M. Delmas Saint-Hilaire, « C'est sur le fondement de celle-ci que s'édifierait toute l'organisation du régime des baux ruraux et des baux commerciaux dont le particularisme est encore loin d'avoir fini de bouleverser les règles anciennes établies par le Code civil en matière de louage de chose⁷³² » Très tôt, Savatier a décrit le mouvement opéré

⁷²⁸ Le droit d'usage et d'habitation accorde à l'usager un droit réel sans que ce dernier ne puisse céder son droit.

⁷²⁹ Notons qu'avec le contrôle obligatoire des structures, la transmission du bail sera encore plus limitée.

⁷³⁰ Un arrêt du 10 février 1999 rendu par la troisième chambre civile a néanmoins validé une cession de parts sociales, dissimulant la cession d'un bail rural, F. KEDERIAN, Le bail rural aurait-il une valeur vénale, note sous Cass. civ. 3, 10 février 1999, D., 2000, Jurisprudence, p. 14.

⁷³¹ Ph. DEGREGORI, De l'exploitation à l'entreprise, R.D. rural, 1997, p. 106 ; D. BOUVIER, De l'exploitation agricole à l'entreprise agricole, R.D. rural, 1997, p. 108.

⁷³² J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, Essai sur la notion juridique d'exploitation en droit privé français, thèse

par le droit positif actuel de la propriété du sol vers la propriété de l'exploitation. L'idée qui sous-tend l'expression « propriété commerciale » est l'exemple le plus évident du rayonnement de cette doctrine. Toute l'organisation des baux ruraux et commerciaux serait fondée sur le concept d'exploitation, entraînant de profondes modifications du contrat de louage et la transformation de la notion même de propriété⁷³³ (α) mais si quelques auteurs estiment que le concept d'exploitation modifie la nature juridique du droit du preneur à bail en opérant un démembrement de la propriété, une telle conséquence n'est pas aussi évidente qu'il y paraît. Il convient, en effet, de vérifier s'il n'est pas possible d'intégrer ce bien nouveau dans la théorie classique du droit des biens sans déranger les concepts (β).

α : Les métamorphoses du louage et de la propriété

585. Les mots de M. Théry sont assez clairs : « L'exercice d'une profession agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans un local ou sur une terre loués opère un démembrement légal de la propriété aux dépens du bailleur et au profit du preneur⁷³⁴... » Comme l'indique Savatier, « Il est certain que le statut des baux ruraux en 1945 et 1946 démembre, en quelque sorte, l'antique propriété foncière au profit de l'exploitant, fermier ou métayer⁷³⁵ ». Pour Savatier, il ne fait aucun doute que le fermier a acquis sur son exploitation, et donc sur le bien loué, un véritable droit réel dans la mesure où le législateur a préféré défendre l'exploitation d'intérêt social plutôt que le contrat librement formé. Par son droit au bail, le preneur aurait ainsi un droit direct sur l'immeuble siège de l'exploitation. L'immeuble serait alors le lieu de conflit entre deux droits de propriété.

586. Savatier a été l'un des premiers à décrire les métamorphoses du droit de propriété sous l'influence de la notion d'exploitation. Il constate, en effet, un certain étiolement de la propriété foncière au profit de l'exploitation. C'est en constatant le partage des fruits et utilités de l'immeuble qu'une partie de la doctrine a suggéré l'idée d'une résurgence de la distinction ancienne entre le domaine utile et le domaine éminent. Les utilités du bien semblent, en effet, réparties entre le propriétaire de l'exploitation et le propriétaire de

Paris, Bordeaux ; Imprimeries Delmas, 1957, p. 6.

⁷³³ J.-P., DELMAS SAINT-HILAIRE, *ibid.*, p. 6.

⁷³⁴ R., THERY, De l'utilisation à la propriété des choses, in *Etudes offertes à G. Ripert*, t. II, Paris : L.G.D.J., 1950, p. 18.

⁷³⁵ R. SAVATIER, *Propriété et exploitation*, Semaines sociales de Nantes, 1950, p. 93.

l'immeuble sur lequel elle repose. Cette théorie ressurgit ponctuellement dans notre droit et de nombreux auteurs s'en font l'écho. Pourtant, la majorité de la doctrine préfère consacrer une vision romaniste et unitaire du droit de propriété.

β: Le rejet du démembrement de la propriété

587. Les auteurs ayant défendu le concept d'exploitation reconnaissent l'originalité de ce nouveau bien caractérisé par sa fragilité et sa complexité. À ce particularisme, les auteurs associent un régime juridique distinct et, de ce fait, ils intègrent ces biens assez facilement dans le droit des biens sans bouleverser les concepts. Les universalités de fait constituent, en effet, des biens éminemment originaux caractérisés par un agrégat de choses corporelles et incorporelles parmi lesquelles figure le droit au bail qui reste un droit personnel. À aucun moment, les propriétés du bailleur et de l'exploitant ne se chevauchent donc. Pour M. Blanluet, l'immeuble est le théâtre du conflit mais il n'en est pas l'enjeu⁷³⁶. En ce sens, l'immeuble serait simplement le support du fonds de commerce.

588. La notion d'exploitation ne prend une signification juridique réelle qu'à partir du moment où l'on distingue son véritable objet de la propriété immobilière sur laquelle elle repose. Dès lors, il convient de distinguer la propriété du sol et la propriété de l'exploitation dont les objets sont différents. Par la même occasion, l'idée d'un démembrement de propriété ne saurait être retenue. L'objet des deux propriétés est différent : celle du bailleur porte sur l'immeuble et celle de l'exploitant sur son exploitation. Certes, il y a coexistence de deux propriétés mais elles ne partagent pas le même objet.

589. La réalité du droit du preneur est donc encore loin d'emporter l'opinion de la doctrine majoritaire. Si tous constatent un net renforcement des droits du preneur à bail et une part plus ou moins prononcée de réalité, rares sont les auteurs soutenant l'idée d'un démembrement de propriété. La doctrine s'efforce ainsi de maintenir indemnes les concepts. Le droit des biens est donc sauf et les achéens ne sont pas encore sortis du cheval qu'est

⁷³⁶ G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, Paris : L.G.D.J., 1999, p. 241.

l'exploitation⁷³⁷. Pourtant, le trouble règne en droit des biens et les concepts cèdent sous le poids de l'évolution car, si l'on ne peut requalifier le droit du preneur à bail dans son ensemble, il semble possible d'intégrer une parcelle de réalité dans le droit de jouissance du preneur.

§ 2 : L'évolution du droit de jouissance du preneur

590. Rejetant l'idée que le bail puisse démembrer le droit de propriété, de nombreux auteurs admettent néanmoins l'existence d'une « part de réalité⁷³⁸ » dans le droit du preneur mais si tous s'accordent à reconnaître le renforcement des droits du preneur, la majorité de la doctrine ne tire aucune conséquence de ce constat. La question de la qualification du droit du preneur à bail repose donc sur l'épineux problème philosophique du rapport entre le quantitatif et le qualitatif. S'il est évident que le législateur a renforcé les droits du preneur en leur introduisant une incontestable⁷³⁹ « part de réalité », il reste très difficile de conclure que la balance penche du côté du droit réel. Rapport contractuel, le bail est, avant tout, un lien de droit entre deux personnes. Il apparaît donc comme un droit mixte (A) conférant une certaine emprise au locataire sur l'immeuble, ce qui suppose une nouvelle analyse et un élargissement du concept de démembrement (B).

A : Un droit mixte

591. Bien qu'elle soit insuffisante pour modifier complètement la physionomie et la nature du contrat de bail (2), l'évolution législative a apporté une coloration réaliste⁷⁴⁰ à la jouissance matérielle du preneur sur le bien (1).

⁷³⁷ H. D. COSNARD, L'irréductible droit agricole ; le droit privé de l'agriculture dans les rapports avec les institutions commerciales, thèse Paris, 1949, n°51 : « On distingue propriété et exploitation ; la notion d'exploitation, c'est le cheval de Troie introduit dans le bastion de la propriété classique pour l'abattre et le supplanter. Ainsi, jadis, le 'domaine utile' réduisit à néant le 'domaine éminent'. »

⁷³⁸ G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JOURDAIN, Droit civil, Les biens, Paris : Dalloz, 1995.

⁷³⁹ C. BOULOGNE-YANG-TING, Le bailleur face aux travaux du locataire commerçant dans l'immeuble loué, JCP, 2005, I, 131, p. 721 : « De fait, il n'est pas sérieusement discutable que le statut des baux commerciaux confère une très forte emprise du locataire sur l'immeuble (...). »

⁷⁴⁰ G. CORNU, Droit civil, Introduction, Les personnes, les biens, Collection Domat / Droit privé, 7^{ème} édition,

1 : Une jouissance teintée de réalité

592. Accorder l'usage d'un bien à un locataire, ce n'est pas se départir d'un attribut de la propriété. Toute personne peut, en effet, louer un bien tant qu'elle peut garantir la jouissance paisible de la chose au preneur ; il n'est pas nécessaire d'être propriétaire. La jouissance accordée au locataire n'est, en principe, qu'une détention matérielle précaire et intéressée de la chose, contrairement à l'usufruit où l'usufruitier a la *possessio juris* d'un droit réel. Tant que la jouissance dépend de la volonté du propriétaire, elle est personnelle. Lorsqu'en revanche le preneur a le droit d'utiliser la chose directement, c'est-à-dire indépendamment de la volonté du propriétaire, la jouissance devient réelle et correspond à l'*usus* de la propriété. Comme le souligne M. Jubault, « derrière le mot 'personnel' se cache toujours l'idée d'une certaine dose de potestativité du débiteur et donc de sujétion du créancier à la bonne ou mauvaise volonté de son cocontractant⁷⁴¹ ». On peut donc se demander si l'évolution législative n'a pas modifié la nature de la jouissance du preneur à bail dans la mesure où le propriétaire n'est plus libre de faire de son bien ce qu'il veut lorsqu'il le loue. C'est le constat que nous ferons dans la mesure où le caractère potestatif du droit du bailleur s'efface au profit du preneur, le droit de reprise étant très sévèrement encadré. En attribuant au preneur des prérogatives exorbitantes⁷⁴² des droits personnels, le législateur a, selon nous, modifié la jouissance du preneur à bail sans avoir, pour autant, transformé la nature juridique du droit du preneur.

593. En matière de bail commercial, le preneur peut demander le renouvellement du bail afin d'éviter qu'il ne se poursuive par tacite reconduction pour une durée, le plus souvent, indéterminée et pour échapper au dé plafonnement du loyer au-delà de 12 ans. Non tenu d'accepter le renouvellement, le bailleur peut, en principe, exercer son droit de reprise toutefois celui-ci est soumis à des conditions tellement strictes qu'il en devient anecdotique, marginal. Si le preneur a effectivement exploité le fonds pendant les trois dernières années, le

Paris : Montchrestien, 1994, n° 1003, p. 340 et 341 : « (...) le droit du locataire sur la chose louée tend, aujourd'hui, sous divers rapports, sinon à se muer en droit réel, au moins à se teinter de réalité (...). »

⁷⁴¹ Ch. JUBAULT, Bail rural et usufruit, thèse Paris II, 1994, p. 424.

⁷⁴² Fr. TERRE et Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, Collection Précis, 6^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002, n°774, p. 631 : « Dans certaines variétés de locations, notamment commerciales et rurales, les prérogatives du locataire, dénommées d'ailleurs par la pratique 'propriété commerciale' ou, moins communément, 'propriété culturale', sont telles, spécialement quant aux garanties de stabilité du rapport contractuelle, que l'application d'une qualification réelle, constitutive, par là-même d'un démembrement du droit de propriété, n'est nullement

principe est le renouvellement du bail, c'est-à-dire la conclusion d'un nouveau contrat. La seule échappatoire pour le propriétaire réside dans le paiement d'une indemnité d'éviction souvent fort coûteuse. S'il ne peut pas la payer, il peut, « jusqu'à l'expiration d'un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle la décision sera passée en force de chose jugée, se soustraire au paiement de l'indemnité, à charge pour lui de supporter les frais de l'instance et de consentir au renouvellement du bail⁷⁴³. » Autrement dit, tant que le locataire reste dans les lieux, soit le bailleur paie l'indemnité soit il doit se soumettre au renouvellement. Plus le locataire aura une clientèle importante, plus l'indemnité sera conséquente et plus le bailleur perdra la maîtrise de son bien. Si l'on se réfère à ses modes de calcul, elle correspond, en effet, à une sorte d'indemnité d'expropriation⁷⁴⁴. Certes, le bailleur peut toujours trouver un nouveau locataire qui paiera un droit d'entrée compensant l'indemnité d'éviction élevée. Toutefois, il se retrouve devant une alternative réduite : louer ou louer.

594. Contraint à la location, le propriétaire ne peut plus faire usage de son immeuble pendant une longue période. Autrement dit, son bien sur lequel il n'a plus réellement la mainmise devient simplement une source de revenus, une rente, pour ainsi dire car le bailleur trouve, bien évidemment, un intérêt dans la location. Le propriétaire est, en effet, tenu par la destination du bien. Lorsqu'il exerce son droit de reprise en matière agricole, il doit alors exploiter ou faire exploiter le bien par ses enfants. S'il ne le fait pas, le fermier pourra être réintégré dans l'exploitation. Le fermier exerce ainsi sur le bien une véritable maîtrise viagère et transmissible à ses descendants. Son droit au maintien dans les lieux et son droit de préemption, sanctionné par un droit de retrait, s'exerce directement sur l'immeuble. En ce qui concerne le bail commercial, le propriétaire est tenu de louer le bien s'il ne peut payer l'indemnité d'éviction. Il n'a donc plus la possibilité de changer l'affectation des lieux et il n'est plus, à proprement parler, un intermédiaire à l'usage de la chose par le locataire. L'idée est encore plus évidente en ce qui concerne le bail rural où le renouvellement est automatique.

invraisemblable et est préconisée par une partie de la doctrine. »

⁷⁴³ Article L 145-58 du code de commerce : « Le propriétaire peut, jusqu'à l'expiration d'un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle la décision est passée en force de chose jugée, se soustraire au paiement de l'indemnité, à charge par lui de supporter les frais de l'instance et de consentir au renouvellement du bail dont les conditions, en cas de désaccord, sont fixées conformément aux dispositions réglementaires prises à cet effet. Ce droit ne peut être exercé qu'autant que le locataire est encore dans les lieux et n'a pas déjà loué ou acheté un autre immeuble destiné à sa réinstallation. »

⁷⁴⁴ Th. REVET, Existe-t-il un droit à la « propriété commerciale » ? (Civ. 3, 18 mai 2005, pourvoi n° 04-11349, RTD civ., juillet/septembre 2005, p. 619 : « Mais le montant de cette indemnité est déterminé de telle sorte qu'elle s'apparente suffisamment à une indemnité d'expropriation, moyennant quoi elle dissuade moult bailleurs et représente pour les autres, un prix revenant à payer bien cher le droit d'accéder à nouveau à sa chose. »

L'article L 411-46 du code rural prévoit, en effet, que « le preneur a droit au renouvellement du bail, nonobstant toutes clauses, stipulations ou arrangements contraires ». Le droit du preneur n'est donc plus véritablement un droit relatif. L'alternative du propriétaire se résume au choix suivant : exploiter ou faire exploiter. Aucune autre affectation n'est possible et le droit de reprise limité.

595. Concernant, en revanche, le bail d'habitation prévu par la loi du 6 juillet 1989, le renouvellement peut être empêché par une reprise pour habiter, par la décision de vendre ou par un motif sérieux et légitime, les deux premiers cas de reprise reposant sur des motifs péremptoires. Le propriétaire ne perd donc pas réellement l'usage de son bien puisqu'au bout de trois années, il peut le reprendre pour y habiter ou pour le vendre. Il ne se départit pas de l'usage de son bien et la jouissance du preneur reste purement personnelle, subordonnée à la volonté du propriétaire. Seuls le bail commercial et le bail rural confèrent au locataire un droit de jouissance sur la chose.

596. En plus de ce droit au renouvellement du contrat, le preneur rural ou commercial dispose çà et là de prérogatives particulières témoignant d'une emprise assez forte sur la chose. Ainsi, le locataire est-il autorisé, dans certaines circonstances, à modifier la substance de la chose. Le preneur à bail rural peut araser les talus⁷⁴⁵, retourner des parcelles de terres en herbe, mettre en herbe des parcelles de terres ou encore mettre en œuvre des moyens culturels non visés par le contrat de bail pour les besoins de l'exploitation⁷⁴⁶. Le preneur à bail commercial peut opérer une déspecialisation de son bien. Le pouvoir de modifier la chose est un pouvoir s'exerçant directement sur le bien et dépassant les importantes prérogatives accordées à l'usufruitier lui-même. Il ne s'agit, en effet, plus d'une simple détention matérielle et indirecte de la chose, le locataire a, pour partie, un droit de jouissance sur la chose.

⁷⁴⁵ Article L 411-2-28 du code rural : « Pendant la durée du bail, et sous réserve de l'accord du bailleur, le preneur peut, pour réunir et grouper plusieurs parcelles attenantes, faire disparaître, dans les limites du fonds loué, les talus, haies, rigoles et arbres qui les séparent ou les morcellent, lorsque ces opérations ont pour conséquence d'améliorer les conditions de l'exploitation. »

⁷⁴⁶ Article L 411-19 du code rural : « Nonobstant les dispositions de l'article 1766 du Code civil mentionnées à l'article L 411-27, le preneur peut, afin d'améliorer les conditions de l'exploitation, procéder soit au retournement de parcelles de terres en herbe, soit à la mise en herbe de parcelles de terres, soit à la mise en œuvre de moyens culturels non prévus au bail (...). »

597. La jouissance du preneur à bail a donc changé de nature suite à l'évolution législative et, bien que le professeur Derruppé ait soutenu le contraire⁷⁴⁷, la nature de la jouissance peut varier en fonction des pouvoirs accordés par le contrat de bail. En matière de concession de licence, le Conseil d'Etat a, en effet, intégré à l'actif immobilisé le droit du concessionnaire lorsqu'il constitue « une source régulière de profit dotée d'une pérennité suffisante⁷⁴⁸ ». C'est donc, en fonction de considération de fait, qu'on peut apprécier l'emprise du locataire sur le bien. Dans certaines circonstances, on ne peut plus réellement parler de détention matérielle et indirecte. La jouissance du locataire atteint directement sur le bien. La sanction du défaut de délivrance en témoigne. La jurisprudence admet, en effet, que le locataire puisse recourir à la force publique pour contraindre le bailleur à délivrer le bien. C'est donc admettre que le locataire dispose d'une certaine emprise réelle sur la chose. Cette jurisprudence résulte des arrêts rendus par la chambre sociale le 20 juin 1963⁷⁴⁹ et le 8 juin 1956. Ce n'est pas un hasard, selon nous, si les deux seuls arrêts prévoyant l'exécution forcée du contrat ont trait au bail rural.

598. L'évolution législative a apporté une coloration réaliste à la jouissance du preneur sur le bien afin de protéger ses droits sur l'exploitation. Il semble, en effet, inimaginable de protéger la propriété du fonds de commerce sans empiéter sur la propriété du bailleur. Le lien entre le preneur et la chose s'est renforcé sous l'égide des différents statuts protecteurs mais si l'usage de la chose par le locataire est devenu plus direct, cela n'a pas modifié la structure d'ensemble du contrat de bail⁷⁵⁰, le caractère personnel du contrat étant encore bien présent.

⁷⁴⁷ J. DERRUPPE, La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et personnels, thèse Toulouse, 1951, Paris : Dalloz, 1952, n°106, p. 131 : « (...) on n'a jamais prétendu que le preneur eût un droit de nature différente selon l'importance des pouvoirs que lui accordait le contrat de bail. »

⁷⁴⁸ M. COZIAN, La circulation des droits de propriété industrielle et l'imposition des bénéfices, dans La fiscalité de la propriété industrielle, Colloque de l'IRPI, Paris, 22-23 mars 1989, Paris : Publications de l'Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle Henri Desbois, Librairies Techniques, 1989.

⁷⁴⁹ Soc. 20 juin 1963, Bull. civ., IV, n° 531 ; Soc. 8 juin 1956, Bull. civ., IV, n° 535.

⁷⁵⁰ Ch. GOYET, Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire, thèse Strasbourg, Bibliothèque de droit privé, t. 180, Paris : L.G.D.J., 1983, p. 191 : « Certes, aucun argument technique décisif n'a pu démontrer que l'intensité croissante du droit du preneur déterminait une mutation de sa nature. Mais l'impression est tenace : l'emprise d'un locataire fort d'un droit au maintien dans les lieux ou au renouvellement du bail peut rivaliser avec la perpétuité de la propriété de l'immeuble loué à l'image d'une sorte de propriété utile. »

2 : Une requalification impossible

599. Il est toujours très difficile de décider à partir de quel moment la part de réalité du bail vient à l'emporter sur la part de personnalité. L'évolution législative a maintenu les obligations personnelles qui incombent aux deux parties (a) si bien qu'il est très difficile déterminer si la réalité l'emporte sur la personnalité (b).

a : Le maintien des prérogatives personnelles

600. Si elle a indéniablement renforcé le preneur dans ses droits, la législation moderne n'a pas, pour autant, fait disparaître les obligations personnelles du bailleur et du preneur. La définition du contrat de bail demeure, en effet, celle posée à l'article 1709 du Code civil : « Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer. »

601. Il s'avère que les obligations du bailleur et du locataire ont été maintenues par les différentes législations. Définie à l'article 1720 du Code civil, l'obligation de délivrance du bailleur « tenu de délivrer la chose en bon état de réparation de toute espèce » se retrouve à l'article 6 de la loi du 6 juillet 1989 où elle a été développée puisque le bailleur est obligé « de délivrer au locataire le logement en bon état d'usage et de réparation ainsi que les équipements mentionnés au contrat de location en bon état de fonctionnement ». Par cette obligation de délivrance, le bail se distingue de l'usufruit car si le nu-propiétaire est tenu de délivrer la chose objet de l'usufruit, en vertu de l'article 1108 du Code civil, il peut la délivrer en l'état alors que le bailleur doit octroyer l'usage d'une chose en bon état de réparation. Quant aux obligations du locataire, le paiement du loyer entre dans la définition même du bail. S'il ne paie pas les loyers, le bailleur pourra demander la résiliation du contrat en justice. Le loyer est la contrepartie de la jouissance et demeure un élément fondamental du bail. Il est d'ailleurs l'un des éléments permettant de distinguer le bail ordinaire du bail anomal emphytéotique⁷⁵¹. Il est la contrepartie des obligations du bailleur.

⁷⁵¹ Cass. civ. 3, 5 décembre 2001, Bull. civ., III, n° 142, p. 111 : « ayant retenu que la redevance était modique

602. D'une manière générale, le locataire doit passer par l'intermédiaire du bailleur pour atteindre le bien et le modifier. La jurisprudence est particulièrement sévère sur ce point puisqu'elle a même sanctionné le locataire ayant procédé à des travaux imposés par les règles d'hygiène et de sécurité sans avoir demandé l'autorisation du bailleur⁷⁵². La jurisprudence veille, d'autre part, à ce que les travaux effectués le soient dans la limite de l'autorisation donnée⁷⁵³. Même quand les travaux sont nécessaires à l'activité d'exploitation, la Cour de cassation impose de recueillir l'autorisation du propriétaire lorsque les travaux sont lourds⁷⁵⁴.

603. L'élément personnel du bail est donc encore bien présent. À certains égards, il se trouve même renforcé par l'alourdissement des prestations du bailleur. Ainsi, l'ordonnance du 17 octobre 1945, a contraint le propriétaire à « assurer également la permanence et la qualité des plantations ». Plus récemment, l'article 1719 du Code civil a été complété par la loi du 13 décembre 2000 obligeant le propriétaire à délivrer un logement décent. Certes, la portée de ce texte est discutée car la doctrine doute encore de son caractère d'ordre public⁷⁵⁵ et l'article 1719 ne fait aucune référence au décret d'application du 30 janvier 2000 pour apprécier la « décence » du logement⁷⁵⁶. Il n'en demeure pas moins que les obligations du bailleur se trouvent étendues et la jurisprudence saura sans doute tirer les conséquences du nouveau texte. Le nouvel article 6 de la loi du 6 juillet 1989, susceptible de trouver une plus large application, est, en tout cas, un texte d'ordre public s'imposant au bailleur et précisé par le décret d'application du 30 janvier 2002.

604. En dehors de l'apport législatif, l'œuvre jurisprudentielle doit également être relevée, le juge n'ayant pas hésité à introduire des obligations nouvelles sous le couvert de l'obligation générale de jouissance paisible. Ainsi, le bailleur serait-il tenu d'une obligation de précaution dans la mesure où le juge le tient contractuellement responsable des conséquences

par rapport à la valeur des plantations et améliorations qui, en fin de bail, devaient être attribuées au bailleur et que les parties avaient entendu conférer au preneur un droit réel sur l'immeuble loué... »

⁷⁵² Cass. civ. 3, 26 septembre 2001, n°00-10759, Juris-Data n° 2001-011081 ; Bull. civ., 2001, III, n°102 ; JCP, éd. G., 2001, IV, 2781.

⁷⁵³ Cass. civ. 3, 13 juin 1969, Bull. civ., 1969, III, n° 481.

⁷⁵⁴ Cass. civ. 3, 24 janvier 1969, Bull. civ., 1969, III, n° 76.

⁷⁵⁵ Cl. GIVERDON, Les caractéristiques du « logement décent », Loyers et copropriété, 2002, p. 7 : « Il est également permis de dire que, par suite du caractère supplétif de l'article 1719 du Code civil, la convention des parties pourrait, pour une location relevant du régime général, stipuler la renonciation du preneur à exiger la délivrance d'un logement décent. »

⁷⁵⁶ B. RACLET, Commentaire du décret n° 2002-120 du 30 janvier 2002, Adm., avril 2002, p. 16 ; Cl. GIVERDON, Les caractéristiques du « logement décent », Loyers et copropriété, 2002, p. 6.

dommageables de sa négligence⁷⁵⁷. De plus, avec la directive communautaire du 25 juillet 1985, pèse désormais sur le bailleur une obligation de sécurité, l'article 1386-7 du Code civil prévoyant, en effet, que « le vendeur, le loueur, à l'exception du crédit-bailleur, ou tout autre fournisseur professionnel est responsable du défaut de sécurité du produit dans les mêmes conditions que le producteur ». Les obligations du bailleur sont donc maintenues et renforcées par le législateur et par le juge, c'est pourquoi il semble difficile de trancher la question de la nature juridique des droits du preneur.

b : La difficulté du choix

605. Derruppé estime, et nous le rejoignons sur ce point, que le droit du preneur à bail présente un double aspect personnel et réel. Pour autant, il ne se contente pas de conclure à l'existence d'un droit mixte et souligne l'importance du choix dans la qualification de ce droit hybride⁷⁵⁸. Ne pas trancher retirerait, selon lui, tout intérêt à la recherche de la nature juridique puisqu'il serait impossible d'appliquer le bon régime au contrat de bail. Pour résoudre le problème de la qualification, il convient de déterminer l'élément essentiel du bail. Pour l'auteur, il ne fait aucun doute que le droit de jouissance du preneur a toujours été l'élément essentiel du bail et que la législation moderne a contribué à écraser définitivement l'élément personnel du bail en faisant reculer la liberté contractuelle. Il nous semble, au contraire, que la question de la nature juridique du bail présente un intérêt pratique limité dans la mesure où le régime juridique de ce contrat a été largement précisé par le législateur.

606. Lorsque Derruppé a écrit sa thèse en 1951, il restait en suspens un certain nombre de problèmes pratiques découlant de la nature du bail, d'où l'impérieuse nécessité de le qualifier. La nécessité se fait aujourd'hui moins pressante dans la mesure où le législateur a réglé une grande partie des problèmes de régime juridique applicable⁷⁵⁹. On constate qu'il n'a

⁷⁵⁷ Soc. 22 mars 1975, Bull. civ. IV, p. 255 ; 24 février 1960, Bull. civ. IV, p. 165, D., 1960, 463 ; Cass. civ. 3, 28 février 1990, Bull. civ. III, n°63, D. 1990, Inf. rap., 75.

⁷⁵⁸ J. DERRUPPE, La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et personnels, thèse Toulouse, 1951, Paris : Dalloz, 1952, p. 305 et 306 : « Mais parler de droit mixte pour caractériser le droit au bail revient à ne pas le caractériser du tout ; dire que le droit au bail n'est ni un droit réel, ni un droit de créance parce qu'il contient tout à la fois un droit réel et des droits de créance, enlève tout intérêt à la recherche de sa nature juridique. »

⁷⁵⁹ B. VIAL-PEDROLETTI, J-cl. civ., Article 1708 à 1762, fasc. n°230, n°1 : « Il est vrai qu'à cette célèbre querelle théorique, il a manqué pour aboutir l'aiguillon de l'enjeu pratique. La question de la soumission du contrat de louage à la publicité foncière est aujourd'hui résolue par un texte exprès. La discussion sur la nature

pas hésité à établir un régime juridique hybride à certains contrats de bail. Nous avons déjà noté qu'il appliquait le régime des actes de disposition, réservé en principe aux droits réels, pour les baux ruraux, commerciaux et ceux de plus de 9 années. De la même manière, les statuts prévoient que le tribunal juridiquement compétent sera celui de la situation de l'immeuble, appliquant, sur ce point, au bail le régime des droits immobiliers. En ce qui concerne la publicité foncière prévue à l'article 28 du décret du 4 janvier 1955, seuls les baux de plus de douze ans y sont soumis. Le problème de la location de la chose d'autrui a également été en partie résolu puisque la sous-location est interdite en matière commerciale et rurale. Les questions les plus importantes étant tranchées, la nature juridique du bail commercial ou rural peut alors s'exprimer dans toute sa complexité.

607. La mixité du bail commercial ou rural révèle l'ambiguïté d'un contrat fondé sur la superposition de deux régimes juridiques différents : celui du Code civil où l'élément personnel est prédominant et celui du statut des baux ruraux et commerciaux où la jouissance du preneur s'est vue considérablement renforcée. Si la doctrine comme la jurisprudence s'opposent majoritairement à la requalification du droit du preneur, elle reconnaît toutefois que le droit locataire se teinte de réalité et qu'il s'agit, en tout état de cause, d'un contrat dépassant le simple acte de gestion du patrimoine. Grâce au soutien du législateur, le preneur à bail bénéficie de prérogatives directes sur le bien, prérogatives dont le propriétaire se trouve corrélativement privé. Ainsi, même si le droit du locataire est encore profondément marqué par son aspect personnel, il entraîne un démembrement du droit de propriété.

B : Une nouvelle analyse du démembrement de propriété

608. D'après la Cour de cassation, « le bail n'opère aucun démembrement de la propriété, qui reste entière entre les mains du bailleur, pour qui il n'est qu'un moyen de la rendre plus productive et d'en recueillir les fruits... » Une telle généralisation est étonnante dans la mesure où la diversité des régimes juridiques applicables ne permet pas de tirer des conséquences générales sur la nature du droit du preneur. D'ailleurs, nous rejeterons l'idée d'un démembrement systématique du droit de propriété pour admettre un démembrement au cas par cas. En effet, le propriétaire ne se voit privé d'une partie de ses prérogatives que pour

les besoins de l'exploitation de son cocontractant (1). La propriété de l'exploitation a, en effet, acquis une telle importance qu'elle rivalise avec celle du propriétaire de l'immeuble (2).

1 : Le démembrement pour les besoins de l'exploitation

609. D'une manière générale, les droits directs accordés sur la chose ne sont octroyés au preneur qu'à condition que celui-ci exploite effectivement les lieux loués. Tel est le cas du droit au renouvellement en matière commerciale puisque le droit n'est accordé qu'à condition que le fonds de commerce ait été effectivement exploité durant les trois dernières années précédant la demande de renouvellement. De plus, le mode de calcul de l'indemnité d'éviction permet de renforcer les droits du preneur dont l'exploitation est importante. Plus la clientèle sera conséquente, plus l'indemnité sera élevée et moins le propriétaire aura la capacité de reprendre son bien. Concernant l'affectation du bien, le locataire peut opérer une déspecialisation plénière de son activité si elle est justifiée par la conjoncture économique et les nécessités de l'organisation rationnelle de la distribution. Autrement dit, lorsque les circonstances menacent la pérennité de l'exploitation, le locataire est autorisé à changer l'affectation des lieux pour ne pas perdre le fruit de son travail. Il peut passer outre le refus du bailleur en obtenant une autorisation judiciaire tant qu'il parvient à prouver la nécessité de modifier le bail. On constate donc que les droits du propriétaire ne sont réduits que dans le but de protéger l'exploitation. Il s'agit d'une sorte de démembrement à géométrie variable. Plus le fonds de commerce est important, plus le propriétaire perd l'usage de son bien.

610. En matière rurale, le même souci de protection de l'exploitation a animé le législateur. Il est fait échec au renouvellement du bail rural si le preneur ne le garnit pas le fonds d'animaux et d'ustensiles nécessaires à son exploitation ou s'il ne cultive pas la terre⁷⁶⁰. Le locataire peut également modifier la substance même du bien pour améliorer les conditions de son exploitation. À deux reprises, en effet, le code rural fait référence à l'amélioration des conditions d'exploitation pour justifier l'emprise directe du preneur sur le bien. L'article L 411-28 du code rural permet ainsi au fermier de réunir plusieurs parcelles attenantes et

⁷⁶⁰ Article L 411-27 du code rural : « Ainsi qu'il est dit à l'article 1766 du Code civil, si le preneur d'un héritage rural ne le garnit pas des bestiaux et des ustensiles nécessaires à son exploitation, s'il abandonne la culture, s'il ne cultive pas en bon père de famille, s'il emploie la chose louée à un autre usage que celui auquel elle a été destinée, ou, en général, s'il n'exécute pas les clauses du bail, et qu'il en résulte un dommage pour le bailleur, celui-ci peut, suivant les circonstances, faire résilier le bail. »

l'article suivant l'autorise à modifier la destination des terres en retournant les terres en herbe ou, inversement, en les mettant en herbe.

611. Les plus importantes atteintes au droit de propriété du bailleur ne sont donc justifiées qu'autant que l'exploitation l'impose. Il semble, en effet, irréaliste de prétendre que deux propriétés puissent coexister sur le même bien sans que l'une d'elles n'en subisse quelques désagréments.

2 : Le conflit de propriétés

612. Le problème de la nature juridique du bail rural et du bail commercial repose sur la difficile coexistence de deux propriétés : la propriété de l'exploitation et la propriété immobilière. Or, on ne peut imaginer protéger correctement la propriété de l'exploitant sans limiter corrélativement celle du propriétaire de l'immeuble. D'où l'idée d'un conflit de propriétés dont Rigaud fut l'un des premiers à décrire les enjeux⁷⁶¹ en mettant en évidence la quasi-perpétuité de la propriété commerciale. L'idée d'un démembrement de propriété était déjà présente en 1921 lorsqu'était évoquée la perspective d'un droit au renouvellement au profit du preneur à bail. Pour démontrer le démembrement, les auteurs ont essayé de prouver la réalité du droit du locataire. Or, il s'est avéré difficile voire impossible de requalifier entièrement un droit encore fortement emprunt de personnalisme. Pour autant, la propriété du bailleur ne peut rester intacte si l'on veut défendre correctement la propriété de l'exploitant. Le propriétaire perd, en effet, une partie de ses prérogatives sur le bien au profit du commerçant ou du fermier.

613. Il est étonnant de constater qu'à l'heure actuelle, les plus importantes atteintes portées au droit de propriété du bailleur sont le fruit de simples rapports d'obligations. La doctrine a dénoncé ces atteintes au droit soi-disant exclusif et absolu de propriété. Pour M. Tomasin, il s'agit d'une « atteinte grave et pernicieuse car elle se coule dans la liberté des conventions pour s'attaquer, en droit ou en fait, à l'essence du droit de propriété

⁷⁶¹ L. RIGAUD, Le conflit de deux propriétés (propriété immobilière et propriété commerciale) (Le socialisme et les petits commerçants), Annales de droit commercial, 1921, p. 113.

immobilière⁷⁶². » Au-delà du simple démembrement, l'importance des prérogatives octroyées au locataire fait ressurgir l'idée d'une propriété divisée en doctrine. Dans un arrêt récent rendu le 18 mai 2005⁷⁶³, la Cour de cassation semble d'ailleurs consacrer la notion même de « propriété commerciale ». L'existence de deux droits de propriétés ayant pour support le même bien remettrait en cause notre conception d'une propriété exclusive et unitaire. Comme l'indique très justement le professeur Revet, « la 'propriété commerciale' participe d'une tendance à diviser la propriété, récurrente dans l'histoire de la répartition des richesses⁷⁶⁴ ».

⁷⁶² D. TOMASIN, Les atteintes portées au droit de propriété, Adm., décembre 1989, p. 16.

⁷⁶³ Civ. 3, 18 mai 2005, n°04-11349.

⁷⁶⁴ Th. REVET, Existe-t-il un droit à la « propriété commerciale », RTD civ., 2005, p. 619.

Conclusion du chapitre 2 :

614. Le bail suscite toujours les mêmes interrogations quant à sa nature juridique même si la doctrine actuelle a quelque peu laissé la question de côté depuis la thèse de Derruppé. Dans l'opinion commune, le droit du preneur à bail demeure un droit personnel. Pourtant, la majorité de la doctrine reconnaît une note de réalité dans le droit du locataire sans en tirer, pour autant, de conséquences. Quelques auteurs sont allés plus loin dans cette logique en requalifiant le bail. Certains ont déduit la réalité de l'analyse du contrat en tant que tel quand d'autres se sont appuyés sur l'évolution législative. Ces différentes thèses ne peuvent être retenues, la première parce qu'elle méconnaît la nature originelle du droit de jouissance du preneur, la seconde parce qu'elle n'efface pas les éléments personnels caractérisant le bail.

615. Si l'évolution législative n'a pas bouleversé l'analyse du bail, elle a néanmoins laissé une profonde cicatrice. Il semble difficile de renier l'évolution considérable qu'a connue le contrat de bail car il est impossible de contester le renforcement des pouvoirs du preneur. Pour autant, il est délicat de prouver qu'un changement total de nature juridique en résulte, le bail conservant une grande part de son caractère personnel. En atténuant toutefois l'aspect contractuel et personnel de la jouissance du locataire, le législateur lui a permis d'accéder directement au bien, que ce soit par le biais du renouvellement ou par l'octroi de quelques prérogatives exorbitantes. Pour autant, il demeure impossible de requalifier le bail dans son ensemble car il est très délicat de peser et comparer la part de réalité et celle de personnalité. La jouissance du locataire s'est teintée de réalité si bien qu'on peut parler de droit mixte dans certaines circonstances. Pour asseoir les pouvoirs du preneur sur l'exploitation, le législateur lui a octroyé une part de la jouissance de la chose qu'il a ôtée au propriétaire par la même occasion. Dans ces hypothèses, et seulement dans ces cas particuliers, on peut parler d'un véritable démembrement de la propriété.

616. Aussi convient-il peut-être de repenser la notion même de démembrement et d'envisager qu'un droit qualifié de personnel puisse démembrer le droit de propriété. Il semble que la décomposition de la propriété ne soit pas le seul fait des droits réels traditionnels. Certains droits de jouissance personnels empiètent lourdement sur le droit de

propriété. Afin de protéger la propriété de l'exploitant, le législateur a dû renforcer les pouvoirs du preneur sur le bien loué entraînant par la même occasion un véritable conflit entre la propriété de l'exploitation et la propriété immobilière. Les auteurs se sont alors engouffrés dans cette brèche pour voir ressurgir l'ancienne distinction féodale entre le domaine éminent et le domaine utile.

Conclusion de la 1^{ère} partie :

617. Pour quelques auteurs, l'expression « démembrement de propriété » est fautive. La propriété étant un droit subjectif, elle ne peut être qu'exclusive. Admettre le démembrement de propriété, c'est nier la propriété. Pourtant, le démembrement est une réalité. Plus, il est une nécessité de la pratique. La propriété est autant un lien d'appartenance qu'une somme de prérogatives patrimoniales dont il est possible voire souhaitable de pouvoir se départir. Le droit réel opère ce démembrement avec vigueur puisqu'il semble possible d'imaginer une grande variété de droits réels correspondant à ses besoins. Le *numerus clausus* des droits réels doit, en effet, être abandonné au profit d'une plus grande liberté contractuelle. Il semble même possible d'envisager un démembrement important de la propriété en la privant d'une grande partie de ses utilités. Accroissement et renforcement des droits réels, voilà ce à quoi aboutit la pratique frustrée de ne pas disposer d'institutions telles que le trust. Le contrat en est l'instrument.

618. À côté des droits réels, le contrat fait, le plus souvent, naître des rapports d'obligations. Sous l'impulsion du législateur, certains de ces droits personnels sont devenus particulièrement puissants. Tel est le cas du droit du locataire qui apparaît comme un droit complexe. La doctrine a d'ailleurs bien tenté de démontrer la réalité de ce droit mais le mystère de sa nature juridique reste entier, aucune des thèses n'étant parvenue à emporter la conviction. Le droit du locataire semble revêtir le double manteau de la réalité et de la personnalité, d'où son ambiguïté. La jouissance du preneur a acquis une force telle qu'elle semble pouvoir atteindre directement le bien. Par le renforcement des obligations contractuelles, on en arrive à un morcellement des prérogatives du propriétaire. En résulte un droit de propriété démembré, restreint pour un temps, sans doute même affaibli. Aussi convient-il d'élargir la notion de démembrement et d'obscurcir encore la frontière entre les droits réel et personnel.

619. La distinction traditionnelle s'effrite et il devient difficile de distinguer nettement les catégories. Bien qu'il ait pu paraître absolutiste et rigide, le droit français des biens s'assouplit grandement, permettant la valorisation de la propriété. Des atteintes répétées

à la toute puissance de la propriété résulte un démembrement interne du droit et, parfois même, un véritable dédoublement de la propriété.

DEUXIEME PARTIE : LE DEDOUBLEMENT DE LA PROPRIETE

620. La propriété et le contrat ont subi un grand nombre de changements aboutissant à un rapprochement des deux mécanismes. Moins absolue qu'en 1804, la propriété s'est considérablement fonctionnalisée. Inversement, la question de la réification du contrat se pose avec beaucoup d'acuité en doctrine à travers le problème de la cession de contrat. Il n'y a donc plus d'un côté le bloc monolithique et statique du droit de propriété et de l'autre le pilier évolutif et dynamique du droit des contrats. Au contraire, les deux piliers se rapprochent afin d'aménager une meilleure gestion du droit de propriété, participant chacun au développement de l'autre.

621. Ainsi, le contrat permet-il une dissociation de l'appartenance et de la maîtrise. De ce constat, il faut extraire l'idée d'une modification substantielle de la notion de propriété. La dissociation de l'appartenance et de la maîtrise fait apparaître l'idée d'une propriété véritablement décomposée. À côté du titre de propriété émerge une véritable propriété matérielle. Si le titre de propriété est le côté statique du droit, l'exercice de la propriété en est l'aspect dynamique. Depuis quelques années, la doctrine fait ressurgir l'idée d'une propriété dédoublée (Titre 1) dont il convient de vérifier la réalité en traçant les contours de son régime juridique (Titre 2).

Titre 1 : L'apparition du concept de propriété dédoublée

622. Depuis 1804, les auteurs ont ressenti le besoin de repenser le droit de propriété au regard de l'évolution du droit des biens. Comme l'indique M. Terré, plusieurs bouleversements doivent être soulignés : l'extension du domaine de la propriété et le recul de l'individualisme. Conséquence inévitable de ces changements, les débats et colloques se multiplient ces dernières années et, même si elle n'en est pas toujours l'objet direct, la notion de propriété est au cœur de nombreuses réflexions doctrinales⁷⁶⁵.

623. Si les contours du droit de propriété ont été modifiés depuis l'élaboration du Code civil, le droit des contrats y a pleinement contribué en important les techniques de Common law de valorisation du patrimoine et en lui attribuant de nouveaux rôles. L'évolution de la propriété se nourrit, en effet, des transformations économiques et de la multiplication des échanges contractuels. L'observation des droits étrangers et les techniques contractuelles nouvelles ont modifié le droit de propriété en remettant en cause ses caractères. Il s'est assoupli en conquérant de nouveaux domaines et en assurant de nouvelles fonctions prévues par le contrat. Aussi, peut-on se demander s'il est encore ce droit perpétuel⁷⁶⁶ et exclusif cher aux révolutionnaires.

624. Parce qu'il s'est fonctionnalisé, le droit de propriété est aujourd'hui capable de remplir des objectifs divers, qu'il permette l'appropriation du bien ou la maîtrise de ses utilités. Le droit du preneur à bail en est d'ailleurs une illustration. Dans ce contexte, le contrat invite à une analyse substantielle de la propriété. La propriété n'est plus une, elle se transforme selon les objectifs qu'elle doit atteindre. En d'autres termes, on assiste à l'apparition d'une propriété à géométrie variable, multiforme. Nous constatons, en effet, un bouleversement évident des caractères du droit de propriété (Chapitre 1) conduisant à une

⁷⁶⁵ La définition de la notion de bien est remise en cause à travers la question de la cession de contrat. Tout le problème de la cessibilité du contrat réside dans la définition du domaine du droit de propriété.

⁷⁶⁶ M. CHAUFFARDET, La perpétuité de la propriété, thèse Aix-en-Provence, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1933 ; L. AULAGNON, La pérennité de la propriété, Rev. crit. de légis. et jurispr., 1933 ; J.-F. BARBIERI, Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels, thèse Toulouse, 1977.

refonte doctrinale du droit des biens. Contribuant à faire apparaître la double structure du droit de propriété, le contrat atténue quelque peu l'unité du droit de propriété (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'évolution des caractères du droit de propriété

625. En 1804, les rédacteurs du Code civil souhaitaient en finir avec l'instabilité révolutionnaire et le régime féodal en instaurant un droit de propriété absolu, exclusif et perpétuel. Ce principe allait toutefois connaître le même sort que l'autonomie de la volonté : un déclin évident malgré un enracinement psychologique fort. Ainsi, les trois caractères du droit de propriété ont-ils été très tôt remis en cause et, dès 1933, la doctrine critiqua le cadre étroit dans lequel on avait voulu enfermer le droit de propriété⁷⁶⁷.

626. Décrit par tous, le mouvement de socialisation du droit a porté atteinte à la propriété individuelle absolue qui a perdu en intensité. Conçue comme un droit égoïste, la propriété ne pouvait être reconnue sans réserve, pas plus que la toute puissance des volontés. Elle a alors perdu en puissance ce qu'elle avait gagné en étendue. Mais si la doctrine n'hésite pas à limiter le caractère absolu du droit de propriété, elle reste cependant très attachée aux deux autres caractéristiques de ce droit qui, cependant, découlent de l'absolutisme : la perpétuité et l'exclusivité.

627. Malgré les réticences doctrinales, la perpétuité du droit de propriété a néanmoins été touchée par l'extension du domaine de la propriété et l'optimisation des utilités des biens (Section 1). De la même manière, l'exclusivisme n'a pas été épargné car les nécessités économiques s'opposent parfois à la réunion de toutes les utilités d'un fonds entre les mains d'un seul individu. Aussi assiste-t-on à un éclatement de la propriété (Section 2).

⁷⁶⁷ M. CHAUFFARDET, *Le problème de la perpétuité de la propriété*, Etude de sociologie juridique et de droit positif, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1933, p. 10.

Section 1 : La perpétuité atténuée

628. Partagée entre son scepticisme à l'encontre de la perpétuité et le désir de stabilité des situations juridiques, la doctrine rencontre parfois des difficultés pour expliquer et maintenir la perpétuité du droit de propriété consacrée par le Code civil⁷⁶⁸. Caractéristique des seuls droits réels, la notion de perpétuité connaît une évolution considérable car la dématérialisation des biens et le partage des utilités de la chose dans le temps nous amènent, en effet, à repenser la question de la durée du droit de propriété. La perpétuité du droit de propriété reste pourtant fortement ancrée dans notre droit des biens car elle contribue à préserver l'unité du droit de propriété. C'est ainsi que, malgré les démembrements temporaires, la propriété, par son étonnante élasticité, est toujours susceptible de redevenir pleine et entière mais la logique est bousculée lorsqu'on imagine une propriété *ad tempus* et des démembrements qui s'éternisent.

629. L'idée d'une propriété limitée dans le temps paraissait une hérésie en 1804 et, aujourd'hui encore, certains auteurs considèrent qu'il est de l'essence de la propriété d'être perpétuelle⁷⁶⁹. Pourtant, la doctrine n'est pas unanime sur la définition de la perpétuité. Si, pour certains, la perpétuité correspond à l'idée de transmission héréditaire des biens⁷⁷⁰, d'autres préfèrent résumer la perpétuité à l'imprescriptibilité du droit de propriété⁷⁷¹. Ces deux idées semblent exactes mais elles ne nous paraissent pas suffisantes pour décrire la perpétuité de principe du droit de propriété car elles n'en sont que des manifestations particulières. Ainsi, d'une manière générale, la doctrine considère que la propriété est perpétuelle parce qu'elle a vocation à durer aussi longtemps que le bien sur lequel elle porte.

⁷⁶⁸ J.-F. BARBIERI, Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels, Contribution à l'étude de la notion de perpétuité dans les relations juridiques, thèse Toulouse, 1977.

⁷⁶⁹ G. CORNU, Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, Collection Domat / droit privé, 7^{ème} édition, Paris : Montchrestien, 1994, n° 1042, p. 358 : « Que serait la propriété si elle était temporaire ? Ce serait la négation de la propriété. »

⁷⁷⁰ Ch. ATIAS, Droit civil, Les biens, 5^{ème} édition, Paris : Litec, 2000, n° 76, p. 111.

⁷⁷¹ Fr. TERRE et Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, Collection Précis, 5^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1998, n° 135 et 136, p. 114 et 115. Il semble qu'il faille distinguer les notions de perpétuité et d'imprescriptibilité car, d'une part, tout droit perpétuel n'est pas nécessairement imprescriptible et, d'autre part, il existe des droits temporaires qui ne se perdent pas par le non-usage. Tel est le cas de la superficie *ad tempus*.

Par un étonnant phénomène d'incorporation⁷⁷², la propriété se prolonge tant que le bien existe⁷⁷³. Ce phénomène d'incorporation résiste pourtant très mal à l'évolution du droit des biens⁷⁷⁴ et à la dématérialisation⁷⁷⁵. De plus, il n'apparaît nulle part dans notre Code civil et semble résulter d'une interprétation fallacieuse des textes⁷⁷⁶.

630. D'une manière générale, il semble donc difficile de maintenir sans nuance le principe d'une propriété perpétuelle. L'idée d'une propriété temporaire a fait son apparition (§1) entraînant des changements profonds et parfois insoupçonnés dans le droit des biens (§2).

§1 : L'émergence de la propriété temporaire

631. Le concept de propriété temporaire suppose résolue la question de la définition de la perpétuité (A). Contrairement à ce que laisse penser une doctrine quasi-unanime, la notion de perpétuité soulève des difficultés d'interprétation assez importantes car, à l'échelle humaine, il semble difficile d'appréhender l'infini. Tous les auteurs qui ont étudié de près ou de loin le sujet relèvent, en effet, l'incroyable complexité du concept de perpétuité. Nous devons toutefois éclaircir ce problème délicat car c'est seulement après avoir défini la propriété perpétuelle que nous pourrions déterminer les hypothèses de propriété temporaire (B).

⁷⁷² Ch. DEMOLOMBE, Traité de la distinction des personnes et des biens, in *Cours de Code Napoléon*, t. IX, Paris : Durand, 1870, n° 35, p. 19-20 : « Il est vrai que le droit de propriété, absorbant toute l'utilité de la chose a pu paraître se confondre avec la chose elle-même qu'elle rend en effet exclusivement propre à son maître. On a pu considérer que la chose, dans ce cas, représentait pour ainsi dire matériellement le droit dont elle est l'objet direct et immédiat ; et c'est de là qu'est venue, non seulement dans le langage populaire, mais encore dans le langage scientifique et même dans les textes mêmes de la loi, cette confusion, ou plutôt, s'il était permis de s'exprimer ainsi, cette identification de la chose elle-même et du droit de propriété auquel la chose est soumise. »

⁷⁷³ H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, t. II, 8^{ème} édition, Paris : Montchrestien, 1994, n° 1348.

⁷⁷⁴ P. CATALA, Rapport de synthèse, in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, in *Troisièmes Journées R. Savatier*, 4 et 5 octobre 1990, PUF, p. 186.

⁷⁷⁵ Cf. supra n°302 s.

⁷⁷⁶ Cf. supra n°305-307.

A : La perpétuité de la propriété

632. Il existe, en réalité, deux manières d’appréhender la perpétuité de la propriété. La première, sur laquelle s’accorde la majorité de la doctrine, consiste à analyser la propriété de façon abstraite et à considérer que le droit de propriété est, dans son ensemble, perpétuel dans la mesure où il se maintient malgré le changement de propriétaire. La seconde approche pousse, en revanche, à apprécier la perpétuité d’une manière subjective, par rapport au titulaire du droit de propriété. En vertu de cette thèse, c’est le droit du propriétaire qui est absolu, exclusif et perpétuel. En d’autres termes, la première analyse conduit à l’idée de perpétuation de la propriété par sa transmission (1). La seconde est une interprétation volontariste de la perpétuité (2). Nous opterons pour cette dernière approche.

1 : La perpétuation de la propriété par sa transmission

633. Partant du constat que la propriété se maintient tant que dure l’objet sur lequel elle porte, la doctrine définit la perpétuité comme la faculté de perpétuation du droit en dépit du sujet (a). Une telle analyse a été longuement critiquée dans la première moitié du XX^{ème} siècle. Nous la critiquerons à notre tour mais en nous fondant sur des arguments quelque peu différents (b).

a : Exposé de l’analyse

634. Les auteurs qui défendent l’idée d’une perpétuation par la transmission des droits partent du constat que la perpétuité ne peut être réalisée qu’à condition que la propriété puisse perdurer malgré la fragilité de ses termes. En conséquence, ces auteurs s’accordent à penser que la relation juridique de propriété est indépendante de son terme subjectif : le propriétaire. Certains⁷⁷⁷ vont même jusqu’à démontrer l’indépendance de la propriété par rapport à son terme objectif, c’est-à-dire le bien, ce qui semble beaucoup plus marginal⁷⁷⁸. Si

⁷⁷⁷ J.-F. BARBIERI, *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels, Contribution à l’étude de la notion de perpétuité dans les relations juridiques*, thèse Toulouse, 1977.

⁷⁷⁸ Cela ne concerne, en effet, que les hypothèses de subrogation réelle et les cas dans lesquels le bien disparaît pendant un temps pour réapparaître par la suite.

l'on retient simplement le premier pan de l'analyse, le changement de titulaire n'affecte en rien le droit de propriété dans son existence et son identité. Les auteurs sont très clairs sur ce point : « La transmission de la propriété d'un bien n'en est pas une cession temporaire et exclut toute idée d'extinction de la propriété de l'auteur et d'émergence d'un nouveau droit pour son bénéficiaire ; elle se limite à un transfert du droit existant et ne dément pas sa perpétuité⁷⁷⁹. » En d'autres termes, la propriété se perpétue en se transmettant.

635. En choisissant de définir la perpétuité par la faculté de transmission du droit de propriété, les auteurs relèvent très peu d'exceptions à la propriété perpétuelle. En dehors des cas où la propriété disparaît purement et simplement, l'extinction des prérogatives du propriétaire se traduit simplement par une question de transmission de droit⁷⁸⁰. Par conséquent, la fiducie ne peut pas être analysée comme une exception puisqu'elle ne fait qu'affecter le mécanisme de transmission de la propriété et non son caractère perpétuel. Quant au droit de superficie, il ne déroge pas davantage à la propriété perpétuelle puisque le droit du superficiaire est transmis pour une durée infinie au propriétaire du terrain au terme du contrat de bail. Si cette théorie présente le mérite de conforter voire de sauvegarder la perpétuité du droit de propriété, elle dévoie, selon nous, le sens premier de la notion de propriété perpétuelle.

b : Critique

636. L'ambiguïté de la notion de perpétuité a été clairement exposée dans la thèse de M. Chauffardet⁷⁸¹. L'auteur distingue deux sortes de perpétuités, la perpétuité de fait qui, comme son nom l'indique, correspond à un simple fait : celui de la transmission d'une chose distincte de la personne et la perpétuité de droit qui constitue le droit aux services perpétuels

⁷⁷⁹ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CINAMONTI, Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, Les biens, 2^{ème} édition, Paris : L.G.D.J., 2000, n° 100, p. 105.

⁷⁸⁰ Fr. TERRE et Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, 6^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002, n° 150, p. 138 : « Dans un certain nombre de cas, tout d'abord, le droit de propriété d'une personne sur un bien est temporairement affecté par diverses clauses ou diverses stipulations. Rien ne permet de considérer qu'il y a alors atteinte au caractère perpétuel de la propriété ; ce qui est en cause c'est seulement le mécanisme de transmission du droit de propriété d'un titulaire à un autre. » ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CINAMONTI, Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, préc., n° 100, p. 106 : « En définitive, les prétendues 'propriétés temporaires' sur lesquelles on s'interroge souvent, ne semblent guère s'analyser que comme des modalités de transmission temporaire de l'utilité de certains biens et ne paraissent pas altérer la perpétuité du droit de propriété. »

⁷⁸¹ M. CHAUFFARDET, Le problème de la perpétuité de la propriété, Etude de sociologie juridique et de droit positif, thèse Aix-en-Provence, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1933

de la chose. En utilisant l'expression « perpétuité de fait », l'auteur traduit l'idée d'une impossible transmission des droits. De plus, il estime que la perpétuation par la transmission ne suffit pas à expliquer la perpétuité de la propriété.

637. Le rejet de la transmissibilité des droits n'est pas une idée nouvelle. Certains auteurs de la première moitié du XX^{ème} siècle ont, en effet, contesté l'idée qu'un droit puisse être transmis. Selon eux, il est utopique de concevoir un droit qui se sépare totalement de son sujet. En d'autres termes, le droit n'existe que parce qu'il plonge ses racines dans l'individu. C'est ainsi que Planiol refusait d'intégrer le droit de disposer dans les prérogatives inhérentes à la propriété. En somme le problème se résume à l'interrogation suivante : comment ce qui est transféré peut-il être en même temps ce qui transfère ? Pour ces auteurs, la réponse est simple : seul le bien est transféré, la transmission du droit, en revanche, correspond à une « renonciation suivie d'une sorte d'occupation⁷⁸² ». Nous ne nous prononcerons pas sur la question de la transmissibilité des droits car cela dépasserait largement l'objet de notre étude. Retenons simplement que la majorité de la doctrine consacre la faculté de transmission du droit de propriété considérant que la chose ne peut faire l'objet que d'actes matériels et que seul le droit peut être transféré⁷⁸³.

638. La critique fondée sur l'incessibilité des droits semble donc assez discutable mais faut-il, pour autant, se résoudre à définir la perpétuité par cette idée de transmissibilité ? Une telle définition de la perpétuité nous paraît insuffisante. Il est, en effet, assez artificiel de parler de droit exclusif et absolu⁷⁸⁴ en se référant au propriétaire et d'analyser la perpétuité par rapport au droit de propriété dans sa généralité, sans se référer à cet élément subjectif.

2 : L'interprétation volontariste de la perpétuité

639. L'interprétation volontariste de la perpétuité part du constat qu'il importe surtout au propriétaire de pouvoir accéder perpétuellement aux utilités de la chose. Pour que

⁷⁸² M. CHAUFFARDET, thèse précitée, p. 126.

⁷⁸³ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CINAMONTI, *Traité de droit civil* sous la direction de J. Ghestin, Les biens, 2^{ème} édition, Paris : L.G.D.J., 2000, n°84, p. 87 : « Ces actes translatifs portent sur le droit de propriété et non sur la chose elle-même qui n'est susceptible que d'actes matériels. »

⁷⁸⁴ L'article 544 du Code civil fait référence à l'exercice des prérogatives « de la manière la plus

son droit soit véritablement absolu, le propriétaire doit avoir vocation à conserver indéfiniment sa propriété. La perpétuité serait donc l'expression de l'absolutisme du droit de propriété dans le temps. Analysée en fonction du propriétaire, la perpétuité est le « droit aux services perpétuels de la chose⁷⁸⁵. » Comme l'indique très justement M. Chauffardet, ce qui compte pour le propriétaire, c'est de savoir qu'il pourra potentiellement jouir indéfiniment de son bien.

640. Reste alors à expliquer le droit de vendre du propriétaire car lorsqu'il vend son bien, le propriétaire se prive de son droit de propriété. La liberté d'aliéner est-elle contraire au principe de perpétuité du droit de propriété ? Selon M. Chauffardet, la vente ne s'oppose pas à la perpétuité du droit de propriété. Au contraire, l'auteur estime que la vente consacre et réalise la perpétuité du droit en lui faisant subir une double transformation, quantitative et qualitative. Qualitative dans la mesure où, la propriété ne porte plus sur le bien mais sur la valeur de la chose et quantitative puisque l'aliénation atténue la valeur du bien qui ne sera jamais parfaitement égale à la somme des valeurs de tous les services futurs de la chose⁷⁸⁶ mais que dire alors de la donation qui ne permet pas d'envisager une quelconque subrogation du bien ? Il semble plus juste de dire que le droit de vendre consacre l'absolutisme du droit de propriété puisqu'en disposant du bien, le propriétaire choisit en quelque sorte son devenir. L'aliénation est ainsi l'expression de la souveraineté⁷⁸⁷ du propriétaire.

641. C'est cette forme de perpétuité que consacre notre Code civil dans son célèbre article 544. La force du droit conféré au propriétaire réside dans les prérogatives qui lui sont accordées et qui contribuent à définir le droit de propriété. Défendre le caractère absolu de la propriété passe par une exclusivité prolongée dans le temps. Comme l'indique très justement Voirin, la perpétuité « n'est pas autre chose que l'absolutisme du droit apprécié dans le temps⁷⁸⁸. » La propriété est, dans la pureté des principes du Code civil, un droit absolu parce qu'elle est susceptible de durer dans le temps et non pas parce qu'elle se perpétue en se transmettant. Si la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, il convient d'intégrer une dimension temporelle à cette idée.

absolue ». L'absolutisme du droit de propriété doit donc être analysé par rapport au propriétaire.

⁷⁸⁵ M. CHAUFFARDET, *ibid.*, p. 113.

⁷⁸⁶ M. CHAUFFARDET, *Ibid.* p. 115.

⁷⁸⁷ G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les biens, Les personnes*, Collection Domat / droit privé, 7^{ème} édition,

642. C'est l'idée que l'on retrouve derrière le principe d'imprescriptibilité du droit de propriété. Le propriétaire conserve indéfiniment le droit d'exercer l'action en revendication parce qu'il ne perd pas son droit de propriété en laissant son bien vacant. Ce n'est pas parce que son bien n'est pas utilisé qu'il devient la propriété d'une autre personne ou qu'il tombe dans le domaine public. L'action en revendication s'oppose à une telle transmission du droit de propriété. L'*usus, fructus, abusus* désignent, en effet, le droit de ne pas jouir ou disposer de son bien. La perpétuité du droit de propriété est donc une mesure de protection du propriétaire lui permettant de faire reconnaître contre tous un droit exclusif et absolu. En partant de cette définition volontariste du droit de propriété, nous sommes désormais en mesure d'étudier les éventuels cas de propriété temporaire.

B : Les hypothèses de propriété temporaire

643. Pour être absolu, le droit de propriété se doit d'être stable car il serait particulièrement incongru d'avoir le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue pour s'en voir privé après un certain temps. Il en va de sa définition de pouvoir absorber la chose en durant aussi longtemps qu'elle existe. Pourtant, il paraît parfois plus rationnel de ne disposer du bien que pendant un certain temps afin d'optimiser son utilisation. Longtemps débattu, le concept de propriété temporaire semble désormais admis (2). Pourtant, certains doutes persistent encore tant l'encrage psychologique d'une propriété forte et absolue demeure puissant. L'hésitation est d'autant plus grande que le contrat donne parfois l'illusion de la propriété temporaire (1). Aussi convient-il de distinguer les véritables exceptions des exceptions apparentes.

1 : L'illusion de la propriété temporaire

644. Parce qu'il est parfois utile de ne pas voir sa propriété s'éterniser, la pratique utilise la technique contractuelle bien connue de la propriété affectée d'une condition suspensive ou résolutoire (a). Elle fait même preuve de créativité en utilisant la société pour

Paris : Montchrestien, 1994, n° 1021 s., p. 352 s.

⁷⁸⁸ R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, Cours de droit civil français, T. IV, par Voirin, n° 284.

organiser la « multipropriété » (b). Ces deux techniques donnent l'illusion d'une propriété temporaire mais elles n'affectent en rien la perpétuité du droit de propriété.

a : La propriété sous condition

645. Dire que le droit de propriété est perpétuel signifie que ce droit a vocation à durer aussi longtemps que la chose elle-même mais lorsque le propriétaire décide de céder son droit, sa propriété n'est pas, pour autant, temporaire. Par conséquent, les clauses aménageant le transfert du droit de propriété ne limitent pas sa durée. Ainsi, ce n'est pas parce qu'il est affecté d'une condition suspensive ou résolutoire que le droit de propriété devient temporaire. En réalité, c'est le mécanisme de transmission du droit de propriété qui est aménagé⁷⁸⁹. À proprement parler, le propriétaire ne perd pas son droit de propriété, il le transmet⁷⁹⁰. En revanche, lorsque le droit de propriété cesse après un certain temps sans que le propriétaire ne l'ait décidé, on peut parler de propriété temporaire.

646. L'aménagement du transfert du droit de propriété soulève certaines difficultés dans la période de latence pendant laquelle la condition ne s'est pas encore réalisée. En principe, la vente entraîne un transfert immédiat du droit de propriété. Lorsque ce transfert est retardé, on assiste, selon quelques auteurs⁷⁹¹, à un dédoublement de la propriété et à la résurgence des propriétés simultanées caractérisées par l'existence d'une propriété en sommeil et d'une propriété en activité. Ainsi, quand le bien est affecté d'une clause de réserve de propriété, le vendeur ne peut plus rien faire de sa propriété⁷⁹². Inversement, l'acquéreur peut faire usage du bien. Il y a, en quelque sorte, une dissociation entre les prérogatives juridiques du droit de propriété et la valeur économique du bien qui reste aux mains du propriétaire. La propriété demeure néanmoins perpétuelle car si le paiement du prix a lieu, l'acquéreur deviendra définitivement propriétaire du bien et, inversement, s'il y a défaillance de sa part, le vendeur restera propriétaire. En définitive, lorsqu'une personne désire céder son droit de propriété, on ne peut pas vraiment parler de propriété temporaire.

⁷⁸⁹ Fr. TERRE et Ph. SIMLER, Les biens, Collection Précis, 6^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002, n°147 s., p. 135 s.

⁷⁹⁰ Cass. civ. 1, 1^{er} avril, 1884, D., 1884, I, 347; S., 1885, I, 85.

⁷⁹¹ Ph. MALAURIE, Faut-il retarder le transfert de propriété ? JCP cahiers du droit de l'entreprise, Suppl. n° 5, 1995, p. 46 s. ; Ch. MOULY, Analyse économique du droit régissant le transfert de propriété, Ibid, p. 6 s ; Ch. ATIAS, La propriété est-elle la meilleure solution ?, Ibid, p. 44 s.

647. Ainsi, si la propriété est en suspens, si elle connaît une période de latence, elle n'est pas temporaire pour autant puisque son propriétaire a décidé de la céder. Elle ne l'est pas davantage lorsque la pratique recourt à la mal nommée « multipropriété ».

b : La multipropriété

648. Afin de répartir les utilités du bien et en vue d'un meilleur rendement économique, la pratique a imaginé de diviser la propriété dans le temps. Il est, en effet, des hypothèses où l'importance de l'investissement financier ne saurait justifier la brièveté de l'occupation des lieux⁷⁹³. Pour réduire le coût de l'investissement immobilier⁷⁹⁴, les juristes ont eu recours à la technique de la société⁷⁹⁵. Ainsi, le principe de perpétuité du droit de propriété est-il sauf car seule la société constituée est propriétaire du bien, les associés n'ayant qu'un droit personnel à la jouissance des lieux⁷⁹⁶. L'expression multipropriété est donc fallacieuse et impropre puisque la loi écarte toute référence à l'idée de propriété⁷⁹⁷ mais ne pouvait-on pas imaginer un droit de propriété temporaire ou encore une forme originale de droit réel immobilier ?

649. Malgré les inconvénients de la structure sociétaire⁷⁹⁸, la doctrine a rejeté toute idée d'une propriété temporaire, restant très attachée à la propriété absolue. Quant à la constitution d'un droit réel original permettant une meilleure protection des droits des multipropriétaires, elle a suggéré une division dans le temps de la jouissance d'un immeuble acquis en indivision. Toutefois, la technique de l'indivision présente certains inconvénients rédhibitoires : sa précarité et sa cessibilité. L'indivision peut, en effet, prendre fin de la seule volonté d'un des copropriétaires et, même lorsqu'elle est prévue pour une durée déterminée,

⁷⁹² Fr. PEROCHON, La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels, Paris : Litec, 1998, n°103, p. 91 : « le vendeur sous réserve de propriété ne peut strictement rien faire. »

⁷⁹³ J.-P. PELLETIER, Réflexions sur la jouissance d'immeubles à temps partagé (la « propriété spatio-temporelle »), Gaz. Pal., 1976, 2^{ème} sem., p. 541 : « Cette formule permet essentiellement, sur le plan économique, de faire coïncider le prix d'acquisition avec la durée effective de l'utilisation du local : en ce sens, elle présente un intérêt social évident. »

⁷⁹⁴ Fr. TERRE et Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, Collection Précis, 6^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002, n°. 552 s., p. 412 s.

⁷⁹⁵ Comme l'indique le professeur Atias, il semble que la multiplication des droits réels ait été freinée par le développement des sociétés.

⁷⁹⁶ La loi du 6 janvier 1986 a créé la « société d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé ».

⁷⁹⁷ Article 33 de la loi du 6 janvier 1986.

⁷⁹⁸ Pour un résumé complet des inconvénients du montage social : P. BIASCA, La propriété spatio-temporelle en quête d'un statut, Gaz. Pal. 21 septembre 1976, 2^{ème} sem., p. 539 s. et spéc. p. 540.

elle peut toujours être dissoute pour un juste motif. L'état d'indivision n'est donc pas encouragé par le droit positif mais faut-il, pour autant, se résoudre à la structure de la société ?

650. Il semble que les sociétés d'attribution à jouissance partagée ont vécu et que leur succès s'estompe au profit d'une nouvelle forme de propriété : la propriété « allégée ». Etonnante figure juridique consistant à transférer une propriété incomplète, la propriété allégée réside dans le transfert de propriété à un acquéreur unique qui, moyennant une réduction de 15 à 30%, accepte de n'occuper le bien que pendant une période limitée en laissant au vendeur le droit de le gérer pour le reste du temps. Le mécanisme est intéressant dans la mesure où il permet à l'acquéreur de faire, a priori, un investissement rationnel. Toutefois, il ne s'agit plus du tout d'une multipropriété : une seule personne est propriétaire, les autres disposent d'un droit à la jouissance qui est, soit personnel, soit démembré du droit de propriété. Quelle curiosité de voir le démembrement au service de l'unité du droit de propriété ! Il est étonnant de constater les efforts de la pratique pour respecter le principe de perpétuité du droit de propriété d'autant plus que la propriété temporaire semble aujourd'hui admise.

2 : Les atténuations à la propriété perpétuelle

651. Même si certains auteurs la contestent, la propriété temporaire existe. Il ne s'agit pas, bien entendu, d'une propriété affectée d'une condition particulière mais d'une véritable propriété à durée limitée. Deux raisons expliquent la durée limitée de certains droits de propriété : la volonté de l'Etat de préserver un intérêt supérieur (a) et la volonté d'un propriétaire de transférer à un tiers une propriété limitée (b).

a : La propriété limitée par la loi

652. Il est intéressant de constater que le débat relatif à la reconnaissance du droit de propriété sur les choses incorporelles a surtout concerné la propriété industrielle et la propriété littéraire et artistique. Parce qu'elle est parfois limitée dans le temps, la propriété intellectuelle présente une originalité de taille par rapport à la propriété classique. Ainsi, si en 1880, la Cour

de cassation estimait que « la propriété littéraire et artistique essentiellement mobilière [avait] les mêmes caractères et [devait] avoir le même sort que tout autre genre de propriété⁷⁹⁹ », elle allait défendre l'idée contraire sept ans plus tard en estimant que « sous la dénomination de propriété littéraire, les droits d'auteur [conféraient] seulement le privilège exclusif d'une exploitation temporaire⁸⁰⁰ ». En soulignant le caractère temporaire de l'appropriation d'une œuvre de l'esprit, la Cour de cassation montrait son attachement à la perpétuité du droit de propriété. Après une période de désaveu prononcé, la doctrine et le législateur allaient toutefois revenir à de meilleurs sentiments en consacrant une conception plus souple du droit de propriété.

653. La loi du 2 janvier 1968 fait très explicitement référence à la propriété en qualifiant le droit de brevet de titre de propriété industrielle et en prévoyant que le brevet peut être l'objet du droit de propriété⁸⁰¹. Depuis la loi du 3 juillet 1992⁸⁰², la matière s'est même offert un code intitulé « Code de la propriété intellectuelle⁸⁰³. » La qualification de propriété semble bien établie en droit interne⁸⁰⁴ ainsi qu'au niveau international dans certaines conventions⁸⁰⁵. Même limitée dans le temps, la propriété est donc reconnue mais s'agit-il vraiment d'une propriété temporaire ?

654. Deux explications ont été avancées pour comprendre le caractère temporaire de la propriété des œuvres et des inventions. La première consiste à dire que le législateur a limité la durée de la propriété pour prendre en compte la dépréciation rapide de ces biens incorporels. Il est vrai que certains biens incorporels ont une durée de vie assez courte. Or, lorsqu'il n'y a plus de bien, il n'y a plus de propriété. À proprement parler, si l'on retient une telle analyse, la propriété n'est pas temporaire, elle dure aussi longtemps que le bien lui-même. Néanmoins, une telle interprétation doit être rejetée car il est inexact de prétendre que

⁷⁹⁹ Req. 16 août 1880, S. 1881, I, 125, note Lyon-Caen.

⁸⁰⁰ Cass. civ. 27 juill. 1887, D. 1888, I, 5, note Sarrut.

⁸⁰¹ Titre IV : « Du brevet comme objet de propriété. »

⁸⁰² Loi n° 92.597, JO 3 juillet, n° 153, p. 8801.

⁸⁰³ V.-L. BENABOUR et V. VARET, La codification de la propriété intellectuelle, La documentation française, 1998.

⁸⁰⁴ Au Moyen Age, il n'était fait mention que de privilèges accordés par une faveur du prince. L'idée même d'appropriation n'était pas du tout envisagée en tant que telle et seules les bonnes grâces du pouvoir permettaient d'obtenir un monopole d'exploitation. Plus tard, la Révolution consacra le droit de propriété des auteurs et des inventeurs parmi les droits les plus importants et les plus sacrés. A la fin du XIX^{ème} siècle, toutefois, la doctrine et la jurisprudence critiquèrent l'usage soi-disant inadapté du mot. Aujourd'hui, une grande partie de la doctrine envisage une conception plus souple du droit de propriété, incluant la propriété intellectuelle.

⁸⁰⁵ Convention d'Union de Paris.

toutes les œuvres et inventions ont une durée de vie limitée. En réalité, l'explication la plus satisfaisante est celle reposant sur le souci de l'intérêt collectif. Il semblerait, en effet, que le législateur ait réduit de telles propriétés afin de préserver les « besoins de la culture et de l'enseignement, du progrès technique et liberté du commerce et de l'industrie⁸⁰⁶. » Par conséquent, lorsqu'elle prend fin, la propriété temporaire des œuvres et inventions tombe dans le domaine public. Selon M. Pollaud-Dulian, cela expliquerait pourquoi la propriété des marques n'est pas limitée dans le temps puisque aucun intérêt collectif n'est concerné. Pour le reste, la propriété des œuvres et des brevets est véritablement une propriété temporaire.

655. Consacrée par le législateur, la propriété des choses incorporelles doit être retenue pour deux raisons. D'une part, l'idée que l'objet du droit de propriété puisse être incorporel a conquis la grande majorité de la doctrine même si quelques auteurs se demandent encore s'il est possible d'appliquer les concepts classiques du droit des biens aux choses incorporelles sans trop forcer les notions⁸⁰⁷. D'autre part, comme l'indique M. Jourdain, « le caractère temporaire des droits du breveté (...) limité à vingt ans, ou de l'auteur d'œuvres littéraires ou artistiques et de ses héritiers, ne constitue pas une objection dirimante ». Il serait, en effet, étonnant d'écarter l'idée de propriété sous prétexte qu'elle est temporaire, d'autant plus que la propriété à durée limitée existe déjà.

b : La propriété limitée par un propriétaire

656. Parce que le droit de propriété ne s'éteint pas lorsqu'il est transmis, certains auteurs refusent l'idée d'une propriété temporaire mais résoudre l'énigme de la propriété à durée limitée par l'idée d'une cession de droit ne nous paraît pas satisfaisant. Dire que la propriété est perpétuelle parce qu'elle est transmise et ne se perd pas par le non-usage, n'est pas suffisant. Lorsque le propriétaire souhaite céder sa propriété, celle-ci demeure perpétuelle puisqu'il décide du devenir de son bien. Néanmoins, quand le propriétaire est contraint de perdre son droit de propriété après un certain temps, la propriété est temporaire. Tel est le cas

⁸⁰⁶ Fr. POLLAUD-DULIAN, Droit de la propriété industrielle, Collection Domat droit privé, Paris : Montchrestien, 1999, n° 25 s. et spéc. n° 27, p. 13.

⁸⁰⁷ D. GUTMANN, Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, Les ressources du langage juridique, A.P.D., t. 43, 1999, p. 65 s ; R. FRANCESCHELLI, Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur, in *Mélanges Roubier*, 1961, p. 464 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CINAMONTI, Traité de droit civil, Les biens, 2^{ème} édition, Paris : L.G.D.J., 2000, n° 100, p. 106

de la propriété superficière (α) et tel sera le cas de la propriété fiduciaire lorsque le droit français l'aura consacrée (β). Ainsi, pensons-nous que la propriété perpétuelle est celle qui a vocation à durer autant que le propriétaire le désire⁸⁰⁸.

α : La propriété superficière

657. Analysés comme de véritables droits de propriété⁸⁰⁹, certains droits de superficie⁸¹⁰ constituent une exception au principe de perpétuité du droit de propriété⁸¹¹. Le législateur prévoit une durée de 18 à 99 ans pour le bail à construction. Or, le preneur dispose d'un droit réel et même d'un véritable droit de propriété sur les constructions qu'il édifie. Dans un arrêt très intéressant du 24 juin 1997⁸¹², la Cour de cassation n'hésite pas à affirmer que « dans le bail à construction, le preneur bénéficie (...) sur les constructions d'un droit de propriété temporaire (...) ». La durée de la propriété du preneur sera ainsi déterminée par la convention des parties. La propriété est donc, en quelque sorte, assujettie au contrat.

658. La propriété du preneur ne peut qu'être temporaire dans la mesure où la doctrine condamne en principe les engagements perpétuels. L'arrêt du 24 juin 1997 est parfaitement clair sur ce point. En conséquence, le droit de propriété du constructeur doit suivre la durée de vie du contrat auquel il est subordonné. On peut néanmoins contester l'idée d'une propriété temporaire en refusant la qualification de droit de propriété.⁸¹³ Il est vrai que le preneur ne peut disposer librement de ses constructions puisque l'article L 251-4 du code de la construction et de l'habitation l'oblige « au maintien des constructions en bon état d'entretien et des réparations de toute nature... ». Il est donc, en quelque sorte privé d'une partie de son *abusus*. Pourtant, la propriété du superficière semble consacrée par l'interprétation a contrario de l'article 553 du Code civil⁸¹⁴. Mme Dumont conteste néanmoins

⁸⁰⁸ Dans le même sens, Ch. LARROUMET, Droit civil, Les biens, t. II, n°258.

⁸⁰⁹ Ch. GOYET, Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficière, Bibliothèque de droit privé t. 180, Paris : L.G.D.J., 1983, p. 17 s.

⁸¹⁰ Le bail emphytéotique, le bail à construction et le bail à réhabilitation.

⁸¹¹ P. JOURDAIN, Les biens, 3^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1995, n°50, p. 62.

⁸¹² Cass. com., 24 juin 1997, SCI Agnel-Teissonnière c/ Directeur des services fiscaux du Gard, J.C.P, éd. G., 1998, II, 10059, p. 666 s.

⁸¹³ Fl. DUMONT, La nature juridique du droit de superficie, thèse Lyon III, 2001, p. 177 s. Pour l'auteur, l'analyse historique ne permet pas de confirmer l'analyse du droit de superficie en un droit de propriété. Elle ajoute que l'accession est un mécanisme hostile à l'idée de dissociation.

⁸¹⁴ Article 553 du Code civil : « Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé ; sans préjudice de

l'idée de propriété dissociée. Elle estime, en effet, que l'interprétation a contrario de l'article 553 repose sur « une confusion de la preuve de la propriété et de la consécration du droit superficiaire⁸¹⁵ » Le seul but de l'article 553 du Code civil est, selon elle, de permettre à un tiers de démontrer qu'il a été propriétaire des constructions ou plantations établies sur le sol d'un autre. Ainsi, ce dernier disposerait-il simplement du droit de réclamer une indemnisation, ce que confirmeraient les articles 554 et 555 du Code civil. Aussi intéressante soit-elle, cette analyse nous paraît beaucoup trop rigide car elle semble fondée sur une conception étroite et monolithique du droit de propriété que ni le législateur ni la jurisprudence ne retiennent. L'article L 251-2 du code de la construction et de l'habitation prévoit, en effet, que « les parties conviennent de leurs droits respectifs de propriété sur les constructions existantes et sur les constructions édifiées. À défaut d'une telle convention, le bailleur en devient propriétaire en fin de bail et profite des améliorations ». La disposition de la loi est donc très claire : le preneur est en principe propriétaire des constructions qu'il édifie. La jurisprudence n'est pas moins explicite comme nous avons pu le constater dans l'arrêt du 24 juin 1997. Après avoir longtemps hésité, elle reconnaît désormais au preneur un véritable droit de propriété sur les constructions qu'il a édifiées. Ainsi, bien qu'il présente certaines particularités, le droit du preneur sur les constructions constitue un droit de propriété.

659. La propriété du preneur n'est toutefois pas exactement la propriété classique du Code civil. Elle a pour objectif de préserver la future propriété par accession du bailleur. Dès lors, le preneur doit maintenir les constructions en bon état de réparation. En effet, lorsqu'elle arrive à terme, la propriété du superficiaire échoit, en principe, au tréfoncier. Toutefois, rien n'interdit d'envisager une issue différente⁸¹⁶. Par conséquent, la convention peut prévoir un « transfert » de propriété de l'intégralité de l'immeuble au preneur ou encore l'organisation d'une copropriété entre le bailleur et le preneur sortant mais, quoi qu'il en soit, la propriété temporaire fait place à une propriété perpétuelle.

la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment. »

⁸¹⁵ Fl. DUMONT, *ibid.*, p. 255 s.

⁸¹⁶ Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Collection Précis, 6^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002, n° 953, p. 760.

β : La propriété fiduciaire

660. Parce que sa propriété est un instrument au service de la gestion d'un bien, le fiduciaire ne reçoit la propriété qu'à titre temporaire et à une fin déterminée. À terme, il est obligé de retransférer le bien soit au fiduciaire soit à un bénéficiaire. Pour une partie de la doctrine⁸¹⁷, la fiducie ne déroge pas à la perpétuité du droit de propriété puisqu'il s'agit simplement d'un mécanisme organisant un transfert de propriété à terme. Dès lors, la fiducie ne devrait poser aucun problème. Une question demeure toutefois : pourquoi est-il si difficile de l'accueillir en droit français ? Pourquoi doit-on passer par le biais de la créance de restitution pour expliquer le transfert de propriété du fiduciaire au bénéficiaire ?

661. Il apparaît que la fiducie ne rentre pas parfaitement dans le moule étroit de notre conception du droit de propriété. La limitation des droits du fiduciaire est, en effet, la caractéristique essentielle de la fiducie⁸¹⁸. Le caractère temporaire de sa propriété l'empêche d'effectuer certains actes sur les biens, afin de préserver les intérêts du propriétaire suivant. Autrement dit, la propriété temporaire s'accompagne nécessairement d'une limitation de prérogatives dans l'intérêt du bénéficiaire.

662. D'une manière générale, le bail superficiaire et la propriété fiduciaire confèrent à leur titulaire une propriété temporaire, dérogeant à la perpétuité du droit de propriété, ce qui n'est pas sans incidence sur notre conception du droit des biens.

§2 : Les incidences de la propriété temporaire

663. Les exceptions envisagées à la propriété temporaire nous invitent à repenser la notion même de propriété (A) qui ne peut plus être définie par sa perpétuité et son assimilation au bien sur lequel elle porte. En conséquence, il convient de redéfinir, par la même occasion, la notion de bien (B), les deux concepts étant étroitement liés.

⁸¹⁷ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CINAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2^{ème} édition, Paris : L.G.D.J., 2000, n°100, p. 105.

⁸¹⁸ C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, thèse Strasbourg, Paris : Economica, 1981, p. 15 s.

