



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

École doctorale de droit privé (ED 6)

LE BIEN JURIDIQUE

ESSAI SUR LE SYSTÈME DES DROITS PATRIMONIAUX

Thèse pour le doctorat en droit
présentée et soutenue publiquement
le lundi 14 décembre 2020
par

GABRIEL SEBBAN

Directeur de thèse : Monsieur **Claude BRENNER**

Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Membres du jury : Monsieur **Louis D'AVOUT**

Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Monsieur **Charles GILSBERG**

Professeur à l'Université Rouen Normandie, *rapporteur*

Madame **Blandine MALLET-BRICOUT**

Professeur à l'Université Lyon III Jean Moulin, *rapporteur*

Madame **Judith ROCHFELD**

Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

*À mes parents, à Maréva,
en témoignage de tout mon amour*

*Ce travail n'aurait vu le jour sans la présence d'êtres chers. Qu'ils trouvent ici l'expression
de mes remerciements les plus sincères.*

*Au Professeur Claude Brenner, pour sa confiance, sa patience et ses conseils toujours
précieux ;*

À ma mère, mon pilier, pour son dévouement de chaque instant et sa présence si essentielle ;

À mon père, qui m'a donné le goût des études et sans qui cette thèse ne serait pas terminée ;

À Maréva, pour sa patience, son soutien et sa présence indispensable à mon bonheur ;

*À Antoine, pour toutes nos discussions et plus encore, sans qui cette thèse ne serait pas ce
qu'elle est ;*

À Jocelyn, qui m'a toujours montré la bonne voie ;

À Clémentine, Fernand et Jeanne, pour leurs relectures et leurs remarques déterminantes ;

À Allan, pour les cours de physique si passionnants ;

*À Maxime Brenaut, Maxime Barnier, Maxime Cormier, Jean-Baptiste, Nicolas, Marie, Alice,
Hugo et tous ceux qui, de l'Université ou d'ailleurs et amis avant tout, ont rendu l'aventure
de la thèse heureuse et légère.*

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

| | |
|-----------------------|--|
| <i>Adde.</i> | Ajouter |
| <i>AJ</i> | <i>Actualité juridique</i> |
| <i>AJDA</i> | <i>Actualité juridique droit administratif</i> |
| <i>AJDI</i> | <i>Actualité juridique droit immobilier</i> |
| <i>Al.</i> | Alinéa |
| <i>Anc.</i> | Ancien |
| <i>APD</i> | Archives de Philosophie du Droit |
| <i>Art.</i> | Article |
| <i>Ass. nat.</i> | Assemblée nationale |
| <i>Ass. plén.</i> | Assemblée plénière de la Cour de cassation |
| <i>BGB</i> | <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Code civil allemand) |
| <i>BJB</i> | <i>Bulletin Joly Bourse</i> |
| <i>BJS</i> | <i>Bulletin Joly Sociétés</i> |
| <i>BOFIP</i> | Bulletin Officiel des Finances Publiques |
| <i>Bull.</i> | Bulletin des arrêts de la Cour de cassation |
| <i>C. assur.</i> | Code des assurances |
| <i>C. civ.</i> | Code civil |
| <i>C. com.</i> | Code de commerce |
| <i>C. conso.</i> | Code de la consommation |
| <i>C. déf.</i> | Code de la défense |
| <i>C. énerg.</i> | Code de l'énergie |
| <i>C. envir.</i> | Code de l'environnement |
| <i>C. min.</i> | Code minier |
| <i>C. patr.</i> | Code du patrimoine |
| <i>C. pén.</i> | Code pénal |
| <i>C. rech.</i> | Code de la recherche |
| <i>C. rur.</i> | Code rural et de la pêche maritime |
| <i>C. transp.</i> | Code des transports |
| <i>C. trav.</i> | Code du travail |
| <i>C. urb.</i> | Code de l'urbanisme |
| <i>C. voie. rout.</i> | Code de la voirie routière |
| <i>CA</i> | Cour d'appel |
| <i>CAA</i> | Cour administrative d'appel |
| <i>CADA</i> | Commission d'accès aux documents administratifs |
| <i>CASF</i> | Code de l'action sociale et des familles |
| <i>Cass.</i> | Cour de cassation |
| <i>CCC</i> | <i>Contrats, concurrence, consommation</i> |
| <i>CCE</i> | <i>Communication Commerce électronique</i> |
| <i>CCH</i> | Code de la construction et de l'habitation |
| <i>CCQ</i> | Code civil du Québec |
| <i>CDS</i> | <i>Les Cahiers de droit de la santé</i> |

| | |
|--|--|
| CE | Conseil d'État |
| <i>Cf.</i> | <i>Confer</i> |
| CGCT | Code général des collectivités territoriales |
| CGI | Code général des impôts |
| Ch. Mixte | Chambre mixte de la Cour de cassation |
| Chron. | Chronique(s) |
| Civ. (1 ^{ère} , 2 ^{ème} , 3 ^{ème}) | Chambre civile de la Cour de cassation |
| CJA | Code de justice administrative |
| CJCE | Cour de justice des Communautés européennes |
| CJUE | Cour de justice de l'Union européenne |
| CGPPP | Code général de la propriété des personnes publiques |
| CMF | Code monétaire et financier |
| Coll. | Collection |
| Com. | Chambre commerciale de la Cour de cassation |
| Comp. | Comparer |
| Cons. const. | Conseil constitutionnel |
| <i>Contra</i> | Au contraire |
| CPC | Code de procédure civile |
| CPCE | Code des procédures civiles d'exécution |
| CP et CE | Code des postes et des communications électroniques |
| CPI | Code de la propriété intellectuelle |
| Crim. | Chambre criminelle de la Cour de cassation |
| CRPA | Code des relations entre le public et l'administration |
| CSP | Code de la santé publique |
| CSS | Code de la sécurité sociale |
| <i>D.</i> | <i>Recueil Dalloz</i> |
| Dir. | Sous la direction de |
| <i>DH</i> | <i>Dalloz hebdomadaire</i> |
| <i>DP</i> | <i>Dalloz périodique</i> |
| <i>Dr. et patr.</i> | <i>Droit et patrimoine</i> |
| <i>Dr. rur.</i> | <i>Revue de droit rural</i> |
| Éd. | Édition |
| <i>Gaz. Pal.</i> | <i>Gazette du Palais</i> |
| <i>Ibid.</i> | <i>Ibidem</i> |
| <i>In</i> | Dans |
| <i>Infra</i> | Ci-dessous |
| <i>J-Cl.</i> | <i>Encyclopédies JurisClasseur</i> |
| <i>JCP</i> | <i>JurisClasseur périodique (Semaine juridique)</i> |
| JO | Journal Officiel |
| Lebon | Recueil des décisions du Conseil d'État |
| <i>LPA</i> | <i>Les petites affiches</i> |
| LPF | Livre des procédures fiscales |
| Not. | Notamment |
| Obs. | Observations |
| <i>Op. cit.</i> | <i>Opere citato</i> |

| | |
|------------------------------------|--|
| P. / pp. | Page(s) |
| <i>Passim</i> | En plusieurs endroits |
| Préc. | Précité |
| Préf. | Préface |
| QPC | Question prioritaire de constitutionnalité |
| Rappr. | Rapprocher |
| <i>RDBF</i> | <i>Revue de droit bancaire et financier</i> |
| <i>RDC</i> | <i>Revue des contrats</i> |
| <i>RDI</i> | <i>Revue de droit immobilier</i> |
| <i>RDP</i> | <i>Revue du droit public</i> |
| <i>RIDA</i> | <i>Revue internationale du droit d'auteur</i> |
| <i>RIDC</i> | <i>Revue internationale de droit comparé</i> |
| <i>RIDE</i> | <i>Revue internationale de droit économique</i> |
| <i>RLDC</i> | <i>Revue Lamy Droit Civil</i> |
| <i>RLDI</i> | <i>Revue Lamy Droit de l'immatériel</i> |
| <i>Rép. civ.</i> | <i>Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil</i> |
| <i>Rép. com.</i> | <i>Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit commercial</i> |
| <i>Rép. soc.</i> | <i>Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit des sociétés</i> |
| Rép. min. | Réponse ministérielle |
| Req. | Chambre des requêtes de la Cour de cassation |
| <i>Rev. crit. lég. et jurispr.</i> | <i>Revue critique de législation et de jurisprudence</i> |
| <i>Rev. soc.</i> | <i>Revue des sociétés</i> |
| <i>RRJ</i> | <i>Revue de la recherche juridique, droit prospectif</i> |
| <i>RTD Civ.</i> | <i>Revue trimestrielle de droit civil</i> |
| <i>RTD Com.</i> | <i>Revue trimestrielle de droit commercial</i> |
| S. | <i>Recueil Sirey</i> |
| s. / ss. / sq. | Suivant(s) |
| Sén. | Sénat |
| Soc. | Chambre sociale de la Cour de cassation |
| Somm. | Sommaire(s) |
| Spéc. | Spécialement |
| <i>Supra</i> | Ci-dessus |
| t. | Tome |
| T. com. | Tribunal de commerce |
| T. confl. | Tribunal des conflits |
| TA | Tribunal administratif |
| TGI | Tribunal de grande instance |
| Th. | Thèse |
| Trad. | Traduction |
| V. | Voir |
| v° | <i>Verbo</i> , mot |
| Vol. | Volume |

SOMMAIRE

Partie I. La qualification de bien

Titre I. La nature du bien

Chapitre I. La nature économique du bien

Chapitre II. La nature juridique du bien

Titre II. Le régime du bien

Chapitre I. L'appartenance

Chapitre II. La maîtrise

Partie II. La classification des biens

Titre I. Les figures classiques

Chapitre I. Les droits réels

Chapitre II. Les droits personnels

Titre II. Les figures modernes

Chapitre I. Les droits d'exploitation concédés

Chapitre II. Les droits d'exploitation conquis

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Un terme omniprésent. Tout un chacun a une idée du bien. Ce terme si élémentaire et commun a cette vertu prodigieuse de parler à tous, à l'économiste comme au philosophe, au profane comme au juriste. Le bien est tantôt *objet*, tantôt *qualité* ; tantôt *valeur économique*, tantôt *valeur morale* ; tantôt *avoir*, tantôt *devoir être*. Les épithètes qui lui sont habituellement associées sont légion : le bien est *commun* ou *propre*, *universel* ou *singulier*, *meuble* ou *immeuble*, *corporel* ou *incorporel*, *marchand* ou *non marchand*, *privé* ou *public* et plus encore. Mais au-delà de ses incarnations ou de ses différents modes d'être, qu'est-il réellement ? A-t-il un sens dont le juriste pourrait s'emparer ? Rien n'est moins sûr.

2. Une définition législative introuvable. Batiffol en fit l'expérience en ouverture d'un article consacré aux « problèmes contemporains de la notion de biens », remarquant que « l'embarras est certain sur les biens, tant dans le langage que dans les idées »¹. Peu s'en faut pour admettre que le bien est en effet un terme aux contours incertains. Le législateur s'est d'ailleurs bien gardé de le définir. N'est-ce pas là paradoxal ? Les Codes fourmillent de références aux biens, à commencer par le Code civil qui lui consacre un Livre entier. Aucune définition ne s'évince pourtant du panorama qui en est dressé par le législateur. Faudrait-il seulement l'en blâmer ? D'aucuns ont remarqué que le bien était de ces « termes primitifs qu'on ne définit pas »² ou dont la conceptualisation était ontologiquement vouée à l'échec³ : axiome du droit, le bien ne serait finalement jamais plus que ce que le droit dit être un bien. Si seulement le droit osait se prononcer, lui qui ne fait qu'énumérer et classer les biens sans jamais en atteindre l'essence ! C'est donc ailleurs qu'il convient de chercher la définition du bien.

¹ H. BATIFFOL, « Problèmes contemporains de la notion de biens », in *APD*, t. 24 : *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 9, spéc. p. 9. Comp. M. VILLEY, « Préface historique », in *APD*, t. 24, *op. cit.*, p. 1, spéc. p. 2, considérant que « dans le système du Code civil, le “bien” présente l'avantage d'être une idée claire, et facilement définissable ». Comp. également F. TERRÉ, « Variation de sociologie juridique sur les biens », in *APD*, t. 24, *op. cit.*, p. 17, spéc. p. 17, selon qui « la notion de bien est relativement nette ».

² C. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? », in *APD*, t. 24, *op. cit.*, p. 259, spéc. p. 268. Dans le même sens, M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006-4 (I), p. 1805, spéc. p. 1805, n° 1.

³ S. SCHILLER, *Droit des biens*, Dalloz, coll. « Cours », 9^{ème} éd., 2019, p. 20, n° 17.

3. Une définition doctrinale consensuelle. Dans le silence du législateur, c'est à la doctrine qu'est revenu le soin de fournir une définition du bien⁴. De la pléthore d'écrits qui lui ont été consacrés, une constante se dégage : le bien n'est que rarement défini en lui-même mais par rapport à deux autres notions, celles de chose et de propriété. Le bien est en effet constamment défini comme une chose appropriée. L'opinion était indiscutée chez les premiers commentateurs du Code civil qui virent dans la chose un genre dont le bien ne serait qu'une espèce et dans la propriété le moyen de transformer la chose en bien. Marcadé synthétisa parfaitement cette idée : « les deux mots *Choses* et *Biens* ne sont pas synonymes : le premier est le genre ; le second, une espèce. Tout ce qui existe dans la nature reçoit le nom de choses ; tandis que le nom de biens ne se donne qu'à celles de ces choses qui sont de nature à procurer à une personne un avantage à elle propre et exclusif, et à tomber sous sa propriété »⁵. Il en alla de même de ses contemporains, tous prompts à perpétuer cette association⁶. Que ce soit par conviction ou conformisme⁷, la doctrine du XX^{ème} siècle a ancré cette définition dans le temps et les esprits. C'est ainsi que Planiol et Ripert ont considéré que « les choses deviennent des "biens" au sens juridique du mot, non pas lorsqu'elles sont *utiles* à l'homme, mais lorsqu'elles sont *appropriées* »⁸. C'est ainsi encore que le Doyen Carbonnier estima qu'« il

⁴ Sur les rapports entre le Code civil et la doctrine, v. R. LIBCHABER, « Droit des biens et droit savant : le double abandon du Code », in C. OPHÈLE et P. REMY (Dir.), *Traditions savantes et codifications*, LGDJ, coll. de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, 2007, p. 143 sq.

⁵ V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. II, 8^{ème} éd., Paris, Delamotte Fils et C^{ie}, 1886, p. 346, n° 338.

⁶ C.-E. DELVINCOURT, *Cours de Code Napoléon*, t. I, Paris, P. Gueffier, 1813, p. 140, qui donna le nom de biens à « toutes les choses qui peuvent être l'objet d'une propriété publique ou particulière » ; C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, t. III, Paris, Warée, 1824, pp. 2-3, selon qui « les choses et les biens ne sont point, en jurisprudence, des expressions synonymes. La première est plus étendue et plus générale ; elle comprend toutes les choses qui existent, et qui peuvent être à l'homme de quelque utilité, quoiqu'il ne les possède pas, quoiqu'elles ne fassent point encore partie de son patrimoine [...]. La dénomination de biens ne comprend que les choses qu'on possède, les choses qui font partie de notre patrimoine [...]. En un mot, les choses sont tout ce que l'on peut posséder, les biens tout ce que l'on possède » ; J.-J. DELSOL, *Explication élémentaire du Code Napoléon*, t. I, 2^{ème} éd., Paris, Cotillon, 1867, p. 382, qui considère que « dans la langue du droit, on appelle biens les choses utiles à l'homme, qui sont susceptibles de propriété » ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. IX : *Traité de la distinction des biens*, t. I, 4^{ème} éd., Paris, Auguste Durant et L. Hachette & C^{ie}, 1870, pp. 5-6, n° 9, pour qui « tous les biens sont-ils des choses, quoique toute les choses ne soient pas des biens [...]. La chose est le genre : le bien est une espèce » ; A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, t. II par E. COLMET DE SANTERRE, 2^{ème} éd., Paris, E. Plon et C^{ie}, 1881, p. 355, n° 334, qui établit que les biens ne sont que des choses « considérées comme deuxième objet du droit » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. I : *Des biens*, Paris, Larose & Forcel, 1896, p. 11, n° 10, selon qui « il ne faut pas confondre les biens avec les choses : ils s'en distinguent comme l'espèce se distingue du genre. Tous les biens en effet sont des choses ; mais toutes les choses ne sont pas des biens. On désigne sous le nom de chose tout ce qui existe dans la nature. Parmi les choses, il n'y a que celles susceptibles d'appropriation qui soient des biens ».

⁷ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1955, pp. 8 s., n° 3, relevant l'esprit « conservateur » des juristes.

⁸ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 11^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1928, p. 707, n° 2170.

faut une possibilité d'*appropriation* pour faire un bien d'une chose »⁹. S'il est donc un postulat qui semble indiscutable, c'est incontestablement celui selon lequel le bien n'advierait que par la propriété, celle-ci devenant le « concept clé de la compréhension de la notion des biens »¹⁰, son « pilier porteur »¹¹ et donc le « convertisseur » de la chose en bien¹². Somme toute, bien et propriété partageraient une histoire commune, un lien si naturel qu'il est toujours demeuré à l'abri de la discussion.

4. Une définition justifiable. Cette association des biens et de la propriété semble à première vue relever de l'évidence, le bien étant le « sien » d'une personne¹³ et la propriété le moyen de rendre *propre* une chose à une personne¹⁴. Ne dit-on pas d'ailleurs que telle chose qui nous appartient est « notre propriété » ou « notre bien »¹⁵ ? Cette manière objective de présenter la propriété trouve certains renforts. Chez les juristes romains, le terme « *proprietas* » indiquait la qualité d'un objet à appartenir en propre à une personne, était une qualité objective qui désignait le caractère propre d'une chose¹⁶. L'association des biens et de

⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II : *Les biens. Les obligations*, PUF, coll. « Quadrige », 2004, p. 1595, n° 707. Dans le même sens, v. également C. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, LexisNexis, coll. « Manuel », 12^{ème} éd., 2014, pp. 1-2 ; J.-B. SEUBE, *Droit des biens*, LexisNexis, coll. « Objectif droit – Cours », 6^{ème} éd., 2014, pp. 23 s. ; N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, Dalloz, coll. « Hypercours », 7^{ème} éd., 2018, p. 221 ; C. GRIMALDI, *Droit des biens*, LGDJ, coll. « Manuel », 2^{ème} éd., 2019, p. 19, n° 7.

¹⁰ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, coll. « Droit fondamental », 3^{ème} éd., 2008, p. 19, n° 2.

¹¹ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil. 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297, spéc. p. 303, n° 6.

¹² P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préf. L. Aynès, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 489, 2007, p. 25, n° 60.

¹³ C. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? », art. cité, p. 269.

¹⁴ R.-J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, t. I, Paris, Debure père, 1772, p. 6 : « le domaine de propriété est ainsi appelé (*sic.*), parce que c'est le droit par lequel une chose m'est propre et m'appartient privativement à tout autres ». V. également P.-A. MERLIN DE DOUAI, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. X, 4^{ème} éd., Paris, Garnery, 1813, v° « Propriété » : « c'est le droit par lequel une chose appartient en propre à quelqu'un ».

¹⁵ G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. I : *Des biens, op. cit.*, p. 10, n° 9 : « cette confusion trouve son excuse, sinon sa justification, dans cette considération que le droit de propriété, étant le droit le plus complet qu'on puisse avoir sur une chose, puisque c'est un droit absolu et exclusif, peut paraître s'identifier avec la chose elle-même. On a été ainsi conduit à dire *brevitatis causa* : cette chose est à moi, c'est mon bien ».

¹⁶ F. GAFFIOT, *Dictionnaire Latin Français*, Hachette, 1934, v° « *Proprietas* ». Sur la question, v. not. R.-M. RAMPENBERG, « Pérennité et évolution des *res incorporales* après le droit romain », in *APD*, t. 43 : *Le droit et l'immatériel*, Sirey, 1999, p. 35, spéc. p. 40 ; A. LAQUERRIÈRE-LACROIX, *L'évolution du concept romain de propriété à l'époque post-classique*, th. Paris II, 2004, p. 31 ; T. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Dr. et patr.* n° 124, 1^{er} mars 2004 ; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, p. 32 ; J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. « Précis », 2^{ème} éd., 2010, p. 337 ; R. FAIVRE-FAUCOMPRÉ, « Aux origines du concept moderne de propriété : *dominium* et *proprietas* dans le droit romano-canonique (XII^e-XV^e siècle) », in N. LAURENT-BONNE, N. POSE et V. SIMON (Dir.), *Les piliers du droit civil. Famille, propriété, contrat*, Mare & Martin, coll. « Histoire du droit & des institutions », 2015, p. 103, spéc. pp. 112-113.

la propriété est encore manifeste dans les pays de langue anglaise et spécifiquement de tradition de *Common Law*. S'il est certainement délicat de traduire d'une langue à l'autre des termes aussi connotés que ceux de « bien », de « chose » ou de « propriété »¹⁷ et s'il n'existe pas de concept spécifique de propriété tel qu'on en connaît en France¹⁸, il reste tout de même possible de trouver des manifestations de cette association. Le terme anglais « *property* » est en effet susceptible de revêtir, comme la *proprietas* romaine, une acception objective en sus de son acception subjective¹⁹. Objectivement, ce terme désigne le bien lui-même²⁰ ; subjectivement, le pouvoir de la personne sur ce dernier²¹. Cette approche objective de la propriété est même consacrée dans certains pays civilistes, à commencer par la France. Le terme « propriété » est ainsi fréquemment employé par le législateur en lieu et place du terme « bien » ou « chose » dans une acception objective. Rien que dans le Livre II du Code civil, l'on peut dénombrer une dizaine d'emplois de ce type : aux articles 545²², 559²³, 609²⁴, 642²⁵, 644²⁶, 646²⁷, 652²⁸, 668²⁹, 671³⁰, 673³¹, 680³², 682³³ et 686³⁴, la propriété s'y confond avec son objet³⁵, se donne à voir

¹⁷ A. CANDIAN, « La notion de biens », *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11. 3, 2007.

¹⁸ B. PIERRE, « Classification of Property and Conceptions of Ownership in Civil and Common Law », *Revue générale de droit*, vol. 28, n° 2, 1997, p. 235, spéc. p. 237.

¹⁹ Y. EMERICH, « Regard civiliste sur le droit des biens de la common law : pour une conception transsystémique de la propriété », *Revue générale de droit*, vol. 37, n° 2, 2008, p. 339, spéc. pp. 341-342, n° 2. V. également O. OESTERLÉ, *Comparaison de la notion et de la protection de la propriété des biens meubles en France et en Angleterre*, Mémoire de Master II Droit européen comparé, Paris II, 2014, p. 10.

²⁰ Y. EMERICH, « Les biens et l'immatérialité en droit civil et en common law », *Les Cahiers de droit*, vol. 59, n° 2, 2018, p. 389, spéc. p. 395 ; M.-F. PAPANDRÉOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, av.-propos C. Witz, préf. G. Samuel, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 418, 2004, p. 11, n° 11.

²¹ V. toutefois O. OESTERLÉ, *Comparaison de la notion et de la protection de la propriété des biens meubles en France et en Angleterre*, *op. cit.*, p. 13, qui relève que le terme « propriété » est susceptible de recevoir différentes traductions selon le contexte dans lequel il est employé, oscillant entre « *ownership* » et « *bundle of rights* ». Dans le même sens, v. M.-F. PAPANDRÉOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, *op. cit.*, pp. 160 s., n° 246 s.

²² « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété... ».

²³ « ... le propriétaire de la partie enlevée peut réclamer sa propriété... ».

²⁴ « ... les charges qui peuvent être imposées sur la propriété... » (al. 1^{er}).

²⁵ « ... faciliter le passage dans leur propriété » (al. 1^{er} *in fine*).

²⁶ « Celui dont la propriété borde une eau courante [...] l'irrigation de ses propriétés » (al. 1^{er}).

²⁷ « Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës ... ».

²⁸ « ... vues sur la propriété du voisin ... » (al. 2).

²⁹ « ... détruire jusqu'à la limite de sa propriété... » (al. 2).

³⁰ « ... près de la limite de la propriété voisine... » (al. 1^{er}).

³¹ « Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres... » (al. 1^{er}).

³² « ... ligne de séparation des deux propriétés » (*in fine*).

³³ « ... l'exploitation agricole, industrielle ou commerciale de sa propriété... ».

³⁴ « Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés ... » (al. 1^{er}).

³⁵ J. CORNIL, *Droit romain : Traité élémentaire des droits réels et des obligations*, Bruxelles, Bruylant-Christophe & C^{ie}, 1885, p. 23 : « parmi les droits, il en est un qui se confond pour ainsi dire avec son objet ; c'est le droit de

comme une chose ou un bien³⁶. Tel est encore le cas au Québec, province canadienne de tradition civiliste. Les articles 899, 911 et 947 du Code civil du Québec – pour ne citer qu’eux – emploient le terme « *property* » pour traduire celui de « biens »³⁷ et font de la propriété (« *ownership* ») le seul pouvoir concevable sur ces derniers³⁸. L’association des biens et de la propriété se trouve donc corroborée.

5. Une définition problématique. La définition du bien paraît à ce stade acquise et suffisamment solide. Un rare consensus doctrinal émerge à son endroit, attesté par la langue, l’habitude et l’évidence. Pourquoi dès lors consacrer une thèse entière à une interrogation qui semble d’emblée résolue ? Deux raisons peuvent être avancées.

Premièrement, si la notion de bien peut sembler relativement claire, tel n’est pas le cas, loin s’en faut, des notions de chose et de propriété qui sont censées la fonder. Celles-ci ont été depuis plus d’un siècle inlassablement remaniées, déformées et élargies. Il serait naïf de croire que la notion de bien en fût sortie intacte. Les querelles autour de ces notions de chose et de propriété demeurent vives et irrésolues, affectant directement la définition du bien que l’on a toujours fait dépendre de celles-là. La clarté de la notion de bien est ainsi en trompe-l’œil.

propriété. Il a pour objet une chose proprement dite ; et, à la différence des autres droits réels, il nous autorise à en user de la manière la plus absolue ; il l’absorbe tout entière, et s’identifie en quelque sorte avec elle ».

³⁶ Rapp. C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. IX : *Traité de la distinction des biens*, t. I, *op. cit.*, p. 460, n° 540 : « le droit de propriété, en ce sens, c’est le bien lui-même, le bien corporel, meuble ou immeuble *par sa nature* ; et alors la propriété est synonyme de *domaine, dominium, dominus, maître* ». Sur l’origine de ce phénomène d’incorporation du droit dans la chose, v. M. L. DOMENGET, *Institutes de Gaius*, Paris, A. Maresq Ainé, 1866, p. 123 : « de tout temps les jurisconsultes romains l’ont rangée [la propriété] parmi les choses corporelles, en confondant la chose avec son objet, tellement que, dans les contestations qui s’élèvent sur le droit de propriété, c’est la chose, et non le droit, que revendique le demandeur ». V. également E. DIDIER-PAILHÉ, *Cours élémentaire de droit romain*, t. I, 3^{ème} éd., Paris, Larose et Forcel, 1887, pp. 139-140 : « cette anomalie juridique n’est pas propre à la législation romaine, on la rencontre aussi dans notre droit français ; elle est le résultat d’une habitude invétérée de langage. La propriété, qui est le droit le plus absolu qu’on puisse avoir sur une chose, s’incorpore et s’identifie avec son objet ; l’un et l’autre sont inséparables, au point qu’on les confond en disant *ma terre, ma maison, mon cheval* ; ces locutions ne laissent aucun doute sur le droit indiqué, bien qu’elles n’en contiennent pas le nom ».

³⁷ CCQ, art. 899 : « les biens, tant corporels qu’incorporels, se divisent en immeubles et en meubles » (« *property, whether corporeal or incorporeal, is divided into immovables and movables* »). CCQ, art. 911, al. 1^{er} : « on peut, à l’égard d’un bien, être titulaire, seul ou avec d’autres, d’un droit de propriété ou d’un autre droit réel, ou encore être possesseur du bien » (« *a person, alone or with others, may hold a right of ownership or other real right in a property, or have possession of the property* »). CCQ, art. 947, al. 1^{er} : « la propriété est le droit d’user, de jouir et de disposer librement et complètement d’un bien, sous réserve des limites et des conditions d’exercice fixées par la loi » (« *ownership is the right to use, enjoy and dispose of property fully and freely, subject to the limits and conditions for doing so determined by law* »).

³⁸ Sur cette question, v. J. E. C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », *RIDC* vol. 47, n° 1, 1995, p. 33.

Deuxièmement, c'est la concordance même des biens, des choses et de la propriété qui est critiquable. Cette association aboutit en effet à faire du bien un objet mineur dont la définition ne serait obtenue que de manière accidentelle, fortuite. La démarche consistant à faire des biens de simples décalques des choses et de la propriété la passerelle entre ces deux pôles est réductrice, car tenant pour indifférentes ou négligeables des qualités qui se révèlent pourtant essentielles dans la compréhension de la notion de bien. Le bien n'est pas qu'une chose appropriée, il est *autre chose*. Avant de s'en convaincre, il convient de se pencher sur les notions de chose et de propriété qui lui sont fréquemment associées.

6. Le bien et la chose. Qu'est-ce qu'une chose ? La simplicité de la question ne préjuge malheureusement pas de celle de la réponse, ce terme ayant une « aptitude spéciale à être utilisé dans plusieurs sens »³⁹. Ortolan voyait dans ce terme un « mot flexible, qui se prête avec une merveilleuse facilité aux besoins ou aux caprices indéterminés du langage »⁴⁰. Henriot remarquait quant à lui qu'« il n'est guère de terme plus vague, plus ambigu que celui de chose »⁴¹. Cette impression trouve une confirmation à la lecture de la définition qu'en donne la 9^{ème} édition du *Dictionnaire* de l'Académie française. La chose serait ainsi « tout ce qui existe objectivement ou qui est concevable, au sens concret ou abstrait ». Tantôt objet matériel, tantôt objet idéal, la définition de la chose se révèle énigmatique, quand bien même l'on excepterait les emplois figurés et innombrables dont ce terme peut être l'objet⁴². La gêne est renforcée sitôt que l'on se penche sur l'étymologie et l'origine du terme. Provenant du latin « *causa* », le mot « chose » désignait à l'origine la cause. Le mot « *causa* » se trouvait fréquemment associé à un autre terme, « *res* », doté d'une « signification *primordialement juridique* »⁴³. La *causa* ou la *res* désignait ainsi l'objet qui « [pouvait] être jeté au centre d'une controverse judiciaire »⁴⁴,

³⁹ R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, préf. F. Chabas, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 263, 1996, p. 14, n° 28. Dans le même sens, v. H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, « Le droit et les choses (les biens). Matière et matérialité, "objectivité" et "réalité" dans la perspective du droit », in *APD*, t. 24, *op. cit.*, p. 273, spéc. p. 273, relevant « l'ambivalence et l'absence d'univocité » de ce terme.

⁴⁰ J. ORTOLAN, *Explications historiques des Instituts de l'Empereur Justinien. Histoire et généralisation*, t. I, 8^{ème} éd., Paris, Henri Plon, 1870, p. 595, n° 105.

⁴¹ J. HENRIOT, « De l'obligation comme chose », in *APD*, t. 24, *op. cit.*, p. 235, spéc. p. 235.

⁴² Tel est notamment le cas des expressions telles que « quelque chose », « aller au fond des choses », « voir les choses en face », « la force des choses », « pas grand-chose », « chaque chose en son temps » ...

⁴³ J.-L. VULLIERME, « La chose, (le bien) et la métaphysique », in *APD*, t. 24, *op. cit.*, p. 31, spéc. p. 44.

⁴⁴ M. VILLEY, « Préface historique », art. cité, p. 6.

une « cause » ou une « affaire »⁴⁵. L'on ne concevait alors pas l'existence d'une « chose en soi » ou d'un concept autonome de chose : l'objectivité de la chose ne se trouvait « assurée » que par l'existence d'un litige qui avait pour objet telle *cause* ou telle *chose*⁴⁶. Ce n'est que plus tardivement que le terme « chose » acquit une signification plus objective, plus matérielle. Cessant d'être cantonné au « champ sémantique du procès », le terme « *res* » fut progressivement utilisé pour désigner l'intérêt, les biens ou des marchandises : le mot « finit alors par désigner l'ensemble des biens, pris génériquement dans leur essence comptable »⁴⁷.

À l'évidence, cette définition de la chose est pour le moins insatisfaisante car circulaire et autoréférentielle : si le bien est défini comme une chose, la chose est elle-même définie comme un bien dans ce schéma. Surtout, deux difficultés apparaissent sitôt que l'on essaye de surmonter cette aporie. La première est assez simple à résumer : qu'est-ce que la « réalité » dont la chose est censée être une portion ? Deux points de vue s'opposent : une approche matérielle de la réalité qui ne comprendrait que les choses que l'on peut toucher (une table, un bâtiment, une plante) et une approche plus intellectuelle de celle-ci qui comprendrait tant les choses que l'on peut toucher que celles que l'on ne peut que concevoir (un droit, une œuvre, une idée). La seconde difficulté est plus profonde : la chose juridique est-elle seulement une chose réelle ? Deux points de vue s'opposent encore : une approche réaliste ou empirique des choses (avec les difficultés suscitées) et une approche nominaliste ou idéaliste de celles-ci⁴⁸, la difficulté étant dès lors de déterminer ce que le droit nomme « choses ». L'interrogation n'est à l'évidence pas un pur cas d'école ni un problème purement philosophique : si le bien est censé être une chose, encore s'agit-il par conséquent de déterminer ce que le terme désigne et ce qu'il exclut. Ainsi de la personne habituellement présentée comme irréductible à une chose⁴⁹ et relevant comme elle de « l'expérience première »⁵⁰, de l'animal normalement « soumis au régime des

⁴⁵ Y. THOMAS, « Res, chose et patrimoine (Note sur le rapport sujet-objet en droit romain) », in *APD*, t. 24, *op. cit.*, p. 413, spéc. pp. 415-416, qui relève qu'« au fond, la “chose”, c'est la “cause” : *causa* ne se distingue de *res* que par la détermination d'une mise en forme verbale de l'“affaire” à l'aide des définitions de la rhétorique et du droit ».

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 417-418.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 420-423.

⁴⁸ Sur cette opposition, v. L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, préf. H. Synvet, *Economica*, coll. « Recherches Juridiques », t. 12, 2006, pp. 73 s., n° 51.

⁴⁹ A. PATURET, « L'individu entre l'homme et la chose. Note sur l'esclave en droit romain », *Droits* 2010/1, n° 51, p. 3 *sq.*

⁵⁰ R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, *op. cit.*, p. 3, n° 7, ajoutant que ces catégories « constituent deux modes d'être irréductibles, sans lesquels le système juridique en entier ne serait même pas concevable ».

biens »⁵¹ et des droits qui sont des relations juridiques subjectives *a priori* hostiles à toute réification⁵². La définition de la chose présente également un autre intérêt : celui de déterminer l'assiette de la propriété.

7. Le bien et la propriété. La propriété est définie à l'article 544 du Code civil 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 »⁵³. Son histoire est mouvementée, oscillant entre splendeur et déclin, entre plénitude et morcellement, entre absolutisme et relativisme⁵⁴. Quand certains la louent, à l'image du tribun Goupil-Fréfelin qui y voit « la base primordiale de l'ordre social »⁵⁵ ou de Troplong qui y voit « le droit naturel, appliqué aux rapports de l'homme avec la matière »⁵⁶, d'autres prophétisent sa chute, à l'image de Marx et Engels⁵⁷ ou de Proudhon, qui n'y voient qu'un « droit d'aubaine »⁵⁸. Ses implications sociales, politiques, économiques et juridiques ne sont plus à démontrer⁵⁹. Pourtant, la propriété reste un éternel sujet d'opposition, une antienne inlassablement ressassée et jamais véritablement digérée, d'aucuns fustigeant le « sommeil dogmatique » d'une doctrine incapable de voir l'essentiel⁶⁰ ou déplorant une propriété « malade de sa doctrine »⁶¹. Ses principes seraient-ils

⁵¹ C. civ., art. 515-14.

⁵² W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », *RTD Civ.* 2012, p. 419, spéc. n° 21.

⁵³ Comp. W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, p. 12, n° 7, considérant que cet article se contente de décrire les pouvoirs du propriétaire sur les choses.

⁵⁴ Sur ces mutations, v. not. L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Félix Alcan, 1912, Sixième conférence : « La propriété fonction sociale », pp. 147 s. ; M. PICARD, « L'évolution du régime des biens depuis le Code civil », in *Le droit civil français. Livre-Souvenir des Journées du droit civil français*, Barreau de Montréal, 1934, p. 59 sq. ; R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales aujourd'hui*, 1^{ère} série : *Panorama des mutations*, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1964, *passim* ; J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd. 2001, pp. 352 s. ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2013, pp. 282 s.

⁵⁵ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XI, Paris, 1827, p. 42.

⁵⁶ R.-T. TROPLONG, *De la propriété d'après le Code civil*, Paris, Pagnerre, Paulin & C^{ie} et Firmin Didot Frères, 1848, pp. 1-2.

⁵⁷ K. MARX et F. ENGELS, *Manifeste du Parti communiste*, rééd. Ère nouvelle, Paris, 1895, pp. 6 s.

⁵⁸ P.-J. PROUDHON, « Qu'est-ce que la propriété ? ou recherches sur le principe du droit et du gouvernement », in *Œuvres complètes de P.-J. Proudhon*, t. I, Paris, A. Lacroix et C^{ie}, 1873, p. 122.

⁵⁹ V. en dernier lieu J.-P. CHAZAL, « Le propriétaire souverain : archéologie d'une idole doctrinale », *RTD Civ.* 2020, p. 1 sq.

⁶⁰ J.-P. CHAZAL, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *RTD Civ.* 2014, p. 763, spéc. p. 763.

⁶¹ W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », art. cité, n° 1.

selon Treilhard « universellement connus »⁶², la propriété demeure constamment questionnée. Elle l'est aussi bien quant à ses origines que quant à son contenu et son objet.

L'on rattache traditionnellement la propriété au concept romain de *dominium*, défini comme une « puissance générale de la personne »⁶³ ou comme un espace de liberté sur un bien⁶⁴ exprimant le rapport de la personne à l'ensemble des objets sous sa domination⁶⁵. Simple puissance de la personne et non droit subjectif⁶⁶, le *dominium* pouvait saisir l'ensemble des objets placés sous la domination d'une personne, quels qu'ils furent. Si l'on peut se dire que cette notion a fait son temps, tel n'est pas l'avis d'une certaine partie de la doctrine. Certains auteurs défendent en effet l'idée que le Code civil n'aurait jamais véritablement rompu avec ce modèle et aurait parfaitement accueilli le *dominium* romain à travers la notion de propriété⁶⁷ après la longue parenthèse de l'Ancien droit au cours de laquelle la propriété romaine aurait été déformée par les romanistes⁶⁸ pour devenir un droit relatif aux seules choses et un droit divisé entre un domaine éminent et un domaine utile⁶⁹. Cessant d'être analysée comme un droit patrimonial et comme un droit subjectif parmi d'autres, la propriété devient dans cette optique *le droit subjectif lui-même*, apte à saisir tout ce qui est l'objet d'une relation d'appartenance et d'exclusivité⁷⁰, des choses corporelles aux choses incorporelles, des droits⁷¹ aux émanations de

⁶² P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XI, *op. cit.*, p. 4.

⁶³ F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305 *sq.*

⁶⁴ J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, *op. cit.*, p. 33.

⁶⁵ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon III, 1981, p. 14, n° 5.

⁶⁶ M. VILLEY, « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *RHD* 1946, p. 201, spéc. pp. 206 s. et du même auteur, « Du sens de l'expression *jus in re* en droit romain classique », in *Mélanges Fernand de Visscher*, t. II, 1949, p. 417 *sq.* V. également R. MASPÉTIOL, « Ambiguïté du droit subjectif : métaphysique, technique juridique ou sociologique », in *APD*, t. 9 : *Le droit subjectif en question*, 1964, p. 71 *sq.*

⁶⁷ F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », art. cité ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, préf. L. Aynès, Economica, coll. « Recherches Juridiques », t. 15, 2007, pp. 34-35, n° 30 ; J. LAURENT, *La propriété des droits*, préf. T. Revet, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 537, 2012, pp. 46 s., n° 57.

⁶⁸ J. FLACH, *Cujas, les glossateurs et les bartolistes*, Paris, Larose et Forcel, 1883, p. 22 : « les Bartolistes [...] ne cherchaient souvent dans les lois romaines qu'un prétexte pour créer un droit nouveau approprié à leur époque, mêlant sans scrupule la jurisprudence et le droit canonique aux décisions des empereurs ».

⁶⁹ L. PFISTER, « Domaine, propriété, droit de propriété. Notes sur l'évolution du vocabulaire du droit français des biens », *Revue générale de droit*, t. 38/2, 2008, p. 24 *sq.* ; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, *op. cit.*, pp. 73 s. ; A.-M. PATAULT, « Regard historique sur l'évolution du droit des biens. Histoire de l'immeuble corporel », in *L'évolution contemporaine du droit des biens, Troisièmes journées René Savatier*, PUF, 1991, p. 5 *sq.*

⁷⁰ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, p. 33, n° 12 ; F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, *op. cit.*, pp. 222 s., n° 160 s. et p. 815, n° 593.

⁷¹ Y. EMERICH, *La propriété des créances : approche comparative*, préf. F. Zenati-Castaing, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 469, 2007, pp. 27 s., n° 43 s. ; J. LAURENT, *La propriété des droits*, *op. cit.*, pp. 204 s., n° 261 s.

la personne⁷². À cette approche « rénovée » de la propriété s'oppose une approche plus traditionnelle de celle-ci qui n'y voit qu'un droit subjectif de nature réelle et patrimoniale, offrant à son titulaire de simples prérogatives de jouissance et susceptible de ne porter que sur les choses, qu'elles soient analysées sous un angle exclusivement matériel⁷³ ou non⁷⁴.

De telles approches, pour opposées qu'elles soient, se rejoignent toutefois sur un point : elles tiennent pour acquis le postulat selon lequel le bien ne serait jamais plus qu'un objet approprié. Les conséquences sur la notion de bien sont pourtant radicales : tantôt défini comme un objet quelconque d'appartenance et d'exclusivité, tantôt envisagé comme une chose corporelle ou incorporelle, le bien voit sa définition varier du tout au tout selon les définitions retenues des notions de chose et de propriété. C'est pourtant oublier que le bien, avant d'être une chose appropriée, est d'abord *quelque chose* de bien précis.

8. Les sens du terme « bien ». L'origine du terme « bien » est à rechercher dans le terme latin « *bonum* », vraisemblablement apparu vers la fin du III^{ème} siècle av. J.-C⁷⁵. Ce terme revêtait deux sens complémentaires : il désignait d'une part la fortune ou la richesse d'une personne (les « *pecuniae* ») et d'autre part une qualité morale ou une vertu (le Bien, le Bon, le Bonheur...)⁷⁶. Cette double signification du bien est encore attestée par l'ancienne racine grecque « *ἀγαθόν* », désignant tant la fortune ou la richesse que la qualité de ce qui est bien ou bon⁷⁷. Cette concordance entre les acceptions économique (le bien que l'on a) et normative (le Bien que l'on cherche) du terme « bien » livre un premier indice de la nature de celui-ci. Le bien, qu'il soit fortune ou vertu⁷⁸, est quelque chose de bon et donc une valeur estimable :

⁷² F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, op. cit., pp. 30-31, n° 8, c. Dans le même sens, v. B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, av.-propos F. Terré, préf. L. Aynès, LGDJ, coll. « Bibl. de l'Institut André Tunc », t. 15, 2008, p. 56, n° 60.

⁷³ V. not. J. CORNIL, *Droit romain : Traité élémentaire des droits réels et des obligations*, op. cit., p. 21 ; A. ROUAST, « L'évolution du droit de propriété », in *Travaux de l'Association Capitant*, t. I, Dalloz, 1946, p. 45 sq. ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 2 : *Biens. Droit de propriété et ses démembrements*, 8^{ème} éd. par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, p. 117, n° 1351.

⁷⁴ V. not. W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, op. cit., pp. 789 s., n° 426 s. ; C. LARROUMET et B. MALLET-BRICOUT, *Traité de droit civil*, t. II : *Les biens, droits réels principaux*, Economica, coll. « Corpus droit privé », 6^{ème} éd., 2019, pp. 6-7, n° 4.

⁷⁵ Y. THOMAS, « Res, chose et patrimoine (Note sur le rapport sujet-objet en droit romain) », art. cité, p. 424.

⁷⁶ F. GAFFIOT, *Dictionnaire Latin Français*, op. cit., v° « *Bonum* » et « *Bona* ».

⁷⁷ E. TALBOT, *Dictionnaire français-grec*, 13^{ème} éd., Paris, Delalain frères, 1894, v° « Bien » ; *Dictionnaire français-grec*, A. Hatier, 1956, v° « Bien ».

⁷⁸ Considérant à l'inverse que la quête du Bien est parfaitement illusoire, v. le portrait dressé par le Marquis de Sade de la pauvre Justine, jeune fille vertueuse accablée par le sort, à l'inverse de sa sœur Juliette, libertine vivant dans l'opulence et l'abondance (D.-A.-F. DE SADE, *Les infortunes de la vertu*, rééd. Folio Classique, 1970 et *Justine ou Les Malheurs de la vertu*, rééd. Le livre de Poche, 1973).

« *bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est, beatos faciunt : beare est prodesse* »⁷⁹. Si cette « dualité fondamentale de sens »⁸⁰ du terme a été diversement accueillie par les philosophes⁸¹, certains la jugeant exacte⁸² et d'autres non⁸³, elle prévaut encore aujourd'hui dans le langage courant. Le bien est une valeur morale comme économique⁸⁴. C'est ce que relevait Lavelle dans son *Traité des valeurs* : « si l'on cherchait dans le vocabulaire de la langue classique le mot qui a le plus de parenté avec le mot valeur, ce serait sans doute le mot *bien* que l'on trouverait ; et dans l'usage le plus courant, dire qu'une chose est bonne, c'est dire aussi qu'elle a pour nous de la valeur »⁸⁵.

Reste alors à savoir le sens que doit revêtir le terme « bien » dans le discours juridique.

⁷⁹ « On dit des biens qu'ils sont bons lorsqu'ils procurent une aisance propre à rendre heureux : rendre heureux signifie être utile » (Ulpien, au livre 59 sur l'Édit : *Digeste*, Livre L, Titre XVI, § 49). Sur la question, v. L.-E.-A. LARICHE, *Explication méthodique des Institutes de Justinien*, t. I par G. BONJEAN, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1878, p. 401, n° 792.

⁸⁰ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* 2^{ème} éd., PUF, coll. « Quadrige », 2006, v° « Bien », sens. 1, note Lachelier.

⁸¹ Pour une étude globale de la question, v. C. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit. Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, préf. M. Villey, LGDJ, coll. « Bibl. philo. du droit », vol. 25, 1982, *passim*.

⁸² L'hédoniste Calliclès dépeint par Platon dans le *Gorgias* vit ainsi dans le bien matériel la clé du bonheur (PLATON, *Gorgias*, trad. M. Canto, GF Flammarion, 1987, 492 e – 494 b, pp. 231-233). Comme le relate Platon, Socrate s'opposa à un tel mode de vie qu'il compara au fait de remplir d'eau des tonneaux percés, ce labeur étant sans fin. À quoi Calliclès lui rétorqua que « la vie de plaisirs est celle où on verse et on reverse autant qu'on peut dans son tonneau ». Il en alla de même de l'utilitariste John Stuart Mill qui perçut dans le bien le moyen de se « [délivrer] de la douleur » et d'atteindre le bonheur (J. S. MILL, *L'utilitarisme*, t. II, trad. G. Tanesse, GF Flammarion, 1968, p. 48).

⁸³ Ainsi d'Épictète qui considéra au contraire que le véritable bien était le bien moral et non les choses auxquelles on peut s'attacher (ARRIEN DE NICOMÉDIE, *Manuel d'Épictète, Le livre de poche*, 2000, 7, p. 168 : « comme, au cours d'une traversée, quand le navire a jeté l'ancre dans un port, si tu en descends pour aller chercher de l'eau fraîche, tu peux ramasser une chose accessoire au bout du chemin, un coquillage, une petite racine, il te faut pourtant avoir l'esprit tendu vers le bateau et te retourner constamment, de peur que peut-être le pilote ne t'appelle, et que, s'il t'appelle, tu doives abandonner toutes ces choses, afin que tu ne sois pas embarqué dans le navire, ficelé comme un mouton, de la même manière, dans la vie, si, à la place d'une petite racine, ou d'un coquillage, on te donne une femme et un enfant, rien n'empêche. Mais si le pilote fait retentir son appel, cours vers le navire en laissant toutes ces choses, sans te retourner en arrière. Et si tu es vieux, ne t'éloigne pas un moment du navire, de peur qu'il arrive que tu manques à l'appel »).

⁸⁴ Sur la coïncidence entre valeur morale et valeur économique dès la fin du III^{ème} siècle av. J.-C., v. Y. THOMAS, « Res, chose et patrimoine (Note sur le rapport sujet-objet en droit romain) », art. cité, p. 425. Sur la coïncidence contemporaine du bien-morale et du bien-valeur, v. A. PIÉDELIEVRE, « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », in *Études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, LGDJ, 1986, p. 55, spéc. p. 61. Sur la concordance entre l'acception juridique et l'acception morale du bien en droit pénal, v. A. TOUZAIN, « Regards d'un civiliste sur la notion de bien en matière pénale », in *Des limites à la volonté de puissance ?*, Dalloz, ICP, Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 12, 2017, p. 221, spéc. n° 3 ; E. DARGENTAS, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », *RPDP* 1977, p. 413 *sq.* ; M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, préf. A. d'Hauteville, LGDJ, coll. des Thèses, n° 39, 2010, pp. 307-308, n° 471.

⁸⁵ L. LAVELLE, *Traité des valeurs*, t. I : *Théorie générale de la valeur*, Paris, PUF, 1950, p. 19.

9. Définition juridique du bien. Si l'on se fie aux emplois du terme « bien » dans le discours juridique et sans préjuger pour le moment de l'objet qui sera qualifié de bien, il semble que le bien reçoive une acception essentiellement économique, soit considéré comme une valeur qui appartient à une personne⁸⁶.

Le bien est premièrement un objet de richesse, une valeur désirable et bonne pour tout un chacun. C'est un objet par essence économique qui enrichit celui à qui il appartient. Les biens formant le gage commun des créanciers sont recherchés pour leur valeur par ces derniers⁸⁷. Le bien est encore résumé à sa valeur lorsqu'il s'agit d'imposer fiscalement celui à qui il appartient⁸⁸. C'est également par le prisme de sa valeur que le bien est appréhendé sitôt qu'il s'agit de savoir si le donataire n'a pas excédé sa quotité disponible⁸⁹. Les exemples sont nombreux mais portent tous le même message : le bien juridique est une richesse, une valeur économique. Initialement synonyme de fortune purement immobilière⁹⁰, le bien juridique s'ouvre à de nouveaux horizons, s'accorde à la diversité des richesses. En cela, le vœu du Doyen Savatier se trouve exaucé, le bien juridique tendant à rejoindre « aussi exactement que possible, la "richesse" des "économistes" »⁹¹. Quoique Villey considérât que « les *Biens* des juristes diffèrent sûrement des biens des moralistes, et aussi des économistes »⁹², force est donc d'admettre que le sens juridique de ce terme recoupe son acception économique et dans une certaine mesure son acception philosophique : le bien est bon ; il est le moyen de satisfaire un besoin ou un désir⁹³ et d'accéder au bonheur (ou du moins, une forme de bonheur)⁹⁴.

Le bien est deuxièmement un objet d'appartenance. Si le bien est bon, encore faut-il qu'il le soit pour une personne, qu'il lui appartienne et figure en conséquence dans son patrimoine. Historiquement et sémantiquement, le patrimoine a dès l'origine désigné le contenant idéal des

⁸⁶ P.-A. MERLIN DE DOUAL, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. I, 4^{ème} éd., Paris, Garnier, 1812, v^o « Biens » : « tout ce qui peut composer les richesses et la fortune de quelqu'un ».

⁸⁷ C. civ., art. 2285.

⁸⁸ CGI, arts. 635 s. pour les droits d'enregistrement et la taxe de publicité foncière ; arts. 964 s. pour l'impôt sur la fortune immobilière.

⁸⁹ C. civ., art. 918.

⁹⁰ Sur l'évolution de la dimension économique de l'immeuble, v. W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, pp. 622-623, n^o 339-3.

⁹¹ R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD Civ.* 1958, p. 331, spéc. p. 346, n^o 31.

⁹² M. VILLEY, « Préface historique », art. cité, p. 1.

⁹³ A. SILEM, A. GENTIER et J.-M. ALBERTINI (Dir.), *Lexique d'économie*, Dalloz, 14^{ème} éd., 2016, v^o « Bien économique ».

⁹⁴ Même si d'aucuns considèrent que l'argent ne fait pas le bonheur et que l'accumulation des biens est même un obstacle au bonheur ! En ce sens, v. T. JACKSON, « La prospérité n'est pas l'accumulation des biens », *Alternatives économiques* n^o 323, avril 2013.

biens, traduisant tant l'idée d'appartenance que celle de valeur par emprunt de cette qualité aux biens qu'il n'a cessé d'agrèger⁹⁵. Pour les jurisconsultes romains, le patrimoine (« *patrimonium* ») désignait l'ensemble des biens transmis par les pères ou plus largement les biens de la famille⁹⁶ et revêtait une qualité essentiellement économique⁹⁷. Si Aubry et Rau ont été parmi les premiers à formaliser, certes maladroitement⁹⁸, cette coïncidence entre les biens et le patrimoine autour du ciment que constitue la valeur⁹⁹, celle-ci reçut également les faveurs de la doctrine¹⁰⁰. La Cour de cassation en fit de même, envisageant l'appartenance des biens par le prisme du patrimoine, support direct du droit de gage général des créanciers¹⁰¹. Cette association a enfin vocation à recevoir une consécration législative. Dans son projet de réforme du droit des biens, l'Association Henri Capitant envisage en effet de faire figurer cette identité dans l'intitulé même de ce qui serait le nouveau Titre 1^{er} du Livre II du Code civil, baptisé « Du patrimoine et des biens qui le composent »¹⁰².

⁹⁵ R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I, Montchrestien, 6^{ème} éd., 1947, pp. 343 s., n° 246 s. V. également G. CORNU, *Droit civil. Les biens*, Montchrestien, coll. « Précis Domat » 13^{ème} éd., 2007, p. 7, n° 3, qui souligne que « le patrimoine d'un individu est regardé simplement comme “ce qu'il a”, “ce qu'il possède”, “son avoir”, “son bien”... ».

⁹⁶ F. GAFFIOT, *Dictionnaire Latin Français*, *op. cit.*, v° « *Patrimonium* » ; D. ALLAND et S. RIALS (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, v° « Patrimoine » par P.-L. FRIER, PUF, coll. « Quadrige », 2003. V. également E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2^{ème} éd., Paris, Plon, 1928, p. 235 ; J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, p. 310, n° 221 ; B. FROMION-HÉBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II, 1998, p. 21, n° 8.

⁹⁷ N. M. LESENNE, *De la propriété avec ses démembrements (usufruit, usage, habitation et servitudes), suivant le droit naturel, le droit romain et le droit français*, Paris, Cosse et Marchal, 1858, p. 13, n° 30. V. également F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », in *APD*, t. 43, *op. cit.*, p. 79, spéc. p. 90 ; D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, préf. P. Jestaz, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 399, 2003, p. 43, n° 56.

⁹⁸ En témoigne notamment la notion de « biens innés ». Sur laquelle, cf. infra n° 115.

⁹⁹ C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IX, 5^{ème} éd. par E. BARTIN, Paris, Marchal et Billard, 1917, p. 333, § 573.

¹⁰⁰ G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. I : *Des biens*, *op. cit.*, p. 3, n° 2 ; R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, rééd. La Mémoire du Droit, 2001, p. 383 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, Sirey, 3^{ème} éd., 1938, p. 374, n° 648 ; D. GUTMANN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », in *APD*, t. 43, *op. cit.*, p. 65, spéc. p. 68 ; G. CORNU, *Droit civil. Introduction au droit*, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 13^{ème} éd., 2007, p. 33, n° 40 ; C. SÉJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Dalloz, coll. « Nvle Bibliothèque de Thèses », vol. 190, 2019, pp. 27-28, n° 17.

¹⁰¹ Par trois arrêts significatifs, la Cour de cassation affirma que « le droit de gage général qui résulte [de l'article 2284 du Code civil] au profit des créanciers ne porte que sur le patrimoine même du débiteur » (nous soulignons) : Cass. 1^{ère} civ., 6 juillet 1988, n° 86-11.153 et 86-11.450, *Bull. civ. I*, n° 227 ; Cass. 1^{ère} civ., 4 janvier 1995, n° 93-10.175, *Bull. civ. I*, n° 6 ; Cass. com., 1^{er} octobre 1997, n° 95-15.499, *Bull. civ. IV*, n° 234.

¹⁰² H. PÉRINET-MARQUET (Dir.), *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Litec, coll. « Carré droit », 2009.

10. La distinction de la chose et du bien. Le bien juridique peut à ce stade recevoir une première définition : il est une valeur patrimoniale, une richesse appartenant à une personne car figurant dans son patrimoine. Cette première définition appelle deux observations.

Premièrement, si le bien est une richesse, toutes les richesses sont *susceptibles* de recevoir la qualification de biens¹⁰³ et non les seules choses corporelles appropriées. La richesse patrimoniale d'aujourd'hui n'est plus seulement corporelle, ne se résume plus aux seuls fonds de terre ou aux choses tangibles¹⁰⁴. Elle est incorporelle, détachée de la matière : créances, titres financiers, fonds de commerce, clientèles, informations, œuvres de l'esprit, inventions..., autant de richesses qui ne sauraient être négligées ou exclues de la catégorie des biens au seul motif qu'elles ne sont pas des choses corporelles. Valorisés et appartenant au sujet, ces objets peuvent être qualifiés de biens.

Deuxièmement, si le bien est un objet patrimonial, seuls les droits patrimoniaux doivent en vérité recevoir la qualification de biens et non les choses qui peuvent en être les objets¹⁰⁵. Réalisant la synthèse de l'économie et du droit¹⁰⁶, le patrimoine n'agrège que les droits patrimoniaux dont une personne est titulaire et qui, selon la présentation traditionnelle, s'exercent contre autrui (droits personnels) ou portent sur une chose (droits réels). Ce que l'on a, que l'on valorise et que l'on s'échange est moins une chose qu'un droit patrimonial¹⁰⁷. En

¹⁰³ Sous la réserve évidente que le Souverain accueille ces richesses et admette leur existence dans l'ordre juridique. sur cette question, cf. infra n° 84.

¹⁰⁴ R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », art. cité, *passim* et du même auteur, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1^{ère} série : *Panorama des mutations*, *op. cit.*, *passim* ; P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD Civ.* 1966, p. 185 *sq.*

¹⁰⁵ En ce sens, v. not. G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. I : *Des biens*, *op. cit.*, p. 3, n° 2 : « le patrimoine, en d'autres termes, ne comprend que des *biens* ; or, ainsi qu'on le dira plus loin, il n'y a de *biens*, au sens juridique du mot, et d'après la terminologie du code, que les droits susceptibles de se ramener à l'idée d'une valeur pécuniaire » ; R. SAVATIER, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *RTD Civ.* 1958, p. 1, spéc. p. 1, n° 1 : « c'est par un raccourci, par une élision, que, dans un patrimoine, on compte comme des biens une maison ou un bijou, car le patrimoine ne comprend à l'analyse, que des biens incorporels, des droits » ; L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, *op. cit.*, p. 20, n° 11 : les biens sont, « au sens juridique, *non les choses objet de droits, mais les droits patrimoniaux eux-mêmes* ».

¹⁰⁶ J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, coll. « Université », 18^{ème} éd., 2021, p. 282, n° 210 : « la notion de *patrimoine* est, en quelque sorte, la traduction juridique de la dimension économique du sujet de droit ».

¹⁰⁷ Rappr. L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, *op. cit.*, p. 74, n° 51 : « entre les deux approches concevables, réaliste ou idéaliste, il faut choisir et adapter la terminologie juridique. Les biens sont alors : soit des choses, et non des droits ; soit des droits, non des choses. De nos jours, la seconde approche doit être préférée ».

dernière analyse, c'est donc le droit patrimonial qui est le bien juridique. C'est dans la notion de droit patrimonial que s'opère la rencontre de l'économie et du droit¹⁰⁸.

Il s'agit désormais de déterminer la place de la propriété dans ce système, elle qui est habituellement vue comme un droit patrimonial faisant advenir les biens.

11. Abandon de la référence propriétaire dans la qualification de bien. La propriété a toujours été intuitivement pensée comme opérant la liaison des biens à la personne. Mais sitôt le bien défini comme un droit patrimonial, cette intuition doit être questionnée. Le problème est le suivant : si la propriété est elle-même un bien en tant que droit réel patrimonial, comment peut-elle assumer la tâche qui lui est habituellement dévolue ? A-t-elle seulement un rôle à jouer dans le rattachement des biens au sujet sitôt que ces derniers ne sont pas des choses mais des droits patrimoniaux ? Plus largement, par quel moyen les biens sont-ils rattachés au sujet ? Les réponses apportées à ces interrogations par les théories classique et rénovée de la propriété ne sont guère satisfaisantes, ce qui rend l'alternative décevante.

Premièrement, c'est la réponse de la théorie classique de la propriété qui est critiquable. Celle-ci est en effet incapable d'admettre que les droits patrimoniaux puissent recevoir la qualification de biens en dépit pourtant de leur indéniable valeur. En faisant de la propriété la matrice des biens et en faisant de ces derniers un décalque des choses (corporelles ou incorporelles), la doctrine classique se prive de penser avec exactitude la notion de bien, échoue à embrasser la diversité des biens qui, en tant que droits, ne sauraient aucunement se laisser saisir, selon elle, par un droit de propriété strictement limité aux choses. En réalité, le problème n'est même pas tant que la propriété ne saurait selon cette analyse porter sur un droit ; il est qu'en s'interdisant de penser les biens en dehors de la propriété, l'on en vient à livrer une analyse inadéquate de ceux-là. Par son approche étriquée de la notion de bien, la doctrine classique peine à appréhender la diversité des valeurs composant les patrimoines modernes.

Deuxièmement, force est d'admettre que la réponse donnée en réaction par les partisans de la théorie rénovée de la propriété est pareillement critiquable. Si cette dernière a pour mérite

¹⁰⁸ J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., pp. 279-281, n° 209-210 : « pour imparfaite qu'elle soit, la distinction entre droits *extrapatrimoniaux* et droits *patrimoniaux* a le double mérite d'être relativement simple, et de tenir compte d'une réalité sociale importante en opposant les droits dont la finalité est principalement économique à ceux qui sont, *a priori* au moins, étrangers à cette fin. Elle s'opère à partir du critère que constitue la possibilité d'une *évaluation pécuniaire* du droit considéré [...]. Conformément au critère retenu, on doit considérer comme droit patrimonial tout droit qui peut être directement évalué en argent. Tel est le cas du *droit de propriété*, ou encore d'un *droit de créance*. On dit de ces droits qu'ils sont des *biens* ».

d’embrasser l’ensemble des biens dans leur diversité, elle se montre au contraire démesurément extensive. Elle étend d’abord considérablement le domaine de la propriété en agrégeant des objets aussi disparates que des choses et des droits et en leur conférant indistinctement la qualité de biens. Elle modifie ensuite et surtout la définition même de la propriété, reléguant son aspect immédiat ou son contenu, la jouissance des choses, derrière un caractère pourtant commun à l’ensemble des droits, l’exclusivité. La propriété cesse dès lors d’être un droit de jouissance pour devenir un droit d’exclure, cesse d’être un droit réel – qu’il s’agirait de rattacher au sujet – pour devenir la relation d’appartenance apte à embrasser tout objet d’exclusivité, chose ou droit. La cause de ces maux est facilement identifiable ; elle est la même que celle qui rend la théorie classique inopérante : le placement de la propriété au cœur de la définition des biens.

C’est cette association des biens et de la propriété qu’il convient dorénavant de dépasser si l’on veut appréhender avec plus de justesse la notion de bien.

12. La démarche. La démarche n’est d’abord pas théorique ou purement spéculative. Elle a pour finalité première de clarifier la notion même de bien et de lui donner une consistance dans le discours juridique. Trop longtemps abandonnée au sort des notions de chose et de propriété, la notion de bien doit désormais recevoir une autonomie conceptuelle propre et faire l’objet d’une véritable systématisation. Cela est possible et plus encore souhaitable. Possible d’abord, car les fondations d’un régime commun des biens existent déjà, ce qu’une approche empirique révèle parfaitement : tous les biens ou droits patrimoniaux naissent, circulent et s’éteignent, donnent lieu à évaluation et à imposition, se démembrent et s’offrent en garantie, se prêtent aux saisies et autres voies d’exécution. Souhaitable ensuite, car il n’est pas acceptable qu’une notion dont les qualités économiques sont indiscutables souffre encore d’un manque d’unité et peine à être expliquée : tous les biens ont une valeur, tous appartiennent au sujet et tous sont en principe susceptibles de circuler¹⁰⁹.

La démarche se veut ensuite utile d’un point de vue pédagogique. La diversité des biens n’est plus en phase avec leur présentation habituelle¹¹⁰. Le droit des biens ne peut plus en effet se

¹⁰⁹ C’est ce qu’exprime avec justesse Monsieur d’Avout dans sa thèse : « les droits patrimoniaux, qu’ils soient droits réels, personnels ou intellectuels, peuvent être en principe considérés de manière indistincte, parce qu’ils ont cette caractéristique commune d’être juridiquement des droits et économiquement des richesses » (L. D’AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, op. cit., p. 18, n° 10).

¹¹⁰ À ce titre, il serait bon de s’inspirer de ce que prévoit le Code civil néerlandais (*Burgerlijk Wetboek*) et notamment du traitement qu’il réserve au « droit patrimonial en général » en son Livre III. Sur la question, v. A. V. M. STRUYCKEN, « L’évolution du droit des biens à travers le nouveau Code civil néerlandais », in *L’évolution contemporaine du droit des biens*, Troisièmes journées René Savatier, op. cit., p. 83 sq.

résumer à l'étude des seuls droits réels et encore moins à l'étude des seules choses qui en constituent les objets. Les mots du Doyen Savatier prennent ici un sens particulier : « imagine-t-on que le droit rural de l'époque de la faucille doive demeurer celui de l'ère de la moissonneuse-batteuse et des bulldozers ? »¹¹¹. La question mérite d'être posée, tout comme celle de l'adéquation de la définition des biens à leur multitude. Définir le bien répond à ce souci de clarification du langage, indispensable à la transmission et à la compréhension des réalités que le droit a l'ambition de saisir.

La démarche suppose enfin de trancher de nombreuses interrogations. Si la définition de la chose n'importe pas pour définir le bien, son élucidation demeure en revanche cruciale pour appréhender avec précision les objets sur lesquels le droit de propriété est susceptible de porter. De même, si la propriété ne constitue pas l'*alpha* et l'*oméga* de la notion de bien, sa définition s'impose nécessairement dès lors qu'elle constitue un bien et dès lors qu'elle continue d'être sollicitée pour expliquer tant le rattachement des biens au sujet que leur protection ou leur disposition. Le périmètre du droit des biens se trouvant élargi à l'ensemble des droits patrimoniaux, c'est dans la réglementation propre à chacun d'eux que doivent être trouvées les solutions permettant de mettre à jour l'existence d'une unité au sein même des biens.

La démarche générale étant exposée, il est désormais temps d'exposer succinctement les grandes idées qui l'accompagnent.

13. Les idées. Par cette thèse, l'on se propose de définir le bien juridique. À cette fin, deux interrogations doivent être successivement envisagées : qu'est-ce qu'un bien ? Quels sont les biens ? À la qualification du bien succède la classification des biens. Ces deux interrogations constituent les axes de la recherche.

Cette thèse est en premier lieu un travail de qualification, cette opération supposant, pour commencer, d'identifier conceptuellement la nature du bien juridique. À cette fin, deux éléments doivent être mis en avant : la composante économique du bien et sa composante juridique. Économiquement, le bien peut être appréhendé tant comme un objet de valeur que comme un objet d'échanges. Mais c'est d'un point de vue juridique que la nature du bien apparaît plus nette : si les considérations économiques sont prégnantes dans la qualification de bien, seul le droit a autorité pour le reconnaître juridiquement, cette intervention du Souverain

¹¹¹ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales aujourd'hui*, 1^{ère} série : *Panorama des mutations*, *op. cit.*, p. 8, n° 5.

accréditant l'idée que le bien est un objet construit, à tel point construit qu'il revêt ultimement les habits du droit patrimonial. L'opération de qualification, pour être complète, suppose ensuite que le régime du bien soit élucidé, celui-ci participant directement de la notion. Sous cet aspect, deux questions doivent être abordées : celle de l'appartenance et celle de la maîtrise du bien. Il est en effet nécessaire de se prononcer sur ces questions dès lors que le bien est analysé comme un droit patrimonial et dès lors que la propriété, traditionnellement pensée comme réalisant la liaison des biens au sujet et expliquant leur maîtrise, est elle-même un droit patrimonial. Cette étape de la thèse est l'occasion de repenser l'appartenance et la maîtrise des biens autour d'une notion qui a toujours été privée de toute charge normative mais qui pourrait constituer une alternative valable dans l'explication du rattachement des biens au sujet et dans leur maîtrise : la titularité (**Partie I**).