A : Sur la notion de propriété

664. Pour le professeur Goyet, la propriété temporaire est une notion contradictoire⁸¹⁹, contraire à l'idée d'appropriation de la chose. Il est, dès lors, très difficile d'expliquer la propriété superficière car elle s'oppose à la définition de principe du droit de propriété. Il ne suffit donc pas de classer ce droit dans la catégorie très pratique des exceptions qui entachent, ça et là, la parfaite logique de notre droit des biens. Parce qu'elle est susceptible d'être limitée dans le temps, la propriété ne peut plus être définie comme ce bloc rigide et monolithique caractérisé par son absolutisme. Il semble donc essentiel d'assouplir sa définition (1) mais il convient également de constater que chaque propriété temporaire est exceptionnelle et qu'elle laisse place à une propriété perpétuelle qui semble être le mode normal d'appropriation (2).

1 : Une propriété relative

665. Parce qu'elle peut être temporaire ou perpétuelle, corporelle ou incorporelle, la propriété n'est plus une mais multiple⁸²⁰. Elle apparaît comme un droit variable et relatif, ce qu'a constaté M. Abdelhamid⁸²¹ dans une thèse à mi-chemin entre la philosophie et le droit. L'auteur distingue les propriétés selon l'objet sur lequel elles portent ainsi qu'en fonction du sujet concerné. Pour expliquer l'efflorescence des propriétés, M. Abdelhamid souligne le rôle important joué par l'idéologie comme facteur extérieur. Il constate toutefois leur déclin actuel au profit d'un relativisme total en décrivant une longue descente vers « l'infra rationnel » mais ce mouvement vers le concret n'est pas le premier qui caractérise le droit français. Le XIX^{ème} siècle marque, en effet, la mort de l'idéalisme kantien et des concepts rationnels. Ce relativisme a entraîné la multiplication des notions de droits subjectifs et la prise en compte croissante des faits, c'est pourquoi il convient de prendre en considération la propriété sous ses différents aspects, en fonction de l'objet sur lequel elle porte et des sujets qu'elle intéresse

⁸¹⁹ Ch. GOYET, thèse précitée, n°266, p. 146 s.

⁸²⁰ V. RANOUIL, La propriété, Jcl. civil, Article 544, 1993. Comme l'indique l'auteur, le concept unique ne correspond plus à la réalité. Il n'y a plus une mais des propriétés.

⁸²¹ M. ABDELHAMID, Concepts juridique et métaphysique : réflexions à partir de la crise contemporaine du concept de propriété, thèse Paris X, 1994.

car différents régimes juridiques s'appliquent à ces propriétés multiformes. Nous ajouterons une troisième variante : la durée qui implique, au fond, une différence d'objet.

666. En somme, la propriété ne s'exerce pas de la même manière en fonction de la chose appropriée. Si elle est, en réalité, un droit d'une grande souplesse et d'une indéniable flexibilité, le principe reste néanmoins celui de la perpétuité du droit de propriété. Par conséquent, à la propriété temporaire succède nécessairement une propriété perpétuelle.

2 : Une propriété « réversible »

667. Pour le professeur Goyet, la propriété temporaire ne peut se concevoir que comme une concession du plein propriétaire originaire⁸²². Il est vrai qu'en ce qui concerne le droit de superficie, la propriété perpétuelle du bailleur préexiste et survit à celle du preneur. Autrement dit, l'auteur ne conçoit pas la propriété temporaire sans qu'il n'y ait quelque part une propriété perpétuelle. En conséquence, que ce soit par la voie de l'accession ou par le transfert de propriété⁸²³ (lorsque le bail est résilié avant son terme), le bailleur acquiert la propriété des constructions édifiées par le superficiaire. Le droit de superficie se mue donc parfaitement en une propriété perpétuelle. Il en va de même en ce qui concerne la propriété fiduciaire car lorsque la mission du fiduciaire se termine, la propriété perpétuelle prend le relais.

668. Reste à savoir si nous pouvons généraliser cette idée aux autres propriétés temporaires que nous avons répertoriées. En ce qui concerne les propriétés intellectuelles temporaires, le droit de l'auteur ou de l'inventeur tombe dans le domaine public après un certain nombre d'années. On peut tenter d'expliquer ce phénomène par une sorte de directe universelle que l'Etat conserverait sur la propriété de chacun. C'est, en effet, le législateur qui n'accorde à l'auteur qu'un droit de propriété temporaire sur son œuvre. Il est donc difficile de comparer ce droit à celui du superficiaire. Dans la première hypothèse, le législateur décide, pour des raisons supérieures, que la propriété ne peut être perpétuelle tandis que dans la seconde hypothèse, le propriétaire choisit de scinder sa propriété pour un certain temps afin

⁸²² Ch. GOYET, thèse précitée, n°267, p. 146.

⁸²³ Cass. com. 24 juin 1997, JCP, éd. G., 1998, II, 10059, p. 666 s.

que celle-ci soit exploitée le plus utilement possible. Les deux exemples sont donc très différents. La propriété littéraire et artistique se perd littéralement puisqu'elle devient accessible à tous tandis que la propriété superficielle ou fiduciaire survit.

669. Pour résumer, si rien ne restreint le droit de propriété, celui-ci a vocation à durer aussi longtemps que le bien et à être perpétuel. Les hypothèses de propriété temporaire sont donc, a priori assez marginales. Seul un propriétaire peut, en transférant un droit réel sur son bien, limiter la propriété d'un tiers. L'Etat le peut également mais pour des raisons d'intérêt public, le droit de propriété disparaissant dans cette hypothèse. Cela explique la difficulté de la doctrine à imaginer une propriété temporaire détachée de la propriété perpétuelle et le recours à la société pour répartir dans le temps la jouissance d'un bien. Ainsi, la propriété temporaire apparaît-elle, le plus souvent, comme une forme originale de démembrement de la propriété. La doctrine ayant jusqu'à présent imaginé une répartition des prérogatives du droit de propriété, on peut désormais envisager une décomposition temporelle du droit de propriété⁸²⁴.

670. Le droit anglais a, depuis longtemps, introduit cette dimension temporelle dans le droit de propriété⁸²⁵. On y retrouve, en effet, une répartition dans le temps des droits à laquelle s'ajoute une division fonctionnelle des pouvoirs. Le trust fédère ces deux idées puisque la propriété de *common law* est accordée au *trustee* pendant une durée limitée et que les prérogatives du droit de propriété sont divisées : si l'administration et la gestion du bien reviennent au *trustee*, le *cestui que trust* a le droit de percevoir les revenus. L'idée de propriété temporaire préfigure donc l'évolution progressive du concept de propriété. Elle entraîne également de profonds bouleversements quant à la notion de bien.

⁸²⁴ A.-M. TOLEDO-WOLFSOHN, Le trust et le droit civil français, Revue Lamy de droit civil, septembre 2004, n° 8, p. 29.

⁸²⁵ L. MAERTEN, Le trust patrimonial anglo-américain en droit privé français, thèse Paris II, 1990, p. 17 s. : « L'idée de propriété est dissoute dans une multitude d'*estates*, d'*interests* qui se distinguent les uns des autres par le rapport qu'ils ont avec une condition de durée. »

B : Sur la notion de bien

671. La reconnaissance de la propriété temporaire conduit nécessairement à éloigner la propriété du bien matériel sur lequel elle porte (2). Elle contribue à accentuer le phénomène de dématérialisation de la propriété (1).

1 : La dématérialisation de la propriété

672. Dans le cas de la propriété temporaire, on peut se demander si l'objet de la propriété est bien encore la chose ou plus simplement une fraction de temps, ce qui confirmerait encore un peu plus le phénomène de dématérialisation de la propriété. Si l'objet du droit de propriété peut être une fraction d'espace, alors on peut facilement imaginer l'appropriation d'une fraction de temps. Il est vrai que lorsqu'il cède son droit, le superficiaire n'aliène pas seulement une partie de l'immeuble mais aussi la fraction de temps qui reste pour exploiter le bien. En somme, la propriété temporaire accentue la dématérialisation de la propriété or, comme nous l'avons déjà observé⁸²⁶ et pour reprendre les propos de Durkheim, « il n'y a pas de raison que des choses incorporelles ne soient pas capables d'être appropriées ».

673. Si elle entraîne des conséquences importantes sur notre conception de la propriété, la dématérialisation de la propriété n'est pas uniquement le fruit de l'évolution du droit des biens. Comme nous l'avons déjà constaté, elle est contenue en germe dans le Code civil⁸²⁷ puisque celui-ci assimile les droits à des biens incorporels⁸²⁸. De plus, le droit romain n'a jamais fait des choses corporelles l'unique objet du droit de propriété car le *dominium* portait tant sur les *res incorporales* que sur les *res corporales*. Enfin, la dématérialisation de la propriété est consacrée par le juge constitutionnel⁸²⁹ et par le législateur⁸³⁰.

⁸²⁶ Cf. supra n°302 s.

⁸²⁷ Les articles 588 et 597 du Code civil font des droits, autant que les choses corporelles, l'objet potentiel du droit réel.

⁸²⁸ A. ROUAST, L'évolution du droit de propriété, in *Travaux de l'association H. Capitant*, t. I, 1945, p. 45 s.

⁸²⁹ Conseil constitutionnel, 16 janvier 1982.

⁸³⁰ Loi du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières ; loi du 2 janvier 1981 dite loi Dailly relative aux bordereaux de créances professionnelles.

674. Ainsi, la propriété temporaire apparaît-elle comme la propriété d'une fraction de temps, ce qui contrarie le phénomène d'incorporation du droit de propriété dans la chose.

2 : Le rejet de l'assimilation de la propriété au bien

675. D'une manière générale, la dématérialisation de la propriété se trouve confrontée au phénomène d'incorporation du bien au droit de propriété. La confusion entre le droit de propriété et le bien est, en effet, entretenue depuis de nombreuses années. Pourtant, cette idée est très largement contestable⁸³¹. En admettant l'idée d'une propriété temporaire, nous sommes amenés à restreindre l'assimilation de la propriété à la chose sur laquelle elle porte. On retrouve ici l'idée de M. Sizaire⁸³² selon laquelle la propriété ne peut être identifiée à l'objet matériel sur lequel elle porte. Rejeter l'assimilation du droit de propriété au bien a permis à la doctrine de réfléchir sur la nature véritable du droit de propriété. C'est pourquoi, la propriété incorporelle révèle, selon nous, la véritable nature de la propriété puisqu'elle permet à la doctrine de s'interroger sur le droit lui-même.

676. Poussée à l'extrême, cette analyse conduit à privilégier l'aspect « personnel » et subjectif de la propriété en la définissant comme « un rapport d'exclusion » et à rejeter son caractère réel⁸³³. Cette analyse présente, comme nous l'avons déjà constaté, le grand mérite de ne pas réduire la définition de la propriété à une énumération de pouvoirs mais l'exclusivité ne permet pas de distinguer le droit de propriété des autres droits subjectifs⁸³⁴. Il convient donc de prendre en compte les pouvoirs que le propriétaire est susceptible d'exercer sur le bien. Or, un droit direct et immédiat peut parfaitement porter sur une chose incorporelle. Le droit de propriété ne s'exerce peut être pas de la même façon selon que le bien est corporel ou incorporel, il n'en demeure pas moins un pouvoir sur la chose.

677. Considéré comme le plus parfait des droits réels, le droit de propriété présente, selon la doctrine classique, la particularité d'être un droit absolu, c'est-à-dire perpétuel. Ce

⁸³¹ M. FABRE-MAGNAN, Propriété, patrimoine et lien social, R.T.D. civ., 1997, p. 583.

⁸³² D. SIZAIRE, Le statut de la copropriété des immeubles bâtis (application de la loi n°75-557 du 10 juillet 1965 et du décret n°67-223 du 17 mars 1967), JCP, 1969, I, 2252, n° 48.

⁸³³ Fr. ZENATI, Pour une rénovation de la théorie de la propriété, R.T.D. civ., 1993, p. 305.

⁸³⁴ M. FABRE-MAGNAN, préc.

caractère permet en principe de distinguer le droit de propriété de ses démembrements qui ne peuvent revêtir la même force. Pourtant, certains droits de jouissance voient leur durée s'allonger dangereusement. Ainsi, d'une manière générale, le critère de perpétuité ne permet plus de distinguer, à coup sûr, le droit de propriété des autres droits. De la même manière, l'exclusivisme du droit de propriété a été atténué.

Section 2 : L'exclusivisme tempéré

678. L'exclusivisme du droit de propriété est le corollaire nécessaire de son absolutisme. Ce qui est exclusif est ce qui appartient en propre à quelqu'un. On en déduit que deux droits de propriété ne peuvent coexister sur un même bien mais notons bien que l'indivision -ou la copropriété⁸³⁵- n'est pas une exception à la propriété exclusive puisque chaque copropriétaire est propriétaire d'une part du bien. C'est, en effet, le bien qui est scindé dans sa valeur pour supporter deux propriétaires différents.

679. Pour certains auteurs⁸³⁶, l'exclusivisme est la définition même du droit de propriété et l'on comprend qu'ils aient, par conséquent, rejeté le concept de démembrement. Si elle consacre la conception romaine du droit de propriété, cette définition ne peut, selon nous, être retenue. Non exprimé par le Code civil, l'exclusivisme de la propriété connaît de réelles limites⁸³⁷ et certains droits concurrencent le droit de propriété (§1). Ces exceptions troublantes nous invitent, une fois de plus, à repenser les concepts du droit des biens (§2).

§1 : Les droits concurrençant la propriété

680. Ersatz du dédoublement féodal de la propriété⁸³⁸, le démembrement apporte un tempérament aux pouvoirs exclusifs du propriétaire sur son bien mais, même s'il dispose de prérogatives sur la chose, le titulaire du droit démembré n'a pas, en principe, tous les attributs

⁸³⁵ Nous estimons que ces deux termes sont synonymes. Dans le même sens, Fr. TERRE et Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, Collection Précis, 5^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1998, n° 542, p. 392.

⁸³⁶ Fr. ZENATI, thèse précitée.

⁸³⁷ D. MELEDO-BRIAND, Les multiples utilités économiques des biens : Approche de la propriété simultanée, in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXème siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris : Dalloz, 1997, p. 469 : « Précisément notre vingtième siècle connaît l'altération de la propriété exclusive ; mouvement amorcé dès la seconde moitié du dix-neuvième siècle notamment avec l'aire industrielle... »

⁸³⁸ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CINAMONTI, Traité de droit civil, Sous la direction de J. Ghestin, 2^{ème} édition, Paris : L.G.D.J., 2000, n° 250, p. 261 : « On peut reprocher aussi à l'analyse néoclassique d'avoir une conception trop réelle de l'usufruit. L'indépendance de situation entre les droits de l'usufruitier et du nu-propriétaire nierait en fait la dépendance des relations personnelles qui se nouent entre propriétaire et usufruitier et que l'on trouve dans certaines dispositions légales ou dans certains arrêts. L'usufruit serait une propriété temporaire limitée aux fruits à l'instar de l'usufruit coutumier. »

du propriétaire. Il arrive néanmoins que les droits réels concurrencent le droit de propriété (A). De la même manière, certains droits personnels rivalisent avec la propriété, ce qui paraît, a priori, encore plus étonnant (B).

A : Les droits réels concurrençant la propriété

681. Certains droits réels vont au-delà du démembrement, conférant à leur titulaire une sorte de droit de propriété, une quasi-propriété. Qu'ils soient le fruit de la résurgence d'institutions anciennes (1) ou de l'élargissement des institutions existantes (2), ils constituent des démembrements originaux et particulièrement puissants.

1 : Le bail superficiaire

682. Si, en principe, le bail n'accorde que des droits personnels, la jurisprudence et le législateur ont néanmoins admis l'existence de baux dits anomaux conférant un véritable droit réel. Tel est le cas de l'ancienne emphytéose ou encore de la concession immobilière. Ces contrats sont fréquemment à l'origine de droits de superficie (a) qu'il convient d'analyser comme un dédoublement du droit de propriété (b).

a : Les contrats engendrant un droit de superficie

683. Les contrats engendrant un droit de superficie sont assez nombreux. Le bail emphytéotique en est l'exemple le plus typique mais d'autres conventions peuvent également constituer un droit de superficie : la concession immobilière, le bail à réhabilitation, le bail à domaine congéable ou bail à convenant, le bail à complant... Certes, n'importe quel contrat de bail peut faire naître un droit de superficie. Il suffit, en effet, que le propriétaire renonce à son droit d'accession mais en favorisant la libre construction du preneur, ces différents contrats sont naturellement conduits à produire un droit de superficie. Les droits du preneur y sont, en effet, plus nombreux qu'à l'ordinaire (α). De plus, ces conventions offrent une

certaine stabilité. Pour chaque contrat, une durée minimum est prévue, permettant l'exploitation du bien (β).

α : Les droits et obligations des preneurs

684. Si le législateur a réglé la question de la nature juridique des droits des preneurs pour certains contrats, il a laissé d'autres conventions dans l'incertitude. En effet, rien n'est dit concernant la concession immobilière mais cela importe finalement peu. Ce qu'il convient, en revanche, de noter c'est l'importance des droits conférés au preneur. Le contrat de bail superficiaire est caractérisé par les larges pouvoirs accordés au preneur. Celui-ci peut, en effet, construire sur la terre qui lui est donnée à bail. Parfois même, ce n'est plus un simple droit de construire qui est accordé au preneur mais une véritable obligation qui lui est imposée. Ainsi, le preneur a-t-il le droit ou l'obligation de construire ou planter.

685. Dans le bail à construction, « le preneur s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain du bailleur et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail⁸³⁹. » Subséquemment, le preneur est tenu d'effectuer les constructions. Ce n'est pas un simple droit mais un véritable devoir. Sans cette obligation, le contrat ne serait pas qualifié de bail à construction. À côté de cela, le locataire doit également effectuer toutes les réparations, des réparations locatives aux grosses réparations. En contrepartie, il dispose d'un droit réel immobilier⁸⁴⁰ sur le terrain car, pour effectuer les travaux et obtenir les crédits nécessaires, il est plus commode qu'il puisse hypothéquer son droit. On retrouve des caractéristiques très proches dans le bail à réhabilitation.

686. Cette même possibilité de grever le droit d'hypothèque caractérise le bail emphytéotique. Généralement, ce contrat a pour but la mise en valeur ou en culture de terres mais il peut également servir à la construction. Toutefois, à la différence du bail à construction, l'emphytéote n'est pas tenu d'effectuer les améliorations prévues dans le contrat de bail. Il s'agit ici d'un droit de construire ou planter. Cette possibilité offerte au preneur est

⁸³⁹ Article L 251-1 du code de la construction et de l'habitation.

⁸⁴⁰ Article L 251-3 du code de la construction et de l'habitation : « le bail à construction confère au preneur un droit réel immobilier. »

l'essence même du bail emphytéotique. À défaut, la qualification d'emphytéose doit être rejetée⁸⁴¹.

687. Enfin, ce même droit⁸⁴² d'aménager et de construire est reconnu au concessionnaire immobilier. Toutefois, le concédant peut en réglementer l'exercice⁸⁴³. La question se pose alors de savoir s'il faut admettre les interdictions totales de construire. La doctrine⁸⁴⁴ semble faire une distinction selon que le terrain est bâti ou nu. Elle estime qu'une telle clause ne serait pas valable dans la seconde hypothèse. En tout cas, l'intérêt du contrat serait considérablement réduit si le preneur se trouvait privé de ces prérogatives. Tous ces contrats permettent de construire et d'aménager le bien. Leur autre caractéristique commune réside dans leur libre cessibilité.

688. Le droit de cession caractérise les différents contrats. La jurisprudence considère que le bail emphytéotique est cessible et qu'il est possible de le transmettre aux héritiers⁸⁴⁵. Cette libre cessibilité est l'essence même du bail emphytéotique. Toute clause contraire entraînerait le rejet de cette qualification. Concernant la concession immobilière, c'est la loi qui pose le principe de la cessibilité. L'article 51 de la loi du 30 décembre 1967 prévoit que le concessionnaire peut céder tout ou partie de ses droits à un tiers. La doctrine considère toutefois que le concessionnaire d'origine reste garant de l'exécution des obligations des nouveaux concessionnaires. Notons, en effet, que l'article 51 vise simplement les droits du concessionnaire et non pas ses obligations. Un arrêt récent⁸⁴⁶ renforce cette idée. Au visa de l'article 1275 du code civil⁸⁴⁷, la Cour de cassation considère que « la seule acceptation par le créancier de la substitution d'un nouveau débiteur au premier, même si elle n'est assortie d'aucune réserve, n'implique pas, en l'absence de déclaration expresse, qu'il ait entendu décharger le débiteur originaire de sa dette ». On pourrait objecter qu'il ne s'agissait

⁸⁴¹Cass. civ. 3, 3 octobre 1991, R.J.D.A, nov. 1991, n° 904.

⁸⁴² Le concédant ne peut obliger le concessionnaire à effectuer les constructions.

⁸⁴³ Article 50 alinéa 3 : « Il [le concessionnaire] peut faire toute construction qu'il estime nécessaire sous réserve des dispositions incluses au contrat. »

⁸⁴⁴ R. SAINT-ALARY, Concession immobilière, Rép. Dalloz, février 1998.

⁸⁴⁵ Cass. civ. 28 novembre 1972, D., 1973, Inf. rap., p. 6 ; Gaz. Pal., 1973, I, p. 216 ; R.T.D. civ., 1973, p. 365 ; Cass. civ. 3, 12 décembre 1978, D., 1979, Inf. rap., p. 220 ; Cass. civ. 3, 15 mars 1983, Bull. civ. III, n° 74, J.C.P., 1983, éd. G, IV, 170 ; Cass. civ. 3, 10 avril 1991, Bull. civ. III, n° 114, D., 1991, somm., p. 304, note Robert, D., 1992, p. 375, note Le Masson, RD immob., 1991, p. 323, note J.-L. Bergel.

⁸⁴⁶ Cass. civ. 3, 12 décembre 2001, D., 2002, jurisprudence, p. 984, note Ch. Jamin et M. Billiau.

⁸⁴⁷ Article 1275 du Code civil : « La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation. »

là que d'une délégation et non pas d'une véritable cession de contrat⁸⁴⁸ et qu'il suffirait sans doute d'un consentement plus clair pour opérer une pleine substitution de personne.

689. Quant au bail à construction, l'article L 251-3 aliéna 3 du code de la construction et de l'habitation prévoit que le preneur peut céder tout ou partie de ses droits ou les apporter en société⁸⁴⁹ mais contrairement à l'hypothèse précédente, le problème de la garantie semble résolu par l'article 251-3 qui dispose que le cessionnaire sera tenu des mêmes obligations que le cédant. Cette garantie cesse à l'achèvement des constructions⁸⁵⁰. Le même problème se pose toutefois de savoir si le preneur peut dispenser le concessionnaire de son obligation de garantie. Une réponse ministérielle⁸⁵¹ admet la dispense. Pourtant, cette disposition est d'ordre public, tout comme le principe de libre cessibilité.

690. Si la cession est d'ordre public, la loi admet, concernant la concession immobilière, un droit préférentiel d'acquisition au profit du propriétaire⁸⁵². Sous cette réserve, la libre cessibilité est, pour tous les contrats, nécessaire à l'opération de construction pour deux raisons. D'une part, la cessibilité du contrat participe au droit de disposition du superficière sur sa propriété. D'autre part, il est difficile d'imaginer qu'un preneur fasse entièrement le travail. La pluralité des concessionnaires soulève toutefois quelques difficultés. La cession partielle crée une situation tout à fait originale par rapport au contrat de bail où chacun est titulaire pour sa part du bail.

691. Ainsi, d'une manière générale, une très grande liberté est reconnue aux différents preneurs. Ces derniers peuvent, en effet, disposer de leurs droits sans aucune restriction. Cette grande liberté est de l'essence du bail emphytéotique⁸⁵³. Ainsi, dans un arrêt rendu le 13 mai 1998⁸⁵⁴, la Cour de cassation a-t-elle refusé la qualification de bail emphytéotique à un contrat comportant une clause limitant l'usage auquel le bénéficiaire

⁸⁴⁸ Les termes de l'arrêt laissent néanmoins apparaître que la Cour de cassation assimile ces deux notions.

⁸⁴⁹ L 251-3 alinéa 3 du code de la construction et de l'habitation : « Le preneur peut céder tout ou partie de ses droits ou les apporter en société. Les concessionnaires ou la société sont tenus des mêmes obligations que le cédant qui en reste garant jusqu'à l'achèvement de l'ensemble des constructions que le preneur s'est engagé à édifier en application de l'article L 251-1. »

⁸⁵⁰ Pour les baux conclus après le 3 janvier 1976.

⁸⁵¹ JCP, éd. not. et immob., 1970, prat., 4685-1.

⁸⁵² Article 51 de la loi du 30 décembre 1967.

⁸⁵³ Cass. civ. 3, 28 novembre 1972, Bull. civ., III, n° 631 ; D., 1973, IR, p. 6 ; Rép. Defrénois, 1973, art. 30293, n° 10, note Souleau ; R.T.D. civ., 1973, p. 365, note Cornu.

⁸⁵⁴ Cass. civ. 3, 13 mai 1998, Roncaglia c/ De Moro Giafferi ès qual. et autres, D., 1998, p. 346.

pouvait affecter les lieux loués. En conséquence, la jurisprudence fait produire au bail superficiaire le plus d'effets possibles, octroyant au preneur une sorte de domaine utile. Les différents contrats étudiés favorisent donc l'opération de construction en accordant au preneur de larges pouvoirs sur le bien et la libre cessibilité de son contrat mais encore faut-il pouvoir disposer de temps pour construire et d'une certaine stabilité contractuelle.

β : La stabilité contractuelle

692. La stabilité contractuelle est garantie par des conditions minimums de durée. Le bail à construction a une durée de 18 à 99 ans non reconductible tacitement. Une même durée est prévue pour le bail emphytéotique. Quant à la concession immobilière, une durée minimum de 20 années est fixée⁸⁵⁵. Le problème est qu'aucune durée maximale n'est prévue, contrairement aux deux autres contrats. La question s'est donc posée de savoir s'il était possible de prévoir des concessions perpétuelles. Le principe d'interdiction des engagements perpétuels nous invite à limiter ce bail dans le temps. L'article 1709 du Code civil définit, en effet, le louage comme un contrat limité dans le temps. De plus, le législateur a clairement réglé l'extinction du contrat. Un consensus règne donc en doctrine pour une durée maximale de 99 ans. Pourtant, aucun texte de loi n'interdit un bail de plus longue durée. Seul le décret des 18 et 29 septembre 1790 prévoit une durée maximum de 99 ans pour les baux immobiliers. De la même manière, aucune limitation de durée n'est prévue concernant le bail à réhabilitation. Le contrat est fixé pour une durée minimale de 12 ans. Contrairement à la concession immobilière, le caractère temporaire du contrat est plus explicite dans la mesure où le preneur s'engage à réaliser « dans un délai déterminé⁸⁵⁶ » les travaux de réhabilitation. D'une manière générale, ces contrats de longue durée confèrent au preneur une certaine stabilité contractuelle. Cette stabilité est renforcée par la reconnaissance d'un véritable droit réel au preneur.

693. Le législateur a accordé à l'emphytéote⁸⁵⁷ et aux preneurs d'un bail à construction⁸⁵⁸ et à réhabilitation⁸⁵⁹ un véritable droit réel. Les preneurs peuvent ainsi

⁸⁵⁵ Article 48, alinéa 1 de la loi du 30 décembre 1967.

⁸⁵⁶ Article L 252-1 du code de la construction et de l'habitation.

⁸⁵⁷ Article L 451-1 du code rural

⁸⁵⁸ Article L 251-3 du code de la construction et de l'habitation.

hypothéquer leur droit. La forme importe finalement assez peu ; même un contrat de bail peut désormais conférer un droit réel⁸⁶⁰. Pourtant, cette convention est définie comme le contrat par lequel une personne (le bailleur) s'engage à faire jouir son cocontractant (le preneur) d'une chose contre une rémunération. Le droit du preneur est, en principe, un droit de créance puisque l'intermédiaire du bailleur est indispensable pour atteindre la chose⁸⁶¹. Dès lors, de deux choses l'une, soit le terme « bail » est particulièrement mal choisi, soit la réalité du droit du preneur est une fiction législative soit, enfin, il est possible d'imaginer que la nature juridique du bail varie en fonction des pouvoirs conférés au preneur. C'est pour cette dernière solution que nous opterons. On peut penser, en effet, que l'importance des pouvoirs attribués au preneur lui permet d'atteindre directement la chose en lui conférant un véritable droit de jouissance.

694. La doctrine considère que le bail emphytéotique comme le bail à construction sont très éloignés du bail de droit commun. Les obligations du bailleur sont, en effet, réduites. Il doit simplement garantir la jouissance paisible⁸⁶². Quant aux obligations d'entretien, elles pèsent sur le locataire. En contrepartie, ce dernier dispose de droits particulièrement importants. Un grand nombre de droits s'exercent directement sur le terrain sans l'intermédiaire du bailleur. Concernant le bail à construction, le preneur peut, en effet, constituer des servitudes. Si elles sont indispensables à la construction, le bailleur ne pourra s'y opposer⁸⁶³. Il peut aussi démolir les constructions existantes. Concernant le bail emphytéotique, le preneur exerce sur les mines, carrières et tourbières les mêmes droits que l'usufruitier. Il dispose également du droit de chasse et de pêche sur le terrain. Il peut acquérir des servitudes actives et consentir des servitudes passives. Il dispose d'un droit direct et immédiat sur le terrain loué. La réalité du droit de preneur ne fait aucun doute.

695. En revanche, rien n'est prévu pour le concessionnaire et la longue durée du contrat ne suffit pas, en principe, à conférer au preneur un véritable droit réel. Pour certains auteurs, la réalité du droit du preneur ne fait aucun doute au vu des prérogatives accordées au

⁸⁵⁹ Article L. 252-2 du code de la construction et de l'habitation.

⁸⁶⁰ Fr. TERRE et Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, préc., n° 928, p. 742.

⁸⁶¹ Fr. COLLART DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, Collection Précis, 3^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1996, n°348, p. 289 : « Le bail est un contrat générateur d'un droit personnel, offrant au preneur l'usage exclusif et continu d'une chose moyennant le versement d'un loyer. »

⁸⁶² R. SAINT-ALARY, Bail à construction, Rép. Dalloz, n°51.

⁸⁶³ Articles L 251-3 alinéa 4 ; L 251-6 alinéa 1^{er} ; L 251-8 et L 251-6 alinéa 1^{er} du code de la construction et de l'habitation.

cessionnaire⁸⁶⁴. Cette idée séduisante se trouve pourtant contredite par le fait que la concession immobilière peut être comprise dans le nantissement du fonds de commerce. Or, les droits réels immobiliers ne peuvent pas être des éléments d'un fonds de commerce. De plus, les obligations du concédant sont particulièrement nombreuses. Ce dernier a, en effet, une obligation de délivrance de la chose qui, malgré le silence de la loi, doit être livrée en bon état. Cette obligation de conférer la jouissance doit s'entendre d'une jouissance paisible. Par conséquent, le propriétaire doit la garantie de son fait personnel et des troubles occasionnés par les tiers. Le propriétaire doit également l'obligation d'entretien. Enfin, l'obligation de garantie est même plus étendue que celle prévue à l'article 1721 du Code civil. L'article 49 de la loi du 30 décembre 1967 prévoit qu'« il est dû garantie au concessionnaire pour tous les vices ou défauts de l'immeuble concédé qui en empêchent ou en restreignent l'usage, même si le propriétaire ne les a pas connus lors de la conclusion du contrat ». On peut donc douter de la réalité de la concession immobilière. Si elle présente, en effet, certains des caractères des droits réels, l'aspect personnel semble dominer. Pourtant, même si elle n'est pas un droit réel, la concession immobilière permet la création de véritables droits réels sur le fonds. La réalité du droit du preneur importe peu. Il suffit, en effet, qu'il jouisse d'une stabilité contractuelle suffisante pour réaliser les travaux. Il disposera alors d'un véritable droit réel sur les constructions édifiées : un droit de superficie dont il convient d'étudier la nature juridique.

b : L'analyse du droit de superficie

696. Dans l'ancien droit, le droit de superficie permettait à plusieurs personnes d'être titulaires de droits de propriété distincts sur une même chose. Le Code civil a préféré ignorer cette forme de propriété, préférant une conception absolutiste, exclusiviste et individualiste du droit de propriété. Selon M. Goyet, « la notion de droit de superficie contient à l'état latent, peut-être, la métamorphose que doit effectuer le droit de propriété ». Si la doctrine majoritaire assimile ce droit à un droit de propriété, la nature juridique de l'opération est encore discutée et le débat reste ouvert pour certains auteurs. Sans revenir sur cette question déjà étudiée, notons que le droit de superficie confère un droit réel sur l'immeuble⁸⁶⁵, ce qui permet au superficiaire de disposer d'un véritable monopole d'exploitation. Pour la

⁸⁶⁴ F. BOULANGER, Un des nouveaux aspects des « métamorphoses » du droit au bail : la concession immobilière, D., 1968, Chr., p.99.

⁸⁶⁵ Cass. civ. 1, 18 décembre 1963, Bull. civ. I, n° 546 : « Le droit de superficie est un droit réel dont la preuve

majorité de la doctrine, comme pour le législateur et le juge, il jouit sur les constructions d'un véritable droit de propriété (β) mais s'il s'agit effectivement d'une propriété, ce ne peut être qu'une propriété relative car il convient de dépasser l'idée d'une simple division matérielle de l'immeuble. La superficie correspond, en effet, à une « participation au droit de propriété du sol » c'est pourquoi il semble plus juste d'analyser le droit de superficie comme une véritable division juridique du droit de propriété (α).

α : Une décomposition juridique de la propriété

697. La majorité de la doctrine considère que le droit de superficie fait apparaître une dissociation matérielle du bien. Fidèles au principe du *numerus clausus* des droits réels, la doctrine et la jurisprudence analysent le droit de superficie comme un droit de pleine propriété. Il semble toutefois assez difficile d'imaginer une séparation nette du sol et du volume. Le droit de construire est, en effet, un attribut du droit de propriété de même que le droit d'accession. En d'autres termes, le droit de superficie participe au droit de propriété du bailleur car il est difficile d'imaginer une propriété superficielle sans encrage juridique sur le sol. Le propriétaire tréfoncier voit ainsi son droit amputé de certaines prérogatives. Il perd notamment son droit d'accession. L'article L 541-10 du nouveau code rural ne prévoit-il pas que « l'emphytéote profite du droit d'accession pendant la durée de l'emphytéose » ? Pour MM Terré et Simler, « rien ne s'oppose...à ce que l'on y voie une manière originale de démembrement de la propriété plutôt qu'une pleine propriété immobilière détachée du sol, qui est elle-même en contradiction avec la définition élémentaire de la notion d'immeuble par nature. Partant, rien ne s'oppose à la reconnaissance de l'existence de ce droit avant la construction de bâtiments. Au surplus, cette qualification peut être maintenue après cette édification et ne remet nécessairement en cause aucune des caractéristiques ci-dessus énoncées, les divers démembrements des droits de propriété pouvant obéir à des règles variables⁸⁶⁶. »

doit être rapportée suivant les règles de droit commun. »

⁸⁶⁶ Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens, préc.*, n° 947, p. 755 ; dans le même sens : G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JOURDAIN, *Droit civil, Les biens*, Paris : Dalloz, 1995, n° 177 ; J. VIATTE, *La location des constructions sur le terrain d'autrui*, *Rev. Loyers*, 1966, p. 421 ; J. FALYS, *Du droit de superficie des concessionnaires et permissionnaires sur les constructions élevées par eux sur le domaine public*, *Ann. de droit et de sciences politiques*, 1960, p. 84.

698. L'analyse de la superficie comme un droit de propriété distinct de celui du propriétaire du tréfonds est donc insuffisante⁸⁶⁷ même si nous admettons très facilement l'idée d'une propriété dématérialisée. La propriété des constructions a un lien évident avec la propriété du sol. Sans droit sur le sol, point de superficie. Dès lors, la décomposition n'est plus uniquement matérielle, elle est également juridique⁸⁶⁸. Rejoignant l'opinion développée par M. Goyet et par M. Marty⁸⁶⁹, nous préférons voir dans le bail superficiaire une décomposition juridique du droit de propriété. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 31 mars 2004⁸⁷⁰ est, selon nous, particulièrement net sur ce point. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a estimé que le bailleur avait également droit à une indemnisation pour réparer la perte des constructions effectuées par le preneur. Par cet arrêt, la Cour de cassation consacre l'idée que le bailleur conserve une part de propriété sur les biens construits, une sorte de propriété en suspens. En envisageant la rémunération du bailleur, la Cour de cassation admet donc implicitement que celui-ci perd un droit qu'il convient de dédommager. Ainsi, la dissociation matérielle du fonds ne semble être qu'une fiction juridique. Deux propriétés semblent exister sur le même bien : celle du bailleur et celle du superficiaire qui apparaît comme une propriété relative.

β : Une propriété relative

699. La propriété du superficiaire apparaît comme une « propriété » vraiment particulière car, d'une part, le bail superficiaire confère une propriété temporaire et, d'autre part, la propriété est relative. Elle dépend, en effet, du rapport d'obligation liant le preneur au sol. De plus, on peut s'interroger sur la situation du preneur avant toute construction. Si l'on admet la qualification de propriété, il s'agit alors d'un droit sur une chose future, ce qui a

⁸⁶⁷ J.-P. BERTREL, L'accession artificielle immobilière, contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie, R.T.D. civ., 1994, p. 769.

⁸⁶⁸ Besançon, 12 décembre 1864, DP, 1865, II, 1 : « le droit du superficiaire suppose nécessairement, et dans une certaine mesure, la participation à la propriété du sol, soit qu'il s'applique à des constructions que le sol supporte, soit qu'il ait pour objet des arbres qui y vivent et en occupent la surface : que le contrat qui concède une superficie n'impose pas seulement un droit sur le fonds d'autrui, mais détache une fraction du domaine pour la transférer au superficiaire. »

⁸⁶⁹ J.-P. MARTY, La dissociation juridique de l'immeuble, contribution à l'étude du droit de superficie, thèse Toulouse, Bibliothèque de droit privé, t. 155, Paris : L.G.D.J., 1979.

⁸⁷⁰ Cass. civ. 3, 31 mars 2004, Revue des contrats, 2004, p. 993 : « Attendu que les indemnités allouées doivent couvrir l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain, causé par l'expropriation, l'indemnisation du preneur pour perte, pendant la durée contractuelle du bail, de la propriété des constructions édifiées par lui sur le terrain loué n'exclut pas celle du bailleur pour perte de la propriété de ces biens lui revenant en fin de bail. »

priori semble étonnant. Pourtant, une telle propriété ne nous semble pas inimaginable et ce n'est pas cet argument que nous retiendrons. Ce qui distingue toutefois la propriété superficière de la propriété classique, c'est la dépendance au contrat. Lorsque le preneur décide d'aliéner les constructions qui sont sa propriété, il ne peut le faire qu'en cédant son contrat, ce qui restreint son droit de disposer. Il convient, en effet, que l'acquéreur devienne partie au contrat afin qu'il n'ait pas à subir les manquements de l'ancien superficière.

700. En d'autres termes, la propriété du superficière est soumise au contrat dont elle empreinte les caractères : la fragilité et la temporalité. Comme l'indique M. Goyet, « assujettie au contrat qui l'établit, la propriété superficière est temporaire et résoluble⁸⁷¹. » En conséquence, parce qu'elle diffère de la propriété telle qu'elle est consacrée par la doctrine classique et le Code civil, la superficie peut être analysée comme un démembrement original de la propriété dans la mesure où elle divise la notion même de propriété. La décision rendue le 21 juillet 1994 par le Conseil constitutionnel conforte cette idée. Cette décision était relative à la loi du 25 juillet 1994 conférant à une personne les prérogatives de la propriété sur les constructions, installations et ouvrages immobiliers réalisés sur le domaine public de l'Etat. On reprochait à cette loi son incompatibilité avec le principe d'inaliénabilité du domaine public⁸⁷². Suivant l'évolution de la pratique, le Conseil constitutionnel affirme que la création d'un droit de superficie n'est pas translatif, l'article 1^{er} de la loi « n'ayant pas pour objet de permettre ou d'organiser l'aliénation de biens appartenant au domaine public ». À travers cette décision, le Conseil constitutionnel propose une redéfinition de la notion d'inaliénabilité⁸⁷³ permettant une meilleure valorisation du domaine public par l'octroi de garanties aux investisseurs privés. Il semble que la constitution d'un droit réel temporaire sur le domaine public ne soit pas contraire au principe d'inaliénabilité. C'est bien que l'Etat est toujours propriétaire de son domaine public à l'image du souverain demeurant titulaire d'un domaine éminent.

⁸⁷¹ Ch. GOYET, thèse précitée, n°242, p. 134.

⁸⁷² Article 52 du Code du domaine de l'Etat et, concernant les collectivités locales, Article 13-1 de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation.

⁸⁷³ O de DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, *Domaine public et droits réels*, Commentaire de la loi n°94-631 du 25 juillet 1994 complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, JCP, éd. G., I, 3812.

701. Pour conclure, le droit de superficie n'est pas la propriété telle qu'on la connaît. Participant à la propriété du sol, c'est avant tout un démembrement original du droit de propriété. En d'autres termes, il s'agit d'un droit réel complexe très proche du droit de propriété, une sorte de propriété si l'on retient l'idée d'une variété de propriétés. De la même manière, certains droits réels, résultant de l'élargissement des institutions existantes, concurrencent le droit de propriété.

2 : Le quasi-usufruit

702. Qu'il soit titulaire d'un droit personnel ou d'un droit réel démembré, le détenteur doit, en principe, conserver la substance de la chose. Ainsi, le droit romain considérait que l'usufruit ne pouvait pas porter sur des choses consommables dans la mesure où l'usage de la chose épuisait cette chose. Le Code civil a pourtant admis l'institution du quasi-usufruit. Mieux encore, la jurisprudence autorise la création volontaire d'un quasi-usufruit sur des biens non consommables. Même s'il ne porte pas sur un bien naturellement consommable⁸⁷⁴, l'usufruit peut alors être étendu.

703. Lorsque l'usufruit porte sur un bien consommable, l'usage de la chose entraîne sa disparition. On assimile alors le quasi-usufruit à un droit de propriété (a) qui n'est ni absolu ni perpétuel (b). Malgré ces limites, il s'agit plus d'un diminutif du droit de propriété qu'un véritable démembrement.

a : L'assimilation du quasi-usufruit au droit de propriété

704. L'analyse du quasi-usufruit comme un droit de propriété repose sur l'idée classique du droit de disposition analysé comme l'élément fondamental du droit de propriété. Le droit allemand est très imprégné de cette idée. L'article 1067 du BGB dispose, en effet, que « lorsque l'usufruit a pour objet des choses qui se consomment par l'usage, l'usufruitier devient propriétaire de ces choses ». Privé de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus* matériel de la

⁸⁷⁴ Souvent confondus, il convient de distinguer les concepts de consommabilité et de fongibilité. Les choses consommables sont celles qui se consomment par le premier usage. Les choses fongibles ou choses de genre sont, quant à elles, interchangeables les unes par rapport aux autres.

chose, le droit du quasi-nu-propiétaire est très restreint puisqu'il se résume alors à un droit sur la valeur de la chose et non plus sur la chose elle-même. Quant au droit du quasi-usufruitier, il se rapproche considérablement de la propriété parce qu'il porte sur un bien consommable disparaissant au premier usage (α). Ainsi, les droits de jouissance et de disposition se confondent (β).

α : Un usufruit portant sur une chose consommable

705. À l'origine, l'usufruit pouvait porter sur des choses consommables mais l'usufruitier n'avait pas le droit d'en jouir. Sous le haut empire, cet interdit disparut et l'on analysa le droit de l'usufruitier comme un véritable droit de propriété. La simple consommabilité du bien changeait ainsi la nature du droit en question. Le Code civil reconnaît la validité du quasi-usufruit aux articles 587 et 589. Les rédacteurs du code ont, dans un premier temps, admis que l'usufruit pouvait porter sur « une chose qui, sans se consommer tout de suite, se détériore peu à peu par l'usage » et sur les « choses dont on ne peut faire usage sans les consommer. ». Puis le législateur a franchi un pas supplémentaire en précisant le régime des restitutions. Une fois le principe du quasi-usufruit admis, on s'est très vite demandé si l'on pouvait accorder contractuellement la libre disposition matérielle du bien à l'usufruitier.

706. L'extension du quasi-usufruit a été mise en place par la pratique afin de disposer d'un outil efficace de gestion du patrimoine s'apparentant à la fiducie. Pour optimiser la transmission d'un patrimoine ou dans le but d'une meilleure gestion, les parties peuvent, en effet, choisir de recourir au quasi-usufruit. Ainsi, même s'il ne s'agit pas de biens naturellement consommables⁸⁷⁵, le quasi-usufruit peut porter, lorsque la convention le prévoit, sur des valeurs mobilières⁸⁷⁶. La Cour de cassation a même consacré cette pratique dans un arrêt ancien⁸⁷⁷. Notons toutefois que l'arrêt ne concernait pas directement les biens consommables mais les biens fongibles : « Les choses qui ne sont pas fongibles par leur nature

⁸⁷⁵ Cass. civ. 1, 4 avril 1991, Bull. civ., I, n°129 ; JCP, 1991, IV, p. 217.

⁸⁷⁶ M. GRIMALDI et J.-F. ROUX, La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit, Rép. Defrénois, 1994, art. 35677.

⁸⁷⁷ Req. 30 mars 1926, DH, 1926, p. 217.

peuvent devenir telles par la convention des parties » mais faut-il, pour autant, admettre un quasi-usufruit portant sur toute sorte de biens ?

707. Certains auteurs refusent cette idée, estimant que, pour être consommable par destination, le bien doit également être fongible⁸⁷⁸. Cette exigence résulterait de l'article 587 du Code civil prévoyant une restitution en « valeur » ou en « équivalent ». Les deux branches de l'alternative devraient être possibles. Le quasi-usufruit ne devrait porter que sur des biens fongibles afin que la restitution par équivalent soit envisageable. Une telle interprétation permettrait certes une meilleure protection des créanciers mais le quasi-usufruit serait alors limité aux valeurs mobilières. Si l'on retenait une telle analyse, le recours au quasi-usufruit ne présenterait plus un grand intérêt car, depuis l'arrêt Baylet du 12 novembre 1998⁸⁷⁹, le portefeuille de titres est qualifié d'universalité de fait. Aussi, le simple usufruitier est autorisé à arbitrer seul les titres qui composent le portefeuille. On peut donc se demander quel est encore l'intérêt du quasi-usufruit ? Il semble que le recours au quasi-usufruit présente certains avantages sur les démembrements classiques car l'usufruitier n'a qu'une liberté restreinte par rapport à celle du quasi-usufruitier. Le quasi-usufruit présente donc des avantages indéniables, avantages qui s'étendent bien au-delà des biens fongibles. Il apparaît, en effet, que la limitation de l'objet du quasi-usufruit soit totalement injustifiée.

708. Tout d'abord, il n'est guère évident que les critères énoncés à l'article 587 soient cumulatifs. De plus, la fongibilité, critère soi-disant exigé par l'article 587 du Code civil, peut être conventionnelle comme l'indique l'arrêt précité rendu par la chambre des requêtes le 30 mars 1926. Dès lors, la liberté contractuelle doit, une fois de plus, être reconnue et l'objet du quasi-usufruit ne peut être restreint. L'idée d'une propriété unitaire étant profondément enracinée, la doctrine hésite néanmoins à défendre le principe de liberté. Le quasi-usufruit reste une notion mal adaptée à la théorie classique du droit des biens dans la mesure où les droits de jouissance et de disposition se confondent et sont attribués à une personne qui ne devrait pas être propriétaire juridiquement.

⁸⁷⁸ F. SAUVAGE, Les nouvelles frontières du quasi-usufruit, J.C.P., éd. notariale et immob., 21 avril 2000, p. 691.

⁸⁷⁹ Cass. civ. 1, 12 novembre 1998, JCP, 1999, I, 120, n° 29, note Périnet-Marquet ; JCP, 1999, II, 10027, note S. Piédelièvre ; JCP éd. Entreprise, 1999, p. 426, note S. Rouxel ; JCP éd. not. et immob., 1999, p. 351, note H. Hovasse ; D., 1999, p. 167, note L. Aynès ; D., 1999, note D. Fiorina.

709. Un bien consommible est un bien dont on ne peut user sans porter atteinte à sa substance. Parce qu'il se consomme *primo usu*, la structure du quasi-usufruit s'oppose à son objet. Le droit de jouissance du quasi-usufruitier se confond alors avec un véritable droit de disposition habituellement reconnu au seul propriétaire. Le quasi-usufruitier jouit effectivement de puissants pouvoirs sur le bien puisqu'il dispose de l'*abusus*. Cet *abusus* qui distingue le quasi-usufruit n'est pas simplement un droit de disposition matérielle de la chose. Le quasi-usufruitier peut également disposer de la jouissance juridique du bien en aliénant, par exemple, des instruments monétaires. Ainsi, certains auteurs le comparent-ils à un véritable propriétaire⁸⁸⁰. D'autres auteurs ont pourtant nié l'idée que la simple consommibilité d'un bien puisse transfigurer l'usufruit⁸⁸¹.

710. Pour Mme Lotti, l'usage des biens consommibles ne rend pas le quasi-usufruitier propriétaire. Le quasi-usufruitier est un simple utilisateur du bien, disposant d'un droit de détention précaire. Simplement, dans le cas d'un bien consommible, l'usage et la disposition ne font qu'un. Mme Lotti estime que le droit de disposition de l'usufruitier n'est pas la disposition du propriétaire. D'une manière générale et rejoignant l'idée défendue par M. Zenati, elle considère que les pouvoirs de l'usufruitier sont différents des attributs de la propriété⁸⁸². Au contraire, nous estimons qu'il y a identité de pouvoir dans la mesure où l'usufruitier a l'obligation d'user du bien à la manière du propriétaire et doit respecter la destination donnée au bien par le propriétaire et son usage antérieur mais faut-il assimiler le quasi-usufruitier à un propriétaire ? Parce qu'il dispose de l'essentiel des prérogatives du droit de propriété, le quasi-usufruitier ressemble à s'y méprendre à un véritable propriétaire. On peut même parler de quasi-propriété puisque le quasi-nu-propriétaire ne serait plus titulaire que d'un droit de créance.

711. Le quasi-usufruitier dispose ainsi de la quasi-totalité des attributs du droit de propriété. Il est donc, plus justement, une sorte de quasi-propriétaire. Comme l'indique M.

⁸⁸⁰ P. SIRINELLI, Le quasi-usufruit, Petites affiches, 21 juillet 1993, n° 87, p. 30.

⁸⁸¹ B. LOTTI, Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, thèse Paris XI, 1999, p. 50 : « La consommibilité du bien d'autrui ne peut fonder l'affirmation selon laquelle le disposant du bien d'autrui pour son compte devient propriétaire du bien. »

⁸⁸² B. LOTTI, thèse précitée, p. 32.

Zenati, qui pourtant refuse de définir la propriété par son contenu, « l'usufruitier d'une chose consomptible exerce en fait des prérogatives de propriétaire en dissipant ou aliénant la chose, ce à quoi ne change rien son obligation de restituer. En vérité, un tel usufruit est plutôt une propriété temporaire⁸⁸³. » Il semble pourtant paradoxal de refuser de définir la propriété par son contenu tout en assimilant l'usufruit à une propriété temporaire. Le droit du quasi-usufruitier s'approche certes du droit dont jouit un véritable propriétaire⁸⁸⁴, il est pourtant plus restreint.

b : Un droit de propriété limité

712. Contrairement au droit de propriété classique, le droit du quasi-usufruitier a une étendue plus restreinte (α) et son exercice est plus contraignant (β).

α : Une étendue limitée

713. L'étendue du quasi-usufruit est limitée dans le sens où le propriétaire conserve encore certaines prérogatives sur le bien. Quant au quasi-usufruitier, le problème se pose de savoir s'il dispose, corrélativement, de toutes les prérogatives afférant au droit de propriété.

714. Le propriétaire conserve certains pouvoirs. En théorie, il peut toujours vendre son bien grevé de quasi-usufruit mais cette faculté relève davantage de l'hypothèse d'école que de la réalité. Ensuite, il dispose, chose non négligeable, d'un véritable droit à la valeur économique de la chose. Pour le reste, il jouit essentiellement de prérogatives extra-pécuniaires. En conséquence, le propriétaire d'un titre social conservera une partie de son droit de vote et sa qualité d'associé. L'article 1844-1 du Code civil prévoit, effectivement, que « si une part est grevée d'usufruit, le droit de vote appartient au nu-propriétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices où il est réservé à l'usufruitier ». Les décisions relatives à la vie même de la société, à sa transformation ou à sa dissolution restent des décisions que seul le quasi-nu-propriétaire peut prendre. Une convention pourrait

⁸⁸³ Fr. ZENATI, Les biens, préc., p. 220.

⁸⁸⁴ En ce sens, le quasi-usufruitier supporte les risques de la chose.

néanmoins accorder ce droit à l'usufruitier. Reste que le propriétaire conserve sa qualité d'associé.

715. Si les statuts peuvent aménager le droit de vote du propriétaire, ils ne peuvent pas lui enlever sa liberté de parole. Depuis l'arrêt « De Gaste⁸⁸⁵ », il est impossible d'évincer totalement le nu-propiétaire de la vie de la société. Ce droit de participation s'accompagnerait nécessairement d'un droit de vote⁸⁸⁶ mais les termes de cet arrêt sont peut-être trop généraux pour intéresser directement l'usufruit⁸⁸⁷. Quoiqu'il en soit, un consensus général laisse accroire que le propriétaire ne peut pas être totalement évincé et qu'il garde certains pouvoirs⁸⁸⁸. Corrélativement, l'usufruitier n'a pas l'entière jouissance et disposition du bien.

716. Le quasi-usufruitier ne peut disposer entièrement du bien. Selon Mme Lotti, le seul usufruit permettant au quasi-usufruitier de profiter de tous les modes de disposition du bien est le quasi-usufruit portant sur une somme d'argent⁸⁸⁹. En dehors de cette hypothèse, le droit du quasi-usufruitier est restreint. Par conséquent, lorsque le quasi-usufruit porte sur une créance⁸⁹⁰, le quasi-usufruitier ne peut pas, par exemple, consentir une remise de dette. Cette limite s'explique aisément par le souci d'empêcher le quasi-usufruitier de nuire aux droits du quasi-nu-propiétaire. Tant que le débiteur ne s'est pas libéré entre les mains du quasi-usufruitier, il reste tenu de sa dette envers le propriétaire. Le quasi-usufruitier ne peut l'en délivrer. On retrouve ici, l'idée précédemment énoncée que le quasi-nu-propiétaire a des droits sur la valeur économique de la chose.

717. Mme Lotti cite ensuite toute une série de limites concernant le quasi-usufruit des valeurs mobilières⁸⁹¹. Elle note que le quasi-usufruitier de telles valeurs n'est pas admis à

⁸⁸⁵ Cass. com. 4 janvier 1994, J.C.P., éd. Entreprise, 1994, I, 363, note A. Viandier et J.-J. Caussain ; J.C.P., éd. not. et immob., 1994, II, n° 21, p. 189.

⁸⁸⁶ Cass. com. 9 février 1999, J.C.P., éd. Entreprise, 1999, p. 724, note Y. Guyon.

⁸⁸⁷ S. CASTAGNE, Usufruit, quasi-usufruit : une nouvelle mise au point, J.C.P., éd. not. et immob., 2000, p. 577.

⁸⁸⁸ Com. 22 février 2005, Gérard c/ Cts Gérard, JCP, éd. not. et immob., 2005, 1428, p. 1720 : « Conformément à l'article 1844, alinéa 4, du Code civil, les statuts peuvent déroger à la règle selon laquelle si une part est grevée d'usufruit, le droit de vote appartient au nu-propiétaire, à condition qu'il ne soit pas dérogé au droit de ce dernier de participer aux décisions collectives. »

⁸⁸⁹ B. LOTTI, thèse précitée, p. 91.

⁸⁹⁰ R. LIBCHABER, L'usufruit des créances existe-t-il ?, R.T.D. civ., 1997, p. 615.

⁸⁹¹ B. LOTTI, thèse précitée, p. 91.

les échanger ou les convertir en raison de l'incidence que ces actes auraient sur les droits du nu-propriétaire. Elle ajoute qu'il ne peut pas non plus demander l'attribution des actions nouvelles, ni même souscrire de manière préférentielle. Enfin, elle rappelle qu'il ne peut exercer le droit d'option entre le paiement du dividende en numéraire ou en action. La spécificité des sociétés commerciales est sans doute à l'origine de ces limitations. Elles tiennent au fait que le quasi-usufruitier n'a pas la qualité d'associé. Il a bien fallu que le législateur envisage les répartitions de pouvoir en cas d'usufruit. Ces dispositions souffrent toutefois les clauses contractuelles contraires.

718. L'auteur mentionne enfin le quasi-usufruit portant sur les universalités. Elle fait remarquer que le quasi-usufruitier ne peut aliéner, en même temps, toutes les composantes de la propriété. Cette question est tout à fait spéciale. En réalité, il semble que le quasi-usufruit ne porte pas sur l'universalité mais sur certains éléments de l'ensemble. Voilà pourquoi, faute de disposition contraire, l'usufruitier ne peut aliéner le tout. Il s'agit ici d'un problème de fongibilité. L'usufruitier doit conserver la substance de l'universalité mais pas son contenu. Les limites imposées aux droits du quasi-usufruitier sont donc moins des limitations de pouvoir que des restrictions dans l'exercice du pouvoir.

β : Un exercice plus contraignant

719. La première contrainte venant à l'esprit est l'obligation de restitution à la fin du quasi-usufruit organisé par la loi du 17 mai 1960. Contrairement au droit de propriété classique, le droit du quasi-usufruitier est temporaire. Ainsi, le quasi-usufruitier est tenu de rendre « soit des choses de même quantité et qualité » soit « leur valeur estimée à la date de la restitution ». Les deux solutions ne doivent pas nécessairement être possibles. La faculté de choix est accordée à l'usufruitier et le propriétaire peut parfaitement faire de son bien, quel qu'il soit, un bien fongible. Notons à propos de la restitution que le quasi-usufruitier est tenu de restituer en cas de perte du bien, même par cas fortuit.

720. Autre limite à l'exercice du quasi-usufruit, le quasi-usufruitier doit jouir et disposer du bien en « bon père de famille ». Contrairement au propriétaire, le quasi-usufruitier peut être déchu de son droit s'il en abuse. Cette déchéance est propre à l'usufruit. Même au

plus fort de la théorie de l'abus de droit, la jurisprudence n'a jamais envisagé pareille extrémité pour le propriétaire. Autre originalité du quasi-usufruit par rapport au droit de propriété, le droit de l'usufruitier s'exerce, en principe, moyennant une garantie. Pour protéger le propriétaire, le droit du quasi-usufruitier s'exerce très souvent sous surveillance. Ainsi doit-il fournir caution lors de la constitution de son droit, à moins que la loi ou le contrat ne l'en dispense. Puisque le quasi-usufruitier doit restituer la valeur du bien ou son équivalent, il est bien évident que le propriétaire a tout intérêt à se garantir la solvabilité du disposant. Dans la même optique, le quasi-usufruitier doit faire remploi des biens consommés lorsque son usufruit porte sur une universalité.

721. Toutes ces restrictions sont souvent aménagées contractuellement. Il est, en effet, préférable que le quasi-usufruit soit organisé. Portant sur un bien consommable par nature ou par destination, le quasi-usufruit présente des particularités qu'il est utile de prévoir dans le cadre d'un contrat. Il permet au quasi-usufruitier de disposer librement du bien et d'acquérir une forme de propriété atténuée, relative et temporaire. On retrouve ces mêmes caractéristiques à travers certains droits dits personnels.

B : Les droits personnels concurrençant la propriété

722. Comme nous l'avons déjà constaté, certains contrats accordent à leur titulaire des pouvoirs de jouissance très étendus. Ainsi, le contrat de dépôt (1) et le contrat de bail (2) confèrent parfois au dépositaire et au locataire des prérogatives proches du droit de propriété.

1 : Le contrat de dépôt

723. « Figure diabolique⁸⁹² » du droit des contrats, le dépôt irrégulier est une notion difficile à cerner. Lorsque des choses de genre sont confiées à un détenteur, le dépôt devient alors un mode d'appropriation car, pendant la durée du dépôt, le dépositaire irrégulier peut disposer des biens qui lui sont confiés. Or, quand il use des biens en dépôt, il en épuise toute

⁸⁹² Fr. ZENATI, Choses consommables, R.T.D. civ., 1994, p. 383.

l'utilité et doit en garantir la restitution (a). Toutefois, certaines obligations pèsent sur lui et il ne jouit pas de toutes les prérogatives d'un propriétaire libre (b).

a : L'assimilation du dépôt irrégulier à un droit de propriété

724. Dans un contrat de dépôt classique, le détenteur doit restituer la chose dans son individualité, en vertu de l'article 1932 du Code civil mais, à défaut d'individualisation, les biens déposés sont, en quelque sorte, attirés dans la propriété du détenteur. Puisqu'ils se confondent dans la masse des biens du détenteur, ce dernier peut alors en disposer comme s'il s'agissait de ses propres biens. Pendant la durée du dépôt, le détenteur a donc des pouvoirs très importants sur les biens. Comme en matière de quasi-usufruit, il est titulaire de presque toutes les prérogatives du droit de propriété sans être véritablement pleinement propriétaire car son droit connaît quelques limites.

b : Un droit plus restreint

725. Le droit du détenteur se rapproche fortement du droit de propriété mais ses prérogatives sont, d'une part, limitées (β), d'autre part, le propriétaire d'origine conserve certains pouvoirs sur son bien (α).

a : La survivance des droits du propriétaire

726. Le propriétaire d'origine n'est pas dépourvu de tout droit sur son bien. Au contraire, la jurisprudence et le législateur admettent très clairement son droit de revendication. Peu importe, en effet, que son bien ne soit pas individualisé, ce qui compte, c'est que le propriétaire puisse prétendre à une part, à une certaine quantité de bien. L'article 621-122 alinéa 3 du code de commerce prévoit expressément cette action en revendication : « La revendication en nature peut également s'exercer sur des biens fongibles lorsqu'ils se trouvent entre les mains de l'acheteur des biens de même espèce et de même qualité. » Dans un arrêt rendu le 7 février 1989, la Cour de cassation a estimé, dans des termes très généraux que la revendication pouvait « s'exercer sur toutes les catégories de choses, notamment sur les

choses fongibles. » Récemment, la chambre commerciale de la Cour de cassation⁸⁹³ a même admis la revendication d'une somme d'argent pourtant confondue dans les actifs de son détenteur.

727. Même s'il ne porte pas sur une chose individualisée, le droit réel du propriétaire se maintient. Certains auteurs parlent de « droit réel planant⁸⁹⁴ ». La revendication ne porte pas sur des choses déterminées. Les biens étant fongibles, elle ne concerne qu'une quantité de choses fongibles à prélever sur les biens du détenteur. Dans une thèse récente, M. Torck⁸⁹⁵ a défendu l'idée du maintien du droit réel sur une chose fongible, critiquant l'exigence traditionnelle d'un droit réel à objet individuellement déterminé. Il semble, en effet, que cette nécessité classique résulte d'une conception matérialiste de la propriété. Même si la propriété portant sur des choses incorporelles est admise par une grande partie de la doctrine, il n'en reste pas moins que certaines traces de la théorie classique de la propriété corporelle demeurent. Si l'on admet, en revanche, l'idée d'un droit réel « générique⁸⁹⁶ », la revendication des biens fongibles devient possible. Ainsi, d'un côté, le propriétaire ne perd pas son droit par le seul effet du dépôt irrégulier et, d'un autre côté, certaines limites sont imposées au détenteur du bien.

β : Les limites aux droits du détenteur

728. Les droits du détenteur sur la chose sont peut-être importants ; ils ne sont pas, pour autant, illimités. Afin d'éviter que toute restitution soit impossible, certaines dispositions sont prévues. Ainsi, le banquier doit-il maintenir plusieurs ratios prudentiels. D'une manière générale, le détenteur se doit de conserver la valeur du bien car, comme nous le verrons par la suite, le propriétaire peut perdre ses pouvoirs sur le bien, il ne se départit pas de sa valeur.

729. De la même manière que pour le quasi-usufruit, les pouvoirs accordés au détenteur sont importants mais sa propriété est, en quelque sorte, restreinte. En effet, le déposant doit disposer du bien en « bon père de famille » et sans commettre d'abus, sous

⁸⁹³ Cass. com. 13 novembre 2001, Bull civ. IV, n° 177 ; D. 2002, AJ, p. 328 ; JCP, éd. Entreprise, 2002, p. 666, note F. Barrière.

⁸⁹⁴ D. MARTIN, De la revendication des sommes d'argent, D., 2002, Chronique, p. 3279.

⁸⁹⁵ S. TORCK, Essai d'une théorie générale des droits réels sur les choses fongibles, thèse Paris II, 2001.

peine d'être déchu de son droit. Aussi étonnant que cela puisse paraître, l'octroi d'un simple droit personnel au détenteur lui confère les plus importantes prérogatives sur le bien. Le même constat peut être dressé concernant certains contrats de bail car le preneur jouit parfois de pouvoirs très étendus et la propriété du bailleur se réduit au droit d'exiger une compensation pécuniaire.

2 : Le contrat de bail

730. Certains baux d'immeuble (a) confèrent des prérogatives exorbitantes au preneur. Corrélativement, les pouvoirs du propriétaire se réduisent considérablement. Le législateur a, en effet, accordé au locataire une protection si efficace qu'elle s'exerce au détriment du droit de propriété. Si le propriétaire est, dans ce cas, contraint de subir une limitation de son droit, il arrive, dans d'autres hypothèses, qu'il recherche une limitation de ses prérogatives, ne souhaitant conserver de sa propriété qu'une garantie à la bonne exécution d'une créance. Tel est le cas du crédit-bail (b), figure complexe importée d'Outre Atlantique et qui bouleverse notre conception classique du droit des biens.

a : Le bail d'immeuble

731. Comme l'indiquent de nombreux auteurs, le contrat de louage fait régulièrement renaître l'antique distinction entre la propriété utile et la propriété éminente. Simple droit personnel à l'origine, le contrat de bail se teinte de réalité, comme nous l'avons constaté. Ainsi, la balance des pouvoirs entre propriétaire et locataire s'inverse parfois dangereusement. Elle s'inverse d'ailleurs tant et si bien que le bail devient l'« alter ego⁸⁹⁷ » de la propriété elle-même.

732. En protégeant le preneur à bail dans le contrat de bail commercial ou rural, le législateur a créé des contrats où les droits des deux parties sont presque aussi imbriqués que

⁸⁹⁶ Cf. infra n°978 s.

⁸⁹⁷ Ch. GOYET, thèse précitée, p. 27.

ceux du seigneur et du tenancier⁸⁹⁸. Ces preneurs ont, en effet, un droit d'une très longue durée qui rivalise avec la perpétuité du droit de propriété. Pour les besoins de l'exploitation, véritable propriété du preneur, des pouvoirs très importants sont conférés aux fermiers et commerçants, en opposition avec le pouvoir exclusif du propriétaire sur son bien. Ainsi, parce que le preneur bénéficie d'une protection renforcée, son droit sur l'exploitation se trouve en conflit avec la propriété de l'immeuble appartenant au bailleur. Ce même conflit se retrouve en matière de crédit-bail où le preneur exploite également les utilités du bien.

b : Le crédit-bail

733. Mécanisme complexe, le crédit-bail mélange des éléments propres à la vente et au contrat de louage. Ainsi, bien que le législateur ait opté pour la dernière qualification, le crédit-bail est loin d'être une location normale. Parce qu'il marque une volonté d'investir, le contrat est caractérisé par son irrévocabilité permettant l'exploitation par le preneur de la substance économique du bien. Il est donc très souvent utilisé pour l'exploitation de biens mobiliers à obsolescence rapide. Ainsi, comme le souligne très justement le professeur Goyet, le crédit-bail mobilier a une fonction d'amortissement, ce qui est contradictoire⁸⁹⁹. On est donc bien loin du louage classique où le détenteur est censé conserver la substance de la chose. Par conséquent, il convient de repenser la notion de consomptibilité et l'on peut dénoncer la fiction juridique qui consiste à considérer qu'un bien conserve sa substance aussi longtemps qu'il n'a pas été détruit. L'évolution de la notion de bien, qu'accompagnent les bouleversements technologiques, ne permet plus de retenir une conception aussi étroite de substance.

734. Autre caractéristique originale du crédit-bail, le bailleur tend à se dégager de toutes ses obligations de bailleur pour ne retenir de sa propriété que sa fonction de garantie. D'un côté, les prérogatives du propriétaire se réduisent et, de l'autre, le preneur jouit des

⁸⁹⁸ M. VANEL, *Propriété*, Rép. Dalloz, 1976.

⁸⁹⁹ Ch. GOYET, thèse précitée, n°53 s., p. 32 s et spéc. n°62, p. 36 : « Si les mots ont un sens, la location-amortissement désignerait un contrat qui oblige à laisser intacte la substance de la chose et...qui permet de l'épuiser. Ce concept contradictoire ne peut être formé qu'en jouant de la distance qui sépare la réalité économique de sa traduction juridique. »

utilités du bien comme le ferait n'importe quel propriétaire. Le crédit-bail présente, en effet, une distorsion entre l'analyse juridique de l'opération et son analyse économique. Si, sur un plan purement juridique, l'opération est considérée comme un louage, sur un plan économique, le « propriétaire juridique » se considère comme un simple fournisseur de crédit utilisant la propriété comme une sûreté. De son côté, le preneur a le sentiment « d'acheter le bien en leasing. » Cette double analyse se retrouve dans les décisions de la jurisprudence. Dans un arrêt rendu le 23 novembre 1990⁹⁰⁰, la chambre mixte de la Cour de cassation a essayé de concilier les deux approches. Sur le fondement de l'article 1184 du Code civil, elle considère que la résolution du contrat de vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail, privilégiant l'analyse juridique. La Cour de cassation consacre ainsi l'idée que le crédit-bail n'est pas réductible à un contrat de prêt car, au-delà de son engagement financier, le crédit-bailleur se doit de mettre le bien à disposition du preneur nonobstant les clauses de non recours. Toutefois, l'analyse économique n'est pas totalement écartée par la Cour de cassation⁹⁰¹ puisque l'arrêt réserve expressément les clauses par lesquelles le crédit-bailleur entend « régler les conséquences de la résiliation ». Le crédit-bailleur peut ainsi mettre à la charge du crédit-preneur les conséquences de la résolution de la vente.

735. De cette nature hybride résulte un régime juridique complexe. En conséquence, le crédit-bail doit-il respecter les règles protégeant les consommateurs de crédit à l'exception de la loi de 1966 sur l'usure et de l'obligation imposée au prêteur d'informer annuellement la caution. De plus, même si le régime juridique du bail s'applique en grande partie, des différences peuvent être observées. L'obligation de délivrance du bailleur n'est pas d'ordre public et la responsabilité des produits défectueux ne s'applique pas, ni le statut des baux commerciaux ou le privilège du bailleur sur les meubles.

736. Si, au niveau juridique, la doctrine refuse de consacrer l'existence de plusieurs droits de propriété sur un même bien, la réalité économique dément parfois l'unité de la propriété. Qui plus est, il arrive que le droit consacre l'existence de plusieurs propriétaires

⁹⁰⁰ Ch. mixte, 23 novembre 1990, Bitoun c. Société Diebold Computer Leasing (1^{ère} espèce) et Lubin c. Locabail (2^{ème} espèce), Bull. civ. Ch. mixte, n°3 ; CCC, Février 1991, p. 5 ; D., 1991, Jurisprudence, p. 121.

⁹⁰¹ D. LEGEAIS, note sous Ch. mixte, 23 novembre 1990, JCP, éd. G., I, 21642, p. 83 s.

disposant de différentes utilités d'un même bien. Si ces hypothèses font figure d'exception, elles entraînent néanmoins certaines conséquences sur notre perception du droit des biens.

§2 : Les conséquences des limites de l'exclusivisme

737. Les limites posées à l'exclusivisme du droit de propriété entraînent, en toute logique, des conséquences importantes sur la notion de propriété (A). Des bouleversements se font également ressentir sur le concept de bien (B).

A : Sur la notion de propriété

738. La poursuite d'objectifs nouveaux a fait perdre au droit de propriété de son absolutisme (1) mais si une partie de la doctrine dénonce le déclin du droit de propriété, il semble plus juste de noter un assouplissement de la notion (2).

1 : La propriété fonctionnalisée

739. Si le Code civil définit la propriété comme le droit de jouir et de disposer du bien de la manière la plus absolue, la pratique en a fait un instrument de garantie au service du crédit (a) et de l'exploitation (b), réduisant considérablement les pouvoirs du propriétaire. C'est à partir de ces deux aspects du droit de propriété, l'exploitation et l'appropriation, que le professeur Goyet a pu suggérer une évolution du droit de propriété à travers l'étude de deux mécanismes a priori différents : le crédit-bail et le bail superficiaire.

a : Un instrument de garantie du crédit

740. Afin de se ménager la garantie la plus efficace qui soit, le vendeur ou le prêteur peuvent décider de conserver la propriété du bien jusqu'au paiement complet du prix ou remboursement intégral de la dette. Le « propriétaire juridique » ne conserve alors que le droit

à la valeur de la chose tandis que l'acquéreur ou l'emprunteur jouit du bien à la manière d'un véritable propriétaire. La propriété est alors utilisée comme une véritable sûreté. Pour autant, faut-il considérer la propriété comme une sûreté réelle ? Cette thèse a été évoquée par une partie de la doctrine, consacrant l'idée d'une propriété sur la seule valeur de la chose⁹⁰². Malgré les termes mêmes de la convention franco-autrichienne du 27 février 1979⁹⁰³, une autre partie de la doctrine⁹⁰⁴ refuse toutefois cette idée en invoquant tantôt le très strict *numerus clausus* des sûretés réelles prévu par la loi afin de sauvegarder les intérêts des créanciers, tantôt la prééminence du droit de propriété qui ne saurait être l'accessoire d'un simple droit personnel. Selon le professeur Ghestin, « admettre que la propriété est une sûreté reviendrait à créer une nouvelle sûreté. Or, une telle possibilité paraît douteuse en l'état actuel du droit positif. » Les articles 2092 et 2093 du Code civil sont, en effet, très clairs sur ce point en posant le principe d'égalité des droits des créanciers. Si effectivement, la création d'une sûreté nouvelle doit être réservée au législateur, cette pratique apparaît plutôt comme une utilisation nouvelle du droit de propriété⁹⁰⁵.

741. Pourtant, la jurisprudence a franchi le cap en qualifiant la propriété soumise à une clause de réserve de propriété de véritable sûreté réelle. L'arrêt du 9 mai 1995⁹⁰⁶ prévoit, en effet, que la propriété-garantie est une sûreté réelle. L'évolution du concept de propriété est très nette dans cet arrêt qui n'hésite pas à subordonner le droit de propriété à la garantie du

⁹⁰² Ch. MOULY, Les sûretés personnelles traditionnelles en France, in « *Les sûretés* », *Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983*, FEDUCI, 1984, p. 403 ; Procédures collectives : assainir le régime des sûretés, in *Etudes en l'honneur de R. Roblot*, Paris : L.G.D.J., 1984, p. 529 s. et spéc. n° 36, p. 552 ; E. Du PONTAVICE, Intérêts et limites de la clause de réserve de propriété, JCP, 1981, I, 3017, n° 20 ; Fr. PEROCHON, La réserve de propriété dans la vente des meubles corporels, Paris : Litec, 1988, n° 330 ; M. CABRILLAC, Les accessoires de la créance, in *Etudes dédiées à A. Weill*, Paris : Dalloz, Litec, 1983, p. 107.

⁹⁰³ Convention France-Autriche, 27 février 1979, Rev. Crit. de dr. internat. privé, 1980, p. 852, note J. LEMONTEY : « Les privilèges spéciaux, en particulier les clauses de réserve de propriété sur les biens meubles et l'ordre de ces privilèges sont déterminés par la loi de l'Etat sur le territoire duquel ces biens se trouvaient à la date où la faillite a été prononcée. »

⁹⁰⁴ J. GHESTIN, Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété, D., 1981, Chr., p. 1 s. ; P. CROCQ, Propriété et garantie, Bibliothèque de droit privé, t. 248, Paris : L.G.D.J., n° 255, p. 204 ; J.-M. MOUSSERON et Fr. PEROCHON, La nouvelle réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980, Rev. franç. de compt., 1981, p. 10 s. ; J. ACQUAVIVA et C. BACROT, La clause de réserve de propriété en droit des affaires, Gaz. pal. 1980, 2, doct. 526, n° 89 s. ; J. GAVALDA, Les aspects bancaires de la clause de réserve de propriété, in *La réserve de propriété*, ouvrage collectif, Paris : Litec, 1981, p. 168 ; B. SOINNE, La transmission de la réserve de propriété, Gaz. Pal., 1985, 1, doct. 287 ; A. GHOZI, Nature juridique et transmission de la réserve de propriété (A propos de l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 1^{er} octobre 1985, SARL Club 110), D. 1986, Chron., p. 317.

⁹⁰⁵ Ph. THERY, Sûreté et publicité foncière, Collection Droit fondamental, Paris : PUF, 1988, n° 329, p. 352.

⁹⁰⁶ Cass. com. 9 mai 1995, R.T.D. civ., 1996, p. 441 ; Rev. proc. coll. 1995, p. 487 ; solution confirmée par Cass. com. 23 janvier 2001, JCP, éd. entr., 2001, I, 321, n° 13 ; R.T.D. civ., 2001, p. 399 s. ; D. 2001, p. 518 ; Act. proc. coll., 2001, 4, n° 52.

paiement d'une créance. La propriété peut donc être considérée comme un instrument de garantie. Dans d'autres hypothèses, elle se place au service de l'exploitation.

b : La protection de l'exploitation

742. Depuis Duguit, les auteurs démontrent régulièrement que le droit de propriété s'est fonctionnalisé sous l'impulsion des législations protectrices. En d'autres termes, le droit de propriété n'est protégé qu'autant qu'il permet d'atteindre une fin sociale. C'est dans ce souci de protection du travail que le législateur a accru les prérogatives du locataire à bail commercial ou rural. Hegel souligne très nettement cette idée en soutenant que « le tenancier à bail a une propriété qui se distingue en cela qu'il est seulement propriétaire de l'usage et non de la valeur de la chose⁹⁰⁷ ». L'octroi d'un véritable droit réel au preneur à bail à construction ou à l'emphytéote témoigne de la vigueur de cette idée. Lorsqu'il peut, en effet, épuiser une partie de l'utilité de la chose, le droit du locataire se réifie et tend même vers la propriété.

743. Protégée pour sa fonction particulière, la propriété supporte plus facilement une pluralité de propriétaires. On aboutit alors à une décomposition de la notion de propriété, chacune des parties pouvant exercer des pouvoirs distincts sur les diverses qualités de la chose. Cette décomposition marque l'évolution du droit de propriété qui cesse d'être exclusif pour être relatif, de sorte que plusieurs propriétaires peuvent appréhender les diverses utilités du bien. Comme le souligne très clairement M. Villey, « le désir d'égalité a supplanté le souci de liberté⁹⁰⁸ », entraînant non pas le déclin du droit de propriété mais son assouplissement.

2 : La propriété assouplie

744. Le recul de l'exclusivisme parfait imaginé par les rédacteurs du Code civil s'accompagne d'un affaiblissement ou plus exactement d'un assouplissement du concept de propriété. Nous ne pouvons que constater l'extraordinaire diversité du concept de propriété. À côté de la propriété absolue, perpétuelle et exclusive, se dresse une quasi-propriété, une

⁹⁰⁷ G. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, trad. franç., Collection Idées, Paris, 1963, p. 106.

⁹⁰⁸ VILLEY (M.), Notes sur le concept de propriété, in *Critique de la pensée juridique moderne*, douze autres essais, Paris : Dalloz, 1976, p. 187.

propriété limitée, temporaire, relative et partagée. Si l'on constate, d'un côté, la diminution des prérogatives du propriétaire, celles de l'exploitant gagnent, en revanche, en intensité. Par ce principe des vases communicants, l'exploitant jouit d'un droit très semblable au droit de propriété voire, d'un véritable droit de propriété. Le « propriétaire juridique » ne conserve, quant à lui, qu'un droit à la valeur de la chose.

745. Par conséquent, le quasi-nu-propriétaire ne pourra récupérer qu'un bien équivalent ou la valeur de son bien. De la même manière, le détenteur irrégulier devra restituer au déposant un bien équivalent correspondant au montant du bien déposé. Même si l'analogie semble plus délicate, la même idée se retrouve concernant les droits du tréfoncier. Parce qu'il ne peut jouir des utilités de son bien et que son droit de propriété semble totalement paralysé, l'objet du droit de propriété se dématérialise pour n'appréhender que la valeur de la chose⁹⁰⁹.

746. Corrélativement, le cocontractant du « propriétaire juridique » dispose de droits s'apparentant fortement à un véritable droit de propriété. Ainsi, du point de vue de la maîtrise du bien, rien ne permet de distinguer le superficiaire⁹¹⁰, le dépositaire irrégulier, le quasi-usufructier ou encore l'exploitant d'un véritable propriétaire mais si cette maîtrise s'apparente à un droit de propriété, il s'agit d'une propriété restreinte, une propriété souple et relative.

B : Sur la notion de bien

747. La reconnaissance d'une double propriété sur le bien passe par une décomposition implicite du bien entre ses utilités et sa valeur (1), ce qui entraîne une nécessaire dématérialisation du bien (2).

⁹⁰⁹ R. SAVATIER, Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels, R.T.D. civ., 1958, p. 1 s et spéc. p. 6 : « Ainsi prend solidement corps une conception dématérialisée, et en quelque sorte stylisée, de la propriété foncière. Cette conception répond, selon une ancienne et double vocation de cette propriété, à deux caractères fondamentaux : l'immobilité et la perpétuité. »

⁹¹⁰ Ch. GOYET, Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire, thèse Strasbourg, Bibliothèque de droit privé, t. 180, Paris : L.G.D.J., 1983, p. 145 : « Du point de vue de la maîtrise et de la domination qu'il exerce sur le sol, rien ne permet de distinguer le superficiaire d'un propriétaire foncier. »

1 : La dissociation de la valeur et des utilités du bien

748. Comme le souligne très justement le professeur Atias, « la valeur économique du bien est réputée liée directement aux attributs juridiques de la propriété⁹¹¹. » Si notre conception du droit des biens est fondée sur le lien très simple entre les attributs de la propriété et la valeur du bien, l'évolution des caractères de la propriété contribue à mettre en évidence la valeur du bien, en tant que dimension supplémentaire du droit de propriété. Cette nouvelle donne, M. Atias la souligne parfaitement à propos du transfert retardé de la propriété pour lequel il propose « une analyse moins simpliste de la propriété qui redonnerait sa place à la valeur du bien⁹¹². »

749. On retrouve la même idée d'une dissociation de la valeur et des utilités du bien concernant le quasi-usufruit ou encore le dépôt irrégulier pour lesquels le propriétaire en titre conserve le droit à recouvrer la valeur de son bien. Elle caractérise également le bail à construction qui assure au bailleur un revenu d'une grande fiabilité ainsi qu'une perspective de plus-value. Dans toutes ces hypothèses, le propriétaire conserve le droit à la valeur de la chose qu'un autre contribue à valoriser. Il ne lui reste donc plus qu'un droit patrimonial, abstrait sur un bien dématérialisé.

2 : La dématérialisation de la propriété

750. En réduisant sa propriété à un droit sur la valeur de la chose, le « propriétaire juridique » ne peut plus exercer ses prérogatives comme il le faisait antérieurement. L'objet de son droit de propriété se modifie pour n'appréhender que la valeur économique du bien. Comme l'indique très justement M. Goyet concernant le droit du tréfoncier, « son droit porte sans doute sur le sol, mais il cesse de s'identifier à son objet comme le ferait un droit corporel ». Aussi, assiste-t-on à une sorte de dématérialisation du bien. M. Goubeaux⁹¹³ souligne parfaitement cette idée en constatant que « le sol présente un double aspect » :

⁹¹¹ Ch. ATIAS, La propriété est-elle la meilleure solution ?, in *Faut-il retarder le transfert de la propriété ?*, JCP cahiers du droit de l'entreprise, Suppl. n° 5, 1995, p. 44.

⁹¹² Ch. ATIAS, préc., p. 44.

⁹¹³ G. GOUBEAUX, La règle de l'accessoire en droit privé, Etude sur la maxime « *accessorum sequitur principale* », Thèse Nancy, 1966, Paris : L.G.D.J., 1969, n° 29, p. 51.

concret et abstrait. De la sorte, le titre de propriété portant sur une chose dématérialisée demeure immuable et perpétuel. C'est l'idée que l'on retrouve dans le très célèbre arrêt d'Assemblée plénière en date du 23 juin 1972, autrement appelé l'arrêt Etang Napoléon⁹¹⁴. Dans cet arrêt, la Cour de cassation estime que « le propriétaire qui a été privé de ses droits par la perte de son immeuble sous le seul effet des forces de la nature, se trouve réintégré dans sa propriété lorsque, de la même manière, l'obstacle qui l'en avait privé a disparu ». Autrement dit, la propriété survit malgré la disparition momentanée de la chose. En somme, la Cour de cassation opte pour une approche dématérialisée du droit de propriété, le propriétaire conservant la « propriété potentielle » du bien. Il ne s'agit pas ici d'un double transfert du droit de propriété qui passerait du domaine privé au domaine public puis inversement. En réalité, le droit de propriété privée n'a jamais disparu puisque la Cour fait référence à la « réintégration » du propriétaire dans ses droits. Seul l'exercice de son droit de propriété a été paralysé pendant un certain temps, l'Etat ayant récupéré les utilités du bien. En conséquence, les attributs du propriétaire sur le bien peuvent se réduire à leur plus simple expression : un titre de propriété portant sur la valeur de la chose. Par une idéalisation de l'objet de la propriété, la jurisprudence parvient donc à maintenir les caractères fondamentaux du droit de propriété.