Cette thèse est en second lieu un travail de classification. Si tous les biens bénéficient d'une réglementation identique et s'extériorisent de manière semblable par leur régime, cette unité ne saurait gommer la spécificité de chacun d'entre eux. Chaque droit se singularise au contraire à raison de critères propres, tirés de leur objet et du contenu des prérogatives reconnues à leur titulaire. Les biens étant des droits patrimoniaux, ce sont ces derniers qu'il s'agit en fin de compte de classer. Il est certes habituel de réduire la diversité des droits patrimoniaux à l'opposition classique entre les droits réels et les droits personnels. Cette distinction est pourtant imparfaite, manquant de clarté et de cohérence d'un côté, et peinant de l'autre à embrasser l'ensemble des droits patrimoniaux dont une personne peut être investie, tout droit patrimonial n'étant pas soit tourné vers la jouissance d'une chose (droit réel), soit tourné vers l'obtention d'une prestation (droit personnel). Aussi convient-il de questionner cette *summa divisio* ainsi que les figures classiques qui la composent et de l'enrichir de figures modernes. En marge de cette distinction, une place doit en effet être réservée à des droits qui, relativement à leur objet et à leur contenu, diffèrent des droits réels et des droits personnels, investissant leurs titulaires de prérogatives tournées vers l'exploitation économique d'une activité : les droits d'exploitation. Une typologie de ces droits peut être dressée selon leur origine, eux qui sont tantôt concédés par les pouvoirs publics, tantôt conquis par la seule force de travail d'une personne (**Partie II**).

14. Le plan. L'étude du bien juridique passe par l'approfondissement de ces deux axes : une opération de qualification suivie d'une opération de classification, allant ainsi du singulier au pluriel, du *bien* aux *biens*, à même d'appréhender dans toute sa richesse une notion encore mal conçue.

PARTIE I. La qualification de bien

PARTIE II. La classification des biens

PARTIE I. LA QUALIFICATION DE BIEN

15. L'opération de qualification. La qualification a pour « objet de déterminer le régime juridique qui s'applique à une situation factuelle donnée », de « rattacher la situation factuelle à une catégorie de manière à susciter l'application du régime correspondant »¹¹². Appliquée au bien, l'opération peut se révéler délicate pour deux raisons : la notion est mal identifiée et son régime éclaté. L'opération de qualification doit en conséquence obéir à deux étapes : une délimitation conceptuelle de la notion suivie d'une approche analytique de son régime. La méthode a son importance.

16. Détermination de la nature du bien. La première étape consiste à déterminer la nature du bien, sa substance. Le bien se définit tant conceptuellement qu'en pratique comme un objet essentiellement économique, comme une valeur marchande¹¹³. À cette définition économique du bien s'adjoint une définition juridique : si le bien est un objet économique, il n'est pas que cela. Il est encore un objet juridique.

17. Détermination du régime du bien. Il pourrait paraître surprenant à première vue d'étudier le régime du bien dans une réflexion plus vaste sur sa qualification. C'est pourtant par son régime que l'unité de la notion se réalise pleinement. Si le bien est un objet par nature économique et juridique, il est encore un objet qui appartient à une personne et dont elle a la maîtrise¹¹⁴. Tant l'appartenance que la maîtrise participent de la notion, puisque c'est par elles que cette dernière acquiert son sens le plus complet.

18. Plan. La qualification de bien suppose en conséquence que soit étudiée aussi bien sa nature (**Titre I**) que son régime (**Titre II**).

¹¹² M. CUMYN, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématicité du droit », *Les Cahiers de droit*, vol. 52, n° 3-4, septembre-décembre 2011, p. 351, spéc. p. 369.

¹¹³ Cf. supra n° 8.

¹¹⁴ Rappr. J. DABIN, *Le droit subjectif*, préf. C. Atias, rééd Dalloz, 2008, pp. 80 s., définissant le droit subjectif en termes d' « appartenance-maîtrise ».

TITRE I. LA NATURE DU BIEN

19. Nature économique et juridique du bien. Conceptuellement et en pratique, le bien se signale au juriste tel un indiscutable objet de valeur, comme une richesse pécuniaire¹¹⁵. La valeur est d'ailleurs régulièrement érigée en critère même de la notion de bien¹¹⁶. À cette composante économique doit pourtant s'adjoindre une composante normative : si le bien se caractérise par sa valeur, il se caractérise encore par sa juridicité. Le bien n'est pas un pur objet économique ; il est aussi et surtout un objet juridique, tant par sa nature que par son origine, le Souverain jouant un rôle décisif dans la qualification de bien, assurant la transition de l'économique au juridique. Substantiellement, le bien a donc une double nature : il est un objet économique et juridique. Le patrimoine en réalise la synthèse¹¹⁷, en est le « ciment »¹¹⁸.

20. Plan. C'est cette double nature qu'il convient désormais de révéler et d'approfondir. À l'examen de la nature économique du bien (**Chapitre I**) succédera celui de sa nature juridique (**Chapitre II**).

¹¹⁵ Une telle approche du bien a d'ailleurs reçu un accueil très favorable de la Cour européenne des droits de l'homme qui a fait de la « valeur patrimoniale » le critère de qualification des biens, s'en servant pour justifier l'application de l'article 1^{er} al. 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantissant le respect des biens. Furent ainsi qualifiées de biens une clientèle (CEDH, *Affaire Van Marle et autres c. Pays-Bas*, 26 juin 1986, req. n° 8543/79 ; 8674/79 ; 8675/79 ; 8685/79, spéc. § 41), une allocation d'urgence (CEDH, *Affaire Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, req. n° 17371/90, spéc. § 41) ou une licence de débit de boissons (CEDH, *Affaire Tre Traktörer Aktiebolag c. Suède*, 7 juillet 1989, req. n° 10873/84, spéc. § 53). Tout « intérêt économique » constitue même un bien pour la Cour européenne (V. en ce sens CEDH, *Affaire Beyeler c. Italie*, 28 mai 2012, req. n° 33202/96 et CEDH, *Affaire Öneriyildiz c. Turquie*, 30 novembre 2004, req. n° 48939/99). Sur cette question, v. not. S. PAVAGEAU, *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, préf. S. Braconnier, LGDJ, coll. de la Faculté de droit et des sciences sociales, Université de Poitiers, 2006, pp. 168 s., n° 242 s.

¹¹⁶ C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IX, 5^{ème} éd. par E. BARTIN, Paris, Marchal et Billard, 1917, p. 334, § 573 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. III : *Les biens*, 2^{ème} éd. par M. PICARD, LGDJ, 1952, pp. 58-59, n° 51 ; R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD Civ.* 1958, p. 331, spéc. p. 335, n° 7 ; P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD Civ.* 1966, p. 185, spéc. p. 207, n° 25 ; A. PIÉDELIEVRE, « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », in *Études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, LGDJ, 1986, p. 55, spéc. p. 55 ; M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006-4(I), p. 1805, spéc. pp. 1806-1807, n° 4-7 ; P. SIMLER, *Les biens*, PUG, 3^{ème} éd., 2006, p. 1, n° 1 ; P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préf. L. Aynès, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 489, 2007, pp. 170 s., n° 528 s. ; G. CORNU, *Droit civil. Introduction au droit*, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 13^{ème} éd., 2007, p. 33, n° 40 ; M. RENOUF, *Contribution à l'analyse juridique de la notion de valeur. Essai sur les biens à valeur négative*, th. Caen, 2012, p. 29, n° 7 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2013, p. 223.

¹¹⁷ D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, préf. P. Jestaz, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 399, 2003, p. 43, n° 56, qui qualifie le patrimoine de « synthèse d'une réalité économique ».

¹¹⁸ F. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD Civ.* 1998, p. 819, spéc. n° 5.

CHAPITRE I. LA NATURE ÉCONOMIQUE DU BIEN

21. Un objet valorisé. Économiquement, le bien est une valeur. Il est une richesse, secrète ou ostentatoire, que l'on cache aux convoitises d'autrui ou que l'on exhibe fièrement. Synonyme de fortune patrimoniale, le bien intéresse d'abord son titulaire à qui il donne une force de crédit, tout comme il intéresse ensuite ses créanciers qui y voient une garantie universelle. Le bien se présente comme l'objet qui a cette qualité irréductible et permanente d'être une richesse, comme l'objet qui « vaut » et qui a une importance¹¹⁹, laquelle est mesurable en argent et procure à son maître quelque utilité ou bienfait d'ordre pécuniaire. La valeur est indiscutablement la « substance économique » du bien¹²⁰.

22. Un objet d'échanges. Si le bien est un objet de valeur, il est encore – et surtout – un objet d'échanges. D'abord, parce que la valeur, que l'on érige en critère du bien, procède elle-même du marché qui est « l'instrument révélateur de la valeur »¹²¹. La valeur qui caractérise les biens suppose en effet l'existence d'un marché pour exister et se déployer¹²². Ensuite, parce la commercialité d'un bien, son aptitude à faire l'objet d'échanges¹²³, est un prolongement de son appartenance et une cause de sa valorisation¹²⁴. L'échange satisfait en effet « le désir que l'on peut avoir d'un bien »¹²⁵ ; il est le moyen par lequel on accède à la valeur qu'il constitue.

23. Plan. Le bien est une richesse en mouvement, une richesse dont la destinée est de circuler de patrimoine en patrimoine¹²⁶. Tant la valeur (**Section I**) que la commercialité (**Section II**) participent de la nature économique du bien, de sa substance.

¹¹⁹ G. DECOCQ, *Essai sur l'évaluation*, th. Paris II, 1996, p. 18, n° 10 : « qui dit “valeur” dit, par là même, “importance attribuée à une chose” ».

¹²⁰ C. KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français. Essai sur les biens, la propriété et la possession*, av.-propos F. Chabas, préf. C. Atias, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2009, p. 29, n° 33.

¹²¹ I. PONTES VIEIRA, *La valeur en droit fiscal et douanier*, préf. J.-C. Martinez, LGDJ, coll. « Bibl. fin. publ. et fisc. », t. 56, 2012, p. 218, n° 719.

¹²² A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 801, spéc. pp. 804-805, n° 2.

¹²³ I. MOINE, *Les choses hors commerce*, préf. E. Loquin, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 271, 1997, p. 11, n° 2.

¹²⁴ J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277, spéc. p. 279, n° 7 ; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, coll. « Droit fondamental », 3^{ème} éd., 2008, p. 75, n° 36.

¹²⁵ R. LIBCHABER, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Biens », 2019, n° 91.

¹²⁶ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 357.

SECTION I. LA VALEUR

24. Plan. Le bien est un objet patrimonial valorisé. L'étymologie du terme le confirme tout autant que son origine¹²⁷. Cette manière de concevoir le bien, loin d'être purement dogmatique, se justifie juridiquement, le droit accueillant cette identité (§1). Cette conception a des implications certaines quant à la notion même de bien (§2).

§1. Justification de la définition valoriste du bien

25. Plan. L'approche valoriste du bien peut être doublement justifiée. Historiquement, l'évolution du droit de l'exécution est un témoin tout choisi pour apprécier cette approche (A). Plus proche de nous, il est encore possible de l'apprécier au regard du traitement que le droit fiscal réserve aux biens et au patrimoine qui les contient (B).

A. L'argument tiré du droit de l'exécution

26. De l'exécution sur la personne à l'exécution sur les biens. L'appréhension des biens par le prisme de leur valeur a très tôt permis de les substituer à la personne comme siège de l'exécution, concourant très largement au bouleversement du droit de l'exécution et à l'abandon de la contrainte par corps. La désignation des biens comme substituts à l'exécution sur la personne témoigne ainsi de la fonction satisfactoire qui leur a été assignée, non pas en raison de leur utilité intrinsèque variable, mais en raison de leur caractère commun qu'est leur valeur, susceptible de désintéresser les créanciers. Bien qu'il fallût attendre une loi du 22 juillet 1867 pour voir disparaître la contrainte par corps, véritable « épreuve de solvabilité, destinée à faire avouer des ressources cachées »¹²⁸ permettant aux créanciers de poursuivre l'exécution forcée sur la personne de leurs débiteurs désargentés¹²⁹ et que ses zéloteurs, comme Bigot-Préameneu, présentaient en 1804 comme une institution étonnamment conforme aux « sentiment généreux et humains qui sont propres au caractère français »¹³⁰, le droit romain appréhendait déjà les biens comme des substituts valables à la personne dans la quête de satisfaction des créanciers

¹²⁷ Cf. supra n° 8.

¹²⁸ P. BOUCHETAL-LAROCHE, *De la contrainte par corps en droit romain et en droit français*, Paris, Victor Goupy, 1867, pp. 1-2.

¹²⁹ CPC, arts. 780 à 805 anc. ; C. civ., arts. 2059 à 2070 anc.

¹³⁰ P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, t. XV, p. 157.

impayés¹³¹. Tel n'était pas le cas originellement, le basculement de la contrainte physique à la contrainte sur les biens s'étant fait progressivement.

27. Système de la contrainte physique. Initialement, à l'issue d'un procès d'obligation et quand bien même le contrat portait sur la livraison d'une chose, le créancier disposait, par la *manus injectio*, d'une véritable mainmise physique sur son débiteur, en vertu du droit quiritaire¹³². C'est ainsi que le débiteur devenait *addictus* si nul ne se portait caution de sa personne, c'est-à-dire prisonnier en la demeure du créancier¹³³.

À côté de cette contrainte judiciaire qu'était l'*addictio*, existait le *nexum*, contrainte conventionnelle¹³⁴ qui cristallisa les ardeurs de l'époque et qui tire son origine de la Loi des Douze Tables¹³⁵. Le *nexum* aurait consisté à l'origine en un acte réalisant une mancipation (forme de transfert de propriété) puis en tout acte réalisé *per aes et libram*¹³⁶, par l'airain et la balance¹³⁷, en présence de cinq témoins et d'un *libripens*, un porteur de balance¹³⁸, concernant principalement les actes opérant un prêt d'argent. Forme de contrat de garantie, le *nexum*

¹³¹ Sur l'exposé minutieux et détaillé de cette question, v. l'ouvrage de référence : J. TAMBOUR, *Des voies d'exécution sur les biens des débiteurs dans le droit romain et dans l'ancien droit français avec un appendice sur les effets de la saisie-arrêt dans le droit actuel*, 2 t., Paris, A. Lacour, 1856.

¹³² P. BOUCHETAL-LAROCHE, *De la contrainte par corps en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 16. La *manus injectio*, ainsi que l'explique un autre auteur, était le « droit de saisir au moyen de la force civique [...] la personne obligée qui ne remplissait pas son obligation », laquelle pouvait être contractée par *mancipation* ou *nexum* (S. VAINBERG, *Le nexum et la contrainte par corps en droit romain*, Paris, Ernest Leroux, 1874, p. 13).

¹³³ P. BOUCHETAL-LAROCHE, *De la contrainte par corps en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 18.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 20. L'on fait toutefois remarquer que le *nexum* n'était pas un contrat en soi et se rencontrait systématiquement là où un prêt d'argent était consenti (*nexi datio* : paiement en matière de vente ; *nexi obligatio* : livraison de monnaie en matière de prêt ; *nexi liberatio* : paiement extinctif d'une dette). L'on rapporte également que le *nexum* était simplement une mancipation fiduciaire et non un véritable contrat, engageant la personne en garantie d'une dette. Ces hésitations résultent de la querelle rapportée par Varron, savant et magistrat romain, entre Mamilius et Mutius (M. NISARD, *Macrobe (œuvres complètes), Varron (De la langue latine), Pomponius Méla (œuvres complètes)*, Paris, J. J. Dubochet, Le Chevalier et C^{ie}, 1850, Livre VII, § 105). Pour le premier, le *nexum* désignait une certaine formule d'aliénation faite *per aes et libram*. Pour le second, le *nexum* désignait une obligation personnelle indépendante de l'aliénation réelle qui se différenciait du *mancipium* en ce qu'alors que le *nexum* créait un effet obligatoire, le *mancipium* créait un effet réel. V. sur ces questions, D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, p. 203 s. V. également J. GAUDEMET, « Naissance d'une notion juridique. Les débuts de l'"obligation" dans le droit de la Rome antique », in *APD*, t. 44 : *L'obligation*, Dalloz, 2000, p. 19, spéc. pp. 23-24.

¹³⁵ Loi des XII Tables, Table VI, 1. a : « *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* » (« Lorsqu'on fait *nexum* ou *mancipium*, et qu'on le déclare oralement, le droit est donné »).

¹³⁶ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 204. Si l'acte se réalisait *gestum per aes et libram*, il se défaisait par un acte inverse, la *solutio per aes et libram*.

¹³⁷ Il s'agissait alors de peser les lingots d'airain qu'un individu empruntait et donc de déterminer ce qu'il devait restituer à l'échéance du prêt.

¹³⁸ E. DUBOIS, *Institutes de Gaius*, 6^{ème} éd., Paris, A. Maresq Ainé, 1881, Livre III, § 173, p. 359.

contraignait le débiteur à s'exécuter, principalement par la *manus injectio*¹³⁹. Par la suite, le *nexum* aurait consisté à offrir, en garantie de l'engagement, un otage pouvant être lié au créancier en cas de défaillance du débiteur¹⁴⁰. En l'absence ou en présence d'un otage, le débiteur ou son garant devenait ainsi *nexus*, donc captif et *enchaîné* en la demeure du créancier¹⁴¹.

28. Modification de la nature de la contrainte physique. Ce n'est qu'en raison d'un événement marquant que la contrainte physique née du *nexum* fut d'abord atténuée, ensuite supprimée. Ainsi que le rapporte Tite-Live¹⁴², alors que le jeune Publilius s'était réduit *nexus* pour financer les derniers honneurs qu'il souhaitait rendre à son père défunt, il fut avili et abusé par son créancier, Papirius. Lui tenant tête et ne cédant pas à ses avances, Publilius prit la fuite et parvint à émouvoir le peuple romain qui se révolta et exigea la fin de cette prison pour dette infamante. C'est ainsi que le consul Poetelius prit finalement la loi qui rendit la liberté à tous les *nexi* – sans toutefois définitivement supprimer le *nexum* – par la *Lex Poetelia Papiria*¹⁴³, qui demeure ainsi une loi de circonstance.

Cette loi n'a pas supprimé le *nexum*, mais a modifié la nature de la soumission pouvant être exercée contre le débiteur : alors qu'avant cette loi, le *nexus* demeurait enchaîné, les auteurs notent que cette loi a seulement interdit « l'emploi de lourdes chaînes et du *nervus* »¹⁴⁴ (le nerf de bœuf), obligeant néanmoins le *nexus* à fournir au créancier ses services personnels en garantie de l'engagement¹⁴⁵. Certes, cette loi a fait perdre au *nexum* l'autorité qui était alors la sienne, marquant la fin de cette peine telle qu'on la concevait alors, à savoir comme une soumission essentiellement physique¹⁴⁶. En revanche, contrairement à ce que soutiennent

¹³⁹ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Arthur Rousseau, 4^{ème} éd., 1906, pp. 478-479.

¹⁴⁰ M. VILLEY, *Le droit romain*, rééd. PUF, 2012, p. 112.

¹⁴¹ J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. « Précis », 2^{ème} éd., 2010, p. 689, n° 442. V. également Y. EMERICH, *La propriété des créances : approche comparative*, préf. F. Zenati-Castaing, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 469, 2007, p. 74, n° 121.

¹⁴² M. NISARD, *Œuvres de Tite-Live*, t. I, Paris, Firmin Didot frères, fils et C^{ie}, 1869, Livre VIII, § 28.

¹⁴³ ~ 326 av. J.-C. selon Tite-Live, ~ 313 av. J.-C. selon Varron. Girard situe en revanche cette loi en 428 av. J.-C. (P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 482), de même que Bouchetal-Laroche, qui situe cette loi en 429 av. J.-C. (P. BOUCHETAL-LAROCHE, *De la contrainte par corps en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 30).

¹⁴⁴ S. VAINBERG, *Le nexum et la contrainte par corps en droit romain*, op. cit., p. 54 ; P. BOUCHETAL-LAROCHE, *De la contrainte par corps en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 23.

¹⁴⁵ J. MÉLINE, *De la contrainte par corps en droit romain et en droit français*, th. Paris, 1865, p. 29. Dans le même sens, P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 482.

¹⁴⁶ R.-M. RAMPENBERG, « L'obligation romaine : perspective sur une évolution », in *APD*, t. 44, op. cit., p. 51, spéc. p. 54.

certaines exégètes, elle n'a aucunement aboli l'*addictio* préconisée par la Loi des Douze Tables et qui autorisait un traitement barbare du débiteur insolvable¹⁴⁷, permettant notamment à ses créanciers de le mettre à mort et de se partager ses restes¹⁴⁸. Il fallut attendre l'adoption de la *Lex Vallia*, au début du II^{ème} siècle av. J.-C., pour que le *nexum* devienne un véritable contrat, substituant une obligation à la dette à un rapport de puissance physique et fasse naître, en face d'une dette, un « droit » primitif à l'accomplissement d'un devoir. Il fallut également attendre la fin de l'Empire pour que le droit de mettre à mort le débiteur tombe en désuétude¹⁴⁹.

29. Généralisation progressive de la contrainte sur les biens. La *Lex Poetelia Papiria* constitue malgré tout la première étape de la généralisation de l'exécution forcée sur les biens¹⁵⁰. C'est à compter de cette loi que ces derniers furent envisagés comme des substituts à la personne dans la quête de satisfaction du créancier et que l'on tira les conséquences exactes de l'identification de la personne à son patrimoine¹⁵¹. L'on s'aperçut que la contrainte par corps accusait une impopularité grandissante et une efficacité finalement limitée¹⁵². Aussi accepta-t-on l'idée que les biens du débiteur pussent amplement suffire à désintéresser ses créanciers¹⁵³. Ainsi que l'écrit Madame Séjean-Chazal, « en portant atteinte à l'ensemble du

¹⁴⁷ M. MICHELET, *Origines du droit français cherchées dans les symboles et formules du droit universel*, Paris, Hachette, 1837, pp. 392-393 : « la dette avouée, l'affaire jugée, trente jours de délai. Puis, qu'on mette la main sur lui, qu'on le mène au juge. Le coucher du soleil ferme le tribunal. S'il ne satisfait au jugement, si personne ne répond pour lui, le créancier l'emmènera et l'attachera avec des courroies ou avec des chaînes qui pèseront quinze livres ; moins de quinze livres, si le créancier le veut. Que le prisonnier vive du sien. Sinon, donnez-lui une livre de farine, ou plus, à votre volonté. S'il ne s'arrange point, tenez-le dans les liens soixante jours ; cependant produisez-le en justice par trois jours de marchés, et là, publiez à combien se monte la dette. Au troisième jour de marché, s'il y a plusieurs créanciers, qu'ils coupent le débiteur en plusieurs parts (in partes secanto). S'ils coupent plus ou moins, qu'ils n'en soient pas responsables. S'ils veulent, ils peuvent le vendre à l'étranger au-delà du Tibre... *In partes secanto*, doit s'entendre de la personne et non des biens, puisque la loi présente ensuite comme adoucissement l'esclavage, la vente du débiteur à l'étranger ». Bouchetal-Laroche livre, quant à lui, des détails pour le moins intéressants : « si même il y a plusieurs créanciers, qu'ils coupent le corps du débiteur en morceaux et se partagent ses restes sanglants. Peu importe que les parts du cadavre soient égales ou non ; on ne suppose pas que la fraude ait présidé à ce partage » (P. BOUCHETAL-LAROCHE, *De la contrainte par corps en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 24).

¹⁴⁸ En ce sens, S. VAINBERG, *Le nexum et la contrainte par corps en droit romain*, op. cit., p. 54 ; J. MÉLINE, *De la contrainte par corps en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 16. V. également P. BOUCHETAL-LAROCHE, *De la contrainte par corps en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 25, qui écrit d'ailleurs que « toute tentative pour donner de la loi une interprétation plus humaine est donc un contre-sens et pêche contre la vérité ».

¹⁴⁹ J. MÉLINE, *De la contrainte par corps en droit romain et en droit français*, op. cit., pp. 18-19.

¹⁵⁰ Comme l'écrit Bouchetal-Laroche, « la loi Petilia, en abolissant plus tard l'engagement de la personne, ne laissera subsister du *nexum* que son effet sur les biens » (P. BOUCHETAL-LAROCHE, *De la contrainte par corps en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 22).

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 13.

¹⁵² F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil. Obligations, Régime*, PUF, Coll. « Droit fondamental », 2013, p. 131, n° 61.

¹⁵³ Contrairement à ce qui a pu être soutenu, la tardiveté avec laquelle le droit romain accepta l'exécution sur les biens n'est en aucun cas liée à la prétendue sacralité de la propriété qui n'aurait su, selon certains auteurs, être

patrimoine, c'est encore et toujours dans sa personnalité que l'on frappe le débiteur ; la personnalité juridique est seulement substituée à la personnalité physique »¹⁵⁴.

Une première étape fut alors franchie avec l'adoption de la *venditio bonorum*, en 118 av. J.-C., mesure consistant en la saisie et en la vente de l'intégralité des biens du débiteur, sans toutefois que la saisie ne soit proportionnée à la dette : le débiteur se retrouvait dépouillé de l'intégralité de ses biens par une procédure finalement dégradante. Une seconde étape, décisive, eut lieu dès lors que les biens cessèrent de représenter uniquement la personne pour être appréhendés principalement comme des objets de valeur¹⁵⁵. À la *venditio bonorum* succéda ainsi la *distractio bonorum* qui cantonna le droit de poursuite du créancier à hauteur de la valeur des biens du débiteur susceptibles de le désintéresser. Le développement des fortunes privées modifia considérablement les fondements mêmes de l'exécution, de sorte que le crédit, comme le souligna Méline, « eut sa base dans le patrimoine du débiteur, et non plus dans son corps »¹⁵⁶. L'exécution sur les biens a ainsi pu pleinement se développer en raison de la finalité identique qu'elle a partagée avec sa devancière, l'exécution sur la personne. Méline, fervent opposant à la contrainte par corps, écrivait ainsi que l'exécution sur les biens « repose sur cette autre idée que le corps humain est une valeur, une marchandise qui est dans le commerce ; d'où l'on conclut que cette valeur peut, comme toute autre, être donnée en gage par le débiteur pour la garantie de sa dette »¹⁵⁷.

bafouée sous aucun prétexte. Ainsi que l'écrit Méline, non sans ironie, il paraîtrait étrange de protéger la propriété plus que la personne : « singulier scrupule, en vérité, de la part d'un peuple qui respecte si peu la personne et la liberté humaines ; il tue le débiteur et n'oserait toucher à ses biens. Cette pudeur et cette timidité ne sont point dans la nature des peuples primitifs, et je pense qu'on peut plutôt leur reprocher un mépris souverain qu'un respect superstitieux de la propriété » (J. MÉLINE, *De la contrainte par corps en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 15).

¹⁵⁴ C. SÉJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Dalloz, coll. « Nulle Bibliothèque de Thèses », vol. 190, 2019, p. 48, n° 34.

¹⁵⁵ P. BOUCHETAL-LAROCHE, *De la contrainte par corps en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 3. Dans le même sens, C. SÉJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, op. cit., p. 49, n° 34, relèvant que ce changement eut lieu en adjoignant un pacte commissaire au *pignus*. Initialement, le *pignoris capio* désignait le droit pour un créancier de retenir un bien de son débiteur jusqu'au paiement. Le créancier entrait ainsi en possession *per pignoris capionem*, sans intervention du magistrat, contrairement d'ailleurs aux autres actions de la loi. Il s'agissait de la forme la plus rudimentaire du gage, qui n'autorisait pas le créancier à disposer du bien malgré l'insolvabilité avérée du débiteur. En autorisant la constitution d'un pacte commissaire sur l'objet du *pignus*, le droit du créancier devint pleinement opératoire. La norme devint dès lors d'inclure systématiquement un mode de réalisation de cette garantie. Mieux, le cantonnement des droits de poursuite du créancier au bien remis en gage influença les procédures d'exécutions de droit commun. Ainsi que l'ajoute l'auteur, « ces dernières, au Bas-Empire, prirent définitivement la forme de procédures limitées à une partie seulement du patrimoine, voire à un seul bien, consommant ainsi la rupture avec l'exécution de type personnel et préfigurant l'exercice contemporain du droit de gage général » (*ibid.*, p. 68, n° 37).

¹⁵⁶ J. MÉLINE, *De la contrainte par corps en droit romain et en droit français*, op. cit., pp. 19-20.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 7.

Si donc la contrainte par corps fut abandonnée au profit de la contrainte sur les seuls biens, c'est parce que les biens présentaient une valeur égale au corps, qui put désintéresser les créanciers. En ce sens, l'on put également parvenir à l'exécution sur les biens par le prisme même du patrimoine, qui constituait déjà le prolongement de la personne. Les biens purent ainsi être atteints à travers le patrimoine qui extériorisait la personne et parce que leur valeur fut enfin reconnue, apte à satisfaire les créanciers.

30. Bilan. Somme toute, si la nature de la contrainte changea, le fondement demeura le même. D'abord, si le patrimoine est une émanation de la personne, c'est encore cette dernière que l'on atteint en poursuivant ses biens, la personne n'étant plus envisagée comme un pur être de chair mais également comme un être de droit¹⁵⁸. Ensuite, si le corps est une valeur susceptible de désintéresser les créanciers, dès lors suffit-il de lui en substituer d'autres, le résultat étant équivalent. Si les biens d'une personne servent aujourd'hui de « gage commun » à ses créanciers selon l'article 2285 du Code civil, c'est parce qu'ils manifestent son existence dans la vie juridique et parce qu'ils renferment une valeur qui, seule, intéresse autrui¹⁵⁹.

B. L'argument tiré du droit fiscal

31. Rôle révélateur du droit fiscal. L'appréhension de la valeur comme composante essentielle du bien prend également tout son sens en matière fiscale. Comme l'écrivait d'ailleurs le Doyen Carbonnier, « c'est peut-être en matière fiscale que le concept du patrimoine trouverait aujourd'hui, paradoxalement, son utilité la plus marquée : à lui de déterminer l'assiette de ce que la théorie fiscale appelle les impôts sur le patrimoine (sur le capital), dont il existe des applications : les droits de mutation par décès et, plus net, quoique dans un champ plus limité, l'impôt sur les grandes fortunes »¹⁶⁰.

Le droit fiscal constitue sans conteste un intéressant point d'observation de la notion de bien et de sa nature économique. Le Code général des impôts opère en effet une liaison explicite

¹⁵⁸ Monsieur Witz souligne là un « affinement de la pensée juridique » (C. WITZ, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 2284 et 2285 », 2016, n° 2). Cette vision est d'ailleurs confortée par l'adage « qui s'oblige, oblige le sien » (H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 3^{ème} éd., 1992, pp. 758 s., n° 361).

¹⁵⁹ C. SÉJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, *op. cit.*, p. 28, n° 17, pour qui « derrière les biens, c'est la valeur économique qu'ils représentent qui est véritablement visée ». V. également P. THÉRY, « L'appréhension par le droit de l'incorporalité : le droit commun est-il apte à saisir l'incorporel ? », *RLDC* n° 65 (supplément), novembre 2009, p. 47 *sq.*

¹⁶⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II : *Les biens. Les obligations*, PUF, coll. « Quadrige », 2004, p. 1524, n° 670.

entre les biens imposables et le patrimoine qui les contient, n'appréhendant celui-ci comme ceux-là qu'à l'aune de leur valeur. Cette liaison s'apprécie particulièrement à l'examen des impôts de nature réelle qui touchent les biens dans leur nature, leur valeur ou leur quantité, nonobstant la personne du contribuable¹⁶¹. Tous les impôts réels sur le capital ont en effet pour assiette le patrimoine et partant les biens qu'il contient, à raison de leur valeur supposée¹⁶².

L'examen de la fiscalité réelle rend compte de cette liaison du patrimoine et des biens et de l'appréhension de ces objets comme des réalités avant tout convertibles en argent. Comme le souligne d'ailleurs Monsieur Jemmar, « si le droit fiscal s'intéresse aux biens, c'est parce que leur possession et leur transmission sont réputées être génératrices de richesse économique. À travers la taxation de la transmission et de la détention des biens, c'est leur substance que le droit fiscal entend saisir. Substance que la théorie générale du droit des biens qualifie de "valeur" dans son sens économique »¹⁶³. Ainsi, toute richesse, qu'elle soit capital ou revenu¹⁶⁴, est, sauf exception, soumise à l'impôt. Quant au lien entre ces richesses et le patrimoine, il se manifeste pleinement en ce qui concerne l'impôt sur le capital, ayant pour assiette la valeur des biens composant le patrimoine d'une personne.

32. L'exemple des impôts sur le patrimoine. L'impôt de solidarité sur la fortune¹⁶⁵ (ISF) fut un témoin tout choisi pour apprécier ce lien, avant sa suppression par la Loi de finances de 2018 qui, en son article 12, le remplaça par un impôt sur la fortune immobilière (IFI), fonctionnant peu ou prou de la même manière que l'ISF et dans les mêmes conditions, en continuant de frapper les capacités contributives constituées par la détention d'un patrimoine

¹⁶¹ Contrairement aux impôts de nature personnelle qui, s'ils portent sur le capital ou le revenu, dépendent de la personne du contribuable (J. LAMARQUE, O. NÉGRIN et L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, LexisNexis, coll. « Manuel », 4^{ème} éd., 2016, p. 110, n° 180).

¹⁶² BOIP-PAT du 24 juin 2016 : « les impôts sur le patrimoine s'appliquent en raison de la possession de certains biens à une date considérée ». *Adde.* Cons. const., décision n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, spéc. § 27 : « l'impôt de solidarité sur la fortune a pour objet de frapper la capacité contributive que confère la détention d'un ensemble de biens ». Dans le même sens, v. Cons. const., décision n° 2010-44 QPC du 29 septembre 2010, spéc. § 11 : « en instituant un impôt de solidarité sur la fortune, le législateur a entendu frapper la capacité contributive que confère la détention d'un ensemble de biens et de droits ».

¹⁶³ S. JEMMAR, *L'évaluation des biens et services en droit fiscal*, av.-propos L. Chatel et C. Goarant-Moraglia, préf. D. Gutmann, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2010, p. 22, n° 8.

¹⁶⁴ Le capital correspond à la richesse acquise, alors que le revenu correspond à l'exercice d'une activité (J. LAMARQUE, O. NÉGRIN et L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, *op. cit.*, p. 111, n° 181).

¹⁶⁵ La première forme d'imposition annuelle du capital a été réalisée *via* l'impôt sur les grandes fortunes, apparu par la loi n° 81-1160 du 30 décembre 1981 et abrogé par la loi n° 86-824 du 11 juillet 1986, auquel a succédé l'ISF, par l'article 26 de la loi de finances n° 88-1149 pour l'année 1989 du 23 décembre 1988.

cette fois-ci essentiellement immobilier. L'ISF d'hier comme l'IFI d'aujourd'hui constituent un indice pertinent de la nature essentiellement économique du bien.

L'ISF – mais le propos peut être dans une certaine mesure étendue à l'IFI – était un impôt synthétique, direct et périodique sur le capital touchant directement les biens en raison de leur seule appartenance à une personne physique¹⁶⁶. L'impôt était dû dès lors que le patrimoine dépassait un certain seuil de valeur¹⁶⁷, lequel était fonction de la valeur totale de l'ensemble des biens¹⁶⁸, déduction faite des dettes et sous réserve de certaines exonérations ponctuelles¹⁶⁹. Cela signifie que, sauf exonérations légales, toutes sortes de richesses étaient imposables : droits immobiliers ou mobiliers, fonds de commerce, droits sociaux et titres financiers, créances¹⁷⁰, rentes viagères¹⁷¹ et même les contrats d'assurance-vie¹⁷². Il suffisait que le bien – entendu largement au sens de richesse – présente une valeur vénale positive pour être imposable¹⁷³, peu important d'ailleurs qu'il ne génère aucun revenu¹⁷⁴. C'était la valeur de l'ensemble de ces biens qui conditionnait l'imposition du patrimoine, suivant l'idée que c'est parce qu'un bien est une richesse qu'il est en principe imposable.

Cette corrélation entre les biens et le patrimoine autour de l'idée de valeur était d'ailleurs expressément traduite par l'ancien article 885 U du Code général des impôts qui établissait le tarif applicable de l'ISF au regard de la valeur nette taxable du patrimoine, calculé, selon l'ancien article 885 A, en fonction de la valeur des biens du contribuable. Aussi est-il évident que le législateur entendait atteindre la richesse procurée par l'appartenance des

¹⁶⁶ Un auteur souligne cependant l'incongruité à son sens du dispositif, dans lequel la détermination de l'actif imposable se fonde sur la valeur vénale des biens ainsi détenus. Selon lui, « en évaluant un bien en détention à sa valeur de marché, on fixe une base d'imposition qui se réfère à un prix de vente supposé, à une plus-value latente, à un revenu constaté et non encaissé. Les redevables de l'ISF se retrouvent taxés sur la base d'un prix de vente supposé qui a été déterminé par une construction théorique qui a simulé artificiellement la vente d'un bien qui, étant en détention, ne fait l'objet d'aucune transaction ». Et l'auteur de conclure : « la référence à la valeur vénale pour l'assujettissement à l'ISF amène à taxer un enrichissement virtuel des contribuables concernés » (S. JEMMAR, *L'évaluation des biens et services en droit fiscal, op. cit.*, p. 362, n° 954 et 955).

¹⁶⁷ CGI, art. 885 A anc.

¹⁶⁸ CGI, art. 885 E, al. 1^{er} anc.

¹⁶⁹ CGI, arts. 885 H s. anc.

¹⁷⁰ La cour d'appel de Paris a en effet considéré que le prix de cession de parts sociales fixé dans une promesse de vente constituait une créance certaine incluse dans les biens imposables du cédant (CA Paris, 1^{er} avril 2005, n° 03-9069).

¹⁷¹ Cass. com., 26 avril 1994, n° 92-17.136, *Bull. civ.* IV, n° 155.

¹⁷² CGI, art. 885 F anc.

¹⁷³ Si la valeur vénale ne reçoit pas de définition légale, l'on pourra retenir la définition proposée par la Cour de cassation depuis 1984 : « la valeur vénale d'un bien est constituée par le prix qui pourrait en être obtenu par le jeu de l'offre et de la demande dans un marché réel, compte tenu de l'état dans lequel il se trouve avant la mutation » (Cass. com., 23 octobre 1984, n° 82-17.054). Sur le concept de valeur vénale, cf. infra n° 61 s.

¹⁷⁴ Cons. const., 29 septembre 2010, *préc.*

biens – accréditant ici l'idée que les biens sont des éléments de fortune – en passant par le patrimoine même des contribuables – envisagé là comme le contenant de ces biens.

33. Imposition et qualification de bien. Il faut cependant se garder de considérer que le bien se réduirait nécessairement à une richesse imposable ou que l'imposition serait une condition *sine qua non* de qualification du bien¹⁷⁵ : l'appréhension fiscale des biens comme des objets de valeurs ne saurait en préjuger, pas plus d'ailleurs que l'autonomie supposée du droit fiscal.

D'abord, la qualification de bien ne dépend pas de son inclusion dans une quelconque assiette d'imposition. Le fait que certains biens furent exclus du champ d'application de l'ISF (notamment et principalement les biens professionnels, les titres de sociétés et les œuvres d'art, objets d'antiquité ou de collection)¹⁷⁶ ne remettait nullement en cause leur qualification de biens. Il n'existe en effet pas de rapport entre la qualification de biens et l'inclusion de ceux-ci dans l'assiette de l'ISF : si tout bien est une richesse, toute richesse n'est pas imposable. L'on comprend ainsi pourquoi la prestation compensatoire¹⁷⁷, versée sous forme de rente viagère, malgré son caractère mixte (à la fois indemnitaire et alimentaire), fut assimilée aux créances alimentaires et vit sa valeur de capitalisation échapper à l'assiette de l'ISF¹⁷⁸. L'imposition ne fait donc pas le bien ; elle en révèle simplement la nature. Qualifier le bien à l'aune de son

¹⁷⁵ Autrement, il faudrait considérer qu'un contrat d'assurance vie, pourtant intégré dans l'assiette de l'ISF (Cass. com., 7 mars 2018, n° 16-22.427, *Bull. civ. IV*, n° 30), est un bien, ce qui serait quelque peu surprenant, un contrat n'étant qu'une convention.

¹⁷⁶ CGI, arts. 885 H s. anc.

¹⁷⁷ Le raisonnement est identique s'agissant des pensions de retraite. V. BOI-PAT-ISF-30-20-10 n° 330 du 11 juillet 2014.

¹⁷⁸ Cass. com., 19 avril 2005, n° 03-11.750, *Bull. civ. IV*, n° 94. Dans le même sens, Cass. com., 31 mai 2005, n° 03-18.840, inédit. Dans ces deux arrêts, les faits étaient identiques mais la solution ambiguë. Dans ces espèces, deux épouses, après avoir reçu une prestation compensatoire de leurs ex-époux, se sont vu notifier des redressements d'ISF pour n'avoir pas intégré dans l'assiette de cet impôt la valeur de capitalisation de la prestation compensatoire dont elles bénéficiaient. Elles s'en sont trouvées quittes en appel mais le directeur général des impôts a, dans les deux espèces, formé un pourvoi en cassation, soulignant que la prestation compensatoire versée sous forme de rente viagère, outre qu'elle était transmissible et convertible en capital, présentait un caractère forfaitaire et indemnitaire, de sorte qu'elle constituait un droit patrimonial dont la valeur de capitalisation entrait dans l'assiette imposable au titre de l'ISF. Pour la Cour de cassation, cet argument est inopérant. Quoique la prestation compensatoire ait un caractère indemnitaire, elle présente aussi un caractère alimentaire, la rendant incessible, intransmissible, non-compensable et partiellement insaisissable. Aussi retient-elle que la valeur de capitalisation de cette pension versée sous forme de rente viagère n'entre pas dans l'assiette de l'ISF. Toutefois, la Cour de cassation évoque, dans ces deux arrêts, le fait que la prestation compensatoire, à raison de son indisponibilité, est dépourvue de « valeur patrimoniale ». Évidemment, l'expression est fort malvenue : cette créance, pour alimentaire qu'elle soit (ce qui justifie alors son insaisissabilité, malgré son caractère également indemnitaire. En ce sens, V. Cass. 2^{ème} civ., 27 juin 1985, n° 84-14.663, *Bull. civ. II*, n° 131 ; Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 2005, n° 02-14.268, *Bull. civ. II*, n° 66), n'en demeure pas moins « patrimoniale » et évite au créancier d'aliments de subir une perte patrimoniale.

régime fiscal eût par ailleurs rendu difficilement explicable la divergence de régime d'imposition qui existait entre l'ISF et les droits de mutation par décès¹⁷⁹, censés pourtant partager les mêmes règles au titre de l'ancien article 885 D du Code général des impôts. Surtout, l'existence d'une exonération tenait moins à la nature du bien qu'à la qualité de son titulaire (personne exerçant une activité professionnelle pouvant voir ses biens professionnels échapper à l'assiette d'imposition¹⁸⁰ ; auteur ou inventeur pouvant voir ses droits échapper au champ de l'ISF¹⁸¹, etc.) et même à des raisons très pragmatiques : outre l'évaluation délicate de ces biens, l'exonération des œuvres d'art et des objets d'antiquité ou de collection avait pour seul ressort leur maintien sur le territoire national. L'exclusion de certains biens du champ de l'ISF ne témoignait donc pas de leur exclusion de la catégorie des biens ni ne suffisait à discréditer leur nature économique.

Ce n'est, ensuite, pas non plus parce qu'un bien n'était pas imposé qu'il perdait sa valeur. Certains auteurs estiment pourtant qu'il existe un lien de nécessité entre l'imposition des biens et le fait qu'ils soient dotés d'une valeur vénale¹⁸². Cette affirmation est le fruit d'une certaine méprise. Il est évident que les biens exclus du champ de l'ISF n'en demeuraient pas moins des richesses et des biens, pour la simple raison que leur exclusion du champ de l'ISF avait souvent pour cause la personne de leur titulaire ou sa situation¹⁸³. Dès lors, sitôt qu'un bien n'était plus, par exemple, affecté à l'activité professionnelle, il réintérait l'assiette des biens imposables. Aussi serait-il excessif de ne déceler la valeur d'un bien qu'à la lumière de son régime fiscal.

34. Utilité de l'approche fiscale du bien. L'approche fiscale du bien se révèle être un outil précieux dans la détermination de la nature économique du bien. S'il est certain que le droit fiscal bénéficie d'une certaine autonomie, celle-ci ne saurait être excessivement amplifiée : si toutes les richesses ne sont pas imposables, tous les biens sont néanmoins des richesses. La définition du bien par le droit fiscal rejoint donc la définition habituelle de celui-ci¹⁸⁴.

¹⁷⁹ CGI, art. 885 H, al. 1^{er} anc.

¹⁸⁰ CGI, art. 885 N s. anc.

¹⁸¹ CGI, art. 885 I, al. 3 et 4. anc.

¹⁸² J. LAMARQUE, O. NÉGRIN et L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, op. cit., p. 1406, n° 1755.

¹⁸³ En témoigne notamment l'ancien article 885 K du CGI qui prévoyait que la valeur de capitalisation des rentes ou les indemnités versées en capital perçues en réparation de dommages corporels liés à un accident ou à une maladie étaient exonérées d'ISF.

¹⁸⁴ Rappr. G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préf. P. Catala et M. Cozian, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 313, 1999, p. 23, n° 7 : « dans l'ordre des principes, la fiscalité comme la comptabilité ont de l'*actif* une vision éminemment juridique ».

L'approche fiscale du bien présente en outre une vertu : elle complète l'approche civiliste du bien. Le droit fiscal réalise en effet ce que même le droit civil n'osait exprimer avec tant d'évidence : l'assimilation des biens au patrimoine et l'appréhension de ces derniers comme des richesses. Il dote le patrimoine d'une véritable signification technique, contrairement à ce que pouvaient soutenir certains auteurs partisans de sa disparition¹⁸⁵ ou regrettant à tout le moins la réduction de la patrimonialité à une simple « pécuniarité »¹⁸⁶. Ainsi, c'est la notion même d'universalité de droit qui prend tout son sens à la lumière du régime fiscal gouvernant les dettes. Si la détention de l'actif était imposée, c'était uniquement à la condition de prendre en compte les dettes qui grevaient le patrimoine du contribuable et qui étaient déductibles pour la détermination de l'actif net imposable au titre de l'ISF¹⁸⁷.

35. Bilan. En tant qu'il est un droit spécial, le droit fiscal présente un indéniable particularisme. Celui-ci n'atteint toutefois pas la définition habituelle du bien conçu comme un objet de valeur. Au contraire, le droit fiscal accueille et renforce cette approche économique du bien, lui donne une véritable consistance pratique. Parce qu'il assimile le bien à une valeur et le patrimoine à un ensemble de richesses, le droit fiscal révèle toute sa pertinence dans l'entreprise de détermination de la nature du bien.

§2. Implications de la définition valoriste du bien

36. Plan. La qualification de bien suppose la valeur. Le bien est non seulement un objet utile aux personnes, mais il est avant tout un objet de richesse. Le bien, élément du patrimoine, se caractérise ainsi par sa valeur, par le fait qu'il est un élément d'enrichissement. Cette idée se heurte cependant au constat qu'il existerait des « biens » qui n'enrichiraient pas la personne, mais l'appauvriraient. Doit-on alors élargir la qualification de bien à des anti-valeurs ? Existe-t-il même des « anti-biens », pour reprendre l'expression de Madame Rochfeld¹⁸⁸ ? Le caractère économique des biens et du patrimoine se heurte encore à la présence dans ce dernier, suivant la théorie d'Aubry et Rau, des dettes, dont répondent les biens. Si donc le bien

¹⁸⁵ B. FROMION-HÉBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II, 1998, p. 433, considérant que « le patrimoine n'est pas une notion juridique ».

¹⁸⁶ F. ZENATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 2003, p. 667, spéc. p. 674.

¹⁸⁷ En ce sens, J. LAMARQUE, O. NÉGRIN et L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, *op. cit.*, pp. 1447 s., n° 1795 s.

¹⁸⁸ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2013, p. 259.

est un objet patrimonial en ce qu'il figure dans le patrimoine, peut-on en dire autant des dettes qui y sont également logées ? Peut-on plus largement considérer que les dettes sont des biens, en ce qu'elles sont des éléments du patrimoine ? La nature économique du patrimoine entre enfin en contradiction avec l'existence de « biens » totalement dépourvus de valeur marchande : les « biens communs », figurant dans des « patrimoines communs » : présents dans des « patrimoines », ces « biens » peuvent-ils véritablement recevoir un tel qualificatif ? Afin de mesurer les implications d'une telle définition valoriste du bien, il convient d'aborder le cas des « biens » à valeur vénale nulle ou négative (A), des dettes (B) et des patrimoines communs (C).

A. L'hypothèse des « biens » à valeur vénale nulle ou négative

37. Problématique des « biens » à valeur vénale nulle ou négative. Monsieur Libchaber soulignait à l'occasion du bicentenaire du Code civil l'embarras qui serait le nôtre une dizaine d'années plus tard pour appréhender le concept de biens à valeur vénale nulle ou négative¹⁸⁹. À n'en point douter, ce concept, qui a ultérieurement reçu les faveurs d'un article¹⁹⁰ et d'une thèse¹⁹¹, est problématique. C'est d'abord le droit des biens et l'évidence du lien entre biens et valeur qui sont mis à mal : le bien ne serait plus nécessairement un objet d'enrichissement, mais pourrait être en soi un élément d'appauvrissement¹⁹². C'est ensuite le droit des contrats qui se trouve démuné face à ce phénomène : le modèle de la vente ne parvient pas à se saisir de la cession d'un bien dépourvu de valeur. Force est pourtant d'admettre qu'à de nombreuses occasions, la détention ou la transmission d'un bien fera peser sur son propriétaire une charge excessive, qui dévorera la valeur de ce dernier, soit que le coût d'entretien ou de réhabilitation du bien appauvrisse inéluctablement son maître, soit que sa transmission entraîne une contrepartie dérisoire, sans compter les garanties que devra fournir le cédant au cessionnaire à

¹⁸⁹ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil. 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297, spéc. pp. 361 s., n° 57 et du même auteur, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Biens », *op. cit.*, n° 18. L'auteur semble cependant exagérer le phénomène et surtout parler d'autre chose que la valeur vénale : s'il évoque les biens à valeur vénale négative, il n'envisage que l'hypothèse où le coût de réhabilitation d'un bien serait supérieur à la valeur vénale du bien une fois réhabilité. Or, si la charge reste plus couteuse à résorber que le profit final, rien n'indique logiquement que le bien sera vendu à un prix négatif !

¹⁹⁰ D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur vénale négative », *RTD Civ.* 2006, p. 663.

¹⁹¹ M. RENOUF, *Contribution à l'analyse juridique de la notion de valeur. Essai sur les biens à valeur négative*, th. Caen, 2012.

¹⁹² En ce sens, A. SÉRIAUX, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Patrimoine », 2016, n° 3 : « peu importe, semble-t-il, que ces biens soient affectés d'une valeur négative en raison des charges qu'ils impliquent, qui leur ôtent toute attractivité économique... ».

l'occasion de cette opération et qui, si elles sont activées, pourraient conduire le cédant à devoir au cessionnaire plus que ce qu'il a reçu

Les illustrations sont à ce sujet assez nombreuses : les terrains pollués générant un lourd passif environnemental, les immeubles en ruine devant être réhabilités, les titres sociaux d'une société criblée de dettes, les déchets nucléaires, etc. Mais est-il si certain que des biens puissent avoir une valeur vénale nulle ou négative ? De même, est-il correct de prendre en compte les charges qui accompagnent ces biens dans l'évaluation de ces derniers ? Une réponse négative s'impose pour chacune de ces questions, en dépit de la vogue du concept de « biens à valeur vénale nulle ou négative »¹⁹³.

38. L'impossible vente d'un bien à valeur vénale nulle ou négative. L'existence de biens qui, intrinsèquement, auraient une valeur vénale nulle ou négative mérite d'être discutée. Peut-on seulement concevoir de tels biens ? Une certaine confusion à cet égard mérite d'être soulignée, tenant au concept même de valeur vénale. En anticipant quelque peu les développements ultérieurs, il est possible de souligner, conformément à une jurisprudence constante de la Cour de cassation, que la valeur vénale est un concept indissociablement lié à l'existence d'un marché : la valeur ne se manifeste que par l'échange. La Cour de cassation définit en effet sans discontinuer depuis 1984 la valeur vénale d'un bien comme « le prix qui pourrait en être obtenu par le jeu de l'offre et de la demande dans un marché réel, compte tenu de l'état dans lequel il se trouve avant la mutation »¹⁹⁴. Autrement dit, la valeur d'un bien, qui est un prix idéal, ne peut se manifester que par la médiation de la vente (quel meilleur moyen, d'ailleurs, de savoir ce que vaut un bien, sinon en le vendant ?), qui est le modèle retenu pour faire ressortir la valeur d'un bien¹⁹⁵. Or, la vente supposant nécessairement un déplacement de valeur¹⁹⁶, la vente à prix nul ou à prix négatif se trouve par avance condamnée, ce qui ne souffre

¹⁹³ Monsieur Moury se montre particulièrement critique à l'égard de ce concept, qu'il qualifie d' « extravagant » et qu'il voit comme une « ineptie » relevant de la « tétatologie juridique » (J. MOURY, « Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente », *D.* 2014, p. 1950, spéc. n° 17, 23 et 24). Au titre des nombreuses critiques qu'il adresse à cette thèse, il relève notamment que « l'admission de la vente à prix négatif aboutirait à ceci que, la partie qui transfère la propriété de la chose s'obligeant de surcroît à verser une somme d'argent, le contrat serait dans ce cas de figure unilatéral, ce qui constituerait un non-sens relativement à ce qu'est dans notre droit des obligations contractuelles le corps de règles qui gouvernent la vente » (*ibid.*, n° 19).

¹⁹⁴ Cass. com., 23 octobre 1984, n° 82-17.054, *Bull. civ.* IV, n° 275.

¹⁹⁵ Même lorsqu'il s'agit de simplement évaluer le bien à des fins fiscales, conformément aux articles L. 17 et L. 55 du Livre des procédures fiscales.

¹⁹⁶ M. RENOUF, *Contribution à l'analyse juridique de la notion de valeur. Essai sur les biens à valeur négative*, *op. cit.*, p. 556, n° 567. *Contra.* B. GARRIGUES, « La contre-prestation du franc symbolique », *RTD Civ.* 1991, p. 459 *sq.*

aucune contestation¹⁹⁷. L'évaluation des biens fait toujours apparaître une valeur positive, puisque la vénalité suppose le marché et la fixation d'un prix. La valeur étant un prix idéal, et le prix devant être nécessairement positif, une rigueur quasi-mathématique commande de ne pas admettre l'existence de biens dépourvus de valeur vénale.

Il n'est évidemment pas question de contester que des biens, même dotés d'une forte valeur d'usage, puissent être des éléments d'appauvrissement pour leur titulaire. Mais là n'est pas le problème. C'est sur le plan technique de la vente et de l'évaluation que se situe le débat. Si de tels biens sont fréquemment vendus à un prix symbolique, parfois proche de zéro et quand bien même il n'est pas lésionnaire, il serait trompeur de considérer que l'absence de lésion malgré un prix symbolique signifie que la valeur du bien cédé pourrait être négative. La Cour de cassation l'a bien confirmé, en se référant à « l'économie générale du contrat » et à l'exigence de « contrepartie réelle », pour admettre l'achat d'un terrain à un prix symbolique¹⁹⁸. Si l'équilibre atteint par le prix donne l'impression que le bien n'a aucune valeur et que le procédé a les allures de l'artifice¹⁹⁹, il n'en demeure pas moins que l'élément considéré reste doté d'une valeur positive, matérialisée par l'existence d'un prix, seule cette donnée ayant de l'importance pour la détermination de la valeur vénale des biens. D'un point de vue strictement rationnel, même si un bien est vendu pour un euro symbolique et même s'il est un élément d'appauvrissement par les charges qui lui sont associées, il n'en demeure pas moins doté d'une valeur positive, aussi infime soit-elle²⁰⁰.

39. Les charges afférentes aux biens. Quant aux charges qui peuvent être afférentes à certains biens et qui doivent être assumées par le cédant, elles ne sauraient là non plus affecter

¹⁹⁷ Surtout, si le bien était intrinsèquement à valeur négative, il suffirait de l'abandonner pour échapper à la dette, ce qui rendrait sans application l'idée même de vente à prix négatif.

¹⁹⁸ Cass. 3^{ème} civ., 3 mars 1993, n° 91-15.613, *Bull. civ.* III, n° 28. V. également, Cass. com., 28 septembre 2004, n° 02-11.210, *Bull. civ.* IV, n° 167. La Cour de cassation considère, en l'espèce, que le prix de 5 F ne constituait pas un prix réel pour la cession respectivement de trois avions, d'un matériel d'exploitation, d'un stock, de deux créances dont l'une pouvait atteindre 1 000 000 F et de la billetterie dans la limite de 5 000 000 F, relevant que l'engagement par le cessionnaire de reprendre certains contrats de travail ne pouvait être considéré comme une contrepartie des biens cédés et ce, malgré les arguments du pourvoi qui avançaient que le prix en question était symbolique et non vil (et partant lésionnaire) en raison de la présence d'une autre contrepartie qui restituait à l'opération sa cause.

¹⁹⁹ D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur vénale négative », art. cité, n° 3.

²⁰⁰ En ce sens, J. MOURY, « Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente », art. cité, n° 27, qui note que dans cette hypothèse, « rien ne fait pourtant obstacle à la qualification de vente, laquelle est le seul moyen, parfaitement orthodoxe en considération des impératifs de ce contrat, de transférer la propriété. La fixation du prix à la somme d'un euro ne répond pas uniquement à une exigence formelle, et le contrat est bien à titre onéreux. Mais le prix n'est pas dérisoire au sens où le droit de la vente saisit ce terme : il n'est pas disproportionné à la valeur de la chose car il lui correspond effectivement ... ».

la valeur vénale de ces derniers, quoi qu'en dise d'ailleurs – à tort – la Cour de cassation²⁰¹. S'agissant notamment du coût de dépollution pesant sur le cédant d'un terrain pollué, la Cour de cassation a ainsi eu précédemment l'occasion d'affirmer que ce coût devait peser, malgré le fait que le cessionnaire s'était engagé à prendre le bien vendu dans son état actuel, sur le cédant²⁰². C'est donc que le cédant restait débiteur de l'obligation de garantir la chose au sens de l'article 1603 du Code civil et commettait une faute en se défaussant sur le cessionnaire. Surtout, la Cour de cassation dissocie là sans ambiguïté la cession proprement dite de l'obligation de dépollution, accréditant l'idée qu'il n'y a pas de vente d'un bien à valeur négative²⁰³ sinon deux opérations distinctes. Comme l'écrit d'ailleurs Monsieur Dross, « il n'y a pas cession unique d'un bien à valeur négative mais cession d'un bien et transmission imparfaite d'une obligation qui continue de lier le cédant »²⁰⁴.

40. Les garanties de passif et les clauses de révision de prix. Il en va de même des garanties insérées dans les cessions de contrôle et pesant sur les cédants. Il est en effet fréquent qu'à l'occasion de la cession du contrôle d'une société, le cessionnaire exige du cédant certaines garanties lui assurant que l'investissement qu'il entend réaliser ne prenne pas un goût amer. Outre les audits diligentés pour vérifier la bonne santé financière et économique de la société, le cessionnaire demande généralement que soit insérée dans le contrat une clause de garantie de passif ou que soit stipulée une clause de réduction du prix. La chose n'a rien d'étonnant. Mais c'est lorsque ces garanties sont activées que les problèmes apparaissent. Concrètement, deux situations peuvent se présenter. D'un côté, le cédant peut être amené à verser une indemnité supérieure au prix qu'il a reçu du cessionnaire en cas d'activation de la clause de

²⁰¹ Cass. 3^{ème} civ., 13 juillet 2017, n° 16-19.127, inédit. En l'espèce, la Cour de cassation a validé le raisonnement d'une cour d'appel qui a retenu que la valeur vénale des biens expropriés était négative compte tenu des abattements, et notamment en raison des coûts de démolition et de dépollution ainsi que des contraintes liées à l'existence d'une copropriété.

²⁰² Cass. 3^{ème} civ., 16 mars 2005, n° 03-17.875, *Bull. civ.* III, n° 67.

²⁰³ Par ailleurs, un point concernant les déchets mérite également d'être ici précisé : il n'est aucunement question d'analyser le coût de retraitement de certains déchets, qui pèse sur leurs propriétaires, comme le signe d'un prix négatif. Il est d'ailleurs moins question en l'occurrence d'une vente de déchets (ce qui est au demeurant illogique, dans la mesure où la qualification de déchet suppose nécessairement l'abandon et exclut ainsi l'échange, en vertu de l'article L. 541-1-1 du Code de l'environnement qui définit le déchet comme « toute substance ou tout objet (...) dont le détenteur se défait ou dont il a l'intention ou l'obligation de se défaire »), que d'un contrat de prestation de service passé entre leur propriétaire et la personne en charge de leur retraitement. Un auteur y voit, à juste titre, un contrat de débarrasement, fondamentalement non-translatif de propriété, où le propriétaire délègue à un tiers son obligation de retraiter les déchets (en ce sens, D. CHILSTEIN, « La notion de bien confrontée aux choses dépourvues de valeur : l'exemple des biens à valeur vénale négative », in L. LEVENEUR (Dir.), *Les « nouveaux » biens. Nouvelles qualifications ou nouveaux régimes ?*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2020, p. 39, spéc. pp. 47-48, n° 18).

²⁰⁴ W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, p. 40, n° 25-2.

garantie de passif. De l'autre, le cessionnaire peut voir le prix par lui payé être réduit à peau de chagrin si les conditions de la clause de réduction de prix sont satisfaites. Dans ces deux hypothèses, il serait tentant de considérer que le résultat économique de l'opération pour le cédant soit nul voire négatif, le profit escompté par le cédant étant absorbé par toutes ces charges et en déduire un peu rapidement que la vente, par le jeu des compensations ultérieures, a un prix nul ou négatif. Cette considération doit être fermement rejetée.

En premier lieu, les garanties de passif ont par essence une finalité indemnitaire²⁰⁵. Peu importe d'ailleurs que le cédant soit tenu au-delà de ce qu'il a reçu : par la garantie de passif, il s'engage à verser une indemnisation tout à fait distincte du prix payé par le cessionnaire. Il s'agit donc de deux obligations parfaitement autonomes²⁰⁶ : à la commutation *transfert des titres – paiement du prix*, s'adjoint une obligation supplémentaire pesant sur le cédant d'indemniser le cessionnaire de la mauvaise évaluation initiale des titres transmis ou de leur impossible évaluation au jour de leur transmission.

S'agissant en second lieu des clauses de réduction de prix, en aucun cas celles-ci ne peuvent aboutir à enrichir le cessionnaire : ces clauses corrigent la difficile détermination du prix au stade de la formation du contrat ; le montant versé par le cédant ne correspond jamais plus qu'à la fraction alors indéterminable du prix²⁰⁷ qui ne peut logiquement avoir une valeur nulle ou négative. Ainsi, même dans cette hypothèse, le prix ne peut être nul ou négatif²⁰⁸ (les juges n'hésitent pas à requalifier les clauses de révision de prix en clauses de garantie de passif sitôt que le montant excède le prix payé par le cessionnaire²⁰⁹), ni donc la valeur.

41. Bilan. Il apparaît clair que si l'évaluation des biens fait nécessairement ressortir l'existence d'un prix (positif), l'expression « biens à valeur vénale négative » est dénuée de

²⁰⁵ H. LÉCUYER, « La garantie de révision de prix », *Dr. et patr.* n° 175, 1^{er} novembre 2008.

²⁰⁶ Si tel n'était pas le cas, toute inexécution causant un préjudice important impliquerait en effet la nullité du contrat pour vil prix, ce qui rendrait la technique inutile.

²⁰⁷ H. LÉCUYER, « La garantie de révision de prix », art. cité : « la clause de révision de prix n'est pas une garantie, au sens technique du terme : ce qui est versé par le cédant au cessionnaire, lorsqu'elle joue, n'est pas une indemnité : il ne s'agit pas, par elle, de réparer ou compenser un dommage : il s'agit de déterminer le prix de la cession, corrigé par rapport au prix provisoire réglé [...]. Par la clause de révision de prix, il s'agit de fixer un prix qui constitue la juste contrepartie des parts cédées. Il ne peut s'agir de nier l'obligation de somme d'argent incombant au cessionnaire sous peine d'affecter l'essence même de la vente. Le jeu de la clause de révision de prix ne peut, en conséquence, aboutir à ramener l'obligation du cessionnaire à zéro et *a fortiori* à imposer au cédant de verser plus que ce qu'il avait provisoirement reçu ».

²⁰⁸ En ce sens, J. MOURY, « Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente », art. cité, n° 21.

²⁰⁹ V. par exemple Cass. Com., 28 janvier 1992, n° 90-15.935, inédit.

pertinence. Quant aux charges qui grèvent un bien et qui pèsent sur son propriétaire, elles ne sauraient traduire l'existence d'un prix négatif et partant une valeur négative. Le bien reste fondamentalement un objet qui, lorsqu'il est évalué, présente obligatoirement une valeur positive²¹⁰. Le bien demeure une richesse.

Si la qualification de bien suppose la patrimonialité et si la patrimonialité postule la valeur, qu'en est-il des dettes qui, selon la théorie classique du patrimoine d'Aubry et Rau, figurent également dans le patrimoine ? En tant qu'objets supposément patrimoniaux, plus encore depuis l'introduction de la cession de dette par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, doivent-elles être considérées comme des biens ?

B. L'hypothèse des dettes

42. Définition de la dette. La dette, contrairement à la créance avec laquelle elle forme les deux faces – passive et active – de l'obligation, n'est pas le décalque de la créance. Contrairement à la créance qui est le *droit* d'exiger un paiement, la dette est le *devoir* d'accomplir une prestation²¹¹. Norme sociale et non droit subjectif, la dette n'a rien de comparable à la créance²¹². Mieux, la dette ne donne aucun pouvoir positif à son « titulaire », ne confère aucun pouvoir caractéristique de la titularité d'un droit subjectif²¹³, ne s'offre tout simplement pas à une quelconque maîtrise contrairement aux créances²¹⁴, ce que la Cour européenne des droits de l'homme, d'ordinaire très libérale sur les qualifications, a par ailleurs confirmé²¹⁵. La dette ne peut être saisie par un droit subjectif, puisqu'elle n'*appartient* tout simplement pas au sujet : celui-ci lui est soumis.

Si le refus de la qualification de la dette en bien ne fait aucun doute sur le terrain de l'appartenance, c'est sur le terrain de la patrimonialité, où le débat s'est déplacé, que les choses

²¹⁰ Comp. A. SÉRIAUX, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Patrimoine », *op. cit.*, n° 3, l'auteur considérant qu'il importe peu que le bien soit un élément d'enrichissement ou d'appauvrissement, l'essentiel étant qu'il soit évaluable en argent.

²¹¹ Sauf toutefois à considérer qu'il existe un *droit* pour le débiteur de se libérer de sa dette. Sur cette question, v. A. TOUZAIN, *La consignation*, th. Paris II, 2018, pp. 346 s., n° 805 s.

²¹² G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. Leduc, Dalloz, coll. « Nulle Bibliothèque de Thèses », vol. 116, 2012, pp. 170-171, n° 248. Sur la notion de droit personnel, cf. infra n° 420 s.

²¹³ J. FRANÇOIS, « Les opérations sur la dette », *RDC hors-série*, 1^{er} avril 2016, p. 45, spéc. n° 44 : « la dette n'est rien d'autre qu'une restriction de liberté patrimoniale dont il serait incongru de déclarer le débiteur propriétaire ».

²¹⁴ D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur vénale négative », art. cité, n° 17.

²¹⁵ La CEDH, dans ses arrêts « Sacilor-Lormines c. France » du 12 mai 2005 (n° 65411-01) et « Cheminade c. France » du 26 janvier 1999 (n° 31599-96), a ainsi souligné qu'« une dette [n'est] pas susceptible d'être considérée comme un "bien" au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 ».

apparaissent moins évidentes. Outre la corrélation de l'actif et du passif charriée par la théorie du patrimoine, laquelle laisserait entendre que les dettes sont des éléments de celui-ci aux côtés des biens²¹⁶, une symétrie semble se dessiner entre la créance et la dette s'agissant de leur disponibilité : tout comme le droit personnel est disponible, la dette le serait – en apparence en tout cas – également. Ainsi, quoique la dette ne soit pas entièrement disponible²¹⁷, elle demeurerait pour partie mobilisable, pouvant être cédée entre vifs et transmise à cause de mort, tout comme l'est le droit personnel. La traditionnelle acception de la notion de bien risque de sortir bouleversée d'une telle approche.

43. La non-patrimonialité de la dette. Les linéaments de la patrimonialité des dettes sont à rechercher dans la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau. L'appréhension du patrimoine comme une universalité de droit, si elle permet d'expliquer notamment l'existence et l'exercice du droit de gage général des créanciers ou encore la transmission des biens à cause de mort, a surtout pour conséquence de placer côte à côte les biens et les dettes de leur titulaire et donc, notamment, les droits subjectifs patrimoniaux et les normes de comportement²¹⁸. Le patrimoine devient l'ensemble de l'actif *et* du passif d'une personne, une photographie de sa situation économique, qu'elle soit positive ou négative²¹⁹. S'il n'est pas question ici de proposer une ultime glose de cette théorie²²⁰ qui, au demeurant, a déjà été faite par de remarquables

²¹⁶ E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, rééd. Panthéon-Assas, 2014, *passim*.

²¹⁷ L'on ne saurait ainsi saisir une dette ou l'affecter en garantie.

²¹⁸ Pour illustrations : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 3^{ème} éd., Paris, Pichon, 1904, p. 676, n° 2150 : « le patrimoine comprend un *actif* et un *passif* ; il contient non seulement des *droits* et des *biens*, mais aussi des *obligations* ou *dettes* et des *charges* de nature variées ... » ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IX, 5^{ème} éd. par E. BARTIN, Paris, Marchal et Billard, 1917, p. 335, § 573 : « la circonstance, toutefois, que le passif surpasserait l'actif ne ferait pas disparaître l'existence du patrimoine, qui comprend les dettes comme il comprend les biens » ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, Sirey, 3^{ème} éd., 1938, p. 374, n° 648 : « les éléments du patrimoine consistent soit dans des valeurs *positives*, des *biens* de toute sorte [...], soit dans des valeurs *négatives*, des *dettes*, des *charges*... » ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Introduction générale à l'étude du droit*, t. I, Sirey, 2^{ème} éd., 1972, p. 465, n° 287 : « le patrimoine d'une personne comprend donc l'ensemble de ses droits et de ses obligations ou dettes à caractère pécuniaire ou économique constituant soit son actif, soit son passif. Le patrimoine est une universalité » ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II : *Les biens. Les obligations*, *op. cit.*, p. 1625, n° 724 : l'universalité de droit est « à la fois, un ensemble de biens et de dettes, comporte un passif en même temps qu'un actif ».

²¹⁹ J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, coll. « Université », 18^{ème} éd., 2021, p. 286, n° 214 : « la notion juridique de patrimoine n'est pas synonyme de fortune [...]. Le patrimoine, en soi, n'est ni riche, ni pauvre, l'une de ces qualités ne pouvant être déterminée qu'en considération de ce qu'il contient ».

²²⁰ Cette théorie peut à grands traits être ainsi résumée : le patrimoine demeure intact bien que le passif soit supérieur à l'actif (C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IX, *op. cit.*, p. 335, § 573) ; seules les personnes physiques ou morales peuvent avoir un patrimoine (*ibid.*, p. 336, § 573) ; toute personne a nécessairement un patrimoine (*ibid.*, p. 336, § 573) ; une personne n'a qu'un seul patrimoine (*ibid.*, p. 336, § 573) ; les éléments du patrimoine sont fongibles et interchangeable (*ibid.*, p. 340, § 575) ; le patrimoine est inaliénable (*ibid.*, p. 350, § 577) ; le patrimoine dure autant que la personne (*ibid.*, p. 351,

plumes²²¹, ni même de revenir sur un débat désormais éprouvé²²² (malgré les critiques adressées à cette théorie par des auteurs anciens²²³ ou modernes²²⁴ ou même par le législateur²²⁵), il importe néanmoins de s'attarder sur la nature juridique de la dette, en ce qu'elle est intimement liée à la créance et en ce qu'elle est censée figurer dans le patrimoine à ses côtés et aux côtés des autres droits patrimoniaux.

Si le bien est un objet patrimonial et se définit comme tel et si le patrimoine est le contenant des biens, faut-il par conséquent considérer que les dettes, parce qu'elles figurent dans le patrimoine, sont également des biens ? À suivre à la lettre la théorie d'Aubry et Rau, une réponse positive devrait être donnée, ce qu'une partie de la doctrine semble même ne pas

§ 577) ; le patrimoine est indivisible (*ibid.*, p. 352, § 577) ; tous les biens répondent de toutes les dettes (*ibid.*, pp. 366-367, § 579) ; la transmission du patrimoine à cause de mort opère transfert de l'actif (*ibid.*, pp. 372 s., § 582) comme du passif (*ibid.*, pp. 376 s., § 583).

²²¹ V. notamment, L. JOSSEMAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, *op. cit.*, pp. 374 s., n° 647 s. ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Introduction générale à l'étude du droit*, t. I, *op. cit.*, pp. 465 s., n° 287 s. ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. 1 : *Introduction à l'étude du droit*, 12^{ème} éd. par F. CHABAS, Montchrestien, 2000, pp. 417 s., n° 282 s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II : *Les biens. Les obligations*, *op. cit.* pp. 1516 s., n° 664 s. ; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, pp. 22 s., n° 4 s. ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, coll. « Précis », 10^{ème} éd., 2018, pp. 26 s., n° 19 s. ; W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, *op. cit.*, pp. 889 s., n° 489-1 s. ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit.*, pp. 343 s.

²²² L'on peut d'ailleurs relever que les promoteurs de l'avant-projet Capitant de réforme du droit des biens consacrent, dans ce qui serait un article 519, al. 1^{er} du Code civil, une vision classique du patrimoine, défini comme « l'universalité de droit comprenant l'ensemble [des biens et obligations d'une personne], présents et à venir, l'actif répondant du passif » (V. notamment F. POLLAUD-DULIAN, in H. PÉRINET-MARQUET (Dir.), *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Litec, coll. « Carré droit », 2009, p. 20, spéc. pp. 22-23).

²²³ E. ROGUIN, *La règle de droit. Étude de science juridique pure*, Lausanne, Rouge, 1889, pp. 376-383, § 208-212 ; O. JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne considérée comme principe des transmissions à titre universel*, th. Paris, 1902, pp. 89-94 ; H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, th. Dijon, 1910, spéc. l'introduction ; F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, préf. R. Saleilles, 2^{ème} éd., LGDJ, 1919, pp. 135 s., n° 65 s.

²²⁴ D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, préf. P. Jestaz, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 399, 2003 spéc. l'introduction. V. également A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », art. cité, pp. 802-803, n° 1, l'auteur proposant d'adopter une vision purement positive du patrimoine, abstraction faite des dettes et charges qui le grèvent.

²²⁵ L'on peut brièvement évoquer et sans souci d'exhaustivité les atteintes qu'a subies la théorie du patrimoine : duplication des patrimoines (C. com., arts. L 526-6, al. 1^{er} s., s'agissant de l'EIRL ; C. rur., art. L. 324-1, s'agissant de l'EARL ; C. civ., arts. 2011 s., s'agissant de la fiducie ; C. com., art. L. 223-1, s'agissant de la SARL unipersonnelle) ; dissociation de l'actif et du passif (C. civ., arts. 787 s., s'agissant de l'acceptation de la succession à concurrence de l'actif net) ; limitations du droit de gage général des créanciers (CPCE, art. L. 112-2 s., s'agissant des insaisissabilités ; CPCE, art. L. 111-1, al. 3, s'agissant des immunités d'exécution ; C. conso., arts. L. 741-1 s., s'agissant des procédures de rétablissement personnel ; C. com., arts. L. 640-1 s., s'agissant de la liquidation judiciaire et du rétablissement professionnel ; C. conso., art. L. 332-1 s'agissant du principe de proportionnalité) ; existence de patrimoines sans « personne » à leur tête (C. civ., arts. 311, 725 et 906, s'agissant de la vocation successorale de l'*infans conceptus*) et de « patrimoines » sans personne à leur tête (C. env., art. L. 411-1 A, s'agissant du patrimoine naturel ; C. patr., art. L. 1, s'agissant du patrimoine culturel ; C ; urb., art. L. 110, s'agissant du patrimoine commun de la nation).

contester²²⁶. Il n'importerait plus que le bien soit synonyme de richesse ou doive être évalué positivement pour recevoir une telle qualification²²⁷. Le patrimoine ne traduirait plus seulement la fortune mais un état de richesse. Il suffirait, pour parler de bien, que l'objet considéré puisse faire l'objet d'une évaluation pécuniaire, peu important que le résultat soit positif ou négatif²²⁸. Le critère du bien ne serait donc plus la valeur, mais l'*évaluabilité*²²⁹, la possibilité de lui donner une valeur, positive ou négative²³⁰. Une telle analyse charrie toutefois une incohérence, car la patrimonialité postule toujours l'appartenance²³¹ : l'appartenance des droits conditionne en effet leur valorisation et leur circulation²³². Or, en suivant cette approche, l'on crée immanquablement une dichotomie entre appartenance et patrimonialité : si la dette peut être évaluée et figurer dans le patrimoine sous l'angle de la patrimonialité, tel n'est pas le cas sous l'angle de l'appartenance, la dette n'appartenant pas à une personne. Une alternative se dessine donc : soit cantonner la notion de bien aux seules richesses présentes dans le patrimoine à l'exclusion des dettes, soit sortir la dette du patrimoine. C'est cette seconde option qui doit être préférée, à la suite de certains auteurs²³³.

44. Exclusion de la dette du patrimoine. L'article 2284 du Code civil pose une règle simple : l'actif répond du passif, les biens répondant des dettes. Déduire de cet article

²²⁶ R. LIBCHABER, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Biens », *op. cit.*, n° 16 s.

²²⁷ Rapp. D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur vénale négative », art. cité, *passim*.

²²⁸ En ce sens, v. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, *op. cit.*, p. 374, n° 647, qui définit le patrimoine comme « l'ensemble des valeurs pécuniaires, positives ou négatives, ressortissant à une même personne et dont les uns figurent à l'actif, les autres au passif ». Étonnamment, si l'auteur lie les biens au patrimoine et considère que les dettes font partie du patrimoine, il entend limiter la qualification de biens aux seuls « éléments actifs du patrimoine » (*ibid.*, p. 733, n° 1317).

²²⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II : *Les biens. Les obligations*, *op. cit.*, p. 1516, n° 664, qui estime que le patrimoine ne comprend « que les droits qui ont une signification économique et sont susceptibles d'être évalués en argent ». *Adde.* M. RENOUF, *Contribution à l'analyse juridique de la notion de valeur. Essai sur les biens à valeur négative*, *op. cit.*, pp. 476-477, n° 491, pour qui la qualification de bien suppose simplement qu'il soit possible de donner une valeur, même négative, à un objet.

²³⁰ J. FRANÇOIS, « Les opérations sur la dette », art. cité, n° 45 : « si l'on écarte la propriété, on peut alors se reporter sur la valeur. La créance correspond indiscutablement à une valeur d'actif. En ce sens, sa cession s'apparente à celle d'un bien. Qu'en est-il de la dette ? On objectera aussitôt qu'elle a une valeur négative, ce qui condamne son analyse en un bien. Sauf à admettre, précisément, que la valeur fondatrice d'un bien puisse être négative. Or il apparaît que l'idée n'a rien d'incongru ». L'auteur ajoute notamment que « la valeur négative de l'objet transféré n'est donc pas un obstacle à la qualification de bien » (*ibid.*, n° 46).

²³¹ D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, *op. cit.*, p. 21, n° 21 : « la seule source d'unité de l'ensemble des biens d'une personne consiste dans cette appartenance même ».

²³² Comp. R. LIBCHABER, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Biens », *op. cit.*, n° 20 s., qui dissocie cessibilité et appartenance.

²³³ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, rééd. La Mémoire du Droit, 2001, pp. 403-404 ; A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », art. cité, pp. 802-803 ; B. ROMAN, « Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens », *Defrénois* n° 5, 15 mars 2009, p. 504 sq.

l'inclusion de la dette dans le patrimoine est en conséquence excessif et source de confusion. Il est en effet possible d'expliquer le droit de gage général des créanciers sans inclure les dettes dans le patrimoine²³⁴, tout simplement parce que la dette, norme de comportement, est relative à la personne et non à ses biens²³⁵ : la dette oblige le sujet à exécuter une prestation ; son patrimoine n'en est que la garantie. Si le patrimoine est une universalité de droit, au sens où l'ensemble des biens répond de toute dette, rien ne saurait préjuger de l'inclusion des dettes dans le patrimoine, prétexte pris également de la présence de la créance dans le patrimoine²³⁶. Le patrimoine est simplement un ensemble de biens²³⁷, un ensemble de richesses qui sera, pour chaque dette contractée, affecté à son règlement, sans que la dette n'ait à figurer dans le patrimoine²³⁸. Le patrimoine, en tant qu'actif, peut donc se trouver affecté au règlement d'un passif qui, s'il est relié pour les besoins de l'exécution à l'actif, ne se situe pas dans le patrimoine en tant qu'objet de droit, mais pèse sur l'individu qui est *personnellement* engagé, pour reprendre le terme employé par l'article 2284 du Code civil²³⁹. Aussi, s'agissant par exemple de la transmission des dettes à cause de mort²⁴⁰, il est possible d'expliquer ce phénomène sans recourir à la moindre idée de transport de dettes à titre universel. Si l'héritier est tenu des dettes du *de cuius*, ce n'est nullement parce que ces dernières auraient intégré son patrimoine, sinon

²³⁴ N. MEVORACH, « Le patrimoine », *RTD Civ.* 1936, p. 811, spéc. pp. 823 s. ; C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, coll. « Recherches Juridiques », t. 35, 2016, p. 52, n° 56 ; G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, *op. cit.*, p. 276, n° 395 et 396.

²³⁵ *Contra*. E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, *op. cit.*, pp. 30-31 : « à l'origine, c'est la personne qui doit à la personne ; aujourd'hui, c'est le patrimoine qui doit au patrimoine. Le droit personnel n'est plus un droit sur la personne : c'est un droit sur les biens : jus ad rem. Sa seule différence avec le droit réel est qu'il ne frappe pas privativement une chose déterminée, mais collectivement un patrimoine entier. Le débiteur et le créancier ne sont plus que les représentants juridiques de leurs biens ». Rapp. M.-G.-A. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Du conflit de créances et du droit de préférence entre créanciers », *Rev. crit. lég. et jurispr.* 1906, p. 474, spéc. p. 478, n° 36, considérant que « le droit qu'a le créancier de saisir et vendre les biens du débiteur [...], autrement dit, le droit de gage général [...] est, remarquons-le, un droit réel ».

²³⁶ Tel était d'ailleurs le sens du patrimoine retenu par les juristes romains, lequel n'avait « rien du bilan d'une succession qui peut se solder par un déficit, il est par vocation positif » (P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. II, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 1971, p. 62, n° 28). V. également R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. Bordeaux, 1931, p. 119.

²³⁷ Inclure la dette dans le patrimoine aboutit même à un étonnant paradoxe : si le bien est un objet du patrimoine, alors l'inclusion de la dette dans le patrimoine aurait pour conséquence de la transformer en bien. Or, l'on imagine mal une dette répondre d'une autre dette !

²³⁸ En ce sens, D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, *op. cit.*, p. 33, n° 40, pour qui « les dettes ne peuvent faire partie du patrimoine, sauf à en détruire l'idée même ». V. également A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », art. cité, p. 802, n° 1, qui s'en réfère même au « bon sens ».

²³⁹ Monsieur Sériaux souligne d'ailleurs justement que l'« élégante symétrie » recherchée entre les biens et les dettes ne saurait aller à l'encontre du « sens commun » qui « répugne » à introduire les dettes dans le patrimoine. Aussi écrit-il que « l'obligation d'acquitter les dettes contractées sur l'ensemble de ses biens présents et à venir apparaît elle-même comme un adoucissement de l'antique règle romaine selon laquelle le débiteur engageait sa personne et non seulement ses biens » (A. SÉRIAUX, *Rép. Civ. Dalloz*, v° « Patrimoine », *op. cit.*, n° 10-11).

²⁴⁰ C. civ., arts. 724 et 782.

simplement en vertu du principe de continuation de la personne du défunt, l'héritier étant *personnellement* tenu de s'acquitter sur ses biens des dettes dont son auteur était lui-même redevable sur ses propres biens, sans que ces dettes ne figurent dans son patrimoine.

45. Non-patrimonialité de la dette : l'exemple de la cession de dette. Étant hors du patrimoine, une dette ne peut faire l'objet d'une véritable opération « patrimoniale »²⁴¹, en dépit de la consécration de la cession de dette par l'ordonnance du 10 février 2016. Il est vrai, pourtant, que le législateur a renforcé l'idée que la dette serait un bien doté d'un des caractères les plus forts de la patrimonialité, à savoir la commercialité. Cessant d'être cantonnée aux seules opérations de défaisance²⁴², la cession de dette s'ouvre à toutes sortes de situations. Quittant (pour un temps seulement ?) les habits de la novation qu'elle revêtait jusque-là, la cession de dette s'autonomise, sur le modèle de la cession de créance dont elle serait le pendant, avec la transmission pure et simple du rapport juridique et non plus la création d'un nouveau lien de droit. Mais à l'examen, il apparaît que cette cession de dette n'a rien de commun avec la cession de créance et qu'elle peine à s'émanciper de ses cousines que sont la délégation et la novation.

Outre que l'utilité de cette institution peut être questionnée²⁴³, il est d'abord douteux d'y voir une véritable cession²⁴⁴. Tout d'abord, parce qu'elle est un devoir et n'offre à son titulaire aucune prérogative caractéristique de tout droit subjectif, une dette n'est aucunement un objet de propriété ou plus largement d'appartenance ni même un bien²⁴⁵ et n'est partant pas valablement cessible²⁴⁶. Comme le dit Monsieur Libchaber, la cession de dette ne revient pas à

²⁴¹ La Cour de cassation a ainsi affirmé que le nantissement d'une dette n'est pas envisageable : Cass. 1^{ère} civ., 22 mars 1966, n° 64-10.751, *Bull. civ. I*, n° 203.

²⁴² La défaisance ou « *economic in-substance defeasance* » est un mécanisme permettant à une entreprise de transférer à une structure tierce une dette long terme, accompagnant cette cession de titres obligataires affectés au règlement desdites dettes de manière exclusive. Cette opération, essentiellement comptable, a pour but d'apurer le bilan comptable du cédant, laissant le soin à la structure tierce d'amortir les emprunts, sans que le débiteur initial en soit totalement libéré. Contrairement au cantonnement (ou défaisance d'actifs) et contrairement à la titrisation, aucune créance (douteuse ou saine) n'est cédée, mais bien une dette.

²⁴³ D. HOUTCIEFF, « Cession de dette ou délégation : transport de dette ou nouveau débiteur ? », *Dr. et patr.*, n° 249, 1^{er} juillet 2015 ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II : vol. 1 : *Obligations. Théorie générale*, 9^{ème} éd. par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, p. 1297, n° 1277 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. III : *Le rapport d'obligation*, 9^{ème} éd., Sirey, 2015, p. 408, n° 415 ; M. JULIENNE, « La cession de dette : une théorie inachevée », *Dr. et patr.* n° 260, 1^{er} juillet 2016.

²⁴⁴ P. BERLIOZ, « Article 1338 : la cession de dette », *RDC* n° 3, 1^{er} septembre 2015, p. 803, spéc. p. 803 : « toute idée de cession doit donc être exclue. Il ne peut s'agir que d'une reprise, opération modifiant le lien de droit, qui suppose en principe l'accord du créancier, pour substituer un tiers dans le lien de droit et libérer le débiteur initial » ; il s'agit alors d'une « quasi-cession ».

²⁴⁵ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV : *Les obligations. Régime général*, 3^{ème} éd., Economica, 2013, pp. 490-491, n° 500.1 ; G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, *op. cit.*, p. 444, n° 612.

²⁴⁶ Comp. C. civ., art. 537.

céder « ce que l'on a », mais plutôt à céder « ce que l'on doit »²⁴⁷. Surtout, parce qu'elle aboutit à une modification radicale du droit de gage général du créancier en imposant un nouveau débiteur au créancier, une dette ne peut être cédée de la même manière que peut l'être une créance. Il n'existe en effet aucune symétrie entre la cession de créance et la cession de dette, seule la première étant valable même sans le consentement du cédé²⁴⁸ car la cause demeure inchangée, contrairement à la cession de dette par laquelle le cessionnaire ne poursuit pas le même but que le cédé²⁴⁹. *In fine*, s'il est douteux qu'une dette puisse être cédée en tant que bien, c'est que cette opération n'est pas véritablement translative. Il est plus probable que cette cession de dette ne soit finalement qu'une délégation aménagée, voire une novation par changement de débiteur²⁵⁰.

46. Le critère de la libération du débiteur. Deux hypothèses de cession de dette doivent être distinguées, la formulation de l'article 1327-2 du Code civil laissant transparaître la superposition de deux mécanismes bien différents. Cet article dispose en effet que « si le créancier y consent expressément, le débiteur originaire est libéré pour l'avenir. À défaut, et sauf clause contraire, il est tenu solidairement au paiement de la dette ». OÙ l'on comprend finalement que l'assentiment exprès du créancier à la libération pour l'avenir du débiteur originaire est la clé de bascule d'un mécanisme à l'autre.

Dans la première hypothèse, lorsque le créancier ne consent pas expressément à la libération du débiteur, ce dernier se trouve encore dans les serres de la dette aux côtés du cessionnaire, y étant tenu solidairement avec lui. Tout comme la délégation imparfaite, cette cession « imparfaite » adjoint un nouveau débiteur (le cessionnaire) au débiteur originaire (le cédant). Mais contrairement à la délégation simple ou imparfaite où le délégué prend un nouvel engagement – ce qui lui interdit d'ailleurs de soulever les exceptions du délégant, sauf délégation incertaine –, le cessionnaire vient simplement s'engager sur la dette déjà

²⁴⁷ R. LIBCHABER, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Biens », *op. cit.*, n° 23.

²⁴⁸ C. civ., art. 1327 : « un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette » (nous soulignons). Rappr. Art. 1321, al. 5, qui précise que dans la cession de créance, « le consentement du débiteur n'est pas requis, à moins que la créance ait été stipulée incessible ». *Adde.* Cass. 1^{ère} civ., 30 avril 2009, n° 08-11.093, *Bull. civ.* I, n° 82 : la cession de dette ne produit pas d'effet à l'égard du cédé qui n'y a pas consenti.

²⁴⁹ L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. P. Malaurie, Economica, coll. « Études et Recherches », 1984, p. 53 s., n° 56 s.

²⁵⁰ Comme le souligne Monsieur Julienne, la parenté de ces opérations ne rend pas la notion de cession de dette parfaitement claire : M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, LGDJ, 2017, p. 145, n° 230.

existante – lui permettant ainsi de soulever les exceptions inhérentes à la dette²⁵¹. Or, en opérant une addition de débiteur, cette cession de dette n'a finalement de « cession » que le nom : aucun effet translatif n'est observable. Quant à l'existence de la solidarité qui jouera « sauf clause contraire », cela signifie simplement que le cédant pourra garantir la dette à laquelle il était tenu sans être libéré de celle-ci (autrement, il s'agirait d'une cession pure et simple)²⁵². Il est ainsi évident, dans cette hypothèse, que l'absence d'effet translatif de l'opération discrédite complètement cette « cession » de dette.

Dans la seconde hypothèse, lorsque le créancier consent expressément à la libération du débiteur, la cession de dette apparaît comme « parfaite », suivant un schéma assez proche de la délégation novatoire ou parfaite, puisque le débiteur originaire se trouve libéré à l'égard du créancier, tout comme le délégant se trouve libéré à l'égard du délégataire. Néanmoins, parce que la délégation novatoire a pour effet d'éteindre la dette du délégant et d'en recréer une sur la tête du délégué, elle se distingue nécessairement de la cession de dette « parfaite » qui ne procède qu'à un transport de la dette initiale sur les épaules du cessionnaire. Toutefois, il n'est pas certain que cette cession de dette puisse recevoir une autonomie conceptuelle qui la distinguerait de la délégation novatoire, voire de la novation par changement de débiteur. Dans la mesure où la dette est intimement liée au débiteur, il n'est pas certain qu'elle soit cessible sans altération du lien d'obligation, sans altération du gage général du créancier. Il n'est pas même certain que la dette puisse être transmise telle quelle, du débiteur originaire au cessionnaire²⁵³ : le « transport » de la dette ne peut en réalité se faire qu'en l'éteignant et en la recréant sur les épaules du cessionnaire, ce qui disqualifie l'idée même de cession. Or, c'est précisément ce que prévoit la novation par changement de débiteur qui, au demeurant, suppose selon l'article 1330 du Code civil l'accord du créancier, exactement comme le prévoit l'article 1327 du Code civil s'agissant de la cession de dette. Aussi, la cession parfaite de dette n'aboutit jamais plus, en fin de compte, qu'à une novation par changement de débiteur.

47. Bilan. La consécration de la cession de dette par l'ordonnance du 10 février 2016 n'entérine nullement la patrimonialité de la dette, qui demeure fondamentalement un devoir et non un bien et dont la « cession » n'est jamais plus que symbolique. La dette ne figure pas dans

²⁵¹ C. civ., art. 1388, al. 1 : « lorsque le délégant est débiteur du délégataire mais que celui-ci ne l'a pas déchargé de sa dette, la délégation donne au délégataire un second débiteur ».

²⁵² Rapp. R. LIBCHABER, *Rép. Civ. Dalloz*, v° « Biens », *op. cit.*, n° 20.

²⁵³ F. ROUVIÈRE, *Rép. Civ. Dalloz*, v° « Cession de dette », 2018, n° 8.

le patrimoine de la personne et n'est pas même cessible. Ce n'est pas cette « cession » déguisée et somme toute artificielle qui pourrait, à l'examen, signifier à rebours la présence de la dette dans le patrimoine. L'on doit en déduire que le bien demeure un objet patrimonial doté d'une valeur (positive, faut-il le préciser) susceptible de circuler. Plus largement, il apparaît que la qualification de bien suppose fondamentalement la valeur. C'est là son essence, sa signification la plus exacte.

Reste désormais à envisager ce que le Doyen Carbonnier a nommé « patrimoines extrapatrimoniaux »²⁵⁴, ces patrimoines contenant des « biens » hostiles à toute évaluation, des « richesses » non pécuniaires essentielles à toute forme de vie en société.

C. L'hypothèse des patrimoines communs

48. Enjeu de la reconnaissance des patrimoines communs. La notion de patrimoine connaît depuis plusieurs années un renouvellement inattendu, bien loin de son domaine d'élection habituel²⁵⁵. Sous l'influence de divers facteurs et pour satisfaire l'idée de besoin collectif²⁵⁶, le législateur a consacré l'existence de nouveaux patrimoines et partant de nouveaux biens. Le bien n'est plus seulement vu comme un élément de fortune mais comme ce dont *nous*, humains, avons besoin. Telle est la problématique des « biens communs » et de ce que Madame Rochfeld a pu appeler les « patrimoines-communautés »²⁵⁷, apparus pour valoriser des intérêts collectifs, dont la reconnaissance et la protection s'abstraient de la logique individualiste à partir de laquelle la notion de patrimoine est généralement présentée.

La reconnaissance de tels biens trouve son origine dans le besoin de préserver les richesses humaines, naturelles ou environnementales des dangers inhérents à toute activité humaine²⁵⁸ : pollution, risques pour la biodiversité, raréfaction des ressources, etc. Comme l'écrit Madame Chardeaux, l'enjeu est alors de « soustraire certains espaces récemment conquis, ainsi que

²⁵⁴ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 369.

²⁵⁵ M. GRIMALDI, « Le patrimoine au XXI^e siècle », in *Liber Amicorum Georges Daublou*, Defrénois, 2001, p. 127 sq.

²⁵⁶ F. G. TRÉBULLE, « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel », in *Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 659, spéc. p. 660 qui évoque « l'identification d'une dimension collective de certains biens ».

²⁵⁷ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., pp. 378 s.

²⁵⁸ F. G. TRÉBULLE, « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel », art. cité, p. 666, soulignant que « l'identification du patrimoine commun procède d'une réaction provoquée par le constat de la fragilité de l'homme et de la terre, du caractère fini d'un certain nombre de ressources auparavant considérées comme inépuisables ».

certaines ressources naturelles jusque-là inexploitées, à toute appropriation et à toute revendication de souveraineté »²⁵⁹. Il s'agissait ainsi à l'origine d'établir l'inappropriabilité de ces espaces et ressources si précieux, dont l'usage devait revenir à tous et dont la sauvegarde devait être assurée afin de préserver la ressource elle-même contre son usage excessif. La sauvegarde de ces richesses inestimables a alors suscité la consécration de nouveaux biens et la découverte de nouveaux patrimoines²⁶⁰. À ces valeurs qui transcendent la vénalité, il fallait des enveloppes les sacralisant. La notion de patrimoine paraissait toute choisie à cette fin, elle dont le rôle est notamment d'assurer la transmission des richesses de génération en génération.

49. Diversités de patrimoines communs. Le patrimoine se mit à englober toutes sortes d'objets et même des « ressources appropriées et sous souveraineté nationale »²⁶¹, s'infiltrant dans le domaine de l'appropriable²⁶². Ainsi apparurent les patrimoines communs de l'Humanité²⁶³, de la Nation²⁶⁴, de l'environnement²⁶⁵ ou de la nature²⁶⁶. S'y joignirent même

²⁵⁹ M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préf. G. Loiseau, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 464, 2006, p. 193, n° 162. V. par ailleurs l'éclairante histoire de ces patrimoines communs qu'en dresse l'auteur (*ibid.*, pp. 191 s., n° 160 s.). Avançant l'idée que le recours à la notion de patrimoine commun vise à légitimer la protection de l'environnement, parlant même de « mythe mobilisateur », v. V. LABROT, « Réflexions sur la patrimonialisation. Ou quand "la fabrication des pères" peut éclairer le recours intensif à la notion de patrimoine en droit de l'environnement naturel et culturel », in *Mélanges en l'honneur d'Alain Le Bayon*, L'Harmattan, 2005, p. 13, spéc. p. 15 et 19. Sur la double fonction de protection et de réparation attachée à la notion de patrimoine commun, v. enfin M. CORNU, « Entre nature et culture, les fonctions renouvelées de la notion de patrimoine », in *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 219, spéc., p. 237.

²⁶⁰ Un auteur se demande même s'il ne faut pas offrir à l'environnement la personnalité juridique : M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Faut-il accorder la personnalité juridique à la nature ? », *D.* 2017, p. 1040 *sq.* L'idée a également été récemment défendue par un collectif de personnalités civiles et politiques, plaidant notamment pour conférer la personnalité juridique à la Seine et lui offrir des droits (*Libération*, 7 août 2019). Comp. sur ce point A. GAILLIARD, « Sacraliser la nature plutôt que la personnifier (ou les mirages de la personnification) », *D.* 2018, p. 2422 *sq.*

²⁶¹ J. ROCHFELD, « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux "communs" ? », *RIDE* 2014/3, p. 351, spéc. p. 363.

²⁶² Comp. F. G. TREBULLE « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel », art. cité., p. 672, qui reconnaît une véritable valeur à la notion de patrimoine commun, qui existerait sur un autre plan que la notion traditionnelle de patrimoine : « le domaine universel est parfaitement compatible avec des domaines particuliers. Ceux-ci ne confèrent pas les mêmes droits et ne portent que sur des choses particulières ; le domaine universel, lui, étend son emprise sur l'ensemble ».

²⁶³ F. TERRÉ, « L'humanité, un patrimoine sans personne », in *Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ, 1999, p. 339 *sq.*

²⁶⁴ I. SAVARIT, « Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ? », *RFDA* 1998, p. 305 *sq.*

²⁶⁵ La Charte de l'environnement dispose que « l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains ». Assimilant la nature à un patrimoine, v. loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, spéc. art. 1^{er}.

²⁶⁶ C. env., art. L. 411-1 A.

les patrimoines culturels ou artistiques²⁶⁷ et même génétiques²⁶⁸. Quant aux « biens » qui composent ces patrimoines, l'on y retrouve pêle-mêle le territoire²⁶⁹, les « espaces, ressources et milieux naturels, les sites et les paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques »²⁷⁰, la ruralité²⁷¹, la langue française²⁷² comme les langues régionales²⁷³, l'architecture²⁷⁴ et plus encore²⁷⁵. Ces richesses humaines, naturelles ou culturelles ont pour trait saillant d'être communes à tous les membres d'un groupe concerné (français, européen, humain...) qui se voient reconnaître un ou plusieurs patrimoines comprenant des richesses dont la sauvegarde et la préservation s'imposent. Mais il n'est toutefois pas certain qu'il s'agisse là de véritables patrimoines, ni même que les richesses que ces derniers englobent soient de véritables biens.

50. Nature non patrimoniale des patrimoines communs. Il est d'abord certain que ces patrimoines communs partagent certains traits avec le patrimoine entendu classiquement. D'abord, ces patrimoines peuvent apparaître comme des « émanations des personnes » auxquelles ils sont rattachés²⁷⁶. Ces patrimoines ont en outre vocation à persister malgré le renouvellement des générations issues des communautés humaines qui en sont « titulaires » ou pour l'usage desquelles ils sont constitués : la dimension verticale du patrimoine est ainsi

²⁶⁷ C. patr., art. L. 1. Le patrimoine culturel est ici envisagé comme l'ensemble des biens présentant un « intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique ». Sur ce point, v. M. CORNU, « À propos de l'adoption du code du patrimoine, quelques réflexions sur les notions partagées », *D.* 2005, p. 1452. Le patrimoine culturel immatériel est lui composé des « pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire... », selon l'article 2.1 de la Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel du 17 octobre 2003 (MISC/2003/CLT/CH/14).

²⁶⁸ Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de l'UNESCO du 11 novembre 1997, art. 1^{er} : « dans un sens symbolique, [le génome humain] est le patrimoine de l'humanité ».

²⁶⁹ C. urb., art. L 110.

²⁷⁰ C. rur., art. L 200-1, al. 1^{er}.

²⁷¹ H. BOSSE-PLATIÈRE, F. COLLARD, B. GRIMONPREZ, T. TAURAN et B. TRAVELY, *Droit rural*, LexisNexis, 2013, p. 3, n° 2.

²⁷² Loi du 3 août 1994, art. 1^{er}, al. 1.

²⁷³ Article 75-1 de la Constitution : « les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France ».

²⁷⁴ Convention de Grenade, 3 octobre 1985, pour la sauvegarde du patrimoine architectural de l'Europe.

²⁷⁵ Une récente proposition de loi adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale vise en effet à définir et protéger le patrimoine sensoriel des campagnes françaises (Proposition de loi n° 2211 du 11 septembre 2019), composé des sons des cloches, chants d'oiseaux et de coqs, de l'odeur des campagnes, etc. Pour une analyse critique de cette proposition, v. J.-M. BRUGUIÈRE, « “Le bruit et l'odeur” ... de nos campagnes. Trouble du voisinage et/ou patrimoine commun ? », *D.* 2020, p. 1183 *sq.*

²⁷⁶ M.-J. DEL REY, « La notion controversée de patrimoine commun », *D.* 2006, p. 388 *sq.* V. également F. G. TRÉBULLE, « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel », art. cité, p. 677.

respectée et l'héritage assuré²⁷⁷. Mais l'analogie ne peut aller évidemment plus loin, dans la mesure où ces patrimoines n'ont pas de titulaires identifiables²⁷⁸, étant associé à des communautés abstraites dont il est parfois difficile de savoir si elles disposent d'un véritable droit sur les « biens » inclus dans ce patrimoine²⁷⁹. Il s'agit donc de patrimoine sans « personne » à leur tête²⁸⁰, qui ne souffrent la présence de quelque débiteur et ne supportent aucun passif. En cela, ils s'apparentent davantage à des universalités de fait qu'à des universalités juridiques, n'agréant d'ailleurs que certains biens particuliers²⁸¹ et non l'ensemble des biens des groupes qui en sont titulaires.

Quant aux « biens » qui composent ces patrimoines, là encore, leur qualification est problématique. L'on peut d'abord douter de l'appartenance de ces biens aux personnes à qui ils sont destinés, faute pour elles d'en avoir une réelle maîtrise, se trouvant même contraintes de les préserver. L'on peut ensuite et surtout remarquer que ces biens se caractérisent avant tout par leur réticence à intégrer le circuit marchand, ne pouvant recevoir une valeur à raison de leur caractère précisément inestimable. La nature, l'environnement et le milieu naturel n'ont pas de prix, sont revêches à toute évaluation et à toute circulation. Il s'agit des richesses les plus pures qui soient, celles qui demeurent hostiles à toute commercialisation²⁸². La « patrimonialité » de ces biens est donc en trompe-l'œil, ainsi que l'écrit Madame Rochfeld, relevant au passage cette singularité : « la qualification de patrimoine sert à faire disparaître la patrimonialité en

²⁷⁷ J. MORAND-DEVILLER, « Commentaire de la loi n° 95-101 du 22 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement », *AJDA* 1995, p. 439 *sq.*

²⁷⁸ C. GROULIER, « Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ? », *AJDA* 2005, p. 1034 *sq.* V. également C. DREVEAU, « La propriété foncière à l'épreuve de la protection du patrimoine culturel, historique et archéologique », in *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, *op. cit.*, p. 341, spéc. p. 342.

²⁷⁹ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit.*, pp. 381-382. Un auteur n'hésite d'ailleurs pas à parler de « patrimoine collectif » (J.-M. BECET, « Patrimoine et littoral. La loi littoral envisagée à l'aune de la notion de patrimoine », in *Mélanges en l'honneur d'Alain Le Bayon*, *op. cit.*, p. 220 *sq.*).

²⁸⁰ J. CHARPENTIER, « L'humanité : un patrimoine, mais pas de personnalité juridique », in *Études en hommage à Alexandre Kiss*, Éditions Frison-Roche, 1998, p. 17 *sq.*

²⁸¹ Par exemple, les biens composant le patrimoine culturel sont ceux qui présentent, selon l'article L. 1 du Code du patrimoine, un « intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique ».

²⁸² L'on rejoint en ce sens sans difficulté le constat formulé par Monsieur Harribey, qui se montre très critique à l'égard de certains penseurs « néophysiocrates », lesquels entendent conférer une valeur économique à la nature. Ainsi que ce dernier l'écrit, cette approche « est un non-sens absolu » d'un point de vue économique : « cette démarche visant à intégrer dans un concept de valeur globale ces différents éléments commet plusieurs erreurs méthodologiques et épistémologiques. Nous en dénombrons ici quatre : l'addition d'éléments incommensurables, l'impossible mesure de l'utilité de la nature, l'impossible mesure de la valeur du stock de la nature et de celle des flux qui en sont issus, l'échec de la modélisation de la substitution du capital à la nature » (J.-M. HARRIBEY, *La richesse, la valeur et l'inestimable. Fondements d'une critique socio-écologique de l'économie capitaliste*, LLL, 2013, p. 161 et p. 165). V. également M.-J. DEL REY, *Droit des biens et droit de l'environnement*, ANRT, 2002, p. 46, n° 47, soulignant que « les notions de ressources et de richesses naturelles devraient nettement être distinguées en ce que cette distinction représente une évolution de la prise de conscience de la véritable valeur des éléments naturels ».

absorbant des éléments qui, patrimoniaux ou non dans l'acception classique, sont destinés à devenir extra-patrimoniaux »²⁸³. La qualification de « patrimoine commun » est en conséquence une qualification essentiellement emblématique, bien plus symbolique que technique. Elle ne saurait remettre en cause la nature substantiellement économique des biens et du patrimoine.

51. Bilan. Pour symbolique qu'elle soit, la qualification de « patrimoine commun » a le mérite de révéler l'étroitesse du lien entre patrimoine et biens. Mais tant le patrimoine que les biens ne sauraient se concevoir autrement que comme des objets par nature économique. La question des patrimoines communs n'est pas en mesure d'en faire douter.

52. Conclusion de la Section I. Le bien est un objet de valeur, une richesse. Cette manière de concevoir le bien se justifie tant historiquement que pratiquement, le législateur accueillant cette représentation, que ce soit en droit de l'exécution ou en droit fiscal. Une telle représentation du bien a également des implications : parce que le bien est une richesse, l'on ne peut tolérer que le bien ait une valeur nulle ou négative, tout comme l'on ne peut admettre que la dette soit qualifiée de bien. Parce que le bien est une richesse, l'on ne saurait qualifier de biens des objets radicalement hostiles à toute évaluation, comme le sont encore les « biens » composant les patrimoines communs.

La valeur se présente comme le caractère immédiat du bien. C'est elle qui apparaît intuitivement sitôt que l'on s'intéresse à sa nature. Mais la valeur, elle-même, n'est que la face visible du bien. Si celui-ci est un objet de valeur, il est encore et surtout un objet d'échanges doté du caractère de la commercialité.

SECTION II. LA COMMERCIALITÉ

53. Plan. Le bien n'est pas seulement un objet de valeur. Il est plus fondamentalement encore un objet d'échanges, une richesse « accessible à l'échange » pour reprendre les mots de

²⁸³ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé, op. cit.*, p. 386.

Monsieur Sériaux²⁸⁴. Cette aptitude du bien à faire l'objet d'échanges au sens large, cette commercialité, se trouve inscrite aux côtés de la valeur au principe de la notion de bien²⁸⁵. Cette affirmation est conceptuellement fondée. Si tout bien est une valeur et si toute valeur suppose l'échange, alors tout bien est un objet d'échanges. Le propos n'est pas purement théorique ; il se vérifie en pratique à travers les méthodes d'évaluation des biens qui tiennent pour certaine l'idée selon laquelle le bien est un objet *par principe* dans le commerce. Faire de la commercialité une composante substantielle du bien est une démarche qui mérite d'abord d'être justifiée (§1). Cette définition marchande des biens doit ensuite être vérifiée (§2).

§1. Justification de la définition marchande des biens

54. Plan. La commercialité joue avec la valeur un rôle primordial dans la qualification de bien. Le placement de la valeur au principe de la notion commande qu'il en soit fait autant de la commercialité. La notion même de valeur suppose en effet l'existence d'un marché, l'existence d'échanges. Ce sont ces derniers qui non seulement révèlent la valeur d'un bien, mais plus encore la conditionnent. La proposition se justifie aussi bien d'un point de vue économique (A) que d'un point de vue juridique (B).

A. L'argument tiré des théories économiques de la valeur vénale

55. Enjeux économiques. Il peut être délicat de définir d'un point de vue économique le concept de valeur. La difficulté ne réside pas tant dans les différentes acceptions dont ce terme peut être l'objet, la valeur pouvant ne pas être synonyme de pécuniarité²⁸⁶, mais dans la détermination de son origine. La question n'est pas purement théorique dès lors que l'on voit dans la valeur une qualité substantielle du bien. Reste dès lors à déterminer ce que cela signifie :

²⁸⁴ A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », art. cité, p. 806, n° 2 : le « véritable critère de la patrimonialité » résiderait « plus radicalement dans l'*accessibilité à l'échange* ».

²⁸⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 13^{ème} éd., 2020, v° « Patrimonial » (sens 2) : « qui est dans le patrimoine (comme ayant une valeur pécuniaire) et le plus souvent dans le commerce (cessible moyennant finance), transmissible... » ; v° « Patrimonialité » : « caractère de ce qui est patrimonial ; appartenance au patrimoine indiquant que l'élément revêtu de cette qualité constitue une valeur appréciable en argent et impliquant la cessibilité et la transmissibilité de ce bien... ».

²⁸⁶ La valeur peut en effet être sociale, morale, scientifique, artistique, culturelle, etc. Elle peut encore recevoir une signification symbolique (la « valeur essentielle » de la République française : C. civ., art. 21-24) ; ou servir à classer selon un ordre d'importance différents modes de preuve (selon leur « valeur probante » : C. civ., arts. 1381, 1383-1 et 1386). En ce sens, la valeur désigne d'un point de vue générique ce qui a de l'importance.

si le bien est une valeur, l'est-il par nature ou par accident ? La valeur relève-t-elle de l'ordre du donné ou du construit ? Au fond, *qu'est-ce qui* fait la valeur d'un bien ? Surtout, qu'est-ce que ce *quelque chose* peut-il nous apprendre du bien ? Afin de répondre à ces questions, il est nécessaire d'étudier de plus près les théories économiques de la valeur. C'est par elles que l'on peut se convaincre, *in fine*, que la commercialité est une qualité tout autant substantielle du bien que l'est la valeur.

56. Les différentes conceptions de la valeur. La détermination de l'origine de la valeur est une antienne de la science économique. Si l'exercice peut sembler indifférent au juriste déjà occupé par les débats doctrinaux propres à sa discipline, il est pourtant contraint de s'y plier dès lors qu'il s'intéresse aux biens et à la valeur qui les caractérise²⁸⁷. Si l'on ose simplifier les choses, deux courants de pensée peuvent être distingués : les tenants de l'École classique et ceux de l'École néoclassique.

Pour les tenants de la conception classique de la valeur, la valeur d'un bien résulterait principalement de la quantité de travail nécessaire pour le produire. C'est ce qu'expliquait notamment Ricardo dans ses *Principes de l'économie politique et de l'impôt* : « la valeur échangeable des choses, ou la règle qui fixe la quantité que l'on doit donner d'un objet pour un autre, ne dépend que de la quantité comparative de travail qui a été employée à la production de chacun d'eux »²⁸⁸. Quant à la valeur du travail, elle serait elle-même déterminée par la force de travail du travailleur, dont l'entretien a un coût (denrées nécessaires à l'entretenir, soins à lui apporter, etc.). Marx considère ainsi que « la *valeur de la force de travail* est déterminée par la *valeur des choses de première nécessité* qu'il faut pour produire, développer, maintenir et perpétuer la force de travail »²⁸⁹.

Pour les tenants de la conception néoclassique ou marginaliste de la valeur, la valeur d'un bien serait au contraire exclusivement fonction de son utilité et de sa rareté, lesquelles existeraient à l'état latent ou naturel²⁹⁰. Un bien serait ainsi *naturellement* utile ou rare et partant

²⁸⁷ Certains juristes se sont tout de même introduits sur ces terres. V. ainsi J.-F. CALMETTE, *La rareté en droit public*, préf. L. Rapp, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2004, pp. 245 s., considérant que la valeur dépend de l'utilité et de la rareté. V. également infra n° 57.

²⁸⁸ D. RICARDO, *Des principes de l'économie politique et de l'impôt*, rééd. Flammarion, 1971, p. 26.

²⁸⁹ K. MARX, *Salaires, prix et profits*, trad. C. Longuet, rééd. Entremonde, coll. « Les cahiers », 2010, p. 57.

²⁹⁰ En vérité, tant l'École classique que l'École néoclassique font de la rareté une cause voire une condition de la valeur. Comme l'écrit l'économiste Jean-Marie Harribey, « la question de la rareté est sous-jacente à toutes les analyses économiques, de façon implicite ou explicite, et particulièrement chez les classiques. Définie comme un écart entre les besoins et des ressources limitées, la rareté est à la fois une hypothèse et une réalité incontournable »

naturellement doté d'une valeur²⁹¹. Dans ce schéma, le marché n'interviendrait pas pour créer la valeur, cette dernière lui préexistant. Pour les marginalistes, la valeur résulterait plus précisément de l'utilité marginale d'un bien. Celle-ci correspond à l'utilité que l'on peut tirer de la consommation d'une unité supplémentaire, ce que l'économiste Henri Denis illustre simplement : « plus les individus consomment d'unités, moins l'utilité marginale est forte. Un "bien" tel que l'eau, dont les premières unités sont très utiles, aura donc cependant une valeur très faible si l'on en consomme une grande quantité "parce que" l'utilité de la dernière unité consommée est très faible. Au contraire, un "bien" tel que le vin, dont les premières unités sont moins utiles, aura une valeur plus grande si l'on en consomme une faible quantité "parce que" l'utilité de la dernière unité consommée est encore importante »²⁹².

En résumé, l'origine de la valeur d'un bien est tantôt recherchée dans le travail nécessaire à le produire (position classique), tantôt dans l'utilité qui le caractériserait intrinsèquement (position néoclassique).

57. Présentation de l'approche naturaliste de la valeur. L'idée que la valeur serait une qualité naturelle des biens, c'est-à-dire indépendante des échanges, a reçu un accueil positif de la part de la doctrine contemporaine en science économique. Elle fut encore positivement accueillie par les quelques juristes qui se sont directement intéressés à la question²⁹³. Présupposant que l'utilité et la rareté sont des qualités inhérentes aux biens, d'aucuns considèrent que la valeur serait pareillement une qualité naturelle des biens et non pas accidentelle, dépendrait d'une sorte de donné naturel et non pas des échanges. Comme l'écrit Madame Krief-Semitko, distinguant entre une approche objective et une approche subjective de la valeur²⁹⁴, « toutes les choses ont une valeur, indépendamment de la société, et peu importe que les choses s'avèrent animées ou non animées », ajoutant que « la valeur comme la chose

(J.-M. HARRIBEY, *La richesse, la valeur et l'inestimable. Fondements d'une critique socio-écologique de l'économie capitaliste*, op. cit., p. 38)

²⁹¹ L. WALRAS, *Éléments d'économie politique pure ou théorie de la richesse sociale*, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1926, p. 21, n° 21 : « j'appelle *richesse sociale* l'ensemble des choses matérielles ou immatérielles (car la matérialité ou l'immatérialité des choses n'importe ici en aucune manière) qui sont *rare*, c'est-à-dire qui, d'une part, nous sont *utiles*, et qui, d'autre part, n'existent à notre disposition qu'en *quantité limitée* ».

²⁹² H. DENIS, *La valeur*, Éd. Sociales, 1950, p. 23.

²⁹³ Sur l'analyse des théories de la valeur au XIX^{ème} siècle, v. not. M. TORRE-SCHAUB, *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 363, 2002, pp. 22 s., n° 41 s.

²⁹⁴ Selon une approche objective, les valeurs seraient inhérentes aux choses. Selon une approche subjective, les valeurs seraient des constructions sociales.

qui la contient, existe en elle-même, sans qu'elle ait besoin pour cela d'aucune intervention sociale, c'est-à-dire que la valeur existe dans la société, celle-ci ne faisant que la découvrir »²⁹⁵. Allant dans le même sens, Madame Renouf écrit que la valeur est une propriété inhérente aux choses, une qualité qu'elles ont intrinsèquement et qu'elle « existe indépendamment de la société dans laquelle elle se situe »²⁹⁶. En somme, la valeur serait pour ces auteurs une qualité « objective » des biens, une qualité qui leur serait inhérente pour la raison que leur utilité et leur rareté seraient pareillement un donné de la nature. Dans ce système, la valeur ne supposerait aucunement le marché pour apparaître.

58. Critique de l'approche naturaliste de la valeur. L'idée que la valeur ne suppose pas l'existence d'un marché pour apparaître est pourtant critiquable, tout comme l'est le postulat de l'École néoclassique duquel cette idée procède.

D'abord, l'idée d'utilité marginale est peu crédible, tout comme l'est le placement de l'utilité au principe de la valeur. Non seulement la théorie de l'utilité marginale suppose de connaître au préalable la valeur de l'unité consommée²⁹⁷, mais elle procède à une inversion des facteurs, permutant la cause et la conséquence. Le propos peut être illustré à l'aide de l'exemple précédemment donné de la consommation d'eau et de vin : « la question décisive est alors, en réalité, celle de savoir pourquoi on consomme autant d'eau et si peu de vin. La réponse à cette question est évidemment que l'eau est beaucoup plus facile à obtenir, beaucoup moins coûteuse que le vin. Il devient donc clair que c'est seulement dans le coût de production que nous trouverons la cause de la valeur. Il est absurde de dire que c'est "parce que" l'utilité marginale de l'eau est faible que sa valeur est faible. C'est, au contraire, parce que son coût est faible que l'on en consomme une grande quantité et que, par conséquent, son utilité marginale devient très faible »²⁹⁸.

²⁹⁵ C. KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français. Essai sur les biens, la propriété et la possession*, op. cit., p. 10, n° 5 et p. 12, n° 8. Dans le même sens, v. 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*, th. Paris XI, 1999, p. 236, n° 312, soutenant « l'antériorité de la valeur de change [valeur vénale] à la contrepartie monétaire du bien » et ajoutant que « s'il peut être attribué une valeur à un bien sans qu'il fasse l'objet d'une aliénation ou d'un acte de disposition juridique à titre onéreux, c'est bien qu'elle existe en elle-même ».

²⁹⁶ M. RENOUF, *Contribution à l'analyse juridique de la notion de valeur. Essai sur les biens à valeur négative*, op. cit., pp. 100-101, n° 90-91.

²⁹⁷ A. ORLÉAN, *L'empire de la valeur. Refonder l'économie*, Éd. du Seuil, 2011, p. 161 ; C. MOUCHOT, *Les théories de la valeur*, Economica, 1994, p. 60.

²⁹⁸ H. DENIS, *La valeur*, op. cit., p. 23.

Ensuite, c'est la modélisation par les marginalistes du système économique dans son ensemble qui est contestable. Selon ces derniers, il existerait un marché libre de concurrence parfaite, mettant en relation des acteurs parfaitement informés des prix et surtout extérieurs aux processus de formation de ces derniers. Les individus ne seraient là que preneurs de prix (« *price taker* ») de sorte que, dans ce système de concurrence parfaite régi par un seul sapsiteur omniscient (le « secrétaire de marché »), ils se verraient imposer la valeur des biens sans mot dire. Somme toute et comme le résume l'économiste André Orléan, « aucune place n'est faite aux interactions directes entre acheteurs et vendeur [...] la formation des prix se [donnant] à penser comme entièrement extérieure aux individus, comme un mécanisme parfaitement objectif »²⁹⁹. Pourtant, tout porte à croire que la réalité est toute différente : non seulement l'ordre marchand est foncièrement désordonné et structurellement incohérent, mais il apparaît encore que l'individu est loin d'être totalement maître de ses désirs³⁰⁰. Pire, il apparaît que cette approche de la valeur est purement idéaliste, et que la valeur se donne à penser dans ce système comme une « idée éternelle, étrangère à l'histoire »³⁰¹.

Enfin, que ce soit d'un point de vue sociologique ou anthropologique, il est contestable de prétendre que les individus seraient nécessairement à la recherche d'objets utiles ou rares. Ainsi que l'écrivait Marx, les individus sont moins à la recherche de l'utilité que du « superflu ou de l'excédent »³⁰². N'existant pas comme une réalité « évidente », l'utilité apparaît comme une « construction sociale » générée par le marché lui-même³⁰³. Création sociale historique, le désir d'utilité apparaît comme second : loin d'avoir préséance sur d'autres désirs, il se trouve en effet supplanté par d'autres désirs, à commencer par celui de prestige³⁰⁴. Comme le relevait à son tour l'anthropologue Marshall Sahlins, la rareté n'a jamais été ni valorisée, ni sacralisée, par quelque société primitive que ce soit³⁰⁵. Si la rareté s'est ensuite imposée dans les esprits comme une composante déterminante de la valorisation des biens, ce n'est que par l'effet du marché lui-même, qui a « fait dépendre, dans des proportions inconnues des autres sociétés, le statut de

²⁹⁹ A. ORLÉAN, *L'empire de la valeur*, op. cit., p. 69.

³⁰⁰ *Ibid.*, op. cit., p. 368. Ainsi du désir d'argent, non pour ce qu'il permet d'acquérir, mais pour lui-même, ce phénomène n'obéissant pas « au modèle individualiste de l'action rationnelle » (*ibid.*).

³⁰¹ H. DENIS, *La valeur*, op. cit., p. 9.

³⁰² K. MARX, *Contribution à la critique de l'économie politique*, rééd. Éd. sociales, 1957, p. 92.

³⁰³ A. ORLÉAN, *L'empire de la valeur*, op. cit., p. 133. L'auteur critique ainsi l'idée que la valeur serait une « substance que posséderaient en propre les marchandises », tout comme il critique l'idée que l'échangeabilité ne serait que la « conséquence d'une "substance" sociale ».

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 130.

³⁰⁵ M. SAHLINS, *Âge de pierre, âge d'abondance. L'économie des sociétés primitives*, trad. T. Jolas, préf. P. Clastres, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des Sciences humaines », 1976, pp. 38 s.

chacun de sa seule capacité à acquérir des objets sans qu'il puisse attendre un secours d'autrui »³⁰⁶. La rareté se présente en conséquence comme une production de l'économie marchande qui l'organise de manière consciente³⁰⁷. Quant au « sentiment de la rareté », il n'est là qu'une illusion générée par l'économie capitaliste elle-même, qu'elle doit « constamment » recréer pour « développer sans cesse sa dynamique », d'où le placement de la rareté au principe de la valeur par l'économie politique³⁰⁸. Si l'économie politique est parvenue à placer la rareté au principe de la valeur, ce n'est donc que de manière artificielle. Autrement dit, le marché n'organise pas l'échange de biens valorisés *parce qu'*utiles et rares, mais *rend utiles et rares* des biens en encadrant leur production et leurs échanges, la valeur en émergeant. La valeur ne saurait désormais plus être détachée du marché ni même lui précéder³⁰⁹.

59. Défense de l'approche constructiviste de la valeur. La valeur doit incontestablement être détachée des concepts d'utilité et de rareté, n'étant au fond qu'une « catégorie anthropologique et sociale [qui] ne peut être renvoyée à une quelconque propriété naturelle »³¹⁰, ni même à une quelconque « grandeur naturelle »³¹¹. La valeur, loin d'être un donné naturel, apparaît au contraire comme une « production collective » née de la seule tension entre les

³⁰⁶ A. ORLÉAN, *L'empire de la valeur*, op. cit., p. 134.

³⁰⁷ Rappr. P. JORION, *Le prix*, Flammarion, coll. « Champs essais », 2016, p. 27, qui relève que « nul n'a jamais vu la réalité-objective, et l'utilité ou la valeur n'ont jamais été rencontrées par quiconque. Et pour cause : toutes trois sont des conceptions de l'esprit humain, autrement dit, des fictions. Ce sont des outils intellectuels qui ne valent que ce que valent les utilisations qu'ils permettent ».

³⁰⁸ J.-M. HARRIBEY, *La richesse, la valeur et l'inestimable. Fondements d'une critique socio-écologique de l'économie capitaliste*, op. cit., pp. 40-41. L'auteur relève sur ce point un paradoxe du capitalisme qui, « engagé dans une course à l'accumulation sans fin, au lieu de nous éloigner de la rareté en organisant la production en masse comme ses idéologues le prétendent, nous en rapproche en surexploitant les deux choses dont nous manquons : les ressources et notre temps. Le capitalisme promet une certaine abondance et nous pousse vers une rareté certaine. Mais il ne réussirait pas à embarquer l'humanité dans cette impasse sans le mirage de la marchandise. L'intériorisation des normes de compétition et de rentabilité, vertus auréolées des promesses de prospérité et donc de bonheur, procure au système des représentations collectives propres à la conforter et assurer sa reproduction ainsi légitimée. C'est ainsi que l'homme, être de désir, est transformé par le capitalisme en être de besoins » (*ibid.*, p. 43).

³⁰⁹ *Contra*. J.-V. MAUBLANC, *Le marché des autorisations administratives à objet économique*, av.-propos J.-F. Lachaume, préf. P. Terneyre, LGDJ, coll. « Bibl. dr. public », t. 311, 2019, p. 50, n° 78.

³¹⁰ J.-M. HARRIBEY, *La richesse, la valeur et l'inestimable. Fondements d'une critique socio-écologique de l'économie capitaliste*, op. cit., p. 12.

³¹¹ A. ORLÉAN, *L'empire de la valeur*, op. cit., p. 47.

rapports sociaux³¹². Elle prend son origine dans un rapport d'ordre social et fondamentalement marchand, n'existant pas à l'état naturel ou latent dans le bien lui-même³¹³.

Marx avait déjà avancé en son temps que la valeur d'un bien avait pour origine les conditions de sa production – calculable en temps de travail³¹⁴ – et non son utilité ou sa rareté. Cette position s'est néanmoins révélée en partie contradictoire³¹⁵ : si la valeur est une création sociale-historique n'ayant de signification que dans les échanges, il est contradictoire de prétendre qu'elle puisse être déterminée au stade de la production ou de l'offre indépendamment de la demande³¹⁶, donc à un stade antérieur aux échanges³¹⁷.

Refusant de placer l'utilité ou la rareté au principe du phénomène de valorisation et refusant de donner du crédit à la théorie de la valeur-travail, l'économiste Thorstein Veblen a de son côté suggéré que la valeur avait pour moteur l'honneur des individus, l'accumulation des biens et le désir de possession procédant de la volonté très prosaïque de « démontrer glorieusement [sa] puissance »³¹⁸. C'est encore ce que soutient Monsieur Orléan, considérant qu'au fond, « l'individu recherche le regard approbateur des autres »³¹⁹. C'est enfin à la même conclusion qu'aboutit en substance l'économiste Frédéric Lordon, voyant dans le « désir-maître »

³¹² *Ibid.*, p. 374. V. également J.-C. MARTINEZ, préface à la thèse de I. PONTES VIEIRA, *La valeur en droit fiscal et douanier*, *op. cit.*, p. X : « la valeur est moins une substance platonicienne intrinsèque aux choses que l'on cherche à imposer et qui leur serait propre, qu'un construit. Sa mesure consiste moins à l'extraire des biens et services imposables qu'à la créer ».

³¹³ H. DENIS, *La valeur*, *op. cit.*, p. 58 : « la valeur est une qualité de la marchandise dont le caractère est bien différent de celui des qualités physiques, sensibles des objets ; elle est une création de la société ».

³¹⁴ K. MARX, *Le Capital*, Livre I, trad. J. Roy, préf. L. Althusser, rééd. Flammarion, coll. « Champs », 1985, pp. 42-45. En ce sens, v. H. DENIS, *La valeur*, *op. cit.*, p. 24, qui note que « l'explication de la valeur des marchandises produites doit être cherchée dans leurs conditions sociales de production. Les différences de valeur entre les marchandises doivent refléter les degrés divers de difficulté que le groupe social rencontre dans la production de ces marchandises ».

³¹⁵ Sur cette contradiction, v. I. I. ROUBINE, *Essais sur la théorie de la valeur de Marx*, trad. J.-J. Bonhomme, préf. A. Artous, Éd. Syllepse, 2009, p. 197. Plus largement, sur la réception de la théorie marxiste de la valeur et son dépassement, v. G. DOSTALER, *Valeur et prix. Histoire d'un débat*, av.-propos M. Beaud, L'Harmattan, coll. « Bibliothèque historique du marxisme », 2013, *passim*.

³¹⁶ Et ce, contrairement à ce qu'on soutenu les néoclassiques. V. sur ce point, L. WALRAS, *Éléments d'économie pure ou théorie de la richesse sociale*, *op. cit.*, pp. 43 s., n° 40 s.

³¹⁷ H. DENIS, *La valeur*, *op. cit.*, p. 69 : la valeur « est fondée principalement sur le temps de travail nécessaire à la production des objets considérés. En effet, la préoccupation du groupe c'est de ne pas gaspiller la force de travail dont il dispose. Lorsqu'il se demande s'il doit céder un objet déterminé pour acquérir un autre objet, il doit, plus ou moins confusément, évaluer le coût en travail des deux objets et n'accepter l'échange que si le coût ou la valeur de l'objet reçu est supérieur au coût ou à la valeur de l'objet donné. La valeur est donc constituée avant que les échanges individuels se développent ».

³¹⁸ T. VEBLEN, *Théorie de la classe de loisir*, trad. L. Évrard, Gallimard, coll. « Bibliothèque des Sciences humaines », 1970, p. 18.

³¹⁹ A. ORLÉAN, *L'empire de la valeur*, *op. cit.*, p. 138, envisageant cependant l'existence de relations de rivalité en dehors de toute société supposément hiérarchisée, reprochant au passage à Veblen d'avoir envisagé le prestige dans un tel cadre, suggérant au contraire la nature « autoréférentielle » de la rivalité (*ibid.*, p. 149).

d'argent³²⁰ le véritable moteur du monde marchand. De ces différentes conceptions de la valeur, une double constante se dégage de manière certaine : l'utilité et la rareté ne sont que des rapports sociaux secondaires, passant nécessairement après la quête de prestige, le besoin de rivalité ou le désir d'argent³²¹ ; la valeur a pour origine l'économie marchande elle-même et suppose l'existence d'échanges pour apparaître³²².

60. Incidences sur la qualification de bien. Si la valeur se présente d'un point de vue économique comme la conséquence des échanges et si la valeur se présente d'un point de vue juridique comme une qualité substantielle du bien, il faut en conséquence en déduire que l'aptitude d'un bien à faire l'objet d'échange est une qualité qui lui est pareillement substantielle, plus encore si l'on tient le bien comme une réalité tant économique que juridique. Le marché joue un rôle déterminant aussi bien dans le processus de création des valeurs que dans la qualification même du bien, lui qui se conçoit par le prisme du concept de valeur. Le placement de la valeur au principe des biens justifie donc d'en faire autant de la commercialité.

Une telle démonstration, loin de rester anecdotique, se vérifie juridiquement. Le concept de valeur vénale forgé par les juristes exprime pareillement la soumission de la valeur à l'existence d'un marché. Ce concept révèle en effet que la commercialité, l'aptitude d'un bien à faire l'objet d'échanges, participe directement de la qualification juridique du bien.

B. L'argument tiré de la théorie juridique de la valeur vénale

61. Enjeux juridiques. Si la valeur peut être définie comme un effet des échanges d'un point de vue économique, il en va de même d'un point de vue juridique. L'approche juridique de la notion de valeur révèle en effet que celle-ci est également appréhendée comme un effet

³²⁰ F. LORDON, *Capitalisme, Désir et Servitude*, Paris, La Fabrique Éditions, 2010, p. 20, ajoutant que « la valeur ni le sens n'appartiennent aux choses mais sont *produits* par les forces désirantes qui s'en saisissent » (*Ibid.*, p. 148).

³²¹ Cette vision a néanmoins pu être critiquée et quelque peu amendée. Monsieur Harribey a en effet reproché à Monsieur Lordon d'avoir fait l'impasse sur les « conditions socio-techniques de production, et donc les rapports sociaux » (J.-M. HARRIBEY, *La richesse, la valeur et l'ineestimable. Fondements d'une critique socio-écologique de l'économie capitaliste*, *op. cit.*, p. 268), mais va néanmoins prendre en compte, comme ce dernier, à côté du « désir qui nous pousse à vouloir la valeur », « les conditions socio-techniques de production de l'objet du désir » (*ibid.*, pp. 269-270).

³²² A. ORLÉAN, *L'empire de la valeur*, *op. cit.*, p. 115 ; J.-M. HARRIBEY, *La richesse, la valeur et l'ineestimable. Fondements d'une critique socio-écologique de l'économie capitaliste*, *op. cit.*, p. 258.

des échanges. Le placement de la commercialité au principe de la qualification de bien n'en ressort dès lors que plus renforcé.

62. Valeur d'échange et valeur vénale. Contrairement à la définition économique de la valeur, la définition juridique de celle-ci peut à première vue se révéler malaisée. Ainsi d'ailleurs que l'écrivait Demogue, la notion de valeur est une « notion fuyante »³²³. Si l'on s'en tient à l'acception pécuniaire du terme, il apparaît en effet difficile de cerner précisément le concept, la valeur pécuniaire étant susceptible de se décliner sous plusieurs noms : « valeur du patrimoine »³²⁴ ou « valeur patrimoniale »³²⁵ ; « valeur de la prestation »³²⁶ ou « de la chose au moment du sinistre »³²⁷ ; valeur « réelle »³²⁸ ou « d'utilité »³²⁹ ; « valeur comptable » ou « juste valeur »³³⁰ ; « valeur d'apport »³³¹ ; « valeur de productivité réelle »³³² ; « valeur de remplacement »³³³ ; « valeur d'inventaire »³³⁴ ou « valeurs » sur lesquelles sont assis les droits proportionnels ou progressifs d'enregistrement et la taxe proportionnelle de publicité foncière³³⁵. La difficulté est d'autant plus grande que le concept de valeur évolue aux côtés d'un autre dont il est parfois difficile de l'en distinguer, à savoir le prix. Si la difficulté est technique, elle est encore terminologique : le langage économique, qui a notamment pour objet de formaliser un discours sur la valeur, envisage des acceptions de la valeur inconnues du langage juridique. Ainsi est-ce le cas de la célèbre distinction de la valeur d'usage – qui mesure l'utilité d'une chose pour un individu – et de la valeur d'échange – qui résulte de la tension entre l'offre et la demande – et que l'on doit à Aristote³³⁶.