751. Cette même idée se retrouve dans l'arrêt du 31 mars 2004 qui a admis l'indemnisation du bailleur d'un bail à construction afin de le dédommager de la perte de la « propriété de ces biens [constructions] lui revenant en fin de bail. » La formulation de la Cour de cassation est très claire : le bailleur conserve son droit de propriété. La Cour de cassation propose ainsi une nouvelle approche du bail à construction et sans doute, d'une manière générale, du bail superficiaire. Les constructions sont, certes, la propriété temporaire du preneur à bail mais elles sont également la propriété en suspens du bailleur. Le dédoublement du droit de propriété, induit par le contrat de bail à construction, marque une évolution importante de notre droit des biens.

⁹¹⁴ Ass. plén. 23 juin 1972, D. 1972, Jurisprudence, p. 705, conclusions R. Lindon ; JCP 1973, II, 17331, note G. Goubeaux et Y. Jégouzo ; Gaz. Pal., 1972, 2^{ème} sem., 579, note J. Cabanac.

Conclusion du chapitre 1 :

752. La Révolution française n'ayant pas pu faire table rase du passé, certains droits réels et même quelques droits qualifiés de personnels vont au-delà du simple démembrement, narguant le droit de propriété lui-même. Corrélativement, ce droit pourtant jugé rigide s'assouplit grandement puisqu'il n'est plus toujours perpétuel ou parfaitement exclusif. Qui plus est, certains contrats cumulent les dérogations en instaurant un droit de propriété temporaire et relatif. Tel est le cas du bail superficiaire qui préfigure, selon certains, l'évolution de la notion de propriété. En conséquence, la propriété apparaît sous différents aspects, tel un droit multiforme et varié.

753. Mais, s'il faut reconnaître l'existence d'une propriété temporaire, celle-ci demeure couplée avec une propriété perpétuelle dont l'objet se dématérialise pour n'appréhender que la valeur de la chose. De la même façon, la propriété non-exclusive opère une dissociation de la valeur qui demeure entre les mains du propriétaire juridique et des utilités du bien aux mains de l'exploitant. En définitive, d'un côté, on assiste à une véritable désincorporation du droit de propriété. De l'autre, on ne peut que constater l'émergence d'une quasi-propriété, propriété relative, temporaire et partagée. Dès lors, pour maintenir la pureté des principes du droit des biens, la propriété devient de plus en plus abstraite. À côté de cette propriété désincarnée, une propriété plus dynamique, active et limitée apparaît, permettant à un individu de disposer des utilités de la chose. Ça et là, réapparaît l'idée d'une propriété dédoublée. En conséquence, il convient de repenser la « propriété quiritaire » léguée par le droit romain.

Chapitre 2 : La double structure du droit de propriété

754. La majorité de la doctrine fait du droit romain un droit caractérisé par l'unité du droit de propriété. C'est la raison pour laquelle les rédacteurs du Code civil, très inspirés par le droit romain, auraient formulé l'absolutisme du droit de propriété d'où découleraient sa perpétuité et son exclusivité. Dans le même temps, ils n'ont posé que peu de limites à la liberté contractuelle, s'exposant, par la même occasion, à la résurgence de la propriété dédoublée par le biais du contrat. Inévitablement, l'idée a refait surface, d'autant plus aisément que l'unité romaine du droit de propriété s'est avérée contestable.

755. La propriété romaine semble beaucoup plus complexe que l'on veuille bien l'avouer. Deux notions existaient, en effet, sous l'Antiquité : la *proprietas* et le *dominium*. Si l'on suit la similitude terminologique, on peut penser que la première est l'ancêtre du droit de propriété. Pourtant, comme l'indique très clairement M. Villey, il n'y a rien qui diffère plus de la propriété actuelle que la *proprietas* qui s'avère être la qualité d'une chose d'appartenir à quelqu'un privativement. Quant au *dominium*, le *dominus* ne disposait ni du *jus abutendi* ni du *jus utendi*. Toute comparaison avec le droit romain semble donc hasardeuse car ce droit ignorait la notion de propriété telle qu'on l'entend aujourd'hui. De plus, le droit romain du Bas Empire⁹¹⁵ connaissait le régime du grand domaine par lequel l'exploitant exerçait sur sa tenure un droit puissant sous la forme d'une jouissance héréditaire⁹¹⁶. Or, c'est sur ce mythe de la propriété absolue et unifiée que les rédacteurs du Code civil ont bâti la propriété.

756. En recourant à ce mythe, les auteurs du Code civil souhaitaient simplifier le droit de propriété en évitant la multiplication des décompositions de la propriété qui avaient cours à l'époque féodale. Le risque d'un retour de la « féodalité » s'étant aujourd'hui

⁹¹⁵ Mme Patault souligne parfaitement l'ambiguïté du droit romain où l'« on aperçoit, (...), dans le colonat du Bas-Empire romain, une première forme embryonnaire de juxtaposition de deux maîtrises sur le même fonds, par un mécanisme dont la finalité est économique mais qui fonctionne dans une situation de dépendance quasi-totale du tenancier ».

⁹¹⁶ Ph. MALAURY, Rapport de synthèse, Colloque : « Faut-il retarder le transfert de la propriété ? » JCP cahiers du droit de l'entreprise, Suppl. n° 5, 1995, p. 46 et spéc. p. 49 : « B. Durand a distingué, ce qui est classique en droit romain, la propriété civile, et la propriété quiritaire. Rome a donc connu plusieurs modalités de propriété, et cette distinction s'appliquait à la vente. La vision que nous avons généralement de la propriété romaine est beaucoup moins conforme à la réalité qu'on ne le dit. Tout le monde affirme qu'il y a une conception exclusive

estompé, la propriété nous apparaît moins absolue, moins perpétuelle et moins exclusive qu'en 1804. Certains contrats contribuent, en effet, à modifier les caractères traditionnels du droit de propriété, au point que la doctrine a pu invoquer, à nouveau, la théorie du double domaine. L'évolution du droit des biens et de la pratique nous conduit à envisager une scission ou un dédoublement du droit de propriété. La doctrine ne peut ignorer ces changements et les nuances apportées au caractère unitaire du droit de propriété. Aussi, nous propose-t-elle une nouvelle analyse du droit de propriété fondée sur le déclin de l'unité⁹¹⁷ (Section 1). À partir de ces réflexions, nous ne pourrions que constater un éclatement de la structure du droit de propriété (Section 2).

et unitaire de la propriété romaine. Je me demande si elle n'était pas plus complexe. »

⁹¹⁷ G. MORIN, La révision nécessaire des concepts juridiques, (contrat, responsabilité, propriété), in *La Révolte du droit contre le Code*, Paris : Sirey, 1945, p. 107 : « En résumé, dans la construction que nous proposons et qui nous paraît reposer sur le réel, il est des droits concurrents à celui du propriétaire qui s'exercent sur la chose de celui-ci. Ainsi tend à disparaître le caractère unitaire du droit de propriété où chaque bien n'avait en principe qu'un seul maître. Cette idée romaine de la propriété unitaire qui avait disparu dans la conception chrétienne et féodale du domaine éminent, devait se manifester à nouveau pendant les trois derniers siècles de l'ancien Régime et triompher avec la Révolution et le Code civil. Remontant le cours des siècles, le droit contemporain l'écarte. Et c'est un fait historique de la plus grande importance. »

Section 1 : Les analyses doctrinales du dédoublement

757. Contre une vision figée du droit de propriété, certains auteurs n'hésitent pas à évoquer l'idée d'un dédoublement du droit de propriété en se fondant sur la théorie passée du double domaine (§1). Plus récemment, une partie de la doctrine, s'inspirant des droits étrangers, a introduit en droit français la notion de propriété économique (§2). C'est surtout l'analyse des contrats qui est à l'origine de la résurgence du double domaine et de la notion de propriété économique. Les deux courants doctrinaux méritent toutefois d'être distingués.

§1 : La notion de double domaine

758. En proclamant une propriété unifiée, les rédacteurs du Code civil n'ont pas pu éviter que réapparaisse ça et là l'idée d'un double domaine. Le contenu du droit de propriété est, en effet, susceptible de varier en fonction de la répartition des utilités du bien par le biais du contrat. En d'autres termes, la propriété peut être un droit absolu très puissant ou une « coquille vide ». Devant le phénomène d'une propriété à géométrie variable, les auteurs font référence, de façon récurrente, à la notion de double domaine issue de l'ancien droit français et des pays de Common law (A). L'image est séduisante mais la réalité actuelle ne peut se caler entièrement dans le moule de la propriété féodale (B).

A : Les différents régimes de propriété dédoublée

759. Avant la Révolution, le droit des biens français était caractérisé par le dédoublement de la propriété et la répartition effrénée des utilités de la terre. La multiplicité des démembrements de la propriété rendait la matière très complexe, c'est pourquoi la Révolution française a rejeté le dédoublement de la propriété au profit d'une propriété unifiée issue du droit romain. Le droit anglais n'a pas suivi le même mouvement, restant très attaché à la conception féodale du droit des biens. C'est ainsi que les auteurs distinguent les pays

romanistes des pays de *common law*. Pour les premiers, la propriété est classiquement un droit absolu et unitaire. Les seconds, en revanche, ont une conception plus souple du droit de propriété et reconnaissent beaucoup plus aisément le démembrement de la propriété. La distinction, apparemment tranchée entre les pays de *common law* et les régimes romanistes, doit toutefois être nuancée car le droit français n'est plus aussi attaché à l'unité de la propriété qu'au lendemain de la Révolution (2) et le droit anglais connaît, quant à lui, une légère inflexion en faveur de la pleine propriété (1). Il paraît donc intéressant d'élargir un peu le champ de notre étude en dressant une comparaison de ces deux droits⁹¹⁸.

1 : Le Common law

760. Inspirée du droit féodal, la propriété dans les pays de *common law* est une notion relative permettant à plusieurs individus d'exploiter les utilités de la chose (a). Avec le développement des contrats internationaux et les exigences du monde du commerce, la France ne peut plus ignorer cette conception du droit des biens. Elle emprunte même directement certaines institutions aux droits anglais et américain (b).

a : La notion de propriété en droit anglais

761. C'est à travers la conquête normande que le système féodal s'est implanté en Angleterre sous sa forme la plus pure. En effet, le droit anglais a su puiser dans les institutions du Moyen Age pour multiplier les droits et les pouvoirs sur les choses. La décomposition de la propriété est donc la règle en droit anglais. Certes, les concepts ont beaucoup évolué depuis l'époque féodale mais leur structure demeure fondamentalement la même⁹¹⁹. La conception anglaise du droit des biens s'inspire effectivement des tenures du Moyen Age permettant à plusieurs personnes d'exploiter les utilités du bien. Dans un tel système, des individus cultivent la terre pour le bénéfice d'autres en contrepartie de quoi ils reçoivent protection et

⁹¹⁸ L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé, la méthode comparative*, t. II, Paris : L.G.D.J., UBL, 1974, p. 291, n° 113 : « La comparaison élargit l'horizon scientifique des juristes nationaux et leur permet de libérer le droit national de l'emprise étouffante de la conception et de la dogmatique traditionnelle. Aussi, le droit national se trouve relativisé, c'est-à-dire réduit à ce qu'il est en réalité. »

⁹¹⁹ Le *freeholder* a la pleine propriété du fonds dont il perçoit les rentes sans intervenir en rien dans l'exploitation du bien. Le *leaseholder* a, quant à lui, la propriété de l'exploitation et ne se préoccupe que de rentabiliser le bien au maximum. Aussi peut-il vendre son droit d'exploitation.

justice⁹²⁰. Ce système a contribué à améliorer la productivité tout en supprimant la spéculation foncière. Bien entendu, les concepts élaborés à l'époque féodale ont évolué en s'adaptant aux rapports commerciaux les plus complexes⁹²¹. Par la souplesse des concepts de base, le droit anglais n'a eu aucune difficulté à s'appliquer aux nouvelles richesses patrimoniales. Il a su, par exemple, appréhender les universalités avec plus de facilité que le droit français en leur appliquant un régime spécifique. Unité abstraite composée d'éléments interchangeables, l'universalité est analysée comme une valeur qui se prête facilement au régime juridique du trust.

762. Figure emblématique du droit anglais, le trust permet à un administrateur de gérer les biens d'une personne au profit d'un bénéficiaire. Il en dispose et peut les remployer dans l'intérêt du bénéficiaire. Ce dernier n'a, quant à lui, qu'un droit indirect sur les éléments composant l'universalité. En conséquence, le trust opère une décomposition de la propriété entre la propriété-gestion appartenant au *trustee* et la propriété-jouissance du bénéficiaire. Ce régime si spécifique au droit anglais est fondé sur le concept d'*estate* qui est à la base même de la propriété foncière. L'*estate* est un droit réel caractérisé par sa durée plus ou moins longue⁹²². Jusqu'en 1925, tous les *estates* étaient reconnus par les deux voies de droit : le *common law* et l'*equity*. Depuis cette date, il n'existe plus que deux *estates* de *common law* : le droit simple absolu en possession (*fee simple absolute in possession*) et la tenure à bail absolue (*term of years absolute*). Lorsque le *fee simple absolute in possession* porte sur un bien individualisé, il est le droit le plus absolu qu'on puisse avoir sur un immeuble. Lorsqu'il porte sur une universalité, il correspond aux droits qu'exerce le *trustee* au profit d'un bénéficiaire. Le droit anglais est donc un droit complexe permettant à plusieurs personnes de jouir successivement de l'immeuble et d'aliéner leurs droits simultanément sans affecter les

⁹²⁰ F.M. LAWSON et B. RUDDEN, *The law of property*, 2^{ème} édition, Charendon Press, Oxford, 1982, 1991, p. 80 : « *This is only the core of what was most complicated system of landholding, under which some cultivated the land for the benefit of others besides themselves, in return for protection and justice.* »

⁹²¹ M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, Bibliothèque de droit privé t. 418, Paris : L.G.D.J., 2004, p. 9, n°7 : « Les concepts et notions de base font ainsi preuve d'une grande souplesse et d'une étonnante faculté d'adaptation puisque, ayant été imaginés à l'époque féodale pour régir les relations du seigneur et de son tenancier, ils ont pu être utilisés afin de régler les rapports commerciaux les plus complexes ou les plus dématérialisés et les ont même facilités. »

⁹²² Mme Papandréou-Déterville, *ibid.* p. 40, dresse une liste des différents *estates* concevables en distinguant l'*estate* à durée indéterminée de l'*estate* à durée déterminée. Concernant l'*estate* à durée indéterminée, elle distingue trois degrés : l'*estate* perpétuel (*fee simple absolute*) lorsqu'il passe à tous les héritiers sans limitation, l'*estate* taillé (*entailed interest*) lorsqu'il n'est transmissible qu'aux héritiers en ligne directe descendante et, enfin, l'*estate* viager (*life interest*) prenant fin au décès de son titulaire. Lorsqu'il est à durée déterminée, l'*estate* est une tenure à bail à durée déterminée (*term of years*). L'auteur fait également une distinction selon que l'*estate* confère une possession immédiate (*estate in possession*) ou à l'avenir (*reversion* ou *remainder*).

droits des autres⁹²³. Le démembrement de la propriété est donc le principe en droit anglais, principe qui s'est vu renforcé par la flexibilité de l'*equity*.

763. L'*equity* a contribué à renforcer certains droits afin d'améliorer la protection des individus par la reconnaissance d'une sorte de droit réel (*real rights or interests*). C'est ainsi que l'*equity* a accordé au bénéficiaire d'un trust une propriété équitable (*equitable estate or interest*) différente de la propriété de *common law*⁹²⁴. Par conséquent, le droit du bénéficiaire du trust (*cestui que trust*) est, en vertu de l'*equity*, opposable à tous, à l'exception de l'acquéreur à titre onéreux de bonne foi⁹²⁵. À l'image du problème de la nature juridique du preneur à bail français, la doctrine anglo-saxonne s'est interrogée sur la nature même du droit équitable du bénéficiaire au début du siècle. Divisée entre les partisans du personnalisme⁹²⁶ et ceux du réalisme, la doctrine s'interroge encore aujourd'hui sur la qualification du droit du bénéficiaire. Le juge⁹²⁷ et le législateur⁹²⁸ ont néanmoins tranché la question en faveur de la réalité. Le trust opère ainsi une décomposition de la propriété dont ni le législateur ni le juge ne précisent l'étendue. Il convient toutefois de nuancer cette idée car tous les trusts n'aboutissent pas nécessairement à un partage égal des prérogatives. Les pouvoirs du bénéficiaire varient, en effet, selon le type de trust. Si, en règle générale, le *cestui que trust* a une sorte de « droit réel équitable » sur l'universalité du trust, son droit peut également être purement personnel⁹²⁹.

764. D'une manière générale, le régime foncier britannique n'aboutit plus nécessairement à la décomposition de la propriété. Pour être tout à fait exacte, on assiste même à une poussée de la pleine propriété à la française avec comme corollaire l'accélération de la spéculation foncière et le déclin de la propriété d'usage⁹³⁰. Le régime foncier britannique

⁹²³ B. NICHOLAS, Le langage des biens dans la Common Law, A.P.D., 1979, t. 24, p. 55.

⁹²⁴ En droit anglais, le bénéficiaire du trust a l'*equitable ownership* et le trustee a la *legal ownership*.

⁹²⁵ C. R. NOYES, *The Institution of Property, A study of the development, Substances and Arrangement of the System of Property in Modern Anglo-American Law*, New York, Toronto, Longmans, Green and Co, 1936, p. 324-325 : « Thus a trust is a « fiduciary relationship with respect to property », in which the beneficiary has so-called equitable interest and the trustee a legal interest. »

⁹²⁶ J.B. AMES, *Purchase for Value without Notice*, *Harvard Law Review*, 1887, p. 1; C.C. LANGDELL, *A Brief Survey of Equity Jurisdiction*, *Harvard Law Review*, 1887, p. 55 ; F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge : A.H. Chaytor and W.J. Whittaker, 1926, p. 47 : « The trustee is the owner, the full owner of the thing, while the *cestui que trust* has no rights in the thing. »

⁹²⁷ *Baker v. Archer-Shee*, 1927, AC 844, 43 TLR 758, p. 764-765.

⁹²⁸ *Law of Property Act 1925*, art. 1 (3).

⁹²⁹ C.R. NOYES, *Ibid.*, p. 322 s :

⁹³⁰ J.-L. GUIGOU, Requiem pour le régime foncier britannique, in *Un droit inviolable et sacré, La propriété*, A.D.E.F., 1991, p. 324.

s'imprègne donc progressivement des considérations doctrinales d'Outre Manche. Inversement, le régime juridique français ne peut ignorer le droit anglais des biens.

b : L'exportation des notions en France

765. La réception interne des notions étrangères est une source abondante de réflexion sur notre propre droit dont le cosmopolitisme contractuel ne nous permet plus de faire l'économie. À plusieurs reprises, la doctrine s'est interrogée sur la question de la validité du trust portant sur des biens situés en France⁹³¹. D'une manière générale, la jurisprudence française se montre assez favorable à la reconnaissance de tels actes. À plusieurs reprises, en effet, la France a estimé que le trust ne heurtait pas la conception de l'ordre public français. Toute la question est de savoir s'il est possible de transposer dans notre pays des principes issus du droit anglais des biens. Si le droit français paraît opposé à la notion de patrimoine d'affectation (α), la jurisprudence reconnaît toutefois assez facilement la validité du trust (β). Le législateur semble, lui aussi, tenté par le mécanisme du trust puisqu'il est question, depuis quelques années déjà, de réintroduire la fiducie en France (γ).

α : L'obstacle du patrimoine d'affectation

766. Dans la théorie du patrimoine d'affectation, le patrimoine est constitué d'un ensemble de biens affectés à des destinations particulières. Il en résulte une pluralité de patrimoines car les individus peuvent avoir, en plus de leur patrimoine général, des patrimoines affectés à des objectifs particuliers⁹³². Le trust correspond parfaitement à cette théorie, pourtant inspirée de la doctrine allemande⁹³³ puisque la gestion du bien est séparée de sa jouissance. Le *trustee* gère, en effet, le bien sans que celui-ci ne puisse être saisi par ses créanciers.

⁹³¹ M. TRAVERS, De la validité au point de vue du droit français des trusts créés par des étrangers sur des biens soumis à la loi française ou par des Français sur des biens situés hors de France, R.T.D. civ., 1909, 521 ; H. MOTULSKY, De l'impossibilité juridique de constituer un « trust » anglo-saxon sous l'empire de la loi française, Rev. crit. de DIP, p. 451.

⁹³² Fr. TERRE et Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, Collection Précis, 6^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002, n° 22 s., p. 26 s.

⁹³³ *Zweckvermögen*

767. Toutefois, la théorie du patrimoine d'affectation diffère profondément de la conception classique du patrimoine unique élaborée par Aubry et Rau et le droit français y est, pour l'instant, opposé⁹³⁴, même si le projet de loi de M. Marini visant à introduire la fiducie en France y recourt expressément⁹³⁵. Le projet n'ayant pas encore abouti, il convient d'en rester au principe de l'unité du patrimoine⁹³⁶. Par conséquent, pour parvenir à une décomposition du patrimoine, les praticiens utilisent des moyens détournés et notamment la technique de la personnalité morale. Comme l'indique M. Atias, la multiplication des personnes morales a conduit à freiner le développement du démembrement de la propriété⁹³⁷. La jurisprudence n'hésite pourtant pas à reconnaître la validité du trust.

β : La reconnaissance jurisprudentielle de la validité du trust

768. Les juges français admettent parfaitement la validité du trust en France. La réception de ce mécanisme en droit français n'est pas uniquement la manifestation d'un système étranger en France, il est, comme l'indique Mme Grillet-Ponton, « l'expression de nouveaux courants de pensée porteurs d'un phénomène de réception interne par acculturation⁹³⁸ » mais si les juges et la doctrine⁹³⁹ accueillent assez aisément le trust en France, ils ont longtemps détourné la réalité du concept en l'assimilant maladroitement aux mécanismes existants, comme la copropriété. Ce qui pose problème, c'est l'absence d'équivalent terminologique en français de la notion de trust. De plus, il est difficile d'y associer l'idée de propriété car cette notion n'a pas la même signification en France et en Angleterre. Comme le droit français ne connaît pas la distinction entre la *legal ownership* et

⁹³⁴ M. CANTIN CUMYN, L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre-atlantique, D., éd. G., 1992, Chr., p. 120 : « ...l'apparente incapacité à faire face à la concurrence actuelle du trust est principalement attribuable à une trop grande rigidité dans la compréhension de la théorie du patrimoine. »

⁹³⁵ Proposition de loi de Ph. Marini, doc Sénat, n°178, 8 février 2005.

⁹³⁶ On peut admettre une certaine atténuation jurisprudentielle au principe de l'unité du patrimoine par la reconnaissance de l'insaisissabilité du bien faisant l'objet d'une clause d'inaliénabilité. Civ. 1, 15 juin 1994, Bull. civ., I, n°211 ; D., 1995, 342, note Leborgne ; Defrénois, 1995, 51, note X. Savatier ; JCP, éd. G., 1995, I, 3876, n° 8, note Le Guidec ; RTD civ., 1995, p. 666, note Patarin et p. 919, note Fr. Zenati

⁹³⁷ Ch. ATIAS, Les biens, 5^{ème} édition, Paris : Litec, 2000, n°44 a, p. 60-61.

⁹³⁸ D. GRILLET-PONTON, Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle, D. 2000, n°21, Doctrine, p. 331.

⁹³⁹ P. LEPAULLE, Traité théorique et pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international, Paris : Rousseau et Cie, 1932, p. 353.

l'equitable ownership, la principale difficulté pour le juge du for consiste à qualifier l'institution du trust. Or, en principe, la qualification se fait *lege fori*⁹⁴⁰.

769. À plusieurs reprises, la jurisprudence a estimé que le trust ne heurtait pas l'ordre public français⁹⁴¹. Pourtant, elle a, au début, dévoyé l'institution du trust en essayant de faire coïncider les concepts anglais et français. Dans un premier temps, la jurisprudence a, en effet, assimilé le trust à une fiction⁹⁴² en considérant que la cession faite au *trustee* était, en réalité, un mandat⁹⁴³ ou un dépôt⁹⁴⁴. D'une manière générale, le *trustee* était considéré comme le représentant du véritable propriétaire et la jurisprudence ne lui accordait aucun pouvoir propre sur la chose, ce qui revenait à peu près à un trust nul. Une telle approche jurisprudentielle dénaturait les concepts du Common law plus qu'elle ne les accueillait en France⁹⁴⁵. Les qualifications se sont alors succédé sans que les juges ne cernent véritablement le trust. Tour à tour qualifié de fiducie, d'exécution testamentaire, de legs avec charge ou encore de substitution fidéicommissaire, le trust se trouvait perverti par les concepts du droit français⁹⁴⁶.

770. Consciente du dévoiement des notions, la jurisprudence a évolué en recourant au concept de droit réel⁹⁴⁷ puis de copropriété. Une telle approche a pour mérite de rendre au

⁹⁴⁰ Deux modes de qualification s'opposent classiquement : la qualification *lege fori* et la qualification *lege causae*. Appliquée sans réserve, la qualification *lege fori* conduirait à dénaturer l'institution du trust car, comme l'indique très justement M. Khairallah, « aucune équivalence n'existe entre le trust anglo-saxon et une quelconque institution française, ou tout au moins l'équivalence ne peut être que partielle et artificielle ». Aussi, l'analyse du contrat se fait-elle *lege causae* et la qualification se fait *lege fori*. La convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985, relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, règle le problème de la qualification en prévoyant que les opérations visées ne pourront que recevoir la qualification de trust. G. KAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Collection droit civil, série Etudes et recherche, Paris : Economica, 1984.

⁹⁴¹ H. MOTULSKY, De l'impossibilité juridique de constituer un « trust » anglo-saxon sous l'empire de la loi française, *Rev. crit. de DIP*, p. 452.

⁹⁴² Tribunal de la Seine, 10 déc. 1880, *comte de Palikao*, *J. dr. int. pr.* 1881, p. 441 ; Tribunal de la Seine, 28 juin 1901, *Van der Heydt et Burth*, *J. dr. int. pr.*, 1901, p. 812 ; cour d'appel de Toulouse, 18 juillet 1905, *Kerr*, *R.T.D. civ.*, 1907, p. 262.

⁹⁴³ Trib. civ. de la Seine, 26 décembre 1894, *Affaire Terry*, *Clunet*, 1895, p. 597 ; Cass. civ. 19 février 1908, *Clunet*, 1912, p. 243 ; Trib. civ. Seine, 28 juin 1901, *Affaire Peel*, *Clunet*, 1901, p. 812 ; Paris, 27 janvier 1904, *D.*, 1905, p. 356.

⁹⁴⁴ M. TRAVERS, *ibid.*

⁹⁴⁵ Le *trustee* est propriétaire légal des biens qu'il contrôle et ne saurait être assimilé à un mandataire titulaire d'un simple droit personnel.

⁹⁴⁶ L. MAERTEN, *Le trust patrimonial anglo-américain en droit privé français*, thèse Paris II, 1990, p. 215 s.

⁹⁴⁷ Trib. civ. Seine, 16 mai 1906, *Clunet*, 1910, p. 1229, *Rev. crit.*, 1907, p. 239, note Nast. L'assimilation du trust à un démembrement de la propriété est inexacte car le concept de droit réel n'existe pas en droit anglais, pas plus que la notion de droit de créance. Pourtant, on peut reconnaître à cette jurisprudence le mérite d'avoir bien compris que le trust divisait le droit de propriété.

trust une grande part de son efficacité mais elle pervertit tout autant les concepts. De plus, en assimilant les pouvoirs du *trustee* à ceux d'un copropriétaire, la jurisprudence le contraignait à n'exercer que des actes conservatoires. Dans un arrêt récent rendu le 30 mars 2004⁹⁴⁸, la Cour de cassation condamne cette analyse en reprochant à la cour d'appel d'avoir assimilé le *trustee* à un propriétaire indivis : « Qu'en se déterminant ainsi, après avoir constaté qu'antérieurement à la seconde vente, M. X était devenu propriétaire indivis du tableau, et alors qu'il exerçait une action qui n'entraîne pas dans la catégorie des actes conservatoires que tout indivisaire peut accomplir seul, la cour d'appel, qui n'a pas motivé sa décision concernant les pouvoirs du '*trustee*', a violé les textes susvisés. »

771. L'évolution de la jurisprudence est le témoin de l'intégration des concepts étrangers en France. Si le droit des biens français se distingue du Common law, les différences ne sont plus aussi tranchées qu'autrefois. La réflexion législative et doctrinale autour du concept de fiducie ne fait que renforcer ce sentiment.

γ : L'accueil de la fiducie

772. L'introduction de la fiducie en France n'a pas été retenue, le législateur craignant l'évasion fiscale par le détour de cette technique. Le dernier projet de loi tend à pallier cette difficulté en faisant de la fiducie un acte neutre sur le plan fiscal. Comme le précédent projet, le projet de M. Marini a pour but d'instaurer en France un équivalent du trust anglo-saxon dont l'utilité n'est plus à démontrer⁹⁴⁹. Pourtant, plusieurs différences de taille sont à noter entre le trust et la fiducie⁹⁵⁰. La distinction fondamentale repose sur les pouvoirs conférés au *trustee* et au fiduciaire⁹⁵¹. En ce qui concerne la fiducie, le fiduciaire a la pleine propriété du droit transféré tandis que le *trustee* n'est titulaire que de la *legal property*, qui correspond à une sorte de démembrement de la propriété et qui ne lui permet pas d'accomplir tous les actes possibles sur le bien. Autre point de divergence important, le *trustee* ne peut être le bénéficiaire du trust contrairement à la fiducie où il est possible de

⁹⁴⁸ Cass. civ. 1, 30 mars 2004, n° 02-10429.

⁹⁴⁹ P. DECHEIX, La fiducie ou du sens des mots, D. 1997, Chr., p. 35. L'auteur note que d'importants courants d'affaire échappaient aux banques et aux cabinets spécialisés français pour s'accomplir sur les places étrangères.

⁹⁵⁰ Ch. LARROUMET, La fiducie inspirée du trust, D. 1990, Chr., p. 119.

⁹⁵¹ M. CANTIN CUMYN, L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre-atlantique,

transférer un droit dans son propre intérêt. Enfin, le trust est une institution tandis que la fiducie est constituée par la voie contractuelle. Entre ces deux concepts profondément différents, le projet de loi propose une solution hybride qui s'inspire plus du trust que de la fiducie d'origine romaine. En effet, la particularité du projet de loi réside dans le statut spécial réservé aux biens dans le patrimoine du fiduciaire. Ces derniers ne peuvent être saisis par les créanciers du fiduciaire dans la mesure où ils ne font pas partie du droit de gage général. La doctrine française explique cette singularité non pas en se fondant sur une quelconque division de la propriété mais sur l'idée d'un patrimoine d'affectation. Sur bien des points, le projet de loi s'inspire du trust. Il s'en distingue toutefois en ce qui concerne les pouvoirs accordés au bénéficiaire de la fiducie. Ainsi, contrairement au *cestui que trust* qui a le *beneficial title*, le bénéficiaire du contrat de fiducie ne dispose d'aucune prérogative particulière sur le bien. Notons toutefois que le fiduciaire, comme le *settlor*, doit jouir de ses pouvoirs afin d'accomplir une mission précise et non pas d'agir dans son intérêt personnel. Loin de reprendre la notion romaine de fiducie, le projet s'inspire donc davantage du mécanisme de Common law. Pour l'instant, la fiducie est, en quelque sorte, établie pour certains professionnels à travers la loi du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières⁹⁵², intégrée désormais dans le code monétaire et financier.

773. La loi du 2 juillet 1996 a, en effet, introduit un mécanisme proche de la fiducie pour les chambres de compensation. L'article 49⁹⁵³ de la loi devenu l'article L 442-6 du code monétaire et financier prévoit un système par lequel les dépôts effectués par les donneurs d'ordre ou les adhérents des chambres de compensation sont transférés respectivement en pleine propriété à l'adhérent ou à la chambre de compensation pour régler le solde débiteur. La particularité du mécanisme réside dans l'exclusion de ses sommes du gage commun des créanciers. De plus, l'article ne prévoit aucune réserve dans les pouvoirs du banquier. Aussi, celui-ci pourrait-il parfaitement disposer des biens à titre gratuit, contrairement au *trustee* qui

D., éd. G., 1992, Chr., p. 117.

⁹⁵² JO 4 juillet 1996, p. 10063 ; D. 1996, lég. p. 301.

⁹⁵³ Article 49 de la loi du 2 juillet 1996 : « Quelle que soit leur nature, les dépôts effectués par les donneurs d'ordre auprès des adhérents d'une chambre de compensation, ou effectués par ces adhérents auprès d'une telle chambre en couverture ou garantie des positions prises sur un marché réglementé d'instruments financiers, sont transférés en pleine propriété soit à l'adhérent, soit à la chambre concernée dès leur constitution aux fins de règlement, d'une part, du solde débiteur constaté lors de la liquidation d'office des positions et, d'autre part, de toute autre somme due soit à l'adhérent, soit à cette chambre.

Aucun créancier d'un adhérent d'une chambre de compensation ou, selon le cas, de la chambre elle-même, ne peut se prévaloir d'un droit quelconque sur ces dépôts, même sur le fondement de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises ou de la loi n°84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises. »

ne possède pas un pouvoir de propriété « complet ». Pour M. Decheix, ce mécanisme consacre l'existence d'une propriété particulière, différente de celle définie à l'article 544 du Code civil.

774. Bien qu'elle ait de la propriété une définition a priori différente, la France s'inspire progressivement des concepts anglais. Confrontée à une carence technique et à la vive concurrence du trust comme procédé de gestion des biens, elle a progressivement introduit l'idée d'une dissociation de la propriété sans aller jusqu'à consacrer, d'une manière générale, la fiducie. Les civilistes sont encore très imprégnés de l'idée d'une propriété unifiée et absolue. Pourtant, le droit français qui a connu une profonde division du droit de propriété au Moyen Age n'a pas totalement rompu avec la théorie du double domaine. Aussi, il n'est pas rare de voir ressurgir l'idée d'une propriété divisée.

2 : Droit français

775. Au Moyen Age, les démembrements de la propriété étaient particulièrement nombreux. Le domaine faisait l'objet de tenures, qu'il s'agisse de fiefs concédés par le seigneur à un vassal reposant sur la fidélité ou de tenures roturières, autrement appelées censives, par lesquelles le seigneur assurait la mise en valeur de son bien. Ainsi, les « Mouvances » se sont-elles multipliées tout au long du Moyen Age et les pouvoirs accordés aux titulaires de ces tenures ont profondément évolué jusqu'à la Révolution française. Aux XIII et XIV^{ème} siècle, la propriété était divisée entre le seigneur qui possédait un domaine direct et le vassal qui jouissait des utilités de la chose (a). Le Code civil aurait mis un terme à la propriété dédoublée au profit d'une propriété unifiée et romaniste. Certains auteurs⁹⁵⁴ n'hésitent toutefois pas à faire ressurgir cette vieille notion dont ils trouvent la trace un peu partout dans le droit positif (b).

⁹⁵⁴ P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione postunitaria della proprietà, in Il dominio e le cose, percezioni medievali et moderne dei diritti tenze di modelli culturali nella dottrina giuridica ottocentesca*, Milano : Guiffre', 1992, p. 439-569.

776. Dès l'époque féodale, on assiste à une fragmentation de la terre entre plusieurs exploitants et à un démembrement de la propriété du maître en de multiples concessions. Ce système est favorisé par un besoin de protection que seuls les grands propriétaires fonciers sont capables d'apporter. L'absence de droit d'aînesse et le morcellement des manses a conduit à l'idée d'un partage des utilités de la propriété⁹⁵⁵. À partir du XIII^{ème} siècle, on observe, en effet, un partage des *villae* entre plusieurs propriétaires⁹⁵⁶. Ces multiples propriétés sont alors démembrées au profit d'un tenancier chargé de l'exploitation de la terre. L'idée de domaine utile trouve sa source dans une interprétation discutable du droit romain⁹⁵⁷ et, plus particulièrement, du droit de l'emphytéote sous l'Antiquité, ce dernier ayant un *jus in re aliena* lui donnant droit à une *actio in rem utilis*. L'effort de rationalisation du droit poursuivi par les glossateurs au XII^{ème} siècle a, en effet, abouti à systématiser le droit romain pourtant caractérisé par sa casuistique⁹⁵⁸. C'est un illustre professeur de grammaire, Irnerius qui, le premier, a posé la théorie du double domaine en déduisant des actions procédurales du droit romain des conséquences sur la nature juridique des droits⁹⁵⁹. C'est donc à partir des différentes revendications : revendication directe et utile que les glossateurs ont forgé l'idée d'un domaine utile⁹⁶⁰. Succédant aux glossateurs, les commentateurs bartolistes ont définitivement consacré la notion de domaine utile qui devient, au début du XIV^{ème} siècle, le corollaire du domaine direct. La théorie du double domaine se trouve alors débarrassée de toutes les sous-distinctions qui l'encombraient⁹⁶¹.

⁹⁵⁵ G. LEPOINTE, Droit romain et Ancien droit français, Collection Précis, Paris : Dalloz, 1958, p. 164.

⁹⁵⁶ A. DUMAS, Le régime domanial et la féodalité dans la France du moyen âge, in *Recueil de la société Jean Bodin*, t.IV, *Le domaine*, Belgique : Wetteren, Éditions Scaldis, 1949, p. 153.

⁹⁵⁷ L'emphytéote n'a, en effet, jamais eu de domaine utile sur le bien en droit romain. Sur le sujet, voir E. CHENON, Les démembrements de la propriété foncière avant et après la Révolution, thèse Paris, Paris : L. Larose et Forcel, Libraires Editeurs, 1881, 2^{ème} édition, Paris : Recueil Sirey, 1923, p. 27.

⁹⁵⁸ Pour les glossateurs, les compilations de Justinien devaient être retravaillées en se fondant sur une stricte exégèse textuelle. En étudiant directement les textes du Digeste, la doctrine avait le sentiment d'un juste retour aux sources. Elle a ainsi dégagé la capacité normative de la loi en la systématisant et en prêtant aux textes une cohérence et une homogénéité qu'ils n'avaient pas.

⁹⁵⁹ X. TESTU, Les glossateurs, regards d'un civiliste, R.T.D. civ., 1993, p. 283 ; J.-L. THIREAU, La doctrine civiliste avant le Code civil, in *La doctrine juridique*, CURAPP-CHRDIP, 1993, Paris : PUF, p. 13 s et spéc. p.20 : « Une part de leur activité a consisté à extraire des « lois » romaines des principes généraux, *regulae* ou *generalia*, exposés sous forme d'adages, de brocards réunis en recueils ; une autre, à composer, en prenant le plus souvent pour base le code de Justinien, des ouvrages qui visaient à l'exposition systématique de toute la matière juridique, des *summae*, imitées de celles des philosophes et des théologiens. »

⁹⁶⁰ Notons qu'avant Bartole, le *dominium* était susceptible de plusieurs degrés : le *dominium directum*, le *quasi-dominium* et le *dominium utile*.

⁹⁶¹ A l'exception de Blade qui distingue encore cinq catégories de *jura realia*, la doctrine ne retient plus à cette

777. La notion de double domaine est, on a pu le constater, assez difficile à définir dans la mesure où les concepts ont profondément évolué dans le temps et, avec l'évolution doctrinale, l'étendue des pouvoirs conférés au cultivateur s'est modifiée. De plus, la répartition des utilités de la terre peut revêtir plusieurs formes selon qu'il s'agit d'un fief, d'une censive ou même d'un bail de plus de neuf années. Le domaine utile est caractérisé, d'une manière générale, par un droit de jouissance étendu. Il consiste, en effet, pour le cultivateur à exploiter toutes les utilités de la terre. Très longtemps, le domaine éminent a été considéré comme la seule véritable propriété⁹⁶², le domaine utile n'étant qu'une servitude pesant sur la directe. Par ailleurs, l'aliénabilité du fief n'a pas été admise sans difficulté en raison du lien personnel caractérisant ce genre de concession. Ce n'est que progressivement que la Coutume a autorisé la cession moyennant le paiement d'un droit de mutation. Progressivement, les droits du vassal se sont donc consolidés jusqu'à la destruction du régime lors de la nuit du 4 août 1789. Au XVIII^{ème} siècle et, parfois même avant, l'idée s'est inversée faisant du domaine utile la propriété véritable. Il serait donc faux de prétendre que la Révolution française a consisté en un transfert de propriété, le transfert étant déjà consommé avant 1789. Le titulaire du domaine utile pouvait jouir très largement des utilités de la chose puisqu'il pouvait user et profiter de la terre, l'hypothéquer, l'aliéner et la transmettre en héritage.

778. Le domaine utile ayant profondément changé jusqu'à l'aube de la Révolution française, il est difficile de déterminer exactement l'étendue des pouvoirs de son titulaire. À ces changements, il faut ajouter une difficulté supplémentaire : la variété des droits conférant un domaine utile. Il convient, en effet, de distinguer les droits du vassal des droits du censitaire. Si le premier était véritablement propriétaire de son fief, le second avait un droit beaucoup plus restreint puisqu'il ne pouvait pas accenser sa terre en vertu de l'adage : « cens sur cens ne vaut. » À côté de ces droits classiques constitués par le fief et la censive, il convient d'ajouter une multitude de démembrements originaux, plus ou moins proches de la technique censitaire, comme l'albergement⁹⁶³, la coterie ou l'emphytéose.

époque que le domaine direct et le domaine utile.

⁹⁶² PONTANUS, cité par E. CHENON, *ibid.*, p. 29 : « Aussi le nom de propriété convient seulement au domaine direct et jamais au domaine utile. »

⁹⁶³ Contrairement à la censive, l'albergement faisait obligation à son titulaire « d'y faire demeure ». Le seigneur avait sur la terre un droit d'hébergement qui, par la suite, s'est transformé en une rente.

779. Corollaire évident du domaine utile, le domaine éminent ou direct est la marque de la maîtrise du seigneur. Comme le domaine utile, le domaine éminent est difficile à définir car il a, d'une part, profondément évolué dans le temps et d'autre part, il se présente sous des formes variées. Jusqu'au XVI^{ème} siècle, le domaine direct est considéré comme le domaine principal ou la véritable propriété⁹⁶⁴. Par l'accensement ou l'afféagement, le seigneur donne le domaine utile à un censitaire ou vassal tout en retenant pour lui le domaine direct. Le fief concerne tout bien noble, qu'il soit meuble ou immeuble. Le plus souvent, toutefois, il est question d'un immeuble et peu importe la superficie de ce bien, qu'il s'agisse d'un pré ou d'un jardin. Dès lors, moyennant « foi et hommage », le vassal peut disposer d'une terre. Toutefois, les attributs de la directe féodale varient selon les époques. Au XVI^{ème} siècle, la féodalité s'estompe et le fief ne confère plus au seigneur de droit de souveraineté sur son vassal. La promesse de « foi et hommage » perd toute sa force puisqu'il ne s'agit plus alors que d'une reconnaissance formelle de la tenure. D'une manière générale, la directe féodale est caractérisée par certaines redevances versées au seigneur⁹⁶⁵ et par le droit de ce dernier de récupérer son bien. La censive soumise à la directe du seigneur est, quant à elle, tenue « roturièrement » par le censitaire qui disposait du domaine utile et d'un droit perpétuel. Elle se distingue de la directe féodale dans la mesure où elle ne lie pas deux personnes entre elles mais deux terres. Cela n'est pas sans rappeler la technique des servitudes posée par le Code civil⁹⁶⁶.

780. Ainsi, la diversité des démembrements et la fluidité du concept de domaine ne permettent pas de retenir une vision figée du système féodal. S'il ne fait aucun doute que la propriété était substantiellement divisée à cette époque, la balance des droits penchait tantôt du côté du titulaire du domaine utile tantôt du côté du titulaire du domaine éminent⁹⁶⁷. À la veille de la Révolution, le transfert de propriété s'était déjà opéré en faveur du tenancier. La Révolution paracheva l'évolution en unifiant le droit de propriété. Cette volonté d'absolutisme fut néanmoins rapidement contrariée.

⁹⁶⁴ PONTANUS, Commentaire de la coutume de Blois, Art. 33 : « Le nom de propriété convient seulement au domaine direct et jamais au domaine utile. »

⁹⁶⁵ Le profit de relief permettait au seigneur de réclamer une année de revenus à son vassal toutes les fois que le fief changeait de titulaire. Ce droit variait selon les coutumes du pays et il arrivait que ce droit fût exclu dans les successions entre ascendants et descendants.

⁹⁶⁶ Article 637 du Code civil : « Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire. »

⁹⁶⁷ M. BLOCH, Les caractères originaux de l'histoire rurale française, t. 1, Collection : Economies, sociétés, civilisations, Paris : A. Colin, 1968, p. 133 s.

b : Le double domaine dans le droit positif actuel

781. L'histoire du droit français étant caractérisée par des mouvements cycliques⁹⁶⁸, les institutions du passé réapparaissent, de temps en temps, pour expliquer le droit actuel. Ce n'est pas en abolissant la féodalité que les révolutionnaires se sont débarrassés de la propriété divisée⁹⁶⁹ car les rédacteurs du Code civil n'ont pas pris le soin de limiter clairement la liberté contractuelle et n'ont pas souhaité limiter les pouvoirs de l'Etat sur le droit de propriété. L'absolutisme et l'exclusivisme du droit de propriété ayant perdu de leur superbe, on trouve quelques traces de la féconde distinction entre le domaine utile et éminent dans le droit positif. Ce constat n'est pas récent et Saleilles est l'un des premiers à avoir décrit le retour à l'idée d'une propriété relative. D'une part, l'Etat aurait conservé une sorte de domaine éminent sur la propriété des particuliers (α). D'autre part, les particuliers auraient reproduit l'ancien schéma par le biais du contrat (β).

α : Le domaine éminent de l'Etat

782. Il n'est pas rare que la doctrine évoque l'idée selon laquelle l'Etat aurait conservé un domaine éminent sur les terres du pays⁹⁷⁰. Bien entendu, l'Etat n'est pas un souverain fiefieux mais il aurait gardé sur son territoire une sorte de « directe universelle. » Nombreux sont les auteurs qui constatent la dilution de la propriété dans l'intérêt social⁹⁷¹. L'Etat concèderait ainsi, en quelque sorte, un domaine utile au propriétaire dont il déterminerait le contenu en fonction de l'intérêt public. M. Xirafas a bien perçu cette idée. Aussi n'hésite-t-il pas à affirmer que « la Révolution a aboli les droits féodaux, sauf ceux qu'elle s'est contentée de transférer à l'Etat en les confondant avec les attributs de la

⁹⁶⁸ J. LEAUTÉ, Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français, thèse Paris, Paris : Ancienne Imprimerie de la Cour d'appel, 1946.

⁹⁶⁹ G. BEAUR, L'accession à la propriété en 1789, in *Un droit inviolable et sacré, La propriété*, A.D.E.F., 1991, p. 21 et spéc. p. 23 : « En réalité, la législation révolutionnaire n'a nullement mis un terme à la propriété en abolissant le féodalisme. L'Ancien Régime lui avait légué bien d'autres formes beaucoup plus tenaces. »

⁹⁷⁰ G. CHIANGA, La directe féodale aujourd'hui en France, in *Etudes offertes à P. Jaubert, Liber Amicorum*, Presse universitaire de Bordeaux, 1992, p. 142.

⁹⁷¹ D. GRILLET-PONTON, Le droit au bail d'habitation à l'épreuve de la réglementation locative : une nouvelle désacralisation de la propriété, JCP, éd. G., 2000, I, 240, p. 1231 ; H. LEPAGE, La propriété deux siècles après : qu'en reste-t-il ?, *Adm.*, 1989, p. 25 : « Les droits des individus cessent d'apparaître comme des attributs individuels ancrés dans l'essence de la personne humaine pour devenir de simples prérogatives de la puissance publique dont l'usage et la jouissance sont seulement concédés (délégués) aux individus pour autant qu'une majorité d'entre eux ne s'y oppose pas. »

souveraineté politique⁹⁷² ». Il est d'ailleurs intéressant de noter que les rédacteurs de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen voulaient, à l'origine, protéger « les propriétés », pluriel qui fut rectifié le 8 août 1791⁹⁷³. Il apparaît, en effet, que la noblesse ait, assez subtilement, tenté de préserver ses droits de propriété. Pendant tout le XIX^{ème} siècle, les constituants ne cesseront de réaffirmer le droit de propriété en utilisant alternativement le singulier ou le pluriel⁹⁷⁴. Depuis, le législateur a multiplié les restrictions à la propriété dans l'intérêt collectif et le juge a suivi le pas en élaborant la théorie de l'abus de droit. Sans vouloir faire preuve d'exhaustivité, il est possible de citer quelques dispositions législatives significatives ayant contribué à affaiblir le droit de propriété. En conséquence, sous prétexte de remembrement ou de rentabilité, le propriétaire peut perdre la maîtrise de son bien.

783. La loi du 29 juillet 1998⁹⁷⁵ prévoit une réquisition des logements vacants appartenant aux personnes morales afin de les louer. Cette loi, déjà évoquée⁹⁷⁶, va très loin dans l'emprise de l'Etat sur la propriété privée. Elle prévoit même un droit de préemption, sorte de résurgence des biens de mainmorte en cas de vente sur saisie. La propriété est ainsi restreinte au profit du droit au logement. Autre mesure particulièrement éloquente, l'article L 412-1 du code forestier impose au propriétaire d'une forêt de protection des règles d'aménagement, d'exercice du pâturage et des droits d'usage, d'exploitation, de fouille et d'extraction de matériaux. Ce dernier n'est plus du tout libre d'user de son bien comme il l'entend et doit obtenir l'approbation par le préfet d'un règlement pour exploiter son propre bien⁹⁷⁷. La propriété privée se trouve donc largement diminuée par les dispositions

⁹⁷² M. XIRAFAS, La propriété, Etude de philosophie du droit, Collection Fondements de la politique, 1^{ère} édition, Paris : PUF, 2004.

⁹⁷³ J. COMBY, L'impossible propriété absolue, dans *Un droit inviolable et sacré, La propriété*, A.D.E.F., 1991, p.9.

⁹⁷⁴ M. SUEL, La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, l'énigme de l'article 17 sur le droit de propriété, la grammaire et le pouvoir, R.D. public, 1974, p. 1295 s.

⁹⁷⁵ Loi d'orientation n°98-657 du 29 juillet 1998.

⁹⁷⁶ Cf. supra n°425.

⁹⁷⁷ Article R412-1 du code forestier : « Le propriétaire d'une forêt de protection et ne relevant pas du régime forestier a la faculté de faire approuver un règlement d'exploitation résultant soit d'un usage constant, soit d'un aménagement régulier. Le projet de règlement précise la situation, la nature et la quotité en surface ou en volume de chaque coupe, l'année de la décision de coupe et la durée de son exécution ainsi que les travaux de reboisement que le propriétaire s'engage éventuellement à exécuter. Les propriétaires joignent à leur demande d'approbation du règlement d'exploitation une déclaration sur l'existence, la nature et l'importance des droits d'usage qui grèvent les forêts en cause. Le règlement est approuvé par le préfet, sur avis du directeur départemental de l'agriculture, compte tenu des motifs qui ont entraîné le classement. L'approbation du règlement d'exploitation peut être subordonnée à des prescriptions spéciales portant notamment sur le mode de traitement de la forêt, les techniques d'exploitation, le respect de certains peuplements et l'obligation de procéder à des travaux de reconstitution forestière. Le règlement précise sa durée d'application, qui ne peut être inférieure à dix ans ni supérieure à trente ans. »

législatives de protection de l'environnement. Autre impératif poursuivi par l'Etat, l'exploitation du domaine public est également à l'origine de certaines limitations du droit de propriété. La loi du 9 janvier 1985 modifiée par la loi du 3 juillet 2003 prévoit que certaines servitudes peuvent être imposées au propriétaire privé au profit d'une commune afin d'assurer le passage, l'aménagement et l'équipement des pistes de ski. Le souci d'assurer l'exploitation agricole des terres conduit l'Etat à user de ses prérogatives régaliennes. Il peut, en effet, contraindre un propriétaire à exploiter son fonds rural en vertu des dispositions des articles L 125-1 et suivants du code rural en le menaçant d'une expropriation⁹⁷⁸. La liberté d'user et de jouir de la chose se trouve donc largement restreinte puisque le propriétaire ne peut plus laisser son bien inculte. L'instauration du Plafond Local de Densité ampute également très largement le droit de construire du propriétaire puisqu'au-delà d'une certaine limite, le droit de construire échappe au propriétaire. L'article L 112-1 prévoit ainsi que le « droit de construire est attaché à la propriété du sol » et que « l'exercice du droit de construire relève de la collectivité ». Enfin, le droit de préemption urbain limite, lui aussi, le droit de disposition du propriétaire afin de lutter contre la spéculation foncière.

784. Il serait laborieux et inutile de citer toutes les dispositions législatives qui ont contribué à restreindre le droit absolu du propriétaire. En définitive et d'une manière générale, la conception privatiste de la propriété recule au profit de l'intérêt public, notion contingente et évolutive mais de là à prétendre que l'Etat dispose d'un domaine éminent, il y a un pas que nous ne franchirons pas dans la mesure où même au plus fort de l'absolutisme du droit de propriété, les rédacteurs du Code civil n'ont jamais mis l'intérêt public au second plan. Certains auteurs ont toutefois prétendu que la multiplication des atteintes portées par l'Etat au droit de propriété aboutissait à faire ressurgir une sorte de directe universelle. À cette appropriation supérieure de l'Etat, se superposerait un autre dédoublement de la propriété : celui des particuliers par la voie contractuelle.

⁹⁷⁸ Article L125-10 du code rural, alinéa 3 : « Dans le cas où la mise en valeur n'est pas réalisée dans le délai fixé, la commission communale avertit les propriétaires, ou leurs ayants droit, soit par notification, soit, à défaut d'identification, par affichage en mairie et par publication, qu'ils ont l'obligation de réaliser les travaux de mise en valeur ou de présenter l'une des garanties de bonne gestion mentionnées à l'article L101 du code forestier dans un délai maximum de douze mois après l'expiration du délai initial. A défaut, les terrains pourront être expropriés au profit de la commune pour relever du régime forestier ou pour être apportés, par la commune, à un groupement forestier, Les formes de l'expropriation, les règles d'évaluation de l'indemnité ainsi que les conditions et délais de paiement sont fixés conformément aux dispositions du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique. »

785. Il n'est pas rare que la doctrine évoque, au détour d'un contrat spécifique, l'idée d'une division intrinsèque du droit de propriété. Ainsi, la féconde distinction entre le domaine éminent et le domaine utile réapparaît-elle dans l'analyse des effets de la vente et de certains contrats de bail⁹⁷⁹. Comme nous l'avons constaté précédemment⁹⁸⁰, le droit du preneur à bail est souvent au cœur du débat sur la résurgence de la théorie du double domaine⁹⁸¹. Dans sa décision en date du 4 décembre 1962⁹⁸², le Conseil constitutionnel fait du droit au maintien dans les lieux un principe fondamental, reconnaissant que le locataire dispose de prérogatives particulières qu'il peut opposer au propriétaire. Mme Zattara y voit le signe de la résurgence de la théorie du double domaine et la consécration des pouvoirs propres du locataire sur la chose. De la même manière, Mme Pauliat explique cette décision par la volonté du Conseil constitutionnel d'étendre le régime juridique du droit de propriété⁹⁸³. La même idée de décomposition de la propriété se retrouve évidemment en ce qui concerne le bail anomal emphytéotique qui présente la particularité de conférer au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque. Le preneur dispose, comme nous avons pu le constater, d'une sorte de propriété temporaire sur le bien. Cette *plena potestas* du preneur est très souvent comparée à une sorte de domaine utile⁹⁸⁴. Il en va de même en matière de bail à construction où le preneur dispose d'un « droit de propriété temporaire » sur les constructions qu'il a édifiées⁹⁸⁵ et qui n'est pas exclusif du droit de propriété du bailleur, comme en témoigne l'arrêt du 31 mars 2004⁹⁸⁶ que nous avons déjà évoqué⁹⁸⁷. La dissociation du droit de propriété est

⁹⁷⁹ Ch. GOYET, Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire, thèse Strasbourg, Bibliothèque de droit privé, t. 180, Paris : L.G.D.J., 1983, p. 8 et p. 191 : « Le pronostic d'une réapparition du domaine utile est devenue un lieu commun au sujet de l'évolution contemporaine du contrat de louage, car le renforcement des droits du preneur dans les statuts locatifs semble confiner à une décomposition de la propriété. »

⁹⁸⁰ Cf. supra n° 612 s.

⁹⁸¹ D. TOMASIN, L'évolution de la propriété immobilière, in *Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, T. 38, Université des Sciences sociales, 1990, p. 7 s. et spéc. p. 17 : « Le bailleur, quant à lui appréciera que par un de ces retours inopinés de l'histoire, il ait recouvré le domaine « éminent » de son bien c'est-à-dire moins que rien. »

⁹⁸² Conseil constitutionnel n° 62-21 L, 4 décembre 1962, RJC, 1959-1993, p. 12.

⁹⁸³ H. PAULIAT, Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, P.U.L.I.M., 1995, p. 119 s.

⁹⁸⁴ P. SOULEAU, note sous Cass. civ. 3, 28 novembre 1972, Rép. Defrénois 1973, article 30293, n° 10.

⁹⁸⁵ Cass. com. 24 juin 1997, JCP, éd. G, 1998, II, 10059, note N. Gonzalez et P. Cornille.

⁹⁸⁶ Cass. civ. 3, 31 mars 2004, Revue des contrats, 2004, p. 993 : « Attendu que les indemnités allouées doivent couvrir l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain, causé par l'expropriation, l'indemnisation du preneur pour perte, pendant la durée contractuelle du bail, de la propriété des constructions édifiées par lui sur le terrain loué n'exclut pas celle du bailleur pour perte de la propriété de ces biens lui revenant en fin de bail. »

⁹⁸⁷ Cf. supra n°361 s.

également très nette concernant la location de choses incorporelles. Comme nous avons pu le constater, certains contrats de concession sont inscrits à l'actif du bilan comptable lorsqu'ils présentent des caractères de pérennité suffisante. Il est, en effet, parfois très difficile de distinguer la concession de la cession de licence d'exploitation⁹⁸⁸.

786. En dehors de la location, l'idée d'un double domaine ressurgit de la même manière lorsqu'il s'agit d'expliquer certains effets de la vente et notamment le mécanisme de la réserve de propriété car il est délicat d'analyser le temps de latence entre le moment de la vente et le transfert de propriété⁹⁸⁹. Dans la pureté du droit civil, cette difficulté est évitée par le transfert immédiat de propriété mais le principe n'étant pas d'ordre public, les parties ont pu faire de la propriété un instrument de garantie du paiement des créances. Il apparaît, en effet, que la propriété du vendeur se trouve dépourvue de ses attributs communs que sont l'usage, la jouissance et la maîtrise de la chose. Quant à l'acheteur, il ne s'agit plus vraiment d'un simple créancier. Il dispose effectivement d'une quasi-propriété, d'une propriété utile. D'ailleurs, il est intéressant de noter que les allemands considèrent cet acheteur comme le titulaire d'un véritable droit réel. Ainsi, d'une manière générale, la propriété peut-elle être un instrument de garantie dépourvu de ses prérogatives utiles.

787. Enfin, cette résurgence du double domaine semble assez bien correspondre à la propriété littéraire et artistique. La propriété immatérielle est un sujet d'étude très intéressant dans la mesure où elle permet, sans doute, d'étudier les mécanismes purs du droit de propriété. Il semble, en effet, que les éléments essentiels de la propriété apparaissent lorsque celle-ci ne se confond plus avec la chose matérielle sur laquelle elle porte⁹⁹⁰. Lorsqu'une œuvre de l'esprit fait l'objet d'une cession, l'auteur conserve un droit moral afin de protéger l'intérêt spirituel de l'œuvre⁹⁹¹. Il ne cède que le monopole d'exploitation de sa création. Il est difficile d'expliquer ce droit qui reste intimement attaché à l'auteur. Très souvent évoquée

⁹⁸⁸ M. COZIAN, La circulation des droits de propriété industrielle et l'imposition des bénéficiaires, in *La fiscalité de la propriété industrielle, Colloque de l'IRPI sous le haut patronage du Ministère de l'Economie, des Finances et du Budget et de l'Institut national de la propriété industrielle*, Paris, 22-23 mars 1989, Paris : Librairies Techniques, 1989, p. 73.

⁹⁸⁹ Ph. MALAURIE, Rapport de synthèse, Faut-il retarder le transfert de propriété ?, JCP cahiers du droit de l'entreprise, Suppl. n° 5, 1995, p. 46.

⁹⁹⁰ Ch. GOYET, thèse précitée, p. 218 : « Au contraire, les caractères essentiels et les éléments ultimes de la propriété apparaissent lorsque le droit ne se confond plus avec la chose. »

⁹⁹¹ A. FRANCON, La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur, D., 1976, Chr., p. 55.

pour comprendre les effets de certains contrats, la théorie du double domaine apparaît une explication souvent pertinente des mécanismes qui ne s'inscrivent pas parfaitement dans la pureté des concepts élaborés en 1804. Pourtant, l'idée d'un double domaine ne saurait correspondre entièrement au droit positif. Elle ne peut être reprise qu'à condition d'y apporter certaines adaptations.

B : L'inadaptation du double domaine

788. Pour protéger l'unité de la propriété, une grande partie de la doctrine conteste toute idée de résurgence de la distinction féodale. Deux grandes critiques ont été élevées contre la réapparition du double domaine : la critique de l'imprégnation féodale du concept (1) et la critique de la technique juridique (2).

1 : Critique de l'aspect féodal

789. La théorie du double domaine s'inscrit dans un régime féodal⁹⁹² qu'il est difficile de transposer dans le droit actuel. Il s'agit, en effet, d'un système particulier caractérisé par la superposition pyramidale des droits sur un même homme (a) et par une hiérarchie sociale profondément ancrée dans les institutions de l'époque (b). Les critiques paraissent faciles dans la mesure où il est bien évident qu'on ne retrouve pas aujourd'hui, la même structure de société qu'au Moyen Age. Pourtant, elles ont été contournées car de pertinentes analogies entre hier et aujourd'hui ont pu être dessinées.

a : La superposition des droits

790. Ce qui définissait le régime féodal, c'était la superposition des droits sur la tête d'une même personne. Le réseau féodal était, en effet, caractérisé par la multiplication des droits pour un seul et même individu. Ainsi, le titulaire du domaine utile était-il également

⁹⁹² Nous optons ici pour une conception très large du terme « féodal », entendu comme caractérisant les

titulaire d'un domaine éminent. M. Meynial⁹⁹³ souligne d'ailleurs le « caractère essentiellement relatif et changeant du droit du vassal, tantôt utile et tantôt direct ». Au premier chef, le roi était titulaire d'un domaine direct sur tout le royaume, domaine qu'il octroyait aux seigneurs eux-mêmes titulaires d'un domaine éminent qu'ils concédaient à leur vassal et ainsi de suite⁹⁹⁴. La même personne revêtait donc très souvent la qualité de *dominus directus* et de *dominus utilis*. Qu'ils soient nobles ou roturiers, tous étaient pratiquement pourvus d'un domaine direct et d'un domaine utile. Ce constat d'une superposition de droits a été évoqué pour critiquer l'application de la théorie du double domaine à l'exploitation agricole ou commerciale⁹⁹⁵.

791. Pourtant, on retrouve quelque peu cette superposition de droits au niveau étatique et supra-étatique. L'Etat se réserve, en effet, très souvent un pouvoir de contrôle sur le droit de propriété privée que la doctrine qualifie parfois de véritable domaine éminent. À un niveau supra-étatique, on retrouve la même idée consacrée par la notion de patrimoine commun de l'humanité posée, pour la première fois, en 1967 par son excellence Arvid Pardo. Ce concept témoigne d'une répartition des compétences relatives à une ressource naturelle qu'il convient de protéger. Comme l'indique M. Galloux, « Elle se révèle lorsque les prérogatives sur cette ressource se trouvent réparties entre un usager, titulaire d'une sorte de domaine utile, et une autorité investie d'un pouvoir de protection et de contrôle, titulaire d'une sorte de domaine éminent, ce dernier cessant d'exercer un pouvoir effectif en cessant d'être identifié⁹⁹⁶. » Il convient toutefois de mesurer le propos qui s'apparente, selon nous, davantage à une analogie qu'à une véritable assimilation.

institutions de l'Ancien régime sur lesquelles les révolutionnaires sont revenus.

⁹⁹³ E. MEYNIAL, Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XII^{ème} au XIV^{ème} siècle dans les Romanistes, Etude de dogmatique juridique, in *Mélanges Fitting*, t. 2, Montpellier : société anonyme de l'imprimerie générale du midi, 1907-1908, Aalen : Scientia Verlag, Frankfurt/Main : Sauer et Auverman KG, 1969, p. 453.

⁹⁹⁴ Le vassal du vassal est alors appelé vavassal.

⁹⁹⁵ J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, Essai sur la notion juridique d'exploitation en droit privé français, thèse Paris, Bordeaux : Imprimeries Delmas, 1957, p. 167 : « Concédants et concessionnaires, nobles ou roturiers, étaient pratiquement tous pourvus à la fois d'un domaine éminent et d'un domaine utile dont le contenu variait suivant la place qu'ils occupaient dans la hiérarchie des droits relatifs à une même terre...Telle n'est pas la situation du propriétaire de l'immeuble et du propriétaire de l'exploitation dans le droit actuel : chacun a des pouvoirs de nature différente et un nombre d'attributions bien déterminé. »

⁹⁹⁶ J. Ch. GALLOUX, Les enjeux d'une déclaration universelle sur la protection du génome humain, D., 1996, Chr., p. 142.

792. Même s'il ne s'agit encore que d'une ébauche très imagée, la superposition des droits se dessine en filigrane avec l'émergence des règles supranationales. Les intérêts supérieurs de l'humanité dictent des restrictions qu'il convient d'apporter au droit de propriété. Au niveau national, l'Etat a également une certaine emprise sur la propriété privée, très souvent comparée à une sorte de domaine éminent dont le propriétaire privé dispose lui-même lorsqu'il confère l'utilité de son droit à un individu. Bien entendu, on est loin de la construction pyramidale propre au régime féodal. Pourtant, la comparaison n'est pas dénuée de tout fondement. Plus délicate est la comparaison du droit de propriété actuel à la forte hiérarchisation dont le droit était imprégné à l'époque féodale.

b : La hiérarchie sociale

793. Dans la société féodale, la propriété se présentait comme un tissu de relations hiérarchisées. La cérémonie de l'hommage et le serment⁹⁹⁷ caractérisaient, en effet, le lien féodal de la vassalité. Ce rapport puissant d'aide et d'assistance n'existait que parce que les liens du sang étaient insuffisants et, pour sceller ce lien, le seigneur concédait la jouissance de la terre. Les « commendés⁹⁹⁸ » attendaient, en effet, de leur seigneur non seulement la protection mais encore les moyens d'assurer leur subsistance. Ainsi apparut le fief ou *Vieh* dans les pays d'expression germanique. Construit sur des liens de subordination, le mécanisme juridique de décomposition de la propriété est tributaire des bouleversements sociaux.

794. On ne peut donc pas transposer à notre époque cette hiérarchisation des relations humaines. Comme l'indique M. Léaute, « ce n'est plus comme autrefois par le souci politique d'assurer la hiérarchie des propriétaires de fief que s'explique la coexistence d'un domaine utile et éminent⁹⁹⁹. » Pourtant, les relations de dépendance n'étaient, à l'époque, pas uniquement politiques, elles étaient également économiques¹⁰⁰⁰. Or, très souvent, on retrouve,

⁹⁹⁷ Sur la distinction et la description des cérémonies d'hommage et de serment, voir : M. BLOCH, *La société féodale*, Bibliothèque de l'Evolution de l'Humanité, 3^{ème} édition en format de poche, Paris : Albin Michel, 1998, p. 210 s.

⁹⁹⁸ Le mot vient du latin *commendare* qui signifie « confier ».

⁹⁹⁹ J. LEAUTÉ, *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français*, thèse Paris, Paris : Ancienne Imprimerie de la Cour d'appel, 1946, p. 149.

¹⁰⁰⁰ M. BLOCH, *Précité*, p. 233 : « Le seigneur, de son côté, n'avait point pour unique ambition de dominer les personnes ; à travers elles, c'étaient les biens que souvent il s'efforçait d'atteindre. Dès l'origine, en un mot, les

à l'origine de la dissolution de la propriété une inégalité économique que l'Etat tente de compenser. Ainsi, M. Léaute a tenté une comparaison entre les deux systèmes en prétendant que « la vassalité autrefois était un régime instauré pour régler les rapports d'un fort qui désirait disposer de soldats à sa dévotion et d'un faible qui cherchait aide et protection » et que « la dissolution moderne est instaurée pour protéger les plus faibles¹⁰⁰¹ ». L'idée est intéressante mais, par sa trop grande simplicité, elle ne saurait expliquer l'ensemble du mécanisme de dédoublement de la propriété. Les buts poursuivis sont, en effet, multiples, qu'il s'agisse de protéger le titulaire du domaine utile ou de réserver un pouvoir de contrainte au propriétaire éminent.

795. Il n'y a donc de lien de subordination que dans la mesure du contrat concerné mais faut-il, pour autant, rejeter la théorie du double domaine du fait de son imprégnation féodale ? La sentence serait injustifiée et ce serait oublier que l'ancien droit connaissait un dédoublement non féodal de la propriété à travers le bail à rente, à domaine congéable ou à complant¹⁰⁰². De plus, on peut parfaitement imaginer une division de la propriété sans aucun lien entre les différents sujets propriétaires. Il suffit, en effet, d'envisager l'hypothèse d'une communauté objective entendue comme « l'intérêt que deux personnes étrangères l'une à l'autre portent au même bien matériel¹⁰⁰³. »

796. Ainsi, ni l'abolition de la féodalité, ni la consécration d'un principe de propriété unifiée n'ont empêché la réapparition du double domaine. Pourtant, même expurgée de sa connotation féodale, la résurgence de la théorie du double domaine a été critiquée car, sur un plan purement juridique, elle ne collerait pas aux réalités actuelles.

2 : Critique du mécanisme juridique

797. En dehors du concept de copropriété, la majorité de la doctrine rejette l'idée d'une pluralité de titulaires du droit de propriété (a). Elle critique également l'inadaptation de

relations de dépendance eurent leur aspect économique. »

¹⁰⁰¹ J. LEAUTÉ, *Ibid.*, p. 150.

¹⁰⁰² G. BEAUR, L'accession à la propriété en 1789, in *Un droit inviolable et sacré, La propriété*, A.D.E.F., 1991, p. 21 et spéc. p. 23

¹⁰⁰³ M. XIRAFAS, *La propriété*, Etude de philosophie du droit, Collection : Fondements de la politique, 1^{ère} édition, Paris : PUF, 2004, p. 107.

la théorie du double domaine dans la mesure où l'on ne retrouve pas chez le soi-disant propriétaire utile actuel toutes les prérogatives du propriétaire utile de l'époque féodale (b). Ces éléments de critique sont, selon nous, parfaitement contournables.

a : La question du caractère unitaire de la propriété

798. En rejetant le régime féodal au sens large, les rédacteurs du Code civil ont souhaité réunifier le droit de propriété. En ce sens, ils eurent le sentiment de revenir à la pureté des concepts romains. Pour la doctrine majoritaire, il serait contraire aux principes mêmes du Code civil de défendre l'idée d'un dédoublement de la propriété. D'ailleurs un adage célèbre dispose en des termes très clairs : « *Duorum in solidum dominum esse non posse.* » La doctrine est, en principe, assez ferme sur ce point : « Il y a un droit, un seul, avec lequel le droit de propriété est inconciliable sur une même chose : c'est le droit de propriété. Deux droits de propriété ne peuvent pas coexister sur une chose. Deux ou plusieurs personnes peuvent être copropriétaires d'une chose, c'est-à-dire avoir chacune sur cette chose une part du droit de propriété. Mais deux ou plusieurs personnes ne peuvent être en même temps propriétaires de la chose, c'est-à-dire avoir chacune sur elle le droit total de propriété¹⁰⁰⁴. » Cette affirmation n'est toutefois exacte que si l'on retient une définition très stricte du droit de propriété vu comme un droit absolu, exclusif et perpétuel. Elle devient moins juste lorsque l'on reconnaît l'évolution des caractères du droit de propriété.

799. L'autre argument critique repose sur l'idée que la résurgence du double domaine ne serait pas satisfaisante car chaque fois que deux droits de propriétés coexistent, ces droits ne portent pas véritablement sur le même objet. Concernant l'exploitation d'un bien, la propriété de l'immeuble, siège de l'exploitation, ne se confond pas avec la propriété de l'exploitation elle-même. À cette critique, on peut opposer que la propriété du fonds est réduite à bien peu de chose tandis que le propriétaire de l'exploitation dispose librement du bien. De plus, même à l'époque féodale, le droit du propriétaire éminent ne portait pas sur la même chose que le droit du propriétaire utile même si les deux droits avaient pour fondement l'immeuble. Hegel souligne parfaitement l'ambiguïté des rapports du *dominium directum* et du *dominium utile*. L'auteur précise, en effet, que ces rapports ne sont pas contradictoires dans

¹⁰⁰⁴ M. De VAREILLES-SOMMIERES, La définition et la notion juridique de la propriété, R.T.D. civ., 1905, p.

la mesure où des charges sont attachées au *dominium utile*, par lesquelles le titulaire du *dominium directum* devient en même temps titulaire d'un *dominium utile*. En raison des charges, ce sont deux propriétaires qui se tiennent en rapport. Mais, comme le précise le philosophe, « leur rapport n'est pas de propriété commune¹⁰⁰⁵ ». En réalité, leur rapport porte sur le même objet mais dans des aspects différents.

800. Ainsi, si l'on prend en compte l'évolution des caractères du droit de propriété et la réalité du dédoublement féodal du droit de propriété, la résurgence de la propriété décomposée ne paraît pas impossible. Néanmoins, il conviendrait, d'après la doctrine majoritaire, de rejeter la théorie du double domaine dans la mesure où les pouvoirs du propriétaire utile actuel seraient de moindre importance qu'à l'époque féodale.

b : L'importance des pouvoirs du « propriétaire utile »

801. Concernant l'exploitation rurale ou commerciale, M. Delmas Saint-Hilaire a été l'un des premiers à tenter un rapprochement avec le double domaine. Il rejette toutefois toute assimilation au motif que la propriété de l'exploitation n'autorise pas l'exploitant à faire ce qu'il veut de sa chose¹⁰⁰⁶. Dans l'ancien droit, en effet, le censitaire pouvait ne pas exploiter personnellement le bien sans être privé de sa source de revenus. Il disposait, selon M. Delmas Saint-Hilaire, des prérogatives les plus étendues et du droit de disposer de sa tenure comme il l'entendait. Or, les exploitations actuelles ne permettent pas une telle liberté. En effet, le locataire commerçant, comme le fermier ne peuvent pas sous-louer le bien : le premier doit obtenir l'autorisation expresse du bailleur, quant au second, il ne peut absolument pas tirer un quelconque revenu de sa condition privilégiée et la sous-location lui est formellement interdite, même avec l'accord du bailleur. Quant à la cession de l'exploitation, la plus grande disparité règne en la matière puisque l'exploitation est librement cessible concernant le bail commercial et, pour l'instant, indisponible pour ce qui est du bail rural. On est donc plus ou moins loin de l'idée de libre disponibilité de la tenure mais faut-il,

470.

¹⁰⁰⁵ G. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Texte intégral, accompagné d'extraits des cours de Hegel, présenté, révisé, traduit et annoté par J.-F. Kervégan, Collection Fondements de la politique, 1^{ère} édition, Paris : PUF, 1998, p.148-149, § 62.

¹⁰⁰⁶ J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Essai sur la notion juridique d'exploitation en droit privé français*, thèse Paris, Bordeaux : Imprimeries Delmas, 1957, p. 172 s.

pour autant, rejeter toute assimilation du droit de l'exploitant au domaine utile ? Rien n'est moins sûr.

802. Comme nous l'avons précédemment constaté, l'aliénabilité du fief n'a pas été admise tout de suite à cause de son caractère personnel prononcé. Ce n'est que très progressivement que la cession a été autorisée en contrepartie du paiement d'un droit de mutation. Il semble donc hasardeux de prétendre que le titulaire du domaine utile avait tout pouvoir sur sa tenure. S'il demeure difficile d'assimiler totalement le dédoublement actuel de propriété au double domaine de l'ancien droit, c'est surtout parce que son caractère féodal en fait une particularité propre à une époque. Aussi, certains auteurs ont-ils préféré retenir l'idée d'une propriété économique, propriété dédoublée et expurgée de sa coloration féodale.

§2 : *L'apparition de la propriété économique*

803. La notion de propriété économique connaît un réel essor depuis quelques années (A). Pourtant, même ses plus fervents défenseurs émettent quelques réserves quant à sa consécration en droit positif. Confrontés au risque d'éclatement de la propriété, les auteurs ont critiqué cette nouvelle notion (B).

A : La notion de propriété économique

804. Concept relativement récent, la propriété économique mérite une définition qui permette de la distinguer des notions voisines et l'établissement d'un régime juridique spécifique justifiant la nouvelle qualification. Toutefois, la doctrine n'est pas unanime sur la question de la définition (1) et le régime juridique demeure assez timide (2).

1 : Les différentes définitions

805. En 1983, M. Goyet fut l'un des premiers à évoquer l'expression « propriété économique » pour expliquer les contrats de crédit-bail et de bail superficiaire, contrats dont la complexité s'accommode mal des principes posés par le Code civil¹⁰⁰⁷. Depuis, la doctrine s'est emparée du concept en le faisant évoluer (a). Notion relativement récente, la propriété économique se distingue, par son originalité terminologique, de la théorie du double domaine dans la mesure où l'aspect féodal ne transparaît plus (b).

a : Evolution du concept

806. Bien qu'on en trouve les premières traces au début du vingtième siècle, la propriété économique est une notion relativement récente. Elle s'est surtout développée depuis une vingtaine d'années. Concept naissant, elle n'apparaît pas encore dans les manuels car les auteurs sont, en effet, réservés sur la réelle positivité d'un tel système. Qui plus est, ils ne s'entendent pas sur une même définition.

807. Si elle rappelle parfois la propriété dédoublée de l'Ancien Régime, la propriété économique s'en distingue toutefois plus ou moins selon la définition retenue. Propriété de la maîtrise d'exploitation pour les uns (α), elle est, pour d'autres, la propriété de la substance économique de la chose (β).

α : La distinction de l'appartenance et de la maîtrise

808. Prodan fut le premier auteur à distinguer la propriété juridique de ce qu'il appelle la « propriété matérielle¹⁰⁰⁸ ». Bien entendu, sa thèse n'est que l'ébauche d'un concept qui connaîtra, par la suite, de plus importants développements mais elle présente déjà quelques idées intéressantes. La propriété matérielle semble, en effet, être un embryon de propriété économique. Dès cette époque, l'auteur pose les bases de la distinction entre les

¹⁰⁰⁷ Ch. GOYET, Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire, thèse Strasbourg, Bibliothèque de droit privé, t. 180, Paris : L.G.D.J., 1983, p. 195 et s.

deux propriétés. Plus précisément, il en distingue même trois : la propriété juridique, la propriété matérielle et la propriété intellectuelle. Il part de la définition de l'article 544 du Code civil en estimant qu'il s'agit, tout à la fois, d'une définition incomplète et surabondante : incomplète, dans le sens où l'idée d'une garantie de possession exclusive n'y est pas exprimée et surabondante dans la mesure où le droit de disposition ne peut pas être contenu dans le droit de propriété matérielle. En conséquence, l'auteur considère que la propriété matérielle est un droit réel plein qui garantit la possession d'une chose pour une jouissance perpétuelle. Une telle propriété a pour objectif de protéger le droit de consommation des choses. En ce sens, elle est caractérisée par l'*usus* et l'*abusus* de la chose. Quant au droit d'aliéner le bien, il ne peut être assimilé à ces deux prérogatives du droit de propriété puisque le droit de disposer leur est extérieur. Il s'agit, en effet, d'un droit de second degré portant sur le droit de propriété (un droit portant sur un autre droit : la propriété). En ce sens, le droit de disposition correspond à la propriété juridique qui est l'essence même de la propriété¹⁰⁰⁹. C'est donc pour protéger les actes de disposition en tant que tels et consacrer l'existence des droits au second degré que l'auteur reconnaît le besoin de distinguer la propriété juridique de la propriété matérielle. La propriété juridique présente, selon l'auteur, deux caractéristiques : celle d'être un droit sur un droit et celle d'être un droit permettant de poursuivre la valeur du droit par des actes de disposition ou d'administration¹⁰¹⁰. Cette thèse a influencé, sans doute indirectement, les développements qui ont suivi.

809. Cette théorie présente le grand mérite de nous inciter à réfléchir sur la pertinence du triptyque traditionnel *usus, fructus, abusus* et sur la confusion des prérogatives matérielles et juridiques : l'*abusus* recoupant à la fois le droit de détruire la chose et le droit de la vendre. Nous avons toutefois pu constater qu'il semblait plus juste de rejeter l'idée générale consistant à faire du droit d'aliéner un droit extérieur au droit de propriété¹⁰¹¹. Autre point sur lequel nous contestons cette thèse, l'auteur considère que les actes de disposition et d'administration font partie de la propriété juridique. Si une telle idée peut être défendue concernant les actes de disposition, elle est totalement fautive pour ce qui est des actes

¹⁰⁰⁸ C. PRODAN, Essai d'une théorie générale des droits réels, thèse Paris, 1909, p. 154.

¹⁰⁰⁹ C. PRODAN, thèse précitée, p. 122 et 123 : « Si le propriétaire n'a plus l'exercice des actes de jouissance, ceci n'est que d'une importance secondaire. Le but du droit est moins important que son contenu pour le caractériser. »

¹⁰¹⁰ C. PRODAN, Ibid., p. 157 : « Donc les caractères de cette propriété juridique sont : 1° d'être un droit au second degré, c'est-à-dire un droit sur un droit ; 2° d'être un droit qui donne une jouissance juridique des biens, c'est-à-dire d'en poursuivre la valeur par des actes de disposition ou d'administration. »

¹⁰¹¹ Cf. supra n°295 à 297 ; n° 570.

d'administration puisqu'il n'est pas nécessaire d'être propriétaire pour pouvoir passer de tels actes.

810. En réalité, l'intérêt de cette thèse est d'apporter une explication nouvelle au démembrement de propriété. L'étude de M. Prodan permet de répondre à la question de savoir ce qu'il reste lorsqu'on attribue à un tiers la quasi-totalité des prérogatives matérielles du droit de propriété. La propriété juridique permet d'expliquer le mécanisme. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, la thèse de Prodan peut être comparée à celle du professeur Zenati qui refuse l'idée d'un démembrement de propriété en estimant que les prérogatives *d'usus, fructus et abusus* sont extérieures au véritable droit de propriété qui est le droit de jouir et de disposer.

811. La thèse défendue par le professeur Goyet s'inscrit nettement dans la perspective d'un dédoublement de la propriété et du déclin de son exclusivisme¹⁰¹². Le but de l'auteur est de tirer de l'exception que constitue la propriété superficielle des enseignements permettant d'expliquer la propriété double du crédit-bail. En raisonnant par analogie avec le droit de superficie, l'auteur estime que le crédit-bailleur reste propriétaire mais se désintéresse des utilités de la chose en n'appréhendant que sa valeur. Quant au crédit-preneur, il est également propriétaire et jouit de la chose dans sa réalité concrète. Il faut en déduire un dédoublement de la propriété entre propriété économique (appartenant au crédit-preneur) et propriété juridique (appartenant au crédit-bailleur). La première est un droit réel impliquant de la part du propriétaire de la seconde une obligation réelle¹⁰¹³. Selon le professeur Goyet, « La propriété économique peut être conçue comme le droit qui autorise son titulaire à épuiser la durée de vie du bien regardée comme utile dans la commune intention des parties. » Le « propriétaire juridique » a, quant à lui, un droit privé de ses pouvoirs d'utilisation de la chose, un droit abstrait qui se dématérialise pour saisir la valeur de la chose. Dès 1995, M. Atias¹⁰¹⁴ avait suggéré d'abandonner une vision simpliste du droit de propriété pour souligner l'importance de la valeur du bien. Les rapports entre les deux propriétaires sont susceptibles de soulever des difficultés en engendrant des conflits qu'il convient de régler par le biais de la convention. Ainsi, la propriété économique résulte-t-elle de l'amputation de la propriété

¹⁰¹² Ch. GOYET, thèse précitée, p. 193 : « il est inutile de rechercher dans un passé révolu le modèle d'une propriété relative. Elle existe aujourd'hui et, si elle ne paraît guère conforme à l'esprit du Code civil, elle existe grâce à lui sous la forme du droit de superficie. »

¹⁰¹³ Ch. GOYET, thèse précitée, n°360, p. 196.