³²³ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, Paris, Arthur Rousseau, 1923, p. 614, n° 395.

³²⁴ C. civ., art. 387-3.

³²⁵ C. civ., art. 16-5, en référence au corps humain et à ses éléments et produits, et C. trav., arts. D. 3324-5 et 3324-6, en référence au droit de présentation appartenant aux titulaires d'offices publics et ministériels.

³²⁶ C. civ., art. 1112-1, en référence au devoir d'information.

³²⁷ C. assur., art. L. 121-1.

³²⁸ C. com., art. L. 241-3, en référence aux apports en nature.

³²⁹ C. com., art. L. 526-8, 1°.

³³⁰ Règlement n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement, arts. 111 et 467 s.

³³¹ CE, 5 mars 2007, n° 284457.

³³² C. rur., art. R. 123-1.

³³³ C. assur., art. R. 128-2.

³³⁴ C. com., art. R. 233-5.

³³⁵ CGI, art. 666.

³³⁶ ARISTOTE, *Les politiques*, trad. P. Pellegrin, 2^{ème} éd., GF Flammarion, 1993, I, 9, 12547-a, pp. 115-116 : « de chaque objet possédé il y a un double usage ; dans les deux cas, il s'agit d'un usage de la chose en tant que telle, mais pas en tant que telle de la même manière : l'un est propre et l'autre n'est pas propre à l'objet. Ainsi une

Un premier balisage s'impose donc. Il est d'abord certain qu'en matière de biens, seule l'acception économique de la valeur se révèle pertinente : la valeur dont il est ici question est une valeur monétaire, traductible en argent ; elle renvoie à la somme à laquelle un bien est *susceptible* d'être échangé, à ce qu'il vaut, pécuniairement parlant. La valeur d'échange, celle dont les économistes parlent et celle dont les juristes se saisissent et contrairement d'ailleurs à la valeur d'usage qui est une mesure *subjective* de l'utilité d'un bien, correspond à « l'estimation sociale qui est faite des objets »³³⁷. Autrement dit, la valeur d'échange, concept quantitatif, est la mesure *objective* de l'utilité sociale d'un bien, traduite monétairement à travers un prix et fondée sur le rapport de l'offre à la demande³³⁸. C'est de cette valeur dont le juriste s'empare lorsqu'il cherche à mesurer la valeur d'un bien et qu'il nomme valeur vénale³³⁹. Cette dernière se définit usuellement comme le « prix auquel un bien peut être vendu d'après l'état du marché »³⁴⁰. Paradoxalement, si ce concept a donné lieu à une abondante littérature, les références exactes à ce concept sont peu nombreuses dans les textes. Si l'on trouve sa définition à l'article R. 123-178, 3° du Code de commerce à propos de la comptabilité des commerçants, d'autres articles y font simplement référence, en l'associant toutefois au concept identique de valeur de marché³⁴¹.

63. Valeur vénale et marché. L'on peut immédiatement remarquer que la valeur s'appréhende juridiquement comme un effet des échanges, comme une conséquence du marché, lui-même défini comme le mécanisme ou le lieu idéal où l'offre et la demande entrent en confrontation³⁴². C'est ce que la Chambre des requêtes de la Cour de cassation a très tôt

chaussure sert à chausser et à être échangée ; ce sont bien deux usages d'une chaussure en tant que telle, car celui qui troque une chaussure avec celui qui en a besoin contre de l'argent ou de la nourriture se sert aussi de la chaussure en tant que chaussure, mais pas selon son usage propre : en effet, elle n'a pas été fabriquée en vue du troc ».

³³⁷ H. DENIS, *Histoire de la pensée économique*, PUF, 2008, p. 721 et du même auteur, *La valeur*, *op. cit.*, p. 12.

³³⁸ A. ORLÉAN, *L'empire de la valeur*, *op. cit.*, p. 188 ; C. MOUCHOT, *Les théories de la valeur*, *op. cit.*, p. 6.

³³⁹ Sur la réception par le juriste de l'expression de « valeur d'échange », v. B. OPPETIT, « Droit et économie », *in* *APD*, t. 37 : *Droit et économie*, Sirey, 1992, p. 17 *sq.*

³⁴⁰ S. GUINCHARD et T. DEBARD (Dir.), *Lexique des termes juridiques 2020-2021*, Dalloz, 28^{ème} éd., 2020, v° « Valeur vénale », sens 1. *Adde.* E. LE DOLLEY, « La valeur vénale des titres », *Dr. fiscal* n° 44, 30 octobre 2002, étude 36, spéc. n° 13 : « la première finalité de la valeur vénale est de remplir une fonction de valeur d'échange », laquelle est une « valeur partagée par l'opinion commune ». V. également en ce sens M. HUYGHE, « Redéfinir le concept de valeur vénale », *AJDI* 1999, p. 893 ; G. BACHELIER, « L'évaluation fiscale des biens et des services », *Dr. fiscal*, n° 39, 25 septembre 2002, 31.

³⁴¹ C. com., art. L. 526-8, 1° ; C. conso., art. L. 724-1.

³⁴² J.-P. KOVAR, *L'État et les modes d'organisation du marché*, th. Strasbourg, 2005, p. 13 ; A. SILEM, A. GENTIER et J.-M. ALBERTINI (Dir.), *Lexique d'économie*, Dalloz, 14^{ème} éd., 2016, v° « Marché ».

exprimé, en définissant la valeur vénale comme « la valeur commune que le bien offrirait à tout acheteur ordinaire sans s'arrêter à l'utilité spéciale qu'il pourrait présenter pour un acheteur particulier »³⁴³. Confirmant la prévalence de la valeur d'échange (« valeur commune ») sur la valeur d'usage (« utilité spéciale »), la Cour de cassation a ainsi préfiguré l'important jugement rendu par le tribunal de Moulins le 30 janvier 1951 venu donner une définition de ce concept encore reprise aujourd'hui³⁴⁴. Rejetant l'existence d'une « valeur absolue », d'une « valeur intrinsèque » et même d'une « valeur raisonnable », les juges estimèrent dans cette décision que la valeur d'un bien « doit se déterminer par référence au marché, par rapport aux prix des transactions locales et momentanées portant sur des biens comparables en qualité et en quantité ».

Un enseignement essentiel peut être tiré de cette décision : la valeur vénale d'un bien est tout à la fois une valeur *objective*, en ce qu'elle est socialement acceptée par tous, et *relative*, en ce qu'elle est fixée par rapport à d'autres biens similaires à celui évalué. La valeur vénale d'un bien correspond en effet à l'évaluation qui est faite de celui-ci dans les conditions normales de marché et désigne le prix qui *pourrait* en être obtenu. Il ne s'agit pas du prix effectivement acquitté pour l'acquisition du bien, mais de celui que ce dernier est susceptible de recevoir à la suite d'un « accord de jugements collectifs »³⁴⁵. La détermination de la valeur d'un bien suppose donc de dépasser le cadre des opérations ponctuelles en adoptant une vue d'ensemble de toutes les opérations réalisées à l'endroit de biens similaires³⁴⁶.

64. Valeur vénale et prix. Cette différence entre la valeur et le prix fut pourtant, pendant longtemps, ignorée. La raison est simple à comprendre. D'un point de vue économique, il est d'abord certain que le prix et la valeur mesurent tous deux la valeur d'échange d'un bien. Le prix est en effet la contrepartie monétaire d'une prestation et tend à se confondre avec la valeur

³⁴³ Cass. req., 18 novembre 1867, *DP* 1868, 1, p. 345.

³⁴⁴ Trib. Moulins, 30 janvier 1951, *AJL* février 1951, § 151, IND n° 7417-12. V. ultérieurement, Cass. com., 23 octobre 1984, n° 82-17.054, *Bull. civ.* IV, n° 275 ; Cass. com., 12 novembre 1986, n° 85-13.942, *Bull. civ.* IV, n° 209 ; Cass. com., 30 octobre 1989, n° 88-12.671, inédit ; Cass. com., 19 juin 1990, n° 89-10.394, *Bull. civ.* IV, n° 184 ; Cass. 1^{ère} civ., 4 octobre 2005, n° 02-16.576, *Bull. civ.* I, n° 362. Cette définition fut encore reprise dans une réponse ministérielle de 1990, définissant la valeur vénale d'un bien comme « le prix qui pourrait en être obtenu, à la même date, par le jeu de l'offre et de la demande dans un marché réel. Elle s'apprécie au moyen d'éléments de comparaison tirés de cessions de biens comparables, intervenues à l'époque considérée » (Rép. min. à J. Berard, n° 01860, *JO Sén.*, 13 décembre 1990, p. 2644).

³⁴⁵ I. PONTES VIEIRA, *La valeur en droit fiscal et douanier*, op. cit., p. 30, n° 91.

³⁴⁶ I. PONTES VIEIRA, *La valeur en droit fiscal et douanier*, op. cit., p. 2, n° 5 : « la valeur est intimement liée au prix. Le prix se définit comme la représentation pécuniaire des choses. C'est la traduction monétaire qui est mise en évidence [...]. Mais la valeur représente une réalité qui va au-delà du rapport pécuniaire, qui le transcende ».

de celle-ci ou avec la valeur du bien qui est l'objet du contrat³⁴⁷. D'un point de vue juridique ensuite et sitôt que l'on donne la définition de la valeur vénale, l'on en revient inéluctablement au concept de prix. Aussi faut-il comprendre, ainsi d'ailleurs que l'écrit Madame Renouf, que si le prix et la valeur « renvoient au même phénomène », le prix est lui « l'expression d'un mode subjectif de détermination de valeur » ou « la contrepartie quelconque d'une prestation dans un contrat à titre onéreux, matérialisant l'appréciation de sa valeur d'échange par les parties »³⁴⁸. En somme et pour reprendre à nouveau ses propos, le prix exprime « la mesure de la valeur par les parties »³⁴⁹. Contrairement au prix qui matérialise un consensus momentané et circonstanciel sur un bien ou une prestation, la valeur (vénale) correspond pour sa part à un prix idéal³⁵⁰, échappe en quelque sorte aux individus qui peuvent ponctuellement surévaluer ou sous-évaluer un bien *via* le prix. En somme, quand le prix est une « valeur convenue », la valeur vénale « dépend du regard de la société posé sur le bien envisagé »³⁵¹. Cette différence entre valeur et prix se manifeste pleinement en matière civile et fiscale.

En matière civile d'abord, la lésion exprime parfaitement la dichotomie pouvant exister entre le prix convenu par les parties et la valeur de la prestation, le juge étant alors invité à rescinder le contrat lésionnaire en contemplation de la valeur du bien, sauf « revalorisation du prix » offerte par l'acquéreur³⁵². De même, si l'erreur sur la valeur est une erreur indifférente, cette indifférence trahit malgré tout une distance pouvant exister entre la valeur convenue (le prix) et la valeur de la prestation³⁵³. De plus, en cas de fixation unilatérale du prix par une partie, le juge aura pour rôle de vérifier la légitimité de la différence entre le prix fixé unilatéralement et la valeur de l'objet du contrat³⁵⁴. Enfin, tout créancier successoral dispose de la possibilité de

³⁴⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 13^{ème} éd., 2020, v^o « Valeur », sens 3 : « avantage appréciable en argent attaché à une prestation ou à un bien ».

³⁴⁸ M. RENOUF, *Contribution à l'analyse juridique de la notion de valeur. Essai sur les biens à valeur négative*, *op. cit.*, p. 142, n^o 18 et p. 144, n^o 121.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 148, n^o 124.

³⁵⁰ Sur l'existence d'un prix idéal ou « prix naturel », v. A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, t. I, trad. G. Garnier, rééd. Guillaumin, 1881, chap. VII, pp. 53 s. Néanmoins, un auteur a pu regretter la référence au prix naturel, notant ainsi que « la seule observation possible est le prix de marché », de sorte que « le prix naturel apparaît comme second, comme un prix construit par le théoricien », et soulignant que le prix naturel suppose que la concurrence joue pleinement suffisamment longtemps, ce qui est une panacée très idéaliste (C. MOUCHOT, *Les théories de la valeur*, *op. cit.*, pp. 16-17).

³⁵¹ C. KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français. Essai sur les biens, la propriété et la possession*, *op. cit.*, pp. 23-24, n^o 23-25.

³⁵² C. civ., arts. 889 s. pour l'action en complément de part et 1674 s. pour la vente immobilière. Pour des illustrations, v. not. Cass. 3^{ème} civ., 5 décembre 2012, n^o 11-21.026 et 11-22.912, *Bull. civ.* III, n^o 182 et Cass. 3^{ème} civ., 6 juin 2007, n^o 06-14.773, *Bull. civ.* III, n^o 102.

³⁵³ C. civ., art. 1136. V. déjà Cass. req., 17 mai 1832, S. 1832, 1, p. 849.

³⁵⁴ Sur la question, v. spéc. G. DECOCQ, *Essai sur l'évaluation*, *op. cit.*, p. 84, n^o 49.

contester la valeur du bien conservé ou aliéné conformément à l'article 793 du Code civil, en prouvant que « la valeur du bien est supérieure »³⁵⁵. L'on voit donc bien que si le prix est souvent dans la dépendance de la valeur, il ne lui est pas réductible.

En matière fiscale ensuite, et plus que dans toute autre matière, la différence entre valeur et prix prend tout son sens. C'est ainsi que les biens transmis à titre gratuit seront évalués à leur valeur vénale au jour du fait générateur de l'impôt, conformément à l'article 666 du Code général des impôts qui dispose que les droits proportionnels ou progressifs d'enregistrement ainsi que la taxe proportionnelle de publicité foncière sont assis sur les « valeurs ». De même, et malgré le principe constitutionnel de liberté contractuelle³⁵⁶ et dans un souci de lutte contre la fraude³⁵⁷, l'administration dispose de la possibilité de contrôler *a posteriori* le prix contractuel fixé par les parties en le comparant au prix de marché (ou valeur vénale) sur le fondement de l'article L. 17 du Livre des procédures fiscales, qui dispose notamment que « l'Administration des impôts peut rectifier le prix ou l'évaluation d'un bien ayant servi de base à la perception d'une imposition lorsque ce prix ou cette évaluation paraît inférieur à la valeur vénale réelle des biens transmis ou désignés dans les actes ou déclarations ». Suivant la même idée, et en vertu cette fois-ci de l'article L. 55 du Livre des procédures fiscales, l'administration fiscale peut contrôler les prix ou valeurs portés dans les actes ainsi que les déclarations et procéder si nécessaire aux redressements correspondants. Enfin faut-il souligner que la juridiction d'expropriation doit tenir compte, pour fixer le montant des indemnités allouées aux propriétaires expropriés, « de la valeur résultant des évaluations administratives rendues définitives en vertu des lois fiscales ou des déclarations faites par les contribuables avant l'ouverture de l'enquête »³⁵⁸. L'objectif poursuivi par le législateur est ainsi d'écarter des prix ou des évaluations sciemment surestimés par rapport à la valeur vénale réelle du bien exproprié, le juge disposant de la possibilité de s'écarter de la déclaration souscrite au titre de l'impôt sur la fortune³⁵⁹, tout comme il peut attribuer au bien exproprié une valeur inférieure à celle indiquée dans un acte ou une déclaration intervenue à l'occasion d'une mutation antérieure³⁶⁰.

³⁵⁵ C. civ., art. 794, al. 2.

³⁵⁶ Sur lequel, v. Cons. const., décision n° 2002-465 DC du 27 décembre 2002.

³⁵⁷ S. JEMMAR, *L'évaluation des biens et services en droit fiscal*, op. cit., p. 311, n° 821.

³⁵⁸ C. expr., art. L. 322-8, al. 3.

³⁵⁹ Cass. 3^{ème} civ., 19 octobre 1988, n° 87-70.153, inédit. La même solution vaut aujourd'hui pour l'IFI.

³⁶⁰ Pour des illustrations, v. Cass. 3^{ème} civ., 30 juin 1971, n° 70-70.244, *Bull. civ.* III, n° 421 ; Cass. 3^{ème} civ., 19 octobre 1988, n° 87-70.153, inédit.

Valeur et prix sont donc deux réalités bien différentes, quoique le prix soit dans la dépendance de la valeur et doive constamment s'en rapprocher.

65. Incidences sur la qualification de bien. La définition donnée de la valeur vénale se révèle particulièrement précieuse dans le cadre de la présente démonstration. En imposant à qui voudrait évaluer un bien de rechercher sa valeur vénale ou sa valeur de marché, le juge tient pour indiscutable l'idée que le bien est, par principe, un objet d'échanges. Tout bien étant évaluable, tout bien est partant et par principe ouvert aux échanges. Les contours du bien se font désormais plus nets : si le bien est une valeur, il est encore une valeur dynamique, une valeur en mouvement.

Une telle analyse se trouve corroborée par les méthodes employées, spécialement en matière fiscale, pour procéder à l'évaluation des biens. Celles-ci ont pour trait saillant de présupposer que les biens sont, par essence et sauf exceptions, aptes aux échanges.

§2. Vérification de la définition marchande des biens

66. Plan. Afin de mesurer la pertinence du placement de la commercialité au cœur de la qualification de bien, il importe désormais de se pencher sur la pratique très concrète de l'évaluation. Si conceptuellement la valeur s'évince du marché, tel est encore le cas en pratique. La technique de l'évaluation fait en effet la part belle à cette approche constructiviste de la valeur, confirme l'idée qu'« il n'existe pas de valeur vénale sans marché »³⁶¹, tout du moins dans les économies libérales³⁶². Toutes les méthodes d'évaluation reposent en effet sur l'idée que les biens qu'il s'agit d'évaluer sont, quels qu'ils soient, tous aptes aux échanges. Cette constante référence au marché pour déterminer la valeur d'un bien, serait-il accidentellement indisponible³⁶³, accreditte cette idée. Pour s'en convaincre, il convient d'aborder successivement les principes de l'évaluation (**A**) et les méthodes d'évaluation (**B**).

³⁶¹ M. HUYGUE, « Redéfinir le concept de valeur vénale », art. cité.

³⁶² Il est en effet certain que dans les économies dirigistes ou règnent la planification et l'interventionnisme étatique, une telle analyse ne saurait valoir, faute pour les parties au marché de pouvoir librement fixer les prix, ceux-ci étant définis dès le stade de l'offre.

³⁶³ Cf. infra n° 74.

A. Les principes de l'évaluation

67. Les cas d'évaluation. L'évaluation des biens est une préoccupation constante de certains praticiens. La recherche du prix de marché des biens peut être menée à de nombreuses occasions³⁶⁴ : pour évaluer des titres sociaux préalablement à leur rachat, pour établir le bilan comptable à la fin d'un exercice ou pour déterminer la valeur d'un titre préalablement à une émission. La recherche du prix de marché est encore requise à l'occasion de la cession d'un bien à titre onéreux ou à titre gratuit comme à l'ouverture d'une succession pour établir les droits d'enregistrement. Il en ira de même préalablement à une déclaration de patrimoine pour établir le tarif de l'IFI ou de la taxe annuelle de 3% sur la valeur vénale des immeubles possédés en France par des entités juridiques. Elle est encore requise à l'occasion d'une procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique, lorsque l'administration fiscale exerce son droit de contrôle sur les déclarations de successions et les actes de donation ou lorsque l'administration fiscale procède à la rectification de l'évaluation d'un bien ayant servi de base à la perception d'une imposition lorsque l'évaluation qui lui a été transmise semble inférieure à la valeur vénale supposée de ce bien, etc. Toutes ces opérations et tous ces événements imposent ainsi la recherche du prix de marché des biens qu'il est question d'évaluer.

68. Les garanties de l'évaluation. L'évaluation d'un bien par référence au marché est une démarche non seulement fréquente mais également rassurante. Si l'évaluateur se réfère au marché, c'est pour la raison principale que seul ce dernier est censé fournir une valeur objective, fiable et surtout crédible, apte à rendre compte du seul jeu de l'offre et de la demande et ce, indépendamment des « facteurs de convenance »³⁶⁵. Cette quête de la valeur la plus juste constitue la préoccupation majeure de l'administration fiscale qui assimile valeur de marché et valeur taxable des biens³⁶⁶. La garantie d'une juste évaluation et d'un juste prix est en effet le préalable nécessaire à toute imposition³⁶⁷. Aussi comprend-on l'importance donnée au marché

³⁶⁴ Pour un exposé complet des cas en matière fiscale, v. not. M. BETCH, *Le juge judiciaire et l'impôt*, préf. C. Favre, LexisNexis, coll. « Litec Fiscal », 2010, spéc. pp. 27-28, n° 28.

³⁶⁵ S. JEMMAR, *L'évaluation des biens et services en droit fiscal*, op. cit., p. 98, n° 198.

³⁶⁶ Sur cette assimilation du prix de marché et de la valeur taxable, v. S. JEMMAR, *L'évaluation des biens et services en droit fiscal*, op. cit., p. 121, n° 261. V. également M. MARTEAU-LAMARCHE, « L'imposition du vent ... », in *Études à la mémoire du professeur Maurice Cozian*, Litec, 2009, p. 911, spéc. p. 916, n° 9.

³⁶⁷ G. DECOCQ, *Essai sur l'évaluation*, op. cit., pp. 131-132, n° 82 : « le droit fiscal offre une multitude de calculs permettant de déterminer chaque impôt. L'idée qui fonde cette diversité est la recherche de la meilleure répartition des charges publiques en fonction des facultés contributives. Dans le calcul de l'impôt, déterminer le tarif, c'est établir la proportion de charges publiques auxquelles sont tenus les redevables ; fixer l'assiette c'est établir la faculté contributive ».

par l'administration fiscale, les tribunaux et les praticiens, quelle que soit l'opération qui préside à une telle évaluation.

Dans la mesure où la valeur s'évince du marché et dans la mesure où le législateur assoit bon nombre d'impôts sur la valeur des biens détenus ou transmis, l'administration fiscale comme les praticiens ont développé des méthodes aptes à lire les données du marché et à les retranscrire le plus fidèlement possible. Toutes ces méthodes reposent sur une idée : tout bien étant évaluable et toute évaluation supposant l'existence d'un marché, tout bien est en conséquence un potentiel objet d'échanges.

B. Les méthodes d'évaluation

69. La comparaison. S'il existe plusieurs méthodes d'évaluation, toutes sont fondées sur un principe : sitôt que l'évaluation suppose l'examen du marché, toute évaluation suppose pareillement de raisonner par comparaison. L'évaluation par comparaison, qui repose uniquement sur les transactions passées de biens similaires à celui qu'il s'agit d'évaluer, reçoit les faveurs de l'administration fiscale qui lui reconnaît une « fiabilité probatoire » certaine³⁶⁸. À dire vrai, le concept même de valeur vénale impose un tel examen du marché. Comme l'écrit Monsieur Hatoux, « la méthode de détermination de [la valeur vénale] dépend strictement de la notion »³⁶⁹.

La référence systématique au marché n'est pas seulement conseillée³⁷⁰ ; elle est même obligatoire, ne serait-ce qu'au regard de la législation fiscale. C'est ainsi que la Cour de cassation a précisé que sitôt que l'évaluation par comparaison directe pouvait être menée, toute autre méthode d'évaluation devait être exclue ou n'être utilisée qu'à titre subsidiaire, pour corroborer l'évaluation par comparaison directe³⁷¹. La Direction générale des Finances Publiques (DGFIP) le précise également dans son guide de l'évaluation des entreprises et des

³⁶⁸ E. LE DOLLEY, « La valeur vénale des titres », art. cité, n° 6. Dans le même sens, S. JEMMAR, *L'évaluation des biens et services en droit fiscal*, op. cit., p. 84, n° 148 ; B. HATOUX, « L'évaluation des biens en matière d'enregistrement », *RJF* février 2002, p. 117, spéc. n° 17.

³⁶⁹ B. HATOUX, « L'évaluation des biens en matière d'enregistrement », art. cité, n° 72. *Adde.* E. LE DOLLEY, « La valeur vénale des titres », art. cité, n° 15, qui souligne que « la définition de la valeur vénale détermine la méthode ».

³⁷⁰ L'on peut d'ailleurs relever que la Direction générale des Finances Publiques a mis en place un service (le service « PATRIM-Rechercher des transactions immobilières »), recensant plus de 20 millions de transactions récentes, destiné à aider l'utilisateur désireux de procéder à une évaluation de son bien. Sur ce point, v. not. J. LAMARQUE, O. NÉGRIN et L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, op. cit., p. 1442, n° 1788.

³⁷¹ Cass. com., 7 juillet 2009, n° 08-14.855, inédit. Dans le même sens, V. Rép. min. à F.-D. Édouard, n° 43510, *JO Ass. nat.*, 16 septembre 1991, p. 3724 ; Rép. min. à H. Peyou, n° 03035, *JO Sén.*, 25 mars 1982, p. 825.

titres de société, indiquant que la valeur de marché, correspondant à la valeur vénale, « ne peut être dégagée que par l'observation [du marché] et en recourant aux méthodes utilisées par ses acteurs »³⁷².

70. Méthode et limites de l'évaluation par comparaison. Pour procéder à l'évaluation d'un bien selon la méthode de la comparaison directe, l'évaluateur doit retenir des termes de comparaison pertinents et significatifs. Ces termes de comparaison sont divers, mais d'un point de vue méthodologique et quels que soient les termes retenus et les biens à évaluer, la démarche reste la même : il s'agit de déterminer la valeur d'un bien à partir de certains critères, en observant les prix pratiqués sur le marché à partir de ces mêmes critères.

La détermination de la valeur à l'issue d'un tel processus est néanmoins parfois teintée d'incertitudes. Cette méthode ne présente en effet d'intérêt et d'efficacité que si le marché scruté est suffisamment riche pour offrir à l'évaluateur assez de transactions lui permettant de mener à bien son analyse. Or, il est des marchés fondamentalement imparfaits, comme le marché immobilier qui est un marché de pénurie, imparfait et approximatif. La raison de la spécificité de ce marché (quel que soit d'ailleurs l'immeuble considéré) tient à la non-substituabilité des immeubles, eu égard à leur caractère unique. Le marché des immeubles ne laisse en effet transparaître que des tendances qui convergent ensuite vers une unité de prix. Aussi, l'évaluation des immeubles – le propos peut sans mal être étendu à tout autre bien figurant sur un marché pauvre – suppose l'établissement d'un « intervalle-valeur », d'un intervalle de prix constitué d'un groupe central et de groupes d'opérations marginales de part et d'autre du groupe central. En l'absence de cours des immeubles, l'on se réfère principalement à cet « intervalle-valeur » ajusté à l'imperfection du marché et à la dispersion des prix autour de la valeur dominante³⁷³. Cet intervalle-valeur, écrit Monsieur Huygue, constitue « la mesure d'une incertitude » propre au marché immobilier³⁷⁴, qui constate une dispersion des prix (c'est-à-dire des opérations marginales) autour du groupe central et prédominant qui forme la

³⁷² DGFIP, *L'évaluation des entreprises et des titres de sociétés*, novembre 2006, fiche, p. 2. Il convient cela dit de révéler que ce guide n'a qu'une valeur indicative, n'ayant pas pour objet « d'imposer de méthodes d'évaluation, ni d'édicter de méthodes exclusives à l'égard d'autres » (DGPIF, BOI-PAT-IFI-20-30-10-20180608-40).

³⁷³ S. JEMMAR, *L'évaluation des biens et services en droit fiscal*, op. cit., p. 95, n° 185 : « le prix de marché (valeur vénale) d'un bien se négociant sur un marché imparfait consiste, non pas en un prix isolé enregistré sur le marché et non plus en une moyenne des prix pratiqués sur ledit marché, mais en un intervalle de prix ou de valeurs dominant extrait sur la base d'un nombre significatif de transactions et négligeant les prix marginaux dus à des facteurs de convenance, d'urgence ou de cas fortuit ».

³⁷⁴ M. HUYGUE, « Redéfinir le concept de valeur vénale », art. cité.

valeur recherchée³⁷⁵. Plus précisément, la valeur vénale d'un immeuble correspond à une probabilité majeure de prix, déterminée à partir de nombreuses mutations constatées sur le marché considéré. Elle repose sur une prévision conjoncturelle, supposant que le prix est conforme aux données prédominantes du marché et non aux catégories marginales. Par exemple, la valeur vénale d'un immeuble correspond au prix le plus probable auquel il est susceptible de se vendre et la détermination de cette valeur s'opère à partir de l'observation du marché dont l'analyse permet la révélation de l' « intervalle-valeur » recherché.

71. Illustrations des méthodes d'évaluation par comparaison directe. Les termes de comparaison généralement retenus varient selon la nature des biens, selon leur composition et selon leur destination. S'il n'est pas question ici d'approfondir ces termes, quelques exemples peuvent néanmoins être donnés.

Pour les immeubles, le terme principal de comparaison est l'unité de superficie : mètre carré habitable pour évaluer un appartement en copropriété, mètre carré de terrain ou de surface pour évaluer un terrain à bâtir ou une culture spécialisée, mètre carré de surface utile pour évaluer une clinique ou un EPHAD, etc.³⁷⁶

Pour les meubles, la démarche est identique. Ainsi les titres de sociétés non cotées doivent être évalués par comparaison, en tenant compte des mutations antérieures intervenues pour des titres de la même société ou pour des titres d'autres sociétés présentant des traits communs avec celle dont les titres sont évalués³⁷⁷. De même, les marques³⁷⁸ ou les fonds de commerce³⁷⁹ doivent être évalués en recourant à la méthode de l'évaluation par comparaison. Quant aux titres

³⁷⁵ L'étude des groupes marginaux permet d'affiner la notion de valeur vénale. Les prix marginaux ne peuvent être considérés comme représentatifs de la valeur économique, dans une catégorie particulière d'immeubles, mais, par leur nombre plus ou moins important, ils influencent directement la détermination de l'intervalle valeur qui est d'autant plus petit que ces transactions marginales sont moins nombreuses et au contraire d'autant plus grand qu'elles apparaissent plus fréquentes. On obtient alors une conception statistique de la valeur des immeubles. La valeur ne se constate qu'avec une série de prix ou un échantillon représentatif de prix permettant de dégager une dominante qui est la valeur recherchée.

³⁷⁶ Sur ces méthodes, v. *Dossier pratique* « Évaluation », Éd. Francis Lefebvre, 8^{ème} éd., 2015.

³⁷⁷ Cass. com., 19 décembre 1989, n° 88-13.519, inédit ; Cass. com., 21 octobre 1997, n° 95-13.769, *Bull. civ. IV*, n° 275 ; Cass. com., 23 avril 2003, n° 99-19.901, inédit ; Cass. com., 7 juillet 2009, n° 08-14.855, inédit. V. également CE, 14 juin 1978, n° 92185 et CE, 26 mai 1982, n° 29053.

³⁷⁸ Cass. com., 22 janvier 1991, n° 89-12.357, *Bull. civ. IV*, n° 37.

³⁷⁹ Cass. com., 4 octobre 1988, n° 87-12.633, *Bull. civ. IV*, n° 260.

de sociétés cotées, la démarche est plus simple encore puisque leur valeur est déterminée selon la moyenne des trente derniers cours de la bourse³⁸⁰ : ici, la photographie du marché est parfaite.

72. Recours à la comparaison indirecte. Il arrive assez fréquemment que la méthode de l'évaluation par comparaison directe échoue à révéler précisément la valeur du bien. Cela n'a rien d'étonnant. Cette méthode étant dans la dépendance du marché réel, elle bute nécessairement sur toutes les imperfections de celui-ci : inexistence ou trop faible nombre de transactions enregistrées ou de biens similaires, difficulté d'accéder aux informations du marché ou difficulté de prédire son évolution. Cela s'observe tout particulièrement sur les marchés spécialisés, qui sont typiquement des marchés de pénurie sur lesquels trop peu de transactions de bien similaires à celui qu'il s'agit d'évaluer sont constatées. C'est pourquoi les praticiens ont développé d'autres méthodes à même de reconstituer la valeur vénale des biens.

Ces méthodes prennent encore appui indirectement sur le marché : au lieu d'évaluer le bien en le comparant directement à d'autres biens similaires, on le fractionne en autant d'éléments qu'il s'agit d'évaluer séparément, toujours par référence au marché. Ce sont les méthodes par comparaison indirecte. Si ces méthodes s'abstraient de la comparaison directe, elles ne s'abstraient donc pas du marché³⁸¹.

73. Illustrations des méthodes d'évaluation par comparaison indirecte. Les méthodes d'évaluation par comparaison indirecte sont légion. À nouveau, il est inutile pour le propos de toutes les détailler, sinon d'en citer quelques-unes.

La première de ces méthodes est la méthode des coûts, consistant dans l'essentiel à décomposer un bien complexe en autant d'unités qu'il s'agit d'évaluer séparément. Parmi les méthodes assises sur les coûts, l'on peut mentionner la méthode de l'addition des coûts, particulièrement utile s'agissant de biens comme les cultures spécialisées, les vergers, les vignes et les pépinières, car palliant l'étroitesse du marché et prenant en compte aussi bien la valeur du mètre carré de terrain ou la valeur moyenne à l'hectare du sol que les coûts d'amélioration,

³⁸⁰ CGI, art. 759. V. également, Cass. com., 23 février 1999, n° 96-19.507, *Bull. civ. IV*, n° 4. Rapp. C. civ., arts. 2343, al. 2 et 2372-3, al. 3, renvoyant à la cotation officielle sur un marché organisé pour l'évaluation des biens transférés soit par un pacte commissoire, soit par une fiducie.

³⁸¹ L'administration fiscale comme les tribunaux, soucieux que la valeur ainsi fixée soit la plus juste possible, préconisent en effet l'adoption de méthodes d'évaluation qui s'abstraient de la comparaison directe sans pour autant s'abstraire du marché, lorsque celui-ci présente des imperfections. Il importe seulement que ces méthodes aboutissent à reconstituer la valeur de marché, telle qu'elle apparaîtrait de la rencontre de l'offre et de la demande. Sur ce point, v. S. JEMMAR, *L'évaluation des biens et services en droit fiscal*, op. cit., p. 123, n° 268.

de préparation et d'entretien du sol, de reconstitution des réseaux d'irrigation, des équipements et des plants³⁸².

À côté de cette méthode essentiellement comptable, existent des méthodes dites analytiques ou mathématiques, consistant à fournir, sur la base d'une donnée issue du marché, un raisonnement mathématique dynamique permettant d'ajuster au mieux la valeur d'un bien à ses perspectives de développement. Cette méthode est fréquemment utilisée lorsqu'il s'agit d'évaluer des biens générant des revenus ou des biens dont la valeur est susceptible de fluctuer au gré des soubresauts du marché. Parmi les méthodes analytiques, l'on peut ainsi mentionner les différentes méthodes assises sur l'évaluation par le revenu³⁸³. Ainsi est-ce le cas de la méthode de l'évaluation par capitalisation du revenu brut utilisée pour déterminer, notamment, la valeur d'immeubles locatifs ou immeubles de rapport et qui consiste à appliquer un taux de capitalisation, correspondant au rapport entre le revenu brut de l'immeuble et sa valeur vénale déterminée par comparaison, aux revenus générés par celui-ci³⁸⁴. C'est encore le cas de la méthode prédictive assise sur la rentabilité du bien et souvent employée pour évaluer les titres de sociétés non cotées³⁸⁵ : il est alors possible de rechercher la valeur de productivité d'une entreprise en capitalisant le résultat net produit par l'activité³⁸⁶.

L'on constate bien que, loin d'être éloignées du marché et de faire la part belle à un unique raisonnement financier, ces méthodes prennent directement appui sur le marché, tant pour déterminer le coefficient de pondération (lorsque le résultat net le suppose, notamment en raison de la dynamique de l'entreprise) que pour déterminer le taux de capitalisation, calculé à partir du taux de rendement des obligations publiques garanties par l'État, réputé taux de rendement

³⁸² *Dossier pratique* « Évaluation », *op. cit.*, n° 190 s. Cette méthode peut également, dans un autre registre, servir de base à l'évaluation des marques pour déterminer leur « valeur plancher », à laquelle correspond la somme des coûts engendrés pour l'acquérir et la développer (sur ce point, v. S. JEMMAR, *L'évaluation des biens et services en droit fiscal*, *op. cit.*, p. 225, n° 579 ; I. PONTES VIEIRA, *La valeur en droit fiscal et douanier*, *op. cit.*, p. 238, n° 796).

³⁸³ Bien que l'article 669-1 du Code général des impôts précise que pour la liquidation des droits d'enregistrement et de la taxe de publicité foncière, la valeur de l'usufruit sera déterminée par une quotité de la valeur de la propriété entière selon un barème mettant en rapport l'âge de l'usufruitier à un pourcentage, il existe une autre méthode plus dynamique d'évaluation de l'usufruit. Celle-ci consiste à actualiser le revenu net tiré du bien en fonction de l'âge que constitue l'espérance de vie et en fonction de la durée de détention restant à courir.

³⁸⁴ L'application d'un taux se rencontre encore dans la méthode de l'évaluation par le taux de rendement, consistant à appliquer un tel taux sur le revenu net, correspondant au rapport entre ce dernier et la valeur actuelle du bien, afin d'évaluer, notamment, des immeubles de bureaux, des locaux d'activité industrielle ou des magasins de distribution.

³⁸⁵ Ces méthodes sont également appréciées des professionnels s'agissant de l'évaluation des marques. Les méthodes de la contribution au profit, de la capitalisation des redevances, ou la *Brand Valuation* consistent ainsi à déterminer la part des avantages futurs générés par l'exploitation de la marque dans l'augmentation des bénéfices de l'entreprise. Sur ces méthodes, S. JEMMAR, *L'évaluation des biens et services en droit fiscal*, *op. cit.*, pp. 226-227, n° 582-584.

³⁸⁶ DGFIP, *L'évaluation des entreprises et des titres de sociétés*, préc., p. 46 s.

sans risque. Elles s'appuient toujours sur le marché pour déterminer le coefficient de risque de la prime du même nom entrant dans le calcul du taux de capitalisation³⁸⁷. Sans s'étendre davantage³⁸⁸, l'on observe que le marché continue d'être scruté, même de manière indirecte, pour dégager la valeur la plus précise d'un bien.

74. Incidences sur la qualification de bien. À l'examen, il apparaît sans ambiguïté que l'évaluation des biens ne peut se passer de l'examen du marché et ce, pour une raison très simple : le bien est un objet fondamentalement ouvert aux échanges, une richesse par essence disponible. Il importe alors peu que le bien soit temporairement indisponible³⁸⁹. L'on peut s'en convaincre en observant notamment que la valeur d'un droit patrimonial hors du commerce peut toujours être déterminée par référence au marché. Que l'on songe d'abord au droit d'habitation, dont la valeur dépend pour partie de la valeur de l'immeuble occupé. Que l'on songe ensuite et surtout aux titres de sociétés grevés d'une clause d'inaliénabilité : si, pendant un temps, les juges ont tenu compte des clauses d'agrément et des clauses d'inaliénabilité, qui conditionnent ou interdisent la libre disposition des biens, pour en déduire une incidence sur la valeur vénale des biens en question³⁹⁰, n'hésitant pas, en outre, à affirmer que l'indisponibilité d'une prestation compensatoire la privait de « valeur patrimoniale »³⁹¹, cette solution semble aujourd'hui dépassée³⁹². La Cour de cassation tient en effet pour indifférente une interdiction d'aliéner des titres quant à l'évaluation de ces derniers, estimant que « la limite apportée par le

³⁸⁷ Il en va encore de même de la méthode dite « des multiples » et consistant à appliquer un multiple au résultat d'exploitation (correspondant à la somme des produits d'exploitation diminuée des charges d'exploitation) ou à l'excédent brut d'exploitation (correspondant au financement interne issu de l'exploitation) : ici, le multiple sera directement obtenu par comparaison à partir du cours ou du prix de l'action (DGFIP, *L'évaluation des entreprises et des titres de sociétés*, préc., p. 50).

³⁸⁸ Même s'il existe bon nombre d'autres méthodes. Sans les développer de manière excessive, l'on notera la méthode de l'évaluation par la marge brute d'autofinancement (correspondant à la capacité d'autofinancement de l'entreprise et donc à l'ensemble des disponibilités de l'entreprise sur une période donnée), obtenue par l'emploi d'un coefficient multiplicateur, variant de 4 à 10, selon la nature des investissements, et qui sera fonction du rapport moyen entre la capitalisation boursière et la capacité d'autofinancement. L'on notera encore la méthode de l'évaluation par la valeur de rendement, le rendement du titre étant calculé en capitalisant le dividende par un taux qui sera fonction de l'évolution du marché boursier. L'on notera enfin la méthode de la survalueur ou du *Goodwill*, impliquant un coefficient multiplicateur et un taux d'actualisation qui seront là encore fonction du marché. Sur ces différentes méthodes d'évaluation et sur leurs liens avec le marché, v. not. V. not. P.-J. GAUDEL, « L'évaluation fiscale des titres de société », in *Études à la mémoire du professeur Maurice Cozian*, op. cit., p. 473, spéc. pp. 476-478.

³⁸⁹ Sur l'incidence de l'indisponibilité d'un bien sur sa qualification, cf. infra n° 253 s.

³⁹⁰ Cass. com., 1^{er} avril 1997, n° 95-12.723, inédit ; CA Reims, 7 janvier 2002, JurisData n° 2002-185679.

³⁹¹ Cass. com., 19 avril 2005, n° 03-11.750, *Bull. civ.* IV, n° 94 ; Cass. com., 31 mai 2005, n° 03-18.840, inédit.

³⁹² S. SCHILLER, obs. sous Cass. com., 6 février 2007, n° 05-12.939, *Rev. Soc.* 2008, p. 184 sq.

donateur à la liberté de disposer des titres donnés, n'affecte pas leur valeur vénale réelle »³⁹³. La même solution fut d'ailleurs réitérée à de nombreuses occasions³⁹⁴, la Cour de cassation tenant pour indifférent l'état d'indivision successorale sur la valeur du bien au jour de sa transmission³⁹⁵ ou tenant pour indifférente la stipulation d'une clause d'inaliénabilité³⁹⁶.

Les méthodes d'évaluation des biens présentent un intérêt pratique indéniable. Mais leur vertu est aussi ailleurs : elles révèlent l'idée profonde que le Souverain se fait du bien, envisagé comme un objet par principe disponible. En appréhendant le bien comme une richesse en mouvement, le législateur comme le juge donnent crédit au discours doctrinal, l'ancrent dans le concret. L'examen de ces méthodes d'évaluation sert directement la conceptualisation du bien, lui qui se révèle être une richesse par principe ouverte aux échanges.

75. Conclusion de la section II. Le bien est non seulement un objet de valeur mais il est encore un objet d'échanges. Une telle définition du bien se justifie d'un point de vue conceptuel, la notion même de valeur postulant l'existence d'un marché apte à la faire émerger. Si tout bien est une valeur et si le concept même de valeur postule l'existence d'un marché, tout bien doit dès lors être considéré comme un objet d'échanges. Cette approche conceptuelle du bien, née de la confrontation des discours économique et juridique autour du concept de valeur, trouve une traduction concrète dans les méthodes d'évaluation des biens préconisées par les juges, le législateur et l'administration fiscale. L'examen de ces méthodes permet en effet de révéler que la valeur n'est pas autre chose que le produit des échanges et que les biens sont constamment appréhendés comme des objets par principe ouverts au marché. Toutes les méthodes d'évaluation reposent sur l'idée que le bien est un objet normalement disponible, serait-il par exception soustrait aux échanges.

³⁹³ Cass. com., 6 février 2007, n° 05-12.939, *Bull. civ. IV*, n° 24. V. déjà sur la même question, Cass. com., 7 janvier 2004, n° 00-16.786, *Bull. civ. IV*, n° 6.

³⁹⁴ Un auteur note pourtant l'incohérence à juger « que la limite apportée à la cessibilité des titres doit, d'un côté, être prise en compte en cas de clauses d'agrément et, de l'autre côté, être ignorée en cas de clauses d'inaliénabilité », estimant que « dans la mesure où ils ne peuvent faire l'objet d'aucune transaction sur le marché, les biens grevés d'une clause d'inaliénabilité absolue ne disposent d'aucune valeur patrimoniale » (S. JEMMAR, *L'évaluation des biens et services en droit fiscal*, *op. cit.*, p. 72, n° 115-116).

³⁹⁵ Cass. com., 20 mars 2007, n° 05-17.139, inédit.

³⁹⁶ Cass. com., 27 octobre 2009, n° 08-11.632, inédit ; Cass. com., 3 juin 2014, n° 13-18.180 et 13-18.192, inédit ; Cass. com., 20 octobre 2015, n° 14-19.491, inédit.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

76. Valeur et commercialité. Au terme de ces lignes, un premier aspect de la nature du bien se dessine. Le bien est un objet économique doté d'une valeur et apte aux échanges. Un objet de valeur d'abord. Le bien est l'objet qui « vaut » quelque chose, pécuniairement parlant. Synonyme de richesse patrimoniale, il intéresse son titulaire comme autrui. Il incarne la fortune de celui à qui il appartient. Un objet d'échanges ensuite. L'on pouvait en avoir l'intuition ; encore fallait-il la confirmer. Le bien est fondamentalement un objet dans le commerce, l'objet dont la vocation est de circuler et de satisfaire le désir que l'on peut en avoir.

77. Vérification. Cette approche substantielle du bien comme un objet économique se vérifie parfaitement. L'appréhension des biens comme substituts à l'exécution sur la personne de même que leur approche par le législateur et le juge en matière fiscale renforcent l'idée que les biens sont recherchés pour leur valeur. Il en va de même de sa commercialité, la valeur qui compose les biens se trouvant dans l'entière dépendance des échanges qui la font advenir et que confirment les méthodes d'évaluation des biens préconisées par les praticiens, l'administration fiscale et le juge : si les biens sont des objets de valeur, ce sont des valeurs en mouvement. C'est là un trait essentiel des biens.

78. Implications. Cette approche économique du bien a des conséquences certaines sur la notion. Tous les biens ayant une valeur d'échange, aucun d'eux ne peut avoir une valeur nulle ou négative. Le bien étant une notion économique, sa qualification doit être réservée aux seuls objets qui ont pareillement une telle aptitude aux échanges et à la valorisation. Si tout bien est enfin un objet par principe dans le commerce, toute anomalie affectant la commercialité d'un bien ne saurait suffire à le disqualifier.

Objet de richesse, le bien n'est toutefois pas que cela. À cette composante économique du bien doit en effet s'adjoindre une composante normative, le bien étant également un objet juridique.

CHAPITRE II. LA NATURE JURIDIQUE DU BIEN

79. Légalité. Le bien n'est pas qu'un pur objet économique ; il est encore un objet juridique. Il l'est à un double titre. D'abord, le bien ne saurait exister hors du droit comme une réalité exclusivement économique. Il est nécessaire que cette réalité économique fasse l'objet d'une représentation juridique pour exister en tant que bien³⁹⁷, seul le Souverain ayant autorité pour l'accueillir et lui donner une consistance juridique. Le droit ne se résume pas en effet à la « reproduction d'une quelconque norme naturelle »³⁹⁸. Si la valeur et la commercialité caractérisent conceptuellement le bien, ces caractères ne sauraient donc suffire : toute valeur faisant spontanément l'objet d'échanges ne peut automatiquement être qualifiée de bien ; c'est au Souverain de décider si elle pourra recevoir une telle qualification. Comme l'exprime en somme Monsieur Strickler, « c'est la règle de droit qui crée le bien »³⁹⁹.

80. Juridicité. Ensuite, le bien est un objet dont la consistance est purement juridique. Produit du système juridique, le bien l'est encore dans sa nature. Défini comme un objet patrimonial, le bien ne peut être par conséquent qu'un droit et non une chose⁴⁰⁰. C'est le droit patrimonial qui, en dernière analyse, peut en effet recevoir la qualification de bien, seul lui figurant dans le patrimoine dont la fonction est précisément de servir de passerelle entre le monde de l'économie et le monde du droit. C'est le droit patrimonial et non la chose qui se trouve valorisé et apte aux échanges. C'est lui que le Souverain érige en bien.

81. Plan. Politiquement, le bien est un objet légal. Techniquement, il est un droit. La légalité du bien (**Section I**) et sa juridicité (**Section II**) doivent dès lors être abordées pour cerner au mieux la nature de cet objet.

³⁹⁷ M. RENOUF, *Contribution à l'analyse juridique de la notion de valeur. Essai sur les biens à valeur négative*, th. Caen, 2012, p. 102, n° 91. Dans le même sens, v. C. KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français. Essai sur les biens, la propriété et la possession*, av.-propos F. Chabas, préf. C. Atias, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2009, p. 31, n° 25.

³⁹⁸ M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préf. G. Loiseau, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 464, 2006, p. 131, n° 107.

³⁹⁹ Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF, coll. « Thémis », 2006, p. 6, n° 2.

⁴⁰⁰ Cf. supra n° 10.

SECTION I. LA LÉGALITÉ

82. Plan. Le bien est un objet légal, un objet qui se doit d'être conforme à la loi. La dimension politique de la qualification de bien apparaît nettement dès lors que l'on prend en considération le rôle du Souverain dans la qualification de bien (§1), ce rôle étant de filtrer, au moyen de limites, les valeurs susceptibles d'être ainsi qualifiées (§2).

§1. Le rôle du Souverain dans la qualification de bien

83. Plan. La qualification de bien est une préoccupation de politique juridique assumée par le Souverain. C'est lui qui reconnaît ultimement les biens (A). S'évince alors l'idée que la notion de bien est essentiellement relative (B).

A. La reconnaissance des biens

84. Reconnaissance et création des biens. Le bien est assurément une valeur disponible. Cependant, toutes les valeurs, pas plus que tous les objets admis aux échanges, ne peuvent accéder à la qualification de bien. Le bien doit en effet, pour exister juridiquement, faire l'objet d'une *représentation juridique* : si toute valeur aspire à la qualification de bien, encore faut-il que le Souverain la reconnaisse, cette reconnaissance ou cette représentation n'étant toutefois pas automatiquement acquise. Comme l'écrit justement Madame Chardeaux, « la valeur (ou l'absence de valeur) d'échange d'une chose ne s'impose pas au droit. C'est à lui de décider s'il veut ou non la consacrer »⁴⁰¹. Au rapport social spontané ou à tout le moins *a-juridique* doit donc succéder, pour reprendre les mots du Doyen Savatier, « un rapport social normatif »⁴⁰². Autrement dit, si le bien naît des désirs des personnes et se dote grâce aux échanges d'une valeur, encore faut-il que cette valeur soit reçue et légitimée par le Souverain pour qu'au bien *économique* ou *spontané* succède le bien *juridique*⁴⁰³. Le bien juridique est incontestablement

⁴⁰¹ M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, op. cit., p. 129, n° 107.

⁴⁰² R. SAVATIER, « Le droit et l'échelle des valeurs », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz, 1961, p. 441, spéc. p. 441, n° 1. Dans le même sens, v. R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil. 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297, spéc. p. 346, n° 43 : « sur un marché, tout a vocation à s'échanger au gré de la rencontre des offres et des demandes ; mais le commerce économique n'est pas un commerce juridique : parmi les choses susceptibles d'échanges, il en est auxquelles le droit dénie la qualité de biens, et interdit en conséquence l'accès au circuit patrimonial ».

⁴⁰³ Rappr. F. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, t. II : *Le mirage de la justice sociale*, préf. P. Nemo, rééd. PUF, coll. « Quadrige », 2013, p. 532, considérant qu'il revient à l'État d'« imposer aux individus les règles juridiques de conduite qui conditionnent l'existence de l'ordre spontané ».

une création du système juridique, la qualification dépendant d'un « acte de l'autorité publique »⁴⁰⁴.

Ce consentement du Souverain, cette « sollicitude de l'organisation sociale »⁴⁰⁵, constitue le seuil de la qualification juridique de bien. C'est le Souverain qui, ultimement, départage et sélectionne les objets que les personnes désirent et s'échangent, même dans l'ombre du droit⁴⁰⁶. C'est cette composante normative qui dessine les frontières du bien juridique, le Souverain vérifiant l'adéquation de ces objets à la vision qu'il se fait de la société au nom d'une morale publique, de l'intérêt général ou d'un « choix de la collectivité »⁴⁰⁷. C'est ce que relevait le Doyen Savatier il y a près de soixante ans : « notre époque est caractérisée par l'envahissement de l'ordre public aux dépens de l'autonomie de la volonté [...]. Par nature, les barrières, multipliées, de l'ordre public opposent donc, d'en haut, un frein général à ce développement dominant du droit des valeurs comptables. Frein d'autant plus significatif qu'une partie importante de cet ordre public est au service de la promotion de la personne et de la reconnaissance des valeurs humaines »⁴⁰⁸. C'est ainsi que, afin de protéger la personne, le Souverain édicte la non-patrimonialité du corps humain, valeur si importante qu'elle doit rester à l'abri de l'appartenance et des échanges. C'est encore ainsi que, afin de garantir l'usage commun, il édicte l'inappropriabilité de certaines choses dont la valeur si haute doit être sacralisée et extraite des logiques marchandes⁴⁰⁹. Par-là, le droit opère un tri dans l'ordre des valeurs, décidant d'en tenir certaines à l'écart des velléités de conquête et n'offrant la

⁴⁰⁴ M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006-4 (I), p. 1805, spéc. p. 1831, n° 49.

⁴⁰⁵ J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droit », in *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277, spéc. p. 279, n° 7.

⁴⁰⁶ Comp. C. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? », in *APD*, t. 24 : *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 259, spéc. p. 265, définissant le bien juridique « comme étant une chose possédant une certaine valeur, donc étant déjà un “bien” en soi, et dont la “juridicité” – qui est sa différence spécifique par rapport à d'autres biens – est constituée par la notion d'appropriation ».

⁴⁰⁷ M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », art. cité, p. 1856, n° 106. V. également A. SUPIOT, *La Gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015, p. 16 : « le droit est l'équivalent séculier des systèmes de règles impératives qui, en d'autres temps ou cultures, ont procédé ou procèdent encore de croyances ou de rituels religieux. Tout système juridique repose ainsi sur ce que la Déclaration d'indépendance des États-Unis appelle des “vérités évidentes pour elles-mêmes”, c'est-à-dire sur une base dogmatique qui confère un sens à ce système et autorise son interprétation ».

⁴⁰⁸ R. SAVATIER, « Le droit et l'échelle des valeurs », art. cité, p. 446, n° 5.

⁴⁰⁹ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », art. cité, p. 348, n° 45, l'auteur relevant que « la notion de chose commune est un garde-fou efficace, qui pourrait préserver des conséquences d'une forme d'*hybris* ». Sur ces aspects, cf. *infra* n° 87 s.

qualification de biens juridiques qu'à celles qu'il estime légitimes⁴¹⁰. On le voit, c'est la règle de droit qui décide, « en dernier ressort »⁴¹¹, de la qualification de bien⁴¹².

85. Détermination négative des biens. Cet assentiment du Souverain constitue la clé de bascule entre l'économie et le droit, la condition même de la qualification de bien juridique. La qualification de bien doit donc être réservée aux valeurs qui peuvent *légalement* appartenir à une personne, aux valeurs dont elle est maîtresse et qui sont, partant, ouvertes juridiquement aux échanges. Reste alors à savoir comment identifier ces valeurs. Une chose est certaine : loin de fixer une liste des biens⁴¹³, le Souverain se contente de dire – mais c'est déjà beaucoup ! – quels objets *ne pourront pas* être qualifiés de biens, fussent-ils valorisés et spontanément objets d'échanges : leur légalité n'étant pas reconnue, ces valeurs ne pourront accéder à la qualification de biens juridiques.

À l'examen, deux limites apparaissent à la qualification de bien, tenant à la protection et à la promotion de valeurs sociales que le droit tient, aujourd'hui, pour essentielles : le respect de la personne d'un côté et le respect des choses offertes à l'usage commun et des biens publics de l'autre. S'il existe un marché clandestin des matières humaines et si certains payent le prix fort pour acheter un organe, ces valeurs ne sauraient accéder à la qualification de biens, le droit rejetant leur commercialisation et plus largement leur patrimonialité⁴¹⁴. Il en va de même des

⁴¹⁰ L'extrapatrimonialité de ces valeurs n'est donc pas casuelle ou accidentelle, mais bien principielle ; elle se distingue fondamentalement de l'extracommercialité qui peut affecter certains objets soustraits aux échanges comme certains produits (drogues, médicaments, armes...).

⁴¹¹ J. FRANÇOIS, « Les créances sont-elles des biens ? », in *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2008, p. 149, spéc. p. 178, n° 44. Dans le même sens, Catala soulignait que « le patrimoine est donc ce que veut l'homme dans la limite de ce que l'État autorise, autrement dit ce qu'il veut et ce qu'il peut » (P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD Civ.* 1966, p. 185, spéc. p. 213, n° 30). V. enfin R. LAULIER, « Le régime juridique de l'accès aux ressources halieutiques à l'épreuve de la théorie classique du patrimoine », *Dr. rur.* n° 398, décembre 2011, étude 15 : « la règle de droit n'est donc pas en mesure de choisir si un droit acquiert une valeur [...] car l'émergence de cette valeur est un fait à l'état pur dont la loi peut ou non prendre acte ».

⁴¹² Sur le rôle de l'État dans l'institution du marché, v. P. MADDALON, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, préf. A. Fenet, LGDJ, coll. « Bibl. dr. public », t. 253, 2007, pp. 22 s.

⁴¹³ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2013, p. 211.

⁴¹⁴ Madame Chardeaux écrit ainsi que « l'absence de valeur marchande des organes du corps humain ne découle pas de leur caractère proprement inestimable. Si leur valeur ne s'affiche pas, c'est simplement parce que le droit en interdit la négociabilité sur un marché, lieu où se forment les valeurs. Leur caractère inévaluable est donc davantage affaire de prohibition juridique que d'impossibilité radicale » (M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, *op. cit.*, p. 129, n° 7). Monsieur Mignot écrit quant à lui, dans le même sens, que « l'existence d'un marché ne suffit certainement pas à faire d'une prérogative un bien. Il existe un marché de la drogue ou des organes humains. Est-ce à dire pour autant qu'il soit question de biens ? La réponse est évidente. Sans doute que l'existence d'un marché est une condition nécessaire pour faire d'une prérogative un bien, mais ce n'est certainement pas une condition suffisante. Le marché est un pur fait pour le Droit. Les lois du marché n'ont aucune valeur normative »

choses affectées à l'usage commun, dont la soustraction est non seulement inenvisageable (sauf à s'approprier une portion de ces choses, comme une bouteille d'eau de mer) mais encore interdite, faute pour le Souverain d'avoir autorisé leur soustraction. Aussi faut-il comprendre que si l'existence d'un marché appelle la qualification de bien⁴¹⁵, seul le Souverain en a l'autorité⁴¹⁶. C'est dans le sillage des interdictions (rarissimes) édictées par le Souverain que se dessine plus précisément la notion de bien.

B. La relativité de la notion de bien

86. « *Zeitgeist* » (l'esprit du temps) et qualification de bien. Si le bien se détermine relativement aux interdictions posées par le Souverain, il faut en déduire que la notion de bien est une notion essentiellement relative, tant dans le temps que dans l'espace. C'est ce que Durkheim avait remarqué : « le cercle des objets appropriables n'est pas nécessairement déterminé par leur constitution naturelle, mais par le droit de chaque peuple. C'est l'opinion de chaque société qui fait que tels objets sont considérés comme susceptibles d'appropriation, tels autres non. Ce ne sont pas leurs caractères objectifs, tels que les sciences naturelles peuvent les déterminer, c'est la façon dont ils sont représentés dans l'esprit du public. Telle chose qui, hier, ne pouvait être appropriée, l'est aujourd'hui et inversement »⁴¹⁷. Il a en effet fallu du temps au droit pour reconnaître, par exemple, que la clientèle civile pouvait recevoir cette qualification, sitôt que l'on pouvait s'assurer que les personnes qui la constituent conserveraient leur liberté⁴¹⁸. Il a encore fallu du temps au droit pour consacrer la patrimonialité des offices

(M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », art. cité, p. 1854, n° 101).

⁴¹⁵ Pour Madame Rochfeld, « le droit doit en effet embrasser et régir, au sein de la notion, tout ce qui se trouve valorisé à un moment et dans une société donnée ; tout ce qui peut faire l'objet d'une recherche d'appropriation par les personnes » (J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 210).

⁴¹⁶ En ce sens, v. M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », art. cité, p. 1854, n° 101, qui souligne que « le Droit n'a pas à *suivre* le marché », et que « ce n'est pas le droit qui est encadré dans le marché, mais le marché dans le Droit ». Dans le même sens, v. également R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », art. cité, p. 341, n° 39, qui note que « c'est le marché qui fait office de révélateur : le commerce de fait appelle une reconnaissance du droit, qui n'a néanmoins rien d'obligatoire ». V. enfin. M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.* 1997, p. 583, spéc. n° 14, qui relève que, « outre la possibilité simplement physique, matérielle, de disposition, de détachement de la personne du sujet de droit, il faut une autorisation du droit positif, du droit objectif ».

⁴¹⁷ E. DURKHEIM, *Leçons de sociologie. Physique des mœurs et du droit*, Publications de l'Université d'Istanbul, 1950, pp. 163-164. Dans le même sens, v. également I. COUTURIER, « Remarques sur quelques choses hors du commerce », *LPA* 6 et 13 septembre 1993, p. 7 *sq.*, qui relève en outre que « l'ordre public est une notion relative. L'illicéité qui peut affecter une chose n'est pas immuable ; elle est déclarée à un moment donné pour une organisation sociale particulière ».

⁴¹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 7 novembre 2000, n° 98-17.731, *Bull. civ.* I, n° 283. Sur la question, cf. *infra* n° 534 s.

ministériels (et donc leur disponibilité juridique), sitôt que l'emprise du Roi sur ces derniers fut amoindrie⁴¹⁹. Aussi ne serait-il pas surprenant que le tabou entourant le corps humain vienne un jour, peut-être, à tomber, comme c'est le cas dans d'autres pays qui admettent, à l'instar des Etats-Unis, que l'on puisse faire commerce de son sang⁴²⁰. Comme l'écrit d'ailleurs Madame Rochfeld, « la notion de bien concentre des implications politiques. Admettre un élément de valeur au rang de bien juridique traduit en effet l'état des conceptions politiques à un moment donné »⁴²¹.

Les interdits qui matérialisent négativement le domaine de la notion de bien se révèlent aujourd'hui assez relatifs. Érigés en valeurs sociales essentielles, ils souffrent de plusieurs entorses. Cela accrédite la nature essentiellement politique du bien, par hypothèse sujette à certaines variations.

§2. Les limites à la qualification de bien

87. Plan. La promotion dans le discours juridique de la personne d'un côté (**A**) et des choses communes et dans une moindre mesure des biens publics d'un autre (**B**) est ambivalente. Quoiqu'affirmée, elle se trouve aujourd'hui de plus en plus dépassée.

A. La personne

88. L'être et l'avoir. C'est premièrement du côté de la personne que se mesurent aujourd'hui les implications politiques de la notion de bien. Si le Souverain voit dans la distinction des biens et de la personne, « vérité première du droit »⁴²², une limite à la

⁴¹⁹ Sur l'évolution historique de la patrimonialité des offices ministériels, v. not. L. LACHENAL, *De la patrimonialité des offices ministériels*, th. Lyon, 1931, spéc. pp. 11 s. Sur la question, cf. infra n° 468 s.

⁴²⁰ V. également l'éclairante analyse de Monsieur Crettez qui étudie la faisabilité économique de l'élaboration d'un marché des matières humaines à partir de l'exemple américain (B. CRETTEZ, « Une analyse économique d'un marché répugnant de la chair », in J.-P. ANDRIEUX, C. COMBETTE, A.-S. CONDETTE-MARCANT et D. ROUGER-THIRION (Dir.), *La chair. Perspectives croisées*, Mare & Martin, coll. « Libre droit », 2018, p. 299 sq).

⁴²¹ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 210. Rappr. M. Fabre-Magnan, « Propriété, patrimoine et lien social », art. cité, n° 8 : « c'est le droit positif qui, à un moment donné et dans un lieu donné, détermine les choses qui sont susceptibles d'appropriation et, par hypothèse, cette liste peut donc varier selon les époques et les lieux ».

⁴²² G. LOISEAU, *Le nom objet d'un contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 274, 1997, p. 364, n° 369, ajoutant que ces catégories sont « spécifiques et exclusives » : spécifiques « dans la mesure où un existant ne peut être à la fois chose et personne et que le passage d'une catégorie à l'autre ne peut se concevoir qu'en enlevant toute permanence à son essence », et exclusives « dans la mesure où le droit n'admet aucune catégorie tierce : un existant est nécessairement personne ou chose » (*ibid.*, p. 365, n° 370). *Adde.* G. CORNU, *Droit civil. Les biens*, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 13^{ème} éd., 2007, p. 1, n° 1 : « d'emblée distingués des personnes,

qualification de bien, il pose dans le même temps des exceptions de plus en plus nombreuses à cette opposition pensée comme ontologique⁴²³. Cette ambivalence se vérifie doublement, tant en ce qui concerne les « émanations extraites » ou matérielles de la personne qu'en ce qui concerne ses « émanations captées » ou immatérielles, pour reprendre les mots de Monsieur Anciaux⁴²⁴. La personne, prise en ses attributs corporels ou moraux, semble en effet s'être réifiée : ainsi des éléments et produits qui en émanent et qui sont qualifiés de biens ; ainsi également du nom qui se trouve placé dans le commerce.

Encore s'agit-il de mesurer cette réification. S'agit-il de celle de la personne ? Est-ce à dire que, contournant l'inappropriabilité et la non-patrimonialité postulée de la personne, l'on assiste à son intégration dans le domaine des biens ? Afin de répondre à ces interrogations, il importera d'examiner successivement le statut du corps, de ses éléments et produits (1) puis celui des attributs de la personnalité (2).

1. Le statut du corps, de ses éléments et produits

89. Personne humaine et personne juridique. La distinction des personnes et des biens, que l'on présente comme cardinale, paraît à première vue dotée d'une solidité incontestée. Entre l'être et l'avoir, se joue la présence au monde de la personne, lui permettant de s'affirmer en tant que sujet mais aussi de dominer son monde extérieur. La frontière entre le « je suis » et le « j'ai » est donc d'une importance capitale, ce que le Code civil perpétue jusqu'à la division de ses Livres I et II, les biens succédant aux personnes. La catégorie de l'être forme avec celle de l'avoir un binôme dont les termes s'excluent réciproquement : tout ce qui n'est pas une personne serait un bien ; tout ce qui n'est pas un bien serait une personne⁴²⁵. Telle est en tout cas la présentation classique justifiant la position du Souverain de tenir la personne à l'écart des biens. Aussi comprend-on que le législateur se soit toujours montré réticent à voir dans la personne

mais, à elles, aussitôt rattachés. Comme si personnes et biens constituaient les bases inséparables, les colonnes jumelles de l'ordre élémentaire qu'institue le droit civil : l'être et l'avoir. Les deux verbes que conjuguent nos études premières forment un couple. Et il est frappant que, l'un aussi bien que l'autre, les éléments de ce couple soient, pour chacun, des données immédiates de conscience ». Rapp. F. TERRÉ, « L'être et l'avoir ? La personne et la chose », in *Études offertes à Hubert Groutel*, LexisNexis, 2006, p. 459 *sq.*

⁴²³ Comp. T. REVET, *La force de travail (étude juridique)*, préf. F. Zenati, Litec, coll. « Bibl. dr. entreprise », t. 28, 1992, *passim*, défendant l'idée que la force de travail d'une personne, lorsqu'elle est mise au service d'autrui, devient une réalité objective objet d'un rapport d'appartenance. L'employeur devient dans ce schéma « quasi-proprétaire » de la force de travail que le salarié aura mise à sa disposition (*ibid.*, p. 257 s., n° 240 s.), sans pour autant que la force de travail intègre véritablement le patrimoine de l'employeur (*ibid.*, p. 375, n° 338).

⁴²⁴ N. ANCIAUX, *Essai sur l'être en droit privé*, th. Paris II, 2018, p. 373, n° 316.

⁴²⁵ R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, préf. F. Chabas, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 263, 1996, p. 15, n° 29.

un bien, à confondre sujet et objet⁴²⁶ et surtout à voir dans les éléments et produits qui s'en détachent des choses comme les autres ou même des biens⁴²⁷. Se refusant à appréhender la personne humaine, prise en son entier ou en ses cellules, comme une somme d'éléments potentiellement détachables ou comme une collection de choses par anticipation, il a même assimilé personne et corps. Cette assimilation pouvait toutefois ne pas paraître aussi évidente qu'il y paraît. La personnalité juridique n'est, en effet, rien de plus qu'une construction destinée à rendre l'individu « vivant » dans la sphère du droit, en lui octroyant des droits et en le soumettant à des devoirs⁴²⁸. L'assimilation du corps à la personne n'a alors pu se faire qu'au prix d'une essentialisation de l'individu en tant que personne humaine : de la personne appréhendée en tant que sujet de droit, l'on est passé à la personne appréhendée en tant qu'être humain *en chair et en os*. L'article 16 du Code civil, qui ouvre le chapitre consacré au *respect du corps humain*, perpétue cette identité, lorsqu'il énonce que « la loi assure la primauté de la personne ». Quant aux articles suivants, ils rendent cette protection effective par le canal même du corps qui l'extériorise : ainsi de la soumission des atteintes à l'intégrité du *corps humain* à une nécessité médicale ou thérapeutique pour la *personne* qui les subit⁴²⁹. En somme, la personne humaine et son corps peuvent être pensés comme un tout indivisible, comme une seule et même réalité. La personne *est* son corps et mieux encore, la personne *est* son corps dans

⁴²⁶ N. ANCIAUX, *Essai sur l'être en droit privé*, *op. cit.*, p. 6, n° 5, soulignant que « *l'être*, l'emploi substantivé du verbe d'existence, peut aspirer à la possession à condition que ce rapport soit *extrinsèque*. L'être ne saurait se posséder lui-même ».