¹⁰¹⁴ Ch. ATIAS, La propriété est-elle la meilleure solution ?, extrait du colloque : « Faut-il retarder le transfert de la propriété ? », JCP cahiers du droit de l'entreprise, Suppl. n° 5, 1995, p. 44.

juridique par la volonté du « propriétaire juridique » qui fixe l'étendue des droits de son cocontractant. Conçédée par le propriétaire, cette propriété économique est encadrée par le contrat : elle naît avec celui-ci et ne lui survit pas. Elle est donc limitée dans le temps si l'on en croit le principe de prohibition des engagements perpétuels. Le professeur Goyet insiste sur les deux caractéristiques de la propriété économique : celle-ci est temporaire et contractuelle. En ce sens, la propriété économique déroge au droit commun qui voit dans la propriété un droit perpétuel et absolu.

812. Elargissant le champ d'investigation au droit des sociétés, Mme Del Cont¹⁰¹⁵ propose, quant à elle, une définition de la propriété économique fondée sur la notion de pouvoir économique. Elle estime que la propriété économique est « le pouvoir de diriger et de contrôler l'activité d'un ou plusieurs agents économiques avec lesquels le titulaire de cette prérogative n'a aucun lien d'appartenance ou n'a qu'un lien partiel d'appartenance ». Comme en matière contractuelle, l'auteur constate une dissociation de l'appartenance et de la maîtrise en droit des sociétés. Elle observe ainsi que les attributs se détachent du droit de propriété, ce que rejette M. Blanluet. La thèse de Mme Del Cont repose sur une acception très large du concept de maîtrise puisqu'elle assimile la maîtrise à un pouvoir résultant d'un lien de dépendance économique. En ce sens, la thèse défendue par cet auteur s'éloigne très nettement de celle proposée par M. Goyet puisque, selon ce dernier, la maîtrise doit être entendue comme un ensemble de prérogatives juridiques et non pas comme une influence économique exercée sur le titulaire du droit de propriété.

β : La distinction du titre juridique et de la substance économique

813. La démarche de M. Blanluet¹⁰¹⁶ est différente de toutes celles que nous avons précédemment étudiées puisqu'elle part de l'analyse fiscale et comptable de certains contrats pour expliquer la transformation que connaît le droit de propriété. Parce qu'il appréhende la propriété dans sa dimension économique, le droit fiscal anticipe et accompagne, selon lui, les évolutions du droit de propriété. Il est le témoin de sa désincarnation par la séparation qu'il

¹⁰¹⁵ C. DEL CONT, Propriété économique, dépendance et responsabilité, Collection Logiques juridiques, Paris : L'Harmattan, 1997, p. 24.

¹⁰¹⁶ G. BLANLUET, Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, Bibliothèque de droit privé, t. 313, Paris : L.G.D.J., 1999.

effectue du titre et de ses utilités¹⁰¹⁷. L'auteur constate, en effet, que la propriété civile ne correspond pas nécessairement à la « transcription fiscale ou comptable de l'actif¹⁰¹⁸ ». Pour expliquer l'intégration de certains droits personnels à l'actif comptable, l'auteur recourt à l'idée de propriété économique qu'il tente de définir. Sa définition est assez précise puisqu'il prend bien soin de distinguer la propriété économique des notions voisines. Selon lui, la propriété économique « peut se définir comme la relation d'une personne juridique relativement à un bien dont elle n'est pas juridiquement propriétaire, laquelle relation, d'une part, résulte d'un acte juridique, le plus souvent un contrat conclu entre cette personne et le 'propriétaire juridique' et, d'autre part, confère à cette même personne un droit dont l'exercice lui donne vocation à bénéficier, pour elle-même et à titre exclusif, de la totalité de la substance économique du bien¹⁰¹⁹. »

814. Pour l'auteur, la propriété économique, contrairement à l'analyse des autres auteurs, n'est pas une somme de pouvoirs mais elle est le moyen de s'approprier la substance économique des choses. En d'autres termes, la propriété économique ne se retrouve pas toujours du côté de l'*usus, fructus, abusus*. Ainsi, M. Blanluet distingue la propriété économique active de la propriété économique passive. Dans la première hypothèse, celle du contrat de crédit-bail et de la clause de réserve de propriété, le propriétaire économique exploite lui-même la substance économique du bien sans avoir le titre juridique de propriété. Cette propriété économique a une origine contractuelle qui est d'ailleurs l'une de ses caractéristiques essentielles. Dans la seconde hypothèse, celle de la fiducie-gestion, le propriétaire économique n'exploite pas personnellement le bien puisque les prérogatives du droit de propriété appartiennent au propriétaire juridique mais il en retire l'ensemble des avantages économiques. L'originalité de la thèse de M. Blanluet par rapport aux trois autres thèses précitées réside dans la reconnaissance de la propriété économique passive et dans l'idée que la propriété économique peut être reconnue même si le « propriétaire juridique » conserve le pouvoir d'utiliser la chose.

815. L'auteur ne relie pas nécessairement les attributs de la propriété et la valeur économique du bien. Il propose une dissociation non plus de l'appartenance/valeur et de la maîtrise/utilités mais une dissociation du titre juridique et de la valeur économique. Cette

¹⁰¹⁷ G. BLANLUET, *Ibid.*, n° VII, p. 14.

¹⁰¹⁸ G. BLANLUET, *Ibid.*, n°90, p. 75.

thèse permet de respecter scrupuleusement le titre juridique de propriété puisque la propriété économique se développe en dehors de la propriété juridique et par le biais de droits personnels mais elle présente l'inconvénient de regrouper sous une même catégorie (la propriété économique) des mécanismes profondément différents sur un plan juridique. Comment peut-on, en effet, assimiler la situation du crédit-preneur et celle du bénéficiaire de la fiducie ? Pour l'auteur, ces deux intéressés épuisent la substance économique du bien. Il nous semble, au contraire, plus intéressant de comparer la situation du crédit-bailleur et celle du bénéficiaire de la fiducie puisque les deux individus ont un droit portant sur la valeur de la chose. Ce qui compte, ce n'est pas tant de distinguer la propriété juridique de la propriété économique mais la propriété de la valeur de la propriété des utilités. Le rattachement du titre de propriété à la valeur ou aux prérogatives utiles semble dicté par le souci de maintenir l'illusion d'une propriété unitaire. Nous défendons, au contraire, l'hypothèse d'un dédoublement du droit de propriété. L'errance du droit des biens rattachant tantôt le titre de propriété à la propriété de la valeur, tantôt à la propriété utile, nous semble une preuve assez flagrante du dédoublement ponctuel du droit de propriété.

816. Parce qu'elle se développe à côté de la propriété juridique, la propriété économique telle qu'elle est définie par M. Blanluet se distingue assez nettement de la propriété utile de l'ancien droit mais si l'on retient la définition proposée par M. Goyet, la distinction est plus délicate.

b : Distinction avec la théorie du double domaine

817. Si au lendemain de l'élaboration du Code civil, la menace d'un retour des institutions féodales pouvait être préoccupante, une telle crainte n'est plus sérieusement envisageable. Ainsi, la notion de propriété économique apparaît-elle comme expurgée de tout soupçon de féodalité (α). Autre différence importante entre le double domaine et la propriété économique, la première implique l'existence d'un droit réel ce qui n'est pas nécessairement le cas de la seconde (β).

¹⁰¹⁹ G. BLANLUET, *Ibid.*, n° 305, p. 178.

α : Une propriété expurgée de son caractère féodal

818. En défendant la notion de propriété économique, M. Goyet souhaitait éviter que l'on aille puiser dans le passé les fondements d'une propriété relative qui existe parfaitement à notre époque. M. Blanluet aboutit à la même analyse que son prédécesseur mais tout en reconnaissant la propriété économique comme l'écho de la propriété utile, il ne s'agit, selon ce dernier, que d'une image. Pendant très longtemps, la crainte d'un retour du régime féodal a incité la doctrine à une grande prudence concernant le démembrement de la propriété. Cette peur semble aujourd'hui apaisée. Chacun reconnaît, en effet, que les propriétés simultanées du régime féodal reposent sur des fondements politiques, sociaux et économiques appartenant définitivement au passé. Sur un plan politique et social, la propriété ne peut plus être envisagée comme un lien de dépendance social entre deux individus.

819. Expurgée de toute connotation feudiste, la propriété économique présente un autre avantage de taille par rapport au domaine utile puisqu'elle reconnaît l'influence de certains droits personnels sur la substance économique de la chose.

β : Une propriété susceptible de reposer sur un droit personnel de jouissance

820. Le dédoublement féodal de la propriété reposait nécessairement sur la notion de droit réel. Le propriétaire utile était, en effet, titulaire d'un droit réel lui octroyant la maîtrise directe de la chose tandis que le propriétaire éminent avait un droit dématérialisé sur le bien exploité. La propriété économique, au contraire, peut, selon M. Blanluet, parfaitement prendre appui sur un simple droit personnel. La propriété juridique est alors amputée de sa substance économique et, de ce fait, son unité est menacée. Toutefois, ce prélèvement opéré sur la propriété juridique ne confère pas forcément au propriétaire économique un droit réel sur le bien. De plus, la propriété économique ne repose pas nécessairement sur un démembrement de la propriété. Au contraire, il est des hypothèses dans lesquelles le propriétaire économique ne dispose d'aucun des attributs du droit de propriété.

821. Si l'on suit la thèse de M. Blanluet, le propriétaire économique peut parfaitement avoir un rôle passif dans la gestion et la mise en valeur du bien. Le « propriétaire

juridique » exerce alors les actes de disposition et d'administration au profit du propriétaire économique. En retenant une telle définition, on peut distinguer la propriété économique du domaine utile. Cette dernière implique, en effet, une exploitation du bien à travers l'octroi des prérogatives du droit de propriété. Elle ne peut résider en une « exploitation indirecte » du bien. A priori, la distinction semble assez évidente si l'on retient la thèse de M. Blanluet ; la propriété économique est la propriété de la substance économique du bien et la propriété utile est l'exploitation du bien à travers les attributs du droit de propriété. En revanche, la propriété économique telle qu'elle est définie par les autres auteurs diffère peu du domaine utile. C'est cette dernière analyse que nous soutiendrons car les mécanismes contractuels étudiés semblent consacrer un véritable dédoublement de la propriété.

822. Mais avant d'accueillir la notion de propriété économique, encore faut-il pouvoir justifier l'intérêt de cette nouvelle notion par un régime juridique propre qui, pour l'instant, s'apparente encore à une esquisse.

2 : L'élaboration d'un régime juridique

823. Jusqu'à présent, les implications de la propriété économique ont été ressenties en matière fiscale (a). Des études ont également été menées pour vérifier l'impact de la notion en droit privé (b).

a : L'imposition de la propriété économique

824. Les travaux de M. Blanluet sont, encore une fois, très utiles pour appréhender la question de l'imposition de la propriété économique car l'auteur se fonde sur le droit fiscal pour dégager cette notion. Droit d'imposition des richesses, le droit fiscal tend à s'éloigner des qualifications du droit privé pour appréhender la réalité économique¹⁰²⁰. Bien que le lien entre propriété et patrimoine soit encore très fermement ancré en droit français, il arrive que le propriétaire ne jouisse pas de la substance économique de son bien. C'est donc parce qu'il accède à la valeur économique du bien que le propriétaire économique sera imposé. L'attitude

¹⁰²⁰ C. DAVID, Le démembrement de propriété (aspects juridiques et fiscaux), 87^{ème} congrès des Notaires de
385

du droit fiscal confronté à de telles propriétés est double : soit il requalifie le droit en question, soit il soumet ce droit au même régime juridique que la propriété.

825. Ainsi, comme nous avons déjà pu le constater, le droit fiscal assimile la concession de licence d'exploitation à une véritable cession¹⁰²¹ en soumettant les redevances au régime d'imposition des plus-values de cession¹⁰²². La même solution s'applique en ce qui concerne la concession commerciale puisqu'un contrat de distribution commerciale conclu pour une certaine durée est immobilisé à l'actif du contribuable lorsqu'il constitue une source régulière de profit dotée d'une pérennité suffisante. Le droit fiscal fait donc fi des qualifications juridiques pour imposer celui qui jouit des prérogatives du droit de propriété ou celui qui dispose du droit à la valeur de la chose. Tel est le cas en matière de fiducie puisque le projet de loi relatif à l'introduction de ce mécanisme en France prévoit que seul le bénéficiaire pourra être imposé puisqu'il jouit de la valeur de la chose sans être propriétaire. A priori, il n'y a rien d'étonnant à ce que le droit fiscal appréhende la valeur économique du bien dans le patrimoine où elle apparaît.

826. Ainsi, sans vouloir être exhaustive, nous ne pouvons que constater les efforts du droit fiscal pour appréhender les richesses économiques là où elles se trouvent. Les effets de la propriété économique en droit privé semblent un peu plus restreints.

b : Les effets en droit privé

827. Les effets de la propriété économique en droit privé sont encore très faiblement ressentis, qu'il s'agisse du renforcement de la sanction des droits de jouissance (α) ou de la question de la responsabilité du propriétaire économique (β).

France, Montpellier, 5/8 mai 1991, Les petites affiches, n° 49, 24 avril 1991, p. 63 s.

¹⁰²¹ G. BLANLUET, thèse précitée, p. 129, n° 178

¹⁰²² Article 39 terdecies du code général des impôts.

α : Le renforcement de la sanction des droits de jouissance

828. L'un des objectifs avoués des partisans de la propriété économique est la reconnaissance du renforcement des droits de jouissance qu'ils soient de nature personnelle ou réelle et de leur sanction. La reconnaissance de la propriété de la substance économique du bien permettrait au propriétaire économique de jouir de l'aura de protection qui caractérise si bien le droit de propriété. Comme l'indique M. Blanluet, le droit de propriété permet une protection efficace et complète¹⁰²³. Le droit du propriétaire économique, très souvent titulaire d'un simple droit personnel, serait donc renforcé par la reconnaissance du concept. Il pourrait, en effet, bénéficier d'un droit d'exécution en nature et d'une opposabilité plus vigoureuse¹⁰²⁴.

829. Certes, la reconnaissance de l'action possessoire au simple détenteur du bien est déjà un premier pas vers le renforcement des droits personnels de jouissance. Néanmoins, si l'on opte pour l'idée d'une propriété économique passive, une telle protection ne sera pas accordée au propriétaire économique puisqu'il ne détient pas la chose. La reconnaissance de la propriété économique permettrait donc, selon M. Blanluet, de sauvegarder les droits du bénéficiaire en lui offrant l'opportunité d'une action possessoire.

β : La responsabilité du propriétaire économique

830. L'existence de la propriété économique ne suppose pas seulement des droits protégés, elle implique également une responsabilité. Parce qu'elle définit la propriété économique comme un pouvoir, Mme Del Cont tente de préciser les effets d'une telle maîtrise sur le plan de la responsabilité juridique. Elle constate que la dépendance économique n'a pas encore reçu de consécration formelle en droit des biens¹⁰²⁵ mais que le droit reconnaît de plus en plus largement l'existence d'une propriété-appartenance et d'un contrôle-maîtrise. Elle estime que le « sujet de droit » est l'obstacle majeur au transfert de responsabilité. Il existe néanmoins des mécanismes correcteurs permettant d'atténuer la rigueur de ce principe à l'égard des tiers et à l'égard des parties. Afin de protéger les tiers, la pratique applique la

¹⁰²³ G. BLANLUET, thèse précitée, p. 433.

¹⁰²⁴ M.-J. LEVIS, L'opposabilité du droit réel, de la sanction judiciaire des droits, thèse Paris II, 1985, Paris : Economica, 1989.

¹⁰²⁵ C. DEL CONT, thèse précitée, p. 37 s.

théorie de l'apparence ou le droit des procédures collectives permettant d'engager la responsabilité des dirigeants de fait. Quant aux rapports internes de dépendance, la théorie de l'abus de droit permet de sanctionner les comportements fautifs.

831. Notion discutée et discutable, la propriété économique n'est pas encore pleinement consacrée en droit français et les auteurs qui ont exploré le sujet en tirent chacun des définitions différentes. Aucun régime juridique propre ne semble justifier entièrement cette nouvelle notion. Les auteurs sont donc très prudents quant à la portée de cette notion nouvelle qui, malgré ses contours séduisants, est vivement critiquée.

B : Critique de la propriété économique

832. Confrontée au risque d'éclatement de la propriété, la doctrine a vigoureusement critiqué la notion de propriété économique. On retrouve ici, comme pour les critiques de la théorie du double domaine, la même volonté de préserver l'unité du droit de propriété. Une grande partie de la doctrine reste ainsi fidèlement attachée au respect de l'absolutisme et de l'exclusivisme¹⁰²⁶ (1). C'est pourquoi certains auteurs affirment que le concept de propriété économique n'a, et ne peut avoir, aucune incidence juridique (2).

1 : Le respect de l'unité du droit de propriété

833. Comme pour la propriété utile, les critiques de la propriété économique tournent autour du respect de l'unité du droit de propriété. Il serait, en effet, impossible de répartir les utilités du bien entre deux propriétaires distincts. La seule hypothèse envisageable de propriétés simultanées serait l'indivision qui correspond à la co-titularité du droit de propriété.

¹⁰²⁶ P. CROCQ, Propriété et garantie, Bibliothèque de droit privé, t. 248, Paris : L.G.D.J., 1995, p. 192 s., n° 239 et spéc. n° 240 : « Un droit qui n'a pour objet qu'une des utilités d'un bien ne peut être un droit de propriété. Il est donc juridiquement impropre d'employer les termes de 'propriété de la valeur' et la 'propriété de l'utilité'. »

834. Il convient toutefois de distinguer l'indivision du dédoublement de la propriété. Dans la première hypothèse, les propriétaires ont les mêmes pouvoirs sur le bien dans son ensemble, tandis que dans le deuxième cas les utilités de la chose sont réparties entre deux propriétaires. Or, il est impossible de qualifier de propriété une partie seulement des utilités de la chose puisque le Code civil a unifié les prérogatives du droit de propriété. Une telle unité serait détruite si l'on dissociait l'aspect juridique et l'aspect économique du droit de propriété. Pourtant, lorsqu'un individu dispose de la quasi-totalité des prérogatives du droit de propriété, la doctrine a tendance à assimiler son droit à un droit de propriété bien qu'il n'ait pas le titre juridique. Tel est le cas du quasi-usufruitier qui apparaît, à bien des égards, comme le propriétaire du bien. Tel est également le cas du preneur à bail dans un bail à construction ou encore du crédit-preneur. C'est le paradoxe de l'article 544 du Code civil d'avoir défini le droit de propriété par ses attributs tout en conférant au propriétaire le droit de s'en départir de manière absolue. Dès qu'un individu réunit sur sa tête tous les attributs du droit de propriété, le droit français tend à lui attribuer la qualité de propriétaire. Quant au propriétaire en titre, il peut se départir de ses prérogatives sans perdre sa qualité juridique. En résulte une sorte de dédoublement du droit de propriété, une scission du droit par la dématérialisation et l'exploitation.

835. Pour M. Blanluet, la propriété économique ne correspond pas à un dédoublement mais à une duplication du droit de propriété¹⁰²⁷. Il réserve, en effet, l'expression « dédoublement » aux hypothèses dans lesquelles l'exploitation du bien fait apparaître un actif distinct de celui du propriétaire. Tel est le cas du locataire commerçant puisque, selon l'auteur, la propriété de l'exploitant ne porte pas sur le même objet que la propriété du bailleur. Ainsi, l'auteur considère que l'exploitation n'ampute pas le droit de propriété du bailleur. Elle est une richesse nouvelle naissant du travail de l'exploitant et distincte de la propriété immobilière. Par conséquent, la propriété du bailleur reste intacte d'après l'auteur. En d'autres termes, l'exploitation démultiplie la valeur économique du bien. En revanche, la propriété économique correspond à une duplication du droit de propriété puisque le propriétaire économique épuise la substance utile du bien en prélevant la valeur de celui-ci. La propriété immobilière se trouve alors atteinte dans son étendue. Parce que le propriétaire économique jouit de la valeur économique de la chose comme le « propriétaire juridique » le ferait lui-même, M. Blanluet estime que la propriété est dupliquée. Malgré tout

¹⁰²⁷ G. BLANLUET, thèse précitée, p. 80 s., n° 98 s.

l'intérêt que nous portons à cette analyse, nous ne partageons pas ce choix terminologique. En effet, le dédoublement consiste, selon nous, en un partage tandis que la duplication réside dans le fait de faire un double. Or, la propriété économique n'est pas le double de la propriété juridique. Quoiqu'il en soit, on est donc ici dans une hypothèse où deux droits de propriété pèsent sur un même bien, ce que le droit français civil ne peut, en principe, concevoir, c'est pourquoi la doctrine critique cette idée. Pour éviter cette critique, M. Blanluet prend le soin de préciser que le propriétaire économique n'a jamais la propriété juridique du bien mais le souci de préserver l'unité du droit de propriété semble devoir être dépassé.

836. Aussi rigoureuse soit-elle, la critique méconnaît l'évolution considérable qu'a connu le droit des biens et l'inadéquation du concept de propriété unifiée à certaines formes de biens. Soulignant parfaitement l'évolution du droit des biens, M. Oppetit, considère très justement que « le principal argument opposé à la possibilité de constituer un trust selon la loi française, tenant au caractère composite des droits du *trustee* et du bénéficiaire, a singulièrement perdu de sa valeur aujourd'hui, car le droit français connaît maintes situations de division des droits sur un même bien : l'exemple le plus éclatant en est fourni par la législation des baux, et on a magistralement démontré comment le droit personnel du preneur s'était progressivement 'chargé de réalité' au point de devenir un droit concurrent de celui du propriétaire¹⁰²⁸ ». L'apparition de la propriété temporaire contribue également à la duplication ou au dédoublement de la propriété en conjuguant une propriété perpétuelle en sommeil et une propriété temporaire active. Ainsi, d'une manière générale, la notion de propriété économique trouve, de plus en plus, sa place au sein de nos institutions juridiques. Pourtant, une grande partie de la doctrine lui dénie toute portée juridique.

2 : L'absence d'incidence juridique

837. Certains auteurs dénoncent le caractère purement économique et factuel du concept de propriété économique, rejetant ainsi toute domination du droit par les faits (a). De plus, la propriété économique n'aurait, selon eux, aucun intérêt pratique et théorique (b)

¹⁰²⁸ B. OPPETIT, Le trust dans le droit du commerce international, Rev. crit. 1973, p. 16.

838. Selon M. Crocq, la notion de propriété économique n'a de sens qu'en matière fiscale ou comptable¹⁰²⁹. Il ne s'agit pas d'une notion juridique mais d'un concept économique purement descriptif des relations économiques entre deux parties comme l'est, pour M. Zenati, la notion d'acte de disposition. Or, nous avons déjà constaté qu'il n'est pas toujours évident de faire le lien entre les phénomènes économiques et les notions juridiques.

839. S'il est vrai que le droit naît de situations concrètes, il ne faut pas confondre les concepts juridiques et les situations de fait qui s'en rapprochent. Ainsi, si le possesseur a, dans les faits, la maîtrise de la chose, il n'en est pas, pour autant, propriétaire. Néanmoins, l'objectif du droit est d'appréhender les situations de fait pour assurer la protection de certains intérêts. Le droit des biens doit, plus particulièrement, répondre à cet objectif puisqu'il est « l'expression juridique de base de la nature de la vie économique¹⁰³⁰. » Par conséquent, lorsqu'un individu regroupe sur sa tête toutes les prérogatives du droit de propriété, ce n'est pas sans incidence sur le droit du véritable propriétaire.

840. Les partisans de la propriété économique s'efforcent de démontrer que le propriétaire économique ne se trouve pas simplement dans une situation de fait mais dans une situation juridique particulière résultant du contrat. Ils essaient alors de déterminer le régime juridique correspondant à une telle situation. C'est, en effet, en établissant un régime juridique spécifique que l'on peut déterminer l'intérêt d'une notion juridique et d'une qualification nouvelle.

¹⁰²⁹ P. CROCQ, thèse précitée, n°175 s., p. 147 s. : « Cette distinction de deux sortes de propriétés a-t-elle un sens autre que fiscal ou comptable, que purement descriptif des rapports économiques des deux parties ? Peut-on au regard du droit civil (et non plus seulement du droit fiscal ou du droit comptable) parler de « propriété de la valeur » et de « propriété de l'utilité », d'une nouvelle relation aux biens ? »

¹⁰³⁰ R. COTTERRELL, *The Law of Property and Legal Theory, in Legal Theory and Common Law*, Oxford, Basil Blackwell, 1986, p. 81.

841. Selon M. Crocq, il n'est pas nécessaire de reconnaître une propriété de la valeur et une propriété de l'utilité¹⁰³¹, une propriété potentielle et une propriété active. Il convient toutefois de constater le vide juridique dans lequel se trouve la doctrine en matière de vente sous condition suspensive. Certes, la condition suspensive est censée rétroagir lorsqu'elle est accomplie mais ce n'est là qu'une fiction juridique et pendant la période de latence précédant l'accomplissement de la condition, nous nous trouvons dans une période d'incertitude. En témoigne la difficile qualification de la clause de réserve de propriété.

842. De plus, les nouveaux rôles conférés au droit de propriété s'accompagnent presque toujours d'une perte d'intensité de ce droit à laquelle s'ajoutent les attaques législatives répétées contre la suprématie absolue du droit de propriété. En effet, la propriété devient temporaire, non exclusive, en un mot, relative. Il ne semble donc pas inutile de redéfinir le droit de propriété en le relativisant davantage. Or, en redéfinissant le droit de propriété, l'idée d'une propriété dédoublée devient plus acceptable.

843. Enfin, il convient de concilier les intérêts divergents de l'utilisateur exploitant le bien et du propriétaire en titre. Le premier mérite, en effet, une certaine stabilité, quant au second, il doit pouvoir réclamer la protection de son patrimoine. Ainsi, d'une manière générale, que l'on parle de propriété économique ou de domaine utile, la doctrine moderne a mis en évidence l'intérêt d'une décomposition du droit en un titre et un ensemble de prérogatives normalement attachées à ce titre. En résulte un éclatement de la structure du droit de propriété.

¹⁰³¹ P. CROCQ, thèse précitée, p. 149 s., n° 176 s.

Section 2 : La propriété de la valeur et la propriété de la jouissance

844. En 1959, Sortais¹⁰³² mettait très clairement en évidence la structure des droits subjectifs en distinguant le titre de l'émolument. Il définissait ainsi le titre comme le principe même du droit, sa justification et l'émolument comme l'expression des prérogatives et pouvoirs d'action attachés au droit en lui associant le profit que son titulaire était susceptible de retirer en l'exerçant. Ainsi se profile une distinction entre le droit théorique et les utilités de la propriété. Il existe, en effet, des hypothèses, le plus souvent contractuelles, où ces deux aspects du droit subjectif apparaissent avec une grande netteté. D'un côté, la propriété se trouve dépourvue de ses attributs (§1) et d'un autre, un tiers recueille les utilités de la propriété (§2).

§1 : Une propriété dépourvue de ses attributs

845. Même dépourvue de ses attributs, la propriété demeure dans la mesure où elle fait preuve d'une grande élasticité. Loin d'être une coquille vide, elle présente pour le propriétaire des intérêts non négligeables puisque ce dernier conserve d'une part, le droit à la valeur du bien (A) et d'autre part, certaines prérogatives attachées à sa qualité personnelle de propriétaire juridique (B).

A : Le droit à la valeur du bien

846. Conçue comme une notion archaïque d'où découlent les concepts de patrimoine et de bien, la valeur connaît aujourd'hui un véritable renouveau¹⁰³³. Lorsque, par le biais d'un contrat, le propriétaire se détache des attributs de la propriété, le droit ou le juge

¹⁰³² J.-P. SORTAIS, Le titre et l'émolument, essai sur la structure des droits subjectifs, thèse Paris, 1959, Bibliothèque de droit privé, t. 29, Paris : L.G.D.J., 1961.

¹⁰³³ Ch. ATIAS, La valeur engagée (sur l'objet du gage), in *Le gage commercial*, R.J.C. 1994, p. 72.

lui accordent néanmoins le droit de réclamer au titulaire de ces prérogatives une contrepartie financière (1). En conséquence, l'objet de la propriété se dématérialise pour porter sur la valeur du bien. Le mécanisme de la subrogation réelle contribue à accentuer ce phénomène par une étonnante fiction juridique (2).

1 : La contrepartie financière

847. Lorsque le propriétaire octroie, par le biais d'un contrat, les prérogatives classiques du droit de propriété à un tiers, il est exposé au risque de disparition du bien, que celui-ci soit vendu ou tout simplement détruit. Le droit de propriété est donc lui-même menacé par la disparition du bien. Pour restaurer l'assiette du droit de propriété, certaines dispositions prévoient le remplacement du bien. Le quasi-usufruit en est une illustration parfaite. L'article 587 précise, en effet, que l'usufruitier doit rendre, à la fin de l'usufruit, « soit des choses de même quantité et qualité, soit leur valeur estimée à la date de la restitution. » Ainsi, parce que la chose est susceptible de disparaître au premier usage, le législateur permet le remplacement de celle-ci. Lorsque le bien est fongible, il est possible de le remplacer par un bien de même qualité et quantité. Lorsqu'en revanche, il ne l'est pas, le propriétaire ne pourra obtenir que la valeur du bien. On dit alors que le droit de propriété du quasi-nu-propriétaire se transforme en un simple droit de créance à l'encontre du quasi-usufruitier. Cette analyse ne nous semble pas tout à fait exacte. Selon nous, le quasi-nu-propriétaire demeure propriétaire et l'on assiste à un dédoublement du droit de propriété en une propriété de la valeur et une propriété de l'utilité. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler la jurisprudence par laquelle la Cour de cassation décide que le prix résultant de la vente du bien par le quasi-usufruitier et le quasi-nu-propriétaire est partagé entre ces deux derniers en fonction de la valeur respective de leurs droits. Par cette jurisprudence, la Cour de cassation transforme les droits du quasi-usufruitier et du quasi-nu-propriétaire en deux pleines propriétés¹⁰³⁴.

¹⁰³⁴ Cass. civ. 2, 20 octobre 1987, Bull. civ. 1, n° 276 ; RD imm., 1988, p. 189, note J.-L. Bergel ; Cass. civ. 1, 7 juin 1988, Bull. civ. 1, n° 181 ; D. 1988, IR, p. 192 ; Gaz. Pal. 1988, II, pan. jurispr., p. 208 ; Rép. Defrénois, 1988, art. 34372, p. 1381, note G. Morin ; Cass. civ. 3, 3 juillet 1991, Bull. civ. 3, n° 203 ; JCP. éd. G., 1991, IV, 348 ; D. 1991, IR, p. 222 ; JCP éd. not. et imm., 1992, p. 404, note H. Périnet-Marquet ; Gaz. pal., 1991, II, pan. jurispr., p. 304 ; RD imm. 1992, p. 81, note J.-C. Groslière ; Cass. civ. 1, 4 mai 1994, Bull. civ. 1, n° 162 ; R.T.D. civ., 1994, p. 655, note J. Patarin ; RTD. civ. 1995, p. 402, obs. Fr. Zenati.

848. Le mécanisme du quasi-usufruit est très révélateur de l'importance de la valeur du bien pour le propriétaire. Il l'est à tel point que la preuve du quasi-usufruit peut parfois se déduire de la simple estimation de la chose soumise à usufruit. Cette estimation peut, en effet, être analysée comme l'attachement des parties à la valeur du bien et leur indifférence à l'égard de la restitution¹⁰³⁵. Ainsi, par ce mécanisme, le propriétaire témoigne de son indifférence par rapport au bien considéré dans sa matérialité pour n'appréhender que sa valeur. D'une manière générale, la substitution de choses de nature différente suppose, en effet, que l'on attache plus d'importance à la valeur de la chose qu'à la chose elle-même¹⁰³⁶. Il en va de même en matière de dépôt irrégulier où les parties se sont accordées pour que la restitution se fasse par équivalent.

849. La loi du 30 décembre 1981 a accentué ce phénomène de dématérialisation de la propriété en matière de dépôt bancaire. Ainsi, les sommes versées en banque se réduisent à une inscription en compte. La doctrine considère même que le titulaire du compte n'a plus qu'un droit de créance à l'égard de l'établissement financier. Comme le souligne très justement Mme Laude, cela traduit la prééminence de la valeur et une tendance générale selon laquelle « les droits ne s'expriment plus que par des valeurs¹⁰³⁷ ». Cette idée est nettement consacrée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹⁰³⁸, attaché à une vision économique du droit de propriété¹⁰³⁹. Ainsi, dans une décision rendue le 22 janvier 1990¹⁰⁴⁰ et souligné par M. Molfessis, il apparaît assez clairement que la propriété est protégée par la seule garantie de sa valeur. Une telle propriété ne vaut donc que pour la valeur qu'elle représente aux yeux du propriétaire. C'est l'idée qui caractérise le mécanisme du crédit-bail analysé par le professeur Goyet comme un dédoublement de la propriété entre une propriété juridique et une propriété économique¹⁰⁴¹, une propriété de la valeur et une propriété de l'utilité. On retrouve la même idée concernant la subrogation réelle.

¹⁰³⁵ M. GRIMALDI et J.-F. ROUX, La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit, Dalloz, 1994, Chr., p. 221, n° 8 : « Cette estimation peut être le signe que, dans l'esprit des parties, la restitution en nature est indifférente, seule comptant la valeur de la chose : Estimation vaut vente, dit l'adage. »

¹⁰³⁶ A. LAUDE, La fongibilité, RTD com., 1995, p. 315 s.

¹⁰³⁷ A. LAUDE, préc., p. 320.

¹⁰³⁸ N. MOLFESSIS, Le Conseil constitutionnel et le droit privé, Bibliothèque de droit privé, t. 287, Paris : L.G.D.J., 1997, p. 83 s.

¹⁰³⁹ J. MORANGE, La Déclaration et le droit de propriété, Droits, n°8, 1988, p. 109 s.

¹⁰⁴⁰ Décision. 89-267, DC 22 janvier 1990, Rec., p. 27.

¹⁰⁴¹ Ch. GOYET, thèse précitée, p. 21 : « L'une, la propriété juridique, serait celle que le financier conserve sur un bien dont il ne retient que la valeur à seule fin de garantir le parfait remboursement de sa créance. »

2 : La subrogation réelle

850. La subrogation réelle est un mécanisme particulier par lequel le bien se trouve remplacé par un autre sans que le rapport juridique n'en soit altéré¹⁰⁴². Ainsi, la subrogation permet d'éviter la perte d'un droit dont l'existence est menacée. Le domaine de prédilection de la subrogation réelle est, sans conteste, celui des sûretés réelles¹⁰⁴³ et par voie de conséquence, celui de la propriété-garantie. En conséquence, la subrogation réelle pourra jouer en matière contractuelle, par exemple, dans le cadre d'une vente conclue sous réserve de propriété. Dans ce domaine, en effet, le bien n'a réellement d'intérêt que pour la valeur qu'il représente. La doctrine parle alors d'affectation en valeur¹⁰⁴⁴. On comprend dès lors pourquoi la jurisprudence applique très largement la subrogation réelle lorsqu'un bien est vendu sous réserve de propriété¹⁰⁴⁵. Nous avons, en effet, pu constater que la propriété-garantie permettait essentiellement au propriétaire de conserver le droit à la valeur de la chose. Par le mécanisme de la subrogation réelle, la jurisprudence et le législateur permettent d'éviter que le propriétaire ne perde son droit de propriété menacé par la disparition de son bien ou par un droit concurrent.

851. Lorsque l'article 2279 du Code civil trouve à s'appliquer, le propriétaire voit son action en revendication et toute action directe paralysées au profit du possesseur de bonne foi. Rejetant le dédoublement de la propriété, la doctrine considère alors que le propriétaire d'origine perd son droit de propriété. Pour faire échec à l'application stricte de l'article 2279 du Code civil protégeant le possesseur de bonne foi au détriment du propriétaire juridique, la jurisprudence¹⁰⁴⁶ et le législateur font jouer le mécanisme de la subrogation réelle afin de préserver les intérêts du propriétaire titulaire d'une clause de réserve de propriété. Dans son arrêt en date du 20 juin 1989, la Cour de cassation prévoit, en effet, que le prix dû par les

¹⁰⁴² Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Collection Précis, 6^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002, n° 489 s., p. 369 s.

¹⁰⁴³ E. SAVAUX, *Subrogation réelle*, rép. Dalloz, 1998, p. 5, n° 20 : « On comprend donc aisément que le droit des sûretés réelles soit souvent présenté comme le domaine d'élection de la subrogation puisque les biens n'y sont considérés qu'en raison de la garantie de paiement qu'ils offrent. »

¹⁰⁴⁴ E. SAVAUX, préc. : « Il y a affectation en valeur lorsqu'un bien n'est compris dans un rapport de droit qu'en raison de l'élément de richesse qu'il représente. »

¹⁰⁴⁵ Pourtant, la Cour de cassation avait jugé à plusieurs reprises que « la subrogation réelle ne s'opérait que dans les cas expressément prévus par la loi ».

¹⁰⁴⁶ Cass. com. 8 mars 1988, Bull. civ., IV, n° 99, p. 69 ; JCP, 1988, IV, 184 ; RTD com., 1989, 348, obs. Fr. Zenati, *Petites affiches*, 2 mai 1988, p. 18 ; Cass. com. 20 juin 1989, D. 1989, p. 431, note Fr. Pérochon ; Banque 1989, p. 760 ; RD bancaire, 1990, p. 52.

sous-acquéreurs de bonne foi à l'acquéreur initial se trouve immédiatement subrogé aux marchandises dont la société était demeurée propriétaire. Certes, la décision se fonde sur les articles 65 et 66 de la loi du 13 juillet 1967 néanmoins les termes employés par la Cour de cassation sont si généraux qu'ils permettent d'imaginer une admission très large du principe. La cour précise, en effet, que « les marchandises vendues sous réserve de propriété étant affectées à la garantie de la créance du vendeur, celui-ci exerce sa revendication sur les marchandises elles-mêmes, aussi longtemps qu'elles existent en nature entre les mains du débiteur, et, qu'après leur revente en l'état initial par ce dernier, le prix se trouvant par là même subrogé aux marchandises, le vendeur exerce sa revendication sur le prix ». Par cet attendu très général, la Cour de cassation pose implicitement la question de l'étendue de la subrogation réelle qui divise la doctrine. En d'autres termes, toute la question était de savoir s'il fallait appliquer la subrogation réelle sans support légal ou conventionnel.

852. La jurisprudence a très nettement accueilli la subrogation réelle en dehors de tout texte. Ainsi, elle a pu estimer que l'indemnité d'assurance se trouvait subrogée au bien vendu sous réserve de propriété dans un arrêt du 1^{er} octobre 1985¹⁰⁴⁷. Dans cet arrêt, la Cour de cassation se référait encore aux articles 65 et 66 de la loi du 13 juillet 1967. En 1993¹⁰⁴⁸, elle abandonna purement et simplement ce fondement contestable. D'une manière générale, on observe une tendance jurisprudentielle très cohérente à l'extension de la subrogation réelle. L'arrêt du 9 mai 1995¹⁰⁴⁹ en est une parfaite illustration car, en assimilant la clause de réserve de propriété à une sûreté réelle, la Cour de cassation étend incontestablement la portée d'une telle clause. L'extension de la subrogation en matière de propriété-garantie est d'ailleurs si remarquable qu'un arrêt rendu le 29 mai 2001¹⁰⁵⁰ prévoit que le report du droit de propriété sur le prix peut s'effectuer alors que l'acheteur est encore *in bonis*.

853. Ainsi, en élargissant le domaine de la subrogation réelle¹⁰⁵¹, le législateur et la jurisprudence assurent la pérennité du droit de propriété qui aurait dû disparaître par le jeu de

¹⁰⁴⁷ Cass. com. 1^{er} octobre 1985, D. 1986, 246, note M. Cabrillac ; D. 1986, inf. rap. 169, obs. J. Derrida.

¹⁰⁴⁸ Cass. com. 6 juillet 1993, Bull. civ. IV, n° 281, R.T.D. civ., 1995, 397, obs. Fr. Zenati ; D. 1994, Somm., 81, obs. A. Honorat ; JCP 1993, II, 22153, note Ch. Larroumet.

¹⁰⁴⁹ Cass. com. 9 mai 1995, R.T.D. civ., 1996, p. 441 ; Rev. proc. coll. 1995, p. 487 ; solution confirmée par Cass. com. 23 janvier 2001, JCP, éd. entr., 2001, I, 321, n° 13 ; R.T.D. civ., 2001, p. 399 s. ; D. 2001, p. 518 ; Act. proc. coll., 2001, 4, n° 52.

¹⁰⁵⁰ Cass. com. 29 mai 2001, CCC, 2001, comm. 1332.

¹⁰⁵¹ V. VEAUX-FOURNERIE, Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commercial, in *Le gage commercial : étude de droit commercial sous la direction de J. Hamel*, Paris : Dalloz, 1953.

la possession de bonne foi. On se retrouve donc dans une situation assez particulière où le possesseur de bonne foi obtient les attributs du droit de propriété puis le titre qui en découle tandis que le propriétaire conserve son droit de propriété résumé dans le droit à la valeur de la chose. Ainsi, en qualifiant la propriété-garantie de sûreté, la Cour de cassation a implicitement consacré une décomposition de la propriété en une « propriété de la valeur » et une « propriété de l'utilité ». Il convient, en effet, d'analyser la coexistence de deux droits de nature réelle, le premier autorisant le propriétaire à exercer son action en revendication et le second accordant le droit de disposer à celui qui jouit matériellement du bien.

854. Par le mécanisme de la subrogation réelle, le bien nouveau prend la place du bien ancien. Une partie de la doctrine considère que le remplacement du bien s'accompagne d'un changement de droit. Ainsi, lorsqu'un bien est remplacé par une créance, le droit du propriétaire n'est plus un droit réel mais un droit personnel contre un débiteur¹⁰⁵². Nous pensons, au contraire, que le droit de propriété est maintenu à l'état de propriété de la valeur et que c'est là l'objectif de la subrogation réelle. Pour nous en convaincre, il suffit de nous rappeler qu'une créance peut très bien être l'objet d'un droit de propriété¹⁰⁵³. Rejoignant les propos de M. Martin¹⁰⁵⁴, nous distinguerons selon que la somme est due à titre de paiement ou à titre de restitution. Dans le premier cas, le droit en question n'est qu'un droit de créance. Dans la seconde hypothèse, en revanche, le droit est réel puisqu'il consiste, par le jeu de la revendication, à reconstituer l'assiette du droit de propriété. L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 3 février 1988 est assez clair sur ce point puisqu'il précise que le vendeur est « propriétaire de la créance du prix de revente depuis le jour de l'aliénation des marchandises ». L'objectif de protection du droit de propriété est d'ailleurs très explicitement évoqué par l'arrêt de rejet

¹⁰⁵² E. SAVAUX, préc., p. 11, n° 55 : « Dans d'autres hypothèses, c'est la nature même du droit qui est modifiée. Par exemple, en cas de substitution d'une créance de deniers à un bien propre, le droit réel du propriétaire du bien se transforme en droit personnel contre le débiteur. »

¹⁰⁵³ G. BLANLUET, Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, Bibliothèque de droit privé, t. 313, Paris : L.G.D.J., 1999, n° 385, p. 236 s. ; Th. BONNEAU, Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, le droit civil, RTD. civ., 1991, p. 9 s. ; M. FABRE-MAGNAN, Propriété, patrimoine et lien social, RTD civ., 1997, p. 603-604 ; C. LASSALAS, L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale, thèse Clermont-Ferrand, 1997, n°380 s., p. 133 s. ; B. LOTTI, Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, Contribution à la distinction de la propriété et des droits réels, thèse dact. Paris XI, 1999, n°233, p. 265 s. ; H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, Leçons de droit civil, t. 1, vol.1, Introduction à l'étude du droit, 12^{ème} éd., par F. CHABAS, n° 166, p. 278 ; M.-A. RAKOTOVAHINY, L'évolution de la notion de créance, thèse Toulouse, 1999, n°237 s., p. 296 s. ; A. REYGROELLET, Le droit du titulaire d'instruments financiers dématérialisés, RTD com., 1999, p. 305 s. ; J.-P. VIENNOIS, La revendication des créances, RRJ, 2001, p. 1424 s. ; Fr. ZENATI, Pour une rénovation de la théorie de la propriété, RTD civ. 1993, p. 310 s.

¹⁰⁵⁴ D. MARTIN, De la revendication des sommes d'argent, Dalloz, 2002, n°44, Chronique, p. 3280.

qui a suivi cette décision¹⁰⁵⁵ puisque la Cour de cassation considère que le vendeur est « demeuré propriétaire ». De plus, l'arrêt ajoute que le vendeur exerce « sa revendication sur le prix ». Ainsi, la subrogation permet de reporter le droit de propriété sur un prix afin de revendiquer la valeur du bien.

855. En dehors de cette propriété de la valeur, le propriétaire conserve quelques prérogatives particulières attachées à son titre de propriété et dont il ne peut se départir.

B : Les droits attachés à la qualité de propriétaire

856. En citant l'arrêt Fourché du 22 juillet 1986¹⁰⁵⁶, M. Sortais¹⁰⁵⁷ met parfaitement en évidence l'idée que certains pouvoirs demeurent inéluctablement attachés au titre, c'est-à-dire à la qualité personnelle de son titulaire. L'arrêt prévoit, en effet, que « si l'héritier exhéredé perd, par l'effet de la clause du testament qui l'écarte de la succession, tout l'émolument que la loi l'appelait à recueillir dans cette succession, il conserve néanmoins, tant qu'il n'y a pas renoncé, le titre que la loi lui confère et, avec lui, les droits inhérents à ce titre, notamment celui d'obtenir expédition de l'inventaire de la succession ». L'arrêt concerne, certes, le droit de succession mais, par sa généralité, il semble pouvoir être élargi à d'autres domaines. On peut donc se demander s'il existe des prérogatives inhérentes au titre de propriété et que le propriétaire conserve lorsqu'il se départit des attributs de la propriété (1). Il convient de faire une place à part à la propriété incorporelle qui présente des particularités non négligeables et qui méritent d'être soulignées (2).

1 : Les pouvoirs inhérents au titre de propriété

857. Au XVIII^{ème} siècle, le domaine utile pouvait apparaître comme une propriété pleine et entière pour un observateur de notre siècle dans la mesure où le domaine direct était réduit à une « seigneurie d'honneur », c'est-à-dire au « droit de se faire reconnaître comme seigneur ». S'interroger aujourd'hui sur la portée à accorder au titre de propriété, c'est

¹⁰⁵⁵ Cass. com. 20 juin 1989, préc.

¹⁰⁵⁶ Req. 22 juillet 1896, S. 1896, I, 513.

déterminer ce en quoi consiste « le droit de se faire reconnaître comme propriétaire. » Autrement dit, il s'agit de préciser quels sont les pouvoirs que le propriétaire conserve même s'il est privé de l'*usus, fructus, abusus*. Le titre est ce droit théorique, potentiel caractérisé par certaines décisions de justice (a) mais, au-delà de ce droit potentiel, le propriétaire conserve certaines prérogatives propres (b).

a : Le droit potentiel de propriété

858. Sortais croit déceler dans la constitution d'usufruit le schéma de la décomposition générale des droits subjectifs. Ainsi, selon l'auteur, « tandis que le nu-propiétaire conserve pour lui le 'droit théorique', c'est-à-dire le droit de propriété dans son principe, l'usufruitier est appelé à recueillir 'l'utilité' de ce droit¹⁰⁵⁸. » L'exemple ne nous semble pas tout à fait probant et l'auteur le reconnaît lui-même puisqu'il souligne très justement qu'une prérogative fait défaut à l'usufruitier : l'*abusus*. En matière d'usufruit, il n'y a donc pas de réelle scission entre d'une part le titre de propriété et d'autre part les utilités de la propriété, hormis l'hypothèse assez exceptionnelle du quasi-usufruit. Dans ce dernier cas, il convient de se demander à quoi correspond le titre de propriété du quasi-nu-propiétaire.

859. L'intérêt du titre juridique ne réside pas tant dans ce qu'il exprime que dans son contenu virtuel caractérisé par l'espérance de recouvrer l'ensemble des prérogatives sur le bien. On retrouve ici l'idée d'une propriété potentielle¹⁰⁵⁹ posée par l'arrêt « *Etang Napoléon* ». Si, en effet, la propriété du particulier est réapparue une fois que les eaux se sont retirées, c'est bien parce que sa propriété était en sommeil, paralysée par l'exercice de la puissance publique et réduite à l'état de titre juridique sans aucun émolument possible. Cette propriété élastique a été au cœur de la démonstration de la doctrine soucieuse de justifier la pérennité du droit du nu-propiétaire qui ne dispose finalement que d'une très petite partie des prérogatives utiles sur le bien. Par conséquent, si le nu-propiétaire conserve la propriété, c'est

¹⁰⁵⁷ J.-P. SORTAIS, thèse préc., p. 3.

¹⁰⁵⁸ J.-P. SORTAIS, thèse précitée, p. 10.

¹⁰⁵⁹ N. MOLFESSIS, Le Conseil constitutionnel et le droit privé, Bibliothèque de droit privé, t. 287, Paris : L.G.D.J., 1997, p. 82 : « C'est bien en faisant abstraction d'un droit de propriété compris comme une collection d'attributs, que l'on peut à la fois tolérer les limitations qui lui sont apportées et ne pas estimer qu'il est mis en cause. Le droit de propriété consiste alors dans la 'potentialité' d'utilisation de ses prérogatives. »

parce que son droit a vocation à redevenir entier. L'analyse de Vareilles-Sommières¹⁰⁶⁰ consacre parfaitement cette idée d'une propriété à géométrie variable, tout comme la thèse de Ginossar. Selon ce dernier, en effet, « la propriété n'est pas nécessairement le droit de retirer de la chose toute l'utilité qu'elle est susceptible de procurer ; mais si le propriétaire ne peut toujours la retirer effectivement, il en conserve à tout moment l'expectative¹⁰⁶¹ ». Ainsi, la privation perpétuelle d'une prérogative du droit de propriété porterait, de toute évidence, atteinte à la substance du droit de propriété. Une limitation temporaire du droit de propriété, aussi étendue soit-elle, semble, en revanche, parfaitement concevable.

860. Mais, le titre juridique ne consiste pas seulement en cette expectative de propriété entière, le propriétaire conserve, en effet, certains pouvoirs attachés à sa qualité de propriétaire.

b : Les pouvoirs effectifs du propriétaire

861. L'action en revendication est à l'image du droit de propriété : elle ne se perd pas par la passivité de son titulaire, elle s'exerce dans le lieu de situation de l'immeuble et, enfin, le jugement rendu doit faire l'objet d'une publication. Elle a pour objet la reconnaissance du droit de propriété et tend, en principe, à la restitution du bien. Dépourvus des attributs classiques du droit de propriété que sont l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, le propriétaire conserve néanmoins le droit d'exercer les actions attachées à son titre de propriété et concernant le fond du droit. L'action en revendication est la principale action du propriétaire qui souhaite récupérer son bien, c'est même « l'incarnation suprême des pouvoirs du propriétaire » pour reprendre une expression du professeur Libchaber¹⁰⁶². C'est d'ailleurs la seule prérogative qui intéresse le vendeur à crédit¹⁰⁶³. Elle présente la particularité d'être

¹⁰⁶⁰ M de VAREILLES-SOMMIERES, La définition et la notion juridique de propriété, R.T.D. civ., 1905, p. 443.

¹⁰⁶¹ S. GINOSSAR, Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, Paris : L.G.D.J., 1960, n° 12, p. 32.

¹⁰⁶² R. LIBCHABER, La recodification du droit des biens, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Paris : Dalloz, Litec, 2004, p. 366.

¹⁰⁶³ Ch. MOULY, Résumé du colloque : Faut-il retarder le transfert de la propriété ?, Cahiers du droit de l'entreprise, Supplément n° 5, 1995, p. 1 : « En réalité, une seule parmi les prérogatives du propriétaire intéresse le vendeur à crédit : la revendication du bien. N'est-il pas juridiquement concevable de la dissocier de la propriété, par exemple en ouvrant la revendication au vendeur impayé bien qu'il ait transféré les autres prérogatives du propriétaire : possibilité de revente, de transformation, d'usage du bien ? Ne pourrait-on faire revivre le privilège du vendeur, qui est un droit réel fondant une revendication, de pair avec une action

une action imprescriptible dans la mesure où elle se calque sur le droit de propriété. C'est, en tout cas, ce qui résulte d'une jurisprudence rare mais constante¹⁰⁶⁴.

862. Dans certaines hypothèses, l'action en revendication se trouve toutefois paralysée. Tel est le cas lorsqu'un tiers acquiert la propriété du bien par la voie de la prescription acquisitive, de la possession de bonne foi ou encore lorsque joue la théorie de l'apparence. Tel est encore le cas lorsque l'acquéreur ne publie pas son droit lorsqu'il se trouve en conflit avec un ayant cause à titre particulier qui détient sur le même immeuble et du même auteur un droit concurrent soumis à publicité et publié. On se retrouve alors devant un véritable paradoxe puisque la revendication pourtant perpétuelle est mise en échec par la propriété d'un autre. En faisant jouer la subrogation réelle, la loi et la jurisprudence permettent la survie de l'action en revendication.

863. D'une manière générale, les actions réservées au propriétaire pour protéger son droit de propriété s'incorporent dans le droit de propriété. M. Molfessis¹⁰⁶⁵ souligne parfaitement cette idée en prenant pour appui la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La décision du 13 décembre 1985¹⁰⁶⁶ citée par l'auteur est particulièrement significative puisque le Conseil constitutionnel a sanctionné une disposition législative pour n'avoir pas « institué une procédure d'information et de réclamation assortie de délais raisonnables ou tout autre moyen destiné à écarter le risque d'arbitraire dans la détermination des immeubles désignés pour supporter la servitude. »

864. Ainsi, l'action en revendication caractérise le droit de propriété. Lorsque cette action disparaît, le propriétaire perd son droit de propriété. Certains attributs demeurent donc attachés à la qualité même de propriétaire. Cela apparaît avec évidence en matière de propriété incorporelle.

résolutoire ? »

¹⁰⁶⁴ Cass. civ. 10 mai 1937, D. 1937, p. 346 ; Cass. civ. 1, 7 octobre 1964, Bull. civ., I, n° 340, p. 334 ; Cass. civ. 3, 9 juillet 1970, Bull. civ., III, n°470, p. 347 ; JCP, 1971, éd. not. et immob., 16579 ; note G. Goubeaux ; Rép. Defrénois, 1971, art. 29882, p. 665, n° 49, note J.-L. Aubert.

¹⁰⁶⁵ N. MOLFESSIS, préc., p. 91 s.

¹⁰⁶⁶ Déc. 85-198, DC 13 décembre 1985, Rec., p. 78.

2 : Le titre dans la propriété incorporelle

865. Une place particulière doit être faite pour le droit moral accordé à l'auteur afin de préserver l'intégrité de son œuvre. En effet, même s'il cède l'ensemble de ses prérogatives patrimoniales sur le bien, l'auteur d'une œuvre de l'esprit conserve sur celle-ci un droit moral lui permettant de s'opposer à toute dénaturation de son œuvre. M. Cornu souligne parfaitement cette idée en affirmant que « survivant à l'aliénation, le droit moral continue à planer sur l'œuvre et donne à l'artiste la faculté de veiller au respect de l'intégrité de celle-ci¹⁰⁶⁷ ». Ainsi, le propriétaire d'une œuvre de l'esprit conserve sur sa création une sorte de droit éminent puisqu'il peut surveiller l'utilisation que le propriétaire économique fait de son oeuvre. Ce droit moral n'est pas aliénable car il ne s'agit nullement d'un droit patrimonial mais d'un droit de la personnalité. Il convient donc de distinguer le droit d'exploitation du droit moral de l'auteur.

866. La propriété littéraire et artistique est, sans doute, l'un des domaines où la stratification et le dédoublement de la propriété paraissent les plus évidents. M. Recht¹⁰⁶⁸ a parfaitement mis en évidence cette division de la propriété de l'auteur au moment de la publication, la propriété étant, selon lui, partagée entre la collectivité et l'auteur mais le domaine éminent de l'Etat n'apparaît pas tant que l'auteur est en vie. Il devient évident le jour de son décès, le législateur concédant aux héritiers une sorte de propriété utile temporaire caractérisée par la réunion des attributs du droit de propriété.

§2 : La réunion des attributs de la propriété

867. En poursuivant de nouvelles fonctions, la propriété a perdu ses qualités érigées en 1789. Aussi ne peut-elle plus être analysée comme un droit unitaire et absolu. À côté de la propriété traditionnelle, se développent de nouvelles formes d'appropriation que la doctrine

¹⁰⁶⁷ G. CORNU, Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, Collection Domat / droit privé, 7^{ème} édition, Paris : Montchrestien, 1994, n°1694, p. 571.

¹⁰⁶⁸ P. RECHT, Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété, Histoire et théorie, Paris : L.G.D.J., Gembloux : Ed. J. Duculot, 1969, p. 234 s. et spéc. p. 235 : « Jusqu'à l'heure actuelle, ils ne veulent pas admettre que la véritable division de la propriété qui se révèle lors de la publication est celle qui s'opère entre le domaine éminent de la collectivité et le domaine utile de l'auteur. Je parle de propriété divisée et non pas de

compare parfois au droit de propriété lui-même lorsque l'utilisateur du bien jouit des prérogatives du droit de propriété comme le propriétaire. Certains utilisateurs se voient ainsi reconnaître sur le bien des prérogatives très étendues. Il convient toutefois de distinguer selon qu'il y a ou non cession du droit de disposer. Dans certaines hypothèses, en effet, l'utilisateur du bien a, dans les faits, les prérogatives les plus étendues sur le bien sans qu'il y ait eu transfert du droit de disposer (A). Dans d'autres hypothèses, l'utilisateur obtient le droit de disposer du bien sans que le transfert de propriété soit, pour autant, parfait dans la mesure où il est tenu à une obligation de restitution (B).

A : L'absence de transfert juridique du droit de disposer

868. Ce n'est pas parce que l'utilisateur n'obtient pas l'*abusus* qu'il est dépourvu de la faculté de disposer du bien dans les faits. Il faut alors déduire les prérogatives étendues de l'utilisateur du bien de la volonté du propriétaire de se détacher de la chose dans sa matérialité. Tel est le cas lorsque le propriétaire souhaite faire de sa propriété un simple instrument de garantie (1). Tel est également le cas lorsqu'il loue son bien dans le but de le valoriser (2).

1 : La propriété comme sûreté

869. Parce qu'elle opère, en principe, un transfert immédiat de propriété, la vente apparaît comme un mécanisme assez simple et qui se distingue aisément du contrat de bail. Les difficultés apparaissent lorsque le transfert de propriété est repoussé par le biais d'une clause particulière remettant l'effet translatif au paiement intégral du prix (a) et lorsque les mécanismes de la vente et de la location se confondent dans un contrat d'apparence mixte : le crédit-bail (b). Dans ces deux hypothèses, en effet, les pouvoirs transférés à l'acquéreur ou au preneur sont, par définition, juridiquement incomplets. Pourtant, l'effet obligatoire du contrat de vente et les dispositions du crédit-bail confèrent au détenteur du bien des pouvoirs particulièrement étendus qu'une partie de la doctrine assimile à une propriété économique.

a : La propriété réservée

870. Définie comme la vente par laquelle le transfert de la propriété est suspendu, dans un but de garantie, à l'exécution de la prestation due en contrepartie¹⁰⁶⁹, la vente soumise à une clause de réserve de propriété nous apparaît comme une excellente illustration du dédoublement de la propriété car, en vendant à crédit tout en livrant le bien, le vendeur laisse à l'acquéreur toutes les prérogatives du droit de propriété. Il peut ainsi le vendre sans tomber sous le coup de la vente de la chose d'autrui. Pour préserver les droits du propriétaire initial lorsque le vendeur se retrouve en procédure collective, un droit de subrogation lui est alors accordé sur le prix de la revente. Les procédures collectives amplifient, en effet, la dissociation entre la formation du contrat et le transfert de propriété¹⁰⁷⁰. On aboutit ainsi à une situation a priori paradoxale où le bien n'est ni la propriété de l'acquéreur ni la chose d'autrui, du moins en apparence¹⁰⁷¹.

871. La Cour de cassation a très nettement accentué les pouvoirs de l'acquéreur dans un arrêt rendu le 12 janvier 1994 en décidant que le bénéficiaire d'une vente immobilière dont le transfert de propriété est reporté au jour de la signature de l'acte authentique a « été mis en possession réelle de l'immeuble [et] était titulaire d'un droit de caractère immobilier l'autorisant à donner à bail le bien qui en était l'objet¹⁰⁷². » L'embarras de la jurisprudence confrontée à la qualification juridique de cette période de latence est assez manifeste. Le malaise doctrinal n'est pas moins évident¹⁰⁷³. Aussi, la doctrine s'interroge-t-elle sur le fait de savoir s'il ne faut pas reconnaître une sorte de droit réel au profit de l'acquéreur.

¹⁰⁶⁹ Fr. PEROCHON, La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels, Collection Bibliothèque du droit de l'entreprise, Paris : Litec, 1988.

¹⁰⁷⁰ Ch. JAMIN, Propos démodés sur les effets d'une généralisation éventuelle de la réserve de propriété dans les ventes de biens mobiliers corporels, in *Faut-il retarder le transfert de propriété ?*, Cahier du droit de l'entreprise, 1995, Supplément n° 5, p. 29.

¹⁰⁷¹ Ch. MOULY, Analyse économique du droit régissant le transfert de propriété, in *Faut-il retarder le transfert de propriété ?* Cahiers du droit de l'entreprise, 1995, Supplément n° 5, p. 7 : « Les marchandises ou équipements impayés ne sont pas la chose d'autrui, bien que le transfert de propriété ne soit pas effectué, en apparence au moins ; seule leur valeur appartient au vendeur, qui n'a vocation à la récupérer qu'après l'échéance. »

¹⁰⁷² Cass. civ. 3, 12 janvier 1994, D. 1995, note F. Macorig-Vernier ; Cass. civ. 3, 2 mars 1994, Dr. et patrimoine, 1994, n° 623, p. 59, note C. Saint-Alary.

¹⁰⁷³ J. GHESTIN, Synthèse, in *La clause de réserve de propriété*, Paris 1980, sous la direction de W. Garcin et J. Thieffry, Paris : Librairies techniques, Collection Actualités de droit de l'entreprise, 1981, p. 290 et s. et spéc. p. 291 : « L'originalité de la situation de l'acheteur avant paiement du prix, c'est qu'il est uni au propriétaire, son vendeur, par un contrat ; mais que cette convention, dans la mesure où il s'agit d'une vente pure et simple, ne règle pas la question des pouvoirs de l'acheteur avant qu'il soit devenu propriétaire par le paiement du prix. »

872. Une partie de la doctrine tente, en effet, de faire reconnaître la réalité du droit de l'acheteur puisqu'il est une sorte de propriétaire en suspens¹⁰⁷⁴. Toute la question est de savoir si l'acquéreur est un simple créancier / débiteur ou s'il est plus que cela. Le droit allemand tranche la question dans le second sens en reconnaissant à l'acquéreur un véritable droit réel tout en retenant une conception peut-être plus stricte que nous du *numerus clausus* des droits réels. Suivant les vœux du professeur Cabrillac, la jurisprudence française a fait preuve d'audace¹⁰⁷⁵ en qualifiant la réserve de propriété de véritable sûreté, bien que le principe du *numerus clausus* des sûretés réelles soit défendu avec force¹⁰⁷⁶ et malgré la prohibition du pacte commissaire.

873. En assimilant la propriété à une sûreté, la jurisprudence atténue très nettement l'absolutisme de ce droit puisque la propriété se réduit à un droit fonctionnalisé portant sur la valeur de la chose. La propriété devient ainsi un outil au service du paiement d'une créance mais si l'on doit admettre que l'acquéreur dispose effectivement d'un droit réel, encore faut-il limiter ce droit aux prérogatives ne portant pas atteinte à la valeur de la chose.

b : Le crédit-bail

874. Bien que le professeur Cabrillac le conteste¹⁰⁷⁷, on peut s'interroger sur la question de savoir s'il faut reconnaître au crédit-bail la même nature juridique que la propriété réservée. Autrement dit, le crédit-bail constitue-t-il au profit du propriétaire une véritable sûreté réelle ? Le problème est délicat et suppose résolue la question de la définition de la notion de sûreté par rapport celle de garantie. Peu d'auteurs ont tenté de définir la notion de

C'est que normalement ces pouvoirs résultent du droit de propriété dont la vente assure le transfert. En l'absence d'un tel transfert, on se trouve devant une sorte de vide juridique, qui n'est pas sans faire naître une impression de malaise. »

¹⁰⁷⁴ Ph. MALAURIE, Rapport de synthèse, in *Faut-il retarder le transfert de propriété ?*, Cahiers du droit de l'entreprise, 1995, Supplément n° 5, p. 49.

¹⁰⁷⁵ Cass. com. 1^{er} octobre 1985, D. 1986, Jurisprudence, p. 246, note M. Cabrillac ; Cass. com. 23 janvier 2001, D. 2001, Act. jur., p. 702, note A. Lienhard ; JCP, éd. G., 2001, I, 321, n° 13 ; Act. proc. coll., 2001, 4, n°52 ; R.T.D. civ., 2001, p. 399.

¹⁰⁷⁶ Cf. note 792.

¹⁰⁷⁷ M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *Droit des sûretés*, 6^{ème} édition, Paris : Litec, 2002, n° 535, p. 543-544 et spéc. p. 543 : « On peut être tenté de ranger la propriété du crédit-bailleur parmi les véritables sûretés, comme y invitent des rapprochements séduisants avec la réserve de propriété et la fiducie. Faut-il céder à cette tentation ? La question est épineuse, au point que les auteurs de cet ouvrage étaient ici en désaccord. L'un y a répondu affirmativement, estimant que le fait que le fait que le crédit-bail ait la fonction économique d'une sûreté doit conduire à admettre qu'il en a la nature juridique. L'autre se refuse à le faire pour diverses raisons. »

sûreté¹⁰⁷⁸ car d'une part, il semble difficile de saisir les points communs entre les sûretés réelles et personnelles pour en dégager une définition commune suffisamment précise¹⁰⁷⁹ d'autre part, il existe une part d'arbitraire dans le choix des sûretés de référence qui serviront à dresser les contours de la notion¹⁰⁸⁰.

875. L'auteur avance trois arguments que nous tenterons de réfuter. Le premier argument consiste à dire que la garantie procurée par la propriété n'est pas la seule finalité du mécanisme puisque celui-ci permet de s'affranchir des contraintes réglementaires pesant sur la vente à crédit ainsi que d'aligner la durée de l'opération sur celle de l'amortissement du bien. Certes, nous ne nions pas que le crédit-bail puisse poursuivre des finalités variées ; il n'en reste pas moins qu'il joue essentiellement un rôle de garantie. Le second argument repose sur l'idée que la propriété n'est pas dépouillée de toutes ses utilités, l'établissement de crédit conservant l'*usus*, c'est-à-dire le droit de percevoir des loyers. Il nous semble que cette faculté de perception des loyers accentue, au contraire, l'idée selon laquelle le crédit-bailleur n'a d'intérêt que pour la valeur de la chose car la perception des loyers a des allures de remboursement d'emprunt¹⁰⁸¹. Enfin, le dernier argument met en évidence le fait que la propriété n'est pas obligatoirement transférée au terme du contrat et que, par conséquent, la sûreté ne disparaît pas nécessairement avec la créance. Certes, le crédit-preneur est libre de choisir la restitution du bien lorsque le crédit-bail touche à sa fin. Toutefois, si le bien a été correctement amorti au terme du contrat, la propriété du crédit-bailleur a alors une valeur économique quasi-nulle. Si l'on s'attache au transfert de valeur qui est au cœur du mécanisme des sûretés, on doit donc considérer que la substance économique de la chose a été transférée au crédit-preneur. La sûreté s'éteint donc en quelque sorte avec la créance.

¹⁰⁷⁸ M. CABRILLAC, note sous Cass. com. 1^{er} octobre 1985 et sous CA Nancy, 19 décembre 1985, D. 1986, Jurisprudence, p. 246. ; Ch. MOULY, Les sûretés personnelles traditionnelles en France, in *Les sûretés*, Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, FEDUCI, 1984, p. 129 s. ; G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, par Ph. JESTAZ, 2^{ème} édition, Paris : Sirey, 1987, n°3, p. 3 ; P. CROCQ, Propriété et garantie, Bibliothèque de droit privé, t. 248, Paris : L.G.D.J., 1995, p. 217 s.

¹⁰⁷⁹ M. ANCEL, Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés, 16^{èmes} entretiens de Nanterre des 17 et 19 mars 1989, JCP, 1989, éd. Entreprise, Cahiers du droit de l'entreprise, Supplément n° 5, p. 4.

¹⁰⁸⁰ P. CROCQ, thèse précitée, p. 220 : « Il demeure qu'il y a bien une part d'arbitraire dans le choix initial des institutions tenues a priori pour des sûretés, mais cet arbitraire est inévitable. »

¹⁰⁸¹ G. BLANLUET, thèse précitée, n°220, p. 151 : « Le bailleur comme le preneur ont en vue la vente mais, celui-ci étant dépourvu des liquidités nécessaires à l'achat du bien, et celui-là étant disposé à faire crédit, les parties conviennent de substituer une location financière à un prêt assorti d'une sûreté. C'est la raison pour laquelle les loyers versés ne couvrent pas la seule jouissance du bien. Comme dans la location-vente, ils s'apparentent au remboursement d'un emprunt. »

876. D'une manière générale, la qualification juridique locative du crédit-bail ne semble pas rendre compte de la complexité du mécanisme. Le crédit-preneur jouit d'une très grande partie des prérogatives dont userait un véritable propriétaire. Comme l'indique très justement M. Blanluet, si le crédit-preneur « n'est pas propriétaire en titre, il ne jouit pas moins des forces vives de la propriété¹⁰⁸². » Le propriétaire en titre souhaite, quant à lui, se détacher au maximum de la chose perçue dans sa matérialité pour n'appréhender que sa valeur économique. Il ne souhaite d'ailleurs nullement que le bien lui soit restitué¹⁰⁸³. C'est d'ailleurs très souvent le preneur qui choisit le bien sur lequel portera le crédit-bail, en négocie le prix et les conditions de livraison, le crédit-bailleur n'ayant, quant à lui, aucune compétence dans le domaine technique. Il est très artificiel d'évoquer l'idée de mandat pour justifier les prérogatives du crédit-preneur lors de la négociation des conditions de vente car c'est pour son propre compte qu'il agit et non en qualité de représentant du crédit-bailleur¹⁰⁸⁴. Dans les faits, le crédit-preneur se comporte comme un véritable propriétaire en entretenant les biens loués¹⁰⁸⁵ et en effectuant les réparations nécessaires¹⁰⁸⁶. Quant au paiement du loyer par le crédit-preneur, il ne correspond pas tout à fait au prix de la jouissance de la chose. Les redevances sont, en général, plus élevées qu'un loyer ordinaire et correspondent davantage au prix d'acquisition du bien, d'autant plus que le contrat prévoit toujours une durée de paiement irrévocable.

877. Ainsi, parce qu'ils sont susceptibles de jouir du bien avant le paiement, le crédit-preneur et l'acheteur sous réserve de propriété auront tout le loisir d'exploiter le bien avant même d'en être propriétaire.

¹⁰⁸² G. BLANLUET, thèse précitée, n°220, p. 152.

¹⁰⁸³ Fr. CAPORALE, *Litiges et difficultés pratiques suscités par le crédit-bail*, thèse dactyl., Bordeaux, 1974, p. 76 : « La possession matérielle de l'objet ne l'intéresse pas : elle ne l'a jamais entre les mains, elle refuse de l'entretenir et son grand souci est qu'il ne lui soit pas restitué. »

¹⁰⁸⁴ B. RAYBAUD-TURILLO, *Un éclairage nouveau pour le traitement comptable du crédit-bail*, R.F.C., Janvier 1995, p. 90 : « le crédit-preneur n'agit pas au nom et pour le compte d'une autre personne lorsqu'il définit ses besoins et les conditions optimales d'achat du bien, voire lorsqu'il commande le bien choisi : c'est pour son propre compte qu'il agit et qu'il sélectionne un bien d'équipement dont les fonctions seront spécialement adaptées à son entreprise et à ses perspectives de développement, d'autant plus que le mode de financement est rarement arrêté à ce moment. »

¹⁰⁸⁵ Fr. CAPORALE, préc., p. 76, concernant les prérogatives du locataire, l'auteur souligne que celui-ci « entretient, répare, assure les machines et garde le contact avec le fournisseur contre lequel il exerce directement les éventuels recours en garantie. »

¹⁰⁸⁶ Paris, 9 janvier 1971, *Gaz. Pal.*, 1971.1.286.

2 : La propriété comme instrument de valorisation

878. Parce qu'il met le bien en valeur, l'exploitant est largement protégé par le droit positif, qu'il s'agisse de l'exploitant commerçant ou fermier (a) ou encore de l'exploitant preneur à bail superficière (b).

a : Le fermier et le commerçant

879. Selon le professeur Blanluet, la propriété commerciale n'est pas un exemple de propriété économique dans la mesure où les patrimoines du preneur et du bailleur sont cloisonnés. En conséquence, la propriété du preneur porte sur son exploitation tandis que la propriété du bailleur a pour objet un bien immobilier. En d'autres termes, l'auteur considère que « la richesse du bailleur et celle du locataire prospèrent sur des terrains différents¹⁰⁸⁷ », bien que les droits des deux parties prennent appui sur le même bien puisque le bail constitue un élément fondamental de la propriété commerciale. Il s'agirait donc de propriétés voisines mais pas antagonistes. Certes, sur un plan purement économique, ce n'est pas parce que l'on octroie des prérogatives étendues au preneur que la propriété du bailleur s'en trouve corrélativement amoindrie¹⁰⁸⁸. Ce cloisonnement des patrimoines est, en partie, vrai puisque le locataire contribue à faire apparaître, par son travail, une clientèle qui lui est propre et qui constitue l'essentiel de son patrimoine¹⁰⁸⁹. Toutefois, on ne peut nier que l'exploitation du bien contribue à valoriser la propriété immobilière sur laquelle elle est assise. Le cloisonnement n'est donc peut-être pas aussi hermétique qu'on le prétend.

880. La réserve du professeur Blanluet présente toutefois le mérite de mettre un bémol aux élans doctrinaux qui, partant du seul constat de la coexistence de deux droits de propriétés, font renaître la théorie du double domaine. En effet, il ne suffit pas d'évoquer

¹⁰⁸⁷ G. BLANLUET, thèse précitée, n°120, p. 93.

¹⁰⁸⁸ G. BLANLUET, thèse précitée, n°120, p. 92 : « L'émergence ou la disparition d'un actif dans le patrimoine du locataire ne s'accompagne donc pas mécaniquement de l'aliénation ou de l'acquisition corrélatrice d'un actif par le bailleur. »

¹⁰⁸⁹ L'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 8 février 1949 est assez révélateur des liens qu'entretient le fonds de commerce et l'immeuble. L'arrêt précise, en effet, que la gérance libre d'un fonds de commerce « ne constitue pas une sous-location, mais la location d'un meuble incorporel. », JCP. 1949, II, 4947, note Cohen ; Cass. com. 9 mars 1953, D. 1953, 324 ; Cass. civ. 7 février 1962, D. 1962, 433, 1^{ère} esp., note Esmein

l'idée d'une propriété commerciale pour justifier du dédoublement ; il convient surtout de démontrer la pertinence de la comparaison. En d'autres termes, toute la question est de savoir si les prérogatives octroyées au preneur sont suffisantes pour lui reconnaître une propriété utile. Même si l'on reconnaît une part de réalité dans le droit du preneur à bail, cela n'est pas suffisant pour consacrer l'existence d'un double domaine. Encore faut-il que le preneur à bail jouisse d'une large part des prérogatives du droit de propriété.

881. Comme nous l'avons déjà remarqué, l'originalité des baux à long terme comme le bail à ferme ou le bail commercial est de conférer au preneur une emprise assez forte sur le bien exploité¹⁰⁹⁰. Parallèlement, le droit du bailleur se limite à la perception du loyer. On peut donc penser que ce qui est accordé à l'exploitant revêt la nature d'une véritable propriété de l'utilité même si le preneur ne jouit pas de toutes les prérogatives d'un véritable propriétaire. En 1955 déjà, Ripert estimait « que tout ce qui est accordé à l'exploitant l'est au détriment du propriétaire et contribue à créer une propriété nouvelle¹⁰⁹¹. » En d'autres termes, le propriétaire n'a plus la maîtrise de la chose dans la mesure où celle-ci appartient désormais à l'exploitant qui a « un pouvoir effectif de contrôle et de direction¹⁰⁹² ». La particularité du droit de l'exploitant réside, en effet, dans les pouvoirs qu'il détient puisque ce dernier peut retirer les richesses de la chose.

b : Le preneur à bail superficiaire

882. Le droit du preneur à bail superficiaire est un droit puissant puisque le législateur lui reconnaît dans presque toutes les hypothèses un caractère réel. Comme nous l'avons déjà souligné, le preneur contribue à mettre en valeur le bien sur lequel porte son droit. C'est donc assez naturellement que le droit positif lui accorde la stabilité d'un droit réel. Très rapidement, l'idée d'un dédoublement du droit de propriété¹⁰⁹³ s'est imposée en matière de bail superficiaire car, plus qu'une division matérielle de l'immeuble, le bail superficiaire opère une décomposition juridique de la propriété. En 1873 déjà, M. Labbé considérait que

¹⁰⁹⁰ P. OURLIAC et M. de JUGLART, Les baux à long terme (lois du 31 décembre 1970 et du 3 janvier 1972, JCP, éd. G., I, 2449.

¹⁰⁹¹ RIPERT, Les forces créatrices du droit, Paris : L.G.D.J., 1955, p. 190 à 257.

¹⁰⁹² A.-V. LE FUR, L'acte d'exploitation de la chose d'autrui, R.T.D. civ., 2004, p. 436.

¹⁰⁹³ J.-P. BERTREL, L'accession artificielle immobilière, Contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie, R.T.D. civ., 1994, p. 737 s. : « Ce n'est pas en terme de *jus in re aliena* que nous voulons

« ce démembrement de la propriété (...) [était] bien contraire à l'esprit de notre législation¹⁰⁹⁴ ». Il apparaît, en effet, que les droits du tréfoncier et du preneur superficiaire portent sur le même objet. Comme le contrat de crédit-bail, le bail superficiaire est caractérisé par la passivité du bailleur tréfoncier et par les prérogatives importantes octroyées au preneur superficiaire. En ce qui concerne les pouvoirs du superficiaire sur le sol, ceux-ci s'apparentent fortement à une propriété foncière. Il s'agit d'un droit réel très proche d'une véritable propriété mais qui présente la particularité d'être temporaire. Or, le droit de propriété temporaire est toujours couplé avec une propriété perpétuelle, c'est pourquoi, le droit de superficie opère un dédoublement du droit de propriété contraire à l'adage classique : *duorum in solidum dominium esse non posse*.

883. Prenons l'exemple du bail à construction pour lequel la Cour de cassation¹⁰⁹⁵ a très clairement affirmé que le preneur « bénéficie sur le terrain d'un droit réel immobilier et sur les constructions d'un droit de propriété temporaire ». Elle en déduit que la résiliation anticipée du bail permet au bailleur d'accéder à la propriété des immeubles transmis. De quel droit le tréfoncier peut-il réclamer les immeubles, si ce n'est en vertu d'un droit de propriété, droit exclusif qu'il possède depuis l'origine du contrat sur les constructions ? Il semble, en effet, que son droit de propriété perpétuel et virtuel pendant la durée du contrat trouve à nouveau à s'exprimer lorsque le contrat prend fin. Quelle autre explication pourrait justifier une propriété temporaire conférée au preneur superficiaire si ce n'est une concession du plein propriétaire ? L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 31 mars 2004¹⁰⁹⁶ confirme parfaitement cette idée. Dans cet arrêt que nous avons déjà évoqué, la Cour de cassation a estimé que le bailleur avait, comme le preneur, droit à une indemnisation pour réparer la perte des constructions effectuées par le preneur. On retrouve ici l'idée que le bailleur conserve une part de propriété sur les biens construits, une sorte de propriété en suspens.

884. En définitive, dans toutes les hypothèses que nous avons pu étudier, l'utilisateur se voit accorder des prérogatives telles qu'il peut exploiter toutes les utilités du bien sans toutefois que le contrat ne soit translatif de propriété. Bien qu'il ne jouisse pas

analyser le droit de celui qui construit sur un terrain loué mais plutôt en terme de dédoublement de la propriété. »

¹⁰⁹⁴ note sous Cass. civ. 16 décembre 1873, S., 1874, 1, p. 457.

¹⁰⁹⁵ Cass. com. 24 juin 1997, JCP, éd. G., II, 10059, p. 666, note N. Gonzalez et P. Cornille.

¹⁰⁹⁶ Cass. civ. 3, 31 mars 2004, Revue des contrats, 2004, p. 993 : « Attendu que les indemnités allouées doivent couvrir l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain, causé par l'expropriation, l'indemnisation du preneur pour perte, pendant la durée contractuelle du bail, de la propriété des constructions édifiées par lui sur le terrain

expressément du droit de disposer du bien, le résultat est tout à fait proche et les prérogatives du droit de propriété semblent dissociées du titre juridique qui n'est plus qu'un droit réel « planant », « virtuel » sur le bien. On franchit un pas supplémentaire lorsque le droit de disposer, l'*abusus* du droit de propriété est réellement conféré à un tiers sans qu'il y ait, pour autant, vente du bien.

B : Le transfert du droit de disposer

885. Par nature, certains biens ne peuvent être confiés à un tiers sans que celui-ci n'en dispose. On observe alors un transfert assez original du droit de disposer et, par voie de conséquence, du droit de propriété. Pourtant, il ne s'agit pas, à proprement parler d'une propriété telle que l'entend le droit positif car, si l'utilisateur a bien le droit de disposer de la chose (1), son « droit de propriété » apparaît comme limité et imparfait (2).

1 : Le droit de disposer

886. Conçu comme la prérogative essentielle du droit de propriété, le droit de disposer occupe, pour la doctrine classique, une place à part puisqu'il permet de qualifier le droit de propriété. Par conséquent, il n'est, en principe, transféré qu'à l'occasion d'un contrat translatif du droit de propriété. Pourtant, il arrive que des contrats non translatifs de propriété confèrent à un tiers le droit de disposer. Tel est, par exemple, le cas du contrat de dépôt irrégulier. Ainsi, les biens fongibles ou consommables permettent un transfert du droit de disposer sans nécessairement passer par le biais d'un contrat translatif (a). D'une manière générale, il semble possible de détacher le droit de disposer du titre de propriété (b).

a : L'exemple des biens fongibles et consommables

887. Bien que les notions de fongibilité et de consommabilité soient parfaitement distinctes, elles se recoupent fréquemment et engendrent des effets semblables. Susceptibles

loué n'exclut pas celle du bailleur pour perte de la propriété de ces biens lui revenant en fin de bail. »

d'être confondus dans le patrimoine de leur utilisateur, les biens fongibles, encore appelés choses de genre, sont caractérisés par leur faculté de substitution. En conséquence, un non propriétaire peut parfaitement en disposer sous réserve de restituer un bien semblable. Quant aux biens consommables, le fait d'en conférer le simple usage à un tiers entraîne une dépréciation de leur substance, conférant à ce tiers des prérogatives s'apparentant à un véritable droit de disposition. Lorsque l'usufruit porte sur ce genre de biens, l'usufruitier se doit de restituer une chose équivalente ou la valeur du bien.

888. Ces biens spéciaux produisent ainsi des effets particuliers qui nous permettent d'envisager une véritable décomposition substantielle de la propriété. En effet, lorsque l'usage de la chose se traduit par une disposition du bien lui-même, l'*abusus* se trouve détaché du droit de propriété.

b : La faculté de détacher le droit de disposer du titre de propriété

889. La doctrine classique fait du droit de disposer un critère du droit de propriété. Par conséquent, l'*abusus* est la prérogative fondamentale de la propriété. On enseigne alors que les démembrements de la propriété ne comportent pas l'*abusus* qui est l'attribut caractéristique, l'essence du droit de propriété. Pourtant nul ne conteste guère la validité de la clause d'inaliénabilité sous réserve des dispositions de l'article 900-1 du Code civil. D'autre part, l'article 1599 du Code civil sanctionnant la vente de la chose d'autrui ne prévoit pas la nullité absolue d'un tel acte.

890. C'est à propos de la question de savoir si l'on pouvait étendre le domaine du quasi-usufruit que s'est posée le problème de l'extension des prérogatives de l'usufruitier. Rien n'interdit d'élargir les pouvoirs de l'usufruitier aux actes de disposition. Le droit de propriété du nu-propriétaire survit néanmoins en se reportant sur la valeur du bien. Quant à l'usufruitier titulaire de la quasi-totalité des prérogatives du propriétaire sur la chose, le droit français est frileux pour lui reconnaître une propriété parfaite.

2 : Une propriété imparfaite

891. L'attribution de l'ensemble des prérogatives du droit de propriété au dépositaire, à l'emprunteur ou encore au quasi-usufructier devrait écarter toute velléité de revendication de la part du propriétaire. Pourtant, la doctrine est divisée sur cette question et la jurisprudence hésitante (a) car rien ne justifie que le propriétaire d'origine soit dépourvu de ses droits. Cette idée est confortée par le fait que l'utilisateur du bien ne peut pas se prévaloir du droit de propriété complet et absolu auquel l'article 544 du Code civil fait référence (b).

a : La question du maintien du droit de revendication

892. Traditionnellement, la doctrine et la jurisprudence considèrent que l'octroi du droit de disposition à un tiers entraîne la disparition du droit de propriété du remettant. La fongibilité des biens ferait donc obstacle à l'action en revendication du propriétaire dans la mesure où il est difficile d'identifier son bien confondu dans le patrimoine d'un autre¹⁰⁹⁷. Le propriétaire perdrait donc son action réelle au profit d'une simple action personnelle. Ainsi, se trouverait-il réduit à une simple créance de restitution des choses fongibles.