⁴²⁷ Cette bipartition classiquement utilisée pour figurer un corps décomposable est pourtant loin de faire consensus, tant d'un point de vue scientifique que d'un point de vue juridique. Tout comme Monsieur Galloux, qui regrette l'approche choisie par le législateur (J.-C. GALLOUX, « Le corps humain dans le Code civil », *in 1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Univ. Panthéon-Assas (Paris II), 2004, p. 385, spéc. p. 390), Monsieur Binet écrit qu'en s'abstenant, volontairement, de donner une définition des éléments et produits du corps humain, le législateur a créé des « "fourre-tout" répondant à l'objectif consistant à trouver des termes à la fois suffisamment larges et suffisamment précis pour englober a priori toute parcelle du corps humain, qui en est détachable et utilisable » (J.-R. BINET, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 16 à 16-14 », Fasc. 20, 2015, n° 31). Aussi peut-on remarquer que l'emploi de ces termes a très certainement pour objectif de fédérer sous un régime commun tout ce qui est issu du corps humain. Tout au plus peut-on considérer dans une première et ultime approximation que les organes, tissus et cellules sont des éléments du corps humain, quand les produits du corps humain regroupent toutes les substances qui en sont issues comme les phanères, le sang, les sécrétions, le lait et les dents. Pour le détail et l'enjeu de cette qualification, se référer aux auteurs précités.

⁴²⁸ R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit », *RTD Civ.* 1909, p. 611, spéc. p. 613 ; L. JOSSERAND, « La personne humaine dans le commerce juridique », *D.* 1932, p. 1, spéc. p. 1 ; O. THOLOZAN, « La réification du corps humain en droit civil français », *CDS* n° 2, 2004, p. 11, spéc. p. 12 ; R. MARTIN, « Personne et individu (Un arrière-plan de la bioéthique) », *in Études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 481, spéc. p. 482, n° 4 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit.*, p. 9, n° 1.

⁴²⁹ C. civ., art. 16-3.

chaque ramification de celui-ci. Comme l'écrit finalement le Doyen Carbonnier, « le corps humain est le substratum de la personne »⁴³⁰.

Mais la médecine moderne vint pourtant troubler cette représentation unitaire de l'être ainsi que la frontière entre l'être et l'avoir, en présentant un corps décomposable, morcelable et en développant des techniques aptes à perpétuer l'existence et la préservation de ses ramifications, indépendamment du corps duquel elles procèdent. L'amélioration des techniques de conservation des tissus et organes, la possibilité de mener des recherches sur des cellules et de les voir croître *in vitro* ou encore la possibilité de concevoir des médicaments à partir du sang témoignent de cette nouvelle vie de la chair à côté du corps. De cette émancipation de la chair par rapport au corps, une distance fut lentement mais sûrement instaurée entre l'homme et son propre corps, désormais appréhendé comme une réserve de matériaux. L'individu arriverait à se prendre comme objet. À compter de l'instant où furent consacrés de manière générale le « prélèvement » et la « collecte » d'éléments et produits du corps humain, leur « cession », « utilisation », « importation », « exportation », « conservation », « transport » et « distribution »⁴³¹, nombreux sont ceux qui ont pointé une distance entre la personne et son corps, permettant justement d'expliquer que la personne agisse sur celui-ci, l'*ait* à proprement parler comme objet⁴³², en dispose comme si celui-ci était devenu un objet de maîtrise⁴³³.

⁴³⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. I : *Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. « Quadrige », 2004, p. 381, n° 196. V. aussi dans le même sens R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, LGDJ, 1939, p. 142 ; G. CORNU, *Droit civil. Les personnes*, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 13^{ème} éd., 2007, p. 29, n° 15 ; C. JAMIN, « Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », *RTD Civ.*, 1994, p. 934 *sq.* ; A. LECA, « *Corpus id est persona ?* Réflexions à propos de la situation juridique du corps humain », *CDS* n° 2, 2004, p. 37, spéc. p. 43 ; D. THOUVENIN, « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », *LPA* n° 149, 14 décembre 1994.

⁴³¹ C. civ., art. 16-6 ; CSP, arts. L. 1211-1, L. 1221-9, L. 1243-2 et L. 1245-6.

⁴³² Monsieur Labbé écrit ainsi que le corps « n'est qu'une chose au service de la personne » (X. LABBÉE, *J-CI. Civil Code*, v° « Art. 16 à 16-13 », Fasc. 50, 2016, n° 18). V. également O. THOLOZAN, « La réification du corps humain en droit civil français », art. cité, p. 12 ; F. RIZZO, « À propos de la réification de la personne du sportif professionnel salarié », *CDS* n° 2, 2004, p. 107, spéc. 108 ; P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préf. L. Aynès, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 489, 2007, p. 123, n° 395 ; A. DAVID, *Structure de la personne humaine. Essai sur la distinction des personnes et des choses*, PUF, 1955, *passim* ; J.-C. GALLOUX, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, th. Bordeaux, 1990, *passim*.

⁴³³ Sur l'idée d'une mobilisation par anticipation des éléments et produits du corps humain, v. S. LAPORTE, *La vénalité des éléments du corps humain*, Mémoire de Master de Droit médical, Lille 2, 2004, pp. 46 s. Sur l'idée d'une propriété de son corps, v. déjà J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, trad. D. Mazel, GF Flammarion, 2^{ème} éd., 1992, Chap. V, p. 176, n° 44. V. également, dans le même sens, B. LEMENNICIER, « Le corps humain : propriété de l'État ou propriété de soi ? », *Droits*, n° 13, 1991, p. 111 *sq.*, qui défend, au nom de la propriété du corps, la possibilité de recourir aux mères-porteuses (*ibid.*, p. 113) et qui retient une propriété absolue du corps permettant à l'individu d'en « user, disposer et transférer tout ou partie (...) comme on le fait de sa maison ou de sa voiture » (*ibid.*, p. 116). Dans le même sens, v. T. REVET, « Le corps humain est-il une chose appropriée ? », *RTD Civ.* 2017, p. 587 *sq.* Enfin, pour une application extrême de la propriété du corps, v. M. ROTHBARD, *L'éthique de la liberté*, Les belles lettres, 1991, *passim*, affirmant que la possibilité pour une mère d'interrompre ou non sa grossesse confirme le fait qu'elle est propriétaire de son fœtus (*ibid.*, p. 130-131) ou que les parents sont

Serait-ce alors à dire que la personne doit être distinguée de son corps et que l'être et l'avoir se confondent ? Si, au départ, cette « chosification » de la personne n'était que parcellaire, spontanée et surtout circonstancielle⁴³⁴, l'examen de la réglementation actuelle entourant les dons de matières humaines paraît conforter cette dissociation à l'intérieur de l'individu entre l'être immuable et l'avoir potentiel, entre le noyau dur de l'être et ce qui pourrait être considéré comme de véritables biens. L'on constate là une émancipation de la chair par rapport au corps. Quoique l'article 16-5 du Code civil prohibe toute patrimonialisation *in situ* du corps, de ses éléments et produits, donc préalablement à tout prélèvement ou toute collecte, force est de constater que leur réification semble de plus en plus acquise *ex situ*. Il apparaît en effet qu'une fois l'élément ou le produit séparé du corps et passé l'objectif thérapeutique qui préside généralement à son prélèvement ou sa collecte, celui-ci devienne une véritable richesse, s'ouvrant à l'appartenance et aux échanges. Une fois le corps morcelé conformément au principe de non-patrimonialité posé par l'article 16-5 du Code civil qui nie toute propriété de l'homme sur son corps ainsi que tout marché de celui-ci, et lorsque ses parties n'auront pas pour vocation d'intégrer le corps d'un receveur en besoin, ces dernières seront susceptibles d'avoir un destin potentiellement marchand. La raison est facilement identifiable : avec la possibilité d'isoler, stocker ou traiter certains éléments et produits du corps humain, l'on envisage ce dernier comme un « réservoir de matériel », où tout se garde et rien ne se perd⁴³⁵.

propriétaires de leurs enfants (*ibid.*, p. 132). Sur l'idée d'une disposition du corps humain et de ses parties uniquement à titre gratuit, v. G. NICOLAS, « Recherche sur le statut du corps humain : les principes de la domanialité publique pourraient-ils être appliqués au corps humain ? », *CDS* n° 2, 2004, p. 81, spéc. pp. 84-87 ; I. ARNOUX, *Les droits de l'être humain sur son corps*, préf. J.-M. Auby, PUB, 1995, p. 158 ; J.-C. GALLOUX, « L'utilisation des matériels biologiques humains : vers un droit de destination », *D.* 1999, p. 13 *sq.* ; D. BORILLO, *L'homme propriétaire de lui-même. Le droit face aux représentations populaires et savantes du corps*, th. Strasbourg, 1991, *passim* ; J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée, une histoire juridique du corps*, Seuil, 1993, spéc. pp. 11-12 ; S. DUMAS-LAVENAC, « La patrimonialisation du corps humain : introduction juridique », *CDS* n° 18, 2014, p. 47, spéc. pp. 55-58 ; J.-R. BINET, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 16 à 16-14 », Fasc. 12, 2016, n° 151 ; G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », *RTD Civ.* 2000, p. 47, spéc. n° 12 et du même auteur, « Le contrat de don d'éléments et produits du corps humain. Un autre regard sur les contrats réels », *D.* 2014, p. 2252 *sq.*

⁴³⁴ Seules quelques lois organisaient les conditions de prélèvement, d'utilisation et de circulation de ces éléments et produits du corps humain : la loi « Lafay » n° 49-890 du 7 juillet 1949 relative aux dons de cornée, la loi n° 52-854 du 21 juillet 1952 sur l'utilisation thérapeutique du sang humain modifiée par la loi n° 93-5 du 4 janvier 1993, la loi « Caillavet » n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes et la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 dont l'article 13 est relatif aux dons de gamètes.

⁴³⁵ F. BELLIVIER et C. NOUVILLE, *Traité des contrats. Contrats et vivant*, LGDJ, 2006, p. 78, n° 81. V. également D. THOUVENIN, « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », art. cité, qui souligne que le corps constitue « un gisement précieux de substances biologiques », sans toutefois le réduire à cela. Dans le même sens, F. GRANET-LAMBRECHTS, « Les dons d'organes, de tissus, de cellules et de produits du corps humain : de la loi Caillavet aux lois de bioéthiques », *RDSS* 1995, p. 1 *sq.* V. enfin K. CHETRIT-ATLAN, « La réification du corps dans la maternité », *CDS* n° 2, 2004, p. 155, spéc. p. 156, note 7.

90. Illustrations. Aussi est-il tentant de considérer les éléments et produits du corps humain comme de véritables biens, dotées d'une autonomie et d'une existence propre, survivant à l'enveloppe qui jusque-là les contenait⁴³⁶. Ainsi du placenta qui était récupéré par les laboratoires au sortir des hôpitaux et qui servait à la fabrication de cosmétiques ; ainsi des résidus opératoires sur lesquels des étudiants en médecine font leurs armes ; ainsi des phanères comme les cheveux qui se vendent chez des perruquiers ; ainsi même parfois des corps entiers qui se retrouvent exposés dans des musées. La liste des utilisations possibles de la chair dans des buts non seulement scientifiques mais également commerciaux est généreuse et traduirait sa réification. La prédiction de Josserand au sujet de la commercialisation inéluctable de la personne humaine deviendrait-elle alors prophétie⁴³⁷ ?

Dans un domaine en constante évolution et prochainement amené à subir de nombreux bouleversements⁴³⁸, toute réponse doit être mesurée. Une chose demeure certaine : le sujet est vaste, allant des débats sur les maternités de substitution⁴³⁹ à la brevetabilité du vivant⁴⁴⁰ et pouvant facilement être exporté aux interrogations entourant la prostitution⁴⁴¹. L'on choisira par conséquent d'en limiter l'étendue aux hypothèses particulières où c'est la chair elle-même qui se trouve réifiée. Mais il convient d'opérer une distinction. Antérieurement à tout prélèvement, donc *in situ*, l'on ne saurait voir dans les éléments et produits du corps humain

⁴³⁶ A. LECA, « *Corpus id est persona ?* Réflexions à propos de la situation juridique du corps humain », art. cité, pp. 48-49 ; P. LE COZ, « La patrimonialisation du corps humain : aspects philosophiques et enjeux éthiques », *CDS* n° 18, 2014, p. 27, spéc. p. 31.

⁴³⁷ Josserand écrivait en effet, au sujet de la personne humaine, que « sans pénétrer tout à fait dans le commerce juridique, elle voit s'atténuer le splendide isolement où l'avait placée une longue évolution ; descendue du piédestal où l'avaient hissée la déclaration des Droits de l'homme et le code civil 1804, elle devient volontiers matière à tractations, à abandons, à réparations, à combinaisons ; parfois, elle est traitée comme une valeur économique et juridique, voire comme un colis ; elle se hausse – ou elle s'abaisse, au niveau d'une chose ; elle se commercialise, elle se patrimonialise ; nous serions tenté d'écrire qu'elle s'américanise » (L. JOSSERAND, « La personne humaine dans le commerce juridique », art. cité, p. 1). Voir également A. JACK, « Les conventions relatives à la personne physique », *Rev. crit. lég. et jurisp.* 1933, p. 362 *sq.*

⁴³⁸ V. ainsi le Projet de loi relatif à la bioéthique n° 2187 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juillet 2019, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture le 3 août 2020 et encore examiné, au 20 octobre 2020, en deuxième lecture par le Sénat avant la réunion d'une commission mixte paritaire et l'adoption de la loi.

⁴³⁹ Sans souci d'exhaustivité, v. not. M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos des maternités de substitution) », *RTD civ.*, 1992, p. 489 *sq.* ; A. SÉRIAUX, « Maternités pour le compte d'autrui : la mainlevée de l'interdit ? », *D.* 2009, p. 1215 *sq.* ; S. GODECHOT-PATRIS, « L'enfant venu d'ailleurs face à l'interdit. Perspective de droit international privé », in *Mélanges Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 293 *sq.*

⁴⁴⁰ J.-C. GALLOUX, « Éthique et brevet ou le syndrome bioéthique », *D.* 1993, p. 83 *sq.* et du même auteur, « Les dispositions de la loi du 6 août 2004 relatives aux inventions biotechnologiques », *RDSS* 2005, n° 2, p. 206 *sq.* ; T. LAMBERT, « Le brevet et la personne. Brefs propos sur un rendez-vous manqué », *D.* 2005, p. 2005 *sq.*

⁴⁴¹ A. CASADO, *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, préf. G. Loiseau, IRJS, coll. « Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc », t. 62, 2015, *passim* ; E. CLÉMENT, « Les hésitations du droit français sur la prostitution des majeurs », *RSC* 2015, p. 813 *sq.*

des biens (a). Ce n'est qu'après le prélèvement, *ex situ*, que ces objets pourront recevoir une telle qualification (b).

a. La situation du corps, de ses éléments et produits, considérés *in situ*

91. Les principes de non-patrimonialité et de gratuité. Les Lois Bioéthiques du 29 juillet 1994 ont assis les dons d'éléments et de produits du corps humain sur des principes de non-patrimonialité et de gratuité⁴⁴². Si ce second principe s'entend bien comme l'interdiction de monnayer des actes en principe altruistes afin d'éviter ce que d'aucuns appellèrent très justement un « complexe de Fantine »⁴⁴³ et également afin de lutter contre un marché du don⁴⁴⁴, le premier principe souffre cependant d'un manque de clarté. Il s'agit dans un premier temps de lever le voile qui le recouvre (i). Dans un second temps, il convient de s'intéresser aux « dons » en eux-mêmes : sont-ils les témoins d'une propriété préalable du corps, de ses éléments et produits et le cas échéant, recouvrent-ils le champ de la donation ? Si tel n'est pas le cas, que désignent-ils ? Ces questionnements permettront de mettre à jour la relation qu'entretient l'individu avec son corps (ii).

i. Le principe de non-patrimonialité du corps humain, de ses éléments et produits

92. Absence de consensus. Le principe de non-patrimonialité souffre à n'en point douter d'un défaut de conceptualisation. Selon certains auteurs, ce principe ferait en quelque sorte

⁴⁴² C. civ., arts. 16-1, 16-5 et 16-6 ; CSP, art. L 1211-4.

⁴⁴³ A.-B. CAIRE, « Le corps gratuit : réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain », *RDSS* 2015, p. 865 *sq.* V. également I. MOINE, *Les choses hors commerce*, préf. E. Loquin, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 271, 1997, p. 18, n° 12, qui renvoie sur ce point au « tabou de la personne humaine ».

⁴⁴⁴ F. BELLIVIER et C. NOVILLE, *Traité des contrats. Contrats et vivant*, *op. cit.*, p. 114, n° 126, qui considèrent très justement que la gratuité et la non-patrimonialité ont pour but d'éviter que « l'individu ne s'aliène par morceaux ». Pour une analyse radicalement différente, v. R. OGIEN, « La “marchandisation du corps humain” : les incohérences et les usages réactionnaires d'une dénonciation », 2012, <http://www.raison-publique.fr>, remettant en cause le présupposé moral entourant la gratuité du don en montrant les avantages à admettre un don rémunéré, sans tomber dans une « dérive mercantile ». Cependant, comme le soulignent Madame Leborgne et Monsieur Goubeau, chiffres à l'appui, si le principe de gratuité permet effectivement de tenir à bonne distance le corps du marché, les « donateurs » de gamètes, pour ne parler que de ceux-là, sont loin d'être désintéressés, la variation du montant des indemnités versées jouant en faveur d'un plus ou moins grand altruisme, auteurs qui remarquent avec lucidité que « s'il est bon que la loi affirme de nobles principes, on ne peut ignorer la réalité », ajoutant justement que « la motivation des donateurs est avant tout économique », allant ainsi jusqu'à questionner la vigueur et l'opportunité d'un tel principe de gratuité largement contourné (A. LEBORGNE et G. GOUBEAU, « La vigueur du principe de gratuité des éléments et produits du corps humain », *RLDC* n° 110, décembre 2013, p. 85, spéc. pp. 86-87).

double-emploi avec le principe de gratuité, devenant alors synonyme de non-vénéralité⁴⁴⁵ : il serait impossible de disposer de l'élément ou du produit considéré mais uniquement à titre onéreux de sorte que demeurerait permise la disposition à titre gratuit⁴⁴⁶. Pour d'autres auteurs en revanche, le principe de non-patrimonialité signifierait plus radicalement l'impossibilité de reconnaître l'existence d'un droit patrimonial sur le corps et ses parties et donc l'impossibilité d'en disposer⁴⁴⁷ : il serait impossible de disposer de l'élément ou du produit considéré, même à titre gratuit, faute d'un droit patrimonial autorisant cette disposition. Apparaît là une divergence radicale d'interprétation de ce principe de non-patrimonialité.

93. L'assimilation discutable de la non-patrimonialité à l'extracommercialité. Malgré leur opposition, ces deux approches trouvent un terrain d'entente : il est interdit pour la personne de faire commerce – au sens marchand – de son propre corps⁴⁴⁸. Dès avant l'adoption des Lois du 29 juillet 1994, les juges avaient d'ailleurs eu l'occasion de prohiber cette marchandisation du corps humain, notamment par l'interdiction des conventions de mères porteuses. Sur le fondement de l'ancien article 1128 du Code civil relatif aux choses hors du commerce, la Cour de cassation avait pu maintenir le corps à bonne distance de la sphère patrimoniale et même de la sphère conventionnelle dans son ensemble : le corps n'est pas une chose dont on pourrait disposer ou que l'on pourrait louer ou prêter, que cela soit à titre onéreux ou à titre gratuit⁴⁴⁹. Mieux, et comme le relève Madame Caire, le corps « n'est ni dans le

⁴⁴⁵ J.-R. BINET, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 16 à 16-14 », Fasc. 20, *op. cit.*, n° 81, pour qui la patrimonialité est « une règle de gratuité ».

⁴⁴⁶ J. PENNEAU et E. TERRIER, *Rép. Civ. Dalloz*, v° « Corps humain – Bioéthique », 2019, n° 55 ; J.-R. BINET, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 16 à 16-14 », Fasc. 12, *op. cit.*, n° 151-154 ; F. BELLIVIER et C. NOIVILLE, *Traité des contrats. Contrats et vivant*, *op. cit.*, pp. 82-84, n° 85-87 ; Y. STRICKLER, *Les biens*, *op. cit.*, p. 122, n° 74.

⁴⁴⁷ J.-C. GALLOUX, « Le corps humain dans le Code civil », art. cité, p. 387. Rapp. M. TORRE-SCHAUB, *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 363, 2002, pp. 284 s., n° 478 s.

⁴⁴⁸ A.-B. CAIRE, « Le corps gratuit : réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain », art. cité. Dans le même sens, v. J.-R. BINET, « La gratuité des éléments et produits du corps humain : entre esquive et faux semblant », in N. MARTIAL-BRAZ et C. ZOLYNSKI (Dir.), *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, LGDJ-Lextenso, coll. « Droit et économie », 2013, p. 263, spéc. p. 263, écrivant qu'il est impossible d'évaluer le « service rendu par le don d'élément ou de produit » et ajoutant que « la vie n'a pas de prix, le don de vie ne peut donc qu'être gratuit ». Ajoutons d'ailleurs que dès le milieu du XIX^{ème} siècle, le Tribunal de la Seine avait pu affirmer que « le corps humain ne peut, soit avant, soit après le décès, être réputé marchandise » (T. corr. Seine, 14 mars 1844, *Gaz. Trib.*, 15 mars 1844).

⁴⁴⁹ Cass. 1^{ère} civ., 13 décembre 1989, n° 88-15.655, *Bull. civ. I*, n° 387 ; Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. ass. plén.*, n° 4. Sur cette question, voir F. BELLIVIER et C. NOIVILLE, *Traité des contrats. Contrats et vivant*, *op. cit.* pp. 79-80, n° 83. Notons également que sur le même fondement de l'ancien article 1128 du Code civil, a été considérée comme nulle une vente ayant pour objet un morceau de peau tatouée, prélevé et vendu, au motif que la vente portait sur une partie du corps humain (TGI Paris, 3 juin 1969, *D.* 1969, p. 136).

patrimoine ni hors du patrimoine, mais étranger à ce dernier »⁴⁵⁰. Reste que, si l'intention était louable, cette inclusion de la personne, au nom de son extrapatrimonialité (quel que soit alors le sens donné à ce principe), dans le domaine de l'extracommercialité, même pour mieux l'en exclure, était tout à fait contradictoire ou du moins fortement paradoxale⁴⁵¹.

D'abord, et comme cela sera abordé⁴⁵², l'extracommercialité est susceptible d'évoluer aussi bien dans le domaine extrapatrimonial que dans le domaine patrimonial. Aussi est-il contestable de lier sans aucune nuance extracommercialité et extrapatrimonialité, l'extracommercialité pouvant magnifier, dans le domaine patrimonial, l'appartenance d'un bien à une personne⁴⁵³. Ensuite, en faisant du corps une chose hors du commerce, on rate l'objectif de le protéger, le corps étant vu comme une chose⁴⁵⁴, éventuellement susceptible de faire l'objet d'une appropriation.

94. Autonomisation du fondement de la non-patrimonialité. Les Lois du 29 juillet 1994 ont remis un semblant d'ordre⁴⁵⁵. En optant pour les concepts de non-patrimonialité et de gratuité, le législateur a entendu abandonner un fondement inapproprié à la défense du corps et de la personne et prohiber certainement plus que la marchandisation du corps, plus que tout acte juridique de disposition prenant pour objet ce dernier à titre onéreux comme à titre gratuit : il a refusé d'en faire un bien. En posant d'emblée que le corps, ses éléments et produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial, le législateur de 1994 a entendu condamner par préterition

⁴⁵⁰ A.-B. CAIRE, « Le corps gratuit : réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain », art. cité. Dans le même sens, A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 801, spéc. p. 801, n° 2.

⁴⁵¹ L'insertion de la personne dans la catégorie des choses hors du commerce pour en déduire son indisponibilité est parfaitement trompeuse, car, comme le soulignait Madame Gobert, en se référant à l'ancien article 1128 du Code civil pour justement protéger le corps contre les errements d'une patrimonialité rampante et d'une conventionalité libérée, « on [réifiait] le corps en même temps qu'on le [sacralisait] » (M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos des maternités de substitution) », art. cité, p. 514, n° 26. Voir également G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », art. cité, n° 2 et 6.

⁴⁵² Cf. infra n° 248 s.

⁴⁵³ Comp. J.-C. GALLOUX, « Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français », *Les Cahiers de droit*, vol. 30, n° 4, 1989, p. 1011, spéc. p. 1016, pour qui « la mise hors du commerce juridique atteint les échanges juridiques entre les personnes, mais pas, à notre sens, la relation primaire de la personne à sa chose que consacre sa propriété ».

⁴⁵⁴ W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, p. 608, n° 331-3 ; J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, op. cit., p. 25.

⁴⁵⁵ *Contra*. J.-R. BINET, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 16 à 16-14 », Fasc. 12, op. cit., n° 117, qui relève la « confusion qui régnait dans l'esprit du législateur », pointant une certaine contradiction entre le « principe classique d'indisponibilité du corps humain » et la « circulation économique des éléments et produits du corps humain » qui irait à l'encontre de ce principe d'indisponibilité (J.-R. BINET, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 16 à 16-14 », Fasc. 12, op. cit., n° 117).

toute forme d'appartenance et toute circulation de ces parties du corps et avant lui le juge⁴⁵⁶. Le corps, ses éléments et produits échappent à toute patrimonialisation, ne peuvent appartenir à la personne qui ne peut en disposer même à titre gratuit. Ils restent exclus du commerce juridique, du commerce de patrimoine à patrimoine, l'individu n'en disposant pas juridiquement, ne les ayant pas juridiquement parlant, ne les faisant pas entrer dans le domaine de l'avoir. Il est alors erroné d'affirmer que les parties du corps peuvent faire l'objet d'actes de disposition à titre gratuit ou pire, qu'elles puissent être considérées comme des choses avant tout détachement⁴⁵⁷, leur non-patrimonialité condamnant par anticipation toute velléité d'appropriation et de commercialité, cette dernière serait-elle simplement juridique⁴⁵⁸. Comment dès lors comprendre la possibilité de « faire don » d'éléments et produits du corps humain ?

ii. Le don d'éléments et de produits du corps humain

95. Une terminologie inadéquate. La possibilité de donner un élément ou un produit de son corps semblerait, à première vue, consacrer l'idée d'une disponibilité restreinte du corps humain. Or, le principe de non-patrimonialité s'oppose radicalement à une telle interprétation : le « droit » de la personne sur son corps n'est en rien patrimonial, ni même la « circulation » des éléments et produits qui en sont issus⁴⁵⁹. Aussi faut-il comprendre que l'individu qui fait don de son corps ou de ses éléments et produits ne consent pas à une véritable donation ni même à un acte juridique de disposition. En dépit d'une terminologie inadéquate retenue par le législateur, le « don » d'éléments et produits du corps humain n'est pas une libéralité⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ CA Toulouse, 21 septembre 1987, *D.* 1988, p. 184 : « le corps humain ne peut faire l'objet d'actes d'appropriation ou de disposition ; il fait en effet partie du domaine de l'être et non pas de celui de l'avoir ».

⁴⁵⁷ *Contra.* R. LIBCHABER, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Biens », 2019, n° 102.

⁴⁵⁸ F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 377, 2002, p. 79, n° 99, pour qui « il n'est, en effet, d'aucun intérêt de s'interroger sur l'aptitude à une circulation entre patrimoines de ce qui n'est précisément pas patrimonial ». V. également W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, pp. 606-607, n° 331-1.

⁴⁵⁹ F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil, op. cit.*, p. 166, n° 204 ; R. SAVATIER, « *De sanguine jus* », *D.* 1954, p. 141 sq.

⁴⁶⁰ Comme le souligne Madame Deville, critiquant l'idée que seuls des actes à titre gratuit puissent être passés sur le corps, la terminologie employée par le législateur a contaminé la figure libérale dans sa nature même, notant avec acuité qu'« admettre que ces choses particulières peuvent être l'objet de libéralités mais non d'actes onéreux reviendrait à affirmer que le domaine matériel de la libéralité est plus large que celui de l'espèce onéreux. Cette conclusion heurte quelque peu la logique juridique » (S. DEVILLE, *L'objet de la libéralité*, préf. M. Nicod, Defrénois, coll. « Doctorat & Notariat », t. 49, 2012, p. 42, n° 93).

96. Notion de « donation ». En premier lieu, la donation suppose que le droit que l'on entend transmettre soit patrimonial. S'il s'agit d'un droit réel, une propriété préalable des choses est exigée. Or, les éléments et produits ne se distinguent pas, avant le prélèvement, du corps qui les contient, de sorte qu'étant encore *le corps*, ils ne peuvent constituer des choses appropriées et transmissibles au sens des articles 893 et suivants du Code civil⁴⁶¹. En deuxième lieu, le principe d'anonymat fait obstacle à la condition d'acceptation de la donation émanant du donataire⁴⁶², que le prétendu donateur ne connaît pas sauf nécessité thérapeutique⁴⁶³. En troisième lieu et enfin, le supposé donataire qui se voit greffer un organe ou qui a reçu du sang ne voit pas la valeur de son patrimoine croître, pas plus d'ailleurs que le supposé donateur ne voit la valeur de son patrimoine suivre le chemin inverse puisque le donneur, s'il est mû par une intention altruiste, humaine, n'est nullement mû par une intention libérale consistant à avantager autrui de manière patrimoniale⁴⁶⁴. Ce serait une grave erreur de perspective de croire le contraire⁴⁶⁵. À l'inverse, le donneur n'a pas à l'esprit la satisfaction d'un intérêt qui lui serait propre ou la satisfaction d'une personne déterminée en vertu du principe d'anonymat déjà évoqué, excepté les dons d'organes du vivant des individus, mais bien la satisfaction d'un intérêt impersonnel, celui de la société tout entière, susceptible de profiter du don⁴⁶⁶. Reste alors à expliquer le sens du terme « don » employé par le législateur.

⁴⁶¹ Sur l'unité du corps et de ses parties avant tout prélèvement, Monsieur Binet écrit que « le législateur a fait en sorte qu'aucune des parties du corps ne puisse jamais être considérée indépendamment de l'ensemble dont elle fait partie, c'est-à-dire un corps et à travers ce corps, la personne qui l'habite (...) » (J.-R. BINET, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 16 à 16-14 », Fasc. 20, *op. cit.*, n° 4). Voir également S.-A. DUBERNAT, *La non-patrimonialité du corps humain*, th. Bordeaux IV, 2000, pp. 240-258, n° 253-265 ; F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, *op. cit.*, p. 93, n° 116 ; J.-C. GALLOUX, « *De corpore jus* », *LPA* n° 149, 14 décembre 1994, spéc. n° 3 et du même auteur, « Le corps humain dans le Code civil », art. cité, p. 391 ; I. MOINE, *Les choses hors commerce*, *op. cit.*, p. 153, n° 227. V. également W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, *op. cit.*, p. 614, n° 334-1, qui souligne que « lorsque l'on parle de "don d'organe" [...], on ne saurait y voir une donation au sens du droit civil pour cette raison que l'organe n'est pas, à ce stade, devenu une chose faite de tout détachement [...]. Il s'agit simplement pour le droit de n'autoriser ce détachement qu'à condition qu'il s'opère sans contrepartie financière, afin que la personne ne soit pas tentée d'assurer sa subsistance par sa mutilation ». Dans le même sens, v. S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, préf. E. Loquin, Les Études Hospitalières, coll. « Thèses », 1999, pp. 149 s., n° 203 s. On notera pourtant qu'à l'époque, seul le testament réglait la question du don de soi : Cass. civ., 30 mars 1886, *DP* 1886, 1, p. 451, pour la licéité d'un testament prévoyant le legs d'un cadavre à un établissement d'anatomie ; loi Lafay du 7 juillet 1949, sur la nécessité d'une disposition testamentaire pour faire don de ses cornées.

⁴⁶² C. civ., art. 16-8 et CSP, art. L 1211-5.

⁴⁶³ C. civ., art. 894. Pour les prélèvements d'organes *post-mortem*, le principe d'anonymat ne souffre généralement aucune exception. C'est uniquement pour les donneurs vivants que le principe d'anonymat est contourné, mais dans la seule hypothèse de dons « simples », réalisés dans le cercle familial. En matière de dons croisés, la règle de l'anonymat est parfaitement respectée (cf. *infra* n° 104).

⁴⁶⁴ Cass. 1^{ère} civ., 2 avril 2014, n° 13-14.767, inédit.

⁴⁶⁵ S. DEVILLE, *L'objet de la libéralité*, *op. cit.*, pp. 47-49, n° 104-107.

⁴⁶⁶ F. BELLIVIER et C. NOUVILLE, *Traité des contrats. Contrats et vivant*, *op. cit.*, p. 93, n° 99. D. THOUVENIN, « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », art. cité. V. également J.-M. PUGHON,

97. Notion de « don ». L'emploi du terme « don » incite dans une première approche à considérer que la personne et son corps constituent deux réalités différentes, à dissocier le sujet de l'objet et donc à rendre compte sur un terrain patrimonial de l'opération effectuée⁴⁶⁷. Or, il s'agit encore là d'une erreur de perspective, sans doute liée à la fâcheuse tendance moderne consistant à analyser tout rapport à l'aune d'un droit subjectif. Le don de soi n'est pas consenti sur le modèle d'une libéralité, ni *a fortiori* ne correspond à un acte juridique de disposition entendu *lato sensu*, le principe de non-patrimonialité s'y opposant : aucun transfert de richesse n'est opéré et aucune chose n'est en jeu, sinon simplement la personne elle-même⁴⁶⁸. Il semble en réalité que le don ne soit réalisé qu'à l'occasion d'un acte médical qui n'a, pour origine, rien d'autre que la liberté d'autodétermination du patient⁴⁶⁹ et dont la finalité est purement médicale ou thérapeutique⁴⁷⁰. C'est parce qu'un receveur est en état de nécessité médicale que le don est envisageable et même préconisé, puisqu'il s'agit alors de la seule option valable de guérison. Cette remarque vaut tant pour les allogreffes que pour les dons autologues⁴⁷¹. Il serait en effet incongru de déceler dans le sujet qui s'apprête à subir un don autologue de sang ou de tissus une intention libérale pour son propre compte, alors même qu'il « donne » son sang ou ses tissus dans son seul intérêt ! Seul importe ici son état de nécessité médicale qui commande précisément de recourir au don autologue de sang ou à l'autogreffe pour le soigner de son mal. S'agissant maintenant des allogreffes, le constat est le même, à ceci près que la condition de validité du contrat médical consiste non plus dans la nécessité médicale du donneur mais dans

« L'individu, propriétaire de son corps ? Une réponse entre scolastique juridique et réalisme économique », *L'Europe des libertés*, n° 11, juin 2003, spéc. n° 3.

⁴⁶⁷ S. DUMAS-LAVENAC, « La patrimonialisation du corps humain : introduction juridique », art. cité, p. 47, qui écrit que « la dissociation entre la personne et son corps est [...] devenue un fait que notre droit a bien du mal à assimiler, tant corps et personne sont perçus comme absolument confondus ».

⁴⁶⁸ W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 609, n° 332, pour qui « le corps n'est pas une chose mais ce par quoi la personne agit ; il est le lieu de sa présence au monde [...], le vecteur d'une action ». Et comme le soulignait Nerson, « le corps humain est un objet "corporel", mais il ne peut être assimilé à une chose, car une chose est seulement l'objet corporel qui n'est pas une personne ; or si le corps humain à lui seul n'est pas une "personne", puisque c'est l'union du corps et de l'âme qui constitue l'homme, il est cependant une partie intégrante de la personne humaine, et pour cette raison, il ne peut être compté parmi les parties corporelles impersonnelles du monde extérieur » (R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux, op. cit.*, p. 129).

⁴⁶⁹ Sur la défense de la liberté comme fondement du pouvoir de la personne sur son corps, v. N. ANCIAUX, *Essai sur l'être en droit privé, op. cit.*, pp. 265 s., n° 231 s.

⁴⁷⁰ Sur la différence entre ces termes, voir D. THOUVENIN, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er}, du Code civil », *D.* 2000, p. 485 sq.

⁴⁷¹ L'allogreffe consiste dans le transport d'un organe d'un donneur A vers un receveur B, alors que le don autologue consiste, pour un patient C, dans le fait de bénéficier d'un élément ou produit de son propre corps (prélèvement d'un tissu sur une partie saine du corps puis greffe de ce tissu sur une autre partie par exemple, ou collecte de sang en vue d'une transfusion ultérieure).

l'intérêt thérapeutique du receveur, ainsi que le prévoit l'article 16-3, alinéa 1^{er} du Code civil qui dispose qu'« il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ». En somme, le don de sang ou d'un organe n'est qu'une *conséquence* de l'acte médical dont la validité repose sur une nécessité médicale ou un intérêt thérapeutique⁴⁷². Autrement dit, le don est l'*accessoire* de l'acte médical, l'une de ses expressions et conséquences possibles ; l'objet du contrat médical est le soin du patient, non le don⁴⁷³.

Par conséquent, en donnant un élément ou un produit de son corps, la personne ne prend pas ce dernier pour objet. Elle accepte de subir une atteinte à son intégrité, pour elle-même (autogreffe) ou pour autrui (allogreffe), dans le cadre d'un seul contrat médical. Aucune distance n'existe entre la personne et son corps, la première ne prenant pas pour objet le second, mais acceptant, corps et âme liés et en vertu de sa liberté d'autodétermination la plus élémentaire, qu'une atteinte soit portée à son intégrité⁴⁷⁴. Il est donc possible de dire que les textes encadrant le don d'éléments et produits du corps humain rendent en quelque sorte hommage à l'unité profonde de la personne et de son corps en refusant de reconnaître l'existence d'un *droit subjectif* de la personne sur son corps qui l'autoriserait, juridiquement, à disposer de celui-ci car l'ayant comme objet. Le don n'est au contraire qu'une conséquence de l'acte médical qui a pour origine la liberté corporelle d'autodétermination de chaque personne

⁴⁷² P. HENNION-JACQUET, « Le paradigme de la nécessité médicale », *RDSS* 2007, p. 1038 *sq.*

⁴⁷³ Comp. P. KAYSER, « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », *RTD Civ.* 1971, p. 445, spéc. p. 462, n° 19, relevant que le contrat présidant au prélèvement d'organes n'a pas la personne pour objet, mais un « acte médical ». V. également R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, *op. cit.*, p. 78, n° 143 : « le contrat vise, en effet, le corps du patient, mais en tant que *corps d'une personne et non pas en tant que chose*. C'est pourquoi on doit exclure ici une relation de maîtrise semblable à celle qui existe entre l'homme et l'outil [...]. L'intervention médicale vise à rendre un service au patient. Celui-ci demeure toujours la fin de l'action médicale et non pas un simple moyen pour une fin autre que lui ».

⁴⁷⁴ R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, *op. cit.*, p. 88, n° 161 : « l'être humain ne peut pas se diviser à l'intérieur de soi-même entre un "sujet de droit" et un "objet de droit" sans que son unité la plus radicale soit brisée ». Monsieur Edelman dénonce également l'artifice à dire qu'on vend « quelque chose » de soi, alors que c'est l'essence-même de la personne qui est en jeu (B. EDELMAN, « De la propriété-personne à la valeur-désir », *D.* 2004, p. 155, spéc. n° 15). V. également H. P. VISSER'T HOOFT, « Les actes de disposition concernant le corps humain : quelques remarques philosophiques », in *APD*, t. 24, *op. cit.*, p. 88, spéc. pp. 91-92 ; F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, *op. cit.*, pp. 169-171, n° 207-210 ; F. BELLIVIER et C. NOUVILLE, *Traité des contrats. Contrats et vivant*, *op. cit.*, p. 83, n° 87 et pp. 99-100, n° 104 ; J.-C. GALLOUX, « Le corps humain dans le Code civil », art. cité, p. 392 ; P. LE COZ, « La patrimonialisation du corps humain : aspects philosophiques et enjeux éthiques », art. cité, p. 28. Dans le même sens, Monsieur Dross relève cela dit la gêne à analyser le rapport entre l'homme et son corps sous l'angle d'une liberté, refusant tout bonnement de créer une distance entre l'homme et son corps « pour cette simple raison qu'ils ne se distinguent pas » (W. DROSS *Droit civil. Les choses*, *op. cit.*, p. 609, n° 331-3).

et qui n'a d'objet que son titulaire⁴⁷⁵. Le corps, ses éléments et produits ne sont pas des choses qui feraient l'objet d'un droit de propriété et dont l'individu pourrait se délester au même titre qu'il consentirait à une libéralité. Le principe de non-patrimonialité est ainsi, en fin de compte, doté d'une force entièrement satisfaisante et d'un sens parfaitement clair. C'est par lui que l'on peut mesurer toute l'hostilité du Souverain à admettre que la personne puisse intégrer le domaine des biens.

Ce qui vaut pour le corps, ses éléments et produits *in situ* peut-il également valoir une fois le corps décomposé, désuni, morcelé ? Une chose est certaine : la frontière entre l'être et l'avoir perd en netteté et l'incantation de la non-patrimonialité des éléments et produits du corps paraît ravalée au rang de vœu pieux⁴⁷⁶. Reste à savoir si cette émancipation est encore celle de la personne.

b. La situation du corps, de ses éléments et produits, considérés *ex situ*

98. Autonomisation de la chair. Le principe de non-patrimonialité sert théoriquement de rempart à toute tentative de réification de l'individu dans sa chair, même si des risques de dérives existent⁴⁷⁷. Cependant, une fois la relation primaire dépassée, une fois l'élément ou produit extrait du corps, ce principe perd en autorité selon la destination qui attend cet élément ou produit. La chair se réifie, acquiert une autonomie par sa séparation du corps, autonomie qui la situe dans le monde des choses et même dans celui des biens. La séparation consacre ce passage de l'être à l'avoir⁴⁷⁸. Par le processus même de prélèvement ou de collecte, un

⁴⁷⁵ N. ANCIAUX, *Essai sur l'être en droit privé*, op. cit., p. 275, n° 222 et p. 382 s., n° 327 s.

⁴⁷⁶ F. BELLIVIER et C. NOIVILLE, *Traité des contrats. Contrats et vivant*, op. cit., pp. 73-74, n° 75-76, qui évoquent le décalage entre le « morcellement du corps humain » et le principe de dignité humaine qui impose de voir le corps et la personne comme formant un tout.

⁴⁷⁷ Contrairement à certaines législations étrangères (américaine ou espagnole par exemple), la législation française encadre très fortement les dons d'éléments et produits du corps humain. Or, en matière de dons d'ovocytes, il existe une vraie pénurie, résultant de la lourdeur de l'acte médical et de l'absence de rémunération des donneuses, ce qui incite les femmes à se déplacer à l'étranger pour réaliser de tels actes. Depuis 2011 et pour contrer ce phénomène, mais sans toutefois rémunérer les donneuses, la législation permet cependant à toute femme de donner ses ovocytes et d'en conserver une partie à des fins personnelles. Comme le souligne pourtant Monsieur Binet, il s'agit là d'un « mécanisme d'incitation par fourniture d'une contrepartie. Exit la noblesse du geste et la gratuité désintéressées » (J.-R. BINET, « La gratuité des éléments et produits du corps humain : entre esquive et faux semblant », art. cité, p. 274). Plus grave cependant est l'hypothèse où, dans le cas d'un don croisé d'organes, existe un arrangement entre donneur et receveur. Ainsi, afin d'éviter qu'un donneur retire son consentement et rende *de facto* l'opération impossible, il ne serait pas étonnant, comme le souligne encore l'auteur, qu'un « bon samaritain » se substitue au donneur défaillant, avec un intéressement à la clé en contrepartie (*ibid.*, p. 272-273).

⁴⁷⁸ S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, op. cit., p. 144, n° 199 ; F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, op. cit., p. 94, n° 117 ; F. BELLIVIER et C. NOIVILLE, *Traité des contrats. Contrats et vivant*, op. cit., pp. 135-137, n° 145-149 ; W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, op. cit., p. 614, n° 334-2 ; S. DEVILLE, *L'objet de la libéralité*, op. cit., pp. 44-45, n° 97-98.

changement s'opère dans la nature de la partie considérée et mieux encore qu'un changement, une création : du corps pensé dans sa globalité, indifféremment des parties qui le composent, naît une chose qui n'existait pas avant du fait de sa confusion avec le corps. L'on comprend donc que la protection accordée à la personne ne s'étende plus à ses « démembrements » désormais indépendants⁴⁷⁹ et qui se distinguent du corps, n'étant plus *la personne*. Les éléments et produits du corps humain peuvent dès lors faire l'objet d'un véritable droit de propriété et d'actes de jouissance, en témoigne l'expression pourtant pudique d'« utilisation ultérieure » des éléments et produits du corps humain employée par le Code de la santé publique⁴⁸⁰, qui suggère la possibilité d'un véritable marché des matériaux humains⁴⁸¹ et leur appropriation subséquente⁴⁸².

99. Distinction de l'être et de l'avoir. Mais il n'est pas certain que cette réification soit si complète qu'il y paraît et trahisse le renoncement du Souverain à tenir la personne à bonne distance des biens. Chaque fraction du corps humain conserve en effet une part d'humanité qui commande de la traiter avec respect⁴⁸³, même affranchie des règles de la non-patrimonialité. Chose sacrée, la chair voit son régime osciller entre personne et biens⁴⁸⁴. Si la réification n'est pas contestée, elle demeure donc partielle (i). S'agissant du cadavre et des restes humains, le même constat peut être fait. L'on observe en effet un mouvement de reflux : après avoir été

⁴⁷⁹ G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », art. cité, n° 8 ; F. BELLIVIER et C. NOUVILLE, *Traité des contrats. Contrats et vivant, op. cit.*, p. 92, n° 97. J.-C. GALLOUX, « Le corps humain dans le Code civil », art. cité, p. 387-388 ; W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 613, n° 334.

⁴⁸⁰ CSP, art. L. 1235-2.

⁴⁸¹ J.-C. GALLOUX, « L'utilisation des matériels biologiques humains : vers un droit de destination ? », art. cité ; S. LAPORTE, *La vénalité des éléments du corps humain, op. cit.*, p. 33 s. ; J.-R. BINET, « La gratuité des éléments et produits du corps humain : entre esquivage et faux semblant », art. cité, pp. 265-269.

⁴⁸² J.-R. BINET, *J.-Cl. Civil Code, v° « Art. 16 à 16-14 », Fasc. 20, op. cit.*, n° 81 ; F. BELLIVIER et C. NOUVILLE, *Traité des contrats. Contrats et vivant, op. cit.*, p. 80, n° 83 ; S. DUMAS-LAVENAC, « La patrimonialisation du corps humain : introduction juridique », art. cité, p. 58 ; O. THOLOZAN, « La réification du corps humain en droit civil français », art. cité, p. 18.

⁴⁸³ Pensons notamment aux restes humains qui, une fois utilisés par les hôpitaux ou centres de recherche, doivent être inhumés ou faire l'objet d'une crémation, dans le respect de l'humanité qui fut la leur. V. not. CSP, arts. L. 1232-5 et R. 1211-10. Sur ce point, v. D. DUTRIEUX, « Don du corps à la science et restitution à la famille de la dépouille ou des cendres : les raisons d'un interdit », *LPA* n° 32, 13 février 2015, p. 6 sq.

⁴⁸⁴ W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 613, n° 334, qui écrit que « devenues choses par leur séparation du corps, les produits et les éléments du corps humain doivent-ils pour autant perdre le souvenir tant de leur origine que de leur finalité pour circuler comme de vulgaires biens meubles ? La loi ne le veut pas ». V. également J.-R. BINET, *J.-Cl. Civil Code, v° « Art. 16 à 16-14 », Fasc. 24, 2017, n° 69-70*, qui note que si le sang, « lorsqu'il coule dans les veines, est partie intégrante de l'individu, élément et même prolongement de la personne, hors du commerce [...], une fois prélevé pour être utilisé et spécialement au profit de la santé d'autrui, [il] change de nature ; il devient, peut-être un "bien commun" [...], peut-être une chose et même parfois une marchandise, susceptible d'être commercialisée ». Dans le même sens, F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil, op. cit.*, p. 95, n° 117.

traités comme des choses appropriées, vendus et même exposés, ils tendent à quitter ces habits pour revêtir ceux de la personne, même résiduelle. À leur égard, il semble que leur réification soit contestée (ii).

i. La réification partielle des éléments et produits du corps humain

100. Réification des phanères. L'on observe d'abord la réification des phanères, parties humaines qui échappent expressément au principe de non-patrimonialité et qui peuvent faire l'objet de tout acte juridique au sens large sitôt qu'elles seront séparées du corps⁴⁸⁵. Aussi n'est-il pas étonnant d'apprendre qu'il est tout à fait possible de vendre ses cheveux à des perruquiers, voire ses dents (une fois celles-ci tombées, extraites ou, selon les récits de certains praticiens, ramassées à même le sol une fois venu le crépuscule dans les cimetières) à des futurs chirurgiens-dentistes pour qu'ils s'exercent dessus lors de leur formation⁴⁸⁶.

101. Réification des déchets hospitaliers. C'est également le cas des déchets hospitaliers⁴⁸⁷, considérés comme des choses abandonnées⁴⁸⁸, à moins que le législateur en décide autrement de manière expresse⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ CSP, art. L. 1211-8, comme exception à CSP, art. L. 1211-2 s. Les phanères sont les ongles, poils, dents et cheveux.

⁴⁸⁶ Comme l'explique Monsieur Decocq, « l'étendue de la liberté contractuelle à l'égard des ventes de cheveux ou de lait maternel s'explique par l'harmonie qui existe entre la fonction de service de la personne de ces éléments et leurs fonction (sic.) de satisfaction des intérêts des tiers [...]. L'allaitement, comme la coupe des cheveux ne sont pas de nature à nuire, dans la moindre mesure que ce soit, à la conservation de la personne. C'est là, à n'en pas douter, la raison pour laquelle les contrats dont ils font l'objet ont toujours été reconnus, implicitement, valables » (A. DECOQC, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, préf. G. Levasseur, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 21, 1960, p. 32, n° 40).

⁴⁸⁷ CSP, art. R. 1335-1. V. également la loi n° 75-633 du 15 juillet 1975 relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux. Cela dit, si ces rebuts du corps sont considérés comme des choses, il est en pratique bien rare qu'un destin marchand les attende, puisque ces choses ont vocation à être éliminées pour des raisons sanitaires évidentes et puisqu'il est, *a priori*, impossible voire inutile de les exploiter dans un quelconque but (v. en ce sens CSP, art. R. 1335-2).

⁴⁸⁸ La qualification de chose abandonnée est cependant inexacte car une chose abandonnée est, avant son abandon, l'objet d'un droit de propriété. La qualification plus exacte serait celle de chose sans maître ; le premier s'en emparant devenant propriétaire.

⁴⁸⁹ En ce sens, le régime du placenta, du sang de cordon et des cellules hématopoïétiques qui en sont issues doit être précisé. Durant de longues années et sitôt les vertus thérapeutiques du placenta mises à jour, il était fréquent, de mémoire de médecin, de voir les laboratoires pharmaceutiques ou de cosmétiques faire la queue à la sortie des maternités pour recueillir ce produit aux vertus prodigieuses et dont les utilisations étaient très variées. Fréquemment utilisé pour développer des traitements contre des maladies héréditaires ou orphelines, le placenta était également utilisé pour fabriquer des pommades et même des cosmétiques, sans compter ses utilisations dans des préparations alimentaires pour les plus téméraires. Considéré comme un déchet hospitalier, le placenta – et les cellules qu'il contenait – pouvait donc être récupéré et suivre des chemins des plus étonnants, à condition que la femme, au moment de l'accouchement, ne s'y oppose pas. La donne changea pourtant à compter de la loi du 7 juillet 2011, qui cessa de considérer le placenta, le sang de cordon et les cellules hématopoïétiques qu'ils contiennent comme des déchets hospitaliers et qui les traita comme des ressources devant être mutualisées, limitant

102. Réification des tissus et cellules. C'est encore le cas des tissus et cellules d'origine humaine destinés notamment à la fabrication industrielle de médicaments⁴⁹⁰ ainsi que des produits de thérapie génique préparés industriellement et dont le régime dépend des dispositions relatives aux produits pharmaceutiques⁴⁹¹ : ces produits cellulaires à finalité thérapeutique et ces produits de thérapie génique fabriqués industriellement relèvent des dispositions relatives aux médicaments⁴⁹², pouvant faire l'objet d'importations et d'exportations après autorisation préalable délivrée par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM)⁴⁹³.

103. Réification du sang. L'on observe ensuite et surtout la réification du sang collecté et plus particulièrement des produits sanguins stables. Initialement pourtant, le législateur se refusait à considérer le sang comme une chose et même comme un bien et ce, que le sang soit collecté ou non⁴⁹⁴. Bien que les tribunaux statuaient également en ce sens⁴⁹⁵, la position du droit français a dû évoluer au tournant des années 1990 sous l'influence de plusieurs facteurs. D'abord, une Directive européenne du 14 juin 1989 a rendu applicables aux médicaments composés à partir de sang les règles relatives aux médicaments en général, telles qu'elles résultent des Directives du 26 janvier 1965 et du 20 mai 1975⁴⁹⁶. Postérieurement à sa collecte, le sang, au regard des utilisations dont il pouvait être l'objet, comme notamment la fabrication de médicaments, a alors pu être considéré comme une chose. Ensuite, et alors que le scandale

ainsi les utilisations qui pouvaient en être faites (v. not. sur la question L. MAEVILLE et I. HAYE, « Le sang de cordon ombilical n'est plus un déchet opératoire », *D.* 2011, p. 2215 *sq.*). Depuis lors, leur prélèvement et leur utilisation ne peuvent plus se faire qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques et en tout cas allogéniques, dans le cadre d'un don anonyme et gratuit à autrui. Ils se trouvent soumis, non plus à l'absence d'opposition de la patiente au moment de l'accouchement, mais à son consentement exprès durant sa grossesse, conformément aux articles L. 1245-2 et L. 1241-1 al. 4 du Code de la santé publique. Cependant, dans une ordonnance datée du 21 novembre 2016, le tribunal de Grasse a semblé revenir sur ce statut, en autorisant, pour la première fois en France, un couple à conserver les cellules souches issues du cordon ombilical de leur nouveau-né, anticipant ainsi les risques – élevés – que leur enfant développe une maladie grave au cours de sa vie (les médecins ayant découvert des pathologies héréditaires lourdes dans les familles des parents). Sur cette question, v. A. MARAIS, « Conserver, aujourd'hui, le sang du cordon ombilical d'un enfant, en vue de le soigner, demain », *D.* 2017, p. 496 *sq.*

⁴⁹⁰ CSP, art. L. 1245-5 et R. 1245-13.

⁴⁹¹ CSP, art. L. 5111-1 s.

⁴⁹² CSP, art. L. 1243-1, al. 2.

⁴⁹³ CSP, art. L. 5124-13.

⁴⁹⁴ R. SAVATIER, « *De sanguine jus* », art. cité, p. 141.

⁴⁹⁵ CA Paris, 25 avril 1945, *D.* 1946, p. 290. Il ressort de cet arrêt que la transfusion sanguine ne peut être assimilée à une vente de sang sinon à un acte thérapeutique, déchargeant par conséquent le médecin de son obligation de garantir les vices cachés dans l'hypothèse où le receveur aurait été contaminé par une maladie.

⁴⁹⁶ Directives n° 89/381/CEE du 14 juin 1989, n° 65/65/CEE du 26 janvier 1965 et n° 75/319/CEE du 20 mai 1975.

du sang contaminé venait d'éclater en France, le législateur a confirmé, par la Loi du 4 janvier 1993, que le sang en lui-même et en ses composants, de même que certains produits préparés à partir de ceux-ci, constituaient des médicaments, suivi en cela par les tribunaux qui ont également fini par admettre que le sang était une marchandise pouvant faire l'objet d'un contrat de fourniture rendant les centres de transfusions débiteurs d'une obligation de résultat à l'égard des patients transfusés⁴⁹⁷. Enfin, le législateur a entériné, par la Loi du 6 août 2004, l'entrée du sang et de ses dérivés dans la catégorie des choses et des biens, en étendant la liste des préparations pouvant être réalisées à partir de ces produits⁴⁹⁸.

Pourtant, le statut du sang collecté diffère selon la destination de celui-ci. L'on distingue en effet les produits sanguins stables (PSS) des produits sanguins labiles (PSL). Contrairement aux PSS, les PSL échappent par définition à toute idée de profit et à toute logique marchande. L'existence d'un tarif de cession unique et réglementé pratiqué par l'Établissement français du sang (EFS), qui a pour mission de préparer et de distribuer les PSL, permet précisément à l'EFS de ne pas être lié aux impératifs d'un marché, sinon de donner à cet organisme les moyens d'assurer la mission de santé publique dont elle a la charge⁴⁹⁹. Aussi comprend-on que l'activité transfusionnelle ne puisse aucunement s'inscrire dans un véritable circuit économique marchand.

En revanche, les PSS peuvent parfaitement être appréhendés comme des biens⁵⁰⁰, étant d'ailleurs expressément qualifiés de médicaments dérivés du sang et considérés comme des marchandises⁵⁰¹, d'autant plus que leur distribution est réalisée non pas par l'EFS mais par le

⁴⁹⁷ TGI Paris, 1^{er} juillet 1991, *JCP G* n° 48, 27 novembre 1991, II, 21762, obs. M. Harichaux ; CA Paris, 28 novembre 1991, *JCP G* n° 8, 19 février 1992, II, 21797, obs. M. Harichaux ; TGI Toulouse, 16 juillet 1992, *JCP G* n° 50, 9 décembre 1992, II, 21965, obs. X. Labbée ; T. Corr. Paris, 23 octobre 1992, *D.* 1993, p. 222, obs. A. Prothais ; CA Paris, 13 juillet 1993, obs. A. Prothais, *D.* 1994, p. 118. V. enfin Cass. crim., 22 juin 1994, n° 93-83.900, *Bull. crim.*, n° 248.

⁴⁹⁸ CSP, art. L. 1221-8 al. 1. V. également J.-R. BINET, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 16 à 16-14 », Fasc. 24, *op. cit.*, n° 61 s.

⁴⁹⁹ CSP, arts. L. 1221-2 et L. 1221-9. V. également l'arrêté du 26 décembre 2018 modifiant l'arrêté du 9 mars 2010 modifié relatif au tarif de cession des produits sanguins labiles, *JORF* n° 0300 du 28 décembre 2018. Sur ce point, V. R. SAVATIER, « *De sanguine jus* », art. cité, p. 142 ; M.-A. HERMITTE, « Le corps hors du commerce, hors du marché », in *APD*, t. 33 : *La philosophie du droit aujourd'hui*, Sirey, 1988, p. 323 *sq.* ; J.-R. BINET, « La gratuité des éléments et produits du corps humain : entre esquivage et faux semblant », art. cité, p. 268. Le même constat s'impose s'agissant du lait maternel, dont la collecte et l'utilisation sont pareillement encadrées (CSP, arts. L. 2323-1 et D. 2323-4. V. également l'arrêté du 18 mars 2009 relatif au prix de vente et au remboursement par l'assurance maladie du lait humain, *JORF*, n° 70 du 24 mars 2009, p. 5262).

⁵⁰⁰ Le même constat peut être fait pour les tissus et cellules d'origine d'humaine destinés notamment à la fabrication industrielle de médicaments, des produits cellulaires à finalité thérapeutique et des produits de thérapie génique fabriqués industriellement, dont le régime relève des dispositions relatives aux produits pharmaceutiques (CSP, arts. L. 1243-1, al. 2, L. 1245-5, R. 1245-13 et L. 5111-1 s.).

⁵⁰¹ CSP, arts. L. 1221-8 et L. 5121-1 s. Sur ce point, v. F. BELLIVIER et C. NOUVILLE, *Traité des contrats. Contrats et vivant*, *op. cit.*, p. 121, n° 131.

Laboratoire français du fractionnement et des biotechnologies, qui est une société anonyme dont les activités vont de la recherche à la production et à la commercialisation de médicaments dérivés du sang⁵⁰². Le régime des PSS obéit cela dit à un régime de patrimonialité restreinte, puisque leur circulation dépend notamment d'une autorisation de mise sur le marché⁵⁰³, d'une validation par l'ANSM antérieurement à toute importation ou exportation⁵⁰⁴ et suppose au préalable que la collecte du sang ait été faite dans le respect des principes de sécurité sanitaire, d'anonymat, de gratuité, de non-patrimonialité et à condition naturellement que le consentement du donneur ait été recueilli⁵⁰⁵. Si donc la réification des PSS est admise, leur patrimonialité incomplète demeure le témoin d'une réification limitée, pour la raison que s'il s'agit d'une chose qui n'est plus la personne, son régime porte en lui le souvenir de la personne qui l'a accueillie.

104. Réification des organes ? L'on observe enfin la réification des organes prélevés sur les donneurs décédés, bien que celle-ci soit encore très encadrée. Tout comme la finalité première de la collecte de sang est la transfusion, la finalité première du prélèvement d'organes est la greffe⁵⁰⁶. Dans cette hypothèse, que le donneur soit vivant ou décédé⁵⁰⁷, il est évident que l'organe n'a nullement vocation à suivre un chemin marchand, étant destiné principalement à une activité thérapeutique. D'ailleurs, les prélèvements d'organes sur des donneurs vivants ne peuvent être réalisés qu'à cette fin⁵⁰⁸ : il est ainsi interdit de réaliser un prélèvement à des fins scientifiques ou diagnostiques sur un donneur vivant, puisque la finalité du prélèvement est le

⁵⁰² CSP, art. L. 5124-14.

⁵⁰³ CSP, art. L. 5121-8.

⁵⁰⁴ CSP, art. L. 5124-13.

⁵⁰⁵ CSP, arts. L. 1221-3 à L 1221-7.

⁵⁰⁶ CSP, art. L. 1231-1 A. On dénombra à ce sujet 49 198 personnes greffées en France entre 2006 et 2015, pour un total de 57 171 personnes porteuses d'un greffon fonctionnel en 2015, année durant laquelle 5 746 greffes ont été réalisées (Source : www.dondorganes.fr).

⁵⁰⁷ Notons que la grande majorité des prélèvements a lieu sur des cadavres en raison de la règle du consentement présumé qui existe depuis la loi « Caillavet » du 22 décembre 1976 qui vise à lutter contre la pénurie d'organes sains qui peuvent être greffés à des individus dans le besoin. Cela dit, cette règle peut être mise en échec par l'inscription de la personne au registre national des refus ou par la manifestation d'une volonté contraire, réitérée par la famille (CSP, arts. L. 1232-1 et R. 1232-6).

⁵⁰⁸ CSP, art. L. 1231-1.

soin d'une personne du cercle familial du donneur⁵⁰⁹, à l'exception des dons croisés d'organes⁵¹⁰ et des greffes en domino⁵¹¹.

La question de la réification des organes ne se pose donc que concernant les donneurs décédés. Contrairement aux prélèvements réalisés sur des donneurs vivants, ceux réalisés sur des cadavres peuvent être guidés par un objectif non seulement thérapeutique mais également scientifique, ce qui ouvre à ces organes la voie d'une possible réification⁵¹². Mais c'est à la condition que l'organe prélevé ne puisse être en l'état greffé à un individu inscrit sur la liste d'attente des receveurs potentiels. De toute évidence, prélever, dans un but scientifique ou de recherche, un organe fonctionnel qui peut être greffé à un patient, irait à l'encontre de la finalité première du prélèvement qui est la greffe et rendrait vains les efforts mis en œuvre depuis la Loi Caillavet du 22 décembre 1976 qui a systématisé les prélèvements d'organes. Cette hypothèse mise à part, la réification des organes prélevés dans un but scientifique reste concevable, la condition étant que le protocole scientifique soit validé en amont par l'Agence de la biomédecine et éventuellement par le ministre chargé de la recherche⁵¹³. Tout comme les PSS, les organes, tissus et cellules prélevés sur un individu peuvent en effet faire l'objet d'importations et d'exportations, à la condition que le ministre compétent ait donné son autorisation, après avis de l'Agence de la biomédecine⁵¹⁴ et à condition qu'ils aient été prélevés dans le respect des règles posées par le Code de la santé publique (sécurité sanitaire, anonymat, gratuité, non-patrimonialité)⁵¹⁵. Mais les limites entourant leur appropriation et leur disposition sont le signe, encore une fois, que la réification de ces choses est limitée.

⁵⁰⁹ CSP, art. L. 1231-1.

⁵¹⁰ Le don croisé d'organes, qui a été autorisé par la loi du 7 juillet 2011, permet à un receveur R1, non compatible avec un donneur D1 de son cercle familial, de recevoir un organe d'un donneur D2 lui-même non compatible avec un receveur R2 de son propre cercle familial. Dans ce schéma, chaque donneur des deux paires donne un organe au receveur de l'autre paire, qui conserve son anonymat (CSP, art. L. 1231-1, al. 3).

⁵¹¹ La greffe en domino concerne un donneur vivant présumé. Sauf opposition de sa part, les organes prélevés à l'occasion d'une intervention chirurgicale pratiquée dans son intérêt pourront être utilisés pour soigner autrui (CSP, arts. L. 1211-2, L. 1235-2 et L. 1245-2). La greffe en domino met en jeu généralement un patient atteint de mucoviscidose, dont les poumons sont atteints, et à qui on retirera, outre les poumons atteints, également son cœur. A ce patient, on greffera un nouveau bloc cœur-poumons provenant d'un donneur décédé. Quant à son cœur, on le greffera à une autre personne en attente d'une greffe cardiaque.

⁵¹² CSP, art. L. 1232-1.

⁵¹³ CSP, art. L. 1232-3.

⁵¹⁴ CSP, art. L. 1235-1, al. 3. V. plus généralement CSP, arts. L. 1243-2, L. 1245-5, R. 1235-2 s. et R. 1245-2. Sur la question, v. J.-R. BINET, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 16 à 16-14 », Fasc. 22, 2016, n° 205 ; F. BELLIVIER et C. NOIVILLE, *Traité des contrats. Contrats et vivant, op. cit.*, pp. 162-165, n° 185-189.

⁵¹⁵ CSP, arts. R. 1235-1 s.

105. Mesure de la réification. Chaque élément et produit du corps, une fois extrait de sa matrice, devient incontestablement une chose, parfois même un bien. La frontière entre la personne et les biens est donc poreuse. Mais cette porosité doit être correctement appréciée : ce n'est plus la personne qui est en jeu mais une partie désormais autonome, dont le régime demeure cependant marqué d'une certaine sacralité. Tel est le paradoxe : si le Souverain refuse de tenir la personne pour un bien, il parvient malgré tout à étendre la qualification de biens à des objets qui furent la personne.

S'agissant du cadavre et des restes humains, leur réification est cette fois-ci plus radicalement contestée, le respect dû au cadavre empêchant sa réification.

ii. La réification contestée du cadavre et des restes humains

106. Statut du cadavre. Le statut juridique du cadavre témoigne encore de la porosité des frontières entre les personnes et les choses. Incontestablement, le cadavre n'étant plus une personne⁵¹⁶, il est censé devenir une chose⁵¹⁷. Mais est-ce à dire que cette chair sans âme soit devenue un bien ? Une réponse négative doit s'imposer. Le législateur traite en effet le cadavre comme une « personne résiduelle »⁵¹⁸. Ainsi exige-t-il, à l'article 16-1-1 du Code civil, que l'on accorde aux défunts le même respect qu'aux vivants. Ainsi règle-t-il encore le sort du cadavre, à l'article 225-17 du Code pénal, dans un chapitre consacré à la dignité de la *personne*. Le cadavre n'est pas une chose comme les autres. Son statut si particulier doit se comprendre à l'aune de l'humanité qui fut celle du défunt. Comme le souligne Monsieur Loiseau, ce passage de l'état de personne à l'état de chose s'opère « dans le souvenir de cette personne qui a été »⁵¹⁹. Les tribunaux ont d'ailleurs eu l'occasion de le rappeler à plusieurs reprises⁵²⁰. « Représentation

⁵¹⁶ G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », art. cité, n° 8 ; X. LABBÉE, « La valeur des choses sacrées ou le prix des restes mortels », *D.* 2005, p. 930 *sq.* V. également M. CORNU, « Le corps humain au musée, de la personne à la chose ? », *D.* 2009, p. 1907 *sq.* À propos d'un dépôt de cadavre, v. not. Cass. 2^{ème} civ., 17 juillet 1991, n° 90-14.441, *Bull. civ.* II, n° 233.

⁵¹⁷ D'aucuns considèrent ainsi que le cadavre, en tant que chose, peut se trouver sous la garde d'une personne. Ainsi est-ce l'opinion de Monsieur Bert qui justifie, sur le fondement des troubles anormaux du voisinage, l'engagement de la responsabilité de la fille d'une personne décédée et dont le cadavre en décomposition avait occasionné des dommages à un appartement voisin (D. BERT, obs. sous CA Paris, 28 janv. 2009, n° 07/06322, *D.* 2009, p. 1804). S'agissant de la mise sous séquestre d'un cadavre, v. not. A. TOUZAIN, *La consignment*, th. Paris II, 2018, p. 43, n° 78.

⁵¹⁸ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé, op. cit.*, p. 32, n° 12.

⁵¹⁹ G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », *D.* 2006, p. 3015, spéc. n° 6. Dans le même sens, v. J. SAVATIER, « Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui », *LPA* n° 149, 14 décembre 1994.

⁵²⁰ TGI Lille, 5 décembre 1996, *D.* 1997, p. 376, obs. X. Labbé : la dépouille mortelle fait l'objet d'un droit de copropriété familial. TGI Lille, 10 novembre 2004, n° 03/02059 : la dépouille mortelle d'un individu « demeure

de l'humanité » pour les uns⁵²¹, « fondement de l'humanité » pour les autres⁵²², le cadavre bénéficie de la même protection que le corps en vie, devant être traité avec dignité.

107. Des cadavres exposés. Telle fut la ligne suivie par la Cour de cassation dans un arrêt du 16 septembre 2010⁵²³ par lequel elle a confirmé l'interdiction de la tenue d'une exposition – « *Our Body* » – mettant en scène des cadavres d'opposants politiques chinois extrêmement bien conservés, imputrescibles, dans des scènes de tous les jours : à table, en train de faire du sport, au travail, etc. Confirmant l'arrêt d'appel, la Cour de cassation a débouté l'organisateur de l'exposition sur le fondement de l'article 16-1-1, alinéa 2, du Code civil, soulignant que « les restes des personnes décédées doivent être traités avec respect, dignité et décence » et que « l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît cette exigence ». La doctrine, quasi-unanime, a salué cette décision. Comme l'écrit ainsi Monsieur Edelman, « un cadavre n'est pas de la glaise qu'un sculpteur peut modeler à sa guise : c'est de la chair humaine, et la réduction de cette chair à du “matériau” – fût-ce à des fins artistiques – porte atteinte au respect dû aux “restes humains” »⁵²⁴.

108. Un fondement critiquable. Cette réaction a cependant de quoi surprendre et tout particulièrement le fondement invoqué – la dignité – pour justifier une telle interdiction⁵²⁵. S'il est compréhensible que l'atteinte à la dignité des cadavres soit éventuellement caractérisée par leur mise en scène morbide – encore est-ce là une affaire de sensibilité – et si de toute évidence le cadavre n'est pas une chose ordinaire, il est parfaitement regrettable de lier la

un objet de respect dont le caractère sacré est rappelé par l'article 16-1 du code civil », et doit être traitée avec dignité.

⁵²¹ M. CORNU, « Le corps humain au musée, de la personne à la chose ? », art. cité.

⁵²² X. LABBÉE, « La valeur des choses sacrées ou le prix des restes mortels », art. cité.

⁵²³ Cass. 1^{ère} civ., 16 septembre 2010, n° 09-67.456, *Bull. civ. I*, n° 174.

⁵²⁴ B. EDELMAN, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 septembre 2010, *D.* 2010, p. 2754, spéc. n° 6. Dans le même sens, P. LE COZ, « La patrimonialisation du corps humain : aspects philosophiques et enjeux éthiques », art. cité, pp. 32-33. V. également F. ROME, « Le cadavre humain, hors du marché », *D.* 2010, p. 2145 *sq.*

⁵²⁵ Sur ce point, v. E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », *D.* 2008, p. 2730, spéc. n° 11. Sur la contingence de la notion de dignité humaine, voir A. LECA, « *Corpus id est persona* ? Réflexions à propos de la situation juridique du corps humain », art. cité, p. 77, qui note que « la dignité n'est pas un droit, mais un principe qui ne tient aucun compte des aspirations de l'individu », ajoutant que le pouvoir de l'individu sur son corps « est au croisement de deux exigences qui ne peuvent pas primer à titre exclusif : la volonté de la personne et celle de l'État ».

dignité au but prétendument commercial poursuivi par l'exposition⁵²⁶. Car ce qui dérange visiblement les juges de la Cour de cassation ici est moins la mise en scène elle-même de cadavres que la recherche du « profit ou la recherche du sensationnalisme »⁵²⁷. Or, si la question de la dignité est davantage rattachée au but économique de l'exposition qu'à la mise en scène des cadavres, quelle différence y aurait-il entre exposer des cadavres dans des musées et faire payer des visiteurs pour voir les corps momifiés du Louvre ou les écorchés de Fragonard, vendre des reliques saintes aux enchères ou conserver des têtes jivaros et maories dans les collections publiques ? Ne peut-on s'offusquer de l'exposition de ces « choses » aussi bien que de celle de cadavres plastinés ? Mieux, ne peut-on critiquer la reconnaissance d'un droit de propriété sur de tels restes humains ?

109. Des cadavres appropriés. C'est pourtant ce qu'a retenu la Cour administrative d'appel de Douai dans un arrêt du 24 juillet 2008 en refusant de soumettre les têtes maories du muséum de Rouen aux dispositions de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994⁵²⁸. En l'espèce, les juges ont confirmé un jugement rendu par le tribunal administratif de Rouen qui avait, sur déféré du préfet de la Seine-Maritime, annulé la délibération du conseil municipal autorisant la restitution à la Nouvelle-Zélande d'une tête maorie détenue depuis 1875 par le muséum d'histoire naturelle de Rouen. Rejetant l'application des articles 16-1 et suivants du Code civil, la Cour administrative d'appel a fait prévaloir les articles L. 451-3, 451-4 et 451-5 du Code du patrimoine, prévoyant l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité des biens constituant les collections des musées de France, et reconnaissant en tout état de cause l'appropriation par une personne publique de ces restes humains.

110. Le paradoxe du statut du cadavre. Le paradoxe est flagrant : d'un côté, l'on reconnaît les restes humains comme des choses appropriées⁵²⁹ ; de l'autre, l'on invoque la dignité de la personne qui fut pour refuser de considérer ces restes humains comme de vulgaires choses. Deux arguments ont alors pu être avancés pour tenter d'expliquer cette différence, l'un tenant à l'écoulement du temps qui « [épuiserait] en partie la charge juridique du respect dû à

⁵²⁶ Ainsi d'ailleurs que l'écrivait Monsieur Hauser, « on peut ne pas être convaincu par l'argument selon lequel la finalité commerciale constituerait, à elle seule, une atteinte au respect, à la dignité et à la décence » (J. HAUSER, « La mort en ce jardin : suite et fin », *D.* 2010, p. 760).

⁵²⁷ B. EDELMAN, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 septembre 2010, préc., art. cité, n° 8.

⁵²⁸ CAA Douai, 24 juillet 2008, n° 08DA00405.

⁵²⁹ Propriété que le Commissaire au gouvernement justifie, qui plus est, comme moteur à la promotion de la science et de la technique (J. LEPERS, « Un reste humain peut-il appartenir au domaine public ? », *AJDA* 2008, p. 1896 sq.).

l'intégrité de la dépouille »⁵³⁰, l'autre tenant à la respectabilité des expositions ou ventes ayant pour objet des restes humains, sans recherche du « lucre » ou du « profit »⁵³¹. Aucun de ces arguments ne convainc entièrement.

L'écoulement du temps ne saurait d'abord constituer un critère suffisant pour justifier une telle différence de traitement. C'est ainsi que le Parlement a voté, par une loi n° 2002-323 du 6 mars 2002, la restitution par la France à l'Afrique du Sud de la dépouille mortelle de Saartjie Baartman, connue comme la « Vénus hottentote » et qui, de son vivant, était la pièce maîtresse d'un zoo humain en plein cœur de Londres au début du XIX^{ème} siècle. De même, par une autre loi spéciale n° 2010-501 du 18 mai 2010, le Parlement a finalement autorisé la restitution par la France à la Nouvelle-Zélande des têtes maories qui, jusqu'ici, faisaient partie du domaine public. L'écoulement du temps n'explique donc pas tout.

La respectabilité des expositions ne saurait ensuite constituer non plus un pareil critère. Pourtant, dans l'affaire *Our Body*, un véritable procès d'intention est fait à l'encontre du public de l'exposition interdite. Sous la plume de plusieurs auteurs, l'on peut en effet lire qu'il serait interdit de se faire de l'argent sur l'exposition de cadavres puisque, « moins qu'une envie de savoir, c'est un désir de voir des morts qui constitue la clé du succès de ces manifestations », et puisqu'à la différence des écorchés de Fragonard ou des momies du Louvre, les musées n'auraient « pas vraiment d'ambition lucrative », sinon une « finalité cognitive historique qui supplante la recherche éventuelle d'un profit »⁵³². Curieuse image des musées qui est ici donnée, comme s'ils pouvaient presque se passer de l'argent de leurs visiteurs⁵³³ ! Curieuse image également des centres d'art contemporain (l'exposition « *Our Body* » ayant été accueillie dans de tels lieux) qui seraient tout à la fois avides de profit et experts dans l'obscénité⁵³⁴... Quoi qu'il en soit, à s'en tenir à ces arguments, la respectabilité de l'exposition tiendrait moins au contenu proposé qu'à l'intention (visiblement malsaine) du public qui s'y rend, ce qui est une offense au bon sens : la dignité des morts n'est menacée que par la mise en scène sordide

⁵³⁰ M. CORNU, « Le corps humain au musée, de la personne à la chose ? », art. cité.

⁵³¹ F. ROME, « Le cadavre humain, hors du marché », art. cité, p. 2145, qui souligne que la Cour de cassation « rappelle seulement avec force que le corps ne peut pas être mis sur le marché dans une perspective de lucre et de profit », ou que « toute exploitation du corps vivant ou mort, dans une perspective purement mercantile, est prohibée », ou encore que « le droit du public à la connaissance scientifique est paralysé lorsque l'exposition du cadavre porte atteinte, en raison de sa finalité commerciale, à la personne dans son humanité même ».

⁵³² G. LOISEAU, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 septembre 2010, préc., *D.* 2010, p. 2750 *sq.*

⁵³³ Monsieur Hauser notait également que « l'entrée dans les musées publics ou privés n'est généralement pas gratuite » (J. HAUSER « La mort en ce jardin : suite et fin », art. cité, p. 760).

⁵³⁴ Rappelons brièvement que les centres d'art contemporain, notamment à Lyon et Marseille, qui ont accueilli cette exposition, sont gérés par des associations ou des fondations reconnues d'utilité publique, et bénéficient de subventions publiques, sur un modèle proche des musées.

dont ils sont les « acteurs » et non par le but prétendument commercial poursuivi par l'exposition.

111. Éléments de réponse. Le statut du cadavre ou des restes humains manque d'unité. Néanmoins, une tendance semble se dessiner : celle d'un mouvement de reflux. Après s'être émancipée de la sphère des personnes pour intégrer celles des choses et des biens, la dépouille fait le chemin inverse. L'écoulement du temps ne semble en effet plus jouer en faveur d'une réification, même partielle, de ces restes humains, pas plus d'ailleurs que la domanialité publique ne trouve d'occasions de déroger aux règles impératives du Code civil sur la question, le législateur étant intervenu par deux lois spéciales pour reconnaître le caractère presque sacré de ces objets si particuliers⁵³⁵. Si le cadavre est une chose n'abritant plus la personne, il ne s'agit pas pour autant d'un bien. C'est également en ce sens qu'il faut analyser la récente instruction de la Congrégation pour les causes des saints sur les reliques dans l'Église, datant du 8 décembre 2017. À travers elle, le Saint-Siège a en effet rappelé son opposition radicale au commerce de ces pièces (article 25), en conformité d'ailleurs avec l'article 16-5 du Code civil qui prohibe la vente d'éléments du corps humain⁵³⁶.

112. Ambivalence du statut du corps, de ses éléments et produits. Le corps, ses éléments et produits doivent être fermement distingués des choses. C'est là le sens du principe de non-patrimonialité posé par l'article 16-5 du Code civil qui interdit de les considérer, avant tout prélèvement ou toute collecte, comme des choses. Force est pourtant de constater que le corps, ses éléments et produits peuvent « devenir » des choses et même des biens. C'est là toute « l'ambivalence de l'approche juridique du corps humain »⁵³⁷. Mais il faut prendre la mesure de cette ambivalence. Les éléments et produits du corps humain qui s'en détachent irrémédiablement intègrent, par cette seule séparation, le domaine de l'avoir et cessent, par cette seule séparation, d'être *la personne*. Il est donc moins question d'une transformation de la personne en chose, comme si elle portait en elle les moyens de sa patrimonialisation, que de la

⁵³⁵ Plaidant pour une prise en compte du « sacré » par le droit, v. X. LABBÉE, « Les « choses sacrées » existent à nouveau en droit », *JCP G* n° 5, 31 janvier 2011, 104 et du même auteur, « Sacré cadavre », *JCP G* n° 8, 21 février 2011, 197.

⁵³⁶ Rappr. X. LABBÉE, « Les reliques sacrées sont hors du commerce », *JCP G* n° 50, 10 décembre 2012, 1322.

⁵³⁷ J.-R. BINET, « La gratuité des éléments et produits du corps humain : entre esquivage et faux semblant », art. cité, p. 265. Dans le même sens, regrettant la difficulté de « dégager des statuts qui sont reconnus aux différentes parties du corps humain une logique cohérente », v. M.-A. HERMITTE, « Le corps hors du commerce, hors du marché », art. cité, p. 329.

création d'une chose par le seul fait d'un détachement où la personne n'est plus en jeu⁵³⁸. Paradoxalement, ces choses qui peuvent être appropriées, à l'exception du cadavre et des restes humains, n'épousent qu'imparfaitement le régime des biens, pour la raison précise que les ramifications considérées de manière autonome conservent une part irréductible de la personne qui les a contenues. Si la distinction des personnes et des biens se voit remise en question, c'est donc de manière très limitée.

2. Le statut des attributs de la personnalité

113. Définition des attributs de la personnalité. Quoique d'aucuns aient pu nier leur existence⁵³⁹, il semble aujourd'hui acquis que les droits de la personnalité existent comme de véritables droits subjectifs⁵⁴⁰. Les droits de la personnalité peuvent être définis comme des prérogatives servant à assurer la défense des intérêts moraux d'une personne⁵⁴¹ et ayant

⁵³⁸ En ce sens, v. N. ANCIAUX, *Essai sur l'être en droit privé*, *op. cit.*, p. 403 s., n° 348 s.

⁵³⁹ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, p. 364 ; P. ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personnalité. Une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, th. Dijon, 1978, pp. 291 s., n° 291 s. ; T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD Civ.* 2007, p. 227, spéc. pp. 244 s. ; P. BERLIOZ, *La notion de bien*, *op. cit.*, pp. 486-487, n° 1556-1561.

⁵⁴⁰ J.-C. SAINT-PAU, « La distinction des droits de la personnalité et de l'action en responsabilité civile » in *Études offertes à Hubert Groutel*, Litec, 2006, p. 405, spéc. pp. 411 s. ; A. LEPAGE, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Droits de la personnalité », 2020, n° 21 ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. 2 : *Les personnes. La personnalité. Les incapacités*, 8^{ème} éd. par F. CHABAS et F. LAROCHE-GISSEROT, Montchrestien, 1997, p. 375 et s., n° 787 et s. ; N. ANCIAUX, *Essai sur l'être en droit privé*, *op. cit.*, p. 476, n° 413.

⁵⁴¹ P. KAYSER, « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », art. cité, p. 492, n° 36 s. ; J.-M. BRUGUIÈRE, « “Droits patrimoniaux” de la personnalité. Plaidoyer en faveur de leur intégration dans une catégorie des droits de la notoriété », *RTD Civ.* 2016, p. 1, spéc. n° 3 ; T. HASSLER, « La crise d'identité des droits de la personnalité », *LPA* n° 244, 7 décembre 2004, p. 3 *sq.* ; N. ANCIAUX, *Essai sur l'être en droit privé*, *op. cit.*, p. 476, n° 413.

pour objet la protection des attributs de celle-ci⁵⁴², comme sa voix⁵⁴³, son image⁵⁴⁴ ou son nom⁵⁴⁵. En tant que droits primordiaux de la personne et inhérents à celle-ci⁵⁴⁶, les droits de la personnalité ne peuvent en être dissociés, font corps avec elle. Inaliénables, imprescriptibles, intransmissibles ou plus généralement indisponibles⁵⁴⁷, ces droits, comme l'ensemble des droits extrapatrimoniaux, demeurent extérieurs au patrimoine et intimement liés à la personne. Ils épousent les contours des attributs qu'ils représentent, de ces « biens innés » ou « biens extrapatrimoniaux » qui se confondent, selon Aubry et Rau, « avec l'existence même de la personne »⁵⁴⁸ car ayant pour objet « son individualité même » et permettant son « épanouissement physique et moral »⁵⁴⁹.

Ces attributs, identifiant la personne et la singularisant, tendraient néanmoins à se détacher de cette dernière et partant les droits qui en assurent le respect. La voix devient l'objet de conventions ; la vie privée se dévoile dans la presse. Le droit à l'image se dédouble en un droit *sur* l'image et le droit *au* nom laisse place au droit *sur* le nom. Ce phénomène n'est pas récent⁵⁵⁰

⁵⁴² Pour une catégorisation des droits de la personnalité, v. not. P. KAYSER, « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », art. cité, pp. 455 s., n° 10 s., qui entend opérer un tri entre les « vrais » et les « faux » droits de la personnalité, considérant ainsi que le droit à la vie, le droit à l'intégrité physique ou le droit à l'honneur ne sont pas des droits de la personnalité – faute pour eux de conférer un pouvoir déterminé à leur titulaire – sinon des « intérêts » protégés par la responsabilité civile. L'auteur divise ainsi les droits de la personnalité selon « qu'ils s'apparentent aux droits réels ou aux droits de créance » (*ibid.*, p. 458, n° 14). Pour une division plus traditionnelle, distinguant les droits « relatifs à l'aspect physique de la personne » et les droits « relatifs à l'aspect moral de la personne », v. P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, coll. « Manuel », 17^{ème} éd., 2017, pp. 311 s., n° 348 s. Dans le même sens, v. déjà H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. 2 : *Les personnes. La personnalité. Les incapacités*, op. cit., pp. 378 s., n° 782 s. ; C. LARROUMET et L. AYNÈS, *Traité de droit civil*, t. I : *Introduction à l'étude du droit*, Economica, coll. « Corpus droit privé », 6^{ème} éd., 2013, pp. 312-313, n° 406.

⁵⁴³ D. HUET-WEILLER, « La protection juridique de la voix humaine », *RTD Civ.* 1982, p. 497 sq. ; M. SERNA, « La voix et le contrat : le contrat sur la voix », *CCC* n° 9, 1999, chron. n° 9 ; A. LEPAGE, « Protection de la voix en tant qu'attribut de la personnalité », *D.* 2002, p. 2375 sq.

⁵⁴⁴ J. RAVANAS, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, préf. P. Kayser, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 153, 1978, *passim*. V. aussi Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2005, n° 02-14.730, *Bull. civ.* I, n° 206.

⁵⁴⁵ G. LOISEAU, *Le nom objet d'un contrat*, op. cit., p. 177, n° 165.

⁵⁴⁶ P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, op. cit., p. 310, n° 347 ; A. LEPAGE, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Droits de la personnalité », op. cit., n° 17.

⁵⁴⁷ M. E. H. PERREAU, « Des droits de la personnalité », *RTD Civ.* 1909, p. 501, spéc. p. 514 s. ; P. KAYSER, « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », art. cité, pp. 492 s., n° 36 s.

⁵⁴⁸ C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. II, 5^{ème} éd. par G. RAU, C. FALCIMAIGNE et M. GAULT, Paris, Marchal et Billard, 1897, p. 2, § 162. Pour une actualisation de cette notion, v. M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, pp. 208 s. ; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, coll. « Droit fondamental », 3^{ème} éd., 2008, pp. 18 s., n° 2 s. V. déjà R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, op. cit., pp. 343-344.

⁵⁴⁹ P. BERLIOZ, *La notion de bien*, op. cit., p. 166, n° 518. Dans le même sens, v. F. ZENATI, « Mise en perspective et perspective de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 2003, p. 673 sq.

⁵⁵⁰ V. déjà M. E. H. PERREAU, « Des droits de la personnalité », art. cité, *passim* ; L. JOSSERAND, « La personne humaine dans le commerce juridique », art. cité, *passim*.

et ne se trouve guère plus contesté⁵⁵¹. La Cour de cassation l'a ainsi rappelé, estimant par exemple que le principe d'indisponibilité du nom ne s'opposait pas à ce que le nom devienne un « objet de propriété incorporelle »⁵⁵² ou reconnaissant, dans l'ombre du droit à l'image, un véritable droit patrimonial sur celle-ci⁵⁵³.

Mais s'agit-il d'une véritable réification de ces attributs de la personne ? Plus fondamentalement, cette patrimonialisation trahit-elle une réification sous-jacente de la personne constituant une entorse à la distinction des personnes et des biens ? Si la majorité des auteurs défendent l'idée d'une réification des attributs de la personne (a), une autre approche peut être défendue : celle d'une création de nouveaux signes (b).

a. La réification du signe de la personnalité : option rejetée

114. Formes de la réification. L'idée d'une réification des attributs de la personne, défendue par la majorité de la doctrine, a pu doublement s'expliquer : tantôt comme une exacerbation de l'« appartenance » du signe à la personne (i), tantôt comme une minimisation de l'indisponibilité du signe (ii).

i. L'hypothèse d'une propriété de soi

115. Exposé. Certains auteurs, pour justifier et expliquer cette patrimonialisation des attributs de la personne, ont dissocié, dans le for de cette dernière, deux réalités : une réalité juridique et une réalité matérielle⁵⁵⁴. La personne « être de droit » pourrait ainsi prendre pour objet la personne « être de chair » ainsi que les attributs qui la caractérisent. Cette « appartenance » des seconds à la première se trouverait même concrétisée par l'existence d'un

⁵⁵¹ *Contra*. J. ANTIPPAS, « Propos dissidents sur les droits dits “patrimoniaux” de la personnalité », *RTD Com.* 2012, p. 35, spéc. n° 1.

⁵⁵² Cass. com., 12 mars 1985, « Bordas », n° 84-17.163, *Bull. civ.* IV, n° 95. V. également Cass. 3^{ème} civ., 25 novembre 2009, n° 08-21.384, *Bull. civ.* III, n° 262.

⁵⁵³ Cass. 1^{ère} civ., 11 décembre 2008, n° 07-19.494, *Bull. civ.* I, n° 282.

⁵⁵⁴ Comme l'expliquent Messieurs Zenati-Castaing et Revet, la personne humaine serait « une entité matérielle qui ne saurait être confondue avec la personne juridique ». Quant à la personne juridique, elle serait « une entité purement formelle, qui désigne le pôle abstrait auxquels sont imputés les droits et les obligations résultant de l'activité juridique mise en œuvre à partir et au service d'un intérêt particulier dûment identifié » (F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 30, n° 8, c.).

véritable droit de propriété qu'exercerait le sujet sur ses « émanations »⁵⁵⁵, alors vues comme des « démembrements » de sa propre personne et donc comme des choses⁵⁵⁶.

116. Discussion. Cette vision n'emporte pas conviction outre qu'elle méconnaît le terme même de « choses »⁵⁵⁷. D'abord, elle repose sur le postulat que si le patrimoine est composé de biens, tous les biens ne figurent pas dans le patrimoine⁵⁵⁸ dans la mesure où, écrivent ces auteurs, il existe des biens insaisissables et hors commerce qui seraient extrapatrimoniaux⁵⁵⁹. Or, l'assimilation absolue de l'extracommercialité à l'extrapatrimonialité apparaît comme une erreur aussi bien méthodologique que technique⁵⁶⁰, ainsi que cela sera abordé⁵⁶¹.

Ensuite, elle suppose une assimilation du droit de propriété au droit subjectif et déduit du droit d'interdire un droit d'autoriser⁵⁶². Or, outre que cette assimilation est contestable et déforme les notions de propriété et de droit subjectif, cette déduction ne repose encore sur aucun fondement valable.

Enfin, ces mêmes auteurs déduisent des actions en responsabilité orientées vers la défense de ces attributs l'existence d'un droit de propriété sous-jacent⁵⁶³. Or, cet argument est fragile.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 18, n° 2 et pp. 30-31, n° 8, c. En ce sens, Monsieur Xifaras écrit également que « les biens innés sont en effet des êtres mixtes : ils ne sont ni de simples phénomènes ne manifestant que la régularité des lois de la nature, ni de purs noumènes qui ne sauraient être des objets de droit faute d'extériorité, mais des étants qui, parce qu'ils sont des phénomènes, sont des objets extérieurs ou encore des biens, mais qui, parce qu'ils sont indissolublement liés à l'intériorité d'un sujet qu'ils manifestent directement, peuvent difficilement être réduits à une pure extériorité » (M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit, op. cit.*, p. 216).

⁵⁵⁶ B. EDELMAN, « Esquisse d'une théorie du sujet : l'homme et son image », *D.* 1970, p. 119, spéc. p. 120, n° 5.

⁵⁵⁷ Cf. *infra* n° 146 s.

⁵⁵⁸ En cela, ces auteurs s'éloignent de Zachariæ qui considérait que les biens innés faisaient également partie du patrimoine (K.-S. ZACHARIÆ VON LINGENTHAL, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, t. IV, 4^{ème} éd., Heidelberg, J. C. B. Mohr, 1837, § 573, n° 2, p. 423, cité par M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit, op. cit.*, pp. 208-209).

⁵⁵⁹ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 23, n° 4.

⁵⁶⁰ V. sur ce point-là F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil, op. cit.*, pp. 57 s., n° 73 s., revenant sur le malentendu historique ayant consisté à concevoir l'extracommercialité comme synonyme d'extrapatrimonialité.

⁵⁶¹ Cf. *infra* n° 248 s.

⁵⁶² F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon III, 1981, pp. 751 s., n° 548 s., spéc. pp. 786-787, n° 571 : « l'objet de tout droit de la personnalité est un bien, un bien inné dit-on parfois, et comme tout bien, il est une entité appropriée. Certes ces biens ont une nature particulière parce qu'ils ne sont pas dissociables de la personne elle-même. Il n'en reste pas moins que la protection de leur jouissance exclusive et la faculté d'en disposer en font objectivement des choses susceptibles d'appropriation, c'est-à-dire des biens objet de droit subjectif ». Dans le même sens, considérant que le pouvoir d'interdire impliquerait le pouvoir d'autoriser, v. J. ANTIPPAS, « Propos dissidents sur les droits dits "patrimoniaux" de la personnalité », art. cité, n° 3.

⁵⁶³ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 31, n° 8, c. *Adde.* M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit, op. cit.*, pp. 219-221, pour qui, « en eux-mêmes, les biens innés sont une dimension de la personne mais, du moment qu'ils se phénoménalisent, ils deviennent susceptibles de lésion, qui, dès lors qu'elle

Il y a déjà plus d'un siècle maintenant, Perreau s'émouvait de voir ses contemporains tergiverser sur ce problème selon lui des plus vains⁵⁶⁴. Mais si la controverse ne s'est visiblement pas tarie, le même constat qu'il y a un siècle peut être fait de nouveau. En premier lieu, l'indemnisation du préjudice, quel qu'il soit, n'est en aucun cas un substitut pécuniaire à la lésion d'un bien. Comme l'écrit Monsieur Sériaux, « indemniser n'est point échanger la perte d'un bien contre une valeur pécuniaire ou un quelconque avantage en nature »⁵⁶⁵. L'indemnisation du préjudice n'a en effet qu'une fonction réparatrice, c'est-à-dire une fonction compensatrice⁵⁶⁶, y compris pour l'indemnisation des préjudices moraux, la compensation prenant là les traits d'une consolation. En second lieu, voir dans la réparation d'un préjudice la marque de la patrimonialisation d'un droit de la personnalité est tout autant critiquable. L'évaluation qui est faite par le juge n'est en effet pas celle de l'intérêt lésé mais du préjudice, n'est pas celle d'un bien mais d'une peine et n'a lieu qu'à l'occasion de la réparation qui en est faite. En outre, l'évaluation de l'intérêt n'est pas même indirecte⁵⁶⁷ ; elle n'a tout simplement pas lieu, preuve en est la variation de l'indemnisation d'un même préjudice moral d'un individu à un autre. L'on ne saurait alors dire que l'indemnisation révèle ou crée le bien⁵⁶⁸, puisque l'intérêt n'est pas

est reconnue comme telle par le droit, ouvre un droit à réparation. Le montant de cette réparation exige une évaluation pécuniaire non pas du bien inné considéré en lui-même, mais du dommage subi par la personne lésée ; il n'en reste pas moins que c'est la possession de ce bien qui est la cause du droit à obtenir réparation ». L'auteur ajoute que « tous les biens innés, considérés sous un certain rapport (dès lors qu'ils sont lésés), peuvent être associés à une valeur pécuniaire et, sous ce rapport déterminé, deviennent des biens patrimoniaux ».

⁵⁶⁴ E. H. PERREAU, « Des droits de la personnalité », art. cité, p. 515 : « n'étant pas compris dans le patrimoine, n'étant pas des biens proprement dits, [les droits de la personnalité] ne sauraient admettre une exacte comparaison avec la commune mesure des biens patrimoniaux. Est-ce à dire qu'en cas d'atteinte illicite à la personnalité aucune indemnité pécuniaire ne peut être allouée ? C'est la célèbre controverse du dommage moral, trop connue, trop épuisée, trop étudiée par nos savants maîtres pour que nous la reprenions incidemment ici ».

⁵⁶⁵ A. SÉRIAUX, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Patrimoine », 2016, n° 27.

⁵⁶⁶ G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2017, p. 3, n° 9. En ce sens, V. également A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », art. cité, p. 807, n° 3.

⁵⁶⁷ *Contra*. P. BERLIOZ, *La notion de bien, op. cit.*, pp. 166-167, n° 519 ; P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », art. cité, p. 209, n° 27 ; R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux, op. cit.*, p. 398. Plus nuancé, A. SÉRIAUX, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Patrimoine », *op. cit.*, n° 32, rejetant « toute patrimonialisation véritable de l'honneur et de la pudeur lorsque, lésés par autrui, ils donnent lieu au versement d'une indemnité qui se veut réparatrice ».

⁵⁶⁸ En revanche, si l'intérêt lésé ne constitue pas un bien, l'indemnité octroyée ou même espérée (sur la transmissibilité à cause de mort de l'action tendant à obtenir la réparation du dommage moral, v. Cass. ch. mixte, 30 avril 1976, n° 73-93.014, *Bull. civ.* ch. mixte, n° 2 et 74-90.280, *Bull. civ.* ch. mixte, n° 136), constituera, elle, un bien (en ce sens, v. P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », art. cité, p. 209, n° 27 : « lorsque le droit à réparation s'ouvre par survenance du dommage, ce droit, évaluable en argent, est de nature patrimoniale (...) »). La créance d'indemnisation peut ainsi, avant toute demande judiciaire en réparation et sauf exception, être mobilisée entre vifs ou transmise à cause de mort, qu'il s'agisse d'une créance d'indemnisation réparant un préjudice corporel ou moral (A. PINNA, « La mobilisation de la créance indemnitaire », *RTD Civ.* 2008, p. 229 *sq.*). Cela dit, l'action en réparation du préjudice extrapatrimonial en cas de décès immédiat de la victime reste intransmissible. La Cour de cassation refuse en effet aux héritiers d'une personne décédée instantanément des suites d'une atteinte corporelle de solliciter, au nom de leur auteur, la

même susceptible d'une évaluation, demeurant pleinement extrapatrimonial et inapte aux échanges⁵⁶⁹.

117. Rejet de la thèse de la propriété de soi. La patrimonialisation des attributs de la personne ne peut par conséquent ni s'expliquer par l'existence d'une propriété de soi, ni s'opérer par le truchement de la responsabilité civile lorsqu'elle est sollicitée.

réparation du dommage moral – le fameux *pretium mortis* – que ce dernier a subi du fait de sa mort. La raison est simple : la créance n'existe pas, puisque la victime n'a pas pu subir de préjudice (v. Cass. civ., 9 octobre 1957, *JCP G* 1957, IV, 163 ; et plus récemment Cass. 2^{ème} civ., 10 décembre 2009, n° 09-10.296, inédit). Autre signe de la patrimonialité de la créance, les créanciers peuvent tout à fait se substituer à leur débiteur pour mettre en œuvre les droits à indemnisation de leur débiteur, par la voie oblique, tant que la créance de réparation n'a pas été liquidée, sauf l'hypothèse où la créance de réparation est relative à un dommage purement moral (Cass. 1^{ère} civ., 12 janvier 1988, *D.* 1989, p. 1, obs. P.-Y. Gautier). De même, les créances de dommages-intérêts peuvent tout à fait faire l'objet de voies d'exécution. Initialement pourtant, les juridictions du fond s'opposaient notamment sur la saisissabilité des créances de dommages-intérêts réparant les préjudices extrapatrimoniaux. Pour certains tribunaux, la créance résultant de l'indemnisation des préjudices extrapatrimoniaux était insaisissable (par exemple, TGI Saint-Etienne, 3 octobre 1973, *RTD Civ.* 1975, p. 786, obs. R. Perrot) alors que pour d'autres, aucun n'obstacle n'empêchait les créanciers de saisir cette créance (par exemple, CA Montpellier, 6 décembre 1965, *RTD Civ.* 1966, p. 603, obs. P. Raynaud). Dans un premier temps, la Cour de cassation sembla aller dans le sens d'une généralisation de l'insaisissabilité, cassant un arrêt qui avait jugé que les indemnités attribuées à un débiteur placé en liquidation judiciaire et destinées à réparer un préjudice corporel tombaient dans la masse commune (Cass. com., 28 avril 1978, n° 76-13.607, *Bull. civ.* IV, n° 117). En somme, du constat que le droit à réparation était exclusivement personnel, empêchant alors le syndic à exercer l'action oblique, la Cour de cassation en a déduit leur insaisissabilité. Néanmoins, par un arrêt du 15 avril 1983, la Cour de cassation est revenue sur sa position, estimant que l'origine des biens ne devait pas être prise en compte pour statuer sur leur saisissabilité, si ce n'est les prescriptions de l'ancien article 2092-2 du Code civil « qui précise quels sont les biens exclus du droit de gage général des créanciers » (Cass. ass. plén., 15 avril 1983, n° 80-13.339, *Bull. ass. plén.*, n° 4). Si donc l'exercice de l'action en réparation est le fait du débiteur, ses créanciers peuvent tout à fait en profiter, sauf insaisissabilité dûment constatée. La même année, la Cour de cassation estima alors qu'il était possible de pratiquer une saisie-attribution (encore saisie-arrêt à l'époque) d'une créance résultant de la réparation d'un préjudice extrapatrimonial (Cass. 2^{ème} civ., 23 novembre 1983, n° 79-10.772, *Bull. civ.* II, n° 188), conformément au silence gardé par l'actuel article L. 112-2 du Code des procédures civiles d'exécution, d'interprétation stricte.

⁵⁶⁹ J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1990, p. 167, n° 205 : « les droits qui sont rebelles à cette conversion en monnaie sont hors du patrimoine. Tel est, en effet, le mode de classement presque universellement adopté. La méthode normale d'évaluation des droits consiste à retenir le prix qui peut être obtenu de leur transmission à un autre sujet. En principe, la cessibilité est donc une caractéristique des droits patrimoniaux. Ils sont, dit-on "dans le commerce juridique". Les droits inaliénables, qui ne présentent pas de valeur marchande, sont naturellement exclus du patrimoine ». *Adde.* J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II : *Les biens. Les obligations*, PUF coll. « Quadrige », 2004, p. 1516, n° 664 : le patrimoine ne comprend « que les droits qui ont une signification économique et sont susceptibles d'être évalués en argent. Les autres en sont exclus et sont dits, pour cette raison, *droits extrapatrimoniaux*. Ce sont non seulement les droits publics, politiques de l'individu (ex. son droit de vote), mais aussi certains de ses droits privés : ses droits de famille, les actions qui protègent son état, ses droits de la personnalité, le droit moral qui peut lui appartenir en tant qu'écrivain ou artiste, etc. ». V. enfin P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, *op. cit.*, 2017, p. 307, n° 344, pour qui la distinction des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux repose « sur la possibilité d'une *évaluation pécuniaire* du droit considéré ».

ii. L'hypothèse d'une indisponibilité relative du signe

118. Exposé. Pour la plupart des auteurs, les droits de la personnalité obéissent à une structure dualiste, comportant un aspect extrapatrimonial et un aspect patrimonial⁵⁷⁰ : au premier, la défense de l'attribut en tant qu'élément de la personnalité de la personne ; au second, l'exploitation du signe détaché de la personne. Autrement dit, l'élément de la personne, ou plus précisément le droit portant sur lui, porterait en lui-même les germes de sa patrimonialisation, n'étant pas, par nature, indisponible, car étant doté d'un double sens⁵⁷¹.

C'est là le propos de Monsieur Loiseau⁵⁷² qui explique la patrimonialisation du nom en minimisant son attache à la personne et en relevant que celui-ci serait tout à la fois signe de la personnalité et « chose » incorporelle⁵⁷³. Pour cet auteur, la règle d'indisponibilité du nom souffrirait moins d'exceptions que de limites qui évolueraient, note-t-il, « en marge » du domaine de cette règle⁵⁷⁴. Les dérogations à la règle d'indisponibilité du nom traduiraient les limites du domaine même de la règle et ne constitueraient pas à proprement parler des exceptions⁵⁷⁵. Pour lui, l'indisponibilité aurait pour seule fonction la protection du sujet et son identification sociale, indisponibilité qui cesserait sitôt que le nom ne remplirait plus sa « fonction d'identification du sujet »⁵⁷⁶. Partant, il conteste l'indisponibilité absolue du nom, cette règle ne protégeant le sujet « contre lui-même que dans la jouissance du droit, non dans son exercice »⁵⁷⁷. Ainsi écrit-il que « lorsque le nom n'est pas employé [à des fins d'identification] ou cesse d'être affecté à l'identification sociale de son porteur et s'en détache,

⁵⁷⁰ Pour l'image, v. not. M. SERNA, *L'image des personnes physiques et des biens*, préf. B. Oppetit, Economica, coll. « Droit des Affaires et de l'Entreprise », 1997, spéc. p. 48 ; P. BERLIOZ, *La notion de bien, op. cit.*, spéc. pp. 496 s., n° 1593 s. ; P. TAFFOREAU, « L'être et l'avoir ou la patrimonialisation de l'image des personnes », *CCE* n° 5, mai 2007, étude 9, spéc. n° 9 ; J.-M. BRUGUIÈRE, « La patrimonialisation de l'image : état des lieux », *Legicom* 2009/2, n° 43, spéc. p. 19. Pour le nom, v. G. LOISEAU, *Le nom objet d'un contrat, op. cit., passim*. Plus généralement sur la question, v. J.-M. BRUGUIÈRE, « “Droits patrimoniaux” de la personnalité. Plaidoyer en faveur de leur intégration dans une catégorie des droits de la notoriété », art. cité, *passim*.

⁵⁷¹ Certains auteurs vont même plus loin, considérant que les attributs de la personne n'ont plus grand-chose de « personnel ». Ainsi de Monsieur Acquarone, écrivant au sujet du droit à l'image qu'il « ne fait plus partie de la catégorie des droits de la personnalité », s'agissant selon lui, au contraire, d'un « droit essentiellement patrimonial » (D. ACQUARONE, « L'ambiguïté du droit à l'image », *D.* 1985, p. 129, spéc. p. 133, n° 19). Dans le même sens, s'agissant du nom, Madame Marais n'y voit plus un attribut de la personne « mais un attribut d'une activité économique », un « simple signe distinctif, attractif de clientèle » (A. MARAIS, *Droit des personnes*, Dalloz, coll. « Cours », 3^{ème} éd., 2018, pp. 112-113, n° 163).

⁵⁷² Dans le même sens, v. C.-A. MAETZ, *La notoriété. Essai sur l'appropriation d'une valeur économique*, th. Aix-Marseille, 2009, *passim* ; J.-M. BRUGUIÈRE, « “Droits patrimoniaux” de la personnalité. Plaidoyer en faveur de leur intégration dans une catégorie des droits de la notoriété », art. cité, n° 29 s.

⁵⁷³ G. LOISEAU, *Le nom objet d'un contrat, op. cit.*, pp. 362-363, n° 368.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 13, n° 11.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 16, n° 14.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 75, n° 73.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 173, n° 158.

l'indisponibilité trouve dans cette rupture ses propres limites », ajoutant que « s'il est justifié que le droit au nom, entendu comme un droit de la personnalité, [soit] également indisponible, l'indisponibilité apparaît de nouveau limitée. Elle l'est par la raison d'être de la règle qui est uniquement de garantir l'affectation du droit à la protection et à la réalisation de la personnalité de son titulaire »⁵⁷⁸. Dès lors, structurellement, le nom ne ressortirait pas uniquement au domaine de la personne. Selon Monsieur Loiseau, cette idée relèverait d'ailleurs du « présupposé » ou du « postulat » puisque « si le nom gravite effectivement, en principe, dans l'aire de la personne, il ne s'apparente pas irréductiblement à la personne et franchit au contraire la frontière qui la sépare des choses lorsqu'il est le moyen, pour un individu, d'exploiter la valeur de sa notoriété »⁵⁷⁹.

119. Discussion. L'argument, séduisant, ne convainc pas entièrement. D'abord, Monsieur Loiseau érige la notoriété en condition essentielle de la patrimonialisation du nom⁵⁸⁰ : seules les personnes dont la notoriété est déjà avérée pourraient voir leur nom entrer dans le commerce⁵⁸¹. Or, si la notoriété peut être la cause de la patrimonialisation du nom, elle peut également et à l'inverse en être la conséquence⁵⁸². Ensuite, l'auteur dissocie et superpose deux droits de nature différente portant sur un seul et même objet – un droit primaire et un droit dérivé – tout en considérant que ce détachement du nom de la personne, qui lui fait changer de « sens », n'a qu'une « valeur métaphorique »⁵⁸³. Or, le propos paraît quelque peu contradictoire : soit il s'agit d'un nouvel objet juridique, auquel cas il s'agit plus que d'un changement de sens ; soit il s'agit du même objet juridique, auquel cas il est impossible d'admettre que l'élément revête deux sens différents, ce qui défie quelque peu l'entendement. Aussi convient-il d'adopter une autre approche.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 177, n° 166.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 362, n° 367.

⁵⁸⁰ Sur une application de cette idée, v. Cass. com., 6 mai 2003, « Ducasse », n° 00-18.192, *Bull. civ. IV*, n° 69. En l'espèce, la Cour de cassation retient que le consentement donné par un associé fondateur, dont le nom est notoirement connu, à l'insertion de son patronyme dans la dénomination d'une société exerçant son activité dans le même domaine, ne saurait, sans accord de sa part et en l'absence de renonciation expresse ou tacite à ses droits patrimoniaux, autoriser la société à déposer ce patronyme à titre de marque pour désigner les mêmes produits ou services. Autrement dit, cette possibilité d'exploiter le nom à d'autres fins est subordonnée à la notoriété déjà acquise du nom. *A contrario*, si le nom n'est pas notoire, l'associé l'ayant utilisé à des fins de dénomination sociale ne pourra s'opposer à ce que son nom soit utilisé à d'autres fins par la société. La Cour de cassation confirmera d'ailleurs implicitement cette solution en 2008, en évaluant la renommée attachée au nom patronymique d'un individu à l'échelle nationale (Cass. com., 24 juin 2008, n° 07-10.756 et 07-12.115, *Bull. civ. IV*, n° 129).

⁵⁸¹ G. LOISEAU, *Le nom objet d'un contrat*, *op. cit.*, pp. 372 s., n° 376 s.

⁵⁸² N. ANCIAUX, *Essai sur l'être en droit privé*, *op. cit.*, p. 482, n° 418.

⁵⁸³ G. LOISEAU, *Le nom objet d'un contrat*, *op. cit.*, 192-193, n° 184.

b. La création d'un signe émancipé de la personnalité : option retenue

120. Distinction de l'attribut et du signe. L'on ne saurait de toute évidence nier que le nom ou l'image sont devenus des objets de droits patrimoniaux. Encore s'agit-il de s'entendre précisément sur l'objet en question : s'agit-il *du nom* de la personne ? De *son image* ? Une réponse négative doit être apportée, aucune patrimonialisation rampante de la personne ou de ses attributs ne pouvant être décelée.

Loin d'avoir un double sens, l'élément de la personnalité ne se trouve pas non plus réifié. Plus précisément, deux objets juridiques doivent être distingués : l'élément de la personnalité sur lequel porte un droit extrapatrimonial et sa représentation qui peut faire l'objet d'un droit patrimonial et être exploitée par un droit de propriété intellectuelle⁵⁸⁴. Cela se vérifie aussi bien en ce qui concerne l'image qu'en ce qui concerne le nom. Ainsi, en aucun cas *l'image* de la personne ne se trouve réifiée⁵⁸⁵. Seules *des images* peuvent l'être, clichés devenant par conséquent autonomes du modèle⁵⁸⁶. De même, en aucun cas *le nom* ne saurait se réifier ou échapper à l'individu par le simple fait que ce dernier aura autorisé son usage à des fins commerciales comme marque, dénomination sociale ou nom commercial : ce n'est jamais plus qu'une *évocation du nom* qui se trouve dans le commerce, devenant un signe distinctif autonome du nom patronymique sur la base duquel il a été créé mais duquel il est désormais émancipé⁵⁸⁷. Il s'agit donc plus que d'un « dédoublement » du référent du patronyme, plus que d'une « nouvelle fonction » ou d'un nouveau sens⁵⁸⁸ : l'on assiste à la naissance d'un nouveau

⁵⁸⁴ Plaidant ainsi pour la reconnaissance d'un quasi-droit voisin sur l'image, fruit d'un « investissement », v. C. CARON, obs. sous CA Versailles, 22 septembre 2005, JurisData n° 2005-288693, CCE n° 1, janvier 2006, comm. 4. Dans le même sens, v. P. TAFFOREAU, « L'être et l'avoir ou la patrimonialisation de l'image des personnes », art. cité, n° 12.

⁵⁸⁵ *Contra*. D. ACQUARONE, « L'ambiguïté du droit à l'image », art. cité, p. 134.

⁵⁸⁶ P. BERLIOZ, *La notion de bien*, op. cit., p. 493-494, n° 1584-1585. Dans le même sens, v. N. ANCIAUX, *Essai sur l'être en droit privé*, op. cit., pp. 483-484, n° 419 ; E. GAILLARD, « La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français », D. 1984, p. 161 sq.

⁵⁸⁷ Comp. G. LOISEAU, *Rép. Com.* Dalloz, v° « Nom commercial », 2011, n° 30, notant que « ce n'est pas, tout bien considéré, céder un nom que d'en autoriser l'usage à des fins commerciales et, en particulier, à titre de nom commercial. La preuve en est que son titulaire en conserve, pour lui-même, la jouissance : il n'aliène donc rien, ne se prive de rien et si l'entrepreneur acquiert un droit de propriété sur le signe distinctif, ce n'est pas par l'effet d'une cession, mais par l'usage qu'il fait lui-même du signe considéré. Le droit naît uniquement de cet usage dans l'activité commerciale par lequel le nom se dissocie, sous sa forme d'identifiant de l'entreprise, du nom civil de la personne ».

⁵⁸⁸ Optant pour cette approche, v. G. LOISEAU, *Le nom objet d'un contrat*, op. cit., p. 191-193, n° 184. Dans le même sens, v. P. KAYSER, « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », art. cité, p. 494, n° 37. *Adde*. T. HASSLER, « La crise d'identité des droits de la personnalité », art. cité.

droit, patrimonial, qui s'applique à un autre objet que l'attribut de la personne⁵⁸⁹. L'image, le nom et même la voix ne se détachent pas de la personne : ils se *signifient*, acquérant à cette occasion une autonomie qui les situe dans le monde des objets de droit, mais seulement en tant qu'ils sont des représentations ou des images d'un original qui demeure à l'abri de toute réification. La personne ne se trouve pas réifiée, ni en elle-même, ni à travers ses émanations incorporelles.

121. Une patrimonialisation limitée. La patrimonialisation des attributs de la personne ne doit donc pas être exagérée, ni même l'autonomie du signe nouvellement créé. Ainsi que l'écrit justement Monsieur Anciaux, « l'exercice des droits *patrimoniaux* de la personnalité ne doit pas compromettre cette fonction des droits "primordiaux" »⁵⁹⁰. Le signe se rappelle en effet à ses racines. C'est ainsi que le droit au nom, droit extrapatrimonial, peut par exemple faire échec au droit patrimonial sur le nom en cas d'atteinte à l'honneur ou à la réputation du titulaire du nom patronymique ou même en cas de confusion⁵⁹¹. Il en va de même du droit à l'image qui permet à son titulaire de contrôler les utilisations des clichés dont il est le modèle⁵⁹². On le voit, à travers ces limites, c'est la personne que l'on entend protéger et sa réification que l'on souhaite éviter.

La personne, prise en ses « émanations incorporelles », ne saurait se trouver réifiée. Les attributs de la personnalité, loin de s'en détacher ou de se dédoubler, se « signifient » dans le monde du droit comme des objets nouveaux. Mais comme pour le corps, ses éléments et produits, l'on observe un certain paradoxe : la prohibition par le Souverain de la réification de la personne est quelque peu mise à mal. Si en elle-même la personne échappe à la qualification de bien, tel n'est pas le cas des émanations qui s'en détachent mais qui ne sont plus tout à fait la personne.

B. Les choses communes et les biens publics

122. Des catégories parentes. La deuxième limite posée par le Souverain à la qualification de bien s'incarne dans la prohibition de l'appropriation privée des choses communes et des

⁵⁸⁹ N. ANCIAUX, *Essai sur l'être en droit privé*, op. cit., pp. 484-485, n° 420-421.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 487, n° 423.

⁵⁹¹ J. GHESTIN, obs. sous Cass. com., 12 mars 1985, « Bordas », préc., D. 1985, p. 471, spéc. p. 473. CPI, art. L. 711-4, g.

⁵⁹² Cass. 1^{ère} civ., 11 décembre 2008, n° 07-19.494, *Bull. civ. I*, n° 282.

biens publics. Les choses communes, évoquées à l'article 714 du Code civil, constituent cette catégorie de choses qui ne peuvent accéder à la qualification d'objets de propriété ni même à la qualification de biens, étant censées échapper par nature à l'appropriation et aux échanges. À côté de la catégorie des choses communes, une place doit également être réservée à une autre catégorie de choses appréhendée comme une de ses déclinaisons : les mal nommées « choses publiques » désignant aujourd'hui les biens du domaine public. Tout comme les choses communes, ces biens ont pour particularité d'échapper à l'empire de la propriété privée et d'être affectés à l'usage du plus grand nombre.

Dans le creux de ces deux catégories, la notion de bien se précise. Mais il n'est pas certain que l'articulation voulue par le Souverain entre les biens et les choses communes d'une part et entre les biens privés et les biens publics d'autre part soit si nette. L'interdit politique posé par ce dernier se révèle inopérant dans ses applications, la qualification de bien privé pouvant très bien infiltrer la sphère *a priori* imperméable des choses communes et des biens publics. C'est ce paradoxe qu'il convient d'approfondir à travers l'étude des choses communes (1) et des biens publics (2).

1. Les choses communes

123. Principe d'une distinction entre choses appropriables et choses communes. Dans l'ombre de la propriété, comme pour la magnifier plus encore, le législateur de 1804 a introduit à l'article 714 du Code civil un ilot qui lui serait imperméable. Les choses appropriables et les choses communes, voilà dessinée la division des choses, mais une division inégale : aux premières, les plus grandes étendues, épousant les ambitions de l'appropriation ; aux secondes, un domaine en constante régression, à la mesure de l'extension du domaine de la propriété. Il n'est ainsi pas étonnant qu'un auteur présente les choses communes comme une « fausse note dans l'orchestration du régime des biens »⁵⁹³. Mais l'harmonie n'est pas exclusive de sons dissonants. Choses communes et choses appropriables concourent à la même musique, qui s'apprécie pleinement à travers elles. Quand certaines choses sont appropriables, les choses communes seraient nécessairement inappropriées⁵⁹⁴. L'on a ainsi établi le domaine de la propriété de manière négative, en contemplation de ces choses « qui n'appartiennent à

⁵⁹³ M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, *op. cit.*, p. 4, n° 2.

⁵⁹⁴ Pour une opinion contraire, refusant de faire de l'appartenance une condition de qualification des biens, v. M.-J. DEL REY-BOUCHENOUF, « Les biens naturels. Un nouveau droit objectif : le droit des biens spéciaux », *D.* 2004, p. 1615 *sq.*

personne ». Plus fondamentalement, c'est le domaine des biens que le législateur entendait circonscrire.

Si les choses communes entretiennent une relation intime avec la propriété, il n'est toutefois pas certain qu'il ne s'agisse que d'une relation d'exclusion. L'inappropriabilité des choses communes semblait en 1804 évidente, principielle : il y avait des choses qui, croyait-on, se dérobaient *naturellement* à l'appropriation. Cependant, l'inappropriabilité, loin d'être une donnée inscrite dans les choses que le droit se contenterait de recueillir, apparaît à l'inverse comme une donnée construite par le système juridique lui-même au nom de considérations politiques. C'est donc le présupposé selon lequel les choses communes se déroberaient naturellement à la propriété et plus largement à la qualification de bien qui doit être questionné. Si l'on appréhende généralement les choses communes en opposition aux biens (a), il n'est pas exclu que l'on puisse aujourd'hui les appréhender à travers eux (b).

a. L'opposition initiale des choses communes et des biens

124. Le concept d'inappropriabilité. Les choses communes sont classiquement présentées comme étant des choses dotées d'un double caractère : elles n'appartiennent à personne et sont d'usage commun. Mieux, de leur inappropriabilité découlerait leur usage commun. Si toute l'originalité des choses communes tient dans leur inappropriabilité, c'est donc elle qu'il convient de comprendre. Après avoir étudié la fonction de l'inappropriabilité des choses communes (i), il faudra en étudier la source (ii).

i. La fonction de l'inappropriabilité des choses communes

125. Un principe d'inappropriabilité. L'inappropriabilité semble inscrite dans la notion même de chose commune : seule elle paraît à même de garantir l'objectif tacite du législateur de 1804 d'offrir à tout un chacun la possibilité d'accéder aux choses essentielles et partant d'en user. Seule elle paraît encore assurer que la ressource ainsi inappropriable ne soit pas épuisée et soit même préservée des ambitions individuelles qui risqueraient d'y attenter. Du constat que certaines choses sont si essentielles à l'homme, l'on en a ainsi naturellement déduit qu'elles devaient rester dans la « communauté négative du genre humain » selon Demolombe⁵⁹⁵.

⁵⁹⁵ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XIII : *Traité des successions*, t. I, Paris, Cosse, Marchal et Billard, 1875, p. 23, n° 21. Dans le même sens, C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. II, *op. cit.*, p. 43 s., § 168.

L'eau⁵⁹⁶, l'air⁵⁹⁷, la lumière⁵⁹⁸, ces choses vitales que l'on a estimé devoir soustraire aux appétits de la propriété en postulant leur inappropriabilité⁵⁹⁹, celle-ci devenant le moyen unique et seul pertinent pour garantir que tout le monde puisse en avoir à sa guise.

C'est sur cette évidence que repose l'article 714 du Code civil qui, d'une formule lapidaire et pour le moins avare en mots, énonce qu'« il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ». Mais cette économie des mots a un sens : il est des évidences que l'on se garde de nommer⁶⁰⁰. L'eau, l'air, la lumière, autant de ressources « offertes par la nature elle-même à l'usage commun de tous » pour citer encore Demolombe⁶⁰¹ et que l'article 714 du Code civil ne mentionne donc qu'implicitement. Loin de bâtir une théorie des choses communes⁶⁰² – les jurisconsultes romains eux-mêmes n'avaient pas cette ambition⁶⁰³ –, le législateur de 1804 avait pour simple objectif de concurrencer *a priori* l'empire de la propriété : à côté des choses appropriables et des biens, il existerait des choses si précieuses, tout bonnement inestimables, qu'elles doivent échapper à la propriété. Plutôt que de toucher, en aval ou *a posteriori*, à l'exclusivité du droit de propriété en admettant que d'autres personnes que le propriétaire puissent jouir de ces choses, l'on a préféré, en amont, reconnaître

⁵⁹⁶ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les biens*, par P. JOURDAIN, Dalloz, 1995, p. 495, n° 415 ; S. CAUDAL, « L'eau de mer. Réflexions sur son statut juridique et sa protection », in *Mélanges offerts à E. Langavant*, L'Harmattan, 1999, p. 64 sq.

⁵⁹⁷ R. SAVATIER, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *RTD Civ.* 1958, p. 1, spéc. p. 17, n° 21 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II : *Les biens. Les obligations, op. cit.*, p. 1595, n° 708.

⁵⁹⁸ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. III : *Les biens*, 2^{ème} éd. par M. PICARD, Paris, LGDJ, 1952, p. 58, n° 51.

⁵⁹⁹ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, Paris, Delalain, 1777, p. 15 : « les cieux, les astres, la lumière, l'air et la mer, sont des biens tellement communs à toute la société des hommes, qu'aucun ne peut s'en rendre le maître, ni en priver les autres ; et aussi la nature et la situation de toutes ces choses est toute proportionnée à cet usage commun pour tous ». Pour une critique de l'appréhension de ces éléments comme des choses naturellement communes, v. M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes, op. cit.*, p. 183 s., n° 154 s.

⁶⁰⁰ La formule de l'article 714 est en ce sens remarquable puisqu'elle se veut le relai d'une vérité naturelle et incontestable : « il est des choses... » (nous soulignons). Le législateur se contente là de recueillir une donnée extérieure, un fait tenu pour acquis.

⁶⁰¹ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, vol. XIII : *Traité des successions*, t. I, *op. cit.*, p. 23, n° 21.

⁶⁰² L'on pourra s'en convaincre en remarquant l'étonnante position de l'article 714 du Code civil, figurant au sein des dispositions générales ouvrant le Livre Troisième du Code civil consacré aux différentes manières dont on acquiert la propriété. Quand ces dispositions détaillent les modes originaires ou dérivés d'acquisition de la propriété, l'article 714 se contente lui d'énoncer l'existence de choses qui ne peuvent faire l'objet d'un tel droit de propriété. Sur ce point, v. P. KAIGL, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 714 », 2017, n° 2.

⁶⁰³ La notion de choses communes n'apparaissait qu'en filigrane à Rome à travers la distinction des *res extra commercium* et des *res in commercio* : les choses communes étaient une espèce de choses qui n'appartenaient à personne, aux côtés des choses sacrées, religieuses ou saintes. Sur ce point, v. C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t. I, 2^{ème} éd., Paris, Cotillon, 1874, p. 419 s. *Adde.* J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. « Précis », 2^{ème} éd., 2010, p. 291, n° 211, qui soulignent que ces choses, n'appartenant à personne, « sont à tous ».

l'inappropriabilité radicale de certaines choses. Encore s'agit-il de véritablement s'entendre sur la source de cette inappropriabilité.

ii. La source de l'inappropriabilité des choses communes

126. Critique d'une inappropriabilité naturelle. Si l'article 714 du Code civil fait de la notion juridique de choses communes un décalque exact de la réalité sensible (« il est des choses... »), tout laisse à penser à l'inverse que cette notion est bel et bien autonome et intégralement construite.

D'abord, il apparaît que la notion de choses communes est une catégorie essentiellement fonctionnelle, la « chose » commune désignant tout ce qui se trouve affecté à l'usage commun et non les seuls corps sensibles que sont les choses, comme des espaces ou des œuvres de l'esprit tombées dans le « domaine public ». En outre et quoi qu'en disent certains auteurs pour lesquels l'inappropriabilité serait inscrite dans la chose⁶⁰⁴, aucune « chose » n'est *en soi* inappropriable, fut-elle insaisissable physiquement. Ainsi des œuvres tombées dans le domaine commun (improprement appelé « domaine public ») et qui, avant d'y entrer, pouvaient être exploitées par leur titulaire en vertu d'un droit de propriété intellectuelle : l'incorporalité ou l'« insaisissabilité » par les sens de ces objets (« choses » au sens fonctionnel) ne sauraient priver l'auteur de ses prérogatives patrimoniales⁶⁰⁵.

Cette vision naturaliste et fonctionnelle des choses communes présente ensuite de sérieuses limites. Matériellement, rien ne distingue une chose commune d'une chose quelconque, si ce n'est l'affectation de la première à un usage commun et son inappropriabilité juridique subséquente. L'on peut s'en convaincre en observant le régime des eaux, soumises à une

⁶⁰⁴ R.-T. TROPLONG, *De la propriété d'après le Code civil*, Paris, Pagnerre, Paulin & C^{ie} et Firmin Didot Frères, 1848, p. 29 : « les régions aériennes ne sont pas sujettes du domaine privé de l'homme ; car elles se jouent de ses efforts pour les asservir. Elles donnent passage à l'homme, elles ne lui donnent pas l'hospitalité. L'aéronaute les traverse ; il ne s'y fixe pas. La haute mer est également inaccessible à la domination permanente du génie humain. La vague recouvre le sillage du navire, et le trajet de l'homme se perd dans l'immensité ». Dans le même sens, v. également A. SÉRIAUX, « La notion de choses communes. Nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir », in J.-Y. CHÉROT et al. (Dir.), *Droit et Environnement. Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, PUAM, 1995, p. 23, spéc. p. 28, n° 5 et du même auteur, « “Nulle chose sans maître”. Enquête sur un principe cardinal de l'ordre juridique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 483, spéc. p. 486, n° 2 ; M. RÉMOND-GOULLAUD, « Ressources naturelles et choses sans maître », *D.* 1985, p. 30 *sq.* ; K. STOYANOVITCH, « Les biens selon Marx », in *APD*, t. 24, *op. cit.*, p. 210 *sq.* ; P. BERLIOZ, *La notion de bien*, *op. cit.*, p. 39, n° 122. V. enfin F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. VI, A. Durand & Pedone Lauriel, 1871, p. 5, n° 1, qui voit dans les choses communes des choses « que la nature a destinés (sic.) à l'usage de tous les hommes ».

⁶⁰⁵ CPI, art. L. 111-1 pour les œuvres, et L. 611-1 pour les inventions.

« mosaïque de statuts »⁶⁰⁶, tantôt choses communes, tantôt choses appropriables, selon qu'elles coulent par un fonds, suivent leur cours ou se noient dans l'immensité des mers. Dans le même sens, l'inappropriabilité de principe des choses communes n'interdit pas l'appropriation parcellaire d'unités de ces choses. Si la chose commune est, dans sa globalité, inappropriable (l'on ne peut s'approprier la mer Méditerranée), il n'en demeure pas moins que l'on peut faire sienne une portion de la chose commune qui n'entamera pas la consistance de cet objet pensé comme un tout et duquel la portion procède⁶⁰⁷.

Il faut en déduire que l'apparente abondance des choses communes ou leur caractère apparemment inépuisable ne saurait prétendre stériliser toute velléité d'appropriation, quoi qu'en disent à nouveau certains auteurs qui lient rareté et désir d'appropriation (et même rareté et possibilité d'appropriation) et qui voient dans l'abondance de ces choses une autorisation d'en jouir sans concurrence et un obstacle à leur appropriation⁶⁰⁸. Or, l'idée que la rareté présiderait à l'appropriation doit être combattue. Il s'agit là d'une antienne de l'économie moderne qui a, de toute évidence, démythifié un état de nature où l'abondance aurait exclu le désir d'appropriation. Au contraire et ainsi que cela fut souligné, la rareté est une production consciente de l'économie marchande qui ne constitue tout au plus qu'un moteur parmi d'autres du désir d'appropriation, aux côtés du désir de gloire ou même du désir d'argent⁶⁰⁹.

127. Une inappropriabilité construite. Les « choses » qui composent la notion de choses communes ne sont pas, *per se*, communes, inappropriables ou aptes à faire l'objet d'un usage commun, pas plus d'ailleurs qu'elles ne sont nécessairement des choses au sens strict. Il n'existe pas de choses *naturellement* communes que le droit se contenterait de reconnaître. Au contraire, c'est parce que l'on estime qu'une chose doit être offerte à l'usage commun de tous, après que son utilité a été établie, que le Souverain vient la soustraire du domaine de la propriété par un

⁶⁰⁶ M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, *op. cit.*, p. 140, n° 119.

⁶⁰⁷ C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, *op. cit.*, p. 439 : « on conçoit bien qu'un individu s'approprie un flacon d'air, une tonne d'eau douce ou d'eau de mer ; mais on ne conçoit pas que, considérées dans leur ensemble, ces choses cessent de profiter à tout le monde. En disant donc qu'elles sont communes, on entend qu'elles ne peuvent faire l'objet d'aucun droit exclusif ni pour un individu ni pour un peuple ». Dans le même sens, v. N. M. LESENNE, *De la propriété avec ses démembrements (usufruit, usage, habitation et servitudes), suivant le droit naturel, le droit romain et le droit français*, Paris, Cosse et Marchal, 1858, p. 13, n° 31, qui relève que « la nature même de ces choses empêche qu'elles soient acquises en masse, mais on peut les acquérir par fragments ».

⁶⁰⁸ R. LIBCHABER, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Biens », *op. cit.*, n° 11 ; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p. 57, n° 20. *Adde.* J. BARALE, « Le régime juridique de l'eau, richesse nationale (Loi du 16 décembre 1964) », *RDP* 1965, p. 615 *sq.* ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, coll. « Précis », 10^{ème} éd., 2018, p. 56, n° 44, pour qui « la pénurie, elle aussi, favorise l'apparition plus ou moins nette de nouveaux biens à partir de situations préférentielles, si ce n'est même de rentes de situation ».

⁶⁰⁹ Cf. *supra* n° 58 s.

acte d'autorité. C'est donc en dernier ressort le Souverain qui trace la frontière entre les choses appropriables et les biens, ainsi que Madame Chardeaux l'a pertinemment écrit⁶¹⁰. Loin d'être simplement recueillie par le droit, la notion de choses communes est intégralement construite par lui, par sédimentation de tous les objets destinés à l'usage commun et partant déclarés inappropriables, qu'il s'agisse de choses tangibles (comme l'eau), de créations intellectuelles (comme les œuvres tombées dans le domaine commun) ou même d'espaces (comme l'espace extra-atmosphérique).

L'inappropriabilité, si elle n'émane pas de la chose, est une construction juridique, une étiquette apposée sur une chose par décision expresse du Souverain à raison d'une « norme d'inappropriabilité »⁶¹¹ et qui rend impossible toute appropriation juridique. C'est donc dans le creux de cette norme d'inappropriabilité que se déploie la notion de bien, emplissant l'espace non revendiqué par la notion de choses communes.

128. Le fondement de l'inappropriabilité des choses communes. La raison d'un tel critère d'inappropriabilité est simple à saisir : il s'agit de préserver certaines richesses⁶¹² des ambitions d'appropriation qui seraient néfastes à la vie en communauté⁶¹³. Le Souverain se veut là le garant de la sauvegarde de l'usage commun que l'on peut avoir de certains objets essentiels. Quant au choix d'exclure certains d'entre eux de la sphère des biens, c'est à l'intérêt collectif qu'on le doit, lui qui fonde précisément cette exclusion, selon les lieux et les époques. Qu'il s'agisse de protéger les libertés fondamentales ou plus simplement de satisfaire les « besoins

⁶¹⁰ Madame Chardeaux écrit ainsi que « c'est la société, autrement dit le droit, qui délimite les sphères de l'appropriable et de l'inappropriable, et non la nature des choses » (M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, *op. cit.*, p. 134, n° 111).

⁶¹¹ M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, *op. cit.*, p. 132, n° 108, précisant que « l'enclave que constituent les choses communes en regard du régime ordinaire d'appropriation et d'échange n'est pas "naturelle" » et ajoutant que « ce n'est donc pas une loi de la nature, mais bien une norme juridique qui exclut les res communes de la classe des biens ».