893. L'arrêt du 13 novembre 2001¹⁰⁹⁸ a amorcé une évolution jurisprudentielle en autorisant la revendication d'une somme d'argent même confondue dans le patrimoine de son détenteur. Dans cet arrêt, la Cour de cassation considère, d'une manière générale, qu'il n'y a pas de concours entre le déposant d'une somme d'argent à titre de séquestre et les autres créanciers du dépositaire soumis à une procédure collective. C'est surtout dans le domaine des cessions de créances professionnelles¹⁰⁹⁹ que la jurisprudence avait admis, de manière assez

¹⁰⁹⁷ Cass. civ. 1, 8 juillet 1913, D. 1919, I, 45 : « En ce qui concerne les choses fongibles, telles que les pièces métalliques, la revendication en est en principe impossible, à moins de l'individualisation matérielle et de la parfaite identification des objets réclamés avec ceux que le détenteur a reçu. » et plus récemment Cass. com 10 mai 2000, D. 2000, AJ, p. 277, obs. A. Lienhard ; RD bancaire et fin., 2000, p. 235, obs. F.-X. Lucas ; JCP, éd. E, 2001, p. 521 note L. Courtot et F Marmoz ; Petites affiches, 2000, n° 258, p. 14, note E. Rawach.

¹⁰⁹⁸ Cass. com. 13 novembre 2001, Bull. civ. IV, n° 177 ; D. 2002, AJ, p. 328 ; JCP, éd. E, 2002, p.666, note F. Barrière : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le séquestre conventionnel oblige le dépositaire, même en redressement judiciaire, à rendre la chose contentieuse déposée entre ses mains à la personne qui sera jugée devoir l'obtenir, sans qu'il y ait lieu à concours entre les créanciers de ce dépositaire, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés. »

¹⁰⁹⁹ D. SCMDT, Loi Dailly : les droits du cessionnaire à l'encontre du banquier mandataire chargé de l'encaissement de la créance, JCP, éd. E, 1987, I, n° 15465 ; M. VASSEUR, Un grave problème d'application de la loi Dailly, D. 1986, Chr., p. 73 s.

claire, la revendication de sommes d'argent en permettant au banquier cessionnaire de réclamer au banquier réceptionnaire les sommes portées au crédit du compte courant du cédant¹¹⁰⁰. Elle a, par la suite, modifié sa jurisprudence en estimant que le banquier réceptionnaire a reçu les sommes au nom et pour le compte du cédant et qu'il ne s'agit donc pas d'un tiers¹¹⁰¹. Ce qui est intéressant de noter dans cette décision, c'est que le revirement de jurisprudence ne repose pas sur le principe de l'impossible revendication des choses fongibles mais sur la qualité du dépositaire¹¹⁰². La décision est étonnante car, en gardant une chose fongible, le banquier réceptionnaire en devient pourtant propriétaire si l'on se réfère à l'arrêt du 7 février 1984¹¹⁰³ ou plus récemment à l'arrêt du 10 mai 2000 qui reconnaît au dépositaire le droit de propriété et au déposant la qualité de créancier¹¹⁰⁴. Ces solutions jurisprudentielles contraires témoignent de la difficulté à laquelle est confrontée la jurisprudence qui doit attribuer la qualité de propriétaire au déposant ou au dépositaire. Le malaise est assez perceptible : la propriété des choses fongibles apparaît, en effet, comme une sorte de sous-propriété.

894. Le même problème se pose concernant les choses consomptibles soumises à un usufruit. Le trouble de la doctrine est assez évident dans la mesure où les auteurs hésitent à qualifier le droit du quasi-usufruitier de véritable droit de propriété tout en reconnaissant que le quasi-nu-propriétaire voit sa propriété remplacée par un simple droit de créance. La question est donc sensiblement la même que pour les choses fongibles : qui est propriétaire ? La tendance du droit positif est d'accorder au titulaire des prérogatives de propriété la qualité de propriétaire, la doctrine préférant l'idée d'une quasi-propriété. Le souci reste toutefois de sauvegarder les droits du propriétaire d'origine.

¹¹⁰⁰ Cass. com. 28 octobre 1986, D. 1986, p. 592, note M. Vasseur ; JCP, 1987, II, 20735, note J. Stoufflet.

¹¹⁰¹ Cass. com. 4 juillet 1995, Bull. civ. IV, n° 203 ; D. 1995, p. 488, note Martin et Synvet ; JCP, éd. E, 1995, II, 738, note J. Stoufflet ; Th. BONNEAU, La négation de l'obligation de restitution pesant sur le banquier réceptionnaire de fonds ou un revirement inattendu ! (A propos de l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 4 juillet 1995), D. Affaires, 1995, Chron. p. 79.

¹¹⁰² En vertu des articles 1967 et 1993 du Code civil, est un tiers celui qui prétend avoir acquis des droits sur la créance litigieuse et qui a intérêt à ce que le cédant soit encore le créancier du débiteur cédé. Tel est le cas de deux banquiers cessionnaires de la même créance. En revanche, n'est pas considéré comme tiers le banquier réceptionnaire des fonds qui n'oppose pas une cession à son profit et qui laisse le cédant disposer librement des sommes inscrites sur le compte ouvert dans son établissement. C'est une hypothèse où il n'y a pas de conflit entre les banquiers. Le banquier réceptionnaire n'a alors pas la qualité de tiers puisqu'il ne prétend pas avoir des droits sur la créance mais a simplement reçu les fonds. Il n'est donc pas tenu de les rembourser.

¹¹⁰³ Cass. civ. 1, 7 février 1984, Bull. civ. I, n° 49 ; D. 1984, p. 638, note Ch. Larroumet ; Rép. Defrénois 1984, article 33427, note Ch. Larroumet.

¹¹⁰⁴ Cass. com., 10 mai 2000, JCP, éd. E., 2001, 521, note L. Courtot et Fr. Marmoz ; Petites affiches, 27 décembre 2000, n° 258, p. 14, note E. Rawach ; R.D. banc., 235, note F.-X. Lucas.

895. Que ce soit dans le dépôt irrégulier, le quasi-usufruit ou le prêt, l'utilisateur du bien doit ménager ses prérogatives avec l'obligation de restitution qui lui incombe. Or, cette obligation est particulièrement efficace puisque ni la force majeure, ni le cas fortuit ne peuvent être allégués par l'utilisateur¹¹⁰⁵. Cette obligation de restitution renforcée apporte ainsi une limite à la reconnaissance d'une propriété entière par le seul octroi des attributs du droit de propriété. Le propriétaire de l'article 544 du Code civil n'est, en effet, pas tenu à restitution¹¹⁰⁶.

896. Rien n'évoque davantage l'idée du double domaine. À l'époque féodale, l'octroi progressif de prérogatives au titulaire du domaine utile a pu laisser penser qu'avant même la Révolution française, le transfert de propriété avait déjà eu lieu mais, même au moment où la patrimonialité du domaine utile a été reconnue, le domaine éminent était toujours un droit de propriété malgré les tentatives de la doctrine visant à réduire ce droit à une simple servitude¹¹⁰⁷. De la même manière, la propriété dépourvue de ses prérogatives demeure, d'une certaine façon, un droit de propriété mais une propriété de la valeur. D'ailleurs l'article 587 du Code civil apparaît moins comme une extension des droits de l'usufruitier que comme une mesure de protection des droits du propriétaire¹¹⁰⁸. Et si l'on recherche encore quel intérêt aurait un propriétaire à se départir volontairement de toutes ses prérogatives, rappelons enfin que la situation du quasi-usufruitier est plus favorable que celle du simple usufruitier car l'idée d'une propriété de la valeur permet d'échapper à la dépréciation du bien dans le temps. Le propriétaire d'origine cumule ainsi les avantages de la pleine propriété puisqu'il dispose selon nous d'un droit de revendication sur une valeur fixe et du démembrement dans la mesure où il peut se détacher de la chose.

¹¹⁰⁵ A. LAUDE, La fongibilité, RTD com., 1995, p. 333 : « Ainsi, la fongibilité a au profit du cocontractant, un effet créateur de dommages et intérêts particulièrement efficient, car ni le cas fortuit, ni la force majeure, ne peuvent libérer le dépositaire, l'emprunteur ou le quasi-usufruitier de leur obligation de supporter la charge des risques. »

¹¹⁰⁶ M. GRIMALDI et B. SAVOURE, Aspects de droit civil. L'usufruit et le quasi-usufruit : questions de droit civil, Colloque : Démembrement de propriété : stratégies actuelles et perspectives, Dr. et patrimoine, novembre 1999, Dossier, p. 55.

¹¹⁰⁷ G. BOYER, De la conception du fief chez Dumoulin et des principales conséquences qu'il en tire, in *Mélanges Boyer*, I, Paris : Recueil de l'Académie de Législation, 6^{ème} série, I, 1962, p. 37 s.

¹¹⁰⁸ E. DOCKES, Essai sur la notion d'usufruit, R.T.D. civ., 1995, p. 71.

Conclusion du chapitre 2 :

897. La décomposition de la propriété par le dédoublement suppose de réfuter l'idée a priori logique qui consiste à penser qu'on ne peut pas « habiller l'un sans déshabiller l'autre ». Un tel raisonnement nous apparaît, en effet, beaucoup trop simple et insuffisant pour expliquer les formes nouvelles de propriété et l'imprégnation subtile de notre droit par les modèles étrangers. Un double constat s'impose : la propriété peut être réduite à un « presque rien » tout en restant la propriété entière tandis que l'utilisateur peut jouir du bien comme un véritable propriétaire, un quasi-propriétaire. La doctrine est alors confrontée à la difficulté de déterminer qui est le propriétaire. Pour expliquer ce phénomène, elle fait alors allusion à une résurgence de la théorie du double domaine. L'image est séduisante mais elle doit être nuancée dans la mesure où la superposition des droits qui caractérisait le régime féodal ne se retrouve pas aujourd'hui avec la même ampleur. De plus, le double domaine était, du moins à l'origine, très imprégné d'une forte hiérarchisation sociale, ce qui n'est plus du tout le cas. À la dépendance politique, succède aujourd'hui une certaine dépendance économique.

898. Quant à la notion de propriété économique, qui marque encore davantage une scission entre les attributs du droit de propriété et le titre juridique, le reproche du passéisme ne peut lui être adressé. Elle présente d'ailleurs le grand mérite de souligner le rôle fondamental du contrat dans le dédoublement du droit de propriété. Certes, on peut regretter l'absence de définition claire et la division de la doctrine. Néanmoins, les controverses relatives à la définition de cette notion naissante ne ternissent pas l'intérêt que présente la dissociation du titre de propriété perçu comme un droit exclusif sur la valeur de la chose et la maîtrise de la chose dans sa matérialité. Tout comme la théorie du double domaine, elle présente l'indéniable avantage de mettre en évidence la structure complexe du droit de propriété, droit caractérisé à la fois par sa subjectivité et son objectivité. Une telle perception de la notion de propriété soulève une formidable perspective d'évolution du droit de propriété.

899. En dissociant ainsi le titre et l'émolument, le contrat fait jouer à la propriété des rôles nouveaux puisqu'elle peut désormais être réduite à une sûreté réelle ou un instrument de valorisation des biens. De plus, le phénomène de dédoublement de la propriété

permet, dans une certaine mesure de préserver les droits du propriétaire privé des prérogatives utiles du droit de propriété. Il semble, en effet, préférable d'accorder au propriétaire un droit sur la valeur de la chose plutôt que de faire disparaître purement et simplement son droit. Il arrive, en effet, que le propriétaire se détache de la chose, n'attachant d'importance qu'à la valeur économique du bien. L'idée d'une propriété de la valeur suggérée par une partie de la doctrine permet alors au propriétaire d'échapper à la dépréciation économique du bien. Ainsi, entre le démembrement de la propriété et la vente pure et simple, il y a donc place en droit français pour la propriété dédoublée.

Conclusion du Titre 1 :

900. Loin d'être sclérosé par une interprétation étroite de la notion de propriété, le droit français des biens s'est considérablement assoupli depuis 1804. Ainsi, sans souffrir d'un complexe d'infériorité par rapport au *Common law*, nous pouvons parfaitement imaginer une propriété temporaire ; le droit positif s'en est déjà emparé à travers la propriété littéraire et artistique ou encore le bail superficiaire même si la pratique reste prudente voire farouche face à la division temporelle de la propriété. Limitée dans le temps, une telle propriété ne peut pas être analysée comme un droit absolu et monolithique dans la mesure où toute propriété temporaire semble être la concession d'une propriété perpétuelle en sommeil. Aussi, pouvons-nous avancer l'idée d'une propriété relative, réversible et dématérialisée. Dès lors, l'autre caractéristique du droit de propriété est naturellement remise en cause : son exclusivisme. Certains droits réels concurrencent, en effet, le droit de propriété et, chose plus étonnante, quelques droits personnels octroient à leurs titulaires des prérogatives proches du droit de propriété lui-même, le propriétaire juridique se contentant alors d'une exclusivité portant sur la valeur de la chose.

901. Ainsi, de la même manière qu'un contre-exemple dénonce une équation mathématique, la propriété superficiaire ou encore la propriété réservée nous permettent de repenser notre système classique faisant du droit de propriété un droit absolu, perpétuel et exclusif. C'est sur cette évolution conceptuelle que la doctrine a pu suggérer l'idée d'un dédoublement de la propriété en évoquant une résurgence du double domaine féodal ou, plus récemment, l'idée d'une propriété économique. Que l'on retienne l'une ou l'autre analyse, finalement assez proches l'une de l'autre, il apparaît que le droit de propriété se décompose entre l'appartenance et la maîtrise, le titre et l'émolument, la valeur et les utilités du bien.

902. Dans un tel contexte, le dédoublement de la propriété semble à la fois possible et utile. L'utilité du mécanisme apparaît dans les montages contractuels permettant à la propriété de remplir de nouvelles fonctions. Par son dynamisme et sa faculté d'anticipation, le contrat a modifié les caractères du droit de propriété en le fonctionnalisant. Qu'elle serve de garantie ou de méthode de valorisation des biens, la propriété est aujourd'hui davantage

convoitée pour la valeur qu'elle représente que pour le bien qu'elle permet d'appréhender. Reste alors à justifier parfaitement le mécanisme en étudiant l'accueil du concept par le droit des biens.

Titre 2 : Le régime juridique de la propriété dédoublée

903. L'évolution du droit des biens est caractérisée par des phénomènes cycliques. Ainsi, de la propriété romaine unifiée, nous sommes passés par un régime féodal complexe caractérisé par la division de la propriété pour revenir, lors de la Révolution française et même avant, à une conception absolutiste du droit de propriété qui a surtout triomphé au XIX^{ème} siècle¹¹⁰⁹ mais, à l'image du dogme de l'autonomie de la volonté, le triomphe de l'exclusivisme a été de courte durée même si une grande partie de la doctrine y est encore très fortement attachée. On assiste aujourd'hui à la résurgence d'une propriété relative et décomposée, comme le souligne une partie de la doctrine. Pour l'instant, le concept de propriété utile semble embryonnaire et assez marginal. Il témoigne néanmoins de la souplesse de notre système juridique, susceptible de s'adapter beaucoup plus facilement qu'on le croit aux concepts étrangers et certains praticiens exploitent déjà les silences permissifs de notre Code civil¹¹¹⁰. Toutefois, les doutes demeurent sur la possibilité de détacher les attributs de la propriété et particulièrement l'*abusus* car le triomphe de l'exclusivisme s'est construit précisément sur le rattachement de l'*abusus* au droit de propriété. Ainsi, le dédoublement actuel du droit de propriété fait ressurgir les contradictions de notre droit des biens fondé sur une évolution historique mouvementée et une intégration difficile du droit romain dans notre système juridique. Lorsque la quasi-totalité des prérogatives utiles du droit de propriété est attribuée à un tiers, nous avons naturellement tendance à y voir un droit de propriété. Pourtant, le droit du propriétaire d'origine se maintient sous la forme d'une propriété en sommeil.

904. Le dédoublement de la propriété en une propriété de la valeur et une propriété des utilités ne présente pas qu'un intérêt descriptif¹¹¹¹. Il correspond, au contraire, à deux notions juridiques dont la reconnaissance en droit positif présenterait un intérêt certain car elle permettrait d'expliquer plus aisément l'évolution du droit des biens qui tend vers une certaine dématérialisation et une conception beaucoup plus économique du droit de propriété. Les

¹¹⁰⁹ A.-M. PATAULT, Introduction historique au droit des biens, Collection Droit fondamental, 1^{ère} édition, Paris : PUF, 1989, p. 216 s.

¹¹¹⁰ A. BOITELLE, Réflexions sur la donation entre vifs portant sur des choses non consommables avec réserve de quasi-usufruit, J.C.P., édition notariale et immobilière, 1996, n° 50, p. 1761.

propriétés simultanées sont, en effet, des notions parfaitement adaptées aux propriétés incorporelles, au contraire de la propriété exclusive où s'observe un phénomène d'incorporation du bien. C'est, en effet, la confusion du droit de propriété au bien qui empêche d'imaginer des propriétés simultanées mais il ne suffit pas de défendre l'intérêt d'un concept, encore faut-il qu'il soit reconnu en droit positif. Ainsi, pour qu'une nouvelle notion juridique puisse réellement voir le jour, il convient de vérifier qu'elle n'est pas contraire à l'ordre public et qu'elle est susceptible de produire des effets particuliers.

905. Parce qu'elle revêt des formes très variées, la propriété dédoublée paraît difficile à systématiser. De plus, elle ne correspond pas au schéma classique du droit de propriété, c'est pourquoi il convient de tracer dans les conditions de la propriété dédoublée (Chapitre 1) avant d'en explorer les effets juridiques (Chapitre 2).

¹¹¹¹ P. CROCQ, thèse précitée, n°175 s., p. 147 s

Chapitre 1 : Les conditions de la propriété dédoublée

906. Le dédoublement de la propriété ne peut jouer sans respecter certaines limites car la notion de « propriétés simultanées » ne s'inscrit pas naturellement dans notre droit des biens. Ainsi, pour que le contrat puisse opérer une décomposition du droit de propriété entre le titre et la maîtrise, la valeur et la jouissance, encore faut-il que l'ordre public soit respecté. L'article 6 du Code civil prévoit, en effet, qu'« on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », condition rappelée à l'article 1134 du même code. L'ordre public est toutefois une notion difficile à cerner car elle évolue constamment et n'est pas clairement définie. Elle comprend, bien entendu, les dispositions législatives en vigueur, les textes d'ordre constitutionnel et supra-constitutionnel mais aussi certains principes non formulés explicitement, ce qui rend son application au droit de propriété très compliquée. Comment exploiter les silences permissifs du droit français lorsque la définition de l'ordre public est imprécise ? La tâche est difficile dans la mesure où elle soulève le problème des limites du droit des biens. Autrement dit, la question est de savoir dans quelle mesure on peut restreindre le droit de propriété sans le dénaturer.

907. La doctrine adopte, le plus souvent, une position limitative en faisant du droit de propriété lui-même un concept d'ordre public. Ainsi, d'après M. Chauveau, « tout ce qui touche à la propriété et à ses démembrements est d'ordre public et ne peut être modifié par convention ». M. Terré met en évidence cette tendance doctrinale en soulignant qu'« un propriétaire ne peut pas, par des actes juridiques, accepter n'importe quelle limitation de son droit, il ne peut consentir, estime-t-on alors, qu'aux limitations prévues expressément par le Code civil¹¹¹² ». Dès lors, toute la difficulté est de savoir ce qui correspond à une dénaturation du droit de propriété ; question d'autant plus délicate que la définition du droit de propriété pose problème, comme nous avons pu le constater. L'idée d'ordre public du droit de propriété souffre, de façon évidente, d'un manque de précision. En défendant l'idée d'un dédoublement de la propriété, nous serons donc amenés à préciser les limites posées par l'ordre public et, par conséquent, la notion même de propriété.

¹¹¹² Fr. TERRE, L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil, in *Destins du droit de propriété*, Droits, 1985, p. 33.

908. Subséquemment, il convient de vérifier à quelles conditions le la propriété dédoublée peut être accueillie en droit positif. Les limites posées au dédoublement de propriété sont les limites mêmes du contrat. Celui-ci présente toujours un caractère temporaire et relatif. Pour que la propriété puisse se reconstituer après un certain temps, le dédoublement doit, en principe, être temporaire (Section 1). La règle, en effet, reste l'unité du droit de propriété mais le caractère temporaire de la propriété dédoublée ne suffit pas, encore faut-il vérifier que les propriétés simultanées qui apparaissent durant cette période de temps ne dénaturent pas le droit de propriété (Section 2).

Section 1 : La limitation dans le temps

909. À l'exception de l'usufruit des biens consommables, notre Code civil a une vision assez réduite du démembrement de la propriété. C'est donc par la voie du contrat que l'idée d'un dédoublement du droit de propriété est apparue en droit français en explorant le champ du possible. Instauré par le contrat, le dédoublement présente les mêmes caractères que celui-ci : il a un caractère temporaire et repose sur la volonté du propriétaire d'origine. Ce caractère temporaire résulte, d'une part, du rejet des décompositions perpétuelles tiré de l'idée d'ordre public du droit de propriété (§1) et d'autre part, du principe de prohibition des engagements perpétuels (§2).

§1 : Le rejet des décompositions perpétuelles

910. En 1834, la Cour de cassation a élargi les possibles décompositions du droit de propriété au-delà des mécanismes prévus dans le Code civil mais autorise-t-elle, pour autant, la création d'un démembrement perpétuel ? La notion de perpétuité est un concept difficile à appréhender dans la mesure où le terme « perpétuité » est polysémique. Tantôt, il correspond à la durée de la vie humaine, tantôt il exprime l'idée de permanence enfin, tantôt il traduit une durée infinie. Appliquée au démembrement de la propriété, l'idée de perpétuité correspond à une décomposition permanente du droit, ce qui aboutit logiquement à une dénaturation de la propriété. Ainsi, le Code civil n'envisage-t-il que des démembrements temporaires de la propriété (A), principe qu'il convient d'élargir à toute forme de décomposition du droit de propriété et notamment au dédoublement de la propriété (B).

A : Le caractère temporaire des démembrements de la propriété

911. On peut observer que les droits réels démembrés prévus par le Code civil présentent la particularité d'être temporaires. Il en va ainsi de l'usufruit (1) qui apparaît

comme l'archétype des démembrements de la propriété. Est-ce une particularité de l'usufruit ou s'agit-il d'une règle générale ? Nous opterons pour la seconde solution. Certes, il arrive que certains droits réels sur la chose d'autrui soient perpétuels mais ils ne renversent pourtant pas la règle selon laquelle toute décomposition de la propriété doit être temporaire (2).

1 : La limitation légale de la durée du démembrement

912. Le Code civil fait de l'usufruit un droit réel strictement temporaire, même si l'article 578 ne le précise pas¹¹¹³. Ainsi, l'usufruit est, tout au plus, viager. En ce qui concerne les personnes morales, il est limité à une durée de trente années. Quant à l'emphytéose, elle doit être cantonnée dans une durée de 99 ans. Notre droit s'évertue, en effet, à limiter le démembrement dans le temps afin que le propriétaire, temporairement privé de ses attributs, puisse les retrouver. Pour justifier cette règle, la doctrine se réfère à la notion de propriété qu'il convient de préserver (a) ainsi qu'à l'utilité générale qui empêche la décomposition perpétuelle d'une propriété (b).

a : La question de la dénaturation de la propriété

913. Pour la majorité de la doctrine, le caractère temporaire des démembrements de la propriété est nécessaire¹¹¹⁴. Pourquoi une telle limitation de durée ? M. Jubault la justifie en posant l'idée d'un ordre public du droit de propriété. Ainsi, comme nous l'avons observé précédemment, en respectant un certain nombre de principes d'ordre public, il devient possible d'élaborer des droits réels nouveaux sans bouleverser notre système juridique. L'ordre public du droit de propriété est un concept fréquemment invoqué par la doctrine, notamment pour justifier le principe du *numerus clausus* des droits réels. Toutefois, la notion est particulièrement floue et, telle qu'elle est défendue, il est difficile d'en déterminer les fondements.

¹¹¹³ B. DAUCHEZ, L'usufruit sur les droits d'auteur, Defrénois, article 38070, p. 1695 : « Rien ne le prédisposait [l'article 578 du Code civil] pourtant à une telle longévité car sa formulation, qui néglige de dire que l'usufruit est un droit réel limitant celui du nu-propriétaire et qui surtout oublie d'affirmer son caractère temporaire, n'est pas précisément de nature à illustrer le génie du droit civil français. »

¹¹¹⁴ Fr. TERRE et Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, Collection Précis, 6^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002, n° 778, p.633 : « Le démembrement du droit de propriété en usufruit et en nue-propriété est nécessairement temporaire. »

914. Pour M. Jubault¹¹¹⁵, cet ordre public repose, en premier lieu, sur la durée limitée des démembrements de la propriété. Il semble que ce principe résulte de l'article 544 du Code civil. Permettre le détachement perpétuel du droit de jouissance reviendrait à dénaturer profondément le droit de propriété, c'est pourquoi l'usufruit ne peut être qu'au maximum viager. Ce qui caractérise, en effet, le droit de propriété tel que nous le connaissons, c'est son incroyable faculté à redevenir entier. Pour le professeur Crocq, le démembrement est nécessairement temporaire dans la mesure où « l'évolution historique, l'esprit du Code civil, s'oppose à ce qu'en dehors des prévisions légales, des dissociations perpétuelles de la propriété, par exemple en un droit sur la chose d'autrui imprescriptible et un droit de propriété grevé, puissent être créées car elles porteraient atteinte à l'essence même de ce droit et à l'article 2262 du Code civil¹¹¹⁶. »

915. L'article 2262 prévoit, en effet, « que toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre, ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi. » En d'autres termes, le non-usage trentenaire des droits réels portant sur la chose d'autrui entraîne leur perte tandis que le droit de propriété est imprescriptible. C'est ce qui distingue le droit de propriété de ses démembrements. C'est, en effet, dans un sens subjectif qu'il faut entendre la perpétuité du droit de propriété.

916. Il semble donc tout à fait juste de penser qu'un démembrement perpétuel du droit de propriété puisse dénaturer ce droit. On peut même ajouter qu'un tel démembrement serait contraire à l'utilité générale.

b : La préservation de l'utilité générale

917. L'idée est brièvement avancée par MM. Terré et Simler qu'un démembrement perpétuel serait contraire à l'utilité générale¹¹¹⁷. Si l'on admettait l'idée d'un démembrement

¹¹¹⁵ Ch. JUBAULT, Bail rural et usufruit, thèse Paris II, 1994, p. 393 s.

¹¹¹⁶ P. CROCQ, Propriété et garantie, Bibliothèque de droit privé, t. 248, Paris : L.G.D.J., 1995, p. 198.

¹¹¹⁷ Fr. TERRE et Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, Collection Précis, 6^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002, n° 778, p. 633 : « Une telle dissociation prive en effet le nu-proprétaire de toutes les utilités du ou des biens qui en sont l'objet, de sorte que serait dépourvue de sens une nue-propriété perpétuelle. »

perpétuel, il faudrait, en effet, se résoudre à accepter que des biens soient définitivement paralysés et l'on verrait ressurgir le mécanisme sclérosant de la mainmorte.

918. Ainsi, pour des raisons tenant à la nature du droit de propriété et au respect de l'utilité générale, le démembrement de la propriété se doit d'être temporaire. Se pose alors le problème d'expliquer pourquoi certains droits réels portant sur la chose d'autrui voient leur perpétuité reconnue par la loi et la jurisprudence.

2 : Les droits réels perpétuels sur la chose d'autrui

919. Si le démembrement de la propriété est nécessairement temporaire, tous les droits réels portant sur la chose d'autrui ne revêtent pas nécessairement ce caractère, c'est pourquoi il convient d'expliquer la perpétuité des servitudes (a) et du droit de superficie (b).

a : La perpétuité des servitudes

920. Comment expliquer que les servitudes ont un caractère perpétuel si la perpétuité du démembrement dénature le droit de propriété ? On peut évoquer deux arguments : le premier consiste à dire que les servitudes perpétuelles sont expressément prévues par le Code civil. Cet argument est, nous allons le constater, peu pertinent car même les prévisions légales ne peuvent dénaturer le droit de propriété. Le second argument nous semble plus plausible. Il repose sur la nature juridique des servitudes, nature que nous avons déjà l'occasion d'exposer.

921. Contrairement à ce qu'affirme M. Crocq, même les « prévisions légales » ne peuvent dénaturer le droit de propriété. La décision en date du 29 juillet 1998 rendue par le Conseil constitutionnel est suffisamment explicite puisqu'elle permet au législateur d'apporter au droit de propriété les limitations qu'il estime nécessaire « à condition que celles-ci n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée de ce droit en soient dénaturés. » Par conséquent, aucun démembrement ne peut être perpétuel si l'on juge que cela dénature réellement le droit de propriété, peu importe qu'un tel démembrement soit l'œuvre du

législateur. Dès lors, de deux choses l'une : soit on considère que la servitude constitue un démembrement de propriété et il faut, dans ce cas, admettre que, d'une manière générale, les démembrements perpétuels ne dénaturent pas la propriété, soit on redéfinit la servitude. C'est vers la seconde option que nous nous sommes tournée.

922. Comme nous l'avons déjà démontré, les servitudes ne constituent pas, selon nous, un démembrement de la propriété. À partir de là, elles peuvent parfaitement revêtir un caractère perpétuel dans la mesure où elles ne décomposent pas véritablement le droit de propriété. Elles apparaissent, en effet, comme une charge réelle grevant le droit de propriété autant qu'il existe. En d'autres termes, les servitudes ne portent pas une atteinte importante au droit de propriété. La propriété soumise à une servitude n'est aucunement démembrée, elle est simplement limitée. Ainsi se trouve expliqué le caractère perpétuel de certaines servitudes mais il reste encore à justifier la perpétuité du droit de superficie.

b : La perpétuité du droit de superficie

923. À côté des servitudes, un autre droit réel peut revêtir un caractère perpétuel : le droit de superficie. Comment expliquer la perpétuité d'un tel droit ? La réponse à cette question s'éclaircit si l'on opère une distinction. Selon qu'il est temporaire ou perpétuel, le droit de superficie ne doit pas être analysé de la même façon. Cette distinction, le professeur Goyet l'a tracée dans sa thèse. L'auteur estime, en effet, que le droit de superficie temporaire divise la propriété et non pas l'immeuble et, qu'en revanche, le droit de superficie perpétuel ne ressort pas de la logique des droits réels sur la chose d'autrui mais constitue un véritable droit de propriété dont le régime s'apparente à celui de la copropriété¹¹¹⁸. Nous rejoignons cette analyse car la perpétuité d'un droit entraîne des conséquences importantes sur sa qualification.

¹¹¹⁸ Ch. GOYET, Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire, thèse Strasbourg, Bibliothèque de droit privé, t. 180, Paris : L.G.D.J., 1983, p. 147 s : « Temporaire, le droit de superficie divise la propriété et non pas l'immeuble...Perpétuel, il ne peut être que partiel ou incomplet. Il cesse alors de ressortir à la logique des droits réels sur la chose d'autrui pour se présenter comme une modalité de la propriété comparable à la copropriété. Sous cet aspect, le droit de superficie intéresse la 'technique des grands ensembles immobiliers'. Il permettrait d'organiser conventionnellement l'imbrication de plusieurs propriétés privatives au sein du même ensemble immobilier. »

924. D'une manière générale, le droit de superficie est l'instrument permettant de préserver le caractère strictement temporaire des droits réels démembrés. La jurisprudence refuse, en effet, presque systématiquement de qualifier de droits réels démembrés les droits réels perpétuels¹¹¹⁹. Lorsqu'elle se trouve confrontée à un droit de jouissance perpétuel, elle opte pour la qualification de droit de superficie et reconnaît l'existence d'un véritable droit de propriété. Dans un arrêt rendu le 6 mars 1991 par la troisième chambre civile, la Cour de cassation déduit du caractère perpétuel du droit d'usage conféré à une commune la qualification de droit de superficie, c'est-à-dire un droit de propriété et non un usufruit¹¹²⁰. En d'autres termes, il semble que seuls le droit de propriété et les charges qui le grèvent peuvent revêtir un caractère perpétuel. Les décompositions du droit de propriété ne peuvent être que temporaires : il en va ainsi du démembrement et du dédoublement du droit de propriété.

B : La durée limitée du dédoublement de propriété

925. À l'image du démembrement, le dédoublement du droit de propriété apparaît comme une situation temporaire (1). La propriété de la jouissance est une propriété limitée dans le temps, concession d'une propriété qui, provisoirement en sommeil, a vocation à recouvrer sa plénitude (2).

1 : Une situation temporaire

926. Toutes les situations où nous avons pu observer un dédoublement du droit de propriété présentent la particularité d'être temporaires. En règle générale, ce sont des situations transitoires qui ont pour vocation de disparaître par une réunification du titre et des utilités (a) à moins que le propriétaire en titre ne décide un prolongement de la situation ou qu'il n'ait pas les moyens financiers de la faire cesser (b).

¹¹¹⁹ Certes, il existe quelques exceptions jurisprudentielles que nous avons déjà relevées mais il semble difficile d'en tirer des conséquences générales.

¹¹²⁰ Cass. civ. 3, 6 mars 1991, Bull. civ. III, n° 84, D., 1991, somm., p. 308, obs. Robert ; JCP 1992, éd. G., II, 21890, note P. Ourliac ; R.D. imm., 1991, p. 189, obs. J.-L. Bergel.

a : Un dédoublement provisoire

927. Qu'elle joue un rôle de sûreté ou d'exploitation du bien, la propriété dédoublée se distingue par son caractère temporaire. Une fois remplie la fonction à laquelle elle était destinée, elle peut, en effet, s'éteindre. Concernant la clause de réserve de propriété, la propriété retrouve son unité lorsque le paiement est effectué ou lorsque le délai prévu pour celui-ci est expiré. Utilisée à des fins de garantie, la propriété revêt le caractère temporaire des sûretés. Le même constat peut être dressé en matière de crédit-bail puisque le crédit-preneur a vocation à acquérir le titre de propriété au terme du contrat et le crédit-bailleur a, quant à lui, l'expectative de récupérer le bien si le preneur ne lève pas l'option.

928. Lorsqu'elle sert à l'exploitation du bien, la propriété ne durera, de la même façon, qu'autant qu'elle est nécessaire. Il en va ainsi du bail à construction qui ne se prolonge que pour permettre l'exploitation, pour un temps, du bien construit par le preneur. De la même manière, la fiducie permettra, lorsque le droit français l'aura enfin reconnue, l'exploitation du bien pendant une période de temps déterminée afin qu'un bénéficiaire puisse, à terme, recueillir le produit de cette exploitation.

929. Enfin, lorsque le dédoublement du droit de propriété est lié à la nature du bien qu'il s'agisse du dépôt d'un bien fongible ou de l'usufruit d'une chose consommable, le dédoublement ne dure que jusqu'à ce que le propriétaire d'origine réclame son bien. Ainsi, d'une manière générale, on constate que le dédoublement de la propriété n'est que temporaire, la situation normale étant la propriété unifiée. Il existe toutefois des hypothèses où le dédoublement tend à se prolonger dans le temps.

b : Le prolongement du dédoublement

930. En matière de bail rural ou commercial, le droit du preneur bénéficie d'une stabilité remarquable dans la mesure où le droit au renouvellement prolonge la situation contractuelle de façon quasi-indéfinie et ceci est d'autant plus vrai que l'article 1742 du Code civil précise que « le contrat de louage n'est pas résolu par la mort du bailleur ni par celle du preneur ». Pour autant, il ne s'agit pas d'un dédoublement perpétuel du droit de propriété dans

la mesure où le bailleur peut toujours refuser le renouvellement du contrat de bail commercial en payant une indemnité d'éviction. Quant au bail rural dont le renouvellement est automatique, le bailleur peut faire jouer son droit de reprise pour faire cesser le contrat. La situation demeure donc temporaire en dépit des contraintes.

931. Néanmoins, la possibilité d'interrompre les relations contractuelles est très sévèrement restreinte pour le bailleur et l'on peut, au moins, considérer que le droit du preneur à bail tend vers la perpétuité¹¹²¹ mais est-ce, pour autant, contradictoire ? Nous avons vu, jusqu'à présent que seul un usage temporaire de la chose était concevable. Si le plein usage de la chose était attribué perpétuellement à un tiers, il serait difficile de considérer que le propriétaire d'origine conserve indéfiniment une propriété abstraite. Toutefois, ce qui fait l'originalité du bail, c'est la perception régulière de loyers. Par ce versement régulier de loyers, le bailleur n'a pas une propriété totalement vide¹¹²². Il n'est donc pas choquant que le droit du preneur se soit allongé dans le temps.

2 : Les fondements d'une situation temporaire

932. Si la propriété peut être définie comme un droit élastique caractérisé par la vocation du propriétaire à « jouir et à disposer de la chose de la manière la plus absolue », elle peut également être définie par la faculté de « jouir et de disposer » (a). Séparé du titre de propriété, l'émolument apparaît comme concédé par le propriétaire en titre à un tiers, ce qui explique son caractère temporaire. Dès lors la propriété peut, tour à tour, revêtir un caractère perpétuel ou temporaire (b).

¹¹²¹ F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, Collection Précis, 3^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1996, n° 465, p. 364 : « Encore doit-on préciser qu'en fait, par l'effet des législations spéciales et des reconductions ou renouvellements successifs d'un bail, celui-ci peut tendre à s'exécuter perpétuellement. Il est seulement interdit de convenir de la perpétuité. »

¹¹²² G. HEGEL, Principes de la philosophie du droit, Texte intégral, accompagné d'extraits des cours de Hegel, présenté, révisé, traduit et annoté par J.-F. Kervégan, Collection Fondements de la politique, 1^{ère} édition, Paris : PUF, 1998, p. 149 : « Quant aux rapports du *dominium directum* et du *dominium utile*, ils ne sont pas contradictoires dans la mesure précise où des charges sont attachées au *dominium utile*, par lesquelles le *dominium directum* devient en même temps un *dominium utile*. » L'auteur s'interrogeait ici sur le fait de savoir comment un droit perpétuel pouvait s'accommoder d'un autre droit de propriété.

a : La propriété définie comme une expectative ou un ensemble de prérogatives

933. Contrairement à l'idée que défend le professeur Zenati, nous pensons que l'émolument est un élément à part entière du droit subjectif de propriété. L'*usus*, *fructus* et l'*abusus* ne sont pas extérieurs à ce droit mais participent à sa définition. Si elle peut se détacher de ses prérogatives utiles, c'est parce que la propriété est un droit élastique. Tant que le propriétaire a l'expectative de « jouir et disposer des choses (...) », il conserve son titre de propriété mais s'il perd tout espoir de recouvrer l'ensemble de ses prérogatives, il n'a plus de droit. D'un autre côté, lorsqu'une personne bénéficie des prérogatives du droit de propriété, la tentation est grande de qualifier son droit de propriété. Pothier a lui-même cédé à cette tentation en estimant que le véritable propriétaire, à la veille de la Révolution, était celui qui bénéficiait de la propriété utile. Ainsi, lorsque la propriété est réduite à une expectative et qu'un tiers jouit des utilités de la chose, il est très difficile de déterminer où se situe la propriété. Aussi, faut-il, selon nous, se résoudre à admettre l'idée d'un double droit de propriété sur un même bien.

934. Détachées du droit de propriété initial, les prérogatives utiles apparaissent comme une concession du propriétaire d'origine. Prenons, en effet, l'exemple du bail à construction que nous avons analysé comme une illustration du dédoublement de la propriété. L'article L112-1 du code de la construction et de l'habitation prévoit que « le droit de construire est attaché à la propriété du sol (...) ». C'est donc le propriétaire tréfoncier qui accorde au superficiaire la propriété des constructions que celui-ci effectuera. La propriété du preneur à bail, propriété temporaire, apparaît alors comme une concession du propriétaire du sol. Il s'agirait donc d'une sorte de démembrement original du droit de propriété, ce qui semble admissible si l'on rejette le principe d'un *numerus clausus* des droits réels. À partir de là, on comprend parfaitement que ce dédoublement ne puisse être que temporaire. Par conséquent, la propriété utile est elle-même temporaire.

b : Le caractère perpétuel ou temporaire du droit de propriété

935. Le caractère temporaire de la propriété dédoublée devrait, en principe, exclure la qualification de « propriété » dans la mesure où ce droit apparaît classiquement comme un

droit perpétuel. Pourtant, comme nous avons pu le constater, l'évolution des caractères du droit de propriété nous permet aujourd'hui d'envisager une propriété limitée dans le temps. La reconnaissance d'un véritable droit de propriété au titulaire de la maîtrise passe donc par la remise en cause de la perpétuité du droit de propriété. Toute la question est de savoir comment imaginer un droit de propriété sans perpétuité. En d'autres termes, la perpétuité est-elle de l'essence même du droit de propriété¹¹²³ ? Tout le problème est celui de savoir si les caractères traditionnellement reconnus au droit de propriété participent à sa définition. Rien n'est moins sûr. Aussi convient-il de s'interroger sur les fondements de cette soi-disant perpétuité.

936. Un premier constat s'impose : le principe ne figure nulle part dans notre Code civil. Il résulte d'une interprétation des textes par les auteurs classiques et, notamment, Demolombe qui, en 1854 a ajouté le critère de perpétuité aux caractères absolu et exclusif du droit de propriété, à une époque où l'exclusivisme du droit de propriété était le plus fort. Seul, en effet, le droit de propriété peut revêtir un caractère perpétuel qu'il confère également aux charges qui l'accompagnent. Il est vrai que lorsque le droit est perpétuel, il doit être qualifié de droit de propriété (droit de superficie) ou de charge réelle mais cela ne signifie pas, pour autant, que tout droit de propriété est nécessairement perpétuel. En effet, comme nous l'avons déjà constaté, le droit positif accorde désormais une place aux propriétés temporaires¹¹²⁴ mais ce concept ne s'inscrit pas naturellement dans notre système classique. Ainsi, malgré une consécration jurisprudentielle récente, l'idée d'une propriété temporaire est contestée car, si l'on en croit la doctrine classique, seuls les droits réels démembrés sont temporaires. Toute la particularité de la propriété utile est d'être une propriété octroyée par le propriétaire d'origine. S'il ne s'agit pas d'un démembrement de propriété, tel qu'on l'entend de manière classique, elle en revêt néanmoins les caractères. C'est pourquoi elle apparaît comme un droit temporaire, ce caractère étant renforcé par le principe de prohibition des engagements perpétuels.

¹¹²³ V. BONNET, La durée de la propriété, R.R.J., 2002-1, p. 273.

¹¹²⁴ Cf. supra n°646 s.

§2 : Le respect du principe de prohibition des engagements perpétuels

937. À l'exception de l'usufruit légal portant sur une chose consommable, le dédoublement de la propriété est principalement le fait du contrat. Or, le propre de la relation contractuelle est d'être temporaire. En effet, bien qu'il ne repose sur aucun texte précis et qu'il faille le nuancer (A), le principe de prohibition des engagements perpétuels est érigé par la doctrine comme une exigence de notre droit (B), ce que la jurisprudence et la loi tendent à confirmer.

A : Les limites de la prohibition des engagements perpétuels

938. Parce qu'aucune disposition législative ne condamne, d'une manière générale, les engagements perpétuels, la doctrine se fonde sur les nombreux textes particuliers posant une limitation de la durée des relations contractuelles pour ériger ce principe comme une règle de droit (1). Cette méthode est critiquée par une partie de la doctrine qui n'hésite pas à remettre ce principe en cause en se fondant sur une tendance législative favorable à la stabilité contractuelle (2).

1 : Les textes justifiant la prohibition des engagements perpétuels

939. Aucune disposition de caractère général n'interdit l'élaboration d'un contrat perpétuel¹¹²⁵. C'est pourquoi une partie de la doctrine a dénoncé très clairement la carence de notre droit. Il faut, en effet, se rendre à l'évidence : aucun texte ne condamne, d'une manière générale, l'existence des contrats perpétuels. En revanche, nombreuses sont les dispositions particulières du droit positif limitant la durée de la relation contractuelle : l'article 530 du Code civil prévoit le rachat de la rente foncière, l'article 1780 alinéa 1^{er} du Code civil prohibe le louage de services à vie, l'article 1709 consacre le caractère temporaire du contrat de bail,

¹¹²⁵ F. RIZZO, Regards sur la prohibition des engagements perpétuels, Dr. et patrimoine, Janvier 2000, p. 60 ; J. GHESTIN, Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ? in *Mélanges en l'honneur de D. Tallon : d'ici et d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit*, Paris : Société de législation comparée, 1999, p. 251 s. ; J.-F. BARBIERI, Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits

l'article 1838 du même code limite la durée des sociétés à 99 ans, l'article 1944 condamne le dépôt perpétuel, l'article 900-1 limite la durée des clauses d'inaliénabilité, enfin l'article 2003 du Code civil prévoit la possibilité de résilier le contrat de mandat à tout moment, etc....

940. Le législateur est venu compléter cette liste de contrats temporaires. C'est ainsi que dès 1790, celui-ci a limité la durée de l'emphytéose que le droit féodal avait pourtant consacrée comme un droit perpétuel¹¹²⁶. Confirmant cette analyse, l'article L 251-6 alinéa 1^{er} du code de la construction et de l'habitation prévoit, concernant le bail à construction que les « privilèges, hypothèques ou autres charges nées du chef du preneur (...) s'éteignent à l'expiration du bail ». Pour les « propriétés économiques » prenant appui sur le contrat de bail, à l'exception du bail commercial et du bail rural, la limitation de durée semble évidente, le bail étant un contrat par nature temporaire. Par la limitation du contrat dans le temps, le droit français protège essentiellement la liberté des parties. Lorsque les contrats restreignent particulièrement la liberté individuelle, le législateur les cantonne même à une durée maximum. Ainsi, la loi du 14 octobre 1943 s'appliquant aux clauses d'exclusivité prévoit une durée limitée de 10 ans.

941. Ainsi décrit, le problème se résume à la question suivante : de toutes les règles visées faut-il déduire un principe général de prohibition des engagements perpétuels ou ces règles formulent-elles une exception au principe de liberté contractuelle, exception qu'il n'y a pas lieu d'étendre là où elle n'est pas prévue ? La majorité de la doctrine opte pour la première solution. C'est, en effet, à partir des dispositions particulières susvisées que la doctrine tire une règle générale de prohibition des engagements perpétuels¹¹²⁷, la plupart des contrats nommés étant concernés par cette règle. Comme l'affirme M. Ghestin : « Aujourd'hui, pas plus qu'hier, les auteurs qui affirment l'existence d'un principe général d'interdiction de tous les contrats perpétuels ne présentent d'arguments autres que la référence à un certain nombre de textes particuliers¹¹²⁸. » L'auteur reconnaît toutefois que certains principes supérieurs sont avancés pour justifier la règle mais là où la liberté n'est pas menacée, il refuse d'admettre le principe de prohibition des engagements perpétuels.

réels. Contribution à l'étude de la notion de perpétuité dans les relations juridiques, thèse Toulouse, 1977.

¹¹²⁶ La loi des 18-29 décembre 1790, article 1^{er}, titre 1^{er} a purgé l'emphytéose de sa perpétuité en limitant sa durée à 99 ans ou trois vies.

¹¹²⁷ J. AZEMA, La durée des contrats successifs, thèse Lyon, 1968, Bibliothèque de droit privé, t. 102, Paris : L.G.D.J., 1969, n° 37 : « (...) en ce qui concerne les personnes privées, la prohibition de l'engagement perpétuel

2 : Les textes justifiant la stabilité du contrat

942. Afin de préserver l'équilibre contractuel en prenant en compte les disparités, le législateur a instauré toute une série de dispositions restreignant la liberté de la partie jugée la plus forte d'une relation contractuelle. On assiste, aujourd'hui, à un renversement des perspectives, dans la mesure où la stabilité procurée par un contrat perpétuel semble parfois souhaitable. C'est le cas pour le contrat de travail et le contrat de bail. Dans ces deux contrats, si le salarié ou le locataire peuvent toujours se dégager, librement et à tout moment, de la relation contractuelle, une telle liberté n'est pas permise à l'employeur ou au bailleur. Le premier, en effet, ne peut mettre fin au contrat que pour un motif sérieux et légitime et le recours au contrat à durée déterminée est limité. Quant au second, les statuts protecteurs que nous avons déjà étudiés, encadrent très strictement la résiliation du contrat. Un pas supplémentaire est même franchi lorsque la loi impose le renouvellement ou la tacite reconduction du contrat. Le souci de stabilité contractuelle supplante alors la crainte des effets néfastes de la perpétuité mais, même si le contrat s'allonge dans le temps, le principe de prohibition des engagements perpétuels semble maintenu, du moins en théorie.

943. Par son action unificatrice, la Constituante a interdit le bail perpétuel. Pourtant, on assiste indéniablement à un allongement de la durée du contrat par le biais des dispositions protectrices du locataire. Les critiques formulées à l'encontre du bail perpétuel se sont, en effet, estompées avec le temps. Si en 1789, les révolutionnaires reprochaient au bail perpétuel de créer un état de dépendance personnelle de l'exploitant ou encore d'entraîner une certaine inefficacité économique, la situation a aujourd'hui profondément changé. Il apparaît, en effet, que la dépendance de l'exploitant résulte non pas de la perpétuité du bail mais de son absence de stabilité. Quant à la critique économique, une plus grande pérennité dans l'exercice de l'exploitation permet une meilleure valorisation du bien. C'est la raison pour laquelle le législateur a étendu la durée du contrat de bail. C'est d'ailleurs cette évolution qui a poussé une partie de la doctrine à requalifier le droit du preneur à bail en lui reconnaissant un droit réel, et même une sorte de domaine utile sur l'immeuble. Les statuts protecteurs du locataire interdisent désormais au bailleur de mettre fin à la relation contractuelle arrivée à terme sans motif.

est général en Droit français, malgré le caractère parcellaire des textes qui l'édictent. »

¹¹²⁸ J. GHESTIN, Ibid.

944. Ainsi, sur un certain nombre de points, la prohibition du contrat perpétuel s'est estompée. Les dispositions spécifiques qui justifiaient hier le principe le desservent aujourd'hui en influençant le droit commun des contrats¹¹²⁹. Le preneur à bail commercial et rural, et dans une moindre mesure le preneur à bail d'habitation, ont donc un droit qui rivalise avec le droit de propriété de l'immeuble. Pour autant, le droit du locataire n'est pas perpétuel sur le plan du droit car le bailleur peut échapper au contrat. Dans les faits, pourtant, son droit tend vers la perpétuité.

945. Nous pensons qu'il convient de maintenir le principe de prohibition des contrats perpétuels même s'il doit être nuancé, c'est la raison pour laquelle le législateur permet toujours à une partie engagée à long terme de se dégager de ses obligations. Certes, le contrat aménage l'avenir, il ne peut toutefois pas plier entièrement le devenir des hommes.

B : Le maintien du principe de prohibition des engagements perpétuels

946. Même s'il ne figure pas expressément dans un texte de loi, le principe de prohibition des engagements perpétuels repose sur des fondements rationnels persistants, sur ce que M. Morvan¹¹³⁰ appelle le « donné » et qui constitue des « sources d'inspirations du droit ». Il doit être maintenu dans la mesure où il présente une rationalité économique (1) mais surtout philosophique et politique (2) que le droit protège.

1 : La libre circulation des biens

947. L'immobilisme économique entraîné par le dédoublement féodal du droit de propriété a fait l'objet des plus vives critiques lors de la Révolution. Un tel fixisme résultait de la perpétuité du bail. Ainsi, Tronchet condamnait-il le « droit sauvage » qui séparait « à perpétuité la propriété de la jouissance et entravait la libre disposition du bien dans son utilisation et sa circulation¹¹³¹. » Le contrat perpétuel entrave, en effet, considérablement la

¹¹²⁹ G. COUTURIER, Les relations entre employeurs et salariés en droit français, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaison franco-belges*, Paris : L.G.D.J., 1996.

¹¹³⁰ P. MORVAN, Le principe de droit privé, Paris : L.G.D.J., Panthéon Assas, 1999.

¹¹³¹ A.-M. PATAULT, Introduction historique au droit des biens, Collection Droit fondamental, 1^{ère} édition,

création et la circulation des richesses¹¹³². De plus, en empêchant l'arrivée sur le marché de nouveaux agents économiques, il apparaît comme profondément anti-concurrentiel¹¹³³. Les critiques adressées à la stagnation des biens sont particulièrement virulentes. Josserand l'a d'ailleurs condamnée avec force : « Une société dans laquelle les biens demeureraient stagnants et s'accumuleraient perpétuellement à l'intérieur des mêmes patrimoines serait une société inerte, paralytique et vouée aux pires dangers¹¹³⁴... »

948. Mais cette « éthique du libéralisme économique¹¹³⁵ » caractérise-t-elle le droit positif¹¹³⁶ ? Sur ce point, la doctrine semble divisée car si d'un côté le Code civil énonce le principe de libre disposition des biens, d'un autre côté aucun texte n'évoque, expressément et d'une manière générale, le principe de libre circulation des biens. Malgré ce silence, la libre circulation des biens nous semble devoir être défendue dans la mesure où elle apparaît comme une condition d'exercice du droit de propriété. Le contester reviendrait à supprimer l'idée même d'une propriété privée. Quant à la jurisprudence, elle a, par le passé, affirmé sans ambiguïté le principe de libre circulation des biens. Dans un arrêt rendu en 1877, la Cour de cassation a effectivement considéré que « la prohibition absolue d'aliéner contenue dans une disposition entre vifs ou testamentaire doit être réputée non écrite, comme contraire à la libre circulation des biens¹¹³⁷ ». Enfin, le principe de libre circulation des biens semble confirmé, de manière diffuse, par la loi que ce soit directement (articles 902, 1128, 1594 et 1598 du Code civil) ou indirectement (articles 544 et 537 alinéa 1, 711 etc.... du Code civil).

949. Même si aucune disposition légale ne pose clairement le principe de circulation des biens, l'idée transpire du Code civil où elle s'exprime dans des dispositions très nombreuses. Elle est reprise par la jurisprudence et admise d'une manière générale par la doctrine. Dès lors, à moins de poursuivre un intérêt supérieur, on ne saurait admettre le principe des engagements perpétuels car il contreviendrait d'une manière beaucoup trop

Paris : P.U.F., 1989, p. 169.

¹¹³² L. MONTAGNE, Le principe de libre circulation des biens en droit civil, thèse Montpellier, 2000.

¹¹³³ L et J, VOGEL, Vers un retour des contrats perpétuels ? Evolution récente du droit de la distribution, Contrats, conc., consom., août-septembre 1991, p. 1.

¹¹³⁴ L. JOSSERAND, Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Paris : Editions du CNRS, 1984, n° 223.

¹¹³⁵ J. CARBONNIER, Droit civil, Les obligations, t. IV, Collection Thémis, 21^{ème} édition refondue, Paris : P.U.F., 1992, §141, p. 264.

¹¹³⁶ L. MONTAGNE, Le principe de libre circulation des biens en droit civil (contribution à son étude), thèse Montpellier, 2000.

¹¹³⁷ Cass. civ., 19 mars 1877.

évidente à la libre circulation des biens. Il contribuerait, en effet, à figer dans le temps des situations contractuelles. La critique formulée à l'encontre du statut des baux ruraux et commerciaux tourne d'ailleurs très souvent autour de l'idée qu'il est difficile pour les nouveaux exploitants de s'installer. De la même manière la protection de la liberté individuelle semble s'opposer aux conventions perpétuelles.

2: La protection de la liberté individuelle

950. La sauvegarde de la liberté individuelle est l'argument classiquement avancé par la doctrine pour justifier le caractère nécessairement temporaire des relations contractuelles. C'est d'ailleurs pour cette raison que la doctrine s'accorde à reconnaître que le principe de prohibition des engagements perpétuels s'impose beaucoup moins pour les personnes morales. En revanche, lier une personne physique pour la durée de sa vie serait alors attentatoire à sa liberté. La résurgence de l'esclavage serait imminente comme l'indique expressément Jacques de Maleville¹¹³⁸. Le principe de prohibition des engagements perpétuels apparaît donc classiquement comme un garde-fou faisant obstacle à la réapparition du servage. Il témoigne de la volonté des rédacteurs du Code civil de rompre avec l'Ancien régime. La préservation de cette liberté passe alors par deux principes simples : la rupture unilatérale du contrat à durée indéterminée et la nullité du contrat perpétuel.

951. Dans le premier cas, il serait attentatoire à la liberté d'exiger l'accord des deux parties pour se dégager d'une relation contractuelle. Cela reviendrait, en effet, à lier indéfiniment l'un des contractants contre sa volonté. M. Benabent confirme cette idée en estimant que « si les parties n'ont pas fixé la limite de leur contrat, il n'en résulte pas que celui-ci doive se perpétuer indéfiniment, car ce serait porter atteinte à la liberté que de l'aliéner pour toujours¹¹³⁹ ». Pour cette raison, il paraît nécessaire de préserver le principe de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée, chaque partie ayant le droit de se dégager librement de la relation contractuelle.

¹¹³⁸ J. MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, t. 3, 2^{ème} édition, Paris : Garnery et Laporte, 1807, p. 472.

¹¹³⁹ A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Collection : Domat Droit privé, 5^{ème} édition, Paris : Montchrestien, 1995, p. 171, n° 312.

952. Quant au contrat perpétuel qu'il faut différencier du contrat à durée indéterminée¹¹⁴⁰, il serait, par nature, contraire au principe de liberté individuelle, ce que conteste une doctrine minoritaire¹¹⁴¹. D'après le professeur Ghestin, le droit positif « ne traduit aucune hostilité aux contrats perpétuels, du moins lorsqu'ils n'imposent pas d'assujettissement personnel. » Pour se justifier, l'auteur cite l'exemple du célèbre arrêt du canal de Craponne¹¹⁴² et l'arrêt des Hospices civils de Lille contre l'Institut catholique de Lille¹¹⁴³. La limite à la création des contrats perpétuels serait donc la protection de la liberté individuelle. On a quand même du mal à imaginer un contrat perpétuel sans assujettissement personnel, le contrat étant caractérisé par un certain nombre d'obligations. Par conséquent, il convient de limiter le contrat dans le temps à moins qu'un principe supérieur ne justifie de limiter la liberté individuelle de l'un des contractants.

953. En conséquence, le dédoublement de la propriété est, en principe, temporaire. La coexistence de deux droits de propriété sur le même bien ne peut être que limitée dans le temps mais il ne suffit pas que le dédoublement soit temporaire, encore faut-il apporter certains aménagements aux droits concurrents pour qu'ils puissent coexister.

¹¹⁴⁰ R. LIBCHABER, Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés, Rev. sociétés 1995, p. 437 s.

¹¹⁴¹ J. GHESTIN, Existe-t-il un principe de prohibition des contrats perpétuels ? in *Mélanges en l'honneur de D. Tallon : d'ici et d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit*, Paris : Société de législation comparée, 1999, p. 251 s.

¹¹⁴² Cass. 6 mars 1876, D. 1876, I, 193, note A. Giboulot ; Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 10^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1994, note Fr. TERRE et Y. LEQUETTE, p. 406.

¹¹⁴³ Cass. 25 juin 1907, D. P., 1907, I, p. 337.

Section 2 : La limitation des prérogatives

954. Si l'existence des propriétés simultanées est contestée, c'est parce que la doctrine souligne la difficile coexistence de droits concurrents sur un même bien. Le dédoublement de la propriété a même fini par sembler contraire à la logique. Il est vrai que cette idée s'accommode mal de notre conception exclusiviste de la propriété. Elle devient, en revanche, envisageable si l'on admet la relativité de la propriété de la jouissance (§1) et la dématérialisation de la propriété de la valeur (§2).

§1 : La relativité de la propriété de la maîtrise

955. De la même manière qu'un démembrement de la propriété comporte une certaine part de relativité puisqu'il porte sur la chose d'autrui (A), la propriété de l'utilité apparaît comme une propriété relative dans la mesure où elle est subordonnée au droit du propriétaire de la valeur (B), ce caractère étant renforcé par sa nature contractuelle. Elle subit donc les limitations imposées par l'autre droit de propriété. Parce qu'elle porte sur la chose d'autrui, la propriété de l'utilité ne peut être que limitée. Des rapports obligatoires s'introduisent, en effet, dans la notion de propriété afin d'organiser la cohabitation de deux droits de propriété sur un même bien.

A : Le caractère relatif des droits réels démembrés

956. D'une manière générale, les démembrements de la propriété présentent un caractère relatif dans la mesure où ils évoluent sous l'égide du droit de propriété. Cette relativité s'exprime par la présence du propriétaire (1) qui, même s'il n'est pas un intermédiaire, pose les limites du droit démembré (2).

1 : Une relativité imposée par la présence du propriétaire

957. Les auteurs qui ont critiqué la distinction classique entre les droits réels et les droits personnels ont avancé l'idée qu'il existait dans les droits réels démembrés un sujet passif¹¹⁴⁴ : le propriétaire. M. Ginossar considère, en effet, que la propriété doit être distinguée des droits réels qui, comme les droits personnels, présentent un caractère relatif. Ainsi présenté, le droit réel apparaît comme un « *vinculum juris* » dont le propriétaire est le sujet passif¹¹⁴⁵. Si la distinction classique doit être maintenue, la remarque n'est pas dénuée de tout fondement. Un lien s'opère inévitablement entre les deux titulaires d'un droit sur la chose, ceci afin d'organiser, le plus harmonieusement possible, les pouvoirs de chacun¹¹⁴⁶. En conséquence, lorsque le titulaire du droit réel méconnaît les pouvoirs du propriétaire, « une véritable obligation naît de l'acte illicite inclus dans la méconnaissance du droit d'autrui¹¹⁴⁷ ». Parallèlement au droit réel se crée donc une relation personnelle. Rappelons, en effet, l'obligation faite à l'usufruitier de fournir caution.

958. Ces rapports d'obligations ne caractérisent toutefois pas les droits réels démembrés. En revanche, le titulaire d'un tel droit se doit de respecter les droits du nu-propriétaire d'où l'impression trompeuse que nous pouvons avoir d'un rapport d'obligation. Cette obligation passive universelle n'est, en effet, qu'une obligation faite à tous de respecter le droit d'autrui mais elle ne caractérise en rien les droits. Une telle conception présente néanmoins le mérite de mettre en évidence le caractère relatif des droits réels démembrés. Ce qui caractérise, en effet, les droits réels démembrés, c'est la présence d'un sujet passif en la personne du propriétaire, sujet qui concède certaines utilités de son droit au bénéficiaire du démembrement.

¹¹⁴⁴ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris : L.G.D.J., 1960

¹¹⁴⁵ F. HAGE-CHAHINE, *Essai d'une nouvelle classification des droits privés*, R.T.D. civ., 1982, p. 705 s.

¹¹⁴⁶ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CINAMONTI, *Traité de droit civil*, Sous la direction de J. Ghestin, 2^{ème} édition, Paris : L.G.D.J., 2000, n° 250, p. 261 : « En définitive, quel que soit son objet et quelle que soit la finesse d'une analyse renouvelée du concept d'usufruit, celui-ci ne semble pas se réduire à une analyse exclusiviste. Une position intermédiaire et plus unitaire pourrait consister à reconnaître que l'usufruit emporte toujours une altération de l'exercice d'un droit patrimonial existant auparavant entièrement sur une chose au profit d'un propriétaire ou sur un droit au profit d'un créancier. Cette altération, par essence temporaire, provoque en effet un exercice concurrent des droits entre l'usufruitier d'une part, et le propriétaire ou le créancier d'autre part. »

¹¹⁴⁷ M. CHAUVEAU, *Classification nouvelle des droits réels et personnels*, *Revue critique de lég. et de jurisp.*, 1931, p. 559.

959. Le démembrement de la propriété ne saurait donc être que relatif dans la mesure où il est un droit concédé par un propriétaire, ce qui suppose le respect de certaines limites.

2 : Une relativité déduite des limites du droit démembré

960. C'est en constatant que les droits réels démembrés ne présentent pas les mêmes caractères que le droit dont ils sont issus (perpétuité, exclusivité, absolutisme), que le professeur Zenati déduit l'idée que le démembrement de propriété ne peut, en réalité, provenir d'une décomposition de la propriété. L'auteur part alors du présupposé que les parties d'un tout devraient revêtir les mêmes caractères que ce « tout »¹¹⁴⁸. Ce n'est pas notre avis dans la mesure où les démembrements de la propriété sont naturellement placés sous l'égide du droit de propriété. Comme nous avons pu le constater précédemment, les démembrements du droit de propriété sont donc, en principe, temporaires. On peut même ajouter que les démembrements de la propriété sont des droits limités.

961. L'usufruitier ne peut pas faire ce qu'il veut des prérogatives qui lui sont accordées. Encore doit-il jouir du bien en bon père de famille. Dans un arrêt rendu le 10 juillet 1963¹¹⁴⁹, la Cour de cassation a précisé que « l'usufruitier doit jouir de la chose soumise à son usufruit en bon père de famille ». De plus, il doit dresser un inventaire¹¹⁵⁰ et fournir un cautionnement¹¹⁵¹ au propriétaire afin de garantir la restitution d'au moins la valeur de la chose. Enfin, dans l'exercice de son droit de jouissance, l'usufruitier doit respecter la pratique antérieure du propriétaire. C'est ce que précise la Cour de cassation dans l'arrêt précité, en faisant référence à « l'usage auquel elle [la chose] est destinée » puis d'ajouter en 1955¹¹⁵² que l'usufruitier « ne doit pas modifier la manière d'être particulière de la chose ». Toutes ces solutions accentuent l'idée que les droits réels portant sur la chose d'autrui constituent

¹¹⁴⁸ Fr. ZENATI, thèse précitée, p. 92.

¹¹⁴⁹ Cass. civ. 1, 10 juillet 1963, JCP, 1964, II, 13592.

¹¹⁵⁰ Article 600 du Code civil : « L'usufruitier prend les choses dans l'état où elles sont ; mais il ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser, en présence du propriétaire, ou lui dûment appelé un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit. »

¹¹⁵¹ Article 601 du Code civil : « Il donne caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit ; cependant, les père et mère ayant l'usufruit légal du bien de leurs enfants, le vendeur ou le donateur, sous réserve d'usufruit, ne sont pas tenus de donner caution. »

¹¹⁵² Soc. 10 février 1955, D. 1955, Jurisprudence, p. 379, rapport Pépy ; Cass. civ. 3, 5 décembre 1968, D. 1969, Jurisprudence, p. 274.

véritablement des démembrements de la propriété dans la mesure où ils sont subordonnés à ce droit. Ainsi, parce que l'usufruit présente certaines limites, l'usufruitier est tenu de restituer la chose à la fin de l'usufruit. Ses pouvoirs ne peuvent jouer que dans la mesure où ils n'entravent pas ceux du nu-propiétaire. Il est donc naturel que l'usufruit ne revête pas les mêmes caractères que le droit de propriété.

962. Parce qu'il respecte le droit de propriété sous l'autorité duquel il est constitué, le démembrement de propriété apparaît comme un droit relatif. Le dédoublement de la propriété, qui semble consister en un démembrement très poussé du droit de propriété, présente les mêmes caractéristiques.

B : Le caractère relatif du dédoublement contractuel

963. La propriété économique ou utile n'est pas la propriété dans la pureté des textes de 1804 ; c'est une propriété qui connaît des limites. Pourtant, même limitée, elle apparaît comme une forme de propriété, dans la mesure où le concept s'est grandement assoupli depuis 1804. Aussi, voit-on aujourd'hui apparaître l'idée d'une propriété relative, limitée. Tel est le cas de la propriété de l'utilité qui, par sa nature contractuelle, semble subordonnée à la propriété d'origine. D'une part, les dispositions contractuelles prévues sont susceptibles de restreindre le droit de jouir et de disposer du propriétaire économique. D'autre part, le législateur semble accompagner ce mouvement en encadrant les pouvoirs susceptibles d'être accordés au propriétaire utile. C'est le propriétaire en titre qui fixe l'étendue des pouvoirs du propriétaire utile. Ce dernier semble donc placé sous sa dépendance¹¹⁵³. Comme l'indique M. Blanluet, « celui-ci ne peut donc librement fixer l'étendue de ses prérogatives, pas plus qu'il ne peut librement déterminer le mode d'exercice de son activité ». Le propriétaire utile doit donc, tout à la fois, remplir un certain nombre d'obligations (1) et respecter les interdictions qui lui sont imposées (2). À défaut, le propriétaire de la valeur pourra demander la résiliation du contrat, ce qui traduit une certaine fragilité dans la position du propriétaire de l'utilité.

¹¹⁵³ G. BLANLUET, Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, Bibliothèque de droit privé, t. 313, Paris : L.G.D.J., 1999, p. 246 s., n° 401 s.

1 : Les obligations imposées au propriétaire de l'utilité

964. Pour justifier les prérogatives étendues qu'il dispose sur le bien, le propriétaire utile se doit le plus souvent de mettre en valeur la chose sur laquelle porte son droit (a) ou, du moins, doit-il s'efforcer de garantir le paiement de la chose (b).

a : La mise en valeur du bien

965. Pour qu'il puisse bénéficier des dispositions protectrices du statut des baux commerciaux ou ruraux, le preneur à bail doit, nous l'avons déjà souligné, exploiter le bien car le législateur protège, en réalité, l'activité de l'exploitant. De ce fait, malgré une perte de liberté, le bailleur a l'assurance que son bien sera mis en valeur. D'une manière générale, la protection de l'exploitant semble dictée par la mise en valeur de la chose. En effet, « c'est parce qu'il y a exploitation que le rééquilibrage des rapports entre le propriétaire de la chose et l'exploitant s'impose¹¹⁵⁴ ». La stabilité de la relation contractuelle se justifie donc par l'utilisation du droit. La propriété de l'utilité apparaît alors comme une propriété dynamique, en opposition avec la vision statique classique du droit de propriété. Ainsi, par exemple, le preneur d'un bail à construction est-il tenu, par son contrat, d'édifier les constructions.

966. À côté de ces dispositions visées par le législateur, il arrive aussi que le propriétaire de la valeur use de sa liberté contractuelle pour faire peser sur le propriétaire de l'utilité une véritable obligation de mise en valeur du bien. Il n'est pas rare, en effet, de rencontrer dans les contrats de concession de licence une clause par laquelle le concessionnaire s'engage à atteindre un certain résultat.

b : La question de la conservation de la chose

967. La doctrine semble divisée sur la question de savoir si le propriétaire utile doit conserver la chose en bon état. Selon une partie de la doctrine¹¹⁵⁵, pour que la propriété puisse

¹¹⁵⁴ A.-V. LE FUR, L'acte de disposition de la chose d'autrui, R.T.D. civ., 2004, p. 429.

¹¹⁵⁵ Ch. GOYET, thèse précitée, p. 210, n° 389 s.

jouer un rôle de sûreté, encore faut-il que l'utilisateur du bien ne porte pas atteinte à la valeur de la chose. Le professeur Goyet estime, à propos de la propriété réservée que l'acquéreur « ne doit rien faire qui diminuerait le profit que l'exercice de la clause de réserve de propriété doit procurer au vendeur. Il doit donc principalement conserver la chose en nature afin que la revendication puisse s'exercer sur elle le cas échéant ». La propriété ne pourrait plus être une garantie efficace si le propriétaire utile avait la liberté de faire disparaître la chose. En effet, si le bien disparaît définitivement, le droit de propriété ne peut que suivre la même fin à moins, bien entendu, qu'un remboursement en valeur ne soit prévu dans cette hypothèse. Pourtant, une autre partie de la doctrine estime que même s'il doit entretenir normalement le bien sans entraîner de dépréciation anormale, le crédit-preneur n'est pas, sauf stipulation contraire, contraint de conserver la chose en état¹¹⁵⁶. Il ne serait pas tenu d'assurer la conservation de la chose mais pourrait, au contraire épuiser sa substance économique en percevant les revenus du bien.

968. Cette question fait apparaître toute la particularité du dédoublement de la propriété où, d'un côté, on reconnaît un grand pouvoir au propriétaire utile et d'un autre côté, on convient qu'il faut préserver le droit du propriétaire de la valeur. Ce principe posé, encore faut-il déterminer comment il convient de protéger ce dernier. Aucun principe clair ne se dégage de l'étude des textes. Tantôt, le législateur pose le principe de conservation des choses en bon état, tantôt, il reste muet sur la question. Quoi qu'il en soit, les dispositions ne sont pas d'ordre public et les obligations imposées au propriétaire utile sont fonction de ce qui est prévu au contrat par le propriétaire en titre qui semble le mieux à même de déterminer les mesures nécessaires à la sauvegarde de son droit.

969. Quoiqu'il en soit, le crédit-preneur est tenu d'une obligation financière fondamentale puisqu'il doit pouvoir payer le crédit consenti par le crédit-bailleur. Ce qui compte pour le bailleur, comme pour tout propriétaire de la valeur, c'est de récupérer la valeur de la chose, que ce soit par le biais de loyers, d'un prix final ou en récupérant finalement son bien. S'il dispose de prérogatives étendues, quelques restrictions sont naturellement imposées au propriétaire de l'utilité.

¹¹⁵⁶ B. RAYBAUD-TURILLO, Un éclairage nouveau pour le traitement comptable du crédit-bail, RFC, janvier 1995, p. 88 s. et février 1995, p. 83 s.

2 : Les restrictions imposées au propriétaire de l'utilité

970. Comme nous l'avons précédemment observé, la propriété utile apparaît comme une concession issue d'une propriété perpétuelle en sommeil. Dès lors, il semble naturel, qu'en dépit des pouvoirs importants conférés au propriétaire utile, le propriétaire juridique puisse apporter quelques limites aux pouvoirs de son cocontractant. Il peut le faire afin de protéger l'exercice futur de son droit de propriété. Comme l'affirme M. Goyet, « la formule générale qui motive la limitation ou la suppression des pouvoirs du propriétaire économique est la suivante : les pouvoirs actuels du propriétaire économique peuvent être limités dans l'intérêt de l'exercice futur, et en tout cas virtuel, de la propriété perpétuelle¹¹⁵⁷. » Subséquemment, le propriétaire de la valeur peut, pour préserver son droit virtuel de propriété, interdire certains actes matériels (a) ou juridiques (b) sur le bien.

a : L'interdiction d'accomplir certains actes matériels

971. Le propriétaire en titre qui consent à un tiers les prérogatives de son droit de propriété est libre de déterminer, dans le contrat, les limites qu'il juge nécessaires aux droits du propriétaire de l'utilité de la chose. Ainsi, le contrat peut parfaitement contenir une clause empêchant le propriétaire utile de détruire la chose. Concernant le bail à construction, dont on sait que le preneur dispose d'un droit de propriété temporaire¹¹⁵⁸, les prérogatives matérielles de ce dernier peuvent être limitées par les dispositions du bail. Toutefois, l'article L 251-4 du code de la construction et de l'habitation, texte qui n'est pas d'ordre public, laisse, en principe, la liberté au preneur de démolir les bâtiments existants en vue de les reconstruire. Il serait vain de recenser toutes les limitations matérielles imposées au propriétaire de la jouissance. Ce qu'il est, en revanche, important de noter c'est que le propriétaire de l'utilité se trouve subordonné à la propriété d'un autre. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il lui fait parfois interdiction d'accomplir certains actes juridiques.

¹¹⁵⁷ Ch. GOYET, thèse précitée, p. 211, n° 389.

¹¹⁵⁸ Cass. com. 24 juin 1997, JCP, éd. G., 1998, II, 10059, note N. Gonzalez et P. Cornille.

b : L'interdiction d'accomplir certains actes juridiques

972. En ce qui concerne l'accomplissement de certains actes juridiques par le propriétaire utile, les dispositions législatives sont, encore une fois, extrêmement variées. Dans certains cas, le législateur octroie au propriétaire utile le droit d'ordre public de céder tout ou partie de ses droits. Tel est le cas du bail commercial ou encore du bail à construction. Dans d'autres hypothèses, tel le crédit-bail, le silence du législateur permet au propriétaire en titre d'interdire la cession de son droit ou la sous-location. Enfin, il existe des hypothèses, notamment le bail rural, où le législateur interdit purement et simplement la cession ou la sous-location. En d'autres termes, la propriété de l'utilité est donc aliénable ou inaliénable. Dès lors, la question se pose naturellement de savoir si la propriété utile inaliénable demeure une forme de propriété.

973. Le droit positif admet parfaitement le concept de propriété inaliénable autant qu'il est temporaire et justifié par un intérêt sérieux et légitime comme le prévoit l'article 900-1 du Code civil. Or, nous avons démontré le caractère temporaire de la propriété de l'utilité. Quant au caractère sérieux et légitime de l'inaliénabilité, il repose entièrement sur les fondements des textes législatifs ayant interdit la cession ou la sous-location de certains droits. Concernant le bail rural, la disposition est justifiée par le souci d'éviter la spéculation sur les terres agricoles.

974. Ainsi décrite, la propriété de la maîtrise apparaît suite à la volonté du propriétaire d'origine de se détacher de son bien dans sa matérialité. La propriété en titre prend alors un tout autre aspect en se dématérialisant, ce qui rapproche finalement notre conception du droit des biens du *Common law*.

§2 : La dématérialisation de la propriété d'origine

975. L'article 544 du Code civil prévoit que la propriété « est le droit de jouir et de disposer des choses... ». L'objet du droit de propriété participe donc à sa définition. En tant que droit réel, le droit de propriété ne peut se concevoir sans l'objet qui forme son assiette.

Or, dans l'hypothèse d'un dédoublement du droit de la propriété, l'objet de la propriété d'origine demeure la chose mais dans une perspective différente (A), ce qui suppose le consentement du propriétaire (B).

A : L'objet de la propriété

976. Si la propriété d'origine survit au détachement de ses prérogatives utiles, c'est parce que l'assiette du droit de propriété demeure. La valeur apparaît, en effet, comme un véritable objet de droit de propriété (1). Le propriétaire en titre conserve un droit portant sur la valeur de la chose tandis que le propriétaire de l'utilité a le droit à la jouissance du bien mais cette idée d'une propriété de la valeur rencontre un certain nombre d'obstacles théoriques qu'il convient de surmonter (2).

1 : La valeur comme objet du droit de propriété

977. Si le propriétaire se détache de son bien envisagé sur un plan matériel, c'est parce que son droit de propriété conserve malgré tout un objet : la valeur de la chose qui apparaît comme une « chose en soi » et un véritable objet du droit de propriété (a). L'observation de ce phénomène nous permet d'apporter une définition à un concept souvent utilisé et pourtant peu analysé en tant que tel : la valeur (b).

a : La propriété des valeurs économiques

978. Classiquement, la doctrine lie la valeur économique du bien aux prérogatives du droit de propriété. C'est une conception assez simple du droit de propriété qui correspond à la grande majorité des situations juridiques qu'il s'agisse du transfert *solo consensu* du droit de propriété ou de la constitution d'un usufruit. Elle ne peut toutefois pas expliquer le dédoublement de la propriété entre une propriété de la valeur et une propriété de la jouissance. Depuis les travaux du doyen Savatier, l'idée d'une propriété portant sur la valeur de la chose s'est largement développée. Elle culmine très nettement dans les thèses de Messieurs Blanluet

ou Goyet qui consacrent une vision plus économique du droit de propriété mais, d'une manière générale, l'ensemble de la doctrine considère que la valeur peut être l'objet du droit de propriété. Ainsi, M. Libchaber cite, parmi les nouveaux objets du droit des biens, « le fonds de commerce, les valeurs mobilières – considérées *ut singuli* ou réunies en portefeuille -, les clientèles, la monnaie, l'information, la valeur même (...) », tous ces objets suscitant « (...) autant de nœuds de difficultés à l'entrecroisement desquels sont apparues les questions essentielles à l'actualisation de la matière¹¹⁵⁹ ». Ainsi, l'objet du droit réel réside dans l'utilité d'une chose, que cette utilité soit l'ensemble des prérogatives que constituent l'*usus*, *fructus*, *abusus* ou qu'elle résulte de la valeur du bien¹¹⁶⁰. Un auteur a même suggéré l'idée que l'action paulienne traduisait un véritable droit de propriété sur la valeur en analysant cette action comme une véritable revendication de la valeur de la créance¹¹⁶¹. De cette évolution doctrinale, se dégage très nettement l'idée que la valeur peut être l'objet du droit de propriété. En d'autres termes, elle apparaît comme une « chose en soi¹¹⁶² », ce qui présente un intérêt, non seulement, au plan théorique mais encore sur un plan pratique.

979. À partir de là, il semble moins hasardeux d'avancer l'idée d'une donation avec réserve de quasi-usufruit. Le problème d'un tel mécanisme juridique repose sur la maxime coutumière « donner et retenir ne vaut » qui interdit au donateur « de se réserver un moyen direct ou indirect de reprendre ce qu'il a donné¹¹⁶³ ». Il suppose résolue la question de savoir ce que l'on donne réellement au donataire lorsqu'on se réserve la quasi-totalité des prérogatives du droit de propriété sur le bien. En d'autres termes, il s'agit de savoir en quoi réside le « dessaisissement actuel et irrévocable¹¹⁶⁴ » du bien visé à l'article 894 du Code civil. La doctrine considère qu'une telle donation ne constitue pas une donation prohibée dans

¹¹⁵⁹ R. LIBCHABER, La recodification du droit des biens, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Paris : Dalloz, Litec, 2004, p. 303.

¹¹⁶⁰ R. LIBCHABER, préc., p. 314 : « (...) l'objet d'un droit réel est nécessairement une certaine utilité d'une chose, de quelque façon qu'on l'isole : elle peut être prélevée dans la matérialité de la chose – tels la superficie ou le tréfonds, dans les droits sur lesquels elle débouche – ainsi du *fructus*, droit de tirer les revenus produits par un bien -, ou même dans la mise en jeu sociale du bien : ainsi de la valeur vénale, mobilisée par le titulaire d'une sûreté réelle, constitutive d'un droit réel accessoire. »

¹¹⁶¹ C. KRIEF-SEMITKO, De l'action paulienne ou de la propriété des créances, droit de propriété sur une valeur (essai d'une théorie de la valeur en droit civil français) (suite), RRJ, 2004-2 (I), p. 789 s.

¹¹⁶² C. KRIEF-VERBAERE, Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, application au droit de rétention, RRJ 1999-3, p. 686.

¹¹⁶³ Ph. MALAURIE et L. AYNES, Les successions, Les libéralités, Paris : Cujas, 1993, p. 238, n° 430.

¹¹⁶⁴ Cass. civ. 28 mars 1938, DH, 1938, p. 290 : « Si l'auteur d'une donation mobilière avec réserve d'usufruit vient à aliéner ou à laisser périr par la fraude des choses ayant fait l'objet de sa libéralité irrévocable, l'indemnité ne peut, aux termes de l'article 950, être supérieure à la valeur d'estimation desdites choses, telle que fixée lors de la donation. »

la mesure où elle ne confère pas au donateur la faculté de révoquer son acte¹¹⁶⁵. L'article 1078 du Code civil semble corroborer cette analyse en réservant un mode de calcul différent de la quotité disponible pour les biens donnés sous réserve d'usufruit portant sur une somme d'argent¹¹⁶⁶. L'objet du droit du donataire est ainsi la valeur de la chose. Dépouillée de toutes ses prérogatives classiques, la propriété a encore un objet : la valeur de la chose. Pour nous convaincre de la réalité d'un tel objet, il suffit de se rappeler que les sûretés réelles portent également sur la valeur de la chose.

980. Si l'on prend l'exemple le plus classique de sûreté réelle, à savoir l'hypothèque, l'article 2114 du Code civil la qualifie de « droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation », c'est-à-dire un droit direct et immédiat portant sur la valeur de la chose. C'est donc bien que la valeur peut être l'objet d'un droit réel. Par conséquent, elle peut également être l'objet d'un droit de propriété puisque nous considérons que la propriété constitue un droit réel mais faut-il aller jusqu'à affirmer que tout droit réel portant sur la valeur de la chose constitue un droit de propriété dédoublé ? L'idée est séduisante. Elle expliquerait les difficultés éprouvées par une partie de la doctrine à qualifier les sûretés réelles de démembrement du droit de propriété. Toutefois, nous rejetterons cette analyse dans la mesure où le propriétaire d'un bien grevé d'une sûreté réelle classique dispose des prérogatives du droit de propriété et demeure propriétaire de la valeur de la chose et tant qu'il ne défaille pas. Tant que le propriétaire respecte ses obligations, le titulaire de la sûreté n'a pas accès à la chose. La situation est tout à fait différente en matière de propriété-garantie.

981. Enfin, un autre exemple de l'extension de la notion de valeur réside dans le gage de comptes d'instruments financiers où le législateur a accordé au créancier gagiste un droit de rétention. La consistance du compte étant, par nature, fluctuante, l'objet du gage semble reposer sur la valeur objective du compte¹¹⁶⁷.

¹¹⁶⁵ M. GRIMALDI et J.-F. ROUX, La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit, Rép. Defrénois, 1994, article 35697, p. 3.

¹¹⁶⁶ Article 1078 du Code civil : « Nonobstant les règles applicables aux donations entre vifs, les biens donnés seront, sauf convention contraire, évalués au jour de la donation-partage pour l'imputation et le calcul de la réserve, à condition que tous les enfants vivants ou représentés au décès de l'ascendant aient reçu un lot dans le partage anticipé et l'aient expressément accepté, et qu'il n'ait pas été prévu de réserve d'usufruit portant sur une somme d'argent. »

¹¹⁶⁷ S. LUCAS-RAFFALLI, Le *corpus* virtuel, la notion de *corpus* virtuel a-t-elle seulement un sens ?, R.R.J., 2000-4, p. 1461.