⁶¹² Le terme de « richesses » doit ici être distingué de celui de « valeur ». Comme l'écrit M. Harribey, « ainsi apparaît un premier caractère séparant la richesse et la valeur : l'espace de la richesse s'étend au-delà de celui de la valeur. Le premier recouvre toutes les formes de valeurs d'usage, qu'elles soient d'origine humaine ou d'origine naturelle : les marchandises et les valeurs d'usage non marchandes produites par le travail, les éléments venant de la nature, indépendamment du travail exercé sur eux et de l'usage actif ou contemplatif qui en est fait [...]. Le second espace, celui de la valeur, se réduit à la sphère monétaire, qui recouvre aussi bien les marchandises produites au sein du secteur capitaliste que les services non marchands produits au sein du secteur à but non lucratif, dont l'État et les collectivités locales occupent la plus grosse part » (J.-M. HARRIBEY, *La richesse, la valeur et l'inestimable. Fondements d'une critique socio-écologique de l'économie capitaliste*, LLL, 2013, pp. 436-437).

⁶¹³ En ce sens, v. G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », art. cité, n° 3, qui souligne justement que « la catégorie [des choses communes] devient alors une sorte de refuge pour mettre certaines choses à l'abri des ambitions individuelles des hommes ».

fondamentaux de la personne »⁶¹⁴, ce « choix législatif » présidant à l'exclusion de certains objets du domaine de la propriété rend compte du phénomène d'irrigation du droit positif par des « impératifs du droit naturel », pour reprendre les mots de Monsieur Dross⁶¹⁵.

C'est ainsi que, devant le besoin de garantir à chaque État un égal accès à l'orbite géostationnaire sur laquelle croisent les satellites de télécommunications ou de météorologie mais qui ne peut contenir qu'un nombre limité de ces vaisseaux, l'Union Internationale des Télécommunications a fini par décider de collectiviser cette ressource naturelle rare selon un principe égalitaire⁶¹⁶. De même, devant le besoin d'offrir à « l'humanité tout entière » la possibilité « [d'explorer et d'utiliser] l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes »⁶¹⁷, le Traité spatial général du 27 janvier 1967 dispose dans son article 2 que « l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes, ne peut faire l'objet d'appropriation nationale par proclamation de souveraineté, ni par voie d'utilisation ou d'occupation, ni par aucun autre moyen »⁶¹⁸.

129. Porosité des frontières. Il apparaît nettement que la notion de choses communes est une construction juridique née de la volonté du Souverain de poser des freins à l'empire de la propriété, afin précisément de garantir un espace préservé de celle-ci où chacun pourra accéder à la ressource protégée afin d'en user pour son bien propre. Ce sont ces normes d'inappropriabilité qui, finalement, tracent la frontière entre les biens et les choses communes.

L'on doit par conséquent en déduire que la frontière de la propriété et de l'inappropriable montre là ses limites, qui tiennent au fait que l'inappropriabilité, loin d'être un critère naturel de qualification des choses communes, n'est qu'un moyen de parvenir à l'objectif de

⁶¹⁴ M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes, op. cit.*, p. 165, n° 137.

⁶¹⁵ W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 580, n° 320-1.

⁶¹⁶ S. COURTEIX, « De l'accès équitable à l'orbite des satellites géostationnaires », *AFDI* 1985, p. 791 *sq.* V. surtout M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes, op. cit.*, p. 198 s., n° 168 s. Ce principe semble pourtant d'une certaine manière contourné par le récent programme « *Starlink* » de la société *SpaceX* de l'industriel Elon Musk. Il est ainsi prévu par ce programme de déployer une constellation de milliers de satellites de télécommunications (12 000 à terme) sur une orbite terrestre basse dans l'objectif de généraliser l'accès à Internet par satellite.

⁶¹⁷ Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes, art. 1, § 1.

⁶¹⁸ V. à nouveau M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes, op. cit.*, p. 196 s., n° 166 s. L'on peut toutefois se demander si cette inappropriabilité des corps spatiaux a vocation à rester effective. Depuis le *SPACE Act* n° 114 -90 adopté le 25 novembre 2015 par le Congrès Américain, il est reconnu aux citoyens américains la possibilité d'entreprendre l'exploration et l'exploitation commerciales des ressources spatiales, comme les minéraux (*US Commercial Space Launch Competitiveness Act*, Sec. 402). Certes, si l'État ne revendique aucun droit sur l'espace extra-atmosphérique, il n'en confère pas moins à ses citoyens le droit. Sur ce point, v. P.-J. DELAGE, « Vers l'appropriation privée des ressources naturelles célestes : quelques remarques critiques », *D.* 2016, p. 551 *sq.*

collectivisation de la ressource. Partant, si la qualification de choses communes repose davantage sur la finalité recherchée (l'usage commun) que sur le moyen employé (l'inappropriabilité), peu importe finalement le moyen d'assurer l'usage commun, quitte même à ce que la propriété soit mobilisée pour y parvenir⁶¹⁹. Sitôt que l'on fait de la destination des choses communes leur critère de qualification, il apparaît en effet que l'inappropriabilité cesse de constituer le seul moyen de préserver l'affectation d'une chose à l'usage de tous. Dès lors, tout comme la notion de choses communes pourrait être désolidarisée du concept d'inappropriabilité⁶²⁰, il semble que l'on puisse même se diriger vers une conciliation des choses communes et des biens.

b. Le rapprochement possible des choses communes et des biens

130. Autonomie de la notion de choses communes. S'il semblait inconcevable en 1804 de concilier choses communes et biens, cette objection peut aujourd'hui être dépassée. La notion de choses communes se présente comme une notion autonome, dont la qualification dépend du seul critère de l'usage commun et non de celui tiré de l'inappropriabilité supposée d'une chose. Une chose est en effet commune non pas lorsqu'elle est inappropriable mais lorsqu'elle est offerte à l'usage commun. Peu importe par conséquent le moyen choisi pour parvenir à cette fin, quitte même à recourir à la notion de propriété.

131. Usage commun et propriété commune. Telle est l'option défendue par les partisans du mouvement des « communs », selon l'expression popularisée par l'économiste Elinor Ostrom qui a consacré l'essentiel de ses travaux à l'étude de ce concept⁶²¹. Au principe des « communs » se trouve l'idée selon laquelle, face à l'épuisement de ressources fragiles et aux menaces pesant sur l'environnement, il est nécessaire de collectiviser ces ressources rares,

⁶¹⁹ C'est dans ce cadre que la qualification de « *public goods* » (distincte de celle de « bien public » au sens de bien appartenant aux personnes publiques), développée par l'économiste Samuelson (P.-A. SAMUELSON, « The Pure Theory of Public Expenditure », *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, n° 4, 1954, p. 387 *sq.*) pourrait éventuellement prospérer. Cette qualification désigne les richesses (environnementales, culturelles, scientifiques ...) qui pourraient tantôt être appropriées (par les personnes privées ou publiques), tantôt rester communes. Sur ce point, v. M. BOUL, « Les « *public goods* » : traduction juridique d'une notion économique », *RFDA* 2013, p. 557 *sq.*

⁶²⁰ Admettant cette idée, v. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p. 50, n° 14, qui soulignent que « l'absence de vocation à l'appropriation qui caractérise les choses communes ne constitue pas un obstacle insurmontable à leur appropriation ».

⁶²¹ E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, *passim*.

vitales, essentielles ou simplement utiles⁶²². Selon ses promoteurs en France, le « commun » serait un « principe selon lequel une communauté d’usage choisit de se donner des règles communes pour prendre soin d’une ressource, les met en pratique pour en partager l’usage par une gestion commune, dans le respect des générations futures »⁶²³. Trois conditions sont nécessaires : une ressource collective définie (principalement des ressources essentielles et/ou fragiles), une communauté déterminée et un mode de gouvernance collectif. C’est ainsi que germa l’idée d’une propriété commune de ces « biens communs », apte à satisfaire l’exigence de gestion rationnelle de ces ressources. Comme le dit Madame Rochfeld, ce modèle de propriété reviendrait alors à une « communauté positive, circonscrite comme légitime à revendiquer les utilités de la ressource, saisie quant à elle comme un “bien commun” »⁶²⁴. Quoique Hardin eût assez tôt dénoncé la « tragédie des communs » et ait émis des doutes sur l’efficacité d’une telle propriété des communs⁶²⁵, cette dernière a prospéré au point de constituer une alternative en apparence satisfaisante à la désappropriation des choses essentielles ou même à la propriété individuelle dont elle est antinomique⁶²⁶. La propriété commune est vue comme un vecteur tout à fait pertinent de la satisfaction collective en ce qu’elle viendrait offrir un véritable pouvoir de décision et de contrôle à des personnes, concernant une ressource déjà appropriée par d’autres⁶²⁷. Appliqué aux communs, il s’agirait d’offrir à des usagers un

⁶²² Comme le souligne un auteur, « il s’agit de conserver, de préserver, de transmettre, d’organiser une production collaborative et/ou un usage partagé, d’enrichir des ressources, de garantir des droits essentiels (voire fondamentaux), de mettre en œuvre des politiques publiques ou des actions coordonnées, le tout dans des espaces à dimension très variable (locaux, nationaux, mondiaux) avec des usages divers » (G. BROVELLI, « “Commun”, entre utopies et réalités », in *Mélanges en l’honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 177, spéc. p. 180).

⁶²³ MOUVEMENT UTOPIA, *Propriété et communs*, préf. B. Coriat, Éd. Utopia, coll. Controverses, 2017, p. 17.

⁶²⁴ J ROCHFELD, « Penser autrement la propriété : la propriété s’oppose-t-elle aux “communs” ? », *RIDE* 2014/3, p. 351, spéc. p. 361.

⁶²⁵ G. HARDIN, « The Tragedy of the Commons », *Science* 1968, vol. 162, p. 1243 *sq.* Hardin propose une expérience de pensée : voici un pâturage, gratuit et ouvert à tous, sur lequel chaque éleveur peut faire paître autant de bêtes qu’il le veut. Chaque éleveur décide donc d’y mettre le plus de bêtes possibles, jusqu’à ce que le pâturage cesse de pouvoir contenter tout le monde, provoquant la ruine des éleveurs.

⁶²⁶ Les auteurs du manifeste précité sur les communs notent d’ailleurs que cette propriété individuelle est « à combattre si l’on veut développer les communs » (MOUVEMENT UTOPIA, *Propriété et communs*, *op. cit.*, p. 35), proposant d’ailleurs « une grande loi foncière permettant [une] “désappropriation des terres” afin de protéger les terres agricoles contre l’urbanisation et l’artificialisation sur le modèle de la loi de protection du littoral » (*ibid.*, p. 64).

⁶²⁷ MOUVEMENT UTOPIA, *Propriété et communs*, *op. cit.*, pp. 54-55 : « nous proposons de nous inspirer fortement de la notion de communs pour limiter les prérogatives du propriétaire d’un bien et ainsi renforcer, y compris juridiquement, celles du droit d’usage. Pour cela, il conviendra que les droits associés à la propriété privée lucrative, que ce soit d’une ressource naturelle ou d’un outil de production à partir d’une certaine taille, soient répartis entre les parties prenantes, et de faire en sorte que chacune ne puisse pas décider seule pour toutes les autres ». À l’examen, il semble bien que ce soit le modèle déjà éprouvé de la propriété féodale qui semble être remis au goût du jour, puisqu’à une propriété en titre, dite propriété de « direction » (le domaine éminent, ou domaine direct du suzerain ou du seigneur), se superposerait une propriété utile (le domaine utile du tenancier ou du vassal) se manifestant par une mainmise directe sur la chose. Rappelons en effet que dès l’époque franque, les

véritable accès à la ressource, un pouvoir quant à sa gestion et d'en faire les artisans de sa sauvegarde.

Le recours à la propriété commune ne s'impose pourtant pas comme une évidence, la difficulté essentielle étant d'identifier les propriétaires qui pourraient s'en prévaloir, les pouvoirs qui pourraient leur être reconnus et les objets sur lesquels ceux-ci pourraient s'exercer⁶²⁸. D'aucuns pourraient objecter que des figures de propriété commune existent déjà⁶²⁹, qu'il suffirait alors d'exploiter, comme l'indivision ou la propriété collective⁶³⁰. Aucune de ces figures ne correspond en réalité à une forme de propriété commune satisfaisante. Quant à l'indivision, elle se révèle être un état précaire, le principe étant que la jouissance de la chose doit revenir à terme à une seule personne⁶³¹, contrairement à l'usage d'une chose commune qui doit demeurer par définition commun et qui ne suppose pas qu'un usager recueille l'intégralité des pouvoirs à terme. En outre, l'indivision est une situation de concours de droits exclusifs, une somme de droits de propriété individuelle ayant pour objet une part dans la chose, chaque indivisaire étant déjà propriétaire⁶³². Enfin, une difficulté apparaît s'agissant de la détermination du groupe d'individus qui seraient indivisaires de la chose commune et qui auraient les pouvoirs correspondants : quelques personnes ? Une communauté ? L'humanité dans son ensemble ? L'on voit donc bien que le modèle de l'indivision est inadéquat à expliquer l'usage des choses communes et même à servir de palliatif à l'inappropriabilité de ces choses (outre les difficultés tenant à la cession par l'indivisaire de son droit dans l'indivision ou les difficultés évidentes de gestion de celle-ci). Quant à la propriété collective, que l'on peut définir comme l'appropriation commune d'une même chose, la figure est introuvable et reste en toute hypothèse bien trop marginale pour être généralisée⁶³³. Si d'aucuns y rangent les souvenirs de famille et les

Glossateurs médiévaux ont réduit à peau de chagrin la propriété immobilière individuelle et exclusive, consacrant une superposition de droits sur les sols avec l'existence de ce double domaine sur les terres. Sur ce point, v. X. PRÉVOST, « La renaissance du caractère exclusif de la propriété dans la doctrine humaniste », in N. LAURENT-BONNE, N. POSE et V. SIMON, *Les piliers du droit civil. Famille, propriété, contrat*, Mare & Martin, coll. « Histoire du droit & des institutions », 2015, p. 119, spéc. pp. 120-121. *Adde.* sur la question J.-L. THIREAU, « Hugues Doneau et les fondements de la codification moderne », *Droits*, n° 26, 1997, p. 81 *sq.*

⁶²⁸ Sur ce problème, cf. supra n° 50.

⁶²⁹ F. MASSON, *La propriété commune*, th. Paris I, 2016, pp. 93 s., n° 119 s.

⁶³⁰ L'objection selon laquelle la propriété publique serait une propriété commune doit d'emblée être écartée, cette propriété étant une propriété parfaitement individuelle. Sur la question, cf. infra n° 137.

⁶³¹ C. civ., art. 815, al. 1.

⁶³² L. JOSSERAND, « Essai sur la propriété collective », in *Le Code civil. 1804-1904. Livre du centenaire*, rééd. Dalloz, 2004, p. 358 *sq.* V. également M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 11^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1928, p. 1009, n° 3005.

⁶³³ Outre qu'elle est critiquée. Sur ce point, v. M.-G.-A. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « De la copropriété », *Rev. crit. lég. et jurisp.* 1907, p. 530, spéc. p. 536, n° 13, qui souligne que « par essence et définition, la propriété ne peut appartenir qu'à une seule personne ».

sépultures⁶³⁴, l'analyse est discutable⁶³⁵. De même, si l'on voit la tontine conventionnelle comme une forme de propriété collective⁶³⁶, la doctrine finit, quoique parfois gênée, par la rattacher à la figure de l'indivision en considérant que, pendant la durée de vie des deux personnes⁶³⁷, la concurrence de droits emporte le droit pour chacune d'entre elles de jouir indivisément du bien, ainsi que l'a même rappelé la Cour de cassation⁶³⁸. En outre, quand bien même l'article L. 241-20 du Code monétaire et financier définit le fonds commun de placement comme une « copropriété d'instruments financiers »⁶³⁹, le souscripteur de parts n'a en réalité aucun pouvoir sur les actifs du fonds, seule la société de gestion en ayant⁶⁴⁰. Enfin, les règles de gestion des biens communs des époux n'accréditent pas l'idée qu'il existerait entre eux une propriété collective : l'article 1421 du Code civil précise simplement que le principe en la matière est la gestion concurrente des biens à condition que le bien ne soit pas soumis à la cogestion. À l'examen, les seules formes de propriété collective que l'on connaisse sont celles qui, à raison de « nécessités pratiques imposent qu'un bien soit en état de copropriété définitive », comme l'écrit Madame Chardeaux⁶⁴¹ : copropriété des immeubles bâtis sur les parties communes, mitoyenneté et œuvre de collaboration⁶⁴². Mais alors, c'est la loi qui

⁶³⁴ W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 581, n° 320-3. *Adde.* F. ZENATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux, op. cit.*, p. 589, spéc. p. 604.

⁶³⁵ Sur les sépultures, cf. infra n° 406 s. ; sur les souvenirs de famille, cf. infra n° 259.

⁶³⁶ C. DUVERS, « La propriété collective », *LPA* n° 90, 6 mai 2002, p. 4 sq.

⁶³⁷ En revanche, la clause d'accroissement écarte *in fine* nécessairement l'indivision puisqu'il n'y a jamais plus qu'un seul titulaire du droit de propriété. En ce sens, Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 1986, n° 85-10.031, *Bull. civ. I*, n° 140.

⁶³⁸ Cass. 1^{ère} civ., 9 février 1994, n° 92-11.111, *Bull. civ. I*, n° 60. V. également J. THIERRY, « La clause d'accroissement dite clause de tontine », *D.* 1994, p. 417, spéc. n° 6 : « s'il n'y a pas indivision quant à la propriété, ce qui exclut tout partage de cette propriété, il y a, en quelque sorte, "indivision forcée", quant à la jouissance ». V. enfin F. ZENATI, « Clause d'accroissement », *RTD Civ.* 1995, p. 151 sq.

⁶³⁹ *Adde.* CMF, art. L. 241-49 s'agissant du fonds commun de titrisation.

⁶⁴⁰ T. BONNEAU, « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil », *RTD Civ.* 1991, p. 13, spéc. n° 21s. Sur cette question, cf. infra n° 441.

⁶⁴¹ M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes, op. cit.*, p. 72, n° 68, note 101.

⁶⁴² L'on peut également faire une place aux « communaux » dont traite l'article 542 du Code civil et qu'un auteur voit comme des biens appartenant collectivement aux habitants d'une commune (M. BOURJOL, *Les biens communaux. Voyage au centre de la propriété collective*, LGDJ, coll. « Décentralisation et développement local », 1989, spéc. pp. 140 s.). Cependant, comme l'écrit Monsieur Zenati-Castaing, « la terre ayant perdu sa nature de chose commune pour devenir une forme de propriété privative, ces biens archaïques sont devenus des biens ordinaires, qui sont dans le commerce. Dans les cas exceptionnels où ils n'ont pas été appropriés par les communes, ils n'ont pu conserver leur nature communautaire, car leur vocation au partage a été réaffirmée par la jurisprudence, qui leur fait application des textes révolutionnaires (...). Les communaux sont donc devenus des indivisions dans les cas exceptionnels où ils ne sont pas des propriétés communales » (F. ZENATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle ? », art. cité, p. 603). Des auteurs défendent quant à eux l'idée d'une propriété publique des biens communaux, se fondant sur un avis du Conseil d'État reconnaissant aux communes et sections de communes le pouvoir d'aliéner les biens communaux, qui leur appartiendraient (CE, avis, 16 mars 1838, *S.* 1865, 2, p. 116) : v. ainsi S. MANSON, *J.-Cl. Notarial Répertoire*, v° « Biens. Biens domaniaux », Fasc. 110, 2016, n° 43 s ; J.-G. SORBARA, *J.-Cl. Propriétés publiques*, v° « Biens communaux », Fasc. 34-20, 2020, n° 32 s., qui ne reconnaît aux habitants qu'un droit réel de jouissance sur ces biens dont la propriété reviendrait aux communes.

l'organise et la spécifie. Finalement, s'il apparaît qu'à l'égard des tiers, la propriété collective produit les véritables effets d'une propriété⁶⁴³, la figure est bien trop exceptionnelle pour être étendue à la gestion des biens communs.

132. Usage commun et propriété individuelle. Les formes de propriété commune semblent inadaptées à embrasser l'ensemble des choses communes. Tel n'est pas le cas de la propriété individuelle dont la plasticité l'autorise à supporter un affaiblissement de l'exclusivité qui lui est attachée⁶⁴⁴. Penser la notion de choses communes à travers la propriété individuelle n'a en outre rien d'iconoclaste. Loin d'être ce « noyau irréductible d'égoïsme individuel » dépeint par Ripert⁶⁴⁵, la propriété individuelle se révèle apte à endosser le rôle qu'on lui a jadis dénié. Sa fonction sociale le commande⁶⁴⁶. C'est elle qui justifie les entorses à son caractère exclusif. C'est encore elle qui justifie son appréhension désormais actée comme un vecteur de la satisfaction collective des personnes et comme un moyen d'organiser de manière raisonné l'accès aux ressources si précieuses pour l'homme⁶⁴⁷. Il semble même qu'il faille aujourd'hui en passer par la propriété pour parvenir à cette fin plutôt que postuler l'inverse⁶⁴⁸. D'une logique d'interdiction, l'on passerait ainsi à une logique d'accès⁶⁴⁹. D'une logique d'exclusivité, l'on passerait encore à une logique de mutualisation de la ressource⁶⁵⁰. Ce phénomène s'observe d'ailleurs déjà.

⁶⁴³ F. ZENATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle ? », art. cité, p. 589.

⁶⁴⁴ Comp. G. LARDEUX, « Qu'est-ce que la propriété ? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l'histoire », *RTD Civ.* 2013, p. 741, spéc. n° 20, considérant que rien ne s'oppose à l'admission d'une propriété non-exclusive.

⁶⁴⁵ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1955, n° 92.

⁶⁴⁶ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 1939, pp. 15 s., n° 13 s. ; L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Félix Alcan, 1912, Sixième conférence : « La propriété fonction sociale », pp. 147 s. ; G. MORIN, « Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété », in *Études offertes à Georges Ripert*, t. II, LGDJ, 1950, p. 3, spéc. pp. 12 s.

⁶⁴⁷ En ce sens, voyant dans la propriété le moyen de protéger l'environnement en organisant notamment un « usage concerté des ressources naturelles », v. J. DE MALAFOSSE, « La propriété gardienne de la nature », in *Études offertes à Jacques Flour*, Répertoire Defrénois, 1979, p. 335, spéc. p. 345.

⁶⁴⁸ Madame Rochfeld suggérait une réponse de cet ordre en se demandant si, « pour atteindre les finalités poursuivies, [il est] préférable de faire échapper la ressource à la propriété privée exclusive et la soumettre à un régime de non-appropriation ou, à l'inverse, d'élargir le cercle de ceux qui peuvent se l'approprier » (J. ROCHFELD, « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux "communs" ? », art. cité, p. 356).

⁶⁴⁹ Ce mouvement s'observe en matière environnementale. Un auteur a ainsi distingué « fonction environnementale passive » et « fonction environnementale active » : quand la première est subie et « réside dans la structure même du droit de propriété intégrant l'ensemble des limitations imposées par la nature de la chose », la seconde est voulue, car « elle ressort de l'utilisation positive de la propriété à des fins écologiques » (B. GRIMONPREZ, « La fonction environnementale de la propriété », *RTD Civ.* 2015, p. 539 sq.).

⁶⁵⁰ Sur ce point, v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété », in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 76 sq. Adde. J. RIFKIN, *L'âge de l'accès. La nouvelle*

133. Affaiblissement de l'exclusivité. Le législateur a multiplié ces dernières décennies les cas, déjà nombreux, dans lesquels le propriétaire d'une chose est amené à supporter la présence de tiers dans la jouissance de celle-ci et dont les prétentions entament l'exclusivité caractérisant traditionnellement son droit. Les manifestations de ces atteintes à l'exclusivité sont nombreuses : ainsi d'abord des servitudes de passage en bordure de cours d'eau domaniaux (servitudes de marchepied) et des servitudes de halage qui obligent le propriétaire d'un terrain jouxtant un tel cours d'eau à laisser notamment à la disposition des pêcheurs, piétons ou navigants une bande de terre libre de toute occupation⁶⁵¹. Ainsi encore des servitudes de chasse⁶⁵² instaurées par la Loi « Verdeille » de 1964⁶⁵³ modifiée en 2000⁶⁵⁴ et qui contraignent le propriétaire d'un terrain membre d'une association communale de chasseurs à souffrir la présence sur ses terres d'autres chasseurs venant profiter du capital cynégétique passant par son

culture du capitalisme, trad. M. Saint-Upéry, Paris, La Découverte, 2005, *passim* ; T. PERROUD, v° « Accès (enjeux pratiques) », in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (Dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, coll. « Quadrige », 2017, p. 12 *sq.*

⁶⁵¹ CGPPP, art. L. 2131-2. Dans un même ordre d'idées, mention doit être faite des servitudes de passage en bordure de mer grevant les propriétés privées riveraines du domaine public maritime et qui obligent notamment les propriétaires de ces terrains à laisser une bande de trois mètres de large au bénéfice des piétons (C. urb., arts. L. 121-31 pour les servitudes de passage en bordure de mer et L. 121-34 pour les servitudes de passage des piétons transversales au rivage sur les voies et chemins privés d'usage collectif). Sur la question, v. not. M. HUET, « Le droit de jouir. Essai sur les métamorphoses de la propriété matérielle et immatérielle dans les domaines immobilier et urbain », in *Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 263, spéc. p. 270 : « avec le Code de l'urbanisme, le droit de jouir prend une dimension qui dépasse les intérêts particuliers des propriétaires pour réguler, au nom de l'intérêt général, les comportements de toute personne publique ou privée ».

⁶⁵² Sur l'organisation des premières fédérations de chasseurs au début du XX^{ème} siècle, v. G. GABOLDE, « L'évolution du droit de la chasse depuis un demi-siècle », in *Études offertes à Georges Ripert*, t. II, *op. cit.*, p. 79 *sq.*

⁶⁵³ Loi n° 64-696 du 10 juillet 1964 relative à l'organisation des associations communales et intercommunales de chasse agréées : C. envir., arts. L. 422-2 s.

⁶⁵⁴ Loi n° 2000-696 du 27 juillet 2000 relative à la chasse.

fonds⁶⁵⁵. Ainsi enfin, dans un autre ordre d'idées, des licences « autoritaires »⁶⁵⁶ parmi lesquelles figurent les licences d'offices prises dans l'intérêt de la santé publique et qui permettent de soumettre à une telle licence tout brevet portant notamment sur un médicament insuffisamment distribué ou mis à la disposition du public à des un anormalement élevé⁶⁵⁷.

134. Obligations d'entretien. À côté de ces entorses à l'exclusivité traditionnellement attachée au droit de propriété, le législateur a également prévu des hypothèses dans lesquelles le propriétaire d'une chose peut se trouver contraint de l'entretenir lorsque celle-ci présente une valeur pour l'ensemble d'une communauté⁶⁵⁸. Ces « charges d'intérêt général » selon les mots de Madame Rochfeld⁶⁵⁹ se rencontrent dans de nombreuses hypothèses, obligeant le propriétaire d'une chose à prendre des mesures adéquates pour que la communauté dispose d'un accès suffisant et rationnel à certaines choses ou ressources. Tel est d'abord le cas des obligations d'entretien pesant sur les propriétaires de chemins et sentiers desservant leurs

⁶⁵⁵ L'histoire de cette loi est bien plus mouvementée qu'il y paraît. La loi « Verdeille » prévoyait initialement le regroupement des territoires de chasse au sein d'associations communales. Ce regroupement était obligatoire dans toutes les communes de 29 départements métropolitains mais restait facultatif pour les communes des autres départements. Il était alors précisé que les propriétaires dont les fonds étaient inclus dans le périmètre d'une telle association deviendraient automatiquement membres de celle-ci, avec comme conséquence la perte de leur droit de chasse exclusif sur leur fonds. En contrepartie, ces derniers obtenaient le droit de chasser sur les autres fonds compris dans ce périmètre. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2000 relative à la chasse et modifiant la loi « Verdeille », seuls les propriétaires de fonds supérieurs à 20 hectares pouvaient s'opposer à une telle privation de l'exclusivité attachée à leur droit de propriété en objectant une clause de conscience. Cette différence de traitement entre petits et grands propriétaires amena alors la Cour européenne des droits de l'homme : l'obligation de laisser les chasseurs chasser sur un terrain insuffisamment grand pour être soustrait au périmètre de chasse était constitutive d'une ingérence dans la jouissance des droits (CEDH, « Chassagnou et autres c/ France », 29 avril 1999, n° 25088/94). Cette « déroute en rase campagne » selon les mots de Monsieur Marguénaud (J.-P. MARGUÉNAUD, « La négation du droit de chasser seul sur son lopin », *RTD Civ.* 2012, p. 703, spéc. p. 703) a ainsi amené le législateur à modifier la loi « Verdeille » en 2000 (Loi conforme à la Convention d'après la Cour : CEDH, « A.S.P.A.S. et Lasgrezas c/ France », 22 septembre 2011, n° 29953/08), en cessant toute distinction entre petits et grands propriétaires et en autorisant les uns comme les autres à s'opposer à la chasse sur leur fonds en établissant simplement leur refus (C. envir., art. L. 422-10, 5°). Mais cette clause de conscience ne peut plus être soulevée, dira ultérieurement la Cour, lorsque l'on est soi-même chasseur et que l'on s'oppose à ce que d'autres chasseurs chassent sur nos terres ! La Cour européenne a en effet estimé que le propriétaire d'un fonds lui-même chasseur devait accepter de voir d'autres chasseurs profiter du gibier passant par le fonds, toute invocation d'une clause de conscience étant dès lors inopérante (CEDH, « Chabauty c/ France », 4 octobre 2012, n° 57412/08. Dans cet arrêt, la Cour est très claire : « les propriétaires fonciers dont les terrains sont inclus dans le périmètre d'une ACCA perdent uniquement l'exclusivité de la chasse sur leurs terres ... »).

⁶⁵⁶ J. RAYNARD, E. PY et P. TRÉFIGNY, *Droit de la propriété industrielle*, LexisNexis, coll. « Manuel », 2016, pp. 162 s., n° 310 s.

⁶⁵⁷ CPI, art. L. 613-16 et CSP, art. L. 5141-13.

⁶⁵⁸ Plus largement, sur l'« obligation » d'exploiter un bien, v. C. ALBIGES, « L'obligation d'exploiter un bien », *RTD Civ.* 2014, p. 795 sq.

⁶⁵⁹ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé, op. cit.*, p. 245, n° 24.

fonds⁶⁶⁰ et des obligations pour les départements d'entretenir les chemins ou sentiers de randonnée appartenant à l'État ou à d'autres personnes publiques ou privées⁶⁶¹. Tel est ensuite le cas des servitudes d'utilité publique instituées dans un but de protection, de conservation et de mise en valeur du patrimoine culturel⁶⁶² et obligeant le propriétaire d'un immeuble classé au titre des monuments historiques à solliciter, préalablement à quelque travail de restauration que ce soit, une autorisation des pouvoirs publics⁶⁶³. Tel est enfin le cas des procédés de mise en valeur des terres incultes ou manifestement sous-exploitées, des échanges et cessions amiables d'immeubles ruraux et des procédés d'aménagement foncier agricole⁶⁶⁴. Cette obligation de mise en valeur des terres pèse encore sur le propriétaire d'une chose précédemment donnée à bail et souhaitant l'exploiter lui-même après avoir usé de son droit de reprise, le législateur contraignant le propriétaire « à se consacrer à l'exploitation du bien repris pendant au moins neuf ans » et à « participer sur les lieux aux travaux de façon effective et permanente »⁶⁶⁵.

135. Affectation forcée de la chose. Si le propriétaire d'une chose peut se trouver contraint de l'entretenir lorsqu'elle présente un intérêt pour la communauté, il peut enfin se trouver plus radicalement contraint de l'affecter à autrui⁶⁶⁶. La contrainte peut être indirecte, comme avec la

⁶⁶⁰ C. rur., art. L. 162-2.

⁶⁶¹ C. envir., art. L. 361-1.

⁶⁶² C. patr., art. L. 611-1.

⁶⁶³ C. patr., art. L. 621-9. Sur ce point, v. C. DREVEAU, « La propriété foncière à l'épreuve de la protection du patrimoine culturel, historique et archéologique », in *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul, op. cit.*, p. 341, spéc. p. 353, soulignant que le propriétaire d'un tel bien classé « se voit relégué au rang de détenteur précaire en vertu de son devoir de transmission aux générations futures. Il n'est alors plus monarque absolu mais un simple intendant, un dépositaire, un mandataire comptable de sa gestion, un usufruitier », devant « conserver la substance de la chose en vue de sa restitution comme s'il n'était que titulaire d'un droit de jouissance sur la chose d'autrui ».

⁶⁶⁴ C. rur., arts. L. 125-1, L. 124-1 et L. 123-1.

⁶⁶⁵ C. rur., art. L. 411-59. La cour d'appel de Paris a même considéré dans cette hypothèse que la reprise ne pouvait être effective faute pour le propriétaire d'avoir les compétences techniques nécessaires à l'exploitation agricole, conditionnant alors la reprise à un degré de connaissances minimal (CA Paris, 3 juillet 1991, *D.* 1991, p. 227).

⁶⁶⁶ Sans y être contraint, le propriétaire d'une chose peut aussi décider d'affecter volontairement sa chose à autrui, tout comme il peut décider de se soumettre volontairement à une série d'obligations destinées à préserver la ressource qu'il a entre les mains. C'est toute la philosophie des logiciels libres qui sont des logiciels dont le code source est fourni en même temps qu'une licence accordant notamment aux utilisateurs la liberté de copier le logiciel et d'en redistribuer les copies ainsi que la liberté de transformer le programme. Contrairement aux « logiciels propriétaires » où le code source reste inaccessible, les logiciels libres entendent combattre toute idée d'exclusivité (sur la question, v. P.-A. MANGLOTE, v° « Logiciel libre (approche économique) », in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (Dir.), *Dictionnaire des biens communs, op. cit.*, p. 762 sq. V. également S. BROCA et P. EYNAUD, « Biens communs et outils numériques : le cas des logiciels libres », *Juris associations* 2014, n° 501, p. 33 sq.). Dans un autre ordre d'idées, c'est également ce que l'on observe avec l'obligation réelle environnementale créée par la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, et figurant à l'article L. 132-3 du Code de l'environnement. Ce texte prévoit que les propriétaires de biens immobiliers pourront conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement, « en vue de faire naître à leur

taxe sur les logements vacants qui se veut une mesure incitative⁶⁶⁷ et qui est due pour chaque logement vacant depuis au moins une année, l'objectif du législateur étant de forcer indirectement le propriétaire d'un immeuble à le mettre en location. Mais la contrainte peut être directe, comme avec la réquisition des logements⁶⁶⁸ qui permet au représentant de l'État dans le département de procéder, par voie de réquisition, à la prise de possession partielle ou totale des locaux à usage d'habitation vacants, inoccupés ou insuffisamment occupés, en vue de les attribuer à des personnes dans une situation de précarité, pour une durée d'un an renouvelable. La contrainte est également directe s'agissant des vestiges historiques découverts sur des propriétés privées ou des biens mobiliers inventés sur des sites archéologiques, l'État en étant rendu propriétaire par dérogation aux articles 552 et 716 du Code civil⁶⁶⁹. Un tel procédé se remarque pour finir dans l'obligation qui pèse sur les éditeurs de donner aux auteurs de publications scientifiques la possibilité d'auto-archiver leurs écrits, passée une période d'embargo permettant aux éditeurs de rentabiliser la publication⁶⁷⁰.

136. Compatibilité des qualifications de biens et de choses communes. La frontière historique des biens et des choses communes doit être révisée. Une telle révision s'impose pour la bonne raison que la fonction excède la notion, la norme d'inappropriabilité ne servant plus à identifier la catégorie : l'inappropriabilité des choses communes n'est en rien naturelle mais au contraire construite ; seul compte le fait que la chose soit destinée à l'usage commun. Si dans ce schéma la propriété peut y pourvoir, il devient dès lors incompréhensible de la tenir pour antinomique de la notion de choses communes⁶⁷¹, plus encore lorsque l'on reconnaît avec

charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques ». La possibilité d'instaurer une protection environnementale attachée à un immeuble a pour fonction première, comme l'a rappelé le Conseil économique, social et environnemental (CESE, « La biodiversité : relever le défi sociétal », juin 2011) de protéger la biodiversité, laquelle constitue un élément du patrimoine commun environnemental ou naturel commun à l'humanité. Dans cette hypothèse, le propriétaire s'impose des charges afin de conserver une parcelle de ce patrimoine au bénéfice de tout un chacun.

⁶⁶⁷ CGI, art. 232.

⁶⁶⁸ CCH, art. L. 641-1 s.

⁶⁶⁹ C. patr., art. L. 541-1.

⁶⁷⁰ L'article L. 533-4 du Code de la recherche, issu de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, prévoit que l'auteur d'une telle publication, une fois les conditions réunies, et « même après avoir accordé des droits exclusifs à un éditeur », peut « mettre à disposition gratuitement dans un format ouvert, par voie numérique [...] la version finale de son manuscrit acceptée pour publication ... ».

⁶⁷¹ Comp. M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, op. cit., pp. 411-412, qui considère que l'on se trouve en présence de « quasi-choses communes » et F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, op. cit., p. 58, n° 20, qui préfèrent l'expression de « choses quasi-communes ». Cette querelle terminologique est pourtant vaine : soit la

Monsieur Boffa que des « biens privés peuvent permettre la réalisation de valeurs sociales collectives estimées comme essentielles par le législateur »⁶⁷². Les hypothèses précédemment décrites le confirment d'ailleurs nettement, la propriété se donnant à voir comme le moyen de sauvegarder l'usage commun de certaines choses pensées comme communes⁶⁷³. La limite à la qualification de bien matérialisée par la notion de choses communes se révèle en conséquence fragile.

Cette prééminence du droit objectif sur l'inappropriabilité de certains objets se retrouve encore pourtant à l'identique au sujet des biens relevant du domaine public des personnes publiques.

2. Les biens publics

137. Des choses communes aux biens du domaine public. La sphère des biens ne s'apprécie pas seulement en opposition aux choses communes. À côté de ces choses qui, en principe, n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous, existent également des choses qui, comme l'écrit Monsieur Dross, bénéficient à « la communauté des hommes »⁶⁷⁴ tout en restant hors d'atteinte de la propriété privée : les « biens » relevant du domaine public⁶⁷⁵, appartenant aux personnes publiques⁶⁷⁶ et affectés à l'usage direct du public ou à un service

chose est commune, soit elle ne l'est pas ! En ce sens, v. S. VANUXEM, *Les choses saisies par la propriété*, préf. T. Revet, IRJS Éditions, coll. « Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc », t. 35, 2012, p. 541, n° 268.

⁶⁷² R. BOFFA, *La destination de la chose*, préf. M.-L. Mathieu-Izorche, Defrénois, coll. « Doctorat & Notariat », t. 32, 2008, p. 46, n° 60.

⁶⁷³ En ce sens, J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 246, n° 24, soulignant que « dans ces situations de destination marquée, les propriétaires le sont moins pour leur propre compte que comme des détenteurs pour le compte d'autrui, à savoir la collectivité ».

⁶⁷⁴ W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, op. cit., p. 588, n° 323.

⁶⁷⁵ L'on ne traitera donc pas la question des biens relevant du domaine privé des personnes publiques puisque, malgré leur insaisissabilité, d'ailleurs partagée avec les biens relevant du domaine public (CGPPP, art. L. 2311-1), ils sont en principe parfaitement aliénables par la personne publique et appropriables par les personnes privées selon les règles du droit privé (Cass. civ., 28 décembre 1885, « Commune de Montreuil-Bellay c/ Baronne de Grandmaison », D. 1886, p. 413 ; CE, 5 mai 1922, « Sieur Agier », Rec. CE p. 390), sauf quelques exceptions fondées sur l'affectation de certains biens à l'intérêt général comme les chemins ruraux (B. BUSSON, « L'aliénation des chemins ruraux : évolutions récentes », AJDA 2002, p. 612 sq.), et sauf quelques autres exceptions ponctuelles, comme pour les bois et forêts de l'État qui ne peuvent être aliénés qu'en vertu d'une loi (CGPPP, art. L. 3211-5). D'ailleurs, outre leur aliénabilité, les biens relevant du domaine privé peuvent faire l'objet d'une usucapion trentenaire (Cass. 3^{ème} civ., 9 décembre 2008, n° 07-17.983, inédit), ne bénéficiant donc pas de la règle de l'imprescriptibilité posée par l'article L. 3111-1 du CGPPP au seul bénéfice des biens relevant du domaine public. V. toutefois, pour une critique de l'insaisissabilité de principe des biens relevant du domaine privé, P. YOLKA, « L'insaisissabilité des biens publics (regards sur un mouvement immobile) », JCP A n° 48, 26 novembre 2007, 2307 ; C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, coll. « Recherches Juridiques », t. 35, 2016, pp. 412 s., n° 406.

⁶⁷⁶ D'aucuns ont pu douter de l'existence d'une véritable propriété des personnes publiques, voyant dans les choses offertes à l'usage public des choses communes dont l'État n'aurait, comme l'écrit Demolombe, « que la garde et

public⁶⁷⁷. Tant les choses communes que ces choses relevant du domaine public, à raison de leur fonction première qui est de servir l'usage commun⁶⁷⁸, échappent en principe aux emprises de la propriété privée⁶⁷⁹. Tout comme les choses communes sont, *a priori*, hostiles à toute appropriation, les choses publiques sont, *a priori* également, hostiles à toute appropriation privée. Ainsi se dessine en creux le domaine de la propriété privée : d'un côté les choses susceptibles de faire l'objet d'une appropriation privée ; de l'autre, celles qui ne le peuvent⁶⁸⁰. Cette correspondance entre les choses communes et les biens relevant du domaine public a pu encore trouver un écho dans certaines dispositions du Code civil, aujourd'hui abrogées, faisant de la personne publique le « propriétaire de substitution » ou le propriétaire « par défaut » des

la surintendance, comme représentant des intérêts généraux du corps social » (C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. IX : *Traité de la distinction des biens*, t. I, 4^{ème} éd., Paris, Auguste Durand et L. Hachette & C^{ie}, 1870, p. 322, n° 457) ou considérant, comme Laurent, que l'État n'a pas de « pouvoir exclusif sur les biens qui composent le domaine public », ne pouvant en jouir contrairement au public et n'ayant finalement que la « gestion d'un domaine qui est destiné à l'usage de tous » (F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. VI, *op. cit.*, p. 77, n° 54). C'était également la lecture qu'en faisait Proudhon, voyant dans les « choses publiques » des espèces de choses communes (J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine public. De la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, t. I, Dijon, Victor Lagier, 1833, p. 267, n° 202). Ducrocq perpétuera cette lecture, refusant de reconnaître à l'État un droit de propriété sur les portions du domaine public (T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, t. II, Paris, Ernest Thorin, 5^{ème} éd., 1877, p. 88, n° 910). Berthélemy, enfin, assimilera pareillement choses communes et biens publics, les excluant de toute forme d'appropriation (H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Arthur Rousseau, 9^{ème} éd., 1920, p. 589). Cette vision semble trouver son origine dans la distinction proposée par Gaius entre les choses publiques et les choses privées. Selon lui, « les choses publiques sont regardées comme n'étant dans les biens de personne ; car on les considère comme appartenant à une corporation ; les choses privées sont celles qui appartiennent à des particuliers » (M. L. DOMENGET, *Institutes de Gaius*, Paris, A. Maresq Ainé, 1866, *Comm.* 2, § 11). Une telle approche est pourtant aujourd'hui définitivement enterrée. Il n'est en effet guère plus contesté que les personnes publiques disposent d'un véritable droit de propriété sur les biens composant le domaine public comme le domaine privé de l'État ou des collectivités territoriales. En ce sens, v. CE, 16 juillet 1909, « Ville de Paris et Chemin de fer d'Orléans », n° 22925 et 22960 et CE, 17 janvier 1923, « Piccioli », S. 1925, 3, p. 17, obs. M. Hauriou. Sur la question, v. P. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, coll. « Bibl. dr. public », t. 191, 1997, *passim*. V. également M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Sirey, 10^{ème} éd., 1921, pp. 626 s. ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, *op. cit.*, pp. 1033-1035, n° 3064.

⁶⁷⁷ CGPPP, art. L. 2111-1. Sur l'affectation comme critère de la domanialité publique, v. CE, 11 mai 1959, « Dauphin », *Rec. CE* p. 294.

⁶⁷⁸ Pour Monsieur Dross, le critère de distinction des choses communes et des biens relevant du domaine public résiderait dans l'utilité de ces objets : les premiers seraient vitaux quand les seconds seraient simplement utiles au confort des individus (W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, *op. cit.*, p. 592, n° 323-4). L'on peut cependant ne pas être convaincu par cette présentation, la notion de choses communes excédant celle de chose vitale.

⁶⁷⁹ Sur le rapprochement des choses communes et des biens du domaine public, v. M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, *op. cit.*, p. 65, n° 62 ; C. CHAMARD-HEIM, « Les frontières de la propriété. Le domaine public », in D. TOMASIN (Dir.), *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2007, p. 83, spéc. n° 1.

⁶⁸⁰ Aussi est-ce comme cela que certains auteurs abordent la distinction des biens. Aubry et Rau traitent ainsi, dans deux paragraphes successifs, des choses communes et des biens relevant du domaine public qui sont insusceptibles de propriété privée (C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. II, *op. cit.*, p. 43 s., § 168-169). C'est encore le cas de Demolombe qui appréhende les choses communes comme une sous-espèce de choses qui n'appartiennent à personne, aux côtés des biens publics (C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. IX : *Traité de la distinction des biens*, t. I, *op. cit.*, p. 315, n° 453).

choses « laissées à l'usage de tous »⁶⁸¹. Ainsi des anciens articles 538, 540 et 541 qui listaient des choses qui ne pouvaient faire l'objet d'une « propriété privée » et qui relevaient alors du domaine public. L'inappropriabilité par des personnes privées des choses du domaine public, en dépit de la suppression de ces articles, trouve encore aujourd'hui un fondement textuel dans le Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) lequel, à travers les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité du domaine public⁶⁸², entend limiter l'empire de l'appropriation privée et assurer par contrecoup la permanence de l'affectation de ces biens publics à leur fonction première⁶⁸³, ce qui réduit par conséquent la sphère des choses susceptibles d'une appropriation privée et donc des biens privés. Ces principes sont la conséquence immédiate de l'affectation d'une chose au service du public ou au service public.

Toutefois, comme pour les choses communes, l'inappropriabilité des biens du domaine public subit certaines exceptions, fragilisant le cloisonnement des biens privés et des biens publics. Celles-ci doivent être mesurées à l'aune du régime des biens publics, autrement dit de leur imprescriptibilité et de leur inaliénabilité.

138. Imprescriptibilité du domaine public. Comme l'écrit Monsieur Foulquier, le principe d'imprescriptibilité « garantit qu'un bien ne soit pas distrait de son affectation à l'intérêt général du fait de son occupation ou de sa possession prolongée par un tiers »⁶⁸⁴. Ainsi exprimée, la règle fait échec à l'article 2258 du Code civil qui admet l'usucapion trentenaire⁶⁸⁵ et a même fait échec, avant leur suppression par la loi n° 2015-177 du 16 février 2015, aux actions possessoires intentées par des détenteurs de choses relevant du domaine public contre la personne publique propriétaire⁶⁸⁶. La chambre criminelle de la Cour de cassation a d'ailleurs

⁶⁸¹ S. MANSON, *J-Cl. Notarial Répertoire*, v° « Biens. Biens domaniaux », Fasc. 110, *op. cit.*, n° 13. V. également M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, *op. cit.*, p. 39, n° 43.

⁶⁸² CGPPP, art. L. 3111-1. V. également CGCT, art. L. 1311-1 pour le domaine public des collectivités territoriales.

⁶⁸³ Sur cette analyse, v. E. POURCEL, « À qui appartiennent les biens immobiliers construits par les titulaires de titres d'occupation sur le domaine public constitutifs de droits réels ? », *JCP A* n° 52, 26 décembre 2006, 1319, spéc. n° 1.

⁶⁸⁴ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, LexisNexis, coll. « Manuel », 4^{ème} éd., 2018, p. 208, n° 533. La règle ne s'applique donc pas pour les biens relevant du domaine privé des personnes publiques, ses occupants pouvant se prévaloir de la prescription acquisitive. Tel fut d'ailleurs le cas des occupants de terrains situés dans la zone des cinquante pas géométriques à la Réunion, avant son affectation au domaine public en 1986 (Cass. 3^{ème} civ., 12 janvier 1982, n° 80-15.859). Sur l'histoire et l'évolution de la notion, v. C. LAVIALLE, « La réserve des cinquante pas du Roi ou la naissance du domaine public », *RFDA* 2014, p. 451 *sq.* ; D. KHAIR, « Les titres d'occupation de la zone des “cinquante pas géométriques” », *RFDA* 2012, p. 1159 *sq.*

⁶⁸⁵ Cass. civ., 20 août 1861, *DP* 1861, 1, p. 385 ; CE, 13 octobre 1967, « Cazeaux », n° 58332 ; CE, 26 mars 1982, « Sté Marine Côte d'Argent », n° 96352.

⁶⁸⁶ Cass. req., 20 janvier 1868, *DP* 1868, 1, p. 133, s'agissant de la complainte. Cependant, la Cour de cassation a estimé que l'ancienne action en réintégration pouvait être invoquée contre une personne publique par « tous ceux

estimé, dans une affaire fortement médiatisée, que le tenancier d'une paillote-restaurant l'ayant irrégulièrement implantée sur le domaine public maritime ne pouvait se prévaloir de la propriété des installations pour obtenir une réparation des suites de sa destruction par un commando de gendarmerie piloté par le préfet⁶⁸⁷, le jeu de l'accession jouant au bénéfice de la personne publique⁶⁸⁸. Enfin, le Conseil d'État a estimé que le propriétaire public ne pouvait se voir opposer son propre arrêté préfectoral de délimitation, pouvant agir en revendication contre l'occupant sans titre du domaine public maritime, toujours en vertu de l'imprescriptibilité de ce dernier⁶⁸⁹.

Contrairement au principe d'inaliénabilité⁶⁹⁰, le principe d'imprescriptibilité ne souffre à première vue aujourd'hui aucune exception et concerne aussi bien le domaine public immobilier que le domaine public mobilier⁶⁹¹, s'opposant pour ce dernier au jeu de l'article 2276 du Code civil. C'est ainsi que le Conseil d'État a estimé, plus de deux siècles après la nationalisation des biens du clergé par le décret domanial des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790, que l'État était fondé à revendiquer la propriété d'une chose relevant du domaine public entre les mains de ses détenteurs actuels. Ainsi a-t-il jugé, s'agissant d'une statuette ornant le tombeau de Philippe le Hardi⁶⁹², que cet objet « n'avait jamais cessé, depuis sa mise à disposition de la Nation en 1789, d'appartenir au domaine national puis au domaine public dont il a été irrégulièrement soustrait » et « qu'il n'avait pu faire l'objet d'une prescription acquisitive au profit de ses détenteurs successifs, quelle que soit leur bonne foi »⁶⁹³. Le Conseil constitutionnel, pour sa part, a estimé la même année que l'article L. 3111-1 du CGPPP, qui ne prévoit pas de dérogation à l'imprescriptibilité pour les meubles corporels acquis de bonne foi, était conforme à la

qui possèdent ou détiennent paisiblement un immeuble et qui sont victimes, de la part d'une personne autre que celle dont ils tiennent leurs droits, d'une voie de fait, affectant ou menaçant arbitrairement leur possession, quand bien même l'auteur de la voie de fait prétendrait que cet immeuble fait partie du domaine public... » (Cass. 1^{ère} civ., 11 juillet 1984, n° 93-11.363, inédit).

⁶⁸⁷ Cass. crim., 13 octobre 2004, n° 03-81.763, 00-86.727, 00-86.726, 01-83.943, 01-83.945, 01-83.944, *Bull. crim.*, n° 243. Sur la plénitude de juridiction du juge pénal et de sa compétence en matière domaniale, v. C. LAVIALLE, « L'affaire "des paillotes" et la domanialité publique », *RFDA* 2005, p. 105 *sq.*

⁶⁸⁸ Dans le même sens, retenant l'appropriation par voie d'accession d'un ouvrage construit sur le domaine public par un occupant privatif sans autorisation, Cass. 3^{ème} civ., 3 juillet 2013, n° 12-20.237, *Bull. civ.* III, n° 94.

⁶⁸⁹ CE, 27 mai 1988, « Cts Brisse », n° 67114.

⁶⁹⁰ Cf. *infra* n° 139.

⁶⁹¹ Sur l'inadéquation des critères classiques de la domanialité publiques aux meubles, v. P. YOLKA et F. TARLET, *J.-Cl. Propriétés publiques*, v° « Domaine public mobilier », Fasc. 45, 2017, spéc., n° 35-36 et 50, qui soulignent que le critère de l'intérêt public est une formule assez vague.

⁶⁹² Sur cet arrêt, v. J.-F. GIACUZZO, « Le pleurant n° 17 du tombeau de Philippe le Hardi : histoire d'un meuble national », *RFDA* 2018, p. 1057 *sq.*

⁶⁹³ CE, 21 juin 2018, « Sté Pierre Bergé et associées et autres », n° 408822.

Constitution⁶⁹⁴. Dans cette décision, le Conseil retient que l'imprescriptibilité du domaine public ne contrevient pas aux articles 4 et 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et que l'article 2276 du Code civil ne peut, partant, être utilement invoqué⁶⁹⁵. Enfin, la Cour de cassation a retenu, peu de temps après encore, que « la protection du domaine public mobilier impose qu'il soit dérogé » à l'article 2276 du Code civil⁶⁹⁶. Si la Cour, en l'espèce, constate bien une ingérence de l'État dans les biens – laquelle est en principe susceptible de constituer une atteinte au droit au respect des biens posé par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne –, elle souligne pourtant que cette ingérence n'est pas disproportionnée car elle « poursuit un but légitime [...] dès lors que la protection de l'intégrité du domaine public relève de l'intérêt général ».

Tel qu'on le voit, l'imprescriptibilité du domaine public ne souffre aucune exception, les juges appliquant à la lettre les prescriptions de l'article L. 3111-1 du CGPPP⁶⁹⁷. Cependant, l'on peut s'interroger sur la pérennité d'une telle solution au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui, à de nombreuses reprises, a estimé qu'un État ne pouvait se retrancher derrière la domanialité publique d'une chose pour faire échec à sa prescription acquisitive et en obtenir restitution, sitôt que son détenteur estimait en avoir acquis la propriété de bonne foi, ayant alors un intérêt patrimonial à en jouir⁶⁹⁸. Ainsi la Cour européenne a-t-elle estimé qu'un taudis construit sur un terrain appartenant à l'administration turque des forêts constituait un « intérêt économique substantiel » s'analysant en un « bien » au sens du premier alinéa de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention⁶⁹⁹. De même a-t-elle retenu que l'inclusion, dès 1783, d'une lagune de la province de Venise dans le domaine public maritime était sans incidence sur la qualification de « bien » d'une exploitation piscicole située sur ces vallées de pêche⁷⁰⁰. Enfin a-t-elle considéré qu'un particulier pouvait acquérir par prescription acquisitive un terrain appartenant au domaine

⁶⁹⁴ Cons. const., décision n° 2018-743 QPC du 26 octobre 2018, « Société Brimo de Laroussilhe ».

⁶⁹⁵ Sur l'introduction quelque peu forcée dans le domaine public de biens à raison de leur charge artistique, historique ou scientifique, v. H. DE GAUDEMAR, « Jubé au Conseil constitutionnel : la constitutionnalité consacrée de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité du domaine public », *JCP G* n° 8, 25 février 2019, 212.

⁶⁹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 13 février 2019, n° 18-13.748.

⁶⁹⁷ L'on retrouve également ces prescriptions pour certains meubles, comme les archives publiques, qui demeurent imprescriptibles (C. patr., art. L. 212-1).

⁶⁹⁸ V. not. N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, op. cit., p. 207, n° 532.

⁶⁹⁹ CEDH, 30 novembre 2004, « Öneriyildiz c/ Turquie », n° 48939/99, spéc. § 141-142.

⁷⁰⁰ CEDH, 23 septembre 2014, « Valle Pierimpiè Società Agricola S.p.a. c/ Italie », n° 46154/11, spéc., § 46 s.

forestier turc⁷⁰¹. Dans ces décisions, la Cour européenne reconnaît donc qu'une personne privée peut se voir reconnaître un véritable droit de propriété sur une dépendance du domaine public. Faudrait-il craindre par conséquent une condamnation des revendications tardives de choses relevant du domaine public ? À l'évidence, il serait bien périlleux de prophétiser quoi que ce soit, la Cour européenne se montrant assez imprévisible dans ses solutions⁷⁰². Surtout, il semble que les juges internes s'emparent désormais *a priori* de la question et effectuent eux-mêmes le contrôle de proportionnalité dont le défaut leur est souvent reproché. Ainsi de l'arrêt du 12 février 2019 rendu par la Cour de cassation et précédemment évoqué⁷⁰³, longuement argumenté en vue précisément de parer aux éventuelles critiques.

Dès lors, malgré quelques errements et incertitudes, le principe de l'imprescriptibilité du domaine public demeure relativement puissant. Tel n'est pas le cas du principe qui lui est associé, celui de l'inaliénabilité du domaine public, qui souffre nombre d'entorses.

139. Inaliénabilité du domaine public. Consacré à l'article L. 3111-1 du CGPPP⁷⁰⁴, le principe de l'inaliénabilité du domaine public a pendant longtemps pâti d'une absence de fondement. Celui-ci était expliqué tantôt comme une perpétuation de l'inaliénabilité du domaine de la Couronne, tantôt comme prenant ses racines dans l'édit de Moulins de 1566. Aucune de ces explications n'a convaincu⁷⁰⁵ et l'on a alors cherché une autre source à l'inaliénabilité. Si un auteur a suggéré de voir dans l'inaliénabilité une conséquence de l'*appartenance* du domaine public à la personne publique⁷⁰⁶, la doctrine n'y voit aujourd'hui qu'une conséquence de l'*affectation* du domaine public à l'usage du public ou au service

⁷⁰¹ CEDH, 10 mars 2009, « Satir c/ Turquie », n° 36192/03, spéc. § 31. Dans le même sens, v. CEDH, 8 juillet 2008, « Turqut et autres c/ Turquie », n° 1411/03 ; CEDH, 22 juillet 2008, « Köktepe c/ Turquie », n° 35785/03 ; CEDH, 9 février 2010, « Bölükbas et autres c/ Turquie », n° 29799/02.

⁷⁰² La Cour européenne se réfère ainsi fréquemment à l'équilibre entre les intérêts de la communauté et ceux du requérant. V. not. CEDH, 29 mars 2010, « Depalle c/ France », n° 34044/02 : en l'espèce, l'occupant d'une parcelle du domaine public sur laquelle était construite une maison s'était vu, du jour au lendemain, privé de son autorisation d'occupation, qui n'a pas été renouvelée à la suite de l'entrée en vigueur de la loi Littoral (Loi n° 86-2 du 3 janvier 1986). Quand bien même la Cour européenne reconnaît là un « intérêt patrimonial du requérant à jouir de la maison, lequel était suffisamment reconnu et important pour constituer un "bien" » (§ 68), elle considère qu'il n'y a pas eu de rupture de l'équilibre entre les intérêts de la communauté et ceux du requérant (§ 92).

⁷⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 13 février 2019, préc.

⁷⁰⁴ V. également CGCT, art. L. 1311-1 pour le domaine public des collectivités territoriales.

⁷⁰⁵ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, op. cit., p. 196, n° 509.

⁷⁰⁶ H. DE GAUDEMAR, « L'inaliénabilité du domaine, une nouvelle lecture », *Dr. et patr.* n° 179, 1^{er} mars 2009, p. 74 sq.

public⁷⁰⁷. Dorénavant, ce principe signifie simplement que tant que le domaine public se trouve affecté à l'usage du public ou au service public, il reste indisponible⁷⁰⁸ : inaliénable, insusceptible d'expropriation, insusceptible d'être démembré ou de supporter des servitudes, le domaine public reste *a priori* à l'abri de toute dispersion, dans un souci d'éviter, comme l'écrit Monsieur Foulquier, « que les services nécessaires à la cohésion sociale et les fondements libéraux de la République souffrent d'éclipses »⁷⁰⁹.

Ce principe s'impose véritablement à la personne publique propriétaire, puisque seuls la désaffectation et le déclassement d'une chose du domaine public permettent de le contourner⁷¹⁰ encore que, désormais, l'on conçoive que l'inaliénabilité du domaine public ne s'oppose plus nécessairement à son utilisation privative voire à son « démembrement » si celui-ci reste affecté à son but premier⁷¹¹. C'est certainement ce qui a amené le législateur à admettre de nombreuses dérogations au principe d'inaliénabilité, en offrant à l'occupant du domaine public des droits réels sur les dépendances de celui-ci, contrairement à ce qu'avait jusque-là toujours soutenu la jurisprudence⁷¹². Dans la droite ligne des écrits du Doyen Hauriou qui avait suggéré de reconnaître un droit réel spécial de l'occupant domanial sur le domaine public⁷¹³, le législateur a en effet multiplié les situations dans lesquelles les occupants pourront se voir octroyer des droits réels sur des dépendances de celui-ci⁷¹⁴.

140. Inappropriabilité des choses du domaine public : prééminence de l'affectation.

Quelle que soit la teneur des principes d'imprescriptibilité et d'inaliénabilité du domaine public, ils ne sauraient en eux-mêmes expliquer l'exclusion, du domaine de la propriété privée, des choses qui sont incluses dans le domaine public. L'inappropriabilité, par des personnes privées,

⁷⁰⁷ V. not. R. CAPITANT, obs. sous CE, 17 février 1932, « Commune de Barran », *D.* 1933, p. 49 *sq.* ; Y. GAUDEMET, « Les droits réels sur le domaine public », *AJDA* 2006, p. 1094 *sq.*

⁷⁰⁸ V. not., pour l'inaliénabilité de certains meubles, C. patr., arts. L. 622-13 et L. 622-14 (pour les objets classés au titre des monuments historiques), L. 451-3 et L. 451-5 (pour les biens figurant dans les collections des Musées de France) et L. 541-8 (pour les biens archéologiques mobiliers).

⁷⁰⁹ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 196, n° 508.

⁷¹⁰ CGPPP, art. L. 2141-1.

⁷¹¹ Sur ce point, v. Y. GAUDEMET, « Les droits réels sur le domaine public », art. cité, qui souligne, à propos des droits réels mais étendant le propos aux servitudes, que « dès lors donc que la reconnaissance de droits réels, de la nature du droit de propriété, à des occupants domaniaux ou à des tiers ne contrarie pas l'affectation, mais au contraire, souvent, la complète et permet la valorisation du domaine, elle doit être considérée avec faveur ».

⁷¹² Cass. civ., 15 mai 1861, « Mancel », *DP* 1861, 1, p. 225. Plus récemment, v. CE, 1^{er} octobre 2013, « Société Espace Habitat Construction », n° 349099. Sur la question, v. C. COMBE, « Les droits réels sur le domaine public. Ambiguïtés et limites », *Dr. admin.* n° 12, 2001, chron. 22 *sq.*

⁷¹³ M. HAURIOU, obs. sous CE, 25 mai 1906, « Min. commerce c/ Chem. de fer d'Orléans », *S.* 1908, 3, p. 65.

⁷¹⁴ Cf. *infra* n° 384 s.

des choses relevant du domaine public, apparaît en effet comme le seul résultat d'un acte de volonté du Souverain. De la même manière qu'aucune chose n'est, en elle-même, inappropriable, aucune chose ne relève, par nature, du domaine public. Capitant le soulignait déjà en 1933, à l'occasion d'une note rendue à propos de l'arrêt « Commune de Barran » du 17 février 1932 du Conseil d'État : « le critère de la domanialité doit être cherché non dans la nature des choses, mais dans un acte de volonté étatique qui est précisément l'acte d'affectation »⁷¹⁵. L'affirmation est plus vraie encore aujourd'hui, depuis que les articles 538, 540 et 541 du Code civil ne sont plus et depuis que la doctrine prend acte de la part d'artifice présidant au classement dans une catégorie ou une autre d'un objet. Ainsi Madame Chamard écrit-elle dans sa thèse, au sujet de l'ancien article 538 du Code civil, que cet article « ne signifie pas que les dépendances du domaine public sont intrinsèquement rebelles à toute appropriation privée, mais seulement qu'elles en sont artificiellement insusceptibles, parce qu'une volonté de les affecter à l'usage de tous les a exclues des patrimoines privés et les a soumises à un régime juridique dérogatoire »⁷¹⁶. Tout comme la qualification de choses communes dépend d'une « norme d'inappropriabilité »⁷¹⁷, celle de biens du domaine public dépend encore d'une norme d'affectation⁷¹⁸. Aucune chose n'est, en soi, rebelle à l'appropriation, ni ne relève, par nature, du patrimoine des personnes privées ou des personnes publiques⁷¹⁹.

Cela est encore plus vrai sitôt que l'on observe que certaines choses relevant du domaine public pourront supporter la présence de droits réels, contrairement au principe selon lequel un « verrou organique » est censé être posé sur toute chose incluse dans le périmètre du domaine

⁷¹⁵ R. CAPITANT, obs. sous CE, 17 février 1932, « Commune de Barran », art. cité.

⁷¹⁶ C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. J. Untermaier, Dalloz, coll. « Nlle bibliothèque des thèses », t. 33, 2004, p. 290, n° 403 et du même auteur, « Les frontières de la propriété. Le domaine public », art. cité, n° 18. *Adde.* C. LAVIALLE, « Regard sur l'appropriation publique », in D. TOMASIN (Dir.), *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, op. cit., p. 225, spéc. n° 43. V. également W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, op. cit., p. 592, n° 323-4, qui souligne que « ce n'est nullement la nature de la chose qui dicte la domanialité publique mais un acte de volonté ».

⁷¹⁷ Cf. supra n° 126 s.

⁷¹⁸ L'on peut citer, comme exemple topique, le cas de l'espace hertzien qui fut rattaché au domaine public légal artificiel de l'État (CGPPP, art. L. 2111-14) en raison, note Monsieur Foulquier, « de la seule volonté du législateur » (N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, op. cit., p. 86, n° 200), qui souhaitait là permettre à l'État d'exiger des redevances pour l'utilisation des ondes. Sur la question, v. R. DRAGO, « Nature juridique de l'espace hertzien », in *Études réunies en l'honneur de M. De Juglart*, Montchrestien, 1986, p. 363 sq.

⁷¹⁹ Ni même d'ailleurs du domaine privé ou public d'une personne publique. Ainsi suffit-il qu'un bien relevant du domaine public soit désaffecté et déclassé pour qu'il tombe dans le domaine privé de son propriétaire (CGPPP, art. L. 2141-1). Monsieur Yolka souligne à ce sujet que « vu le subjectivisme des critères de distinction entre le domaine public et le domaine privé, l'appartenance d'un bien à l'une ou l'autre catégorie est frappée d'un fort coefficient d'incertitude » (P. YOLKA, *J-Cl. Propriétés publiques*, v° « Distinction du domaine public et du domaine privé », Fasc. 10, 2020, n° 13). Plus généralement, sur la question, v. J.-P. AMADEI, « Sur la nature du droit de propriété du domaine privé », *RDP* 1998, p. 505 sq. *Adde.* C. CHAMARD-HEIM, *J-Cl. Propriétés publiques*, v° « Sortie du domaine public », Fasc. 53, 2013, n° 57.

public, selon Monsieur Yolka⁷²⁰. Ainsi, malgré le principe d'inaliénabilité du domaine public, interdisant aux personnes publiques de disposer librement de leurs biens, de nombreuses dépendances du domaine public peuvent constituer le socle, pour leurs occupants, de véritables biens dotés d'une incontestable valeur patrimoniale : monopoles d'exploitation⁷²¹, autorisations d'occupation constitutives de droits réels, fonds de commerce, etc. La reconnaissance de droits réels aux particuliers utilisant privativement le domaine public constitue sans aucun doute le chemin de traverse entre la propriété privée et la propriété publique. Ce mouvement témoigne ainsi de l'affadissement de cette distinction et du nouvel empire des droits réels portant sur des objets qui, par principe, doivent y échapper. La limite posée par le Souverain à la qualification de bien (privé) s'avère donc là, comme pour les choses communes, inopérante.

141. Conclusion de la section I. Pris en tant qu'objet juridique, le bien se définit premièrement par sa légalité : il est ce que le Souverain dit être. Le rôle du Souverain dans la qualification de bien est déterminant en ce que c'est à lui que revient le rôle d'établir quels objets, parmi ceux qui s'échangent et se trouvent valorisés, peuvent recevoir la qualification de biens. Cette tâche est éminemment politique. Elle dépend de facteurs culturels, sociaux ou même moraux propres à chaque État et à chaque époque. L'examen a révélé que le Souverain, loin de se prononcer par voie d'énumération des biens, optait en réalité pour une approche négative du bien, refusant d'octroyer cette qualification à des objets dont la valeur si haute est tenue pour essentielle : les personnes, les choses communes et les biens publics dans une moindre mesure. Ces limites à la qualification de bien se sont pourtant révélées relatives. La personne, prise en sa chair ou en ses attributs moraux, oscille pour sa part entre extrapatrimonialité et patrimonialité. Quant aux qualifications de choses communes et de bien public, elles se révèlent quant à elle compatibles avec la qualification de bien privé. Les conséquences sur la notion de bien sont certaines : les digues censées la contenir ne présentent plus l'étanchéité et la solidité qu'on leur a jadis reconnues, le bien inondant des territoires nouveaux et toujours plus nombreux.