982. Ces exemples pratiques nous enseignent que la valeur du bien peut être l'objet du droit de propriété lorsque le propriétaire se détache de la matérialité de la chose. À partir de là, il apparaît possible de définir la notion de valeur.

b : La définition de la valeur

983. Parce qu'elle représente objectivement la valeur économique du bien, la notion de valeur doit être distinguée de celle de prix qui correspond à un accord de volontés. Ainsi, même si certains auteurs ont tenté d'expliquer les effets de la vente en recourant à l'idée de subrogation réelle¹¹⁶⁸, cette analyse dévoie, selon nous, le concept de subrogation et, par conséquent, les effets de la vente. Lors d'une vente, le vendeur perd, en effet, son droit de propriété sur la chose. Le prix de la vente est une contrepartie mais il ne remplace pas la chose elle-même. En revanche, la subrogation réside dans un remplacement de l'assiette du droit de propriété et apparaît comme une dérogation à l'*intuitu rei* caractérisant les droits réels. Elle permet donc, avant tout, le maintien du droit de propriété¹¹⁶⁹ et témoigne du détachement du propriétaire par rapport à l'objet de son droit. Elle contribue donc, pour reprendre l'expression du professeur Josserand à « dématérialiser et idéaliser le droit de propriété en le dissociant de son objet¹¹⁷⁰ ».

984. L'objectivité de la valeur du bien se retrouve à l'article 587 du Code civil qui prévoit la restitution de la valeur des choses consommables grevées d'usufruit « estimée à la date de la restitution ». C'est parce qu'elle est une chose en soi que la valeur peut varier sur un plan monétaire tout en restant l'équivalent de la chose mais cette dématérialisation de l'objet du droit de propriété n'est pas sans soulever quelques problèmes théoriques.

¹¹⁶⁸ J.-F. BARBIERI, Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels, thèse Toulouse, 1977, p. 119 s. : « Ainsi, en cas d'aliénation du bien, n'est-il pas possible d'admettre que le droit de propriété, bien qu'indéniablement transféré par le cédant au cessionnaire dans son aspect de pouvoirs exerçables sur le bien et dépendants du sort de ce bien, survit cependant au profit du cédant qui dispose, grâce au prix de la faculté d'exercer des pouvoirs analogues sur tel nouveau bien de valeur comparable ? »

¹¹⁶⁹ R. DEMOGUE, Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle, Rev. crit. législ. et jurisp., 1901, p. 237.

¹¹⁷⁰ L. JOSSERAND, Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau, in *Mélanges juridiques dédiés à M. le professeur Sugiyama*, Paris : Librairie du recueil Sirey, 1940, p. 95 s.

2 : Les obstacles opposés à la propriété de la valeur

985. Les deux obstacles rencontrés par la propriété de la valeur sont l'objectivité du droit de propriété (a) et l'égalité des créanciers (b).

a : L'objectivité du droit de propriété

986. Le droit de propriété se distingue des autres droits par le lien direct qu'il établit entre une personne et une chose. Aussi, se caractérise-t-il par son objectivité et, plus classiquement, par sa corporalité. Pour cette raison, l'évolution de l'assiette du droit de propriété (α) a rencontré quelques réticences doctrinales par la perturbation qu'elle a entraînée au sein du système classique du droit des biens (β).

α : L'évolution de l'assiette du droit de propriété

987. En assimilant le droit de propriété au bien sur lequel il porte, la doctrine classique a limité l'assiette de ce droit aux choses corporelles. Ainsi, d'une manière classique et logique à la fois, on admet que la propriété se perd en devenant sans objet, par la dépense de la chose. Le droit de propriété semble donc subordonné à l'existence du bien, à son *corpus*. La propriété paraît liée à l'existence de la chose qui forme l'assiette du droit. Si la chose disparaît, le droit réel de propriété doit suivre le même sort. La prise en compte des biens incorporels et l'évolution du droit des biens nous conduit à nuancer cette analyse.

988. La virtualité du droit de propriété fait apparaître une conception beaucoup plus économique du droit de propriété compris comme un droit portant sur la valeur de la chose¹¹⁷¹. La propriété de la valeur fait, en effet, ressurgir en droit français la conception médiévale du droit de propriété où la saisine apparaissait comme un concept plus économique

¹¹⁷¹ G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, Les biens, 2^{ème} édition, Paris : Sirey, n° 3, p. 2 : « La notion de chose matérielle tend à passer au second plan et même à s'effacer derrière celle de bien pris comme synonyme de 'valeur'. La réalité économique prend le pas sur la structure juridique traditionnelle. »

que juridique¹¹⁷², la propriété médiévale étant caractérisée par l'absence de propriété corporelle. Subséquemment, il convient de repenser l'assiette du droit de propriété car si le droit de propriété est, en principe, subordonné à l'existence de la chose, il semble toutefois opportun de nuancer quelque peu cette exigence.

989. Pour que le droit de propriété s'éteigne, encore faut-il que la chose disparaisse définitivement. Ce n'est donc pas parce que l'ensemble des prérogatives utiles du propriétaire sont paralysées que le droit s'éteint. Si la chose a vocation à réapparaître, le droit de propriété peut survivre à l'état virtuel. Ce phénomène est, nous avons déjà pu le constater, fortement accentué par l'idée de subrogation réelle. La question de la disparition définitive de la chose est à l'origine du célèbre arrêt Etang Napoléon en vertu duquel la Cour de cassation a fait ressurgir le droit de propriété lorsque la chose ne pouvait plus être intégrée au domaine public. En conséquence, tant que la chose existe, peu importe que les prérogatives du propriétaire soient toutes paralysées. Même profondément décomposée, la propriété d'origine subsiste. Le droit de propriété en sommeil conserve donc une assiette virtuelle, potentielle. Cet objet potentiel permet au droit de propriété de se maintenir. L'arrêt de l'étang Napoléon est donc particulièrement important car il illustre la possibilité conceptuelle de détacher le titre de son émolument sans que le droit de propriété ne s'évanouisse pour autant.

990. On retrouve cette même idée de droit virtuel en matière de servitudes qui constituent, selon nous, une charge grevant la propriété. Les servitudes, nous avons pu le constater, présentent l'originalité de pouvoir être perpétuelles dans la mesure où elles suivent véritablement le droit de propriété. L'exemple des servitudes est donc particulièrement intéressant pour déterminer le fonctionnement du droit de propriété. Ainsi, comme en matière de propriété, la servitude cesse « lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user¹¹⁷³ » mais l'article 704 du Code civil précise alors que les servitudes « revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user ; à moins qu'il ne se soit déjà écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude ». Par conséquent, à moins qu'elle soit prescrite, la servitude est susceptible de réapparaître. Dans un arrêt du 16 mai 1995, la cour d'appel d'Aix illustre parfaitement l'idée d'un droit réel virtuel puisqu'elle

¹¹⁷² A.-M. PATAULT, Introduction historique au droit des biens, Collection Droit fondamental, 1^{ère} édition, Paris : P.U.F., 1989, p. 34.

¹¹⁷³ Article 703 du Code civil.

précise que « l'impossibilité d'user d'une servitude s'entend d'un obstacle de fait à l'exercice de la servitude, alors que le droit lui-même n'a pas disparu¹¹⁷⁴ ». On retrouve la même idée qu'en matière de propriété : même si l'exercice du droit réel est entravé, celui-ci subsiste et peut ressurgir lorsque l'obstacle qui empêchait l'exercice du droit a disparu mais la propriété a ceci de particulier qu'elle ne peut pas être prescrite, contrairement aux servitudes. Dès lors, à partir de ce schéma, il semble tout à fait possible d'envisager un dédoublement du droit de propriété avec, d'un côté, une propriété dépourvue de tout émolument et d'un autre côté, une propriété en exercice caractérisée par de larges prérogatives. De cette idée, il résulte que le droit réel prend parfois quelque distance avec la chose qui constitue l'objet de son assiette.

991. De la même manière, la propriété-sûreté, consacrée par l'évolution jurisprudentielle récente, accentue la dématérialisation de la propriété. Parce qu'elle est un instrument au service du paiement d'une créance, la propriété-garantie perd de son caractère absolu. Utilisé afin d'assurer le paiement d'une créance, le droit de propriété est subordonné au contrat qu'il garantit. Il suit donc la même évolution que l'acte qu'il accompagne : si l'obligation principale de paiement du prix est exécutée, la propriété est transmise mais si, en revanche, le contrat n'est pas respecté, le propriétaire conserve son droit et toutes ses prérogatives. Ainsi, le droit de propriété garantit le paiement d'une créance mais ce qui caractérise surtout la propriété-garantie, c'est la réduction du droit de propriété à une sûreté réelle. Or, comme toute sûreté réelle, la propriété affecte alors la valeur du bien. C'est, en effet, l'idée d'affectation en valeur qui caractérise toute sûreté réelle¹¹⁷⁵. En se servant de son droit comme d'une sûreté, le propriétaire manifeste son détachement par rapport à l'objet du droit de propriété pour n'en appréhender que la valeur. Il est, dès lors, tout à fait envisageable de concevoir une propriété abstraite, ce qui perturbe notre système classique.

β : L'évolution au regard du droit des biens

992. L'idée d'une propriété de la valeur suscite une certaine méfiance de la part de la doctrine craignant de voir disparaître notre droit des biens derrière le règne de la valeur.

¹¹⁷⁴ CA Aix, 16 mai 1995, Juris-Data n°046390.

¹¹⁷⁵ M. CABRILLAC et Ch. MOULY, Droit des sûretés, 4^{ème} édition, Paris : Litec, 1997, n° 503, p. 385.

Aussi, M. Libchaber¹¹⁷⁶ nous met-il en garde du risque encouru par le droit des biens susceptible « de s'abîmer dans une sorte d'indifférence à la matérialité des biens, où se détecterait en creux la primauté de leur valeur ». Le droit des biens est, selon lui, attaché à la singularité des choses c'est pourquoi l'auteur suggère de respecter deux limites : l'identification des choses et le rejet de la volonté de faire du droit des biens un instrument d'administration des patrimoines¹¹⁷⁷.

993. La critique nous semble un peu trop alarmiste. Il apparaît, d'une part, que le droit des biens n'est pas nécessairement attaché à la singularité des choses. D'autre part, le droit des biens remplit, depuis longtemps déjà, un rôle fondamental dans la gestion du patrimoine à travers, notamment, le mécanisme du démembrement de propriété qui apparaît comme un incroyable instrument d'économies fiscales. En conséquence, même s'il ne doit pas être réduit à un mécanisme de gestion du patrimoine, le droit des biens y participe au même titre que le droit des contrats. Si notre conception classique du droit des biens se prête aussi mal à l'évolution constatée, c'est parce que la dématérialisation de la propriété n'est pas encore parfaitement reconnue et que l'idée de propriété de la valeur perturbe le principe d'égalité des créanciers.

b : L'égalité des créanciers

994. Si l'on retient une décomposition de la propriété entre la propriété de la valeur et la propriété de l'utilité, le problème se pose de savoir si l'égalité des créanciers n'est pas rompue. En conservant la propriété de la valeur de la chose, le propriétaire en titre se réserve un droit de préférence très puissant sur un bien dont un tiers a la jouissance. Or, pour une partie de la doctrine, cette idée semble contraire à la règle de *numerus clausus* des « garanties réelles » (α), ce qui ne nous paraît pas tout à fait exact (β).

¹¹⁷⁶ R. LIBCHABER, La recodification du droit des biens, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Paris : Dalloz, Litec, 2004, p. 371-372.

¹¹⁷⁷ R. LIBCHABER, *ibid.*, p. 371-372 : « D'une part, le droit des biens est lié à l'identification des choses, condition même de l'exercice du droit de propriété. Par ailleurs, il doit demeurer à distance du droit des personnes. De même que la personne perd sa singularité en se rapprochant des biens, en devenant elle-même un bien, de même le droit des biens ne peut survivre qu'à la condition de ne pas trop se soumettre aux intérêts des personnes, de ne pas infléchir ses règles de fonctionnement à seule fin de devenir un mode privilégié d'administration des patrimoines. »

995. Selon M. Crocq, il n'est pas possible d'opérer une décomposition de la propriété, en ce qui concerne la propriété-garantie. En se fondant sur notre tradition juridique et notre conception classique du droit de propriété, l'auteur rejette, dans un premier temps, l'idée d'un dédoublement de la propriété en une propriété de la valeur et une propriété de l'utilité. Se référant à la « substance » du droit de propriété, il écarte, en effet, toute résurgence des propriétés simultanées. Il réfute ensuite l'idée d'un nouveau démembrement¹¹⁷⁸ du droit de propriété en se référant au principe du numerus clausus des sûretés réelles fondé sur les articles 2092, 2093 et 2094 du Code civil qui posent l'indivisibilité du patrimoine et l'égalité des créanciers chirographaires.

996. Le Code civil défend, en effet, l'idée d'une égalité des créanciers. Aucun droit de préférence ne peut être accordé à un créancier sans un support légal mais pour qu'il y ait préférence, encore faut-il qu'il y ait concours de créanciers, ce qui suppose que le bien faisant l'objet du traitement particulier se retrouve dans le patrimoine du débiteur. Est-ce le cas en ce qui concerne la propriété-garantie ? M. Crocq part de l'idée que la propriété-garantie constitue un démembrement de la propriété, le créancier ayant un droit réel sur la valeur de la chose et le débiteur un droit réel sur la jouissance du bien. Retenant une conception unitaire du droit de propriété, il décide alors de choisir parmi eux le propriétaire du bien et opte pour le débiteur qui jouit des prérogatives les plus importantes¹¹⁷⁹ dans la mesure où aucun des deux n'a le pouvoir de disposer du bien. Or, si l'on admet le démembrement du droit de propriété et que l'on reconnaît le droit de propriété du débiteur, l'égalité entre les créanciers de ce dernier se trouve rompue. Ce choix du débiteur est pourtant très contestable et l'auteur, lui-même semble se contredire en affirmant que « le choix du débiteur est d'autant plus justifié que c'est lui qui doit devenir propriétaire en cas d'issue normale de l'opération ; le créancier ne demeurera propriétaire qu'en cas de non-remboursement, c'est-à-dire dans les hypothèses

¹¹⁷⁸ P. CROCQ, thèse précitée, n° 243 s., p. 196 s., l'auteur considère que les arguments en faveur du numerus clausus des droits réels n'emportent pas la conviction.

¹¹⁷⁹ P. CROCQ, thèse préc., n° 255, p. 204 : « Le seul critère possible de choix est alors celui de l'importance respective des prérogatives sur le bien. Dans ce cas, aucun des deux protagonistes n'ayant, en principe, le pouvoir de disposer du bien et le débiteur ayant, en principe, la jouissance du bien loué, ce sont les prérogatives de ce dernier qui apparaissent les plus importantes. »

pathologiques » mais dire que le débiteur a vocation à devenir propriétaire revient à reconnaître qu'il ne l'est pas encore.

997. Aussi intéressante soit-elle, cette démonstration ne nous convainc pas et, ce, pour plusieurs raisons. La première est que l'auteur s'efforce de choisir le propriétaire pour respecter le principe d'unité du droit de propriété tout en reconnaissant qu'aucun de ces potentiels propriétaires ne dispose de l'*abusus*. Autrement dit, il attribue le qualificatif de propriété à un droit qui, pourtant, ne confère jamais qu'une partie des prérogatives possibles sur le bien, ce qui, paradoxalement, n'est pas loin de rappeler la théorie du double domaine. La deuxième raison qui nous pousse à rejeter cette démonstration est qu'il ne nous semble pas impossible de défendre une propriété dédoublée tout en respectant le principe d'égalité des créanciers.

β : Le respect du numerus clausus des « garanties réelles »

998. Si les articles 2092 et 2093 du Code civil prévoient effectivement l'égalité des créanciers, il s'agit d'une égalité du droit de gage général de tous les créanciers sur le patrimoine du débiteur. Or, lorsqu'on se réserve la propriété à titre de garantie, la valeur du bien n'entre précisément pas dans le patrimoine du débiteur¹¹⁸⁰. Le bien étant à l'extérieur du patrimoine du débiteur, il n'y a pas de concours des créanciers sur le bien. La caractéristique de la propriété de la valeur est, comme son nom l'indique, de détacher la valeur du bien des autres prérogatives du droit de propriété. Dès lors, on ne peut pas véritablement prétendre que l'égalité des créanciers soit rompue. Le propriétaire en titre se réserve ainsi le droit à la valeur de la chose c'est-à-dire la « propriété de la valeur¹¹⁸¹ » et concède simplement les utilités du bien à un tiers, propriétaire utile. Les prérogatives concédées étant particulièrement importantes, il nous apparaît nécessaire de dégager l'idée d'un dédoublement de la propriété ou, au moins, d'un nouveau démembrement du droit de propriété. Confirmant finalement cette idée, M. Crocq est même aller jusqu'à affirmer que le débiteur était le seul propriétaire du bien. Même inexacte, cette idée témoigne de l'importance des pouvoirs conférés au débiteur

¹¹⁸⁰ Comme l'indique Beudant, « Les seuls droits qui figurent dans le patrimoine sont donc ceux qui ont une valeur... »

¹¹⁸¹ Ch. GOYET, thèse précitée

qui peut jouir de la chose comme un quasi-proprétaire. Le droit allemand¹¹⁸² a pris conscience de l'ampleur des prérogatives octroyées au débiteur en faisant de son droit un droit réel d'un nouveau genre.

999. Ainsi, malgré les obstacles rencontrés, l'idée d'une propriété de la valeur marque l'évolution nécessaire du droit des biens. Privé de ses prérogatives classiques, le droit de propriété conserve un objet : la valeur objective du bien mais un tel dédoublement du droit de propriété ne peut se faire sans la volonté du propriétaire d'origine.

B : La volonté du propriétaire

1000. La décomposition de la propriété en une propriété de la valeur et une propriété des utilités apparaît comme un acte de disposition (1) auquel le propriétaire d'origine ou propriétaire en titre doit consentir (2).

1 : Un acte de disposition

1001. Il s'avère que toutes les hypothèses envisagées de dédoublement de la propriété reposent sur des actes de disposition. Lorsque le dédoublement passe par le biais de la transmission d'un droit réel, la gravité de l'acte juridique ne fait aucun doute. La difficulté est plus nette concernant les droits personnels. Nous avons pu observer que le régime juridique des actes de disposition s'appliquait aux contrats de bail rural et commercial¹¹⁸³. Même si l'on ne peut déduire de l'application d'un tel régime juridique des conséquences quant à la nature juridique du droit du preneur à bail, il convient néanmoins de reconnaître qu'il s'agit d'un indice tendant à conforter l'idée que le droit du locataire est, en partie, un droit réel. La volonté du propriétaire de s'engager dans de tels contrats ne peut pas être écartée.

1002. De la même manière, contrairement au bail classique, le contrat de crédit-bail est un acte de disposition. La jurisprudence a, en effet, consacré cette analyse en estimant que

¹¹⁸² D. LUSSOT, Vente et transfert de propriété en droit français et en droit allemand, thèse Paris II,

¹¹⁸³ Cf. supra n° 563 s.

la perte de la qualité de propriétaire chez le crédit-bailleur entraînait la résiliation du bail¹¹⁸⁴. Si, l'on applique la jurisprudence faisant rétroagir la résiliation au jour où le manquement est constaté, on peut en déduire que le crédit-bail est nul dès l'origine lorsque le crédit-bailleur ne parvient pas à acquérir la propriété du bien. Or, nous savons que les actes d'administration peuvent être passés par une personne qui n'est pas propriétaire. En principe, en effet, le contrat de bail ordinaire n'est pas nul du seul fait que le bailleur n'a pas la qualité de propriétaire. En estimant que la perte de la propriété entraîne la nullité du crédit-bail, la Cour de cassation exige que le bailleur soit propriétaire. On peut donc en déduire que le contrat n'est pas un simple acte d'administration. La possibilité d'acquérir le bien empêche, en effet, de voir dans le crédit-bail un acte d'administration.

2 : Le consentement du propriétaire en titre

1003. Pour que la propriété puisse être dédoublée entre le titre et la valeur, le propriétaire d'origine doit avoir consenti à cette décomposition originale. Aussi, à l'exception des hypothèses légales de dédoublement de la propriété, comme l'usufruit légal portant sur une chose fongible, le propriétaire doit-il exprimer son consentement au dédoublement de la propriété (a). En résulte une distinction nouvelle entre les biens subjectifs et objectifs, les premiers étant caractérisés par une forte valeur affective et les seconds par le détachement du propriétaire (b).

a : L'expression de la volonté

1004. Une telle décomposition ne peut, en effet, être envisagée sans que la volonté des parties ne se soit clairement exprimée ou qu'au moins elle se dégage des circonstances.

1005. Toutes les hypothèses de dédoublement de propriété sont caractérisées par la volonté du propriétaire de conférer à son bien une fonction particulière et par le détachement éprouvé à l'égard de la chose envisagée dans sa matérialité. Cette volonté est particulièrement évidente en ce qui concerne la clause de réserve de propriété puisque le propriétaire a

¹¹⁸⁴ Cass. Ch. mixte, 23 novembre 1990, Bull. civ. ch. mixte, n° 3 ; D. 1991, p. 121, note Ch. Larroumet ; JCP, 1991, éd. G., II, 21642, note D. Legeais ; Contrats, conc., consom., 1991, n° 30, note L. Leveneur ; Com. 12

l'intention de se départir définitivement du bien. La volonté qu'il consent à la vente illustre son consentement au dédoublement du droit de propriété. De la même manière, le propriétaire qui désire que son bien fasse l'objet d'une fiducie-gestion doit consentir à conférer la propriété au fiduciaire.

1006. Mais, l'expression de la volonté du propriétaire peut également résulter des circonstances. C'est ainsi que le mécanisme du crédit-bail se distingue par la volonté du crédit-bailleur de ne percevoir que le montant des échéances sans se préoccuper du bien. Notons, en effet, que, dans la plupart des cas, le crédit-bailleur ne se soucie même pas de l'achat du bien loué puisqu'il donne mandat au crédit-preneur d'acheter le bien qu'il souhaite utiliser. Le détachement du bien envisagé dans sa matérialité se déduit donc des circonstances du contrat de crédit-bail.

1007. En matière de bail commercial ou rural, le bailleur s'engage, pendant une très longue durée, à louer son bien. Ainsi, en consentant au contrat de bail, il aliène en quelque sorte sa liberté puisqu'il sera tenu par le contrat pendant une durée tendant à la perpétuité. Son consentement au contrat marque donc sa volonté de faire de son droit de propriété une source de revenus. Pour que le dédoublement du droit de propriété puisse opérer, encore faut-il que le propriétaire d'origine consente à perdre l'ensemble de ses prérogatives utiles sur le bien. Aussi, il convient que celui-ci accepte d'appréhender son bien d'une manière objective en n'ayant de considération que pour la valeur économique de la chose

b : La distinction des biens objectifs et subjectifs

1008. À côté de la notion d'*intuitu personae* est apparu le concept d'*intuitu rei* qui invite à distinguer selon que le bien a « une forte teneur subjective¹¹⁸⁵ » ou si, au contraire, il peut se réduire à sa valeur. En 1963, M. David relevait que les biens avaient, de plus en plus souvent, une dimension affective¹¹⁸⁶ qui les écartait quelque peu du marché économique.

octobre 1993, Bull. IV, n° 327, Contrats, conc., consom., 1994, N°5, note L. Leveneur.

¹¹⁸⁵ R. LIBCHABER, note précitée, p. 338 : « Un second paramètre entrant dans la diversification des biens est celui qui conduit à distinguer les biens objectifs –au sens où ils ne sont le support d'aucun investissement affectif, particulier ou générale -, des biens à forte teneur subjective : pour le dire simplement, il s'agit de ceux qui, dans l'esprit de leur propriétaire, ne se réduisent pas à leur seule valeur vénale. »

¹¹⁸⁶ A. DAVID, Les biens et leur évolution, A.P.D., 1963, 165.

C'est le cas de la chose fabriquée considérée comme le prolongement de l'individu ou de la chose à laquelle la personne est attachée sur un plan purement sentimental. Inversement, certains biens sont aujourd'hui synonymes de source de revenus et de rentabilité. Tel est, bien entendu, le cas des immeubles voués à la location ou de la pratique du crédit-bail. C'est également cette idée qui gouverne le mécanisme de la fiducie-gestion que le droit français tarde à consacrer. Ainsi, comme le souligne M. Henry, « ...dans l'évolution économique moderne, le droit se détache de plus en plus des choses individualisées pour se transporter sur des valeurs¹¹⁸⁷ ». La fabrication à la chaîne de biens standardisés laisse, en effet, peu de place à l'attachement sentimental¹¹⁸⁸. Notre société de consommation cultive ainsi l'idée du « remplaçable », de l'« interchangeable ».

1009. Bâti autour de la propriété immobilière dont on connaît l'importance patrimoniale et familiale, le droit des biens retient une analyse hybride de la notion de bien, sans doute plus proche du bien subjectif que du bien objectif. Néanmoins, la généralisation de la subrogation réelle et l'évolution de notre société fait pencher la balance du côté de la seconde catégorie. La reconnaissance d'une dualité de biens permettrait sans doute une meilleure compréhension du dédoublement de la propriété.

¹¹⁸⁷ A. HENRY, *ibid.*, p. 303.

¹¹⁸⁸ A. DAVID, *ibid.*, p. 171 : « « La standardisation et la fabrication en série dénouent les liens sentimentaux. Il est difficile de s'attacher à un verre dont la France entière achète le même modèle. Les collectionneurs sont noyés dans la masse de ceux qui achètent des choses standardisées. Quant à l'« appartenance mutuelle » des choses, elle est détruite par la standardisation, comme le rodage est atténué par la précision des usinages... »

Conclusion du chapitre 1 :

1010. En définissant la propriété comme le « droit de jouir et de disposer », les rédacteurs du Code civil ont souhaité empêcher toute décomposition perpétuelle du droit de propriété. Ils ne sont toutefois pas parvenus à réunifier totalement le droit de propriété. Certains contrats tendent, en effet, vers la perpétuité. D'autres opèrent un dédoublement temporaire du droit de propriété entre le titre de propriété et les utilités du droit de propriété. Ce dédoublement est, en principe, temporaire pour deux raisons : la première tenant au rejet de la dénaturation du droit de propriété, la seconde reposant sur le principe de prohibition des engagements perpétuels. Les raisons qui justifient la prohibition des engagements perpétuels trouvent même un sens encore plus net en matière de propriété dédoublée. Limité dans le temps, le dédoublement de propriété échappe à toute critique de féodalisme, entendu comme un moyen d'asservissement de l'homme par l'homme et comme une source d'immobilisme. Dans les rares hypothèses où le contrat se prolonge dans le temps, il s'avère, au contraire que la stabilité contractuelle permette une plus grande liberté. Ainsi où l'on croyait découvrir un concept contre-révolutionnaire, on voit apparaître une décomposition assez respectueuse de la propriété d'origine à laquelle elle reste soumise mais il ne suffit pas que la décomposition soit temporaire pour qu'elle soit pleinement consacrée ; encore faut-il aménager le dédoublement de propriété pour que deux propriétaires puissent coexister sur le même bien.

1011. Cet aménagement des deux propriétés s'accompagne nécessairement d'une perte de puissance du droit de propriété, limité des deux côtés. C'est justement parce qu'aucun droit n'est réellement absolu qu'on peut envisager le dédoublement du droit de propriété. Enfin, l'objet du droit de propriété semble lui-même dédoublé puisque le bien doit d'un côté être envisagé à travers ses utilités et, de l'autre, à travers sa valeur objective. Au regard de l'évolution contemporaine du droit de propriété, l'aménagement du dédoublement de la propriété ne dénature aucunement le concept de propriété mais résulte d'une nécessaire adaptation du droit de propriété aux besoins de la pratique.

Chapitre 2 : Les effets de la propriété dédoublée

1012. Pour maintenir l'unité du droit de propriété, l'analyse classique attribue la qualité de propriétaire tantôt au « propriétaire de l'utilité » tantôt au « propriétaire de la valeur ». Par ce biais, la doctrine entretient l'illusion d'un droit de propriété unifié à laquelle elle reste profondément attachée. Une telle méthode semble assez artificielle et laisse apparaître des contradictions que seul le concept de propriété dédoublée parvient à résoudre. L'idée épouse ainsi parfaitement l'évolution cyclique du droit des biens.

1013. Mais, si le dédoublement de la propriété est envisageable, compte tenu de l'évolution de la propriété, encore faut-il vérifier l'intérêt d'une telle notion en éprouvant son régime juridique et, notamment, ses effets. Toute la question est alors de savoir si l'idée d'un dédoublement de la propriété est souhaitable et si elle connaît un accueil positif en droit. Une telle démarche nous permettra d'évaluer la réception des nouveaux concepts dans notre système juridique. L'élaboration conceptuelle serait, en effet, stérile si elle se réduisait à un travail de spéculation sans analyse des effets en droit positif. Il s'agit donc de vérifier si les deux pans de la propriété dédoublée produisent des effets particuliers reconnus par la loi et la jurisprudence, effets qu'il n'est possible d'expliquer qu'en recourant au concept de propriété. À partir de là, il sera possible d'affirmer que l'intérêt du dédoublement de la propriété n'est pas simplement descriptif et spéculatif.

1014. Il s'agit d'analyser les effets juridiques suscités par la reconnaissance d'un dédoublement de la propriété entre la maîtrise et l'appartenance, la propriété de la maîtrise (Section 1) et la propriété de la valeur (Section 2).

Section 1 : Les effets juridiques de la propriété de la maîtrise

1015. La qualité de propriétaire détermine un régime juridique particulier en droit civil ainsi que dans le domaine de la fiscalité¹¹⁸⁹. Dès lors, c'est en analysant le régime juridique applicable à la « propriété utile » que nous évaluerons sa réception en droit positif. De prime abord, il semble que la notion fasse son chemin en droit fiscal. Comme nous avons déjà pu le constater, le droit fiscal ne s'embarrasse pas des qualifications retenues par le droit civil¹¹⁹⁰ et, sous le couvert d'un certain réalisme, opte pour une conception beaucoup plus économique des notions juridiques (§1) mais le dédoublement de la propriété ne produit pas seulement effet en droit fiscal car la conception de la propriété a évolué et la propriété utile commence à être reconnue en droit civil (§2).

§1 : Les effets en droit fiscal

1016. Par sa volonté d'appréhender la richesse en circulation, le droit fiscal se détache assez souvent des conceptions classiques retenues par le droit civil. Elle s'exprime en matière de taxe sur la valeur ajoutée (A) ainsi qu'en ce qui concerne l'imposition des plus-values dégagées par les titres sociaux (B).

A : L'application de la TVA

1017. La taxation de la richesse en circulation semble être un bon critère d'appréciation de la « propriété utile » et l'on se rend compte qu'il n'est pas toujours nécessaire d'avoir le titre juridique de propriétaire, comme l'entend la doctrine classique, pour

¹¹⁸⁹ Fr. PEROCHON, La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels, Collection Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris : Litec, 1988, n° 99 : « La qualité de propriétaire détermine parfois un régime juridique particulier : ainsi en matière de responsabilité civile ou même pénale, de fiscalité, de comptabilité etc... »

¹¹⁹⁰ Cf. supra n° 343 s.

être imposé. Avec la multiplication des échanges internationaux, le domaine de la TVA n'est pas réduit au droit français (1) mais concerne également le droit communautaire (2).

I : Le droit français

1018. L'analyse des dispositions législatives relatives à la TVA est très riche d'enseignement dans la mesure où cet impôt tend à appréhender la richesse en circulation. L'étude de la jurisprudence renforce cette tendance du droit fiscal à appréhender la réalité économique des situations juridiques complexes. Ainsi, le droit fiscal ne fait aucune différence entre la vente ordinaire et la vente assortie d'une clause de réserve de propriété (a). Il assimile pareillement la vente classique et la location-vente (b).

a : L'analyse fiscale de la vente assortie d'une clause de réserve de propriété

1019. L'analyse retenue par le législateur fiscal de la clause de réserve de propriété est particulièrement intéressante car elle se détache très visiblement de l'analyse classique du droit civil. L'article 256 II alinéa 3 d) du code général des impôts prévoit, en effet, que « la remise matérielle d'un bien meuble corporel en vertu d'un contrat de vente qui comporte une clause de réserve de propriété » doit être considérée comme une « livraison de bien » imposable au regard de la TVA. A priori, il n'y a rien d'étonnant de qualifier la remise matérielle du bien de livraison. Toutefois, le droit fiscal retient une définition très particulière de la livraison qui, aux termes de l'article 256-II alinéa 1^{er} du CGI consiste dans le « pouvoir de disposer d'un bien meuble corporel comme un propriétaire », ce qui correspond finalement à un quasi-droit de propriété. Le droit fiscal assimile ainsi, dès la livraison, l'acquéreur à un quasi-propriétaire malgré le transfert retardé de la propriété juridique. En d'autres termes, le droit fiscal tient la vente pour certaine¹¹⁹¹. Le droit fiscal traite donc la vente retardant le transfert de propriété de la même façon que la vente produisant un transfert immédiat. Ainsi, avant même le transfert juridique de la pleine propriété, les biens sont portés au bilan de

¹¹⁹¹ J. GHESTIN, *Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, D. 1981, Chron., p. 1.

l'acquéreur¹¹⁹² mais encore faut-il que le bien soit matériellement en la possession de l'acquéreur.

1020. On peut s'interroger sur l'intérêt de la distinction opérée par l'article 256 II alinéa 3 du CGI qui distingue selon que le bien a été remis matériellement ou non. Le droit fiscal semble faire découler le « pouvoir de disposer » de cette remise matérielle. S'il est vrai qu'à partir de la prise de possession du bien, l'acquéreur se comporte comme un véritable propriétaire, l'acquéreur qui doit attendre la remise matérielle de la chose n'en dispose pas moins. Par conséquent, l'analyse fiscale ne nous satisfait pas entièrement dans la mesure où il ne nous semble pas nécessaire de posséder matériellement un bien pour en disposer. Certes, la disposition matérielle du bien est, de fait, impossible mais il n'en demeure pas moins que la disposition juridique semble envisageable. D'une manière générale, que le bien soit ou non livré matériellement, l'acquéreur apparaît comme un propriétaire en devenir, un propriétaire susceptible de jouir des utilités du bien. Quant au vendeur, sa propriété se trouve dépourvue des prérogatives utiles dans la mesure où elle apparaît davantage comme un instrument de garantie¹¹⁹³.

1021. Ainsi, on constate que le droit fiscal opte pour une analyse originale de la clause de réserve de propriété en reconnaissant la situation tout à fait particulière du propriétaire utile mais l'analyse n'est que le fruit d'une disposition législative particulière qui ne peut être étendue aux autres hypothèses de propriété-garantie et notamment en ce qui concerne le crédit-bail.

b : L'analyse fiscale de la location-vente

1022. De la même manière qu'il assimile la vente normale à la vente conclue sous réserve de propriété, le législateur fiscal calque le régime de la location-vente et de la vente à tempérament sur celui de la vente ordinaire. L'article 256 II alinéa 3 c) dispose, en effet, que « la remise matérielle d'un bien meuble corporel en vertu d'un contrat qui prévoit la location

¹¹⁹² Article 3, alinéa 3 de la loi du 12 mai 1980 : « Les marchandises vendues avec une telle clause doivent figurer sur une ligne distincte à l'actif du bilan de l'acquéreur. La créance correspondant à la vente doit également figurer sur une ligne distincte à l'actif du bilan du vendeur. » Certes, le bien figure sur une ligne spéciale au bilan de l'acquéreur mais il n'en demeure pas moins qu'il sort véritablement du bilan du vendeur.

de ce bien pendant une certaine période ou sa vente à tempérament et qui est assorti d'une clause selon laquelle la propriété de ce bien est normalement acquise au détenteur ou à ses ayants droit au plus tard lors du paiement de la dernière échéance (...) » est imposable au titre de la TVA.

1023. On remarque qu'en vertu des dispositions législatives, le crédit-bail ne peut être assimilé à une vente dans la mesure où la levée de l'option à terme n'est que facultative. Ainsi, le législateur fiscal réserve un sort différent au crédit-bail et à la propriété acquise sous réserve de propriété bien que ces deux mécanismes soient assez proches puisqu'ils font tous deux de la propriété un instrument de garantie.

2 : Le droit communautaire

1024. L'analyse ne saurait se passer du droit communautaire qui joue un rôle important en matière fiscale à travers les décisions de la Cour de Justice des Communautés Européennes. La section 01 du chapitre 1^{er} du CGI relatif à la TVA définit d'ailleurs le territoire communautaire. Nous pouvons constater que la Cour de Justice des Communautés Européennes adopte le même réalisme économique que le droit français concernant l'application de la TVA en interprétant largement, dans un souci de neutralité fiscale, l'opération imposable. Ainsi, dans un arrêt rendu le 8 février 1990¹¹⁹⁴, la Cour a retenu une conception extensive de la notion de « livraison » en considérant que la « livraison » d'un bien ne se réfère pas au transfert de propriété dans les formes prévues par le droit national mais inclut toute opération de transfert d'un bien corporel par une partie qui habilite l'autre partie à en disposer comme si elle était propriétaire de ce bien. Ainsi, la CJCE prévoit pour la TVA un champ d'application plus large que la propriété juridique telle qu'elle est entendue classiquement.

1025. D'une manière générale, le droit communautaire nous semble assez favorable à l'idée d'une propriété utile. La directive du 6 juin 2002¹¹⁹⁵ relative aux contrats de garantie

¹¹⁹³ G. BLANLUET, thèse précitée, n° 567, p. 347.

¹¹⁹⁴ CJCE, 8 février 1990, Shipping and Forwarding Enterprise Safe BV, C 320/88, Rec. p. I-285.

¹¹⁹⁵ JO des communautés européennes, 27 juin 2002, n° 168, p. 43.

financière vise, en effet, à introduire en droit français la notion de « droit d'utilisation¹¹⁹⁶ » encore appelée « *re-use* » qui consiste pour le preneur de la garantie à utiliser et aliéner la garantie financière fournie en vertu du contrat « comme s'il était propriétaire », conformément aux conditions du contrat de garantie financière avec constitution de sûreté. Cette référence à un quasi-droit de propriété doublée de la notion de « droit d'utilisation » fait ressurgir évidemment le concept de « propriété utile ». Le souci d'harmoniser les législations en Europe passe, en effet, par un meilleur accueil du trust en droit français. C'est dans cet objectif que la chancellerie a réuni, depuis le mois de mars 2005, un groupe de réflexion afin d'étudier comment intégrer le trust dans notre système juridique.

B : La taxation des plus-values

1026. L'article 8 du CGI, modifié par la loi du 2 juillet 1998, prévoit qu'« en cas de démembrement de la propriété de tout ou partie des parts sociales, l'usufruitier est soumis à l'impôt sur le revenu pour la quote-part correspondant aux droits dans les bénéfices que lui confère sa qualité d'usufruitier. Le nu-propiétaire n'est pas soumis à l'impôt sur le revenu à raison du résultat imposé au nom de l'usufruitier ». Ainsi, l'usufruitier est-il soumis aux impôts afférents aux bénéfices courants tandis que le nu-propiétaire est assujéti aux impôts établis sur les profits exceptionnels et notamment ceux résultant de plus-values sur la cession d'éléments d'actifs immobilisés. Cette répartition de l'impôt sera écartée en cas de quasi-usufruit. L'usufruitier de titres est, en effet, redevable de l'impôt sur les plus-values dégagées lors des cessions ultérieures lorsque, avant la clôture de l'exercice, les parties passent une convention aux fins de modifier leurs droits respectifs dans les bénéfices comme une convention de quasi-usufruit¹¹⁹⁷. Ainsi, l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 18 décembre 2002¹¹⁹⁸ précise qu'« après une telle convention, l'usufruitier devient, pendant la période de l'usufruit, titulaire de la totalité des droits de propriété sur lesdites parts, le nu-propiétaire restant seulement créancier à terme d'un montant égal à la valeur de ces parts (...) ». Le

¹¹⁹⁶ Article 5.1 de la directive du 6 juin 2002 : « Pour autant que les stipulations d'un contrat de garantie financière avec constitution de sûreté le prévoient, les Etat membres font en sorte que le preneur de la garantie puisse exercer le droit d'utilisation en ce qui concerne les instruments financiers fournis en vertu du contrat de garantie financière avec constitution de sûreté. »

¹¹⁹⁷ J.-J. CAPPELAERE, L'opposabilité des contrats de droit privé à l'administration fiscale, Banque magazine, n° 650, septembre 2003, p. 78.

¹¹⁹⁸ CE, 18 décembre 2002, Soalhat, req. n° 230605, Juris-data n°2002-080269, Revue de droit bancaire et

Conseil suit ainsi la réponse ministérielle du 25 mars 1996¹¹⁹⁹ qui avait précisé qu'en cas de cession de titres incluse dans la donation avec réserve de quasi-usufruit, « le quasi-usufruitier serait soumis à l'impôt sur la plus-value non pas sur la base de la valeur stipulée dans la donation mais sur la base du prix de revient de ces titres par lui constatée antérieurement à la donation ».

1027. En ce sens, le droit fiscal opte donc pour l'analyse faisant du quasi-usufruitier un véritable propriétaire même s'il ne s'agit, en réalité, que d'un démembrement de la propriété. Ainsi, le droit fiscal reconnaît-il certains effets juridiques à la « propriété utile », effets qui se font sentir également en droit civil.

§2 : Les effets en droit civil

1028. La reconnaissance de la propriété de l'utilité devrait avoir pour conséquence évidente le renforcement de la sanction des droits de jouissance en assurant la protection renforcée de la jouissance paisible. La propriété est, en effet, synonyme d'une forte protection juridique. Elle permet d'accorder au titulaire de la maîtrise de véritables garanties de stabilité. Celui-ci jouit, en effet, d'une exclusivité contractuelle lui permettant d'opposer son droit au propriétaire de la valeur (A). De plus -mais dans une moindre mesure que la propriété entendue dans un sens classique- son droit est opposable aux tiers (B).

A : L'exclusivité contractuelle

1029. Pour reconnaître au « propriétaire utile » un véritable droit de propriété, il convient de vérifier l'ampleur de la maîtrise dont il jouit sur le bien. C'est du contrat qui le lie avec le propriétaire d'origine que le « propriétaire utile » tire les pouvoirs qu'il exerce sur la chose. Or, le contrat est caractérisé par son effet relatif, ce qui semble exclure la qualification de droit de propriété.

financier, 1/03/2003, p. 120-121.

¹¹⁹⁹ RM n° 29549, JOAN, 25 mars 1996, p. 1603 ; JCP, 1996, éd. N, n° 14, en bref, p. 512.

1030. Si le titulaire de la « propriété utile » bénéficie de la protection que lui accorde la loi des parties, encore faut-il analyser la réelle portée de l'exclusivité contractuelle dont il jouit au détriment de son cocontractant car la force obligatoire du contrat n'a pas la même portée selon la nature du droit accordé au cocontractant (1). Le respect de son droit ne s'impose, en effet, à son cocontractant que dans la mesure où il présente certains aspects réels (2).

1 : Une exclusivité variable

1031. L'opposabilité d'un droit à l'égard de son cocontractant n'a pas nécessairement la même portée selon que le droit est de nature réelle ou personnelle, selon qu'il réside dans une obligation de donner ou de faire car l'admission d'une exécution forcée est limitée dans le cadre des obligations de faire (a). Par conséquent, en lui-même, le contrat est insuffisant pour protéger l'exclusivité des droits des parties à moins qu'il ne transmette un droit réel ou du moins un droit suffisamment attaché à la chose pour que l'une des parties puisse passer outre l'inexécution de son cocontractant. Ainsi, pour expliquer l'exécution forcée de certains droits personnels, la doctrine a fait ressurgir une notion ancienne : l'obligation de *praestere* (b).

a : La distinction traditionnelle des obligations : l'obligation de faire et de donner

1032. Lorsque le cocontractant est créancier d'une obligation de donner, il est susceptible d'en exiger l'exécution forcée tandis que le titulaire d'un droit de créance caractérisé par une obligation de faire ne peut, selon notre Code civil, qu'en réclamer l'exécution par équivalent, ceci en vertu de l'article 1142. Toutefois, l'application de ce texte a été considérablement assouplie. Ainsi, la jurisprudence distingue selon que l'obligation présente ou non un caractère *intuitu personae*. Lorsque *l'intuitu personae* est important, la règle *nemo praecise* s'oppose à l'exécution forcée à moins qu'un principe fondamental supérieur n'autorise de passer outre l'adage en question. C'est ainsi que la jurisprudence a pu imposer la réintégration d'un salarié à un employeur. Quand, en revanche, *l'intuitu personae* est faible et que l'obligation est banale, il demeure possible d'en obtenir l'exécution en nature

mais par le biais d'une tierce personne¹²⁰⁰. À moins d'invoquer une exigence supérieure, il est donc impossible de contraindre directement le débiteur à exécuter sa prestation. En d'autres termes, il n'est pas permis d'user de la force publique pour contraindre directement un débiteur à s'exécuter¹²⁰¹.

1033. Ainsi, seules les obligations n'aliénant pas la liberté du cocontractant peuvent être directement exécutées en nature, c'est-à-dire les obligations portant sur une chose¹²⁰². Encore faut-il déterminer quelles sont ces obligations. L'obligation de donner entre naturellement dans le champ des obligations pouvant s'exécuter en nature puisqu'elle opère un transfert de droit réel sur une chose. Quant aux autres obligations où une telle exécution est possible, la doctrine a justifié l'exécution forcée en recourant à un vieux concept : l'obligation de *praestere*¹²⁰³. Issue du droit romain¹²⁰⁴, cette obligation de *praestere* serait, en réalité, la seule susceptible d'exécution forcée en nature, l'obligation de donner n'étant pas véritablement une obligation¹²⁰⁵. Que l'obligation de donner soit ou non une véritable obligation importe finalement peu. En revanche, on peut se demander si l'admission d'une nouvelle catégorie d'obligations est réellement nécessaire.

¹²⁰⁰ P. PUIG, Les techniques de préservation de l'exécution en nature, RDC, février 2005, p. 85.

¹²⁰¹ De ce constat, la doctrine tire l'idée que l'obligation de faire n'est pas une réelle obligation civile dans la mesure où il ne s'agit que d'une obligation facultative, le débiteur ne pouvant aliéner sa personne. Nous pensons, au contraire, que l'obligation de faire est une véritable obligation car ce n'est pas à la sanction de l'inexécution que s'apprécie le caractère obligatoire d'un engagement. Il est, en effet, dans la nature de l'obligation de dépendre de la volonté des parties et la pression d'une sanction suffit à obliger.

¹²⁰² P. PUIG, Ibid., p. 87 : « Qui ne voit, en effet, le fossé qui sépare l'obligation de faire du médecin, de l'architecte, du plombier...qui n'implique la personne même du débiteur, son savoir, son savoir-faire, son habileté, et l'obligation de livrer une marchandise, de mettre le bien loué à disposition du locataire, autant d'obligation de *praestare* qui n'impliquent pas la personne elle-même parce qu'elle portent sur des choses ? »

¹²⁰³ PAUL, Digeste, 44, 7, 3, cité par Mme Fabre-Magnan, note précitée : « *Obligationum substantia non in eo constitit, ut aliquid corpus nistrum vel aliquam servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis abstingat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.* »

¹²⁰⁴ P.-F. GIRARD, Manuel élémentaire de droit romain, 8^{ème} édition revue et mise à jour par F. Senn, Paris : Rousseau et Cie, 1929, p. 472.

¹²⁰⁵ M. FABRE-MAGNAN, Le mythe de l'obligation de donner, R.T.D. civ., 1996, p. 85 s ; D. TALLON, Le surprenant réveil de l'obligation de donner (à propos des arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de détermination du prix), D., 1992, Chronique, p. 68. L'argument est bien connu : puisque le transfert de propriété s'opère de plein droit en droit français, il n'y a pas réellement d'obligation de donner, le vendeur ne jouant aucun rôle dans ledit transfert. *Contra*, P. BLOCH, L'obligation de transférer la propriété dans la vente, RTD civ., 1988, p. 673 s.

1034. Aujourd'hui disparue de notre Code civil, l'obligation de *praestere* peut être définie comme l'obligation de fournir une chose. Pour certains auteurs, elle serait rattachée à l'obligation de faire¹²⁰⁶. D'autres préfèrent toutefois l'intégrer dans l'obligation de donner¹²⁰⁷. Enfin, certains lui reconnaissent une véritable autonomie¹²⁰⁸. L'idée d'une obligation de *praestere* permettrait d'expliquer plus facilement pourquoi certaines obligations personnelles peuvent donner lieu à une exécution forcée par le recours à la force publique. Certains droits qualifiés de « personnels » présentent, en effet, la particularité de porter peu ou prou sur une chose et c'est précisément le détachement par rapport à la personne qui justifie, selon nous, la contrainte. Ainsi, l'obligation de *praestere* caractériserait-elle les droits personnels teintés de réalité que l'on retrouve dans le contrat de bail ou de prêt. Elle conforterait les pouvoirs du propriétaire utile en lui permettant d'opposer efficacement son droit à son cocontractant. Cette notion présente l'avantage non négligeable de justifier l'exécution forcée d'obligations personnelles par le débiteur lui-même.

1035. L'obligation de *praestere* permettrait d'expliquer pourquoi le juge autorise l'exécution forcée lorsque le bailleur manque à son obligation de délivrance. À travers cette jurisprudence, la doctrine classique se trouve confrontée à une contradiction évidente puisqu'elle soutient, d'une part, que le droit du preneur à bail est, par nature, un droit de créance tout en reconnaissant que son droit est suffisamment détaché de la personne du bailleur pour donner lieu à une exécution forcée directe par le recours à la force publique. De deux choses l'une, soit l'obligation du bailleur est une obligation de faire pouvant donner lieu à une exécution forcée en dépit de la lettre de l'article 1142 du Code civil, soit il ne s'agit pas réellement d'une obligation de faire. C'est dans cette seconde voie que nous nous sommes déjà engagés en démontrant le caractère mixte de certains droits pourtant qualifiés de

¹²⁰⁶ P.-F. GIRARD, Manuel élémentaire de droit romain, 8^{ème} édition revue et mise à jour par F. Senn, Paris : Rousseau et Cie, 1929, p. 472 ; F. C. de SAVIGNY, Traité de droit romain, t. 5, traduit de l'allemand par M.-Ch. Guenoux, Paris : Firmin didot, 1846, appendice XIV, XXVIII, p. 584.

¹²⁰⁷ Ch. DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon, t. 24, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Paris : Auguste Durand et L. Hachette et Cie, 1868, n° 303, p. 281 ; Ch. BEUDANT, Cours de droit civil français, t. VIII, Les contrats et les obligations, avec la collaboration de G. Lagarde, 2^{ème} édition publiée par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, Paris : Rousseau et Cie, 1936, p. 114.

¹²⁰⁸ J.-L. GAZZANIGA, Introduction historique au droit des obligations, Collection Droit fondamental, Paris : PUF, 1992, n°7, p. 19.

personnels. Dès lors, nous pensons que la reconnaissance de la « propriété utile » passe nécessairement par l'admission d'une certaine part de réalité.

2 : L'exclusivité renforcée accordée au « propriétaire utile »

1036. La propriété utile ne peut s'épanouir que sous le couvert d'une certaine réalité permettant d'opposer au propriétaire d'origine les pouvoirs dont le propriétaire utile dispose sur le bien. Il s'agit, en effet, de reconnaître au propriétaire utile un certain monopole, à défaut duquel on ne pourrait pas véritablement parler de propriété à son égard. Ainsi, qu'il soit ou non qualifié, dans son ensemble, de droit réel, le droit du « propriétaire utile » présente toujours une certaine part de réalité qui permet à son titulaire d'opposer efficacement son droit à son cocontractant.

1037. Que ce soit le droit du preneur à bail (a), le droit du crédit-preneur ou encore le droit de l'acquéreur d'une propriété réservée (b), dans toutes ces hypothèses, la doctrine a suggéré de reconnaître au cocontractant un droit réel. Si la jurisprudence n'a pas directement entériné cette idée et l'a même expressément rejetée en ce qui concerne le droit du preneur à bail, elle tend néanmoins à accréditer l'idée que ce sont des droits puissants qu'il convient de protéger.

a : L'exclusivité renforcée du droit du preneur à bail

1038. Dans un arrêt rendu le 20 juin 1963 par la chambre sociale, la Cour de cassation estime que l'obligation de délivrance n'a aucun caractère personnel et que le juge peut ordonner son exécution forcée¹²⁰⁹. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a confirmé l'arrêt d'appel en ce qu'il a estimé qu'à défaut d'exécution volontaire du bail, par la prise de possession des lieux par le locataire, le propriétaire y serait contraint par la force publique. En condamnant le bailleur à livrer le bien loué, la jurisprudence reconnaît, selon nous, une part de réalité dans le droit du preneur à bail. Ainsi, si elle qualifie le droit du locataire, d'une

¹²⁰⁹ Cass. soc., 20 juin 1963, JCP, 1963, IV, p. 105 ; Bull. civ. IV, n° 531, p. 437.

manière globale, de droit personnel, c'est parce que l'aspect personnel prédomine mais il n'en demeure pas moins qu'une certaine part de réalité caractérise le bail.

1039. La solution a déjà été posée par un arrêt de la même chambre en 1956¹²¹⁰ qui a offert au preneur le choix « de se faire autoriser par justice à se mettre en possession, s'il n'y a pas impossibilité matérielle ou légale » ou « de demander la résiliation du bail ». C'est ainsi que la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel qui considère que la violation de l'obligation de délivrance ne peut, sur le fondement de l'article 1142 du Code civil, donner lieu qu'à des dommages et intérêts. L'obligation de délivrance du bailleur présente donc une certaine originalité par rapport aux autres obligations qui lui incombent. Cette exclusivité renforcée devient très vite une véritable part de réalité lorsque la liberté du bailleur est réduite en matière de bail commercial ou de bail rural.

b : L'exclusivité renforcée de l'acquéreur d'une propriété réservée

1040. L'assimilation jurisprudentielle de la propriété réservée aux sûretés réelles invite à repenser la nature juridique du droit de l'acquéreur. Si, en effet, la propriété est réduite à une sûreté, accessoire de la créance de loyers, on peut légitimement penser que, parallèlement, le droit de l'acquéreur excède la simple protection accordée aux droits personnels. La doctrine a avancé l'idée que l'acquéreur jouissait, en réalité, d'un véritable statut réel¹²¹¹, ce qui permettrait de justifier la possibilité offerte à l'acquéreur d'incorporer, de transformer ou encore de revendre la chose avant le complet paiement.

1041. Pour conforter cette idée, la doctrine s'appuie sur l'arrêt du 12 janvier 1994¹²¹² dans une espèce où le transfert de propriété était subordonné, non pas au paiement du prix mais à la signature d'un acte authentique. L'hypothèse peut donc être aisément comparée à la vente sous réserve de propriété. Après avoir levé l'option, le bénéficiaire de la promesse décide de louer le bien avant la réunion devant le notaire. Le promettant refuse de signer l'acte authentique, ce que la Cour de cassation condamne en affirmant que le bénéficiaire avait été « mis en possession réelle de l'immeuble », ce qui le rendait « titulaire d'un droit de

¹²¹⁰ Cass. soc., 8 juin 1956, Bull. civ., IV, n° 535.

¹²¹¹ D. MAINGUY, La revente, thèse Montpellier, 1994, p. 65 s.

caractère immobilier l'autorisant à donner à bail le bien qui en était l'objet. » En ce sens, l'acquéreur a pu opposer ses droits à son cocontractant et imposer le contrat de bail passé avant la signature de l'acte authentique. Certes, l'arrêt ne présente pas la forme d'un arrêt de principe mais il a néanmoins le mérite de souligner l'embarras de la jurisprudence face au transfert retardé de propriété. Encore faut-il interpréter exactement les expressions sibyllines employées par la Cour de cassation. Il est vrai que l'expression « possession réelle » est ambiguë. La Cour de cassation reconnaît-elle l'existence réelle de la possession ou son caractère de droit réel ? De la même manière, que faut-il entendre par un « droit de caractère immobilier » ? L'interprétation de l'arrêt n'est guère évidente tant les termes utilisés par la Cour de cassation sont généraux. Peuvent, en effet, constituer des droits de caractère immobilier les droits réels immobiliers ou encore les créances immobilières. Dès lors, quelles conséquences tirer de l'arrêt ? Il s'agit de se demander si la Cour de cassation a reconnu un véritable droit réel à l'acquéreur. On sait que le bail de la chose d'autrui n'est pas nul et qu'il suffit que le bailleur puisse garantir la jouissance paisible du bien pour que le contrat soit valablement formé. Dès lors, on ne peut, en principe, déduire de l'autorisation de passer le bail aucune conséquence quant à la nature du droit de l'acquéreur sauf, qu'en l'espèce, il s'agissait d'un bail commercial ce qui supposait de la part de l'acquéreur le pouvoir de disposer, pouvoir dont le moyen se faisait l'écho. Le moyen précisait, en effet, que « la simple autorisation donnée par le promettant au bénéficiaire de prendre possession physique du bien immobilier promis dès le jour de la promesse ne pouvait à elle seule conférer au bénéficiaire le droit de disposer du bien et de consentir un bail commercial au profit d'un tiers sur ce bien ». C'est donc au regard de ce bail très particulier qu'il faut interpréter l'arrêt et en déduire la reconnaissance, par la Cour de cassation, d'un droit ayant une forte coloration réelle au profit de l'acquéreur. Reste alors à savoir si un tel droit peut être opposé aux tiers.

B : L'opposabilité à l'égard des tiers

1042. Lorsque la réalité du droit du « propriétaire utile » est reconnue en droit positif, son opposabilité ne fait pas de doute mais lorsqu'il ne s'agit que d'un droit de créance, le droit refuse de lui reconnaître une opposabilité *erga omnes*. La distinction des droits réel et personnel repose, en effet, sur une opposabilité différente. Toutefois, la différence n'est pas

¹²¹² Cass. civ. 3, 12 janvier 1994, D., 1995, Jurisprudence, p. 52.

aussi tranchée qu'il y paraît (1) même s'il faut reconnaître que le titulaire d'une « propriété utile » ne jouira que d'une opposabilité limitée (2).

1 : La différence d'opposabilité

1043. Lorsque la maîtrise du bien repose sur un droit réel, l'opposabilité du droit joue pleinement. Tel est le cas du bail à construction dont le législateur reconnaît le caractère anomal, réel. A priori la distinction avec les droits de créance semble simple : les premiers sont opposables *erga omnes* tandis que les seconds sont inopposables aux tiers. Nous avons déjà pu étudier les limites de cette distinction. D'une part, l'opposabilité du droit réel n'est effective à l'encontre des personnes ayant acquis les mêmes droits sur le même bien qu'à condition que le droit ait été publié. D'autre part, le caractère relatif du contrat ne concerne que son effet obligatoire mais, en tant que fait, le contrat s'impose à tous. L'opposabilité des droits n'est donc pas aussi nette qu'on pourrait le croire même s'il s'agit d'un point de distinction entre les droits de créance et les droits réels.

1044. En ce qui concerne le contrat de crédit-bail, la loi du 2 juillet 1966 a prévu un système de publicité pour informer les tiers de l'opération¹²¹³ afin que ces derniers ne soient pas trompés par la solvabilité apparente du crédit-preneur. En ce qui concerne les immeubles, les règles de la publicité foncière s'appliquent prévoyant la publicité obligatoire des baux supérieurs à 12 ans et la publicité facultative de la promesse de vente. Quant aux biens mobiliers, la publicité est organisée par le Tribunal de commerce du siège du crédit-preneur. Ce qu'il est intéressant de noter, ce sont les conséquences tirées par la jurisprudence de l'absence de publicité. En effet, à défaut de publication, le droit du crédit-bailleur est inopposable aux créanciers du crédit-preneur. Ces derniers sont donc en droit de faire comme si le preneur disposait d'un véritable droit de propriété sur le bien. Cette conséquence importante souligne les limites de l'opposabilité absolue des droits réels car sans publicité, la réalité du droit n'entraîne aucune opposabilité aux tiers. Cette jurisprudence souligne parfaitement l'idée que le droit de propriété du crédit-bailleur n'est qu'une sûreté garantissant le paiement de la dette.

¹²¹³ Article 1^{er}-3^o de la loi du 2 juillet 1966.

2 : Une opposabilité limitée

1045. Nous savons que la réalité du droit du preneur à bail est, d'une manière générale, discutée. Si nous reconnaissons au preneur à bail un droit partiellement réel, cette parcelle de réalité suffit-elle à rendre son droit opposable aux tiers ? On sait que pour les baux supérieurs à 12 ans, la publicité est obligatoire et règle les problèmes d'opposabilité qui peuvent se poser mais la question reste entière pour les baux inférieurs à ce palier. Certes, l'article 1743 du Code civil résout en partie la question de l'opposabilité en obligeant l'acquéreur d'une chose louée à respecter le contrat de bail passé. L'article témoigne ainsi de l'attachement du locataire à la chose. La jurisprudence a d'ailleurs tendance à appliquer très largement cet article en considérant que, même à défaut de date certaine, le bail est opposable à l'acquéreur dès lors qu'il a été porté à sa connaissance lors de la vente et, ce, de quelque manière que ce soit¹²¹⁴. Toutefois, la portée du texte reste limitée à l'hypothèse de l'opposabilité du contrat à l'égard de l'acquéreur. Dans les autres hypothèses, l'opposabilité du bail est celle dont jouit tout contrat à l'égard des tiers : c'est-à-dire une opposabilité en tant que fait juridique.

1046. D'une manière générale et à l'exception des hypothèses où une publicité spéciale est prévue, la « propriété utile » jouit donc d'une certaine opposabilité à l'égard des tiers. L'opposabilité est, certes, atténuée mais l'acte jouit tout de même d'un certain rayonnement. Ainsi, même si les caractères de la « propriété utile » diffèrent quelque peu de la propriété entendue de manière classique, il convient néanmoins d'y voir une sorte de droit de propriété, la conception du droit de propriété ayant profondément évolué depuis 1804. De la même manière, il convient de reconnaître les effets particuliers reconnus à la « propriété de la valeur ».

¹²¹⁴ Cass. civ. 3, 20 juillet 1989, Bull. III, n° 169 ; RTD civ., 1990, 101, obs. Ph. Rémy.

Section 2 : Les effets de la reconnaissance d'une propriété de la valeur

1047. Pour qu'il y ait un véritable dédoublement de la propriété, il ne suffit pas de reconnaître le droit du « propriétaire utile », encore faut-il admettre l'existence simultanée d'une autre forme de propriété, dépouillée de ses prérogatives mais bien réelle : la propriété de la valeur. Dans la théorie classique, pourtant, le droit de propriété n'est pas nécessairement reconnu à celui qui retient la valeur de la chose. Ainsi, le bénéficiaire de la fiducie ne disposerait que d'un droit personnel à l'encontre du fiduciaire et non pas un droit de propriété portant sur la valeur de la chose. La reconnaissance du dédoublement de la propriété passe donc également par l'analyse des effets de la propriété de la valeur. Ces effets sont de deux ordres : pécuniaires (§1) et procéduraux (§2).

§1 : Les effets pécuniaires de la propriété de la valeur

1048. Le droit de propriété étant un droit patrimonial, il a des incidences économiques indéniables susceptibles d'entraîner l'imposition du propriétaire de la valeur (A) ou son indemnisation lorsque l'objet de la propriété vient à périr (B).

A : L'imposition du propriétaire de la valeur

1049. Il arrive que le législateur fiscal s'affranchisse de l'analyse classique pour considérer que le droit de propriété, dépourvu de ses prérogatives utiles, demeure néanmoins à l'actif du cédant. Ainsi, malgré la cession des prérogatives utiles du droit de propriété, le droit fiscal nie parfois le transfert des prérogatives, consacrant ainsi l'idée d'une propriété de la valeur rattachée au patrimoine d'origine. On observe une telle tendance concernant le quasi-usufruit (1) et, d'une manière générale, pour les mécanismes fiduciaires (2).

1 : Le mécanisme du quasi-usufruit

1050. Sur un plan fiscal, les conséquences ne sont pas les mêmes selon que l'on analyse le quasi-usufruit comme un usufruit renforcé ou comme une mutation du droit de propriété. Les incidences de ces deux analyses se font ressentir différemment lors de la constitution du quasi-usufruit.

1051. La doctrine civile opte volontiers pour une analyse du quasi-usufruit comme une mutation de propriété, faisant perdre au propriétaire son droit réel au profit d'un simple droit de créance. Si l'on retient une telle analyse, la constitution d'un quasi-usufruit sur des titres devrait déclencher une imposition du nu-propriétaire au titre de l'éventuelle plus-value correspondant à la différence entre le prix de la nue-propriété et le montant de la créance de restitution. Le droit fiscal est, en effet, indifférent au fait que la créance de restitution soit réglée à terme. Cela reviendrait à imposer une plus-value virtuelle. Pour calculer cette plus-value, il conviendra de faire la différence entre le prix de la cession et le prix de revient. Or, ce prix de revient est supérieur à la valeur du bien lors de son acquisition puisqu'il correspond au prix de revient de l'usufruit auquel s'ajoute le montant de la créance de restitution. Pour éviter une telle incohérence, la doctrine fiscale préconise de faire de la constitution du quasi-usufruit un acte neutre sur le plan fiscal et de l'analyser comme un usufruit renforcé.

2 : Les mécanismes fiduciaires

1052. Le mécanisme des pensions de titre fait apparaître l'idée d'un dédoublement de propriété. La mise en pension est l'opération par laquelle une personne morale (fonds commun de placement, fonds commun de créance) cède à un organisme des titres tout en organisant leur rétrocession ultérieure. La propriété de l'organisme est donc temporaire et relative puisque les pouvoirs de ce dernier sont limités. On retrouve parfaitement les caractères de la propriété dédoublée avec, d'un côté, une propriété des utilités servant à la gestion efficace des titres et, de l'autre, une propriété correspondant à la valeur des titres. Pour que la gestion des titres puisse s'opérer, le droit français n'envisage, classiquement, qu'un transfert de propriété suivi d'une rétrocession. Le droit fiscal dépasse cette conception et considère que le cédant conserve la propriété des titres. L'article 38 bis-OA.I.1 du CGI

prévoit, en effet, que « les valeurs, titres ou effets mis en pension (...) sont, pour l'application des dispositions du présent code, réputées ne pas avoir été cédés ». Les biens sont donc considérés sur un plan fiscal comme n'ayant jamais quitté le patrimoine du cédant.

1053. Un effet similaire est reconnu dans le projet de loi instituant la fiducie afin d'éviter que le mécanisme ne soit un instrument d'évasion fiscale. S'il est accepté, la fiducie sera neutre et transparente sur le plan fiscal. Ainsi, le constituant sera réputé fiscalement titulaire des droits mis en fiducie et, par conséquent, redevable de l'impôt. L'article 3 du projet de loi de M. Marini prévoit que « les droits transférés à un fiduciaire sont considérés, pour l'application des droits de mutation et de l'impôt de solidarité sur la fortune, comme demeurant la propriété du constituant et comme faisant partie de la succession de celui-ci, aussi longtemps qu'ils ne sont pas transmis à titre onéreux par le fiduciaire à un tiers ou au bénéficiaire. Lors d'une telle transmission, les droits de mutation seront exigibles selon la nature des droits en fiducie ». Ainsi tant que les droits ne sont pas transmis, le constituant sera considéré comme propriétaire sur un plan fiscal tout en reconnaissant, sur un plan civil, la propriété du fiduciaire. Le dédoublement de la propriété, ainsi reconnu, apparaît donc comme un instrument efficace de lutte contre les évasions fiscales et l'on ne saurait que saluer le réalisme d'une telle analyse.

B : L'indemnisation du propriétaire de la valeur

1054. Lorsque la chose vient à périr ou lorsque le propriétaire de la jouissance fait l'objet d'une expropriation, qu'advient-il du propriétaire d'origine ? Le propriétaire de la valeur doit-il être lui-même indemnisé ou suffit-il d'indemniser le propriétaire qui jouit de la chose et sur lequel on raccroche le titre de propriété ? Nous verrons que la jurisprudence tend à indemniser les deux propriétaires. C'est, en tout cas la solution choisie en matière de bail superficiaire (1), solution qu'il convient, selon nous, d'étendre lorsque la propriété porte sur une chose fongible (2).

1 : L'indemnisation du bailleur dans le bail superficiaire

1055. Si l'on admet l'analyse classique du contrat de bail à construction, le preneur à bail jouit d'un droit de propriété sur les immeubles construits qui sera transféré au bailleur lorsque le contrat arrivera à terme. Jusqu'à cette date, le bailleur conserve la propriété du tréfonds mais il n'a aucun droit à prétendre sur la propriété de son cocontractant (a). Cette analyse du bail superficiaire nous semble contestable. Nous pensons, en effet, que le bailleur dispose d'un droit portant sur la valeur des biens tant que le contrat n'est pas arrivé à terme. La jurisprudence semble corroborer cette analyse en accordant au propriétaire de la valeur un droit à indemnisation (b).

a : Des propriétés distinctes et successives

1056. À l'image de la fiducie que l'on préfère expliquer par l'idée d'un transfert de propriété, le bail à construction est, classiquement, analysé comme une décomposition matérielle de la propriété, le preneur ayant un droit réel sur le fonds et la propriété temporaire des constructions. Quant au bailleur, il n'acquiert la propriété des constructions que par l'effet de son droit d'accession, lorsque le bail prend fin. C'est, en effet, la paralysie du droit d'accession pendant l'exécution du bail qui est évoqué pour justifier et expliquer le bail superficiaire. Le droit d'accession profite alors au preneur à bail qui jouit d'un véritable droit de propriété sur le fonds. Cette propriété est classiquement analysée comme le fruit d'une division purement matérielle de l'immeuble. Le droit sur les constructions est donc un droit exercé exclusivement par le preneur pendant la durée du bail. Nous considérons, au contraire, que la propriété temporaire du preneur ne peut être qu'une concession du bailleur et que ce dernier jouit d'un droit de propriété en suspens sur les constructions édifiées. La jurisprudence semble confirmer cette analyse.

b : Des propriétés simultanées

1057. Dans un arrêt rendu le 31 mars 2004¹²¹⁵, que nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer, la Cour de cassation prévoit que « les indemnités allouées doivent couvrir l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain, causé par l'expropriation » et que « l'indemnisation du preneur pour perte, pendant la durée contractuelle du bail, de la propriété des constructions édifiées par lui sur le terrain loué n'exclut pas celle du bailleur pour perte de la propriété de ces biens lui revenant en fin de bail ». Par cet arrêt, la Cour de cassation reconnaît que le bailleur subit un préjudice direct, matériel et certain. Jusqu'à cette décision, la Cour de cassation refusait pourtant d'indemniser le bailleur au motif que seul le locataire devait être considéré comme propriétaire des constructions. L'arrêt du 4 avril 2002¹²¹⁶, rendu par la troisième chambre civile, prévoit, en effet, que les indemnités, en cas de destruction ou d'expropriation des constructions pendant la durée du bail, doivent être versées au locataire. En admettant le préjudice direct, matériel et certain du bailleur, la Cour de cassation reconnaît donc, dans l'arrêt de 2004, que le bailleur jouit d'un droit sur les constructions. Elle précise la nature de ce droit puisqu'elle considère que le bailleur a perdu la propriété des biens lui revenant en fin de bail. C'est donc reconnaître que deux droits de propriété coexistent sur les constructions édifiées mais pourrait-on admettre une solution identique pour les baux dans lesquels le preneur n'est pas légalement tenu de construire ? En d'autres termes, le préjudice est-il toujours aussi direct, matériel et certain lorsque le preneur n'est pas obligé d'édifier des constructions ?

1058. Il conviendrait, selon nous, d'étendre la solution quelles que soient les obligations du locataire. La mise en valeur du bien par le preneur est, en effet, une constante du bail superficiaire justifiant la modicité de la redevance annuelle. Dès lors, il nous semblerait plus cohérent d'indemniser le bailleur lorsque ce qui a été mis en valeur est détruit par un tiers ou lorsque le preneur fait l'objet d'une expropriation. La formulation assez générale de l'arrêt semble induire cette extension mais encore faut-il que la solution soit confirmée.

¹²¹⁵ Civ. 3, 31 mars 2004, RDC, 2004, p. 1001, note B. Mallet-Bricout

¹²¹⁶ Civ. 3, 4 avril 2002, D. 2002, Somm., p. 2508, note B. Mallet-Bricout.

1059. Si l'indemnisation du bailleur n'a, pour l'instant, fait l'objet que d'une seule décision de justice, l'indemnisation du propriétaire d'un bien fongible, semble confirmer par les nouvelles dispositions du Code civil relatives au droit des sûretés.

2 : L'indemnisation du propriétaire d'un bien fongible

1060. La question se pose de savoir si le propriétaire d'une chose fongible donnée en gage¹²¹⁷ ou en dépôt peut être indemnisé lorsque la chose vient à périr. Concernant le gage, la jurisprudence ne s'est pas prononcée. Pourtant, une partie de la doctrine préconise de faire jouer le mécanisme de la subrogation réelle en cas de destruction de la chose¹²¹⁸. Nous avons pu constater, en effet, que la jurisprudence admettait assez largement la subrogation réelle¹²¹⁹. De ce fait, le droit de préférence du propriétaire devrait être reporté sur l'indemnité d'assurance, comme c'est le cas pour l'hypothèque en vertu de l'article L 121-13 du code des assurances¹²²⁰.

§2 : Les effets procéduraux

1061. Pour maintenir l'unité du droit de propriété, le droit français rattache tantôt le titre de propriété à celui qui dispose de la valeur de la chose, tantôt à celui qui jouit des prérogatives utiles. Ainsi, la théorie classique rejette-t-elle toute perspective de dédoublement. En refusant d'accorder aux deux protagonistes la qualité de propriétaire, elle prive, par la même occasion, l'un d'entre eux de la protection reconnue au droit de propriété. Ainsi, dans certaines hypothèses, celui que nous appelons le « propriétaire de la valeur » n'est pas considéré comme un véritable propriétaire. La consécration de son droit lui permettrait pourtant de disposer d'une action en revendication qui semble légitimement devoir lui revenir.

¹²¹⁷ M. Leduc conteste l'idée qu'un gage puisse être translatif de propriété (F. LEDUC, Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ?, R.T.D. civ., 1995, p. 307). Un arrêt rendu par la chambre des requêtes le 10 mars 1915 (D.P., 1916, I, 241 ; S., 1916, I, 5) a pourtant admis le contraire lorsque le gage porte sur une chose fongible.

¹²¹⁸ Ph. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, Paris : Defrénois, éditions juridiques associées, 2003, n° 507, p. 201.

¹²¹⁹ Cf. supra n° 855 s.

¹²²⁰ L 121-13 alinéa 1 du code des assurances : « Les indemnités dues par suite d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité du bétail, ou les autres risques, sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de

Dans certaines circonstances, le législateur et le juge lui reconnaissent d'ailleurs un tel droit (A). Malgré cela, la doctrine classique a tendance à considérer que le détachement de l'*abusus* entraîne une transformation du droit de propriété en un simple droit de créance. Cette analyse nous paraît toutefois critiquable (B) car elle fragilise injustement le droit du propriétaire de la valeur.

A : Le maintien de l'action en revendication

1062. En liant l'*abusus* et le droit de propriété, notre droit prive parfois le propriétaire d'origine de son droit de propriété et, par conséquent, de son action en revendication. Dans certaines hypothèses, toutefois, il est admis que l'action puisse se reporter sur la valeur de la chose, faisant ainsi du droit de propriété une sorte de « droit réel planant ». Selon nous, le droit de propriété peut, en effet, être maintenu même lorsque le bien est une chose fongible confondue dans le patrimoine de son détenteur (1) et, d'une manière générale, dans toutes les hypothèses où l'on reconnaît une propriété temporaire (2).

1 : La revendication des choses fongibles

1063. La doctrine majoritaire refuse d'admettre la revendication des choses fongibles lorsque les biens ont été confondus dans le patrimoine du détenteur, préférant octroyer à ce détenteur un droit de propriété pour ne reconnaître au propriétaire d'origine qu'un simple droit de créance. Cette solution nous semble sévère car il existe en droit positif des exemples importants où la revendication de tels biens est admise. C'est le cas à l'article L 621-122 du code de commerce (a) et c'est sans doute le cas pour les dépôts bancaires (b).

a : La revendication prévue à l'article L 621-122 du code de commerce

1064. Le propre de la propriété-garantie est de permettre au propriétaire qui s'est départi de ses prérogatives utiles, de revendiquer son bien en cas de défaillance du

délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang... »

cocontractant. Ainsi, le bien vendu sous réserve de propriété peut-être revendiqué. Avant 1994, la jurisprudence exigeait que le bien n'ait pas été transformé ou confondu dans le patrimoine de l'acquéreur. La loi du 10 juin 1994 a profondément modifié les choses. Elle permet, en effet, la revendication en nature des « biens mobiliers incorporés dans un autre bien mobilier lorsque leur récupération peut être effectuée sans dommage » et prévoit, surtout, que « la revendication en nature peut également s'exercer sur des biens fongibles lorsque se trouvent entre les mains de l'acheteur des biens de même espèce et de même qualité¹²²¹ ». C'est dans le souci de protéger le créancier propriétaire que s'inscrit la loi de 1994¹²²². L'article 121 alinéa 1^{er} de la loi du 24 janvier 1985 exigeait que le propriétaire établisse que les biens présents chez le débiteur étaient les siens par identification. La loi de 1994 apporte ainsi une innovation majeure en autorisant la revendication des choses fongibles. S'agit-il d'un texte d'exception¹²²³ ouvrant l'action en revendication au non propriétaire ou d'une précision du régime juridique des biens fongibles sacrifiés jusque là par les dispositions de la loi du 25 janvier 1985 ? Le texte a été très critiqué par une partie de la doctrine qui n'y voit qu'une exception regrettable plaçant le bien acquis sous réserve de propriété dans une situation marginale puisque pour toutes les autres propriétés-garanties, la revendication reste subordonnée à l'identification du bien¹²²⁴. La jurisprudence n'a toutefois pas attendu la loi de 1994 pour admettre la revendication des choses fongibles par souci d'équité. Ainsi, dans un arrêt rendu le 3 juin 1986, la Cour de cassation a admis la revendication d'un fournisseur de fuel¹²²⁵. Que l'on approuve ou que l'on conteste cette disposition, elle n'en demeure pas moins l'illustration qu'un droit réel peut être maintenu sur un bien malgré le détachement des prérogatives du droit de propriété.

¹²²¹ Article L 621-122 du code de commerce, dernier alinéa.

¹²²² Fr. PEROCHON, La revendication favorisée (loi n° 94-475 du 10 juin 1994), D., 1994, Chronique, p. 251.

¹²²³ P. CROCQ, Propriété et garantie, Paris : L.G.D.J., 1995 préc., n° 312, p. 263 et 264 : « Cependant, la jurisprudence, inspirée par un sentiment d'équité et par la volonté que le débiteur ne puisse facilement faire échec aux droits de ses créanciers, se montrait souvent libérale (et parfois critiquable) dans l'appréciation de la condition d'identification. La réforme du 10 juin 1994 a fait preuve du même libéralisme ... En outre, cette exception législative met la réserve de propriété à part de toutes les autres propriétés-garanties puisque l'exigence d'identification est commune à toutes les revendications. »

¹²²⁴ Fr. PEROCHON, La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels, Bibliothèque de droit de l'entreprise, volume 21, Paris : Litec, 1988, n°211, p. 196.

¹²²⁵ Rennes, 10 février 1983, D 1984, IR, p. 1, obs. F. Derrida, Gaz. Pal. 1983, I, 161, note W Garcin et J. Thieffry, R.J.C., 1983, p. 309, note J. Mestre ; Cass. com. 3 juin 1986, Bull. IV, n° 114, D. 1988, Somm. 10, obs. F. Derrida; Cass. com. 7 février 1989, Bull. IV, n° 57.

1065. D'une manière générale, les arguments avancés au soutien de l'individualisation de l'objet du droit de propriété nous paraissent insuffisants¹²²⁶ que l'on évoque la possession ou la prescription acquisitive. La propriété doit, en effet, s'adapter aux nouveaux biens qui forment l'assiette du droit du propriétaire comme les choses immatérielles qui ne sont pas susceptibles d'emprise matérielle mais peuvent, selon nous, faire l'objet d'une véritable possession¹²²⁷ si tant est qu'on en retienne une définition nouvelle en la considérant comme un pouvoir de maîtrise qu'il soit ou non matériel¹²²⁸. Enfin, la menace d'une confusion entre les droits réels et les droits personnels nous semble hâtive. Même si le droit personnel permet au créancier de saisir les biens de son débiteur en cas de défaillance sans conférer de prérogatives sur un bien déterminé, il ne faut pas confondre le droit personnel et le droit réel portant sur une chose fongible. Le droit de créance demeure un droit indirect sur le patrimoine du débiteur tandis que le droit réel porte directement sur la valeur de la chose, ce qui permet une protection accrue du créancier.

1066. Concernant les sommes d'argent, la doctrine considère que leur revendication est impossible en vertu des dispositions des articles L 621-115 à L 621-124¹²²⁹ du code de commerce¹²³⁰. C'est surtout sur le fondement de l'article L 621-124 qu'elle rejette la revendication des sommes d'argent car, si une telle revendication était possible, le texte en deviendrait, par la même occasion, totalement inutile. M. Martin réfute cet argument en arguant de la spécificité du texte qui prévoit une hypothèse tout à fait particulière de subrogation pour les biens vendus sous réserve de propriété¹²³¹. L'assiette du droit de propriété n'est donc conservée qu'autant que la créance n'est pas éteinte puisque c'est la créance qui vient subroger le bien vendu.

¹²²⁶ P. CROCQ, thèse précitée, n° 312, p. 267 : « La nécessaire individualisation de l'objet du droit se retrouve, également, lorsque l'on observe que les droits réels ayant un objet corporel ont pour caractéristique, en principe, d'être susceptible de possession et de prescription acquisitive. »

¹²²⁷ En ce sens, A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Collection Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris : Dalloz, 2001.

¹²²⁸ V. MARCADE, *Explication du Code Napoléon, De la prescription*, Paris, 1861 : « Posséder une chose, c'est l'avoir en sa puissance, la garder sous sa maîtrise, la tenir en son pouvoir ; il n'y a de possession véritable et proprement dite que celle qui implique cette idée de maîtrise et de domination de la chose. »

¹²²⁹ Article L 621-124 (anc. L. n. 85-98, 25 janvier 1985, art. 122) : Peut être revendiqué le prix ou la partie du prix des biens visés à l'article L 621-122 qui n'a été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant entre le débiteur et l'acheteur à la date du jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire. »

¹²³⁰ Com. 10 mai 2000, D., 2000, AJ, p. 277, note A. Lienhard ; RD bancaire et fin., 2000, p. 235, obs. F.-X. Lucas ; JCP, éd. E., 2001, p. 521, note L. Courtot et F. Marmoz ; Petites affiches, 2000, n° 258, p. 14, note E. Rawach.

¹²³¹ D.-R. MARTIN, *De la revendication des sommes d'argent*, D., 2002, Chronique, p. 3283.

1067. La liberté de disposer des fonds reçus en dépôt caractérise l'activité bancaire. Ainsi, le dépôt bancaire consiste en un dépôt irrégulier par lequel le déposant remet des fonds au banquier à charge de restitution en lui octroyant la liberté d'en disposer. La question se pose donc avec persistance de savoir si les titulaires de dépôts bancaires peuvent exercer une action en revendication sur leurs avoirs bancaires. L'admettre revient à bouleverser la hiérarchie des créanciers en cas de défaillance de l'établissement de crédit. Jusqu'à présent, la jurisprudence a admis la revendication pour les comptes spéciaux¹²³² et les comptes à rubrique¹²³³ mais il s'agit d'hypothèses où, bien qu'elles aient été confondues avec les fonds du mandataire, les sommes ont été ensuite ré-individualisées.

1068. L'arrêt Pelletier¹²³⁴ relatif au conflit opposant un banquier réceptionnaire et un banquier cessionnaire nous semble beaucoup plus probant bien qu'il ait fait l'objet d'un revirement jurisprudentiel. Au soutien de ses prétentions, le banquier réceptionnaire avançait que la monnaie était une chose fongible qui ne pouvait pas faire l'objet d'une revendication entre les mains de son détenteur. Rejetant cette argumentation, la Cour de cassation a décidé que le banquier cessionnaire, en vertu de la loi Dailly, était en droit d'obtenir d'un autre banquier du cédant, à qui le débiteur cédé avait payé le montant, le reversement de celui-ci. Certes, la décision a, par la suite fait l'objet d'un revirement¹²³⁵ mais la nouvelle solution n'écarte pas la revendication des sommes d'argent, elle se fonde, en effet, sur l'absence de conflit entre le banquier cessionnaire et le banquier réceptionnaire, ce dernier étant un véritable *penitus extranei*. La solution a été vivement critiquée par la doctrine.

1069. Enfin, la jurisprudence pénale offre des exemples assez convaincants pour admettre la propriété de la valeur puisqu'elle condamne sur le fondement de l'abus de

¹²³² D.-R. MARTIN, Des comptes bancaires à affectation spéciale ouverts par des professionnels, RD bancaire, 1992, p. 2.

¹²³³ Cass. com. 14 mai 1991, D., 1992, Jur., p. 13, note D.-R. Martin ; D., 1993, Somm., p. 56, obs. M. Vasseur ; RTD com., 1991, p. 621, obs. M. Cabrillac.

¹²³⁴ Cass. com., 28 octobre 1986, D. 1986, Jurisprudence, p. 592, note M. Vasseur ; J.C.P., 1987, II, 20735, note J. Stoufflet ; R.T.D. com., 1987, p. 89, note M. Cabrillac et B. Teyssié ; RD. bancaire, 1987, note Crédot et Gérard.

¹²³⁵ Cass. com., 4 juillet 1995, D. 1995, Jurisprudence, p. 488, note R. Martin et H. Synvet ; J.C.P., éd. entreprise, 1995, 738, p. 219, note J. Stoufflet ; R.T.D. civ., 1995, p. 934, note P. Crocq ; D. aff. 1995, 79, note

confiance le détournement de choses fongibles. La particularité des choses fongibles ne devrait donc pas dissoudre le droit de propriété en un droit de créance, ce que la loi et la jurisprudence commencent à admettre. D'une manière générale, il nous semble opportun de maintenir le droit du propriétaire d'origine lorsque son bien fait l'objet d'une propriété temporaire.

2 : La revendication de l'objet d'une propriété temporaire

1070. Les caractères du droit de propriété ayant profondément évolué, nous avons retenu l'idée d'une propriété temporaire mais, comme nous avons déjà pu l'observer, un tel phénomène ne s'explique qu'au regard d'une propriété perpétuelle en sommeil qui a vocation à redevenir entière. L'idée d'un double transfert de propriété est, en effet, insuffisante pour expliquer le phénomène de la propriété temporaire (a). Il semble préférable de retenir l'idée d'une propriété virtuelle permettant à son titulaire d'exercer l'action en revendication (b).

a : L'insuffisance du double transfert de propriété

1071. Si véritablement la fiducie repose, comme en droit romain¹²³⁶, sur l'engagement du fiduciaire à retransférer le bien après un certain temps et dans les conditions fixées à la convention, alors il conviendra d'imposer le double transfert de propriété, ce qui ne semble pas opportun puisque le transfert de propriété au fiduciaire a une vocation pratique et n'est pas destiné à satisfaire les intérêts personnels de celui-ci. Si, au contraire, la fiducie consiste, comme nous le croyons, en un dédoublement du droit de propriété, la double imposition sera naturellement exclue sans qu'il soit nécessaire de prévoir une disposition particulière en ce sens. On remarque que le projet de loi Marini prend soin de préciser les effets fiscaux de la fiducie en écartant la double imposition. Le fiduciaire est, en effet, regardé, sur un plan fiscal, comme retenant la propriété des biens qu'il transmet juridiquement. Pour autant, le projet opte pour une analyse juridique classique de la fiducie fondée sur un double

Th. Bonneau.

¹²³⁶ En droit romain, la fiducie repose que un pacte adjoint à un transfert de propriété et par lequel le fiduciaire s'engage auprès de l'aliénateur à retransférer le bien à une date déterminée et selon les modalités de la convention. C'est un mécanisme qui repose sur la confiance et qui, au départ, était dépourvu de toute sanction juridique directe. Pour une analyse détaillée de la fiducie à l'époque romaine, Cf.C. WITZ, thèse précitée, p. 21

transfert de propriété, le bénéficiaire n'ayant qu'un droit personnel à l'encontre du fiduciaire. Il y a là, selon nous, une certaine contradiction à rejeter les effets fiscaux de l'analyse juridique classique. Implicitement, cela revient, en effet, à admettre que le double transfert de propriété est fictif et qu'il ne s'agit que d'un instrument au service du mécanisme fiduciaire. Si la propriété du fiduciaire est limitée, c'est pour préserver la propriété d'un autre, propriété virtuelle et en sommeil pendant la durée de l'opération. C'est d'ailleurs cette même idée de propriété potentielle que l'on retrouve dans l'arrêt « Etang Napoléon » et qui permet au « propriétaire potentiel » de revendiquer son bien lorsqu'il a vocation à retrouver l'intégralité de ses prérogatives.

b : L'exercice de l'action en revendication

1072. En reconnaissant l'action en revendication au propriétaire virtuel, la Cour de cassation a, avec l'arrêt « Etang Napoléon¹²³⁷ » consacré l'idée que le droit de propriété pouvait subsister à l'état latent même lorsque l'objet du droit de propriété disparaissait, pour un temps. En ce sens, l'arrêt permet de redéfinir le concept de droit réel dont l'assiette peut parfaitement être virtuelle. L'objet du droit réel peut donc, d'une manière générale, ne plus être déterminé et la propriété subsiste alors à l'état de titre, l'émolument appartenant à un autre. Ce qui distingue alors la propriété, c'est le caractère immatériel de son objet, caractérisé par une valeur ou, du moins, une expectative. Le droit français ne semble donc pas totalement hermétique à l'idée d'un dédoublement de propriété. Ainsi, afin d'exploiter les potentialités de notre code, il semble possible d'émettre quelques critiques à l'encontre de l'analyse classique lorsque, pour préserver l'unité du droit de propriété, elle disqualifie le droit du propriétaire d'origine en un droit de créance.

B : Critique de l'analyse classique

1073. La disqualification du droit de propriété en un droit de créance (1), nous semble critiquable car le « propriétaire de la valeur » se trouve, à notre sens, injustement privé de la protection que lui vaudrait la reconnaissance d'une véritable propriété (2).

1: La disqualification du droit de propriété en droit de créance

1074. Lorsqu'un propriétaire accorde à un tiers l'usage d'un bien fongible ou d'un bien consommable, le droit du propriétaire dégénère très souvent en un droit personnel lui permettant de réclamer le remboursement de la valeur du bien ou un bien équivalent¹²³⁸. Par cette pirouette, la doctrine maintient l'unité du droit de propriété tout en rattachant celui-ci à l'*abusus* considéré comme la prérogative fondamentale (a). Elle rejette, par la même occasion, toute perspective de revendication de la valeur de la chose. Nous estimons, au contraire, que l'action en revendication peut porter sur un tel objet (b).

a : L'illusion de l'unité

1075. L'analyse classique du quasi-usufruit fait du quasi-usufruitier le propriétaire dans la mesure où il dispose de l'*abusus*. De la même manière, le propriétaire d'un bien fongible¹²³⁹ qui a prêté son bien¹²⁴⁰, qui l'a mis en dépôt ou encore en gage¹²⁴¹ est censé perdre son droit de propriété sur le bien. Par ce raisonnement, la doctrine maintient apparemment l'unité du droit de propriété en rattachant ce droit à l'*abusus* mais si l'on pousse l'analyse plus loin, quelques ombres se dessinent sur le tableau puisque le droit du quasi-

¹²³⁷ Cass. Ass. plén., 23 juin 1972, préc.

¹²³⁸ P. SIRINELLI, Le quasi-usufruit, Petites affiches, 26 juillet 1993, n° 89, p. 9 : « Dès lors, puisque le quasi-usufruitier est devenu propriétaire de la chose à charge d'en restituer l'équivalent au terme de l'usufruit, il faut constater que le prétendu nu-propriétaire est désormais plus 'nu' que 'propriétaire'. Il n'est plus titulaire que d'un droit de créance relatif à l'obligation de restitution qui pèse sur le quasi-usufruitier. » ; Fr. SAUVAGE, Les nouvelles frontières du quasi-usufruit, JCP, éd. not. et immob., 21 avril 2000, p. 692 : « Et si le quasi-usufruitier est propriétaire de la chose et débiteur de sa valeur, cela signifie que le 'quasi-nu-propriétaire' est, en réalité un simple créancier de restitution. Il n'est pas titulaire d'un droit réel sur la chose, mais d'une simple créance de restitution à terme incertain. »

¹²³⁹ A. LAUDE, La fongibilité, RTD com., 1995, p. 329 : « La fongibilité est parfois à l'origine de l'altération des droits réels. »

¹²⁴⁰ Article 1893 du Code civil : « Par l'effet de ce prêt, l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée ; et c'est pour lui qu'elle périclite, de quelque manière que cette perte arrive. »

¹²⁴¹ H., L. et J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, t. 3, vol. 1, Sûretés, publicité foncière, 6^{ème} édition par V. Ranouil et F. Chabas, Paris : Montchrestien, 1988, p. 86, n° 65 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, Droit civil, Les sûretés ; la publicité foncière, 2^{ème} édition, Paris : Sirey, 1987, p. 52, n° 66 ; P. THERY, Sûretés et publicité foncière, collection droit fondamental, Paris : PUF, 1988, p. 265, n° 231 ; D. LEGEAIS, Les garanties conventionnelles sur créances, Paris : Economica, 1984, p. 68, n° 104, note 17 ; M. CABRILLAC, Les sûretés conventionnelles sur l'argent, in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à J. Derruppé*, Paris : GLN, Joly, Litec, 1991, p. 335, n° 6 ; M. DAGOT, Les sûretés, Paris : PUF, 1981, p. 137 ; M. CABRILLAC et Ch. MOULY, Droit des sûretés, Paris : Litec, 1993, p. 511, n° 680 et p. 522, n° 696 ; F. LEDUC, Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ?, R.T.D. civ., 1995, p.307 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, Paris : Defrénois, Editions juridiques associées, 2003, n° 507, p. 201.

usufruitier comme celui du dépositaire n'est que temporaire, ce qui est contraire au principe classique de perpétuité du droit de propriété. La doctrine reconnaît ainsi que la requalification du droit du nu-propiétaire est une conséquence paradoxale puisque le démembrement devrait opérer une répartition des droits réels¹²⁴². On ne comprend d'ailleurs pas pourquoi le propriétaire d'origine serait privé d'une action en revendication portant sur la créance ou sur l'équivalent. De la même manière, une partie de la doctrine conteste l'idée que le propriétaire puisse perdre son droit de propriété sur son bien fongible lorsque celui-ci fait l'objet d'un dépôt ou d'un gage.

1076. Si véritablement le droit du propriétaire se transforme en un droit de créance, comment justifier l'existence des donations avec réserve de quasi-usufruit, pourtant consacrées par la jurisprudence ? Il y a, en effet, quelque chose de paradoxal à admettre une telle donation tout en considérant que le quasi-nu-propiétaire ne jouit que d'un droit de créance. Où est le don lorsqu'il y a simplement une obligation de faire : restituer le prix ou une chose équivalente ? En quoi consiste l'obligation de donner lorsqu'on ne confère qu'un droit de créance ? Ainsi, à moins d'envisager une véritable action en revendication de la créance considérée comme un bien, une telle donation semble contraire au principe selon lequel « donner et retenir ne vaut. » Se pose alors la question de la revendication des créances.

b: L'obstacle de la revendication des créances

1077. L'idée d'une propriété de la valeur se heurte parfois à l'obstacle de la revendication des créances. Pourtant, la propriété des créances semble aujourd'hui plus favorablement accueillie par la doctrine¹²⁴³ et par la jurisprudence¹²⁴⁴ qui n'hésite plus à reconnaître la propriété des choses immatérielles. L'évolution de l'objet du droit de propriété entraîne inévitablement un bouleversement des concepts classiques et une évolution du droit des biens. On pourrait donc considérer que le propriétaire dépourvu de ses prérogatives utiles conserve néanmoins son droit de propriété sur le bien. On pourrait alors analyser le droit du

¹²⁴² P. SIRINELLI, note préc, p. 10.

¹²⁴³ Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, préc., n° 53, p. 59 ; Fr. ZENATI, Th. REVET, droit civil, Les biens, Thémis, 2^{ème} édition refondue, Paris : PUF, 1997, contra P. JOURDAIN, Les biens, Paris : Dalloz, 1995, n° 428, p. 512 ; Ch. LARROUMET, Les biens, Paris : Economica, 1997.

¹²⁴⁴ Cour EDH, 9 décembre 1994, Raffineries grecques, Stan et Stratis Andreatis c/ Grèce, Rec. A-301-B, n° 22/1993/417/496 ; RTD civ., 1995, 652, note Fr. Zenati ; RTD civ., 1996, 1019, note Marguénaud.

quasi-nu-proprétaire comme un véritable droit de propriété et non pas un simple droit de créance.

1078. Le problème du quasi-usufruit ou du dépôt irrégulier réside dans ce que l'objet d'un tel droit est fuyant puisque le quasi-usufruitier et le dépositaire sont libres de restituer soit une chose équivalente, soit la valeur de la chose estimée à la date de la restitution. De ce fait, la doctrine rejette un quelconque droit de revendication, préférant reconnaître au propriétaire d'origine un simple droit de créance. Le droit du propriétaire semble donc s'évaporer avec le quasi-usufruit. La doctrine refuse, en effet, de considérer qu'un droit réel puisse porter sur une chose abstraite. Le droit réel étant un droit portant sur une chose, il est nécessaire, selon elle, que cette chose soit déterminée. Dès lors, pour protéger le quasi-nu-proprétaire, le législateur a prévu quelques mesures lui permettant d'asseoir son droit à la valeur de la chose : la conversion de l'usufruit en rente viagère (Article 767 alinéa 7 du Code civil et article 1094-3 du même code) et l'obligation d'emploi (Article 1094-3 et 602 du Code civil). Dans deux hypothèses, le quasi-nu-proprétaire est en droit de demander l'emploi du bien grevé : lorsque le conjoint survivant est, en présence de descendants, gratifié de tout l'usufruit ou de trois quarts en usufruit et un quart en pleine propriété et lorsque l'usufruitier ne fournit pas caution¹²⁴⁵. Dans ces circonstances, la doctrine estime alors que le quasi-usufruit redevient un authentique usufruit. Dans les autres cas, le droit du quasi-nu-proprétaire se trouve rétrogradé en un droit de créance.

1079. Ainsi, la conception classique du quasi-usufruit repose-t-elle entièrement sur l'idée qu'un droit réel ne peut que porter sur une chose déterminée et sur le rattachement du droit de propriété au titulaire de l'*abusus*. Une telle conception nous paraît nier l'évolution du droit de propriété qui a vu, d'une part, son objet s'étendre aux choses incorporelles et, d'autre part, son contenu se restreindre. Si l'on tient compte de cette évolution, on peut avancer l'idée que le propriétaire d'origine conserve son droit de propriété comme un droit réel « planant » et « abstrait » portant sur la valeur de la chose, valeur qui peut être revendiquée à condition d'admettre la revendication des créances.

1080. Si, d'une manière générale, on envisage la créance comme un bien, ce que le droit positif tend à confirmer, pourquoi ne pas admettre une véritable action en revendication

sur ce bien ¹²⁴⁶? Toute la question repose, en réalité, sur une notion très controversée : la propriété des créances. Défendue, à l'origine dans la thèse de M. Ginossar, la propriété des créances commence à être accueillie par la doctrine et la jurisprudence. Comme nous l'avons déjà souligné, cette thèse défend une conception tout à fait originale du droit de créance, considéré comme une véritable propriété exercée par le créancier sur sa créance. M. Ginossar estime ainsi que seule la propriété peut expliquer « la maîtrise exercée par le créancier sur sa créance¹²⁴⁷ ». En bouleversant les concepts, l'auteur a suscité les plus vifs débats et inspiré une partie de la doctrine actuelle, aujourd'hui beaucoup moins convaincue de la rigidité de la distinction des droits réels et personnels.

1081. Suivant, pour partie, les conclusions de M. Ginossar, nous retiendrons de cette thèse l'idée d'une véritable propriété des créances. Il convient, selon nous, de distinguer le droit de créance et la propriété des créances car les droits résultant de ces qualifications sont différents. Le créancier est titulaire d'un droit personnel à l'encontre de son cocontractant, ce qui implique une certaine soumission à la volonté de ce dernier et surtout la menace d'un conflit de créanciers. En revanche, le propriétaire d'une créance qui dispose d'un droit direct et immédiat sur le bien, pourra exercer son action en revendication et échapper au conflit. Pour comprendre cette distinction, il convient de souligner le double aspect du droit de créance qui représente à la fois un lien et un bien, comme le soutient une grande partie de la doctrine¹²⁴⁸. Cette idée se retrouve parfaitement dans la doctrine allemande qui distingue assez clairement ces deux idées : « *die Haftung* » représente l'aspect personnel du droit et « *die Schuld* » en constitue la dimension patrimoniale. Ainsi, selon que l'on privilégie l'un ou l'autre aspect, les effets juridiques s'en trouveront modifiés. Lorsque l'aspect personnel domine, l'individu a simplement un droit de créance à l'encontre d'une autre personne. En revanche, lorsque l'aspect patrimonial l'emporte, il s'agit d'un véritable droit de propriété. Il faut donc distinguer selon que la créance est due à titre de paiement (droit de créance) ou à titre de restitution (droit de propriété)¹²⁴⁹. La reconnaissance législative, et parfois

¹²⁴⁵ A condition qu'il n'en ait pas été dispensé.

¹²⁴⁶ J.-P. VIENNOIS, La revendication des créances, RRJ, 2001-4 (vol. I), p. 1421 s ; Fr. PEROCHON, La revendication favorisée (loi n° 94-475 du 10 juin 1994), D., 1994, Chronique, p. 251.

¹²⁴⁷ S. GINOSSAR, Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, Paris : L.G.D.J., 1960, p. 43.

¹²⁴⁸ Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, Collection Droit privé, 7^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1999, n° 1173, p. 1063.

¹²⁴⁹ Sur cette distinction, D.-R. MARTIN, De la revendication des sommes d'argent, D., 2002, n° 44, Chronique, p. 3280 : « En vérité, la mutation ne concerne pas toutes les hypothèses où une personne peut se prévaloir d'un droit à une somme d'argent. Une distinction s'impose selon que la somme lui est due à titre de paiement ou à

jurisprudentielle¹²⁵⁰, de la revendication des choses fongibles illustre parfaitement la seconde hypothèse et permet, selon nous, de franchir un pas décisif vers la reconnaissance d'une propriété de la valeur dont l'objet est virtuel.

1082. Ainsi, les obstacles théoriques opposés à la propriété de la valeur peuvent, selon nous, être surmontés mais encore faut-il s'interroger sur l'intérêt d'un tel dédoublement du droit de propriété.

2 : Les intérêts de la reconnaissance d'une propriété de la valeur

1083. En accordant des prérogatives très étendues au « propriétaire utile », le propriétaire d'origine n'entend pas se départir de son droit de propriété. S'il avait réellement souhaité abdiquer son droit, il aurait cédé purement et simplement sa propriété. Est-il, en effet, raisonnable de considérer qu'en confiant la garde d'une chose fongible à un tiers, il ait entendu renoncer à sa propriété pour un simple droit personnel de créance ? Reconnaître une véritable propriété de la valeur permettrait de protéger les intérêts du propriétaire ou de la personne qu'il entend réellement gratifier de la valeur de sa propriété.

1084. Le mécanisme du trust repose entièrement sur la reconnaissance par la juridiction du chancelier d'une sorte de droit réel au profit du bénéficiaire¹²⁵¹. Ainsi, alors que le *trustee* a la *legal ownership*, le *cestui que trust* a l'*equitable ownership*. En choisissant de n'accorder au bénéficiaire d'une fiducie qu'un droit personnel, la proposition de loi de M. Marini¹²⁵² a souhaité éviter le couperet du *numerus clausus* des droits réels. Pourtant, avec l'arrêt Caquelard, la jurisprudence a libéré les parties de cette crainte en permettant la création de droits réels nouveaux. Il est étonnant que le législateur lui-même fasse preuve d'une telle réserve¹²⁵³. Ainsi, pour accorder au bénéficiaire une protection efficace de son droit contre les

titre de restitution. »

¹²⁵⁰ Cass. com., 5 mars 2002, D. 2002, AJ, p. 1139, note A. Lienhard. Cet arrêt pose une solution très intéressante puisqu'il autorise la revendication des choses de genre même s'il apparaît que les biens semblables présents dans les actifs de l'acheteur ne sont pas ceux que le vendeur a livrés.

¹²⁵¹ C. WITZ, La fiducie en droit privé français, thèse Strasbourg, Paris : Economica, 1981, p. 5 s.

¹²⁵² Proposition de loi de Ph. Marini, doc Sénat, n°178, 8 février 2005.

¹²⁵³ Fr. TERRE et Ph. SIMLER, Droit civil, Les biens, Collection Précis, 6^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002, n° 774, p. 630 : « en admettant même que l'énumération des droits réels soit limitative pour les sujets de droit, elle ne l'est certainement pas pour le législateur. Preuve en est que la liste s'est allongée depuis l'époque du Code civil. Nul ne peut affirmer que l'évolution soit, à cet égard, achevée. »

intérêts des créanciers du bénéficiaire, la proposition de loi propose de recourir à la notion de patrimoine d'affectation. La proposition Marini prévoit ainsi une modification des dispositions du Code civil. Le droit français s'oppose, en effet, assez farouchement à la multiplicité des patrimoines même si le recours à la société unipersonnelle à responsabilité limitée permet d'aboutir, dans les faits, à une division patrimoniale. Confrontée à un choix cornélien, la proposition de loi se devait de choisir : préserver l'unité du droit de propriété ou l'unité du patrimoine. Suivant la tendance du droit positif¹²⁵⁴, elle a préféré sacrifier le second principe, protégeant ainsi la part du patrimoine qui revient au bénéficiaire. Bien qu'elle marque une évolution considérable de la notion de patrimoine¹²⁵⁵, la mesure nous paraît limitée.

1085. Si la technique du patrimoine d'affectation permet d'échapper au concours des créanciers, elle ne résout toutefois pas tous les problèmes dans la mesure où la durée de prescription de l'action est différente selon que l'on exerce une action en paiement ou une action en revendication. Or, en ne reconnaissant au bénéficiaire qu'un simple droit personnel, la proposition de loi réduit l'action de ce dernier à une simple action en paiement. Si le recours à la technique du patrimoine d'affectation traduit bien l'idée que la valeur de la chose revient au bénéficiaire de la fiducie, elle nous semble donc insuffisante pour garantir le plus efficacement possible le droit du bénéficiaire.

1086. La reconnaissance d'une véritable propriété de la valeur peut, selon nous, être accueillie dans notre système juridique car, d'une part, le mécanisme s'inscrit parfaitement dans l'évolution récente du droit des biens et, d'autre part, il présente une certaine utilité. On trouve d'ailleurs déjà quelques traces, ici et là, d'une propriété dépourvue de ses prérogatives utiles.

¹²⁵⁴ La loi du 11 juillet 1985 a permis la mise en place des EURL et EARL qui, dans les faits, aboutissent à la constitution d'un patrimoine d'affectation par le truchement d'une personnalité morale. La loi du 23 juillet 1987 relative au développement du mécénat définit la fondation comme l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général. Enfin, la loi Madelin du 11 février 1994 autorise l'entrepreneur individuel de diriger la prise de garantie ou l'exécution forcée sur les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise. Enfin, en admettant que les biens touchés par une clause d'inaliénabilité sont insaisissables, la jurisprudence permet la constitution d'une sorte de patrimoine d'affectation au profit du propriétaire.

¹²⁵⁵ En ce sens, J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CINAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2^{ème} édition, Paris : L.G.D.J., 2000, n° 7, p. 5 : « L'introduction en droit positif de la « fiducie » dotée de fonctions de gestion de biens de sûretés et de libéralités et consistant en une convention ayant pour objet un transfert de biens formant un « patrimoine séparé », distinct du patrimoine du fiduciaire, avec une mission de gestion et d'administration

définie par le contrat, aurait représenté une étape autrement décisive pour la reconnaissance de patrimoines d'affectation. »

Conclusion du chapitre 2 :

1087. L'illusion de l'unité du droit de propriété ne résiste pas à l'analyse de la loi et de la jurisprudence qui, dans un souci de protection, reconnaissent épisodiquement le dédoublement du droit de propriété. Certes, la reconnaissance est encore timide et soulève beaucoup plus de contradictions que de certitudes mais elle n'en demeure pas moins tenace au point qu'une partie croissante de la doctrine, confortée par la reconnaissance de la propriété commerciale, évoque, depuis un certain nombre d'années déjà, l'idée d'une résurgence du double domaine. Les contradictions sont particulièrement évidentes en matière fiscale où la jurisprudence reconnaît certains effets fiscaux tantôt à la propriété utile tantôt à la propriété-valeur. Quant au droit civil, il admet, par touches successives, l'existence d'une propriété désincarnée tout en octroyant à l'utilisateur du bien des prérogatives de plus en plus étendues.

1088. En souhaitant maintenir l'unité du droit de propriété, le droit français octroie, dans certaines hypothèses, le titre de « propriété » à la propriété vidée de son contenu quand, dans d'autres hypothèses, il préfère rattacher la propriété aux utilités du droit. L'incertitude est alors palpable dans la mesure où il semble difficile d'expliquer les critères du choix opéré. Comment, en effet, comprendre la reconnaissance d'un même droit de propriété au quasi-usufructier et au propriétaire d'une chose fongible confiée à un tiers ? La même notion de propriété recoupe deux réalités si différentes qu'elle laisse l'interprète perplexe. Le paradoxe s'éclaire toutefois lorsqu'on envisage un dédoublement du droit de propriété. Ainsi, on peut imaginer la coexistence d'une propriété désincarnée, abstraite avec une propriété utile.

1089. Cette propriété utile pousse alors très loin les limites du démembrement de propriété en accordant à son titulaire de très nombreuses prérogatives sur le bien et même un pouvoir, plus ou moins étendu, de disposition sur la chose. De ce fait, elle accompagne le mouvement d'harmonisation du droit européen qui tend à l'insertion dans la législation française d'un droit tout à fait particulier : le droit d'utilisation ou « *re use* » qui permettra en preneur d'une garantie d'utiliser et d'aliéner la garantie financière fournie en vertu du contrat « comme s'il était propriétaire », conformément aux conditions du contrat de garantie financière avec constitution de sûretés. C'est donc vers cette quasi-propriété que le droit

semble tendre et l'on trouve déjà quelques traces d'instruments juridiques français constituant une alternative au trust.

Conclusion de la 2nde partie :

1090. Depuis quelques années déjà, le rôle de la propriété n'est plus simplement l'appropriation privative d'une chose. Le contrat lui permet désormais d'atteindre d'autres objectifs. À travers les expressions « propriété commerciale » et « propriété culturelle », la propriété devient gardienne d'une activité. La propriété est également utilisée au service du crédit. Le crédit-bail consacre l'existence d'une propriété-garantie. Cette fonction nouvelle a d'ailleurs soulevé l'intérêt de la doctrine car la question se posait de savoir quelles étaient les implications sur la notion de propriété. L'exemple le plus typique d'une propriété-fonction semble résider dans la propriété fiduciaire. Enfin, suite aux progrès de la science, l'appropriation des choses immatérielles est parfois délicate. Il s'agit aujourd'hui de faire du responsable de ces choses un véritable propriétaire. La propriété devient alors garante d'une maîtrise intellectuelle.

1091. Sous l'influence du contrat, la notion de propriété a évolué. Le contrat est, en effet, venu assigner certains objectifs nouveaux à la propriété, en fonctionnalisant ce droit. C'est l'idée qu'on retrouve derrière la propriété fiduciaire, la « propriété commerciale ou rurale », la propriété-garantie ou encore la propriété maîtrise-intellectuelle. Ce rôle nouveau s'est accompagné de profonds bouleversements. Aussi, les caractères de la propriété ont-ils changé. L'aspect économique a pris le pas sur le juridique, invitant à une analyse substantielle du droit de propriété. Le contrat a modelé la propriété et celle-ci s'est pliée aux nouvelles perspectives en perdant de son absolutisme et de son exclusivisme. De ce fait, on peut parler aujourd'hui d'une véritable propriété à géométrie variable. Est donc apparue une sorte de dédoublement de la propriété classique : propriété de la valeur, plus abstraite que la notion développée en 1804 et plus dynamique aussi. À force de décomposer les prérogatives du droit de propriété, on est arrivé à une notion elle-même décomposée, rappelant l'ancienne distinction féodale du domaine utile et éminent. Cette nouvelle « propriété utile » présente des caractéristiques particulières : c'est une propriété contractuelle, temporaire et relative. C'est une propriété affaiblie qui apparaît moins puissante que l'originale. Elle est néanmoins essentielle à l'évolution du droit et notamment à l'apparition des biens immatériels.

CONCLUSION GÉNÉRALE :

1092. Propriété unifiée ou propriété divisée, telle est la problématique du droit de propriété qui, depuis l'origine, oscille entre la propriété exclusive et les propriétés simultanées. Si la doctrine soutient majoritairement le mythe d'une propriété monolithique et absolue, des voix dissonantes se font entendre car la propriété unifiée n'a pas toujours eu la préférence. On peut même dire qu'elle a plutôt été l'exception dans l'histoire du droit. Par ailleurs, de nombreux pays ont opté pour une solution différente, comme c'est le cas, notamment, des pays de *common law*. Très schématiquement, on distingue trois périodes : le droit romain, le droit féodal et le droit actuel sous l'égide du Code civil. En droit romain, la propriété était profondément unifiée. Elle ne pouvait pas être démembrée, décomposée puisqu'elle était exclusive. À l'époque féodale, elle était, au contraire, substantiellement divisée par la théorie du double domaine. Aussi, le seigneur avait-il sur son bien une propriété éminente (domaine direct) et son vassal une propriété utile (domaine utile).

1093. Aujourd'hui, l'article 544 du Code civil définit la propriété comme le droit « de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Cet article a été très discuté et diversement interprété. De ce texte, la doctrine classique déduit l'idée que la propriété est un droit patrimonial c'est-à-dire un droit subjectif cessible entrant dans le patrimoine. C'est, en effet, un droit réel formé de trois attributs : l'*usus* (droit d'user de la chose), le *fructus* (droit d'en percevoir les fruits) et l'*abusus* (droit d'en disposer) mais, transcendant ses trois composantes, la propriété est le plus parfait des droits : c'est un droit absolu, exclusif et perpétuel. Sous cet angle, notre système juridique du droit des biens semble bien figé. Une telle rigidité ne résiste toutefois pas à l'analyse et aux besoins de la pratique ; c'est la raison pour laquelle la doctrine du Code civil a, elle-même, réservé l'embarrassante notion de démembrement de la propriété, les principes devant se modeler sur la vie, comme le suggère Ihering¹²⁵⁶.

¹²⁵⁶ R. Von IHERING, L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, t. 4, Les droits de l'ancien droit privé, trad. O. De Meulenaere, 3^{ème} édition, Paris : A. Marescq aîné, Gand : F. Clemm, 1878, p. 311-312.

1094. Ainsi, le démembrement organise-t-il une répartition des utilités du bien et des attributs du droit de propriété tout en laissant la doctrine perplexé. Confrontée à la délicate question de savoir pourquoi la propriété démembrée demeure la propriété entière, une partie de la doctrine¹²⁵⁷ estime que le démembrement est une notion fautive et inappropriée dans la mesure où la propriété est profondément unifiée. En d'autres termes, l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* n'entrent pas dans la composition du droit de propriété mais sont les attributs de la chose, la propriété étant un lien d'appartenance. Nous pensons, au contraire, que l'idée d'un démembrement de propriété doit être défendue car la propriété est, selon nous, un droit complexe susceptible d'être démembré et même dédoublé.

1095. Le droit des biens présente, en effet, une certaine flexibilité dont la pratique s'est emparée dans une perspective d'optimisation des richesses. Il n'y a aucune raison de limiter les démembrements de la propriété aux modèles connus et mentionnés dans notre Code. Aussi, si nous mettons de côté l'attachement affectif qui nous lie à notre système romaniste, il est possible de créer contractuellement des démembrements originaux du droit de propriété tout en repensant en profondeur la nature juridique de quelques droits à coloration réaliste comme le droit du preneur à bail commercial ou rural. Cet élargissement du démembrement de propriété suggère une nouvelle analyse du droit de propriété. Ainsi, le droit des biens évolue dans le secteur contractuel en faisant jouer à la propriété des rôles nouveaux de valorisation du patrimoine et de garantie. Tout ce qui est accordé à l'exploitant l'est au détriment du propriétaire juridique, ce qui engendre une dissociation entre le titre de propriété et ses utilités.

1096. Par ses silences permissifs, notre Code civil permet un renouveau du droit des biens entraîné par la dynamique contractuelle. Apparaît alors une propriété nouvelle et dédoublée. Cette évolution n'a pu se produire que par l'atténuation progressive des critères classiques du droit de propriété et par la disparition de la menace feudiste. La théorie du double domaine, expurgée de son caractère féodal, peut alors ressurgir sans paraître trop contre-révolutionnaire. Elle se présente sous les traits de la propriété de la valeur et de la propriété de l'utilité et suit le régime juridique du contrat sur lequel elle repose. Aussi, la propriété dédoublée est-elle temporaire et relative. Sous l'éclairage du contrat, la définition de

¹²⁵⁷ Fr. ZENATI, Essai sur le concept juridique de propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif, thèse dact. Lyon, 1981 ; B. LOTTI, Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, Contribution à la

la propriété est plus économique et la lumière est portée sur le concept de valeur mais que l'on se rassure d'une dérive utilitaire de la propriété ou de la disparition prochaine du droit des biens derrière le concept de valeur : le phénomène n'est pas général mais répond simplement aux besoins d'une pratique privée d'instruments tels que le trust. Que l'on se réjouisse, au contraire, de l'incroyable souplesse de notre système juridique capable de se renouveler en s'adaptant ! Dans une perspective européenne, le rapprochement juridique avec les pays anglo-saxons paraît alors beaucoup moins insurmontable qu'on le pressentait.

ANNEXE

Imaginons un titre de 500 € rapportant 10% par an. Un usufruit est accordé sur ce titre pendant 5 ans. Tous les ans, l'usufruitier a droit à $500 \times 10/100$

Si l'on capitalise : $500 \times 10/100 \times 5 = 2500$

L'usufruit vaut-il 2500 euros ?

Non, car 500 € dans un an n'équivaut pas à 500 € aujourd'hui.

Aussi, M. Aulagnier suggère-t-il d'appliquer la méthode du *cash flow* actualisé.

Soit VF = valeur future de l'usufruit et VA = valeur actuelle de l'usufruit, on obtient l'équation suivante : $VF = VA (1 + i)^n$

où i = taux d'intérêt et n = le nombre d'années que dure l'usufruit.

Par conséquent, $VA = VF / (1+i)^n$

Calculons la valeur totale de l'usufruit :

$$US = VF / (1+i) + VF / (1+i)^2 + VF / (1+i)^3 + \dots + VF / (1+i)^n$$

Or $VF = PP \times i$ où PP = Valeur du titre

On obtient l'équation suivante :

$$US = (PP \times i) / (1+i) + (PP \times i) / (1+i)^2 + (PP \times i) / (1+i)^3 + \dots + (PP \times i) / (1+i)^n$$

Soit NP = la valeur actualisée de la nue-propriété, on obtient l'équation suivante :

$$NP = VF / (1+i)^n$$

Or, comme la valeur future de la nue-propriété correspond à la valeur du titre, on obtient :

$$NP = PP / (1+i)^n$$

Si l'on additionne US et NP, on obtient :

$$US+NP = (PP \times i) / (1+i) + (PP \times i) / (1+i)^2 + (PP \times i) / (1+i)^3 + \dots + (PP \times i) / (1+i)^n + PP / (1+i)^n$$

Isolons PP :

$$US+NP = PP [i / (1+i) + i / (1+i)^2 + i / (1+i)^3 + \dots + i / (1+i)^n + 1 / (1+i)^n]$$

Les deux derniers termes de l'opération ayant le même dénominateur, on peut les additionner :

$$US+NP = PP [i / (1+i) + i / (1+i)^2 + i / (1+i)^3 + \dots + (1+i) / (1+i)^n]$$

On obtient après simplification :

$$US+NP = PP [i / (1+i) + i / (1+i)^2 + i / (1+i)^3 + \dots + i / (1+i)^{n-1} + 1 / (1+i)^{n-1}]$$

Si l'on additionne les deux derniers termes à chaque fois, au final on obtient :

$$US+NP = PP [i / (1+i) + i / (1+i)^2 + 1 / (1+i)^2]$$

$$US+NP = PP [i / (1+i) + (1+i) / (1+i)^2]$$

$$US+NP = PP [i / (1+i) + 1 / (1+i)]$$

Donc : $US+NP= PP \left[\frac{(1+i)}{(1+i)} \right] = PP$

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE : LES DEMEMBREMENTS CONTRACTUELS DE LA PROPRIETE	19
TITRE 1 : LE DEMEMBREMENT DE LA PROPRIETE PAR L'EFFET D'UN DROIT REEL.....	21
<i>Chapitre 1 : La possibilité de démembrer.....</i>	<i>23</i>
Section 1 : Remise en cause de la théorie classique du démembrement	25
§1 : Critiques fondées sur l'inadaptation du démembrement à la définition de la propriété	25
A : La définition de la propriété par son contenu	26
1 : L'énigmatique survie de la propriété.	26
a : Les incohérences.....	26
α : Une interprétation erronée du droit romain	27
β : Une interprétation discutable de l'article 544 du Code civil.....	28
b : Des solutions insatisfaisantes	31
2 : L'abandon de la notion de démembrement	33
B : La définition de la propriété comme un droit subjectif.....	34
1 : La définition du droit subjectif appliquée à la propriété	34
a : Les différentes définitions proposées.....	34
b : Une définition s'appliquant au droit de propriété	36
2 : Les caractères du droit subjectif appliqués à la propriété.....	38
§2 : Critiques fondées sur l'inadaptation du démembrement au droit positif	39
A : L'inadaptation du démembrement aux formes nouvelles d'appropriation	39
1 : L'inadaptation du démembrement à la propriété littéraire et artistique.....	40
2 : L'inadaptation du démembrement à la propriété industrielle.....	41
B : L'inexacte correspondance arithmétique entre le droit attribué et le droit amputé	42
1 : Tout droit réel n'opère pas nécessairement un démembrement de propriété	42
2 : Aucun droit réel n'opère de démembrement de propriété.....	44
Section 2 : Maintien de la théorie du démembrement.....	49
§1 : Réaffirmation de la possibilité de démembrer la propriété.....	49
A : Une technique compatible avec la définition de la propriété.....	49
1 : La définition négative du droit de propriété.....	50
a : La propriété n'est pas qu'un droit composite.....	50
b : La propriété n'est pas qu'un attribut de la personne	52
2 : La définition positive du droit de propriété.....	54
a : L'impossible définition.....	54
b : Un droit ambigu.....	55
B : Une technique consacrée par le droit positif.....	58
1 : La prise de conscience du droit fiscal et du droit des sociétés	58
a : Le droit fiscal.....	58
b : Le droit des sociétés	60

2 : L'adaptation du démembrement aux nouvelles formes d'appropriation	61
a : L'unique référence à la « cession » de droits	61
b : Une multitude de démembrements possibles	63
§2 : Les aménagements apportés à la théorie du démembrement	64
A : Le lien entre le droit réel et le démembrement de propriété	64
1 : La notion de droit réel	64
a : Le critère du droit réel	65
b : La pertinence du critère choisi à l'épreuve du démembrement conventionnel	69
2 : Conséquences de la définition dégagée	70
a : La propriété comme droit réel	70
b : La distinction des notions de droit réel et de démembrement	71
B : Une nouvelle définition du démembrement de propriété	73
1 : Les prérogatives du droit de propriété	73
a : Des prérogatives variables	74
b : Des prérogatives extrapatrimoniales ?	75
2 : Le détachement d'une prérogative attribuée à un tiers	76
a : Le détachement d'un attribut de la propriété	77
b : L'attribution des prérogatives à un tiers	79
Conclusion du chapitre 1 :	83
<i>Chapitre 2 : Les limites du démembrement</i>	85
Section 1 : Le numerus clausus des droits réels	87
§ 1 : La libre création de droits réels innommés	87
A : Le ratio du numerus clausus des droits réels	88
1 : Une propriété absolue et exclusive	88
a : Une caractéristique des régimes romanistes	88
b : Une volonté de rompre avec l'Ancien Régime	92
c : Le rejet d'une propriété exsangue	94
2 : La protection des tiers	96
B : Rejet des arguments en faveur du numerus clausus	97
1 : L'absence d'argument théorique déterminant	97
a : L'absence de texte consacrant le numerus clausus	98
b : L'existence de droits réels non mentionnés	100
α : Les droits de jouissance non mentionnés	100
β : Les restrictions non mentionnées	101
c : La protection des tiers	103
α : La question de l'opposabilité des droits réels	104
β : La question de la publicité des droits réels	105
2 : Les arguments favorables la liberté contractuelle	107
a : Le libre exercice du droit de disposer	107
b : Une liberté reconnue par la jurisprudence	108
c : Une liberté suscitée par les relations internationales	112
§ 2 : Les limites à la liberté contractuelle	114
A : Les limites juridiques à la libre création des droits réels	114
1 : « L'ordre public de la propriété »	115

a :	La question de la perpétuité des droits réels démembrés	115
b :	La question de la cessibilité des droits réels	118
2 :	Le respect de la loi	119
B :	Les limites pratiques à la création de droits réels innommés	121
1 :	Le respect de la notion de droit réel	122
a :	La structure des droits réels	122
b :	L'énigme des obligations propter rem	124
2 :	La création de droits originaux	125
a :	Les décompositions originales du droit de jouissance	125
α :	Les aménagements temporels	125
β :	La nouvelle répartition des pouvoirs	127
b :	Les nouvelles décompositions du droit de disposition	128
Section 2 :	L'objet des droits réels	133
§1 :	Le droit réel portant sur une chose corporelle	133
A :	Les droits réels portant sur des choses fongibles	133
1 :	Un objet impossible	134
a :	Les arguments reposant sur la définition des droits réels	134
b :	Les arguments reposant sur la portée des droits réels	136
2 :	Un objet envisageable	137
a :	Une consécration législative et jurisprudentielle	137
b :	Des conséquences importantes en droit des biens	139
B :	Les droits réels portant sur des choses consomptibles	139
1 :	La possibilité de créer des choses consomptibles	139
a :	La consomptibilité par la volonté des parties	140
b :	L'octroi d'une prérogative supplémentaire : l'abusus	141
2 :	Les effets de la consomptibilité sur la notion de droit réel	143
§2 :	Le droit réel portant sur une chose incorporelle	144
A :	La propriété incorporelle	144
1 :	La question du <i>corpus</i> de la chose	145
a :	Une interprétation discutable du droit romain	145
b :	L'accélération de la dématérialisation	147
2 :	L'intégration des choses incorporelles dans le système du droit des biens	148
a :	Les conséquences de la reconnaissance de la propriété des choses incorporelles	149
b :	La question des lacunes structurelles du système	150
B :	Le démembrement de la propriété portant sur une chose incorporelle	151
1 :	L'usufruit portant sur une créance	151
a :	Les obstacles à la reconnaissance d'un usufruit portant sur les créances	151
b :	La reconnaissance d'un usufruit portant sur les créances	152
α :	La reconnaissance doctrinale	153
β :	La reconnaissance du droit positif	154
2 :	L'usufruit de la propriété intellectuelle	155
Conclusion du chapitre 2 :	157
Conclusion du Titre 1 :	159
TITRE 2 :	LE DEMEMBREMENT DE LA PROPRIETE PAR L'EFFET D'UN DROIT PERSONNEL	161

<i>Chapitre 1 : Le renforcement des pouvoirs de jouissance</i>	163
Section 1 : Le renforcement du droit de jouissance en droit fiscal.....	165
§ 1 : L'application du régime fiscal des droits réels aux droits personnels.....	165
A : Intégration du droit personnel à l'actif du contribuable.....	166
1 : Le réalisme fiscal	166
a : L'écran de la personnalité morale	166
α : La jouissance du logement par l'associé	167
β : La jouissance du logement par un tiers	168
b : Le louage	170
α : Le bail commercial.....	170
β : La licence d'exploitation	171
2 : Les limites du réalisme fiscal.....	175
a : Une autonomie limitée.....	175
b : Une autonomie critiquée.....	176
B : L'absence de dépréciation économique automatique	177
1 : Le pas-de-porte ou droit d'entrée.....	178
2 : L'indemnité d'éviction.....	183
a : Du côté du propriétaire	183
b : Du côté du locataire.....	184
§ 2 : L'apparition du concept de droit de jouissance privative et exclusive.....	185
A : Un droit personnel relatif à un bien	186
1 : L'écran de la personnalité morale	186
2 : La nature et la durée du droit	187
B : Un droit personnel assimilé à un bien.....	188
1 : Les critères retenus pour les indemnités reçues par le concessionnaire	189
a : L'exclusivité	189
b : La durée.....	190
2 : Les critères retenus pour les redevances versées par le concessionnaire.....	191
a : L'exclusivité : un critère insuffisant	191
b : Les critères essentiels : la durée et la cessibilité	192
α : Le fruit de l'évolution jurisprudentielle.....	192
β : Le ratio de l'évolution jurisprudentielle	193
Section 2 : Le renforcement du droit de jouissance en droit privé.....	197
§ 1 : L'importance croissante du droit de jouissance	197
A : Le renforcement des prérogatives	197
1 : Sur le plan juridique.....	198
a : L'accroissement des pouvoirs du titulaire du droit personnel	198
b : La restriction des pouvoirs du propriétaire	199
2 : Sur le plan économique.....	201
a : La dépréciation économique du bien loué.....	201
b : La valeur du contrat de bail dans le patrimoine du preneur	203
B : L'assimilation à un acte de disposition.....	204
1 : L'application législative du régime des actes de disposition	204
a : Le contrat de bail : un acte grave ?	205

b : Le contrat de prêt : un acte grave ?	208
2 : L'application jurisprudentielle du régime des actes de disposition	209
§ 2 : La vocation à la propriété	211
A : Une contrainte limitée	211
1 : Un droit encadré	212
2 : Le droit de ne pas disposer.....	212
B : Une restriction réelle au droit de disposer	213
1 : Un choix limité	213
2 : Une liberté restreinte.....	214
Conclusion du Chapitre 1 :	217
<i>Chapitre 2 : L'élargissement de la notion de démembrement.....</i>	<i>219</i>
Section 1 : La réalité déduite de l'analyse substantielle du contrat de bail	221
§1 : Un droit mixte	221
A : La qualification cumulative.....	221
1 : La confusion des droits réel et personnel	222
2 : La coexistence des droits réel et personnel	223
B : La qualification alternative	223
§2 : Un droit réel absolu	224
A : La réalité déduite d'une analyse extrinsèque du bail	225
1 : Les travaux de Troplong	225
2 : Les critiques.....	227
B : La réalité tirée de l'analyse intrinsèque du droit du locataire	229
1 : L'assimilation du droit de jouissance du locataire à l' <i>usus</i>	229
a : L' <i>usus</i> , prérogative matérielle.....	230
b : L' <i>usus</i> , prérogative réelle	232
α : La mixité du bail	232
β : Des pouvoirs de nature réelle	234
2 : La distinction de l' <i>usus</i> et de l'usage du locataire.....	234
a : Les thèses avancées au soutien de la distinction	235
α : La représentation au soutien du bail	235
β : La différence de nature juridique	238
b : L'analyse substantielle des droits de jouissance	239
α : Les obligations de l'usufruitier et du locataire	239
β : Les obligations du propriétaire	240
Section 2 : La réalité déduite de l'évolution législative	243
§ 1 : La requalification du droit du preneur	243
A : Le droit du preneur sur l'immeuble loué	244
1 : L'analyse juridique	245
a : La requalification du droit du preneur	245
α : La réalité du bail rural	245
β : La réalité du bail commercial	248
γ : La réalité du bail d'habitation.....	249
b : Critique de l'argument juridique.....	251
2 : L'analyse économique	254

a : La dépréciation économique de la propriété	255
b : Critique de l'analyse économique.....	257
α : L'absence de dépréciation économique générale	257
β : L'absence de lien automatique entre la dépréciation économique et le	
démembrement.....	259
3 : L'analyse mixte	260
a : La réalité déduite de la qualification d'acte de disposition	261
b : Le rejet de la réalité	263
B : Le droit du preneur sur l'exploitation	265
1 : L'exploitation en tant qu'activité.....	265
a : Rejet de la réalité du droit de l'exploitant.....	266
b : Rejet de la personnalité du droit de l'exploitant	267
2 : L'exploitation en tant que bien	268
a : La consécration de la patrimonialité	268
b : Les conséquences de la patrimonialité.....	271
α : Les métamorphoses du louage et de la propriété.....	272
β : Le rejet du démembrement de la propriété	273
§ 2 : L'évolution du droit de jouissance du preneur	274
A : Un droit mixte	274
1 : Une jouissance teintée de réalité.....	275
2 : Une requalification impossible	279
a : Le maintien des prérogatives personnelles.....	279
b : La difficulté du choix	281
B : Une nouvelle analyse du démembrement de propriété	282
1 : Le démembrement pour les besoins de l'exploitation.....	283
2 : Le conflit de propriétés	284
Conclusion du chapitre 2 :	287
CONCLUSION DE LA 1 ^{ERE} PARTIE :	289
DEUXIEME PARTIE : LE DEDOUBLEMENT DE LA PROPRIETE	291
TITRE 1 : L'APPARITION DU CONCEPT DE PROPRIETE DEDOUBLEE	293
<i>Chapitre 1 : L'évolution des caractères du droit de propriété.....</i>	<i>295</i>
Section 1 : La perpétuité atténuée.....	297
§1 : L'émergence de la propriété temporaire	298
A : La perpétuité de la propriété.....	299
1 : La perpétuation de la propriété par sa transmission	299
a : Exposé de l'analyse	299
b : Critique.....	300
2 : L'interprétation volontariste de la perpétuité	301
B : Les hypothèses de propriété temporaire	303
1 : L'illusion de la propriété temporaire.....	303
a : La propriété sous condition.....	304
b : La multipropriété	305
2 : Les atténuations à la propriété perpétuelle.....	306

a : La propriété limitée par la loi.....	306
b : La propriété limitée par un propriétaire	308
α : La propriété superficière	309
β : La propriété fiduciaire.....	311
§2 : Les incidences de la propriété temporaire	311
A : Sur la notion de propriété	312
1 : Une propriété relative	312
2 : Une propriété « réversible ».....	313
B : Sur la notion de bien.....	315
1 : La dématérialisation de la propriété.....	315
2 : Le rejet de l'assimilation de la propriété au bien	316
Section 2 : L'exclusivisme tempéré	319
§1 : Les droits concurrençant la propriété	319
A : Les droits réels concurrençant la propriété.....	320
1 : Le bail superficière	320
a : Les contrats engendrant un droit de superficie.....	320
α : Les droits et obligations des preneurs.....	321
β : La stabilité contractuelle	324
b : L'analyse du droit de superficie.....	326
α : Une décomposition juridique de la propriété.....	327
β : Une propriété relative.....	328
2 : Le quasi-usufruit.....	330
a : L'assimilation du quasi-usufruit au droit de propriété	330
α : Un usufruit portant sur une chose consomptible	331
β : La confusion des droits de jouissance et de disposition.....	333
b : Un droit de propriété limité	334
α : Une étendue limitée.....	334
β : Un exercice plus contraignant	336
B : Les droits personnels concurrençant la propriété.....	337
1 : Le contrat de dépôt	337
a : L'assimilation du dépôt irrégulier à un droit de propriété.....	338
b : Un droit plus restreint	338
α : La survivance des droits du propriétaire.....	338
β : Les limites aux droits du détenteur.....	339
2 : Le contrat de bail	340
a : Le bail d'immeuble	340
b : Le crédit-bail	341
§2 : Les conséquences des limites de l'exclusivisme	343
A : Sur la notion de propriété	343
1 : La propriété fonctionnalisée.....	343
a : Un instrument de garantie du crédit.....	343
b : La protection de l'exploitation.....	345
2 : La propriété assouplie	345
B : Sur la notion de bien.....	346
1 : La dissociation de la valeur et des utilités du bien	347

2 : La dématérialisation de la propriété	347
Conclusion du chapitre 1 :	349
<i>Chapitre 2 : La double structure du droit de propriété.....</i>	<i>351</i>
Section 1 : Les analyses doctrinales du dédoublement	353
§1 : La notion de double domaine	353
A : Les différents régimes de propriété dédoublée	353
1 : Le Common law	354
a : La notion de propriété en droit anglais	354
b : L'exportation des notions en France.....	357
α : L'obstacle du patrimoine d'affectation.....	357
β : La reconnaissance jurisprudentielle de la validité du trust	358
γ : L'accueil de la fiducie	360
2 : Droit français	362
a : Le régime féodal domanial	363
b : Le double domaine dans le droit positif actuel	366
α : Le domaine éminent de l'Etat	366
β : Le double domaine pour les particuliers.....	369
B : L'inadaptation du double domaine	371
1 : Critique de l'aspect féodal	371
a : La superposition des droits	371
b : La hiérarchie sociale.....	373
2 : Critique du mécanisme juridique	374
a : La question du caractère unitaire de la propriété	375
b : L'importance des pouvoirs du « propriétaire utile »	376
§2 : L'apparition de la propriété économique.....	377
A : La notion de propriété économique.....	377
1 : Les différentes définitions.....	378
a : Evolution du concept	378
α : La distinction de l'appartenance et de la maîtrise.....	378
β : La distinction du titre juridique et de la substance économique	381
b : Distinction avec la théorie du double domaine	383
α : Une propriété expurgée de son caractère féodal.....	384
β : Une propriété susceptible de reposer sur un droit personnel de jouissance	384
2 : L'élaboration d'un régime juridique	385
a : L'imposition de la propriété économique	385
b : Les effets en droit privé	386
α : Le renforcement de la sanction des droits de jouissance	387
β : La responsabilité du propriétaire économique.....	387
B : Critique de la propriété économique.....	388
1 : Le respect de l'unité du droit de propriété	388
2 : L'absence d'incidence juridique	390
a : Le caractère économique de la propriété dédoublée	391
b : La question de l'utilité de la propriété économique.....	392
Section 2 : La propriété de la valeur et la propriété de la jouissance	393

§1 : Une propriété dépourvue de ses attributs.....	393
A : Le droit à la valeur du bien.....	393
1 : La contrepartie financière	394
2 : La subrogation réelle	396
B : Les droits attachés à la qualité de propriétaire.....	399
1 : Les pouvoirs inhérents au titre de propriétaire.....	399
a : Le droit potentiel de propriété.....	400
b : Les pouvoirs effectifs du propriétaire	401
2 : Le titre dans la propriété incorporelle	403
§2 : La réunion des attributs de la propriété	403
A : L'absence de transfert juridique du droit de disposer.....	404
1 : La propriété comme sûreté.....	404
a : La propriété réservée	405
b : Le crédit-bail	406
2 : La propriété comme instrument de valorisation.....	409
a : Le fermier et le commerçant	409
b : Le preneur à bail superficiaire	410
B : Le transfert du droit de disposer	412
1 : Le droit de disposer.....	412
a : L'exemple des biens fongibles et consommables	412
b : La faculté de détacher le droit de disposer du titre de propriété	413
2 : Une propriété imparfaite	414
a : La question du maintien du droit de revendication	414
b : Une propriété atténuée.....	416
Conclusion du chapitre 2 :	417
<i>Conclusion du Titre 1</i> :	419
TITRE 2 : LE REGIME JURIDIQUE DE LA PROPRIETE DEDOUBLEE.....	421
<i>Chapitre 1 : Les conditions de la propriété dédoublée</i>	423
Section 1 : La limitation dans le temps	425
§1 : Le rejet des décompositions perpétuelles	425
A : Le caractère temporaire des démembrements de la propriété.....	425
1 : La limitation légale de la durée du démembrement	426
a : La question de la dénaturation de la propriété	426
b : La préservation de l'utilité générale	427
2 : Les droits réels perpétuels sur la chose d'autrui.....	428
a : La perpétuité des servitudes.....	428
b : La perpétuité du droit de superficie	429
B : La durée limitée du dédoublement de propriété.....	430
1 : Une situation temporaire.....	430
a : Un dédoublement provisoire.....	431
b : Le prolongement du dédoublement	431
2 : Les fondements d'une situation temporaire	432
a : La propriété définie comme une expectative ou un ensemble de prérogatives	433
b : Le caractère perpétuel ou temporaire du droit de propriété	433

§2 : Le respect du principe de prohibition des engagements perpétuels	435
A : Les limites de la prohibition des engagements perpétuels	435
1 : Les textes justifiant la prohibition des engagements perpétuels.....	435
2 : Les textes justifiant la stabilité du contrat	437
B : Le maintien du principe de prohibition des engagements perpétuels	438
1 : La libre circulation des biens	438
2 : La protection de la liberté individuelle	440
Section 2 : La limitation des prérogatives	443
§1 : La relativité de la propriété de la maîtrise	443
A : Le caractère relatif des droits réels démembrés	443
1 : Une relativité imposée par la présence du propriétaire	444
2 : Une relativité déduite des limites du droit démembré	445
B : Le caractère relatif du dédoublement contractuel	446
1 : Les obligations imposées au propriétaire de l'utilité.....	447
a : La mise en valeur du bien	447
b : La question de la conservation de la chose	447
2 : Les restrictions imposées au propriétaire de l'utilité.....	449
a : L'interdiction d'accomplir certains actes matériels	449
b : L'interdiction d'accomplir certains actes juridiques.....	450
§2 : La dématérialisation de la propriété d'origine	450
A : L'objet de la propriété	451
1 : La valeur comme objet du droit de propriété	451
a : La propriété des valeurs économiques	451
b : La définition de la valeur	454
2 : Les obstacles opposés à la propriété de la valeur	455
a : L'objectivité du droit de propriété	455
α : L'évolution de l'assiette du droit de propriété.....	455
β : L'évolution au regard du droit des biens	457
b : L'égalité des créanciers	458
α : L'obstacle du numerus clausus des « garanties réelles »	459
β : Le respect du numerus clausus des « garanties réelles »	460
B : La volonté du propriétaire	461
1 : Un acte de disposition	461
2 : Le consentement du propriétaire en titre.....	462
a : L'expression de la volonté.....	462
b : La distinction des biens objectifs et subjectifs	463
Conclusion du chapitre 1 :	465
<i>Chapitre 2 : Les effets de la propriété dédoublée</i>	<i>467</i>
Section 1 : Les effets juridiques de la propriété de la maîtrise	469
§1 : Les effets en droit fiscal	469
A : L'application de la TVA	469
1 : Le droit français.....	470
a : L'analyse fiscale de la vente assortie d'une clause de réserve de propriété	470
b : L'analyse fiscale de la location-vente.....	471

2 : Le droit communautaire	472
B : La taxation des plus-values.....	473
§2 : Les effets en droit civil.....	474
A : L'exclusivité contractuelle	474
1 : Une exclusivité variable.....	475
a : La distinction traditionnelle des obligations : l'obligation de faire et de donner ..	475
b : La distinction renouvelée des obligations : l'obligation de praestere	477
2 : L'exclusivité renforcée accordée au « propriétaire utile »	478
a : L'exclusivité renforcée du droit du preneur à bail	478
b : L'exclusivité renforcée de l'acquéreur d'une propriété réservée	479
B : L'opposabilité à l'égard des tiers.....	480
1 : La différence d'opposabilité	481
2 : Une opposabilité limitée	482
Section 2 : Les effets de la reconnaissance d'une propriété de la valeur	483
§1 : Les effets pécuniaires de la propriété de la valeur	483
A : L'imposition du propriétaire de la valeur	483
1 : Le mécanisme du quasi-usufruit	484
2 : Les mécanismes fiduciaires	484
B : L'indemnisation du propriétaire de la valeur.....	485
1 : L'indemnisation du bailleur dans le bail superficiaire	486
a : Des propriétés distinctes et successives	486
b : Des propriétés simultanées	487
2 : L'indemnisation du propriétaire d'un bien fongible	488
§2 : Les effets procéduraux	488
A : Le maintien de l'action en revendication.....	489
1 : La revendication des choses fongibles	489
a : La revendication prévue à l'article L 621-122 du code de commerce.....	489
b : La revendication des dépôts bancaires.....	492
2 : La revendication de l'objet d'une propriété temporaire	493
a : L'insuffisance du double transfert de propriété	493
b : L'exercice de l'action en revendication	494
B : Critique de l'analyse classique	494
1: La disqualification du droit de propriété en droit de créance	495
a : L'illusion de l'unité	495
b: L'obstacle de la revendication des créances	496
2 : Les intérêts de la reconnaissance d'une propriété de la valeur.....	499
Conclusion du chapitre 2 :	502
CONCLUSION DE LA 2 ^{NDE} PARTIE :	504
CONCLUSION GÉNÉRALE :	506
ANNEXE	510
TABLE DES MATIERES.....	513

INDEX	526
BIBLIOGRAPHIE	530
I / THESES, MEMOIRES :	530
II / OUVRAGES, MANUELS :	534
III / ARTICLES, RAPPORTS ET CHRONIQUES :	539
IV / JURISPRUDENCE (ordre chronologique):	560

INDEX

A

Abusus :

- actes graves : 265
- caractère fondamental : 51, 166, 892, 906, 1065, 1078.
- démembrement élargi : 294
- droit du bailleur : 427, 538
- liberté contractuelle : 10
- limitation : 42, 159, 265-297, 457-458, 661, 892-893

Accession : 52, 150, 314, 662, 670, 686, 700, 1059

Acte d'administration : 445-448, 564-565, 1005

Acte de disposition : 20, 186, 332, 436-450, 538, 563-571, 841, 1004-1005

Animus : 277, 514

B

Bail :

- bail à construction : 195, 370, 382, 519, 660, 688-389, 692, 695-697, 745, 752, 754, 788, 837, 886, 931, 937, 943, 968, 974-975, 1046, 1058-1059
- bail à domaine congéable : 182, 686, 798
- bail à complant : 182, 686, 798
- bail à covenant : 182, 686
- bail commercial : 8, 29, 240, 358-360, 375-380, 386-390, 398, 421-423, 425-426, 441, 467, 533-535, 551, 578, 582, 596-599, 609-610, 615, 735, 745, 804, 884, 933, 943, 947, 975, 1010, 1042, 1044, 1098
- bail d'habitation : 429-433, 441, 467, 536-539, 551, 598, 947
- bail emphytéotique : 20, 195, 370, 443, 479, 686, 689, 691, 694, 695, 697
- bail rural : 20, 240, 423, 425, 426, 433, 440-441, 454, 529, 530-532,

572, 597-600, 613, 615, 804, 933, 943, 975, 977, 1004, 1042

Biens :

- biens incorporels : 69, 73, 85, 309-314, 584, 657, 658, 675, 730, 788, 1082
- dématérialisation : 21, 288, 301, 302, 3008-309, 333, 470, 481, 631, 632, 375-677, 678, 753-754, 837, 852, 907, 978 s.

Bordereau Dailly : 324

Brevet d'invention : 74, 361-365, 398, 401, 404, 407, 409, 411, 414, 656-658

C

Caractères de la propriété : 18, 22, 85, 99-100, 626, 628, 635, 641, 645, 801, 938-939

Carrières : 697

Chambres de compensation : 776

Charge réelle : 135, 201, 203, 236, 565, 925, 939

Chasse : 223, 245, 264, 531, 697

Clause de réserve de propriété : 59, 178, 201, 649, 744, 817, 844, 854-855, 873, 930, 970, 1008, 1021,-1024

Clause d'inaliénabilité : 201-205, 268-269, 297, 892

Clientèle : 98, 581-584, 596, 612, 882, 981

Common law : 15, 175, 180, 226, 673, 762-767, 904, 977, 1095

Concession :

- concession commerciale : 828
- concession de licence d'exploitation : 75, 123, 360, 367, 407, 413, 415, 470, 600, 788, 828, 969
- concession immobilière : 165, 354, 442, 686-687, 690- 693, 695-696, 698, 779

Consomptibilité : 267, 289-301, 446, 705-714, 724, 889-891, 897, 912, 932, 940, 987, 1077

Constitution : 85, 143

Copropriété : 156, 178, 224, 235, 258, 662, 288, 771, 773, 800, 926

Corpus : 277, 281, 282, 3003-309, 511, 519, 990

Crédit-bail : 372, 442, 448-449, 607, 736-739, 808, 814, 817-818, 852, 877-880, 885, 930, 972, 975, 1005, 1009, 1011, 1024, 1026, 1047, 1093

D

Dépôt irrégulier : 471, 726-732, 752, 851, 889, 898, 1070, 1081

Dépréciation économique : 374-393, 428-432 ; 466, 548-552, 554-561, 564, 902

Détention précaire : 505-506, 511-514 ; 595, 599-600, 713

Domaine éminent : 8, 9, 17, 20, 99, 534, 589, 319, 703, 780-790, 793-795, 869, 899

Domaine utile : 3, 8, 9, 17, 20, 99, 534, 589, 619, 694, 779-797, 804, 805, 822, 824, 846, 860, 899, 946, 1094-1095

Dominium : 42, 53, 90, 305, 306, 676, 758, 802, 885

Droit

- droit d'habitation : 263
- droit d'usage : 46, 223, 259, 263, 264, 350, 505, 516, 519, 575, 927.
- droit de disposition : 45, 47, 159, 170, 265-271, 294, 421, 534, 693, 707, 712, 713, 786, 811, 890, 895
- droit de préemption : 268, 425-427, 452-462, 464, 467, 531, 597, 786
- droit de reprise : 423, 425, 531, 537, 541, 595-597, 933
- droit de suite : 128-129, 263, 469, 477
- droit de préférence : 128-129, 461,- 4562, 469, 477, 489, 997, 999, 1063
- droit moral : 73, 120, 151-153, 791, 868
- droit patrimonial : 73, 86, 96, 98, 101, 115, 151-153, 332, 413, 497, 752, 868, 1051, 1096
- droit potestatif : 467
- droit réel : 15, 78-86, 125-145, 272-327.
- droit réel accessoire : 129, 134, 137, 145, 177-178, 198, 285, 309,

737, 743, 853, 855-856, 872,-876, 902, 930, 970, 982,-983, 994, 998, 1028, 1043, 1047

- droit subjectif : 55-67, 86, 91, 96, 103, 104, 109, 130, 152-153, 166, 167, 270, 296, 306, 307, 311-312, 332, 335, 497, 620, 936, 1096

Droit comparé : 15, 123, 175-180, 673, 707, 763-777, 875, 1001

E

Emolument : 94, 96, 104,-109, 152-153, 166-168, 187, 266, 267, 270, 332, 497, 847, 859, 862, 902, 904, 935-936, 992-993, 1075

Exploitation : 361 s., 404-410, 432-433, 531-532, 571, 792, 612, 616, 744-746

F

Féodalité : 2-3, 7, 9, 11, 17-18, 20, 23, 38, 40, 43, 50, 53, 177, 180-184, 197, 271, 328, 444, 619, 628, 683, 759-764, 779-783, 792-799, 805, 820-822, 891, 900, 904, 906, 943, 950, 1013, 1094-1095, 1099

Fiducie : 16, 24, 59, 227, 558, 636, 663-664, 704, 770, 772, 774, 775-777, 817, 818, 828, 931, 1008, 1011, 1050, 1056, 1059, 1074, 1087-1088

Fief : 182, 778, 780-781, 782, 785, 796-797, 805

Foi et hommage : 782

Fonds :

- fonds commun de créance : 1055
- fonds commun de placement : 1055

Fonds de commerce : 309, 360, 381, 432, 441, 575-576, 579, 582, 585, 590, 601, 612, 698, 981

Fongibilité : 274-288, 292, 302, 309, 709-711, 721, 722, 729-730, 810, 889, 890, 895-897, 932, 1063, 1065-1072, 1077, 1078, 1084, 1086, 1091

Franchise : 583

Fruits : 44, 113, 223, 262, 264, 316, 485, 503, 508, 589, 611, 1097

G

Gage : 79, 177-178, 285, 309, 984, 1063, 1078

H

Hypothèque : 79, 80, 128, 131, 133-137, 154, 178, 193, 198, 235, 565, 575, 689, 788, 983, 1063

I

Indemnité d'éviction : 359, 366, 375, 385-393, 533-534, 541, 596, 597, 612, 933

J

Jouissance privative : 222, 224, 238, 244-245, 373, 394-416, 466

L

Lésion : 430-432, 549-550

Licence : 75, 123, 361-367, 407, 413, 415, 470, 600, 788, 828, 989

Location-vente : 1025-1026

M

Mandat : 508-511, 772, 879, 942, 1009, 1070

Multipropriété : 259, 311, 350, 647, 651-653

N

Nue-propriété : 8, 19, 45, 105, 112-115, 159, 459, 1054

O

Obligation :

- obligation de donner : 521, 1034-1036, 1037, 1079
- obligation de faire : 521, 1034-1036, 1037-1038, 1079
- obligation de ne pas faire : 140, 202

- obligation de *praestere* : 1036, 1037, 1038

Obligation passive universelle : 136, 250, 961

Obligation réelle : 85, 133-136, 163, 184, 248, 253-255, 814

Opposabilité : 71, 85, 128-130, 173, 179, 188, 189, 204, 206-210, 213, 227-228, 263, 281-282, 334, 370, 448, 468, 485, 487-490, 530-531, 539, 545, 766, 831, 1031, 1034, 1045-1049

P

Pacte de préférence : 461-465

Partage : 433-435

Part sociale : 997

Pas-de-porte : 211, 358, 360, 375-385, 387, 399, 549-551, 555

Patrimoine d'affectation : 769-770, 775, 1087-1088

Perpétuité de la propriété : 631-680

Personne morale : 259, 327, 396-397, 538, 1055

Plus-value : 295, 366, 391-392, 402, 752, 828, 1029-1030, 1054

Possession : 189, 263, 276-277, 281-282, 309, 314, 505, 506-508, 511, 513-514, 811, 856, 865, 874, 1022-1023, 1041-1042, 1044, 1068

Prescription :

- acquisitive : 108, 511, 865, 1068
- extinctive : 918, 1088

Prêt : 437, 446-447, 454, 471, 558, 737, 898, 1037

Procédures collectives : 833, 873, 1067-1069

Promesse unilatérale de vente : 461, 464, 489

Proprietas : 41-42, 90, 758

Propriété :

- attributs : 147, 152-153, 326, 332, 494, 645, 812, 817, 860, 981
- acquisition : 15, 23, 48, 108, 291, 314,
- caractères : 18, 22, 85, 99-100, 626, 628, 635, 641, 645, 801, 938-939
- conditionnelle : 176, 648-650, 844
- définition : p. 24-36, p. 45 s.

- droit comparé : 15, 123, 175-180, 673, 707, 763-777, 875, 1001
- histoire : 1, 8-9, 17-18, 224, 779-797,
- inaliénable : 201-205, 268-269, 297, 460, 585, 703-704, 892, 942, 975-976
- perpétuité : 631-680
- protection : 21, 234, 645, 857
- publicité foncière : 130, 178, 188-189, 206, 210-214, 487-489, 545, 609, 865, 1047-1049
- revendication : 84, 157, 284, 286, 288, 309, 314, 645, 729-730, 779, 855-857, 899, 970, 1064-1075, 1078-1079, 1080-1084, 1088
- temporaire : 631-680
- unité : 4-5, 11, 235-239, 242, 328, 330, 336, 631, 653, 757, 835-839, 1000, 1015, 1064, 1075, 1077-1078, 1087, 1090-1091
- sociologie juridique : 11, 168

Propriété commerciale : 11, 150, 377, 524, 584, 587, 615, 882-883, 1090, 1093-1094

Propriété de la valeur : 978-1012, 1050-1089

Propriété des utilités : 958-977, 1018-1049

Propriété économique : 7, 14, 176, 178, 806-846, 852, 872, 882, 901, 904, 966

Propriété rurale : 241, 587

Publicité foncière : 130, 178, 188-189, 206, 210-214, 487-489, 545, 609, 865, 1047-1049

Propriété-garantie : 270, 743-744, 853-856, 983, 994, 998-999, 1024, 1067, 1093-1094

Propriété incorporelle : 71-73, 98, 119-122, 124, 303-314, 678, 868-869

Propriété industrielle : 74-76, 150, 365, 655-656

Propriété littéraire et artistique : 71-73, 120, 150, 151-153, 655, 671, 790-791, 868-869, 903

Q

Quasi-usufruit : 16, 19, 48, 108, 187, 228, 267, 289, 291-294, 300-301, 705-724, 727,

732, 749, 752, 837, 850-851, 861, 893, 894, 897, 898-899, 982, 1029-1030, 1053-1054, 1078-1079, 1081-1082, 1091

R

Renouvellement : 360, 376-377, 380, 423, 426, 467, 529-535, 540-542, 544, 566, 568, 582, 596-599, 612-613, 615, 618, 932, 946

Réquisition : 425, 538, 786

Revendication : 84, 157, 284, 286, 288, 309, 314, 645, 729-730, 779, 855-857, 899, 970, 1064-1075, 1078-1079, 1080-1084, 1088

Responsabilité : 463-464, 738, 833-834, 1087

S

Servitudes : 29, 53, 78, 140, 145, 160-165, 219, 222-223, 236, 243, 551, 780, 866, 893, 924-925, 993

Subrogation réelle : 80, 266, 301, 853-858, 865, 986, 992, 1063

Sociologie juridique : 11, 168

T

Tenure : 15, 17, 182, 758, 764-765, 778, 782, 804-805

Titre : 104, 166, 332

Trust : 226-229, 620, 673, 764-777, 839, 1028, 1087, 1092

U

Universalité: 581-584, 590, 710, 721, 723, 764-766

V

Valeur : 10, 12, 13, 19, 21, 23, 751-752, 849-858, 980-1012

W

Warrant : 285

BIBLIOGRAPHIE

1 / THESES, MEMOIRES :

ABDELHAMID MAHMOUD (H.), Concepts juridique et métaphysique : réflexions à partir de la crise contemporaine du concept de propriété, Thèse Paris, 1994.

ABERKANE (H.), Essai d'une théorie de l'obligation *propter rem* en droit positif français, Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels, Thèse Paris, 1955, Paris : L.G.D.J., 1957.

ATIAS (Ch.), Le transfert conventionnel de propriété immobilière, Thèse Poitiers, 1974.

BARBIER (Fr.), La nature juridique de l'usufruit, Thèse Lyon III, 1987.

BARBIERI (J.-F.), Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels, Contribution à l'étude de la notion de perpétuité dans les relations juridiques, Thèse Toulouse I, 1977.

BASQUE (R.), De la distinction de droits réels et des obligations, Thèse Montpellier, 1914, Montpellier : Imprimerie Firmin et Montane, 1914.

BERRA (D.), Le principe de libre disposition des biens en droit civil, Contribution à la notion d'indisponibilité juridique, Thèse Nancy, 1969.

BEUDANT (R.), La transformation juridique de la propriété foncière dans le droit intermédiaire, Thèse Paris, 1889, Paris : Larose et Forcel, 1889.

BLAISSE (A.), Essai sur la nature des droits des associés dans les sociétés d'attribution, Th. dact. Paris II, 1979.

BLANLUET (G.), Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, Préface de MM. Catala et Cozian, Bibliothèque de droit privé, t. 313, Paris : L.G.D.J., 1999.

BRIGNANO (S.S.), La modification des limitations conventionnelles et légales du droit de propriété, Thèse Aix-Marseille III, 1981.

CHAUFFARDET (M.), Le problème de la perpétuité de la propriété, Etude de sociologie juridique et de droit positif, Thèse Aix-Marseille III, 1933, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1933.

CHENON (E.), Les démembrements de la propriété foncière avant et pendant la Révolution, Thèse Paris, 1881, 2^{ème} édition, Paris : Recueil Sirey, 1923.

COCARD (J.), L'usufruit des actions et des obligations, Thèse Caen, 1938, Angers : Imprimerie de l'Anjou, 1938.

COSTE-FLORET (P.), La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil et depuis le Code civil, Thèse Montpellier I, 1935, Paris : Recueil Sirey, 1935.

CROCQ (P.), Propriété et garantie, Préface M. Gobert, Bibliothèque de droit privé, t. 248, Paris : L.G.D.J., 1995,

DEL CONT (C.), Propriété économique, dépendance et responsabilité, Logiques juridiques, Paris : L'Harmattan, 1997.

DERRUPPE (J.), La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, Thèse Toulouse, 1951, Paris : Librairie Dalloz, 1952.

DELALANDE (A.L.), L'usufruit d'un fonds de commerce, Thèse Bordeaux, 1922.

DELMAS SAINT-HILAIRE (J.-P.), Essai sur la notion juridique d'exploitation en droit privé français, Thèse Paris, 1955, Bordeaux : Imprimeries Delmas, 1957.

DONATI (A.), GACHET (S.) et LEPICARD (S.), L'opposabilité aux tiers des droits réels nés du contrat, Mémoire de DEA, Paris I, 1990.

DUCLOS (J.), L'opposabilité, Essai d'une théorie générale, Préface D. Martin, Bibliothèque de droit privé, t. 179, Paris : L.G.D.J., 1984.

FERRETJANS (J.-P.) et FABRE (M.-H.), Essai sur la notion de propriété sociale : de la propriété privée à la propriété collective : l'expérience yougoslave de socialisation de l'agriculture, Collection Bibliothèque constitutionnelle et de Sciences politique, Thèse Aix-Marseille, Paris : R. Pichon et R Durand-Auzias, 1963.

FOEX (B.), Le numerus clausus des droits réels en matière mobilière, Collection juridique romande, Etudes pratiques, Lausanne : Payot, 1987.

FORESTIER (J.), La vente de l'immeuble loué ou du rôle de la destination en droit privé, Thèse Poitiers, 1994.

GARSONNET, Histoire de locations perpétuelles et des baux à longue durée, Thèse Paris, 1879, Paris : Larose, 1879.

GINOSSAR (S.), Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, Thèse Limoge, 1960, Paris : L.G.D.J., 1960.

GOUBEAUX (G.), La règle de l'accessoire en droit privé, Etude sur la maxime « *accessorum sequitur principale* », Thèse Nancy, 1966, Paris : L.G.D.J., 1969, n° 29, p. 51.

GOUTAL (J.-L.), Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat, Thèse Paris II, Préface H. Batiffol, Bibliothèque de droit privé, t. 171, Paris : L.G.D.J., 1981.

GOYET (Ch.), Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire, Thèse Strasbourg, Préface de D. Schmidt, Bibliothèque de droit privé, t. 180, Paris : L.G.D.J., 1983.

HERVIEU (A.), De la limitation des droits réels, Contribution à l'étude de la distinction des droits réels et personnels, Thèse dact. Caen, 1981.

HUMBERT (H.), Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles, Thèse Paris, 1940, collection Domat droit privé, Paris : Montchrestien, 1940.

JUBAULT (Ch.), Bail rural et usufruit, Contribution à l'étude des droits réels immobiliers, Thèse Paris II, 1994.

JUGLART (M. de), Obligation réelle et servitude, Thèse dact. Bordeaux, 1937, Bordeaux : imprimerie de Frédon et Manville, 1937.

LANDRY (A.), De l'utilité sociale de la propriété individuelle, thèse Paris, 1900-1901, Paris : société nouvelle de librairie et d'édition, 1901.

LASSALAS (C.), L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale, Thèse Clermont-Ferrand, 1997, Paris : L.G.D.J., 1997.

LEAUTÉ (J.), Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français, Thèse Paris, 1945, Paris : Ancienne Imprimerie de la Cour d'appel, 1946.

LEBORGNE (A.), Recherches sur l'originalité du contrat de louage d'immeuble, Thèse Aix-Marseille III, 1992.

LEVIS (M.-J.), L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits, Thèse Paris II, 1985, Paris : Economica, 1989.

LOTTI (B.), Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, Contribution à la distinction de la propriété et des droits réels, Thèse dact. Paris XI, 1999.

MAERTEN (L.), Le trust patrimonial anglo-américain en droit privé français, Thèse Paris II, 1990, Lille : Atelier national de reproduction de thèse de l'université de Lille 3, 1990.

MAINGUY (D.), La revente, Thèse Montpellier, 1994, Collection de droit pour l'entreprise, Paris : Litec, 1996.

MARTY (J.-P.), La dissociation juridique de l'immeuble, Contribution à l'étude du droit de superficie, Thèse Toulouse, Préface J. Hémar, Bibliothèque de droit privé, t.155, Paris : L.G.D.J., 1979.

MASSON (P.), Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les romanistes du Moyen Age et dans le droit français, Thèse Dijon, 1933, Dijon : Imprimerie du Palais, 1933.

MICHAS (H.), Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle, Thèse, Paris, Paris : A Pedone, Editeur, Libraire de la cour d'appel et de l'ordre des avocats, 1900.

MINEI (B.), Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance, Thèse Paris, 1912, Paris : Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1912.

MOLFESSIS (N.), Le Conseil constitutionnel et le droit privé, Préface de M. Gobert, Bibliothèque de droit privé, t. 287, Paris : L.G.D.J., 1997, pp. 47-96.

MONTAGNE (L.), Le principe de libre circulation des biens en droit civil, Thèse Montpellier I, 2000.

PAPANDREOU DETERVILLE (M.-F.), Fondements du droit anglais des biens, Thèse Strasbourg III, 1996, Bibliothèque de droit privé, t. 418, Paris : L.G.D.J., 2004.

PELLISSIER (A.), Possession et meubles incorporels, Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris : Dalloz, 2001.

PEROCHON (Fr.), La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels, Thèse Montpellier, 1987, Collection Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris : Litec, 1988.

PIRET (A.), La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière, Thèse Paris, 1937, Paris : Librairie du recueil Sirey, 1937.

PRODAN (C.), Essai d'une théorie générale des droits réels, Thèse Paris, Paris : Imprimerie H. Jouve, 1909.

QUERE (B.), L'information financière et comptable en Allemagne et en France ; du cadre conceptuel à la fonction sociale, Thèse Nice, 1993, p. 186 s.

QUERU (R.), Synthèse du droit réel et du droit personnel, Essai d'une critique historique et théorique du réalisme juridique, Thèse Caen, 1905, Paris : V. Giard et E. Brière, Libraires Editeurs, 1905.

RAKOTOVAHINY (M.-A.), L'évolution de la notion de créance, Thèse Toulouse I, 1999.

RIGAUD (L.), Le droit réel, histoire et théorie, son origine institutionnelle, Thèse Toulouse, 1912, Toulouse : A. Nauze, 1912.

RIPERT (G.), De l'exercice du droit de propriété dans les rapports avec les propriétés voisines, Thèse Aix, Paris : Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau Editeur, 1902.

SAINT ALARY-HOUIN (C.), Le droit de préemption, Thèse Paris II, Bibliothèque de droit privé, t. 164, Paris : L.G.D.J., 1979.

SAUTAI (P.), L'usufruit des valeurs mobilières, Thèse Paris, 1925, Paris : Dalloz, 1925.

SORTAIS (J.-P.), Le titre et l'émolument, essai sur la structure des droits subjectifs, Thèse Paris, 1959, Préface de R. Le Balle, Bibliothèque de droit privé, t. 29, Paris : L.G.D.J., 1961.

TERRE (F.), L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, thèse Paris, 1956, Préface de R. Le Balle,, Bibliothèque de droit privé, t. 2, Paris : L.G.D.J., 1957.

TORCK (S.), Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles, Thèse Paris II, 2001.

TRIGEAUD (J.-M.), La possession des biens immobiliers, Nature et fondement, Thèse Paris II, 1979, Paris : Economica, 1981

VERDOT (R.), La notion d'acte d'administration en droit privé français, Thèse Aix, Préface de P. Kayser, Bibliothèque de Droit privé, t. 40, Paris : L.G.D.J., 1963

WITZ (C.), La fiducie en droit privé français, Thèse Strasbourg III, 1979, Paris : Economica, 1981.

XIFARAS (M.), La propriété, Etude de philosophie du droit, Collection Fondements de la politique, 1^{ère} édition, Paris : PUF, 2004.

ZATTARA (A.-F.), La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété, Thèse La Réunion, 2000, Préface de R. Cabrillac, Bibliothèque de droit privé, t. 351, Paris : L.G.D.J., 2001.

ZENATI (F.), Essai sur le concept juridique de propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif, Thèse dact. Lyon, 1981.

II / OUVRAGES, MANUELS :

La clause de réserve de propriété, Paris 1980, sous la direction de W. Garcin et J. Thieffry, Collection Actualités de droit de l'entreprise, Paris : Librairie Technique, 1981.

Propriété et Révolution, Actes du colloque de Toulouse, 12-14 octobre 1989, sous la direction de G. KOUBI (G.), Collection Sciences sociales, C.N.R.S. Toulouse I, 1990.

AHRENS (H.), Cours de droit naturel ou de philosophie du droit complété, dans les principales matières, par des aperçus historiques et politiques, Tome 1, 7^{ème} édition, Leipzig : F.A. Brockhaus, 1875, p.117 s.

ATIAS (C.) ; Droit civil, Les biens, 7^{ème} édition, Paris : LITEC, 2003.

ATTALI (J.), Au propre et au figuré, Une histoire de la propriété, Collection livre de poche, Paris : Fayard, 1988.

AUBERT (J.-L.) et BIHR (Ph.), La location d'habitation, Loi du 6 juillet 1989 modifiée par la loi du 21 juillet 1994, Paris : SIREY, 1994.

AULAGNIER (J.), Usufruit et nue-propriété dans la gestion de patrimoine, Paris : Maxima, 2^{ème} édition, 2001.

AUQUE (F.), Les baux commerciaux, Théorie et pratique, 1^{ère} édition, Paris : L.G.D.J., 1996.

BARBIERI (J.-J.), Contrats civils, contrats commerciaux, Collection série Droit, Paris : Masson, Armand Colin, 1995.

BENABENT (A.), Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, Collection Domat droit privé, 6^{ème} édition, Paris : Montchrestien, 2004.

BERTRAND (A.), Le droit d'auteur et les droits voisins, 2^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1999.

BEUDANT (C.), Droit civil, Les biens, Tome 4, 2^{ème} édition, Paris : Librairie Arthur Rousseau, 1938.

- BLOCH (M.), La société féodale, Bibliothèque de l'évolution de l'humanité, 6^{ème} édition, Paris : Albin Michel, 1998.
- BLOCH (M.), Les caractères originaux de l'histoire rurale française, t. 1, Collection : Economies, sociétés, civilisations, 3^{ème} édition, Paris : Armand Collin, 1968.
- BONNECASE (J.), Supplément au traité de G. Baudry-Lacantinerie, t. V, 1930, n° 97 s., p. 172 s.
- BOURNAZEL (E.) et POLLY (J.-P.), Les féodalités, Histoire générale des systèmes politiques dirigée par M. Duverger et J.-F. Sirinelli, 1^{ère} édition, Paris : P.U.F., 1998.
- CARBONNIER (J.), Droit civil, Introduction, t. I, Collection Thémis, 27^{ème} édition refondue, Paris : P.U.F., 2002.
- CARBONNIER (J.), Droit civil, Les biens, t. III, Collection Thémis, 19^{ème} édition refondue, Paris : P.U.F., 2000.
- CARBONNIER (J.), Droit civil, Les obligations, t. IV, Collection Thémis, 22^{ème} édition refondue, Paris : P.U.F., 2000.
- CARBONNIER (J.), Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur, 10^{ème} édition, Paris : L.G.D.J., 2001, p. 273 à 306.
- CHALLAYE (F.), Histoire de la propriété, Collection Que sais-je ?, n° 36, 6^{ème} édition, Paris : P.U.F., 1967.
- COLOMBET (C.), Propriété littéraire et artistique et droits voisins, Collection Précis de droit privé, 9^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1999.
- CORNIL (G.), Ancien droit romain, Le problème des origines, Bruxelles : Librairie des Sciences juridiques, Paris : Librairie du recueil Sirey, 1930.
- CORNU (G.), Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, t. 1, Collection Domat droit privé, 9^{ème} édition, Paris : Montchrestien, 2003, p. 297 à 588.
- DABIN (J.), Le droit subjectif, Collection philosophie du droit, Paris : Dalloz, 1952.
- DAVID (R.), Les grands systèmes de droit contemporains, Collection Précis, 11^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002.
- DEBATISSE (M.), La Révolution silencieuse : le combat des paysans, Collection Questions d'actualité, Paris : Calmann-Lévy, 1963
- DEMOGUE (R.), Notions fondamentales du droit privé, Paris : Rousseau, 1911, in *Mémoire du droit*, 2001, p. 405-443.
- DEMOLOMBE (Ch.), [Cours de code Napoléon 10], Traité de la distinction des biens de la propriété, de l'usufruit et de l'habitation, t. I, 2^{ème} édition, Paris : A. Durand et Hachette, 1870.

DEMOLOMBE (Ch.), [Cours de code Napoléon 11 12], Traité des servitudes ou services fonciers, t. I, 4^{ème} édition, Paris : A. Durand et Hachette, 1867.

ELIARD (F.), Quasi-usufruit, son utilisation à des fins patrimoniales et fiscales, Formules d'application, Paris : LITEC, 1997.

GARAUD (M.), Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804, La Révolution et la propriété foncière, Ouvrage publié avec le concours du CNRS et de l'Université de Poitiers, Collection bibliothèque d'histoire du droit, Paris : Sirey, 1959.

GARRISSON (F.), Le concept de propriété à l'époque médiévale, in *Etudes de droit contemporain*, Institut de droit comparé, Université de Paris, 1962, p. 73-89.

GAUTIER (P.-Y.), Propriété littéraire et artistique, Collection fondamentale, Droit civil, 5^{ème} édition, Paris : P.U.F., 2004.

GENY (F.), Méthode d'interprétation et sources en droits privé positif, t. I, 2^{ème} édition, Paris : L.G.D.J., 1954.

GENY (F.), Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, Elaboration technique du droit positif, t. III, Paris : Sirey, 1921, p. 134 s.

GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) et FABRE-MAGNAN (M.), Traité de droit civil, Introduction générale, 4^{ème} édition, Paris : L.G.D.J., 1994.

GILLI (J.-P.), Redéfinir le droit de propriété, Publications du ministère de l'équipement et du centre de recherche et d'urbanisme, 1975.

GIVORD (F.), HAMEL (J.) et TUNC (A.), Traité pratique de droit civil français par Marcel Planiol et Georges Ripert, Contrats civils, 2^{ème} édition, Paris : L.G.D.J., 1956.

GONNARD (R.), La propriété dans la doctrine et dans l'histoire, Collection d'études économiques, Paris : L.G.D.J., 1943.

GOUBEAUX (G.) et VOIRIN (P.), Droit civil, Personnes, Famille, Incapacités, Biens, Obligations, Sûretés, t. I, Collection Manuel, 29^{ème} édition, Paris : L.G.D.J., 2003.

HUET (J.), Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, Les principaux contrats spéciaux, 2^{ème} édition, Paris : L.G.D.J., 2001, notes n°11112 et s.

JANSSE (L.), La propriété, le régime des biens dans les civilisations occidentales, Paris : Editions Ouvriers Economie et Urbanisme, 1953.

JOSSERAND (L.), Cours de droit civil positif français, t. 1, Théorie générale du droit et des droits, les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réels principaux, 2^{ème} édition, Paris : Sirey, 1932.

JOURDAIN (P.), Droit civil, Les biens, Paris : Dalloz, 1995.

LAFOND (J. et F.), Les baux d'habitation après la loi du 21 juillet 1994, Collection Litec immo, 3^{ème} édition, Paris : LITEC, 2005.

LANVERSIN (J. de), La propriété, une nouvelle règle du jeu ?, Collection Droit d'aujourd'hui, Paris : P.U.F., 1975.

LARROUMET (C.), Droit civil, Les biens, Droits réels principaux, t. II, 4^{ème} édition, Collection Droit civil, Paris : Economica, 2004.

LAWSON (F.-H.) et RUDDEN (B.), *The Law of property*, 2^{ème} édition, Oxford, 1982, Chap. V., « *The fragmentation of ownership* ».

LEPAULLE (P.), Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international, Paris : Rousseau et Cie, 1932.

LEPOINTE (G.), Droit romain et Ancien droit français (Biens), Collection Précis, Paris : Dalloz, 1958.

LOMBOIS (C.), Introduction au droit civil, Droit des personnes et des biens, 1^{ère} édition, Paris : Les Cours de droit, 1997.

LUCAS (A.) et LUCAS (H.-J.), Traité de la propriété littéraire et artistique, 2^{ème} édition, Paris : LITEC, 2001.

MALAUURIE (P.) et AYNES (L.), Droit civil, Les biens, La publicité foncière, 2^{ème} édition, Paris : Defrénois, éditions juridiques associées, 2005.

MALAUURIE (P.) et AYNES (L.), Droit civil, Contrats spéciaux, Paris : Defrénois, 2003-2004.

MARTY (G.), RAYNAUD (P.) et JESTAZ (Ph.), Les sûretés, la publicité foncière, 2^{ème} édition, Paris : Sirey, 1987.

MAYER (R.), Féodalités ou démocratie ? Collection Notre Temps, Paris : Arthaud, 1968.

MAZEAUD (H. et L.), MAZEAUD (J.), CHABAS (F.), Leçons de droit civil, Biens, Droit de propriété et ses démembrements, t. II, 8^{ème} édition, Paris : Montchrestien, 1994.

MAZEAUD (H. et L.), MAZEAUD (J.), CHABAS (F.), Leçons de droit civil, Sûretés, Publicité foncière, t. III, 7^{ème} édition par Y Picod, Paris : Montchrestien, 1999.

MORIN (G.), La révolte du droit contre le Code, Paris : SIREY, 1945, p. 119.

MOUNIER (E.), De la propriété capitaliste à la propriété humaine, Vol. 18, Collection Questions disputée, Paris : Desclée de Brouwer et Cie, 1936.

NOYES (C.R.), *The institution of property, a study of the development, substance and arrangement of the system of property in modern Anglo American law*, New York Toronto : Longmans, Green and co ; London : H. Milford, 1rst edition, 1936.

OURLIAC (P.) et MALAFOSSE (J. de), Droit romain et Ancien droit, Les biens, t. II, Collection Thémis, 2^{ème} édition, Paris : P.U.F., 1961, n° 33 s.

PATAULT (A.-M.), Introduction historique au droit des biens, Collection droit fondamental, 1^{ère} édition, Paris : P.U.F., 1989.

PIEDELIEVRE (S.), Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, La publicité foncière, Paris : L.G.D.J., 2000.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), Traité pratique de droit civil français, Les biens, t. 3, Paris : L.G.D.J., 1952.

RECHT (P.), Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété, Histoire et théorie, Paris : L.G.D.J., Gembloux : Editions J. Duculot, 1969.

RIPERT (G.), Aspects juridiques du capitalisme moderne, 2^{ème} édition, Paris : L.G.D.J., 1945, réimpr. en 1995.

RIPERT (G.), Le déclin du droit : études sur la législation contemporaine, Paris : L.G.D.J., 1949, réimpr. en 1998.

RIPERT (G.), Les forces créatrices du droit, Paris : L.G.D.J., 1955, réimpr. en 1994.

RENARD (G.) et TROTABAS (L.), La fonction sociale de la propriété privée, Paris : recueil Sirey, 1930.

ROBINE (E.), La clause de réserve de propriété depuis la loi du 12 mai 1980, Collection Jurisprudence française, Paris : Litec, 1990.

ROGUIN (E.), La règle de droit, Analyse générale, spécialités, Système des rapports de droit privé précédé d'une introduction sur la classification des disciplines, Lausanne : F. Rouge, Libraire éditeur, Paris : Librairie F. Pichon, Leipzig : Librairie K.-F. Koehler, 1889

SALLERON (L.), Six études sur la propriété collective, Collection l'Homme et la cité, Paris : Le Portulan, 1947.

SAVATIER (R.), Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui, 1^{ère} série, 3^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1964, p. 260.

SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.), Droit civil, les sûretés, la publicité foncière, Collection Précis, 4^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2004.

TERRE (F.), Introduction générale au droit, Collection Précis, 6^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2003.

TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), Les obligations, Collection Précis, 8^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002.

TERRE (F.) et SIMLER (P.), Droit civil, Les biens, Collection Précis, 6^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002.

THERY (Ph.), Sûretés et publicité foncière, Collection Droit fondamental, 2^{ème} édition, Paris : P.U.F., 1998.

VIDAL (M.), La propriété dans l'école de l'exégèse en France, Milan : Quaderni fiorentini, 1978, p. 26 s.

VILLEY (M.), Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Paris : Dalloz, 2002.

WITZ (C.) (dir.), Les opérations fiduciaires (pratiques, validité, régime juridique dans plusieurs pays européens et dans le commerce international), Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, Feduci et Université de la Sarre, Paris : L.G.D.J., 1985.

ZENATI (Fr.) et REVET (Th.), Les biens, Collection Droit fondamental, 2^{ème} édition refondue, Paris : PUF, 1997.

III / ARTICLES, RAPPORTS ET CHRONIQUES :

AGOSTINI (E.), L'étiolation du droit de propriété en France (1804-1985), in *Mélanges Flattet*, Lausanne, Payot, 1985, p. 3 s.

ARBELLOT (Fr.), L'exercice de l'action en garantie des vices cachés par le crédit-preneur, *Petites affiches*, 10 août 1998, n°95, p. 4.

ATIAS (C.), Ouverture, in *Destins du droit de propriété*, Droits, 1985, p. 5.

ATIAS (C.), Propriété indivise et usage privatif : terrasses et terrains privés en copropriété immobilière, J.C.P., éd. notariale, 1987, I, p. 353.

ATIAS (C.), La propriété foncière : une tradition libérale à inventer, in *Un droit inviolable et sacré, la propriété*, A.D.E.F., 1991, p. 119.

ATIAS (C.), La valeur engagée (sur l'objet du gage), in *Le gage commercial*, R.J.C. 1994, p. 72.

ATIAS (C.), La propriété est-elle la meilleure solution ?, JCP cahiers du droit de l'entreprise, Suppl. n° 5, 1995, p. 44.

AUBERT (J.-L.), Le renouvellement du contrat de location, un nouveau concept pseudo-contractuel ?, *Rev. Adm.*, nov. 1989, p. 2.

AUBERT (J.-L.), Le droit de disposer de l'immeuble, Etudes offertes à J. Flour, répertoire du notariat Defrénois, 2^{ème} trimestre, 1979.

AUDIÉ (J.), Biens, Jcl. Civ., Article 543, Fascicule 120.

AUQUE (Fr.), Décret de 1953 : une réforme est-elle souhaitable ? in *Le cinquantenaire du statut des baux commerciaux (colloque tenu à l'université de Lille 2 le 30 septembre 2003)*, *Rev. Lamy droit des affaires*, déc. 2003, suppl., p. 41.

AULAGNIER (J.), Aspects économiques du démembrement de propriété, Colloque sur le démembrement de la propriété de 1994, *Droit et Patrimoine*, HS n° 1, janvier 1995, p. 10.

AULAGNIER (J.), Quasi-usufruit et pratique bancaire, *Rev. Dr. Banc.*, sept.-oct. 1998, n° 69, p. 162.

AULAGNIER (J.), Aspects de droit civil, Evaluation des droits d'usufruit, de quasi-usufruit et de nue-propriété par la méthode d'actualisation des flux futurs, Colloque sur le

démembrement de propriété : stratégies actuelles et perspectives, Droit et Patrimoine, novembre 1999, Dossier, p. 64.

AUSTRY (St.), Régime fiscal des contrats de concessions de droits exclusifs d'exploitation, R.J.F., 10/1996, Chronique, p. 634.

BARDET (H.), Le traitement fiscal des redevances de marques et de fabrication, B. F. Lefebvre, 4/1992, Chronique, p. 241.

BARTHELEMY (D.), Patrimoine professionnel en agriculture, in *Un droit inviolable et sacré, La propriété*, A.D.E.F., 1991, p. 260.

BASTIAN (D.), La propriété commerciale en droit français, in *Travaux de l'association H. Capitant*, Journées de Verviers, 1951, t. VI, p. 76.

BATIFFOL (H.), Problèmes contemporains de la notion de biens, A.P.D., 1979, t. 24, p. 9.

BAYON (A.), L'usufruit des parts sociales, Rev. des sociétés, 1973, p. 435.

BEAUR (G.), L'accession à la propriété en 1789, in *Un droit inviolable et sacré, La propriété*, A.D.E.F., 1991, p. 21.

BELLIVIER (F.), Matériaux et résultats de la recherche en génétique humaine : richesses sans propriétaires, Droit et patrimoine, mars 2001, n° 91, p. 56.

BELOT (A. de) et LEGRAND, Commentaire de la loi du 6 juillet 1989, Rev. Administrer, Août-septembre, 1989, n° 204, p. 2.

BENABOU (V.-L.), La propriété schizophrène, propriété du bien et propriété de l'image du bien, Droit et patrimoine, mars 2001, n° 91, p. 84.

BEQUIGNON-LAGARDE (C.), Propriété commerciale et propriété culturelle, Etudes offertes à J. Hamel, membre de l'institut, doyen honoraire de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris, Dalloz, 1961, p. 327.

BERAUD (R.), L'indisponibilité juridique, D. 1952, Chronique, XXXVIII, p. 187.

BERGEL (J.-L.), Différence de nature (égale) différence de régime, R.T.D. civ. 1984, p. 255.

BERGEL (J.-L.), L'évolution contemporaine du droit de propriété, in *Mélanges Béguet*, Université de Toulon et du Var, 1985, p. 13.

BERGEL (J.-L.), Feu le droit à l'image des biens ! Revue Lamy droit des affaires, juill. 2004, p. 9.

BERSANI (C.), L'appropriation du sol, in *Un droit inviolable et sacré, La propriété*, A.D.E.F., 1991, p. 188.

BERTREL (J.-P.), La titrisation, Petites affiches, n° 36, 24 mars 1989, p. 12.

BERTREL (J.-P.), L'accession artificielle immobilière, contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie, R.T.D. civ., 1994, p. 737.

BESNARD GOUDET (R.), Peut-on émettre des titres sociaux démembrés en rémunération de l'apport conjoint du nu-propiétaire et de l'usufruitier ?, J.C.P., édition notariale et immobilière, 2000, p. 585.

BEVIERE (B.), Le droit au bail du locataire commerçant : une spécificité française désuète ?, Petites Affiches, 5 avril 1999.

BIASCA (P.), La propriété en quête d'un statut, Gaz. Pal., 1976, II, doct., p. 539.

BILLIAU (M.), Quand le bail perpétuel ne peut être annulé, comment sortir de l'impasse ? , J.C.P., édition notariale et immobilière, 2000, p. 559.

BLAISE (H.), Réflexions sur le pas-de-porte, in *Etudes dédiées à A. Weil*, Dalloz Litec, 1983, p. 325.

BLANLUET (G.), Brèves réflexions sur la propriété économique, Droit et patrimoine 2001, n°91, p. 80.

BLATTER (J.-P.), Dix ans d'application de la loi du 6 juillet 1989, in *Bail d'habitation, Loi du 6 juillet 1989, 10 ans d'application, 1989-1990*, Loyers et copropriété, n° 11 bis, 1999, p. 5.

BLOCH (P.), L'obligation de transférer la propriété dans la vente, RTD civ., 1988, p. 673.

BOCCARA (B.), Le statut des baux commerciaux : la loi du 30 juillet 1960, J.C.P. éd. G., 1960, I, 1573.

BOCCARA (B.), Le pas-de-porte versé au propriétaire d'un local commercial, J.C.P., éd. G., 1963, I, 1741.

BOCCARA (B.), La loi du 12 mai 1965 sur les baux commerciaux : la « déspecialisation » J.C.P., éd. G., 1965, I, 1926.

BOITELLE (A.), Réflexions sur la donation entre vifs portant sur des choses non consomptibles avec réserve de quasi-usufruit, J.C.P., édition notariale et immobilière, 1996, n° 50, p. 1761.

BONFILS (G.), Le droit d'usage et d'habitation, Gaz. Pal., 8-9 novembre 2002, p. 13.

BONNEAU (T.), Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, le droit civil, RTD civ., 1991, p. 1.

BONNET (V.), La durée de la propriété, R.R.J., 2002-1, p. 273.

BOSSIN (M.-M.), La titrisation, Rev. dr. bancaire et bourse, 1988, p. 185.

BOST, Variations sur la nature juridique des droits sociaux dans les sociétés d'attribution, J.C.P., édition notariale et immobilière, 1981, prat., p. 1979.

BOUCHARD (V.), Pour une définition de la notion de charge en droit privé, Petites affiches, 24 juillet 2002, p. 4.

BOULOGNE-YANG-TING (C.), Le bailleur face aux travaux du locataire commerçant dans l'immeuble loué, JCP, éd. G., 2005, I, 131, p. 721.

BOUYEURE (J.-R.) et PELLETIER (J.-P.), Réflexions sur la jouissance d'immeubles à temps partagé (« Propriété spatio-temporelle »), Gaz. Pal., 1976, II, doct., p. 541.

BOUYEURE (J.-R.), La copropriété constitue-t-elle une limite au droit de propriété ?, Administrer 1989, p. 29.

BOUYSSOU (F.), Les garanties supra législatives du droit de propriété, D., 1984, chr., p. 231 s.

BOUYSSOU (F.) et SUDRE (F.), la protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'Homme, D., 1988, p. 70 s.

BOYER (G.), De la conception du fief chez Dumoulin et des principales conséquences qu'il en tire, in *Mélanges Boyer*, I, Paris : Recueil de l'Académie de Législation, 6^{ème} série I, 1962, p. 37 s.

BRAULT (J.-C.), La valeur d'un bien loué à un indivisaire, Def., 1988, 1^{ère} part, Art. 34144, p. 81.

BRAULT (J.-C.), Une convention de quasi-usufruit généralisée après le décès, répertoire du notariat Defrénois, 1997, Art. 36455.

BRETON (A.), Théorie générale de la renonciation aux droits réels – Le déguerpissement en droit civil français, RTD civ., 1928, p. 261.

BROCHARD (R.), La réactualisation du pacte tontinier dans les mutations à titre gratuit, JCP, édition notariale et immobilière, 2003, p. 607.

BRUGIERE (J.-M.), Droit de la concurrence et droit des biens, J.C.P., édition notariale et immobilière, 2000, p. 35.

BRUNO (Cl.), La fiscalité de l'indemnité en cas de résiliation d'un bail, A.J.P.I., 10 mai 1995, p. 401.

BUREAU (A.), Le contrat de fiducie...

CABRILLAC (M.), Les sûretés conventionnelles sur l'argent, in *Les activités et les biens de l'entreprise, mélanges offerts à J. Derruppé*, Paris : GLN, Joly, Litec, 1991, p. 335.

CANTIN-CUMIN (M.), De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innommés : essai sur l'énumération limitative des droits réels, Rev. du Barreau, t. IVL, 1986, n°1, p. 3.

CANTIN-CUMIN (M.), L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre atlantique, D., 1992, Chr., p. 117.

CAPPELAERE (J.-J.), L'opposabilité des contrats de droit privé à l'administration fiscale, Banque magazine, n° 650, septembre 2003, p. 78.

- CARTELIER (L.), Propriété et contrôle : Introduction (économique) à un débat, *Revue internationale de droit économique*, 1990, p. 257.
- CARRIAS (P.), Le droit de propriété au point de non retour ?, *D.*, 1985, Chr., p. 293.
- CASSON (Ph.), Pas-de-porte et fiscalité, *Petites Affiches*, 15 avril 2002, p. 4.
- CASTAGNE (S.), Maîtriser l'utilisation du quasi-usufruit., *J.C.P., édition notariale et immobilière*, 1997, *Pratique*, 4099, p. 987.
- CASTAGNE (S.), Usufruit, quasi-usufruit : une nouvelle mise au point, *J.C.P., édition notariale et immobilière*, 2000, p. 537 et p. 577.
- CATALA (P.), La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne, *R.T.D civ.*, 1966, p. 189.
- CATALA (P.), L'évolution contemporaine du droit des biens, Exposé de synthèse, 3^{èmes} Journées R. Savatier (Poitiers, 4 et 5 octobre 1990), Publications de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, P.U.F, 1991, p. 180.
- CATALA (P.), L'immatériel et la propriété, *A.P.D.*, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, publié avec le concours du C.N.R.S., 1999, p. 61.
- CHAKIRIAN (L.), Le pouvoir de disposer de l'usufruitier d'une universalité de fait, *RRJ*, 2002-4, p. 1803.
- CHAPPERT (A.), La donation avec réserve de quasi-usufruit, une possibilité à utiliser avec modération en matière fiscale, *répertoire du notariat Defrénois*, 1997, Art. 36617.
- CHAPPERT (A.), Droits d'usage et d'habitation et pacte tontinier, *répertoire du notariat Defrénois*, 1999, Art. 36950, p. 330.
- CHAPUT (Y.), Les sûretés négatives, in *Annales de la faculté de droit et de sciences politiques de Clermont*, 1974, p. 167.
- CHATEAU (B.), L'évolution de la propriété littéraire et artistique, Troisièmes Journées R. Savatier (Poitiers, 4 et 5 octobre 1990), Publications de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, P.U.F, 1991, p. 167.
- CHAUVEAU (M.), Classification nouvelle des droits réels et personnels, *Rev. crit. législ. et Jurispr.*, 1931, p. 539.
- CHAUVEAU (M.), Les métamorphoses de la propriété commerciale, in *Mélanges Brethe de la Gressaye*, 1967, p. 109.
- CHAZAL (J.-P.), et VICENTE (S.), Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil, *RTD. civ.* 2000, p. 477.
- CHENUT (C.-H.), Le moment du transfert de propriété, en cours de bail, des travaux réalisés par le preneur, *Petites Affiches*, 28 juillet 1995.

- CHIANEA (G.), La directe féodale aujourd'hui en France, in *Etudes offertes à P. Jaubert, Liber Amicorum*, Presse Universitaire de Bordeaux, 1992, p. 142.
- COING (H.), Signification de la notion de droit subjectif, A.P.D., 1964, p.15.
- COLLARD-DUTILLEUL (F.) et GOLDSMITH (), Jouissance à temps partagé, Gaz. Pal., 15 mai 1993.
- COLLY (F.), Le Conseil Constitutionnel et le droit de propriété, R.D. pub., 1988, p. 139.
- COLOMBET (C.), La portée des autorisations d'exploitation en matière de contrats relatifs au droit d'auteur, in *Mélanges en l'honneur du Pr. Françon*, Paris : Dalloz, 1995, p. 63.
- COMBY (J.), L'impossible propriété absolue, in *Un droit inviolable et sacré, La propriété*, A.D.E.F., 1991, p. 9.
- CONCHON (H.), Les clauses d'inaliénabilité : l'intérêt légitime à l'épreuve du temps, Petites affiches, 15 avril 2002, p. 6.
- CORVEST (H.), L'inaliénabilité conventionnelle, Répertoire de notariat Defrénois, 1979, Art. 32126, p. 1377.
- COZIAN (M.), Du nu-propriétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ? J.C.P., édition notariale et immobilière, n°28-29, p. 339.
- COZIAN (M.), Propos intégristes sur la jurisprudence relative à l'immobilisation des redevances de brevets ou de marques (ou le rappel d'un dogme : l'accès au bilan est réservé aux propriétaires, il est refusé aux locataires), B. F. Lefebvre, 5/1995, Chroniques, p. 304
- COZIAN (M.), La circulation des droits de propriété industrielle et l'imposition des bénéficiaires, in *La fiscalité de la propriété industrielle, Colloque de l'IRPI sous le haut patronage du Ministère de l'Economie, des Finances et du Budget et de l'Institut national de la propriété industrielle*, Paris, 22-23 mars 1989, Paris : Librairies Techniques, 1989, p. 73.
- COZIAN (M.) et LECHENET (A.), La distinction des immobilisations des stocks et des frais généraux, Petites Affiches, 5 janvier 1994, n° 2, p. 4 et 7 janvier 1994, n°3, p. 4.
- CREMONT (G.), Le logement de la famille en période de crise, 95^{ème} congrès des notaires de France, Demain, la famille, Marseille, 9-12 mai 1999, J.C.P., édition notariale et immobilière, 1999, p. 271.
- DABIN (J.), Une nouvelle définition du droit réel, R.T.D civ., 1960, p. 20.
- DAGOT () et SPITERI (), À la recherche de la multipropriété, J.C.P., 1972, I, 2481.
- DAUCHEZ (B.), L'usufruit sur les droits d'auteur, Defrénois, n° 24/04, article 38070, p. 1695.
- DAVID (A.), Les biens et leur évolution, A.P.D., 1963, p. 165.

- DAVID (C.), Le démembrement de propriété (aspects juridiques et fiscaux) 87^{ème} congrès des Notaires de France, Montpellier, 5/8 mai 1991, Les petites affiches, 24 avril 1991, n° 49, p. 63.
- DECHEIX (P.), LA fiducie ou du sens des mots, D., 1997, Chr., p. 35.
- DELFOSSÉ (A.), Pas-de-porte et indemnité d'éviction, Essai de synthèse fiscale, JCP, éd. notariale et immobilière, 1995, Pratique, 3375, p. 817.
- DERRUPPE (J.), Souvenirs et retour sur le droit réel du locataire, in *Mélanges en l'honneur de Louis Boyer*, Toulouse : Université des sciences sociales, 1996, p. 169.
- DERRUPPE (J.), De la fiducie au crédit-bail, Etudes Ellul, P.U.F., 1983, p. 449.
- DERRUPPE (J.), Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou d'actions, Petites Affiches, 13 septembre 1994, p. 15.
- DERRUPPE (J.), Les rapports locatifs immobiliers à la fin du XX^{ème} siècle ; in *Le droit privé à la fin du XX^{ème} siècle*, Etudes offertes à P. Catala, Paris : Litec, 2001, p. 652.
- DESURVIRE (D.), L'atomisation de la propriété, Petites Affiches, 29 juillet 1994, p. 11.
- DE VISSCHER, *Le jus abutendi*, R.T.D. civ. , 1913, p. 331.
- DOCKES (E.), Essai sur la notion d'usufruit, R.T.D. civ., 1995, p. 479.
- DOYON, La propriété spatio-temporelle, J.C.P., 1974, I, 2599.
- DUFOUR (B.), Réflexions sur la sanction et la portée d'une clause d'inaliénabilité (À propos du jugement du TGI de Montbéliard du 29 mars 1984, JCP, édition notariale et immobilière, 1985, p. 234.
- DUMAS (A.), Le régime domanial et la féodalité dans la France du Moyen Age, in *Recueils de la société Jean Bodin*, t. IV, Le domaine, 1949, p. 149.
- DUMAS (B.) et LOUVEL (M.-H.), Investissement et valorisation, Petites Affiches, 23 avril 1997, p. 43.
- DUPREZ (R.), De l'inutilité et des dangers de l'immobilisation de certaines charges à l'actif du bilan des entreprises, Petites Affiches, 11 avril 1994, n°43, p. 6.
- FABRE-MAGNAN (M.), Le mythe de l'obligation de donner, R.T.D. civ., 1996, p. 85 s.
- FABRE-MAGNAN (M.), Propriété, patrimoine et lien social, R.T.D. civ., 1997, p. 583.
- FARJAT (G.), La notion de droit économique, in *Droit et Economie*, A.P.D., t.37, Sirey, 1992, p. 27.
- FAVRE (D.), Contribution à l'étude de la tacite reconduction, Petites Affiches, 7 août 1996.

- FEENSTRA (R.), Les origines du *dominium utile* chez les glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des *ultramonti*), in *Fata juris romani*, Pays-Bas : Presse universitaire de Leyde, coll. *Leidse juridische reeks*, 1974, p. 226 s.
- FILHOL (R.), Propriété absolue et démembrement de la propriété dans l'ancien droit français, *Annales de l'Université de Poitiers*, 1960, p. 5 s.
- FRANCON (A.), L'usufruit des créances, *R.T.D. civ.*, 1957, p. 1.
- FRANCON (A.), La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur, *D.* 1976, chronique, XII, p. 55.
- FRISON-ROCHE (M.-A.) et TERRE-FORNACCIARI (D.), Quelques remarques sur le droit de propriété, *A.P.D.*, 1990, t. 35, p. 233.
- FROMONT (M.), La propriété foncière en droit allemand, in *Un droit inviolable et sacré, La propriété*, A.D.E.F., 1991, p. 299.
- FROSSARD (J.), L'immeuble et le droit commercial, *R.T.D. com.*, 1966, p. 535.
- GAILLARD (C.), La Révolution de 1789 et la propriété, La propriété attaquée et sacralisée, in *Les travaux de l'Atelier Proudhon*, Ecole des hautes études en Sciences sociales, 1991.
- GALLOUX (J.-Ch.), Les enjeux d'une déclaration universelle sur la protection du génome humain, *D.*, 1996, Chr., p. 141.
- GARDASCIA (G.), Le concept babylonien de propriété, *R.I.D.A.*, 1959, p. 31.
- GARRIGOU-LAGRANGE (A.), Travail et propriété dans l'enseignement récent de l'Eglise, in *Mélanges Brethe de la Gressaye*, p. 275.
- GARRON (R.), L'évolution de la législation relative aux baux commerciaux, *D.* 1966, Chronique, p. 71.
- GASPERINI (E.) et GUICHARD (J.-P.), Le capital et les revenus fonciers en France depuis deux siècles, in *Un droit inviolable et sacré, La propriété*, A.D.E.F., p. 32.
- GAVALDA (C.), Les fonds communs de créances bancaires : un exemple du phénomène de « titrisation » financière (Art. 34 à 42 L n° 88-1201, 23 décembre 1988, *Rev. sociétés*, 1989, p. 187.
- GENTILHOMME (R.), Quasi-usufruit et plus-values, *J.C.P.*, édition notariale et immobilière, n° 18, prat. 3709, p. 660.
- GENTILHOMME (R.), Apports de titres et démembrement de propriété, *J.C.P.*, édition notariale et immobilière, 1994, p. 327.
- GENTILHOMME (R.), Démembrement de l'actif social et transmission, *J.C.P.*, édition notariale et immobilière, 2000, p. 35.

GENY (F.), L'évolution contemporaine de la pensée juridique dans la doctrine française, in *Etudes, Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle*, t. I, in *Mélanges Ripert*, Paris : L.G.D.J., 1950.

GERAUD-LLORCA (E.), La doctrine et la propriété à la fin de l'Ancien Régime 1750-1789, CURAPP-CHRDIP, Paris : PUF, p.53.

GERMAIN (M.), Propriété et contrôle, introduction juridique à un débat, *Revue internationale de droit économique*, 1990, p. 261.

GEORGE (R.), La nature économique des pas de porte, *A.J.P.I.*, 1956, I, 83.

GHESTIN (J.), Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels, in *Mélanges en l'honneur de D. Tallon : d'ici et d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit*, Paris : Société de législation comparée, 1999, p. 251.

GHESTIN (J.), Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété, *D.* 1981, *Chronique*, p. 1.

GINOSSAR (S.), Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel ; *R.T.D. civ.*, 1960, p. 573.

GIVAUDAN (A.), La permanence irréductible du droit de propriété, in *Un droit inviolable et sacré, La propriété*, A.D.E.F., p. 113.

GIVERDON (C.), La loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre l'exclusion, *Rev. Administrer*, Janvier 1999, p. 46 s.

GIVORD (F.), Décadence et grandeur de la propriété commerciale, *RTD civ.* 1954, p. 38.

GOBERT (M.), La publicité foncière française, cette mal aimée, in *Etudes offertes à J. Flour*, Paris : répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 204.

GOBIN (A.), Fiducies sans la fiducie, *J.C.P.*, édition notariale et immobilière, 1994, *Doct.*, p. 315.

GOULARD (G.), Immobilisation des droits de propriété industrielle, *R.J.F.*, 10/1994, *Etudes et doctrine*, p. 583.

GOYET (C.), Remarques sur la cession de créances aux fonds communs de créances, L. n°88-1201 du 23 décembre 1988, chap. VII et Décret n°89-158 du 9 mars 1989, *Rev. jurispr. com.*, 1990, p. 241.

GRZEGORCZYK (C.), Le concept de bien juridique, l'impossible définition ?, *A.P.D.*, t. 24, 1979, p. 259.

GRIMALDI (M.), La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, répertoire du notariat Defrénois, 1991, article 35085, p. 897.

GRIMALDI (M.) et ROUX (J.-F.), La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit, répertoire du notariat Defrénois, 1994, article 35697, p. 3.

GRIMALDI (M.) et SAVOURE (B.), Aspects de droit civil. L'usufruit et le quasi-usufruit : questions de droit civil, Colloque sur le démembrement de propriété : stratégies actuelles et perspectives, Droit et Patrimoine, novembre 1999, Dossier, p. 55.

GUIHO (P.), Les actes de disposition sur la chose d'autrui, RTD civ., 1954, p. 1.

GUIGOU (J.-L.), Requiem pour le régime foncier britannique, in *Un droit inviolable et sacré, La propriété*, A.D.E.F., 1991, p. 324.

GUISELIN (E.-P.), L'accès à un logement décent et le droit de propriété : ni vainqueur, ni vaincu, Petites Affiches, 13 mars 2000, p. 6.

GUTMANN (D.), Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, Les ressources du langage juridique, A.P.D., t. 43, Le droit et l'immatériel, publié avec le concours du C.N.R.S, 1999, p. 65.

GUYON (Y.), La situation des associés dans les sociétés de construction, J.C.P., 1962, I, 1735.

HAGE-CHAHINE (P.), Essai d'une nouvelle classification des droits privés, R.T.D. civ. 1982, p. 705.

HAMEL (J.), La personnalité morale et ses limites, D., 1949, Chronique XXXIV, p. 141.

HANSENNE (J.), De l'obligation réelle accessoire à l'obligation réelle principale, in *Etudes dédiées à A. Weill*, Dalloz, Litec, 1983, p. 325.

HARRIS (H.P.), Les difficultés pratiques de l'assimilation sauvage au niveau fiscal des notions de fiducie britannique à certains droits réels tels que l'usufruit et le droit d'usage, Droit et patrimoine, 2000, p. 58.

HAUMONT (F.), Décomposition du droit de propriété dans les pays de l'Europe du Nord, in *Un droit inviolable et sacré, La propriété*, A.D.E.F., 1991, p. 313.

HENRIOT (J.), De l'obligation comme chose, in *Les biens et les choses*, A.P.D., t. 24, 1979, p. 235.

HOSTIOU (R.), Deux siècles d'évolution de la notion d'utilité publique, in *Un droit inviolable et sacré, La propriété*, A.D.E.F., 1991, p. 30.

HUDAULT (J.), Propriété et exploitation dans l'évolution de la législation agricole, Gaz. Pal. 1985, Doctrine, p. 336.

INAMOTO (Y.), La décomposition des droits sur le sol au Japon, dans *Un droit inviolable et sacré, La propriété*, A.D.E.F., 1991, p. 341.

JACQUIN (A.), Le temps de la réflexion et la fiscalité omniprésente, A.J.D.I., 10 décembre 1999, p. 1222.

JADAUD (B.), Droits et pouvoirs dans la donation-partage de parts sociales avec réserve de quasi-usufruit, J.C.P., édition notariale et immobilière, 1995, prat. 3569, n° 52, p. 1791.

- JAMIN (Ch.), Propos démodés sur les effets d'une généralisation éventuelle de la réserve de propriété dans les ventes de biens mobiliers corporels, JCP cahiers du droit de l'entreprise, Suppl. n° 5, 1995, p. 29.
- JAMIN (Ch.), Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés, Dalloz, 2005, Chronique, p. 2342.
- JAUBERT, Deux notions du droit des biens, la consomptibilité et la fongibilité, R.T.D. civ., 1945, p. 75.
- JESTAZ (Ph.), La réserve de propriété ou la vente éclatée, in *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, Paris : Litec, p. 229.
- JEULAND (E.), L'énigme du lien de droit, RTD. civ., 2003, p. 455.
- JOSSERAND (L.), Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau, in *Mélanges juridiques dédiés à M. le professeur Sugiyama*, Paris : Librairie du recueil Sirey, 1940, p. 95.
- JOZON (P.), De la nature du droit du preneur, Rev. prat. de droit français, 1865, p. 358.
- JUEN (P.), La compatibilité du principe d'inaliénabilité du domaine public avec la constitution de droits réels, RD imm., 2000, p. 121.+
- JULIEN SAINT-AMAND (P.) et CHOISNE (J.-P.), Démembrement et détention d'immeubles, 96^{ème} Congrès des notaires de France, Lille, 29-31 mai 2000, Le patrimoine au XXI^{ème} siècle, J.C.P., édition notariale et immobilière, 2000, p. 196.
- KENDERIAN (F.), L'image des biens : nouveau droit subjectif ou faux débat ?, D., 2002, Chronique, p. 1161.
- KERHALIC (G. de), Les habits neufs de la propriété foncière, in *Un droit inviolable et sacré, La propriété*, A.D.E.F., 1991, p. 201.
- KRAMPE (C.), Obligation comme bien. Droit français et allemand, APD, 2000, t. 44, p. 205.
- KRIEF-SEMITKO (C.), De l'action paulienne ou de la propriété des créances, droit de propriété sur une valeur (essai d'une théorie de la valeur en droit civil français, RRJ, 2004-2 (I), p. 789.
- LABORDE-LACOSTE (M.), La propriété est-elle une fonction sociale ?, in *Mélanges Brethe de la Gressaye*, 1967, p. 373.
- LABORDE-LACOSTE (M.), Les métamorphoses du louage des immeubles de 1804 à 1964, in *Mélanges offerts à R. Savatier publiés avec le concours du CNRS*, Paris : Dalloz, 1965, p. 423.
- LACHAUME (J.-F.), L'évolution de la propriété publique, in *L'évolution contemporaine du droit des biens, 3^{èmes} journées R. Savatier (Poitiers, 4 et 5 octobre 1990)*, Publications de la faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, P.U.F., 1991, p. 167.

- LAFOND (J.), Le « droit d'entrée » versé au bailleur est-il un revenu foncier imposable ?, J.C.P., édition notariale et immobilière, 1990, Pratique, 1556, p.529.
- LAFOND (J.), Loi du 6 juillet 1989 : congédiement du locataire, J.C.P., édition notariale et immobilière, 2000, p. 987.
- LAMARCHE (Th.), L'imprescriptibilité et le droit des biens, R.T.D. civ., Juillet/Septembre 2004, p. 403.
- LAPASSE (P. de), Le moment du transfert de propriété lors de la vente des valeurs immobilières et d'autres droits incorporels, JCP cahiers du droit de l'entreprise, Suppl. n° 5, 1995, p. 18.
- LARROUMET (Ch.), La fiducie inspirée du trust, D., 1990, Chr., p. 119.
- LATAULADE (D. de) et BOQUET (A.), L'avenir du bail à construction, Gaz. Pal., 1974, I, 439.
- LE CALVEZ (J.), L'usufruit des valeurs mobilières de capitalisation (ou les bois taillis du XX^{ème} siècle), D., 1994, p. 125.
- LEDUC (F.), Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ?, R.T.D. civ., 1995, p. 307.
- LE FUR (A.-V.), L'acte d'exploitation de la chose d'autrui, R.T.D. civ., 2004, Juillet/septembre 2004, p. 429.
- LEGEAIS (R.), Le droit au bail dans le partage, R.T.D. civ., 1956, 243 s.
- LEGENDRE (P.), Remarques sur la re-féodalisation de la France, Etudes en l'honneur de Georges Dupuis, Paris : L.G.D.J., 1997, p. 201-211.
- LEPAGE (H.), L'analyse économique et la théorie du droit de propriété, in *Destins du droit de propriété*, Droits, 1985, p. 91.
- LEPAGE (H.), La propriété deux siècles après : qu'en reste-t-il ? Rev. Administrer, déc. 1989, p. 25.
- LEPAGE (H.), La politique des structures et l'efficacité de la propriété, in *Un droit inviolable et sacré, La propriété*, A.D.E.F., 1991, p. 255.
- LEPAGE-JESSUA (C.), La Constitution et le droit de propriété, in *Un droit inviolable et sacré, La propriété*, 1991, p. 99.
- LIBCHABER (R.), L'usufruit des créances existe-t-il ?, R.T.D. civ. 1997, p. 615.
- LIBCHABER (R.), La recodification du droit des biens, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Paris : Dalloz Litec, 2004.
- LIMPENS, De l'opposabilité des contrats aux tiers ; contributions à l'étude de la distinction des droits réels et personnels, in *Mélanges Roubier*, t. II, p. 89.

LOISEAU (G.), L'appropriation des espaces virtuels par les noms de domaine, *Droit et patrimoine*, Mars 2001, n° 91, p. 59.

LUCAS RAFFALLI (S.), *Le corpus virtuel*, La notion de *corpus* virtuel a-t-elle seulement un sens ?, *R.R.J.*, 2000-4, p. 1461.

LUCHAIRE (F.), Socialisme, propriété et Constitution, in *Droit, institutions et systèmes politiques, Mélanges en hommage à M. Duverger*, Paris : P.U.F., 1987, p. 127 s.

LUCHAIRE (F.), La Constitution et la propriété, in *Association française des constitutionnalistes, Droit constitutionnel et droits de l'Homme*, Economica, P.U.A.M., 1987, p. 139 s.

LUCHAIRE (F.), Les fondements constitutionnels du droit civil, *RTD civ.*, 1982, p. 245.

MACKAAY (E.), La propriété est-elle en voie d'extinction ? in *Nouvelles technologies et propriété*, Université de Montréal, Faculté de droit, centre de recherche en droit public : *Thémis*, Paris : Litec, 1991, p. 217.

MAILLEY (B.), Usufuit, nue-propriété et viager : méthode d'estimation, *A.J.P.I.*, 1985.

MAINGUY (D.), Propriété et contrat, *Droit et patrimoine*, 2001, n°91, p. 73.

MALAURIE (Ph.), Rapport de synthèse, *JCP cahiers du droit de l'entreprise*, Suppl. n° 5, 1995, p. 46.

MALAFOSSE (J. de), La propriété gardienne de la nature, *Etudes offertes à J.Flour*, répertoire du notariat Defrénois, 2^{ème} trimestre, 1979, p. 335.

MALINVAUD, La distinction des meubles et des immeubles à l'épreuve des sociétés d'attribution, *Etudes offertes à R. Houin*, Dalloz Sirey, 1985, p. 201.

MARINI (Ph.), Conclusion et synthèse de la journée, *Colloque sur le démembrement de propriété : stratégies actuelles et perspectives*, *Droit et Patrimoine*, novembre 1999, Dossier, p. 104.

MARINI (Ph.), La fiducie bientôt reconnue en droit français ?, *Entretien*, propos recueillis par E. Filiberti, *Petites Affiches*, 1^{er} mars 2005, p. 3.

MARTIN (R.), Le pas-de-porte, *D.*, 1957, *Chr.*, p. 1.

MARTIN (R.), De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété, *R.T.D. civ.* 1975, p. 52.

MARTIN (D.R.), Du gage d'actifs scripturaux, *D.*, 1996, *Chronique*, p. 263.

MAUBLANC (J.-P.), La taxation des cessions de parts de sociétés concessionnaires de l'usage des ports de plaisance, *AJDI*, 10 septembre 1999, p. 785.

MELEDO-BRIAND (D.), Les multiples utilités économiques des biens : Approche de la propriété simultanée, in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^{ème} siècle*, *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris : Dalloz, 1997, p. 467.

- MESTRE (J.-L.), L'expropriation face à la propriété (du Moyen Age au Code civil), in *Destins du droit de propriété*, Droits, 1985, p. 51.
- MEGRET (J.), La propriété culturelle est-elle une formule d'avenir ? *Gaz. Pal.* 1976, p. 323.
- MEYNIAL (E.), Note sur la formation du domaine divisé, du XII^{ème} au XIV^{ème} siècle dans les romanistes, Etude de la dogmatique juridique, in *Mélanges Fitting*, t. 2, Montpellier : société anonyme de l'imprimerie générale du midi, 1907-1908, Aalen : Scientia Verlag, Frankfurt/Main : Sauer et Auverman KG, 1969; p. 409.
- MICHAELIDES-NOUAROS (G.), L'évolution récente de la notion de droit subjectif, *R.T.D. civ.*, 1966, p.216.
- MICHALOPOULOS (C.) et CABANAC (J.), Le droit de jouissance exclusive dans les sociétés de construction de la loi du 28 juin 1938, *Gaz. Pal.*, 31 mai 1961.
- MOLANT (D.), Bail à construction et droit réel, *Petites Affiches*, 12 juin 1995.
- MONASSIER (B.), Introduction, Colloque sur le démembrement de la propriété de 1994, *Droit et Patrimoine*, HS n°1, janvier 1995, p. 3.
- MONASSIER (B.), Introduction, Colloque sur le démembrement de propriété : stratégies actuelles et perspectives, *Droit et Patrimoine*, novembre 1999, Dossier, p. 54.
- MONSERIE (M.-H.), La continuation du contrat de bail, *Petites Affiches*, 8 juillet 1996.
- MORAND, La « copropriété saisonnière » ou « multipropriété » depuis 10 ans, *Gaz. Pal.*, 1979, I, *Doct.*, 245.
- J. MORANGE, La Déclaration et le droit de propriété, *Droits*, n°8, 1988, p. 109 s.
- MOREAU (J.-P.), L'évolution de la propriété foncière, Troisièmes Journées R. Savatier (Poitiers, 4 et 5 octobre 1990), Publications de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, P.U.F, 1991, p. 31.
- MORIN (G.), Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété, in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle, Etudes offertes à G. Ripert*, Paris : L.G.D.J., 1950, t. II, p. 3 s.
- MOTULSKY (H.), De l'impossibilité juridique de constituer un « trust » anglo-saxon sous l'empire de la loi française, *Rev. crit. de Dr. int. privé*, 1948, p. 451.
- MOULY (C.), Faut-il retarder le transfert de la propriété ? *JCP cahiers du droit de l'entreprise*, Suppl. n° 5, 1995, p. 1.
- MOULY (C.), Analyse économique du droit régissant le transfert de propriété (résumé 1), *JCP cahiers du droit de l'entreprise*, Suppl. n° 5, 1995, p. 6.
- MOUSSERON (J.-M.), Valeurs, biens, droits, in *Mélanges en l'honneur de MM. Breton et Derrida*, 1991, p. 277.

MOUSSERON (J.-M.), L'évolution de la propriété industrielle, in *L'évolution contemporaine du droit des biens, Troisièmes Journées R. Savatier (Poitiers, 4 et 5 octobre 1990)*, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, P.U.F, 1991, p. 157.

MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.), REVET (T.), De la propriété comme modèle, in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris : LITEC, 1993, p. 281.

NICHOLAS (B.), Le langage des biens dans la *Common law*, A.P.D., 1979, t. 24, p. 55.

NEGRO (F.), L'exécution forcée engendre-t-elle un droit réel ?, *Rev. int. de droit comparé*, 1949, II, p. 332.

OURLIAC (P.), La propriété, pour quoi faire ?, in *Mélanges dédiés à L. Boyer*, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, p. 423.

OURLIAC (P.), Propriété et exploitation : l'évolution récente du droit rural, in *Mélanges dédiés à G. Marty*, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1979, p. 881.

OURLIAC (P.) et DE JUGLART (M.), Les baux ruraux à long terme, Lois du 31 décembre 1970 et du 3 janvier 1972, J.C.P., éd. G., 1972, I, 2449.

PASSA (J.), La propriété de l'information : un malentendu ?, *Droit et patrimoine*, Mars 2001, n° 91, p. 64.

PATAULT (A.-M.), Réflexions sur les limitations du droit de propriété à Rome jusqu'à la fin de la République, *Rev. Hist. Dr.*, 1977, p. 239 s.

PATAULT (A.-M.), Regard historique sur l'évolution du droit des biens, Troisièmes Journées R. Savatier (Poitiers, 4 et 5 octobre 1990), Publications de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, P.U.F, 1991, p. 3.

PAULIAT (H.), L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ?, *D.*, 1995, Chronique, p. 283.

PAULIAT (H.), Le droit de propriété devant le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'Homme, *RD pub.*, 1995, p. 1445.

PAY (B.), Pratique du démembrement de propriété sur le capital-décès assurance-vie, *JCP*, 1996, éd. not. et immob., n° 30-35, prat. 3797, p. 1116.

PERINET-MARQUET (H.), La propriété à géométrie variable, in *Un droit inviolable et sacré, La propriété*, A.D.E.F., 1991, p. 127.

PERINET-MARQUET (C.), Droit des biens, J.C.P., éd. G., 1997, I, 175.

PEROCHON (F.), La revendication favorisée, *D.*, 1994, p. 251.

PEROT-MOREL (M.-A.), Les limites de l'autonomie de la volonté dans les contrats relatifs aux modèles industriels, in *Mélanges en l'honneur du Pr. Françon*, Paris : Dalloz, 1995, p. 337.

PERRIER-CUSSAC (M.), Les droits du titulaire d'une concession funéraire, JCP, édition notariale et immobilière, 1990, I, p. 344.

PETERKA (N.), Réflexions sur la nature juridique de l'apport en jouissance, BMSI Joly, 1^{er} mars 2000, Chronique, p. 361.

PEYRET (J.), L'évolution du droit des servitudes, Troisièmes Journées R. Savatier (Poitiers, 4 et 5 octobre 1990), Publications de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, P.U.F, 1991, p. 69.

PIEDELIEVRE (A.), Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien, in *Aspects du droit privé en fin du 20^{ème} siècle, Etudes réunies en l'honneur de M. de Juglart*, Paris : L.G.D.J., Editions Montchrestien, Editions techniques, 1986, p. 55.

PIETRI (G.) et de BERNIS (Ch.), Les virtualités du système des droits réels mis en place par la loi du 25 juillet 1994 : des montages habiles mais risqués, Petites affiches, 27 novembre 1998, n° 142, p. 4.

PILLEBOUT (J.-F.), Réflexions sur le droit d'usufruit, J.C.P., édition notariale et immobilière, 1977, p. 1731.

PILLEBOUT (J.-F.), Le contentieux du droit d'usage et d'habitation, JCP, édition notariale et immobilière, 1976, I, 2826.

PIMONT (S.), L'opposabilité du droit de chasse à l'acheteur des terrains sur lesquels il s'exerce (Commentaire de Cass. civ.3, 2 octobre 2002), Revue de droit rural, n° 311, mars 2003, p. 155.

PIOTET (D.), Le droit de propriété en Suisse, in *Un droit inviolable et sacré, La propriété*, A.D.E.F., 1991, p. 306.

PIROVANO (A.), La fonction sociale des droits, réflexions sur le destin des théories de Josserand, D., 1972, Chronique, p. 67.

PLAGNET (B.), JULIEN-SAINT-AMAND (P.) et DEBRABANT (B.), Aspects de droit fiscal, Les incidences fiscales de l'analyse juridique : de la constitution à l'extinction de l'usufruit et du quasi-usufruit, Colloque sur le démembrement de propriété, stratégies actuelles et perspectives, Droit et Patrimoine, novembre 1999, Dossier, p. 89.

PONTON-GRILLET (D.), Les aspects fiscaux de la relation entre usufruitier et nu-proprétaire, D., 1989, Chr., p. 250.

PONTON-GRILLET (D.), Le droit d'usage et d'habitation : diminutif ou substitut du droit d'usufruit ?, D., 1992, Chronique, XLVII, p. 235.

PONTON-GRILLET (D.), Le droit du bail d'habitation à l'épreuve de la réglementation locative : une nouvelle désacralisation de la propriété ?, J.C.P. éd. G., 2000, I, 240.

PONTON-GRILLET (D.), Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle, D., 2000, p. 331.

PORNIM (E.), L'imposition du droit d'entrée reçu pas le bailleur, Bull. Cridon, 1991, n°10.

PRATS (J.), Trust et patrimoine professionnel : amélioration des fonds propres et défaisance, Droit et patrimoine, décembre 2004, p. 66.

PRIEUR (J.), FERRET (J.-P.) et ROUSSEL (F.), Aspects du droit des sociétés, Démembrement, utilisation du quasi-usufruit, montages, Colloque sur le démembrement de propriété : Stratégies actuelles et perspectives, Droit et Patrimoine, novembre 1999, Dossier, p. 71.

PROUTIERE-MAULION (G.), L'évolution de la nature juridique du poisson de mer. Contribution à la notion juridique de bien, D., 2000, Chronique, p. 647.

PUIG (P.), Les techniques de préservation de l'exécution en nature, RDC, février 2005, p. 85.

RAISON (A.), Des clauses d'inaliénabilité dans les contrats à titre onéreux, Jour. not., 1954, art. 44228, p. 121.

RANOUIL (V.), Propriété, Jcl. civ., Article 544, Fascicule 10.

RAYBAUD-TURILLO (B.), Un éclairage nouveau pour le traitement comptable du crédit-bail, Revue française de comptabilité, n° 263, janvier 1995, p. 86 et n° 264, février 1995, p. 83 s.

RAYNAUD (P.), Le contrat de location d'un fonds de commerce, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1936, p. 546.

RENARD (V.), Le droit de propriété dans la Constitution américaine, in *Un droit inviolable et sacré, La propriété*, A.D.E.F., 1991, p. 330.

RENOUX-ZAGAME (M.-F.), Du droit de Dieu au droit de l'Homme : sur les origines théologiques du concept moderne de propriété, in *Destins du droit de propriété*, Droits, 1985, p. 17.

RENOUX-ZAGAME (M.-F.), Histoire du droit de propriété, Administrer 1989, p. 13.

RENET (Th.), Les différentes ventes, JCP cahiers du droit de l'entreprise, Suppl. n° 5, 1995, p. 8.

RENET (Th.), La Cour de cassation teste une nouvelle figure juridique : le propriétaire non-propriétaire, Droit et patrimoine, juillet/août 2004, p. 34.

RENET (Th.), Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire, Droit et patrimoine, Mars 2004, p. 20.

RIGAUD (L.), La théorie du droit réel et de l'obligation et la science juridique pure, Rev. crit. lég. et jurisp., 1925, p. 423.

RIGAUD (L.), Le conflit de deux propriétés, Annales de droit commercial, 1921, p. 113.

RIGAUD (L.), À propos d'une renaissance du jus ad rem et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux, RID comp., 1963, p. 557.

- RIPERT (G.), Le statut du fermage : du droit contractuel au droit de l'entreprise, D., 1946, Chronique, p. 1.
- RIPERT (G.), La propriété des maisons d'habitation et la loi du 1^{er} septembre 1948, D., 1948, Chr., p. 193.
- RIZZO (F.), Regards sur la prohibition des engagements perpétuels, Droit et patrimoine, Janvier 2000, p. 60.
- ROSA (J.-J.), Des comportements patrimoniaux aux politiques publiques : le logement, bien de consommation et instrument de placement, Adm., décembre 1989, p. 12.
- ROSE-ACKERMAN (S.), L'inaliénabilité et la théorie des droits de propriété, RRJ, 1987-2, p. 533.
- ROUAST (A.), L'évolution du droit de propriété, rapport à la séance du 7 juillet 1945 de l'Association H. Capitant, Travaux de l'Association, t. I, Paris : Dalloz, 1945, p. 45.
- ROULAND (N.), Pour une lecture anthropologique et inter-culturelle des systèmes fonciers, in *Destins du droit de propriété*, Droits, 1985, p. 63.
- ROUSSEL (F.), Démembrement sur les titres, Colloque au Sénat sur le démembrement de la propriété de 1994, Droit et Patrimoine, HS n° 1, janvier 1995, p.30.
- SACCO (R.), Faut-il retarder le transfert de la propriété ? (Synthèse de droit comparé), JCP cahiers du droit de l'entreprise, Suppl. n° 5, 1995, p. 22.
- SAINT-ALARY (R.), Bail à construction et opérations d'urbanisation, J.C.P., éd. générale, 1966, I, 1976.
- SAINT-ALARY (R.), Quelques réflexions sur les problèmes de promotion immobilière, in *Mélanges Brethe de la Gressaye*, p.45.
- SAINT-ALARY (R.), Concession immobilière, Rép. Dalloz, février 1998.
- SAINT-ALARY (R.), Bail à construction, Rép. Dalloz, janvier 2001.
- SAINT-ALARY HOUIN (C.), Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière, in *Mélanges Pierre Raynaud*, 1985, p. 733.
- SAINT AMAND (P. J.), Instruments juridiques de droit français constituant une alternative au trust, Droit et patrimoine, décembre 2004, p. 72.
- SALLE () et CHEVALLIER (), Les risques fiscaux du quasi-usufruit dans les donations de titres, Droit et patrimoine, janvier 1997, p. 26.
- SAUVAGE (F.), Les nouvelles frontières du quasi-usufruit, J.C.P., éd. Notariale et immobilière, 2000, p. 691.
- SAVATIER (R.), La nature juridique et les caractères nouveaux du droit à un bail rural, D., 1946, Chronique, p. 41 s.

SAVATIER (R.), La concession d'un bail ou la renonciation à un bail constituent-elles aujourd'hui des donations, et dans quels cas ? Rép. gén. notariat, Art. 27273.

SAVATIER (R.), Propriété et exploitation, Semaines sociales de Nantes, 1950, p. 91.

SAVATIER (R.), Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels, R.T.D. civ., 1958, p. 1.

SAVATIER (R.), Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels, R.T.D. civ., 1958, p. 331 s.

SAVATIER (R.), Les métamorphoses du louage d'immeuble et les aspects économiques du droit au bail, Droit social, 1964, 193.

SAVATIER (R.), La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers, D., 1976, Chronique, p. 103.

SERIAUX (A.), La notion juridique de patrimoine, brèves notations civilistes sur le verbe avoir, R.T.D. civ., 1994, p. 801.

SERIAUX (A.), Propriété, Rép. Dalloz, janvier 2003.

SIMLER (P.), Les clauses d'inaliénabilité, D. 1971, Comm. Lég., 16-1.

SINAY-CYTERMAN (A.), La réforme du surendettement, Les innovations de la loi du 29 juillet 1998 de lutte contre les exclusions, J.C.P., éd. G., I, 106, p. 195.

SIRINELLI (P.), Le quasi-usufruit, Petites Affiches, 21 juillet 1993, n°87, p. 30.

SIZAIRE (D.), Les quasi-propriétaires, Rev. Administrer, juillet 1987, p. 7 s.

STRUYCKEN (A.V.M.), L'évolution du droit des biens à travers le nouveau code civil néerlandais, Troisièmes Journées R. Savatier (Poitiers, 4 et 5 octobre 1990), Publications de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, P.U.F, 1991, p. 83.

SUDRE (F.), La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'Homme, D. 1988, Chronique, XII, p. 70.

SUEL (M.), La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, l'énigme de l'article 17 sur le droit de propriété, la grammaire et le pouvoir, R.D. public, 1974, p. 1295 s.

SUPIOT (A.), Il faut se défaire des illusions du « tout contractuel », Le Monde, 7 mars 2000, p. 17.

SUPIOT (A.), Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit, Collection La couleur des idées, Paris : Le Seuil, 2005, p. 164 et s.

TERNEYRE (P.) et NOYER (B.), Le bail emphytéotique administratif comme technique contractuelle de valorisation du domaine public des collectivités locales, Petites Affiches, 10 juillet 1996 et 12 juillet 1996.

TERRE (F.), Esquisse d'une sociologie du droit de propriété, Etudes à la mémoire du professeur Emile Giraud, Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Lille, 1966, p. 417.

TESTU (X.), Les glossateurs, regards d'un civiliste, R.T.D. civ. 1993, p. 283.

TERRAY (J.) et DERROUIN (Ph.), La titrisation de crédits, Bull. Joly, 1989-7.

TERRE (F.), L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil, in *Destins du droit de propriété*, Droits, 1985, p. 33.

THERY (R.), De l'utilisation à la propriété des choses, in *Etudes offertes à G. Ripert*, Paris : L.G.D.J., 1950, t. II, p. 17.

THIREAU (J.L.), La doctrine civiliste avant le Code civil, in *La doctrine juridique*, CURAPP-CHRDIP, Paris : PUF, p. 13.

THOMAS (L.), Des clauses portant défense d'aliéner, de céder ou de saisir dans les dispositions entre vifs ou testamentaires, Rev. gén. dr. lég. jurisp., 1908, p. 39, 117, 241, 385n 529 et 1909, p. 199, 326, 427.

TIRARD (J.-M.), Trust patrimonial et droit fiscal français, Droit et patrimoine, décembre 2004, p. 60.

TIXIER (J.-L.), Bail emphytéotique, Rép. Dalloz, octobre 1997.

TOLEDO-WOLFSOHN (A.-M.), Le trust et le droit civil français, Revue Lamy Droit civil, n° 8, septembre 2004, p. 29.

TOMASIN (D.), Les atteintes portées au droit de propriété, Administrer 1989, p. 16.

TOMASIN (D.), L'évolution de la propriété immobilière, Troisièmes Journées R. Savatier (Poitiers, 4 et 5 octobre 1990), Publications de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, P.U.F, 1991, p. 47.

TUROT (J.), Pas-de-porte et indemnité d'éviction, R.J.F., 1989, p. 611.

TUROT (J.), Activation des charges : la poule pondeuse et le poulet, R.J.F., 12/1994, Etudes et doctrine, p. 742.

ULRICH (D.), Le bail emphytéotique : survivance du passé ou institution d'avenir ?, Petites Affiches, 1998, p. 4.

VANEL (M.), Propriété, Rép. Dalloz, 1976.

VAREILLES-SOMMIERE (Le Marquis de), La définition et la notion juridique de la propriété, R.T.D. civ., 1905, p. 443.

VEAUX-FOURNERIE (V.), Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commercial, in *Le gage commercial : étude de droit commercial sous la direction de J. Hamel*, Paris : Dalloz, 1953.

- VERBAERE (C.), Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, application au droit de rétention, *Revue de la Recherche Juridique*, 1999, 3, p. 685.
- VERDIER (), Les problèmes de la propriété privés et collective chez les peuples primitifs, *Etudes de droit contemporain*, 1963, p. 105 s.
- VERDOT (R.), De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes d'administration et des actes de disposition, *R.T.D. civ.*, 1968, p. 449.
- VERNY (J.-F.), Pas-de-porte et indemnité d'éviction, *R.J.F.*, 1978, p.346.
- VIAL-PEDROLETTI (B.), La loi sur l'exclusion : les dispositions relatives au logement, Loyers et copropriété, 1998, *Chronique*, p. 4.
- VIAL-PEDROLETTI (B.), Articles 1708 à 1762, *J-cl. civ.*, 2001, fasc. 230 et *J-cl. civ.*, 2003, fasc. 86.
- VIATTE (J.), Les restrictions au pouvoir de donner à bail, *Revue des loyers*, 1966, p. 208.
- VIATTE (J.), Le bail : acte de disposition, *Rev. Loyers*, 1970, p. 125.
- VIATTE (J.), Du bail emphytéotique, *Rev. Loyers*, 1973, p. 302.
- VIENNOIS (J.-P.), La revendication des créances, *RRJ*, 2001-4, p. 1424 s.
- VILLEY (M.), *Le jus in re*, Du droit romain classique au droit moderne, *Pub. Inst. Dr. Rom.*, t. VI, 1950, p. 1999.
- VILLEY (M.), La genèse du droit subjectif chez Guillaume D'Occam, *A.P.D.*, 1964, p. 117.
- VILLEY (M.), Notes sur le concept de propriété, in *Critique de la pensée juridique moderne, douze autres essais*, 1976, Paris : Dalloz, p. 187 s.
- VITU (A.), Propriété commerciale et propriété culturelle, Etude comparative de deux législations protectrices des preneurs à bail, *R.T.D. civ.* 1946, p. 273.
- VIVANT (M.), L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ?, in *Mélanges Christian Mouly*, Paris : LITEC, 1998, p. 441.
- VOGEL (L et J), Vers un retour des contrats perpétuels ? Evolution récente du droit de la distribution, *Contrats, conc., consom.*, août-septembre 1991, p. 1.
- VOIRIN (P.), La jouissance d'une exploitation envisagée comme critère du bail à ferme et comme principe de son autonomie, *R.T.D. civ.*, 1930, p. 291 et s.
- VOIRIN (P.), Propriété et responsabilité dans les baux ayant pour objet une exploitation spécialement dans le bail du fonds de commerce, *R.T.D. civ.* 1931, p. 283 et s.
- WAAL (A. de), Immobilisation des redevances versées en contrepartie d'un droit d'utilisation, *Interrogations sur une théorie prétorienne*, *Dr. fisc.*, 1995, n° 45-46, p. 1612.

WESTRUP (), Quelques remarques sur la propriété primitive devant l'histoire comparative, Rev. Hist. Dr., 1933, p. 223 s.

YSEUX (V.), Nature du droit du preneur dans le contrat de louage, Rev. Crit., 1873, p. 102.

ZAJAC (P.), Le bail accidentel de la chose d'autrui, J.C.P., éd. G., 1995, p. 641.

ZENATI (Fr.), Sur la constitution de la propriété, D., 1985, Chronique, p. 171 s.

ZENATI (Fr.), Le droit des biens dans l'œuvre du Doyen Savatier, Troisièmes Journées R. Savatier (Poitiers, 4 et 5 octobre 1990), Publications de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, P.U.F, 1991, p. 13.

ZENATI (Fr.), Pour une rénovation de la théorie de la propriété, R.T.D. civ., 1993, p. 305.

ZENATI (Fr.), L'immatériel et les choses, A.P.D., t. 43, Le droit et l'immatériel, publié avec le concours du C.N.R.S., 1999, p. 79

ZENATI (Fr.), La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempsychose de la valeur), Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle, Etudes offertes à P. Catala, Paris : Litec, 2001, p. 635.

ZITOUNI (F.), Le conseil constitutionnel et le logement des plus démunis, Petites Affiches, 12 janvier 1996, p. 14.

IV / JURISPRUDENCE (ordre chronologique):

Req. 13 février 1834, Sirey 1834, I, p. 205 ; D., 1834, I, p. 218.

Cass. civ., 20 avril 1858, DP 1858, I, p. 154 ; S. 1858, I, 589.

Paris, 29 mars 1860, D., 1860, 2^{ème} partie, 186, note Royer.

Cass. civ. 22 juin 1864, D.P., 1864, I, 412 ; S., 1864, I, p. 349.

Req. 27 juillet 1863, DP 1864, I, p. 494 ; 16 janvier 1923, DP 1923, I, p. 177.

Cass. 6 mars 1876, D. 1876, I, 193, note A. Giboulot ; Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 10^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1994, note Fr. TERRE et Y. LEQUETTE, p. 406.

Req. 16 août 1880, S. 1881, I, 125, note Lyon-Caen.

Cass. civ., 16 août 1882, D.P., 83, I, 213 ; S., 1984, I, 33, note A. Esmein.

Cass. civ. 27 juill. 1887, D. 1888, I, 5, note Sarrut.

Req., 10 décembre 1900, DP, 1901, 1, 209, note Guénée.

sous Cass. civ. 3, 30 juin 1936, S. 1937, I, p. 161, note Vialletton.

Cass, 6 février 1946, *Rivista di diritto commerciale*, 1946, II, p. 197.

Cass. com. 8 février 1949, *JCP*. 1949, II, 4947, note Cohen.

Cass. civ. 1, 8 décembre 1965, *D.*, 1967, 407, note R. Savatier; *R.T.D. civ.*, 1967, 664, note Savatier; *Def.* 1966, article 28794.

Cass. civ. 7 février 1962, *D.* 1962, 433, 1ère esp., note A. Esmein.

Cass. civ. 3, 29 février 1968, *Bull. civ. III*, n° 84, p. 68.

Cass. civ. 1, 20 mai 1969 et Cass. civ. 3, 31 janvier 1969, *J.C.P.*, éd. G., 1969, II, 15982.

Cass. civ. 3, 30 janvier 1970, *Bull. III*, n°83, p.60.

Cass. civ. 3, 9 juillet 1970, *Bull. civ.*, III, n°470, p. 347 ; *JCP*, 1971, éd. not. et immob., 16579 ; note G. Goubeaux ; *Rép. Defrénois*, 1971, art. 29882, p. 665, n° 49, note J.-L. Aubert.

Ass. plén. 23 juin 1972, *D.* 1972, *Jurisprudence*, p. 705, conclusions R. Lindon ; *JCP* 1973, II, 17331, note G. Goubeaux et Y. Jégouzo ; *Gaz. Pal.*, 1972, 2ème sem., 579, note J. Cabanac.

Cass. civ. 3, 14 novembre 1972, *D.* 1973, 252, note Chesné.

Cass. civ. 3, 28 novembre 1972, *Bull. civ.*, III, n° 631 ; *D.*, 1973, *IR*, p. 6 ; *Rép. Defrénois*, 1973, art. 30293, n° 10, note Souleau ; *R.T.D. civ.*, 1973, p. 365, note G. Cornu.

Cass. civ. 1, 8 mai 1973, II, 17566, note G. Goubeaux.

Cass. civ. 3, 27 février 1973, *D.* 1974, note Savatier.

Cass. civ. 1, 20 décembre 1976, *Bull. civ. I*, n° 414 ; *D.* 1977, *inf. rap.*, p. 149 ; *R.T.D. civ.* 1977, p. 359, note R. Savatier.

Cass. civ. 3, 6 mai 1980, *Bull. civ. III*, n° 91.

Cass. civ. 1, 25 juin 1980, *Bull. civ. I*, n° 200 ; *D.* 1981, *inf. rap.*, p. 90, note D Martin ; *Rép. Defrénois* 1981, art. 32608, p. 468, note G. Champenois ; *R.T.D. civ.* 1981, p. 671, note J. Patarin.

Cass. civ. 1, 31 mars 1981, *Bull. civ. I*, n°115; *J.C.P.*, éd. N, 1982, II, 19812, note Ph. Rémy ; *Def.* 1981, article 32750, note G. Champenois.

Cass. civ. 1, 3 mars 1982, *Dalloz*, éd. G, 1982, *IR*, 268 ; *Gaz. Pal.*, 1983, I, 71, note M. Defossez ; *J.C.P.*, 1983, II, 20115, note E. M. Bey ; *R.T.D. civ.*, 1983, p.152, note Ph. Rémy.

Cass. civ. 3, 18 janvier 1984, *D.*, 1985, *Jurisprudence*, p. 504, note Fr. Zenati; *J.C.P.*, éd. G., 1986, II, 20547, note J ; -F. Barbièri.

Cass. civ. 3, 10 mai 1984, J.C.P., éd. G., II, 20328, note M. Dagot ; Rép. Defrénois, 1985, article 33612, note J.-M. Olivier.

Cass. civ. 3, 24 octobre 1984, Bull. civ. III, n° 174 ; J.C.P., 1985, II, 20474, note Boccara ; Rev Loyers 1985, p. 84 ; Rev. dr. imm., 1985, p. 294, note Derruppé et Brière de L'Isle.

CE, 7^{ème} et 8^{ème} ss., 5 novembre 1984, req. 43573, Dr. fisc., 1985, n°30, comm., 1376, concl. Latournerie ; R.J.F., 1/1985, p. 21.

Cass. com. 1^{er} octobre 1985, D. 1986, 246, note M. Cabrillac ; D. 1986, inf. rap. 169, obs. J. Derrida.

Cass. civ. 1, 9 octobre 1985, Bull. civ. I, n° 252 ; R.T.D. civ. 1986, p. 622, note J Patarin ; Rép. Defrénois 1987, art. 33918, p. 499, note L Aynès.

Cass. com. 3 juin 1986, Bull. IV, n° 114, D. 1988, Somm. 10, obs. F. Derrida.

CE, 25 juillet 1986, n°41921, Kalkowski, R.J.F., 11/1986, n°990 ; Dr. fisc. 1987, n°27, comm. 1279, note Ph. Martin.

Cass. com. 28 octobre 1986, D. 1986, p. 592, note M. Vasseur ; JCP, 1987, II, 20735, note J. Stoufflet.

Cass. civ. 1, 31 mars 1987, J.C.P., 1988, II, 20966, note Salle de la Marnière.

Cass. civ. 2, 20 octobre 1987, Bull. civ. 1, n° 276 ; RD imm., 1988, p. 189, note J.-L. Bergel

Cass. civ. 10 mai 1988, D. 1988, 516, note Massip.

Conseil Constitutionnel, 4 juillet 1989, D. 1990, II, 209, note F. Luchaire; RTD civ., 1990, p. 519, note Fr. Zenati.

Ch. mixte, 23 novembre 1990, JCP, 1991, éd. G., II, 21642, note D. Legeais ; Contrats, conc., consom., 1991, n° 30, note L. Leveneur.

CJCE, 3^{ème}, 4 décembre 1990, Arrêt van Tiem c/ Staatssecretaris van Financiën.

Cass. civ. 3, 6 mars 1991, Bull. civ., III, n° 84 ; D., 1991, Somm., p. 308, note Robert ; J.C.P., éd. G., II, 21890, note P. Ourliac ; R.D. immob., 1991, p. 189, note J.-L. Bergel.

Cass. civ. 1, 19 mars 1991, Bull. civ. I, n°90 ; R.T.D. civ., 1992, 427, note J. Patarin.

Cass. civ. 3, 6 mars 1991, J.C.P., édition G., 1992, II, 21890, p. 251, note P. Ourliac ; R.T.D. civ. 1992, p. 793, note Fr. Zenati.

Cass. civ. 3, 10 avril 1991, Bull. civ. III, n° 114, D., 1991, somm., p. 304, note Robert, D., 1992, p. 375, note Le Masson, RD immob., 1991, p. 323, note J.-L. Bergel.

Cass. com. 14 mai 1991, D., 1992, Jur., p. 13, note D.-R. Martin ; D., 1993, Somm., p. 56, obs. M. Vasseur ; RTD com., 1991, p. 621, obs. M. Cabrillac.

Cass. civ. 3, 3 juillet 1991, Bull. civ. 3, n° 203 ; JCP. éd. G., 1991, IV, 348 ; D. 1991, IR, p. 222 ; JCP éd. not. et imm., 1992, p. 404, note H. Périnet-Marquet ; Gaz. pal., 1991, II, pan. jurispr., p. 304 ; RD imm. 1992, p. 81, note J.-C. Groslière.

Cass. civ. 3, 4 mars 1992, D., 1992, p. 386, note Ch. Atias ; R.T.D. civ., 1993, p. 162, note Fr. Zenati.

Cass. civ. 3, 25 mars 1992, D., 1993, Jurisprudence, p. 65, note E.-S. De la Marnierre.

Cass. civ. 3, 1^{er} avril 1992, D., 1993, p. 165, note A. Fournier ; Rép. Defrénois, 1993, p. 98, note J.-M. Olivier ; Rép. Defrénois, 1992, p. 1543, note Vermelle ; R.T.D. civ. 1993, p. 346, note J. Mestre.

Cass. civ. 2, 30 juin 1993, Bull. civ. II, n°241, D. 1995, Somm., p. 50, note M Grimaldi.

Cass. com. 4 janvier 1994, J.C.P., éd. Entreprise, 1994, I, 363, note A. Viandier et J.-J. Caussain.

Cass. com. 4 janvier 1994, cts de Gaste c/ P. de Gaste, Dr. sociétés, 1994, éd. E, n° 12, 24 mars 1994, note A. Guengant ; Defrénois, 1994, art. 35786, n° 2, note P. Le Cannu.

Cass. civ. 1, 4 mai 1994, Bull. civ. 1, n° 162 ; R.T.D. civ., 1994, p. 655, note J. Patarin ; RTD. civ. 1995, p. 402, obs. Fr. Zenati.

Cass. civ. 3, 12 janvier 1994, D. 1995, note F. Macorig-Vernier.

Cass. civ. 3, 2 mars 1994, Dr. et patrimoine, 1994, n° 623, p. 59, note C. Saint-Alary.

Cass. civ. 1, 15 juin 1994, D. 1995, p. 342, note A. Leborgne ; Defrénois, 1995, p. 51, note X. Savatier ; JCP, éd. G., 1995, I, 3876, n° 8, note Le Guidec ; RTD civ., 1995, p. 666, note Patarin et p. 919, note Fr. Zenati.

C.Constit., 21 juillet 1994, R.T.D. civ., 1995, p. 656, note Fr. Zenati.

Cour EDH, 9 décembre 1994, Raffineries grecques, Stan et Stratis Andreatis c/ Grèce, Rec. A-301-B, n° 22/1993/417/496 ; RTD civ., 1995, 652, note Fr. Zenati ; RTD civ., 1996, 1019, note Marguénaud.

Cass. civ. 1, 10 mai 1995, Bull. civ. I, n°197 ; Def. 1996, article 36422, note J. Bernard de Saint Afrique ; R.T.D. civ., 1996, 213, note J. Patarin.

Cass. com., 4 juin 1996, n° 1059, Helme, R.J.F., 10/1996, n°1240, p.705.

Cass. civ. 1, 11 juin 1996, Bull. civ. I, n°252 ; J.C.P., 1997, I, 4021, n° 3, note R. Le Guidec ; Def. 1996, article 36448, note G. Champenois ; R.T.D. civ., 1997, 197, note J. Patarin ; D. 1997, Som.com., 369, note M. Grimaldi.

CE, 21 août 1996, Dr. fisc., 1996, n°50, Comm. n° 1482, Concl. J. Arrighi de Casanova ; R.J.F., 10/1996, n° 1137, Chron., p. 634, note Austray.

Cass. civ. 3, 5 mars 1997, J.C.P., éd. G., 1998, I, 113, p. 330, note G. Virassamy.

Cass. com. 6 mai 1997, D., 1997, Jurisprudence, p. 588, note Ch. Jamin et M. Billiau.

Cass. com. 24 juin 1997, JCP, éd. G, 1998, II, 10059, note N. Gonzalez et P. Cornille.

CA Paris, 14 octobre 1997, D. 1998, Jur., p. 91, note Ch. Larroumet.

Cass. civ. 3, 13 mai 1998, Roncaglia c/ De Moro Giafferi ès qual. et autres, D., 1998, p. 346.

Cons. Const., 29 juillet 1998, D., 1999, Jurisprudence, p. 269, note M. Sabete.

Cass. civ. 1, 12 novembre 1998, JCP, 1999, I, 120, n° 29, note H. Périnet-Marquet ; JCP, 1999, II, 10027, note S. Piédelièvre ; JCP éd. Entreprise, 1999, p. 426, note S. Rouxel ; JCP éd. not. et immob., 1999, p. 351, note H. Hovasse ; D., 1999, p. 167, note L. Aynès ; D., 1999, note D. Fiorina.

Cass. com. 9 février 1999, J.C.P., éd. Entreprise, 1999, p. 724, note Y. Guyon.

Cass. civ. 3, 10 février 1999, D. 2000, Jurisprudence, p.14, note F. Kederian.

Cass. civ. 1, 10 mars 1999, J.C.P., édition G., 2000, II, 10078, p. 857, note Gautier (P.-Y.).

Cass. com., 10 mai 2000, JCP, éd. E., 2001, 521, note L. Courtot et Fr. Marmoz ; Petites affiches, 27 décembre 2000, n° 258, p. 14, note E. Rawach ; R.D. banc., 235, note F.-X. Lucas.

Conseil constitutionnel, 20 juillet 2000, D., 2001, Somm., p. 1839, note D. Ribes.

Cass. civ. 1, 7 novembre 2000, J.C.P., éd. G., II, 10452, note Vialla, J.C.P., 2001, I, 301, p. 432, n° 16, note Rochfeld, R.T.D. civ., 2001, p. 130, note Mestre et Fages

CAA Paris, 14 novembre 2000, A.J.D.I, 2001, p.721, note J.-P. Maublanc.

Cass. com. 23 janvier 2001, D. 2001, Act. jur., p. 702, note A. Lienhard ; JCP, éd. G., 2001, I, 321, n° 13 ; Act. proc. coll., 2001, 4, n°52 ; R.T.D. civ., 2001, p. 399.

Cass. com. 13 novembre 2001, Bull civ. IV, n° 177 ; D. 2002, AJ, p. 328 ; JCP, éd. Entreprise, 2002, p. 666, note F. Barrière.

Cass. civ. 3, 12 décembre 2001, D., 2002, jurisprudence, p. 984, note Ch. Jamin et M. Billiau.

Cass. civ. 3, 4 juillet 2001, D. 2002, Jur., p. 433, note R. Libchaber.

Cass. civ. 3, 12 décembre 2001, D., 2002, jurisprudence, p. 984, note Ch. Jamin et M. Billiau.

Cass. com., 5 mars 2002, D. 2002, AJ, p. 1139, note A. Lienhard.

Cass. com. 17 mars 2002, J.C.P., éd. G, 10 juillet 2002, II, 10112, p. 1312, note Fr. Auque ; Dalloz, 2002, Actualité jurisprudentielle, p. 1488, note E. Chevrier.

Civ. 3, 4 avril 2002, D. 2002, Somm., p. 2508, note B. Mallet-Bricout.

Cour EDH 16 avril 2002, SA Dangeville c/ France, n° 36677/97, note J.-P. Marguénaud, in Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, par F. Sudre, J.-P.,

Marguénaud, J. Andriantsimbazovin, A. Goutenoire et M. Levinet, 2^{ème} édition, Paris : PUF, 2004, p. 521 ; Cour EDH, 20 novembre 1995, Pressos Compania Naviera, SA et autres, Série A 332, JCP, 1996, I, 3910, note F. Sudre.

Cass. civ. 3, 19 juin 2002, D., 2003, Jurisprudence, p. 587, note B. de Bertier-Lestrade.

Cass. civ. 3, 2 octobre 2002, cité par S. Pimont, Revue de droit rural, n° 311, mars 2003, p. 155.

CE, 18 décembre 2002, Soalhat, req. n° 230605, Juris-data n°2002-080269, Revue de droit bancaire et financier, 1/03/2003, p. 120-121.

Civ. 3, 31 mars 2004, RDC, 2004, p. 1001, note B. Mallet-Bricout.

Cass. com. 22 février 2005, SCI, L'usufruitier de droits sociaux peut se voir attribuer la totalité du droit de vote, JCP, éd. not. et immob., 21 octobre 2005, Affaires commentaires, 1428, p. 1720, note J.-P. Garçon.

Civ. 3, 18 mai 2005, RTD civ., 2005, p. 619, note Th. Revet.

La décomposition du droit de propriété sous l'effet du contrat

Notre conception de la propriété oscille, depuis l'Antiquité, entre une propriété unifiée et une propriété divisée. Le Code civil a opté pour la première solution. Pourtant, dans le même temps, il a admis l'existence des démembrements de la propriété et accordé aux parties une liberté contractuelle. On pouvait donc penser que, dès 1804, le ver était dans le fruit et qu'il suffisait de repousser les frontières de la liberté contractuelle pour faire ressurgir les propriétés simultanées. Mais, la doctrine a défendu l'unité du droit en limitant le nombre des droits réels puis en contestant la notion de démembrement. Pourtant, le démembrement de la propriété est une technique largement consacrée en droit positif. Quant au *numerus clausus* des droits réels, il n'y a aucune raison de le soutenir. En exploitant les silences permissifs du droit, il est possible de créer de nouveaux démembrements de la propriété. Sous l'effet du contrat est réapparue l'idée d'un dédoublement du droit de propriété.

The decomposition of the ownership by the contract

Our conception of property has oscillated, since antiquity, between unified and divided ownership. The Civil Code has opted for the first solution. However, at the same time, it admitted the existence of dismemberments of ownership and granted the parties contractual freedom. One might therefore have thought that, as early as 1804, the worm was in the fruit and that it was enough to push back the boundaries of contractual freedom to bring back simultaneous ownership. But the doctrine defended the unity of the law by limiting the number of real rights and then by challenging the notion of dismemberment. However, the dismemberment of property is a technique widely established in positive law. As for the *numerus clausus* of real rights, there is no reason to support it. By exploiting the permissive silences of the law, it is possible to create new dismemberments of ownership. Under the effect of the contract, the idea of a duplication of the right of ownership has reappeared.

Mots clefs : Propriété, domaine éminent, domaine utile, droits réels, *numerus clausus*, démembrement, quasi-usufruit, droits personnels, contrats de bail, droit du preneur, propriété-garantie, crédit-bail, clause de réserve de propriété, fiducie, propriété économique, trust, droit anglais.