Sitôt la légalité du bien étudiée, il convient désormais d'aborder l'autre aspect qui le singularise juridiquement : sa juridicité.

⁷²⁰ P. YOLKA, *J.-Cl. Propriété publiques*, « Distinction du domaine public et du domaine privé », Fasc. 10, *op. cit.*, n° 47.

⁷²¹ Sur lesquels, Cf. *infra* n° 455, 459 et 464 s.

SECTION II. LA JURIDICITÉ

142. Plan. Si le bien se caractérise par sa légalité, il se caractérise encore par sa juridicité. Le bien est en effet un objet purement juridique, n'ayant aucune consistance physique. Il n'est pas une chose mais un droit patrimonial ; il n'est pas un donné mais un construit. Afin de s'en convaincre, une définition de la chose doit préalablement être fournie (§1). Une fois la définition de la chose fournie, sa distinction avec le bien pourra être opérée (§2).

§1. La définition de la chose

143. Plan. Le bien est traditionnellement défini comme une chose appropriée. Cette identité a pu être précédemment constatée⁷²² et même, dans une certaine mesure, justifiée⁷²³. Elle n'en demeure pas moins problématique. La raison tient essentiellement dans l'absence d'une définition aboutie du terme « chose », l'examen de son étymologie et de son origine ne faisant que renforcer l'équivocité qui y est attachée⁷²⁴. Il convient dès lors de fournir une définition de ce terme. Une double difficulté s'attache pourtant à cette tâche. La première est d'ordre conceptuel : existe-t-il une notion de chose juridique qui se distinguerait d'une notion plus générique de chose ? La seconde est d'ordre technique et constitue le prolongement de la première : sitôt le cadre conceptuel de la chose défini, à quoi renvoie finalement ce terme ? C'est à ces deux questions qu'il convient de répondre pour obtenir une définition de la chose : à la définition conceptuelle de la chose (A) succédera sa définition technique (B).

A. Définition conceptuelle de la chose

144. La chose, une construction juridique ? Il n'est pas rare de lire sous la plume de nombreux auteurs que la chose du droit serait une construction juridique dotée d'une autonomie conceptuelle propre⁷²⁵, le droit considérant comme choses des objets « en vertu du sens qu'[ils]

⁷²² Cf. supra n° 3.

⁷²³ Cf. supra n° 4.

⁷²⁴ Cf. supra n° 6.

⁷²⁵ C. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? », art. cité, p. 271. *Adde.* J.-P. CHAZAL, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *RTD Civ.* 2014, p. 763, spéc. p. 788 : « même si cela peut sembler contre-intuitif, les choses, qui sont l'objet de la propriété, ne sont pas des données de la nature [...]. Les choses, pas plus que les personnes, ne pénètrent pas le monde du droit sans une construction ».

prennent pour lui »⁷²⁶. Tel est notamment le propos de Madame Vern qui écrit que « lorsque les choses sont envisagées par le droit, elles cessent d'être des éléments corporels ou incorporels du monde extérieur et acquièrent des qualités juridiques. Le droit construit sa propre réalité qui est, en quelque sorte, la représentation abstraite qu'il se donne du monde extérieur »⁷²⁷. La chose juridique ne relèverait pas du donné mais du construit dans cette optique, serait une « représentation intellectuelle »⁷²⁸ ou une construction, un « modèle »⁷²⁹, voire plus radicalement un « environnement » ou un « milieu »⁷³⁰. D'aucuns avancent dès lors que la matière ne relèverait pas de la substance juridique de la chose⁷³¹, le système juridique ne pouvant être subordonné à la réalité alors même qu'il est « censé l'organiser »⁷³², la chose n'étant jamais plus qu'une projection ou une construction de système soumise à « un jugement de valeur »⁷³³. Somme toute, prévaut une approche nominaliste ou idéaliste des choses extrêmement subjective, le droit nommant « choses » les *étants* qui se trouvent à son service⁷³⁴. La chose devient synonyme d'objet indifférencié de droit au nom d'un « idéalisme moderne », en vertu duquel « l'intelligible a pour lui précellence sur le sensible »⁷³⁵.

145. Appréciation de la thèse constructiviste. S'il est certain que le droit est un système, il semble excessif de le considérer comme coupé du réel ou à tout le moins de l'envisager de manière indépendante. Prétendre construire la notion de chose indépendamment de l'expérience première relève en effet de la pure spéculation : si le droit est un système, il reste une discipline

⁷²⁶ H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, « Le droit et les choses (les biens). Matière et matérialité, "objectivité" et "réalité" dans la perspective du droit », in *APD*, t. 24, *op. cit.*, p. 273, spéc. p. 277.

⁷²⁷ F. VERN, *Les objets juridiques. Recherche en droit des biens*, préf. P. Jacques, Dalloz, coll. « Nulle Bibliothèque de Thèses », vol. 200, 2020, pp. 6-7, n° 5.

⁷²⁸ L. RIGAUD, *Le droit réel. Histoire et théories. Son origine institutionnelle*, A. Nauze, 1912, p. 164.

⁷²⁹ S. GOYARD-FABRE, « La chose juridique dans l'idéalisme moderne », in *APD*, t. 24, *op. cit.*, p. 151, spéc. p. 158.

⁷³⁰ S. VANUXEM, *Les choses saisies par la propriété*, *op. cit.*, pp. 170-171, n° 107.

⁷³¹ E. SABATHIÉ, *La chose en droit civil*, th. Paris II, 2004, pp. 8-10, n° 6-8.

⁷³² *Ibid.*, p. 15, n° 11.

⁷³³ H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, « Le droit et les choses (les biens). Matière et matérialité, "objectivité" et "réalité" dans la perspective du droit », art. cité, p. 274.

⁷³⁴ S. VANUXEM, *Les choses saisies par la propriété*, *op. cit.*, p. 37, n° 17, qui écrit que la chose est un « potentiel objet de droits subjectifs », lequel se détermine « lorsque la personne place, en [elle], sa volonté, et [devient] sa propriété » (*ibid.*, p. 49, n° 28). Rapp. R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », art. cité, p. 324, n° 21, pour qui les choses « ne participent pas au monde du droit qui est un ensemble construit, et non pas naturel. Elles y accèdent par le truchement de l'article 544, c'est-à-dire qu'elles ne deviennent des biens qu'à condition d'être susceptibles d'appropriation, et d'une circulation de type juridique ».

⁷³⁵ S. GOYARD-FABRE, « La chose juridique dans l'idéalisme moderne », art. cité, p. 151.

fondamentalement empirique⁷³⁶, ayant pour objectif de régler et de réguler des comportements humains⁷³⁷. La remarque vaut tant philosophiquement que juridiquement. D'un point de vue philosophique, il ne saurait y avoir de pure représentation intelligible, idéelle et en dehors du sensible pour la bonne raison que les formes n'existent pas *en soi*. Prétendre ériger, comme Platon le fit, une théorie pure des formes est une démarche idéaliste, ce qu'Aristote ne manqua d'ailleurs pas de reprocher indirectement à son maître lorsqu'il écrivit que « la spéculation implique nécessairement la vue simultanée de quelque représentation »⁷³⁸. Autrement dit, sans rapport au sensible, aucun jugement ne saurait être donné⁷³⁹. D'un point de vue juridique, le même raisonnement peut être fourni. Le droit reste tributaire des données du sensible sur lesquelles il s'est élevé faute pour lui d'être, le cas inverse, purement fictionnel ou artificiel. C'est ainsi, par exemple, que l'acquisition du statut juridique de personne physique dépend d'un événement qui échappe au droit : la naissance en bonne santé et en vie. C'est ainsi encore que la qualification juridique de meuble ou d'immeuble dépend d'un critère purement physique : la mobilité. Le recours à la fiction – le mot ne peut pas être plus évocateur ! – ne s'impose par conséquent que dans les cas où le droit souhaite aller à l'encontre de la réalité : ainsi de la fiction *infans conceptus* qui permet de faire « comme si » l'enfant dont l'intérêt est en jeu est né viable et vivant. Ainsi encore de la catégorie des immeubles par destination et de celle des meubles par détermination de la loi qui tiennent artificiellement pour immeubles ou meubles des objets qui n'en sont normalement pas. Somme toute, le droit n'étant qu'une simple formalisation du réel, la chose qu'il appréhende n'est autre, sauf indication contraire de la loi, qu'une chose tout à fait banale, une chose réelle. Il s'agit désormais de savoir ce qu'elle est.

B. Définition technique de la chose

146. La chose, un donné du sensible. Si l'on peut s'accorder à définir la chose comme une portion de la réalité⁷⁴⁰, il reste encore à savoir de quoi cette dernière est faite. Le problème

⁷³⁶ Soulignant l'impossibilité de concilier l'approche empirique et l'approche idéaliste, L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, préf. H. Synvet, Economica, coll. « Recherches Juridiques », t. 12, 2006, pp. 73-74, n° 51.

⁷³⁷ Comp. A. RABAGNY, *L'image juridique du monde*, PUF, coll. « Droit, éthique, société », 2003, p. 14, qui considère que si l'objet du droit « n'est pas de reproduire le monde physique, le droit élabore néanmoins ses règles en partant de la réalité des choses ».

⁷³⁸ ARISTOTE, *De l'âme*, trad. R. Bodéüs, GF Flammarion, 1993, 432 a 5.

⁷³⁹ *Ibid.*, 428 b 30.

⁷⁴⁰ Telle est d'ailleurs la définition de la chose que les juristes retiennent généralement. Pour les classiques, v. ainsi A. DURANTON, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, t. IV, 2^{ème} éd., Paris, Alex-Gobelet, 1828, p. 3, n° 3, qui définit la chose comme « tout ce qui est dans la nature ». V. également N. M. LESENNE, *De la propriété*

excède certainement le sujet⁷⁴¹ mais peut tout de même être simplifié. Pour l'homme, la chose est premièrement un objet du monde sensible qui touche ses sens. C'est l'objet que l'on touche ou que l'on ressent, que l'on observe ou que l'on sent. Cette approche de la chose, encore large, doit être doublement circonscrite. Tout ce qui est perceptible par les sens ne peut recevoir la qualification de chose ; seuls les objets perceptibles par les sens méritent la qualification de chose.

Premièrement, tout ce qui est perceptible par les sens ne peut recevoir la qualification de chose. S'il est bien un « objet » qui se trouve directement visé par cette exception, c'est incontestablement la personne, prise en sa chair ou en ses attributs moraux. Si la personne est une réalité sensible, elle n'est pas pour autant une chose⁷⁴². Une distinction ontologique doit en effet être faite entre la personne et la chose : la personne n'est pas un moyen ou un instrument comme l'est la chose à son service⁷⁴³. Elle est la main qui ressent la chose, la tient et la contrôle, sans être elle-même assimilable à un vulgaire objet⁷⁴⁴. Sujet et non objet, la personne ne saurait être réduite à une chose, laquelle n'a, contrairement à la personne, aucune « finalité propre »⁷⁴⁵, servant une « autre fin » que la sienne propre⁷⁴⁶.

Deuxièmement, seuls les objets perceptibles par les sens méritent la qualification de choses. Préexistant au droit, la chose n'a pas besoin d'un acte de création juridique pour exister. Donnée et non construite, la chose se distingue donc nécessairement des droits qui sont des pures créations du système juridique⁷⁴⁷. Certains auteurs ont néanmoins prétendu l'inverse⁷⁴⁸, en

*avec ses démembrements (usufruit, usage, habitation et servitudes), suivant le droit naturel, le droit romain et le droit français, op. cit., p. 199, n° 395, qui considère que la chose « existe dans la nature ». V. enfin C. DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon, t. IX : Traité de la distinction des biens, t. I, op. cit., p. 5, n° 9, qui range sous ce terme « tout ce qui existe ». Pour les plus modernes, v. W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », *RTD Civ.* 2012, p. 419, spéc. n° 21, qui considère que les choses sont « un donné de la réalité ». V. également F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens, op. cit.*, p. 4, n° 4, pour qui la chose « existe et préexiste ».*

⁷⁴¹ V. ainsi M. HEIDEGGER, *Qu'est-ce qu'une chose ?*, trad. J. Reboul et J. Taminiaux, Gallimard, coll. « Tel », 1988, *passim*.

⁷⁴² Cf. supra n° 88.

⁷⁴³ R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles, op. cit.*, p. 21, n° 39.

⁷⁴⁴ Même le cadavre ne peut être assimilé à une vulgaire chose. Cf. supra n° 106 s.

⁷⁴⁵ P. BERLIOZ, *La notion de bien, op. cit.*, p. 290, n° 886.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, pp. 290-291, n° 888-889.

⁷⁴⁷ W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », art. cité, n° 21 ; J. FRANÇOIS, « Les créances sont-elles des biens ? », in *Liber Amicorum Christian Larroumet*, art. cité, p. 160, n° 15 ; M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », art. cité, n° 18 ; W. DROSS et B. MALLET-BRICOUT, « L'avant-projet de réforme du droit des biens : premier regard critique », *D.* 2009, p. 508 *sq.* ; H. PÉRINET-MARQUET (Dir.), *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Litec, coll. « Carré droit », 2009, art. 520.

⁷⁴⁸ V. not. F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif, op. cit.*, pp. 208 s., n° 150 s. ; Y. EMERICH, *La propriété des créances : approche comparative*, préf.

avançant deux arguments. Le premier argument est historique. À l'occasion de la distinction des choses dans ses *Institutes*, Gaius a expressément considéré les droits comme des choses : « *incorporales sunt, quae tangi non possunt : qualia sunt ea quae in jure consistunt* »⁷⁴⁹. Ainsi de l'usufruit (« *ususfructus* »), des obligations de toute sorte (« *obligationes quoquo modo contractae* ») ou des servitudes, encore appelés « droits d'héritages urbains et ruraux » (« *jura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur* »). Se prévalant de l'héritage historique, ces auteurs considèrent comme une chose tout objet corporel ou incorporel. Le deuxième argument est technique. Voyant dans la propriété d'aujourd'hui une rémanence du *dominium* romain d'hier⁷⁵⁰, ces auteurs considèrent que tout objet susceptible d'être soumis de manière exclusive à la personne doit revêtir la qualification de chose et partant de biens⁷⁵¹.

Ces deux arguments ne sauraient pourtant convaincre. Quant à l'argument historique, il est exagéré. La distinction des choses corporelles et incorporelles se révèle rudimentaire, datant d'une époque, écrit Cuq, « où la science du droit était en voie de formation », n'ayant « pas cette précision qui est propre aux grands jurisconsultes »⁷⁵². Il est en outre certain que cette catégorisation est essentiellement synthétique, prenant les traits d'une sous-division de bien moindre importance que celle entre les choses de droit divin et les choses de droit humain⁷⁵³ et que celle entre les choses présentes ou non dans notre patrimoine⁷⁵⁴, ces divisions étant elles-mêmes inférieures à celle entre les personnes, les choses et les actions, laquelle constitue

F. Zenati-Castaing, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 469, 2007, pp. 27 s., n° 43 s. ; J. LAURENT, *La propriété des droits*, préf. T. Revet, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 537, 2012, pp. 204 s., n° 261 s.

⁷⁴⁹ M. L. DOMENGET, *Institutes de Gaius*, Paris, *op. cit.*, Comm. 2, § 14 : « sont incorporelles les choses qui ne peuvent être touchées, comme celles qui consistent dans un droit ».

⁷⁵⁰ Sur lequel, cf. supra n° 7.

⁷⁵¹ Rappr. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, p. 281, spéc. p. 286, n° 14 : « la nature corporelle ou incorporelle de la *res* importe peu, pourvu qu'il y ait *res*, c'est-à-dire valeur économique, nécessaire à l'intervention juridique ». Comp. toutefois T. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Dr. et patr.* n° 124, 1^{er} mars 2004, considérant que « la rupture avec le régime féodal d'appropriation des biens, opérée par la Révolution et confortée par le Code civil, ne marque pas, pour autant, un retour aux mécanismes du droit romain. Aucune espèce de réactivation du *dominium* ne peut être déduite des changements opérés, car cette technique n'a pas sa place dans un système juridique moderne qui met au centre le sujet de droit, concept parfaitement ignoré du droit romain ».

⁷⁵² E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2^{ème} éd., Paris, Plon, 1928, p. 236. Sur la question, v. not. R.-M. RAMPENBERG, « Pérennité et évolution des *res incorporales* après le droit romain », in *APD*, t. 43 : *Le droit et l'immatériel*, Sirey, 1999, p. 35 sq.

⁷⁵³ M. L. DOMENGET, *Institutes de Gaius*, *op. cit.*, Comm. 2, § 2 : « *summa itaque rerum divisio in duos articulos deducitur : nam aliae sunt divini juris, aliae humani* » (« la division capitale des choses est celle des choses de droit divin et des choses de droit humain »).

⁷⁵⁴ *Ibid.*, Comm. 2, § 1 : « *rebus quae vel in nostro patrimonio sunt, vel extra nostrum patrimonium habentur* ». Sur l'importance de cette distinction, v. J. CORNIL, *Droit romain : traité élémentaire des droits réels et des obligations*, Bruxelles, Bruylant-Christophe & C^{ie}, 1885, pp. 8-9.

la division essentielle du droit selon Gaius lui-même⁷⁵⁵. Il est partant douteux de donner à cette division, somme toute archaïque, un génie auquel elle-même ne saurait prétendre ou de tenir pour véridique l'assimilation des droits aux choses, laquelle tient davantage du syncrétisme que de la science⁷⁵⁶. Quant à l'argument technique, il se révèle également excessif. L'exclusivité, loin de singulariser la propriété, se révèle au contraire être un caractère commun à l'ensemble des droits subjectifs. Aussi est-ce un raccourci de pensée que de postuler que tout objet soumis à la personne, chose ou droit, doit indistinctement être qualifié de chose objet de propriété et partant de bien pour l'unique raison que la personne en aurait l'exclusivité. Loin d'être l'apanage de la propriété, l'exclusivité ressortit à l'ensemble des droits⁷⁵⁷. Dès lors peut-on valablement affirmer que les droits ne sont définitivement pas des choses, celles-ci étant uniquement de simples portions du monde sensible.

147. La chose, un objet incorporel ? Sitôt distinguée des personnes et des droits, la chose voit sa définition se préciser. Elle existe en tant qu'objet extérieur au sujet et indépendamment du système juridique⁷⁵⁸. Sa nature la destine à être soumise au sujet qui pourra en tirer toutes les utilités, tous les services, directement ou indirectement, par le biais de droits. Demeure pourtant une question essentielle : la chose doit-elle nécessairement avoir une corporéité ? Si Monsieur Zenati a pu considérer que « l'identification de la chose à la matière » relevait d'un « véritable dogme »⁷⁵⁹, l'interrogation mérite un approfondissement. S'ils n'admettent pas comme ce dernier que les droits soient des choses, de nombreux auteurs considèrent néanmoins que la chose, prise comme objet sensible, n'a pas besoin de s'incarner dans un corps matériel pour exister. Une œuvre de l'esprit, une invention ou une information serait ainsi une chose ayant une existence autonome du système juridique s'offrant aux sens de l'homme. Réhabilitant la distinction des *res corporales* et des *res incorporales* de Gaius tout en expurgant les droits de cette dernière catégorie, de nombreuses voix admettent à la qualification de choses des objets

⁷⁵⁵ *Ibid.*, *Comm.* 1, § 8 : « *omne autem jus quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones* » (« tout le droit se rapporte aux personnes, aux choses ou aux actions »).

⁷⁵⁶ Rapp. J. FLACH, *Cujas, les glossateurs et les bartolistes*, Paris, Larose et Forcel, 1883, p. 19 : « avant les glossateurs, le droit romain se traînait péniblement, enlacé de toute part par la pratique, obscurci, dominé par le contrat, la coutume, le droit canonique. Le droit romain pur, droit classique ou droit de Justinien, n'existait plus. On était à cent lieues des textes : on vivait sur la tradition ».

⁷⁵⁷ Cf. *infra* n° 172 et 213

⁷⁵⁸ Rapp. J. HENRIOT, « De l'obligation comme chose », in *APD*, t. 24, *op. cit.*, p. 235, spéc. pp. 235-236, pour qui la chose est, perdure et a une « consistance, une essentialité ».

⁷⁵⁹ F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », in *APD*, t. 43, *op. cit.*, p. 79, spéc. p. 80.

qui, incorporels, auraient tout de même une existence sensible en ce qu'ils toucheraient les sens de l'homme⁷⁶⁰. Avant de se prononcer sur ce point, une analyse de leur raisonnement s'impose.

148. Appréciation. La démarche consistant à admettre l'existence de choses incorporelles (qui ne seraient pas des droits) n'est pas innocente : elle a pour objectif d'inclure ces objets dans le giron de la propriété et plus largement de les qualifier de biens. L'argument est essentiellement téléologique, guidé par la volonté d'élargir le spectre des biens à des objets qui, valorisés et dans le commerce, ne sauraient être qualifiés comme tels, faute pour eux d'être appropriables selon la vision classique de la propriété. Sa finalité est donc de justifier l'extension de la propriété à des « choses » qui, incorporelles, devraient en principe lui échapper et échapper à la qualification de biens.

L'argument présente deux failles. La première faille est d'ordre logique. En prétendant définir la chose comme une somme d'utilités exploitables, c'est la propriété qui se trouve définie et non la chose dans ses qualités propres. Sitôt la propriété définie comme un droit de tirer d'une chose ses utilités, peu importerait la nature corporelle ou incorporelle de celle-ci du moment qu'elle *existe* et s'offre aux sens. Or, sans même avoir à se prononcer pour le moment sur la véracité d'une telle affirmation, il apparaît d'un point de vue logique que l'argument est circulaire, ce que Madame Vern a pu relever : « cela revient à définir, de manière tautologique, la propriété par son objet, et ce même objet par le droit de propriété qui s'y rapporte, au risque de méconnaître chacun d'eux ou de les confondre »⁷⁶¹. La deuxième faille est d'ordre conceptuel, l'argument perpétuant l'idée que la chose serait un bien en puissance et que la propriété assurerait la transformation de la chose en bien, ce qui a déjà pu être dénoncé⁷⁶². Définir la chose par rapport à la notion de propriété apparaît donc être une entreprise hasardeuse. Un tel détour par la notion de propriété, dont on estime par pur argument d'autorité qu'elle devrait s'ouvrir à l'incorporel, est significatif de la gêne plus profonde à admettre

⁷⁶⁰ V. not. L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, op. cit., p. 76, n° 52 ; N. BINCTIN, « Les biens intellectuels : contribution à l'étude des choses », CCE n° 6, juin 2006, étude 14, spéc. n° 15-16 ; W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, op. cit., p. 853, n° 467-1 ; P. BERLIOZ, *La notion de bien*, op. cit., p. 449, n° 1448 ; C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, av.-propos Y. Reboul, préf. C. Caron, Litec, coll. « CEIPI », t. 55, 2010, pp. 49 s., n° 39 s. ; G. LOISEAU, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 527 à 532 », Fasc. 10, 2019, n° 3 s. ; M.-C. DE LAMBERTYE-AUTRAND, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 516 », 2017, n° 37.

⁷⁶¹ F. VERN, *Les objets juridiques*, op. cit., p. 6, n° 4.

⁷⁶² Cf. supra n° 11. Comp. toutefois L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, op. cit. pp. 70-76, n° 49-52. Si l'auteur admet à la qualification de choses des objets incorporels qu'il analyse ainsi comme des objets de propriété, il ne lie pourtant pas la qualification de bien à celle de chose, refusant de voir dans les choses des biens en puissance et préférant, à juste titre, définir les biens comme des droits patrimoniaux.

l'existence de choses incorporelles. La chose n'a pourtant pas à être *autre chose* que ce qu'elle est, n'a pas à voir sa définition correspondre à l'*a priori* que l'on peut se faire de la propriété.

149. Définition retenue de la chose : une réalité corporelle. Portion du monde sensible, la chose ne saurait être dénuée de corps. La chose est un objet présentant des frontières palpables, des limites spatiales si l'on peut dire. S'il s'agit d'un donné, celui-ci relève du concret. Une œuvre, une invention ou une information ne touche pas les sens mais l'intellect⁷⁶³, contrairement à un atome, une table ou un bâtiment. Admettre l'existence de choses incorporelles pour la seule raison que la propriété *devrait* les saisir relève du présupposé raisonnablement et matériellement indéfendable. La réalité étant faite de matière et la matière désignant en physique la qualité d'un objet à avoir une masse et partant un volume minimal, l'on peut valablement en déduire que la chose, portion de la réalité, doit avoir une existence objective, palpable, tangible, quelle que soit sa forme, du moment qu'elle a une consistance corporelle quelconque⁷⁶⁴. Admettre l'inverse, même sous couvert d'une approche empirique des choses, reviendrait dès lors immanquablement et paradoxalement à tomber dans les travers de l'approche idéaliste pourtant dénoncée par les partisans d'une approche empirique des choses. Quant à la question, nécessairement secondaire, de savoir si la propriété peut saisir des objets « incorporels », elle n'est ici d'aucune pertinence, la définition de la chose ne dépendant pas de celle de la propriété. La chose peut donc valablement et ultimement être définie comme un objet réel et tangible, autonome du système juridique, doté d'un *corpus*, non réductible aux droits et nécessairement extérieur au sujet. Relevant de l'ordre du fait ou du *donné*, la chose s'oppose au bien, qui relève de l'ordre du droit ou du *construit*.

§2. La distinction de la chose et du bien

150. Plan. La définition traditionnelle du bien doit être rejetée. Celle-ci ne voit dans le bien qu'une chose appropriée, l'appropriation étant alors vue comme la clé de voute de tout le système. Or, il existe bien plus qu'une simple différence de degrés entre ces termes : une véritable différence de nature oppose les choses aux biens. S'il ne peut être réduit à une chose,

⁷⁶³ Cf. infra n° 512.

⁷⁶⁴ V. R. SAVATIER, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », art. cité, pp. 12 s., n° 15 s., sur la choséité de l'infiniment petit.

le bien doit en conséquence être défini comme un droit patrimonial. À la critique de l'identité de la chose et du bien (A) succédera la défense de l'identité du bien et du droit patrimonial (B).

A. Critique de l'identité de la chose et du bien

151. Affirmation textuelle de l'identité de la chose et du bien. Faire de la chose un bien en puissance est une démarche qui a pu un temps se justifier, particulièrement lorsque la richesse patrimoniale se ramenait aux seules choses (corporelles) appropriées. L'identité de la chose et du bien pouvait ainsi se comprendre dans la société rurale d'alors, où les biens se résumaient aux choses corporelles saisies par la propriété. Cela ne manqua pas de rejaillir sur la terminologie du Code civil⁷⁶⁵, le législateur oscillant entre les termes de biens et de choses, employant ces termes de manière équivalente à de nombreuses occasions, tant dans le Livre II⁷⁶⁶ que dans les Livres III⁷⁶⁷ et IV⁷⁶⁸. En somme, l'identité de la chose et du bien se trouvait directement affirmée.

152. Une identité insatisfaisante. Cette identité aurait pu rester indifférente si la richesse patrimoniale était restée celle de 1804. Il n'en a évidemment pas été ainsi. Mais cette identité aurait alors dû être questionnée dès l'instant où l'on s'est mis à percevoir que les droits étaient, plus que les choses, des objets patrimoniaux, appartenant à une personne, aptes à circuler, à être transmis, à être affectés en garantie et à être saisis. Il n'en a pourtant rien été, la doctrine – classique comme moderne – préférant tantôt s'enfermer dans une vision simpliste des biens, perçus par le prisme réducteur des choses, tantôt « exploiter les obscurités terminologiques du Code, pour les mettre au service d'une refondation de la matière, étendant

⁷⁶⁵ Cf. supra n° 4.

⁷⁶⁶ Comp. C. civ., arts. 578 (« l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété... »), 581 (« il peut être établi sur toute espèce de biens meubles ou immeubles »), 612, al. 4 (« ... une portion des biens soumis à l'usufruit »), 621, al. 2 (l'usufruitier « continue à jouir de son usufruit sur le bien... »), etc. V. plus généralement la différence entre les articles composant le Titre I (« De la distinction des biens ») et ceux composant le Titre II (« De la propriété ») : quand les premiers mentionnent les « biens », les seconds mentionnent les « choses ».

⁷⁶⁷ Comp. arts. 544 (« la propriété est le droit de jouir et disposer des choses... »), 711 (« la propriété des biens... ») et 1582 (« la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose... »).

⁷⁶⁸ Comp. arts. 2333 (« le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer [...] sur un bien mobilier... ») et 2341, al. 1^{er} (« lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles... »).

son périmètre aux richesses incorporelles quelles qu'elles soient »⁷⁶⁹. L'alternative s'est évidemment révélée – et continue de se révéler – décevante⁷⁷⁰.

153. Dépassement de l'identité de la chose et du bien. Elle peut toutefois être dépassée, mais à une double condition. La première est de rejeter cette identité des choses et des biens. D'un côté, les biens ne sauraient être réduits aux seules choses corporelles, la richesse ne se limitant pas à la matière. D'un autre, la définition de la chose ne saurait en retour subir une extension démesurée pour correspondre à la diversité des biens. L'extension du périmètre des biens ne suppose ainsi nullement d'admettre une extension identique du périmètre des choses, entraînant mécaniquement une extension du domaine de la propriété. La deuxième condition est d'abandonner le placement de la propriété au principe de la notion de bien⁷⁷¹, nœud de l'ensemble des difficultés, question que l'on abordera plus avant⁷⁷². L'identité supposée de la chose et du bien *peut* et *doit* être dépassée. Quand la chose relève du *fait*, le bien relève du *droit*. Quand la chose relève du *donné*, le bien relève du *construit*⁷⁷³. Le bien n'est pas une chose, il est plus fondamentalement un droit patrimonial.

B. Défense de l'identité du bien et du droit patrimonial

154. Vérification de l'identité du bien et du droit patrimonial. L'assimilation du bien au droit patrimonial n'a rien de surprenant. Bien au contraire, cette assimilation s'impose. Le bien, que l'on définit économiquement comme une valeur disponible, trouve dans le droit patrimonial une notion taillée sur mesure pour l'accueillir, chaque droit patrimonial étant, par nature, un objet doté d'une valeur et disponible pour celui qui en est le titulaire. C'est même le droit que l'on évalue et que l'on prend pour objet, bien plus que la chose elle-même⁷⁷⁴. Le bien, que l'on

⁷⁶⁹ L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, *op. cit.*, p. 72, n° 50.

⁷⁷⁰ Cf. supra n° 11.

⁷⁷¹ D. GUTMANN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », in *APD*, t. 43, *op. cit.*, p. 65, spéc. p. 76, remarquant qu'« il est douloureux de se résoudre à accepter que la propriété ne soit pas le seul rapport éminent de l'homme au monde, le fondement de la domination de l'homme sur les éléments » et critiquant plus généralement l'appréhension des réalités immatérielles « par l'*a priori* du bien et de la propriété » (*ibid.*, p. 77).

⁷⁷² Cf. infra n° 168 s.

⁷⁷³ En ce sens, v. spéc. L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, *op. cit.*, p. 20, n° 11, définissant les choses comme « les seules réalités sensibles extérieures à la personne, existant en pur fait, et susceptibles de faire directement l'objet de l'activité juridique par la constitution sur elles de droits subjectifs réels » et définissant les biens comme « non les choses objet de droits, mais les droits patrimoniaux eux-mêmes ».

⁷⁷⁴ A. PIÉDELÈVRE, « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », in *Études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, LGDJ, 1986, p. 55, spéc. p. 56. Sur la question, cf. supra n° 67 s. et 271.

définit encore comme une richesse patrimoniale, s'incarne parfaitement dans le droit patrimonial qui, par définition, figure dans le patrimoine d'une personne. Le bien se caractérise ainsi, d'un point de vue juridique, par sa juridicité : il est un droit et non une chose⁷⁷⁵, ce que plusieurs auteurs semblent enclins à admettre⁷⁷⁶. Quant à la propriété, elle n'échappe pas à la règle : étant un droit patrimonial valorisé et disponible, elle doit en toute logique revêtir la qualification de bien, sans avoir elle-même à se trouver au principe de la notion de bien : dissocié de la chose qui est un objet strictement corporel, le bien ne suppose plus que l'on recoure à la propriété pour expliquer son existence ou son assomption dans l'ordre du droit, étant un objet strictement incorporel, un droit.

La nature nécessairement incorporelle du bien rend enfin sans objet la distinction des biens corporels et incorporels pourtant érigée, depuis plusieurs décennies, en véritable *summa divisio* des biens⁷⁷⁷ devant celle des meubles et des immeubles désormais jugée obsolète après avoir connu ses siècles de gloire de l'Ancien droit jusqu'au Code civil⁷⁷⁸. Dès lors que le bien se définit sous les traits du droit patrimonial, la recherche d'une nouvelle *summa divisio*

⁷⁷⁵ La gêne est pourtant palpable chez certains auteurs, réticents à admettre que le bien s'identifie totalement aux droits patrimoniaux et non aux choses. V. ainsi Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Introduction, Biens, Personnes, Famille*, Sirey, coll. « Université », 21^{ème} éd., 2020, pp. 114-117, n° 260-267, définissant tantôt les biens comme une « chose [devant] d'abord être susceptible d'appropriation », tantôt comme « les droits sur la chose avec la valeur qu'ils représentent ». V. déjà G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. I : *Des biens*, Paris, Larose & Forcel, 1896, p. 3, n° 2, considérant qu'« il n'y a de biens, au sens juridique du mot, et d'après la terminologie du code, que les droits susceptibles de se ramener à l'idée d'une valeur pécuniaire », tout en écrivant dans le même temps que « tous les biens en effet sont des choses [...] ». Parmi les choses, il n'y a que celles susceptibles d'appropriation qui soient des biens » (*ibid.*, p. 11, n° 10).

⁷⁷⁶ V. not. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, 3^{ème} éd., Sirey, 1938, pp. 735-737, n° 1321-1323 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1, 11^{ème} éd. par L. JULIOT DE LA MORANDIÈRE, Dalloz, 1947, p. 729, n° 910 ; M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », art. cité, p. 1841, n° 69 ; S. MILLEVILLE, *Les restrictions au droit de disposer*, th. Paris II, 2008, p. 106, n° 116 ; C. CARON et H. LÉCUYER, *Le droit des biens*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2002, p. 12 s. ; L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, op. cit., pp. 17 s., n° 10 s. ; H. LÉCUYER, « Redéfinir et définir les biens ? », *JCP G* n° 2 (hors-série), 1^{er} décembre 2007, 100044 ; C. LARROUMET et A. AYNÈS, *Traité de droit civil*, t. I : *Introduction à l'étude du droit*, Economica, coll. « Corpus droit privé », 6^{ème} éd., 2013, p. 336, n° 449.

⁷⁷⁷ En ce sens, v. C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, t. III, Paris, Warée, 1824, p. 4. V. également T. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », art. cité et du même auteur, « L'incorporel en droit des biens », *RLDC* n° 65 (supplément), novembre 2009, p. 9, spéc. p. 17, n° 25 ; R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », art. cité, pp. 329 s., n° 27 s. ; N. BINCTIN, « Les biens intellectuels : contribution à l'étude des choses », art. cité ; J.-M. BRUGUIÈRE, « L'immatériel à la trappe », *D.* 2006, p. 2804, spéc. n° 3.

⁷⁷⁸ Sur laquelle, v. C. JACQUES, *Histoire de la distinction des biens meubles et immeubles*, Larose et Forcel, Paris, 1884, *passim* ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. V, A. Durand & Pedone Lauriel, 1871, pp. 647 s., n° 525 s. ; P. VOIRIN, « La composition des fortunes modernes au point de vue juridique », *Revue générale de droit*, 1930, p. 102 sq. ; W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, op. cit., pp. 620 s., n° 339 s.

s'impose⁷⁷⁹. En toute hypothèse, celle-ci ne pourra alors opposer que les droits patrimoniaux et non les choses.

155. La question de la confusion du droit de propriété et de la chose. L'identification du bien au droit patrimonial pose nécessairement la question de la place de la propriété dans ce système et des rapports qu'elle entretient avec les choses. Sans doute en raison d'une « habitude invétérée de langage »⁷⁸⁰, de nombreux auteurs ont développé, dans la continuité de ce que prévoit d'ailleurs le Code civil, une approche matérielle et objective du droit de propriété qui s'identifierait littéralement avec la chose qui en est l'objet, étant dans l'incapacité d'envisager l'appartenance autrement que par le prisme de la propriété⁷⁸¹. Tel était notamment le propos de Demolombe : « le droit de propriété, en ce sens, c'est le bien lui-même, le bien corporel, meuble ou immeuble *par sa nature* »⁷⁸². Tel était encore le propos de Cornil pour qui, « parmi les droits, il en est un qui se confond pour ainsi dire avec son objet ; c'est le droit de propriété. Il a pour objet une chose proprement dite ; et, à la différence des autres droits réels, il nous autorise à en user de la manière la plus absolue ; il l'absorbe tout entière, et s'identifie en quelque sorte avec elle »⁷⁸³. De nombreux auteurs ont, très vite, tenté de justifier cette confusion. Ainsi de Delsol, qui constata que « la propriété donne sur la chose un droit tellement complet et absolu, qu'on l'a de tout temps confondue avec son objet, et qu'au lieu de désigner le droit, qui est incorporel, on désigne cet objet, qui est corporel. Ainsi l'on dit *ma maison*, au lieu de dire *ma propriété sur telle maison* »⁷⁸⁴. Une telle approche de la propriété n'a évidemment pas manqué d'éveiller la critique, à commencer par celle de Mourlon, selon qui « le droit de propriété n'est, en effet, qu'une abstraction. Il n'a point de forme, de couleur, de corps matériel susceptible de tomber sous l'un de nos sens : c'est, par conséquence, de même que tout autre droit, un être de raison, une chose immatérielle, qui ne peut être comprise que par un travail de l'esprit, une *chose incorporelle*, en un mot ! »⁷⁸⁵. La critique ne cessa de s'amplifier au point qu'aujourd'hui, il

⁷⁷⁹ Sur laquelle, cf. infra n° 289 s.

⁷⁸⁰ E. DIDIER-PAILHÉ, *Cours élémentaire de droit romain*, t. I, 3^{ème} éd., Paris, Larose et Forcel, 1887, pp. 139-140.

⁷⁸¹ Sur cette identification, cf. supra n° 4.

⁷⁸² C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. IX : *Traité de la distinction des biens*, t. I, *op. cit.*, p. 460, n° 540.

⁷⁸³ J. CORNIL, *Droit romain : Traité élémentaire des droits réels et des obligations*, *op. cit.*, p. 23.

⁷⁸⁴ J.-J. DELSOL, *Explication élémentaire du Code Napoléon*, t. I, 2^{ème} éd., Paris, Cotillon, 1867, p. 386. Dans le même sens, G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. I : *Des biens*, *op. cit.*, p. 10, n° 9.

⁷⁸⁵ F. MOURLON, *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon*, t. I, 8^{ème} éd. par C. DEMANGEAT, Paris, 1869, p. 644, n° 1343.

semble acquis que le droit de propriété, aussi complet soit-il, ne saurait s'identifier à la chose qui en est l'objet⁷⁸⁶.

Cette précision étant apportée, une précision d'ordre terminologique s'impose. Si c'est la propriété qui constitue le bien et non la chose qui en est l'objet, il s'agit d'un bien qui tend à se faire oublier dans le langage. L'on ne dit pas de notre paire de chaussures : « voici la chose objet de mon bien » ; mais plutôt : « voici mon bien », par ellipse. L'on ne dit pas non plus de notre appartement : « je suis titulaire d'un droit de propriété portant sur un appartement » ; mais plutôt : « je suis propriétaire d'un appartement », à nouveau par ellipse. Quoique ces deux manières de parler renvoient à des réalités distinctes (tantôt est-ce le droit de propriété qui constitue l'objet du discours ; tantôt est-ce la chose qui en est objet qui occupe l'attention), une unité apparaît. C'est parce qu'une chose s'offre en principe entièrement à la jouissance d'une personne que celle-ci peut la *considérer* comme son bien, par métonymie. Si le propos s'avère juridiquement inexact, il n'en demeure pas moins parfaitement excusable, commandé par la commodité du langage. Cette ellipse ou cette métonymie se justifie d'autant plus que le droit de propriété ne peut être conçu, contrairement aux autres droits réels, indépendamment de la chose qui en forme l'assiette : le bien que constitue le droit de propriété suppose une chose pour exister et à laquelle ce droit est entièrement soumis. C'est ce qu'écrivait avec beaucoup de justesse Delsol : « maintenant, la propriété seule peut être confondue avec son objet, puisque seule elle est un droit complet, absolu, comprenant la chose tout entière. Ses démembrements, au contraire, s'appliquent uniquement à une partie des avantages que la chose comporte, et, à partir du moment où ils cessent d'être dans la même main, il est nécessaire de les envisager distinctement et de donner à chacun d'eux une dénomination spéciale, le droit de l'un étant limité par le droit de l'autre, et aucun de ces droits ne pouvant se confondre avec l'objet tout entier »⁷⁸⁷. Si l'on ne saurait donc oublier que le bien est le droit de propriété et non la chose, la commodité du langage excuse l'escamotage du droit pour n'y voir que la chose.

156. Conclusion de la section II. S'il se définit premièrement par sa légalité, le bien se définit deuxièmement par sa juridicité. Loin d'être une chose, le bien se résume en effet au droit patrimonial dont la nature économique, déjà attestée pour le bien au sens économique du terme, est pareillement incontestable. Quand la chose se limite aux seuls objets corporels, le bien se résume quant à lui aux seuls droits patrimoniaux, objets par nature incorporels. Ce recentrage

⁷⁸⁶ V. ainsi F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305 *sq.*

⁷⁸⁷ J.-J. DELSOL, *Explication élémentaire du Code Napoléon*, t. I, *op. cit.*, p. 386.

de la définition du bien sur la notion de droit patrimonial se justifie pleinement : comme le bien économique, le droit patrimonial est un objet valorisé, disponible pour son titulaire et figurant dans son patrimoine.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

157. Légalité. En tant qu'objet juridique, le bien se définit d'abord par sa légalité. Le bien est, politiquement, un objet légal, une création du Souverain, n'existant qu'à travers les yeux de ce dernier. Si la composante économique est déterminante dans la qualification du bien, elle se révèle donc insuffisante : l'existence d'un marché ne suffit pas, en effet, à faire d'un objet un bien ; encore faut-il que le Souverain se prononce sur la question. Au rapport social spontané, doit succéder un rapport social normatif.

Cette position du Souverain s'exprime par le biais de limites, d'interdits, de tabous. L'examen a pu révéler que ces limites sont rarissimes mais tout de même certaines, tenant à la protection et la promotion de valeurs jugées aujourd'hui essentielles : la personne, les choses communes et dans une moindre mesure les biens publics. Mais ces interdits se sont révélés finalement relatifs. Si la personne n'est pas un bien, en ses attributs moraux ou corporels, force est d'admettre que le phénomène de la patrimonialisation les touche, même indirectement. De même, si les choses communes échappent en principe à la sphère des biens, force est d'admettre que cette incompatibilité est en trompe-l'œil, la qualification de biens ne s'opposant pas structurellement à celle de choses communes.

158. Juridicité. En tant qu'objet juridique, le bien se définit ensuite par sa juridicité. Le bien est, techniquement, un objet se caractérisant par sa juridicité : il est un objet dont la consistance est purement juridique, idéale. Son mode d'être est exclusivement incorporel, contrairement aux choses qui n'ont n'existence que d'un point de vue tangible. Quand la chose est en effet une portion de la réalité sensible et suppose une matière concrète dans laquelle s'incarner, le bien est une figuration, une vue de l'esprit. Le bien est tantôt le droit qui porte sur ces choses, tantôt le droit qui s'exerce contre autrui. Autrement dit, le bien n'est autre que le droit patrimonial.

Cette approche purement juridique du bien trouve une justification : c'est le droit patrimonial qui, *in fine*, figure dans le patrimoine, appréhendé comme le contenant des biens. C'est le droit patrimonial qui, d'un point de vue tant économique que juridique, est l'objet d'une valorisation et d'opérations patrimoniales : c'est lui que l'on cède, que l'on transmet, que l'on affecte en garantie, que l'on saisit, que l'on démembré ou auquel on renonce. C'est lui qui manifeste la présence au monde de la personne.

CONCLUSION DU TITRE I

159. Approche économique. Le bien est, par nature ou substantiellement, un objet économique doté d'une valeur et apte aux échanges. Le bien est une fortune, une richesse, un objet dont le bienfait réside dans la valeur marchande. C'est l'objet patrimonial qui intéresse les créanciers de son titulaire ou l'administration fiscale. C'est l'objet qui peut circuler de patrimoine en patrimoine et ainsi satisfaire le désir que l'on peut en avoir. C'est l'objet qui ne peut se concevoir dépourvu de valeur et qui doit demeurer, par principe, ouverts aux échanges. L'examen de la fiscalité des biens et des méthodes d'évaluation de ces derniers a pu le confirmer, tout comme l'examen des théories économiques de la valeur et de la jurisprudence, qui ne cessent d'appréhender le bien par le prisme de sa valeur et de sa commercialité.

160. Approche juridique. Cette conceptualisation économique du bien se retrouve à l'identique dans le discours juridique, le bien juridique revêtant de pareilles qualités. Le bien juridique est en effet un objet disponible pour son titulaire, doté d'une valeur apte à le satisfaire ou à satisfaire ses créanciers. Mais le bien juridique n'est pas exactement identique au bien économique : à la composante économique du bien, s'adjoint en effet une composante normative. Si le bien est une richesse apte aux échanges, encore faut-il qu'il le soit aux yeux du Souverain, seul lui offrant aux biens une existence juridique. La qualification de bien ne peut donc faire l'économie d'une approche politique de la notion, la notion juridique de bien supposant que le Souverain prenne parti sur son existence. C'est dans le creux de ces interdits que se précise la notion de bien, celle-ci butant sur des limites qui, pourtant, se révèlent somme toute assez fragiles. Si l'on oppose le bien à la personne, force est d'admettre que ces qualifications ne sont plus aussi antagonistes que naguère, le phénomène de la patrimonialisation touchant de plein fouet la personne, même indirectement, en ses attributs corporels et moraux. Si l'on oppose encore le bien aux choses communes, force est également de constater que ces qualifications ne sont plus incompatibles, la notion de choses communes intégrant de plus en plus la sphère des biens. Juridiquement, le bien est ainsi une réalité construite, à tel point construite que le bien juridique se définit ultimement comme le droit patrimonial, notion au carrefour de l'économie et du droit. L'objet qualifié de bien ne peut en effet être que le droit patrimonial, ce dernier ayant toutes les qualités attendues du bien, plus que la chose qui, elle, n'est qu'une portion du monde sensible. Entre le bien et la chose, aucune

identité ne peut plus être décelée, le bien relevant de l'ordre du construit quand la chose relève de l'ordre du donné.

Sitôt la nature du bien déterminée, il convient d'aborder son régime, à même de concourir à l'appréhension de la notion.

TITRE II. LE RÉGIME DU BIEN

161. Appartenance et maîtrise. L'examen du régime du bien dans le cadre de l'opération de qualification pourrait à première vue étonner. Ce n'est là qu'une impression, l'unité de la notion ne pouvant être acquise qu'au prix de la mise à jour d'une unité du régime. Mieux, c'est l'unité du régime qui permet de révéler avec exactitude les contours d'une notion dont seule la nature a pour le moment été élucidée. Si le bien se définit conceptuellement ou substantiellement comme un objet tant économique que juridique, c'est parce que son régime le commande.

Le bien étant synonyme de droit patrimonial, c'est le régime de celui-ci qui sera examiné. L'on pourrait intuitivement penser que ce régime est éclaté, chaque droit patrimonial ayant un régime spécifique. Il n'en est rien de ce point de vue. Si *chaque droit patrimonial* se distingue des autres dans son aspect interne, c'est-à-dire relativement à son contenu et son objet, *tous les droits patrimoniaux* s'extériorisent en revanche de manière semblable⁷⁸⁸ : tous appartiennent au sujet et tous se prêtent à la maîtrise⁷⁸⁹. Une véritable réglementation juridique des droits patrimoniaux peut alors être mise à jour avec un périmètre bien défini⁷⁹⁰. Les droits patrimoniaux partageant un régime commun, l'on peut dès lors affirmer que la notion de bien bénéficie pareillement d'un régime unitaire.

Le bien est d'abord un objet d'appartenance. Si l'on a toujours fait de la propriété le mode d'appartenance des biens⁷⁹¹, cette manière de faire doit être abandonnée, la propriété étant un bien comme les autres qu'il s'agit par conséquent de rattacher au sujet par un autre moyen. Le bien est ensuite un objet de maîtrise. C'est cette possibilité de maîtrise qui distingue, au fond, le droit patrimonial du droit extrapatrimonial et qui constitue le véritable critère de la notion.

162. Plan. Après avoir déterminé la relation par laquelle les biens sont liés au sujet (**Chapitre I**), il conviendra de s'intéresser à la manière par laquelle ils s'offrent à leurs titulaires (**Chapitre II**).

⁷⁸⁸ Sur la distinction des faces interne et externe des droits, v. L. RIGAUD, *Le droit réel. Histoire et théories. Son origine institutionnelle*, A. Nauze, 1912, pp. 312 s. Sur cette question, cf. infra n° 208.

⁷⁸⁹ Rappr. J. DABIN, *Le droit subjectif*, rééd. Dalloz, 2008, préf. C. Atias, pp. 80 s.

⁷⁹⁰ L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, préf. H. Synvet, *Economica*, coll. « Recherches Juridiques », t. 12, 2006, p. 77, n° 52.

⁷⁹¹ J. LAURENT, *La propriété des droits*, préf. T. Revet, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 537, 2012, p. 170, n° 211 : « dans le système du Code civil, le mécanisme de l'appartenance est l'apanage de la propriété ».

CHAPITRE I. L'APPARTENANCE

163. Titularité. Que le bien soit défini comme un objet d'appartenance, voilà un point qui semble ne susciter aucun débat. Que cette appartenance ne soit pas réalisée par la propriété, voilà en revanche un point de crispation. Pourtant, sitôt considérée comme un bien ordinaire, il devient évident que la propriété ne peut plus tenir le rôle qui lui fut jusqu'ici assigné. Il convient par conséquent de mobiliser un autre concept jusqu'à présent tenu pour vide de toute charge normative : la titularité. C'est la titularité qui assure le rattachement des biens au sujet, qui constitue la relation d'appartenance par laquelle un bien et même n'importe quel droit subjectif devient exclusif au sujet. Aussi convient-il de reconnaître à ce concept un véritable sens, à même d'expliquer le rattachement des biens au sujet et apte, dans le même temps, à débarrasser la qualification de bien de toute référence à la propriété.

164. Opposabilité. La titularité n'explique pas seulement le rattachement des droits au sujet ; elle justifie encore que tout droit, parce qu'il appartient au sujet de manière exclusive, soit pareillement opposable aux tiers. L'opposabilité, conséquence de la titularité, relève donc de la face externe des droits, de leur extériorisation. Loin d'être caractéristique de la seule propriété, l'opposabilité se présente comme un attribut indiscutablement lié à chaque droit subjectif et résultant de sa seule appartenance au sujet. L'opposabilité s'incarnant dans l'action en revendication, laquelle offre au titulaire d'un droit la possibilité de le faire respecter, cette action se doit d'être ouverte à l'ensemble des droits subjectifs et plus spécifiquement à l'ensemble des droits patrimoniaux. La notion même d'opposabilité commande en effet le retrait de l'action en revendication de la face interne des seuls droits réels.

165. Plan. L'appartenance des biens – et plus largement de tous les droits subjectifs – au sujet est premièrement réalisée par la seule titularité (**Section I**). De celle-ci découle deuxièmement une conséquence : tout droit est indistinctement opposable aux tiers (**Section II**).

SECTION I. LA RELATION D'APPARTENANCE : LA TITULARITÉ

166. Plan. La notion de titularité fait figure de mal-aimée du droit. Une partie significative de la doctrine y voit une notion fourre-tout, faisant double emploi avec celle de propriété. Les dictionnaires juridiques l'ignorent pour la plupart et lorsque tel n'est pas le cas, c'est sans lui donner de véritable contenu. Cette notion se doit donc premièrement d'être habilitée. Sitôt que l'on cesse de voir la propriété comme le *medium* par lequel un bien appartient au sujet, une conséquence doit être tirée : la possession, que l'on présente habituellement comme une *apparence* d'appartenance, doit voir son référentiel changer. Ce n'est pas la propriété que la possession vient singer, mais la titularité, qui constitue la véritable relation d'appartenance entre le sujet et ses biens. Ainsi faut-il successivement envisager ces deux points. L'élaboration de la notion de titularité (§1) doit s'accompagner de l'examen de la notion qui en constitue le reflet, la possession (§2).

§1. La notion de titularité

167. Plan. Chercher à théoriser le lien qui unit une personne à ses biens (les droits patrimoniaux) et plus largement à l'ensemble de ses droits subjectifs est une démarche qui pourrait au premier abord surprendre. N'enseigne-t-on pas en effet que le patrimoine étant une émanation de la personne, il est superflu de « conceptualiser le lien » que la personne entretient avec ses droits⁷⁹² ? Les droits n'étant pas des choses⁷⁹³, l'on objecte encore que la question de leur rattachement au sujet est sans objet, « le droit ne [pouvant] se concevoir qu'attaché au sujet »⁷⁹⁴. Ces objections ne sont cependant pas dirimantes. S'il est certain que le droit subjectif n'a d'existence qu'autant qu'il est relié à une personne, rien ne commande de postuler qu'il n'en soit qu'une émanation ou qu'il se confonde avec elle : quelle que soit la définition retenue du droit subjectif, celui-ci se conçoit comme une prérogative juridique qui *appartient* au sujet, dès lors qu'il existe une distance suffisante entre la personne et ses droits qui lui permet de les prendre pour objet et même de s'en séparer. S'il est donc possible et même utile de penser l'appartenance des droits, il reste à identifier le lien qui réalise cette appartenance. En toute logique et comme cela été souligné, ce n'est pas à la propriété de supporter ce rôle, elle qui

⁷⁹² W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, p. 893, n° 489-3.

⁷⁹³ Cf. supra n° 146.

⁷⁹⁴ W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 893, n° 489-3 et du même auteur, « Une approche structurale de la propriété », *RTD Civ.* 2012, p. 419, spéc. n° 23.

n'est qu'un bien parmi d'autres (A). Ce rôle échoit à la titularité qui seule réalise l'appartenance des biens au sujet (B).

A. Dissociation des biens et de la propriété

168. Des présupposés tenaces. La quasi-intégralité de la doctrine affirme avec une constante régularité que c'est la propriété qui assure le rattachement des biens au sujet. Que le point de vue soit ancien ou récent, le discours reste égal : la qualification de bien suppose la propriété. Cet axiome repose sur certains présupposés dont l'exposé (1) et la réfutation (2) permettront de se convaincre de la nécessité de l'abandonner.

1. Exposé des présupposés

169. Biais sémantique ? Dans l'imaginaire collectif et sitôt que l'on envisage le bien comme le *sien* d'une personne, c'est à la propriété que l'on songe. En assurant à une personne la maîtrise d'une chose, en lui offrant la possibilité d'en jouir, de la consommer, de la détruire, ne reconnaît-on pas dans le même temps que cette chose est à elle, est la *sienne* ? L'étymologie des termes « propriété » et « appropriation » semble le confirmer : quand la propriété est le caractère de ce qui est propre, l'appropriation est le mouvement par lequel un objet devient propre⁷⁹⁵. En somme, ce qui m'est propre m'appartient ; le bien étant le propre d'une personne, il lui appartiendrait comme un objet approprié⁷⁹⁶. Ce point a été déjà abordé⁷⁹⁷, mais il faut aller plus loin.

Si la propriété est au sens courant synonyme d'appartenance, elle revêt un sens juridique bien plus étroit que l'article 544 du Code civil précise sans la moindre ambiguïté : la propriété est un droit de jouissance des choses, ni plus, ni moins. Le Code civil ne prend aucunement position, dans cet article, sur la question de l'appartenance ; la propriété n'est pas présentée comme un moyen de s'approprier les choses – et encore moins les biens –, mais comme un simple moyen d'en jouir et donc d'en retirer « tout le profit, toute l'utilité ou l'agrément » qu'elles recèlent⁷⁹⁸, à l'image des autres droits de jouissance des choses que sont l'usufruit des

⁷⁹⁵ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} éd., v^o « Propriété » et « Appropriation ».

⁷⁹⁶ Sur cette assimilation, v. H. BATIFFOL, « Problèmes contemporains de la notion de biens », in *APD*, t. 24 : *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 9, spéc. p. 9, pour qui « ce seul langage paraît impliquer déjà une confusion entre bien et propriété ».

⁷⁹⁷ Cf. supra n^o 3 s.

⁷⁹⁸ C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, t. III, Paris, Warée, 1824, pp. 56-57.

choses corporelles et la pléthore des droits d'usage⁷⁹⁹. Seul l'article 537 du Code civil évoque l'appartenance des biens⁸⁰⁰, mais sans la moindre référence cette fois-ci, explicite ou même tacite, à la propriété. Du point de vue de la sémantique juridique, il est donc hasardeux de considérer que la propriété réaliserait l'*appartenance des biens*, ce droit n'offrant à son titulaire qu'un moyen de *jouir des choses* selon une certaine étendue.

Au-delà de cette querelle de mots, il est un présupposé tenace qui justifierait le placement de la propriété au principe même de la qualification de bien : l'idée selon laquelle seule la propriété assurerait à une personne l'exclusivité d'un bien.

170. Propriété et exclusivité. Il est fréquent, pour ne pas dire habituel, de définir la propriété au moyen de trois caractères : l'absolutisme, la perpétuité et l'exclusivité. Si la doctrine s'accorde généralement à reconnaître que ces caractères n'ont plus la force qu'on a jadis pu leur prêter⁸⁰¹, elle semble néanmoins tenir pour évidente l'idée que la propriété serait, par essence, un droit exclusif, faisant de l'exclusivité un caractère spécifique à la propriété⁸⁰². En somme, la propriété serait littéralement synonyme d'exclusivité. Cette association n'est pas anodine. En faisant de l'exclusivité un marqueur de la seule propriété, l'on admet du même coup que tout objet, au sens large, tombant sous la domination exclusive d'une personne (tout bien, selon cette approche), soit considéré comme sa propriété, seule la propriété assurant une jouissance exclusive. C'est en tout cas le propos de nombreux auteurs qui, dans le sillage des travaux de Ginossar⁸⁰³, ont entendu redéfinir la propriété comme une « relation d'appartenance » par laquelle un objet appartient exclusivement à une personne, la propriété s'analysant alors bien davantage en un droit d'exclure autrui qu'en un droit de jouir des choses⁸⁰⁴. Ici, l'exclusivité

⁷⁹⁹ Sur lesquels, cf. infra n° 368 s.

⁸⁰⁰ C. civ., art. 537 : « les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois ... ».

⁸⁰¹ Cf. supra n° 132.

⁸⁰² R.-J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, t. I, Paris, Debure père, 1772, p. 6 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, Sirey, 3^{ème} éd., 1938, p. 809, n° 1471 ; F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon III, 1981, p. 688, n° 504 ; J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 281, spéc. p. 287, n° 17 ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, préf. L. Aynès, Economica, coll. « Recherches Juridiques », t. 15, 2007, p. 146, n° 139 ; Y. EMERICH, *La propriété des créances : approche comparative*, préf. F. Zenati-Castaing, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 469, 2007, p. 146, n° 247 ; M. LAROCHE, *Revendication et propriété. Du droit des procédures collectives au droit des biens*, préf. P. Théry, Defrénois, coll. « Doctorat & Notariat », t. 24, 2007, p. 119, n° 183.

⁸⁰³ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, *passim*.

⁸⁰⁴ Ginossar n'a pourtant jamais totalement éclipsé le « rapport particulier de maîtrise », devant même selon lui prédominer sur le lien d'appartenance qui n'occupe qu'une « fonction accessoire de protection » (S. GINOSSAR,

devient un révélateur de la propriété, tout comme l'opposabilité qui la garantit et qui contraint quiconque à respecter les biens d'une personne⁸⁰⁵ et que certains voient même comme un « préalable au pouvoir du propriétaire sur sa chose » ou comme son « élément moteur »⁸⁰⁶. Ramenée à un rapport d'exclusion, la propriété voit son spectre s'élargir à tous les objets susceptibles d'être « réservés », choses ou droits, le rapport à ces objets devenant indifférent, accidentel ou à tout le moins assumé selon certains par la possession⁸⁰⁷. Définie principalement comme un droit d'exclure les tiers, la propriété se présente là comme une réalité transcendant les autres droits qu'elle prend pour objet, se mouvant « sur un plan plus élevé » que ces derniers⁸⁰⁸. Quittant les habits du droit patrimonial pour se confondre avec la notion de droit

« Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD Civ.* 1962, p. 573, spéc. p. 573 s., n° 4). Défendant l'idée que la propriété est davantage un droit d'exclure autrui qu'un droit de jouir des choses, v. spéc. F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., pp. 541 s., n° 398 s. V. également F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, coll. « Droit fondamental », 3^{ème} éd., 2008, p. 315, n° 192-193, considérant que la propriété désigne moins « le rapport entre une personne et une chose » que « le rapport entre sujets ». V. aussi J. LAURENT, *La propriété des droits*, préf. T. Revet, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 537, 2012, p. 63, n° 79-80, analysant la propriété comme un « droit-exclusion » ayant pour « fonction ontologique », par un pouvoir d'exclusion, d'assurer le rattachement des choses au sujet. V. enfin J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, « De la propriété comme modèle », art. cité, p. 287, n° 17, pour qui « la propriété se caractérise donc par l'exclusivité qu'elle confère en propre à une personne une valeur économique. Ce "jus prohibendi", ce pouvoir d'interdire dont l'opposabilité est absolue procure, par voie de conséquence logique, à son titulaire, la faculté d'autoriser autrui, c'est-à-dire le pouvoir de disposer de la chose, de la valeur ».

⁸⁰⁵ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, op. cit., pp. 34-36, n° 13 et pp. 58-67, n° 23-25 ; F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., p. 87, n° 55 ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, op. cit., p. 194, n° 177. V. également P. CATALA, « L'immatériel et la propriété », in *APD*, t. 43 : *Le droit et l'immatériel*, Sirey, 1999, p. 61, spéc. p. 61, faisant de l'opposabilité erga omnes et de l'abusus « les caractéristiques fondamentales de la propriété privative ».

⁸⁰⁶ F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, op. cit., pp. 210-212, n° 192-194. En ce sens, v. R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil. 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297, spéc. p. 308, n° 9. Dans le même sens, v. enfin M. LAROCHE, *Revendication et propriété. Du droit des procédures collectives au droit des biens*, op. cit., p. 119, n° 183, qui soutient que « le droit d'exclure les tiers du bien apparaît alors comme le fondement des caractères classiques de la propriété ».

⁸⁰⁷ F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, op. cit., p. 31, n° 26, considérant que le rapport aux choses, à travers le *jus utendi*, le *jus fruendi* et le *jus abutendi* ne relève que de la possession qui « met en mouvement la propriété ». V. déjà en ce sens M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 11^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1928, pp. 702-704, n° 2159-2160, selon qui le droit subjectif ne peut mettre en relation que des personnes entre elles et non des personnes et des choses, seule la possession remplissant ce dernier rôle. Dans le même sens, v. F. DE VISSCHER, « Du "Jus abutendi" », *RTD Civ.* 1913, p. 337, spéc. pp. 337-338, rejetant l'idée que droit de propriété soit un droit sur une chose et soutenant que « nous ne connaissons aucun sens capable d'ouvrir notre conscience à de mystérieuses relations juridiques avec [les choses] », de sorte que « notre situation matérielle vis-à-vis des choses n'acquiert une signification juridique que si nous la mettons en relation sociale d'opposition avec nos semblables ».

⁸⁰⁸ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, op. cit., p. 112, n° 42-43.

subjectif, la propriété permettrait de qualifier de biens tous les droits et toutes les choses qui appartiennent au sujet par cela qu'autrui en est privé⁸⁰⁹.

Au soutien d'une telle analyse, d'aucuns invoquent un argument historique, rattachant directement la propriété au *dominium*⁸¹⁰ romain, perçu comme la « personnification de la puissance du *pater familias* »⁸¹¹. Comme le *dominium*, la propriété exprimerait le rapport de la personne à l'ensemble des objets sous sa domination. Comme la propriété, le *dominium* établirait au profit d'une personne une exclusivité dans l'appartenance⁸¹². La parenté se trouverait, dès lors, établie. Mieux : loin de se trouver circonscrit aux seules choses matérielles, certains auteurs ont avancé que le *dominium* pouvait porter aussi bien sur les *res corporales* que sur les *res incorporales*⁸¹³. Il ne restait alors qu'un pas à franchir pour passer de la parenté à l'identité, ce que fit Monsieur Zenati en soutenant que « comme la propriété romaine, la propriété révolutionnaire consacrée par le code civil est plus un espace qu'un contenu. À l'intérieur de la muraille que constitue l'exclusivité, tout est possible »⁸¹⁴. Ainsi justifiera-t-on, à partir du *dominium*, la généralité de la propriété et sa fonction première de réaliser l'appartenance des biens au sujet : tout ce que l'individu soumet à sa puissance revêt en conséquence, selon cette parenté, la qualification de bien.

Est-il cependant certain que cet argument historique suffise à accréditer la liaison des biens et de la propriété ? Est-il plus largement pertinent de réduire la propriété à un rapport d'exclusion pour en faire la clé de qualification des biens ? L'on peut raisonnablement en douter.

2. Réfutation des présupposés

171. Limites de l'argument historique. Quoique ces présupposés soient puissamment ancrés dans les esprits, il est, semble-t-il, discutable de continuer à s'y fier. L'argument

⁸⁰⁹ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., pp. 751 s., n° 548 s. Rapp. en ce sens M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.* 1997, p. 583, spéc. n° 22.

⁸¹⁰ Cf. supra n° 7 et 146.

⁸¹¹ J. LAURENT, *La propriété des droits*, op. cit., p. 34, n° 41.

⁸¹² F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD Civ.* 1993, p. 305 sq.

⁸¹³ M. VILLEY, « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *RHD* 1946, p. 201, spéc. pp. 223 s. ; F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », art. cité.

⁸¹⁴ F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », art. cité.

historique paraît d'abord quelque peu divinatoire⁸¹⁵. Prétendre retrouver dans le *dominium* les caractères fantasmés d'un intemporel droit de propriété est une tâche hasardeuse. Comme l'écrit avec ironie Monsieur Dross, « le droit romain se prête comme toujours assez aisément à ce qu'on veut lui faire dire »⁸¹⁶. S'il est certain que la notion de propriété ne s'est pas construite *ex nihilo*, c'est un pas que l'on n'oserait franchir que d'affirmer qu'il existe une parfaite correspondance entre la lettre du Code civil et les représentations que les jurisconsultes romains se faisaient de la propriété⁸¹⁷, aucune véritable théorie n'ayant été élaborée à son endroit, sinon une simple division des choses d'ordre essentiellement philosophique⁸¹⁸. Comme le rappelle Cuq, « le droit, à cette époque, répugne aux complications, aux restrictions : il est tout d'une pièce »⁸¹⁹. Dès lors, si le droit positif n'est pas revenu à la vision romaine prétendument exclusiviste de la propriété, somme toute très sommaire⁸²⁰, il n'a pas non plus rejeté toutes les représentations féodales qui ont bouleversé le droit romain sous l'Ancien droit⁸²¹ : il s'est

⁸¹⁵ V. sur ce point N. THOMASSIN, *De la propriété. Contribution à une théorie générale*, th. Paris IX, 2009, p. 72, n° 38.

⁸¹⁶ W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 791, n° 427-2. Dans le même sens, v. C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, coll. « Recherches Juridiques », t. 35, 2016, pp. 46-47, n° 49, pour qui « si l'histoire est un outil indispensable de compréhension des institutions actuelles, il faut toujours s'y référer avec prudence, en tâchant de ne pas transposer d'une époque à l'autre des schémas intellectuels ou des qualifications qui ne peuvent se comprendre qu'au regard du système qui les a vu naître ».

⁸¹⁷ J. DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD Civ.* 1962, p. 20, spéc. p. 43, écrivant ainsi que « sans médire les jurisconsultes romains (qui furent incomparables, surtout dans la casuistique), l'analyse des concepts fondamentaux du droit a tout de même fait quelques progrès, non seulement depuis les temps reculés de l'antique droit patrimonial, où tout était propriété ou objet de propriété, mais depuis Gaius [...]. Les Romains n'ont pas tout découvert, et ce qu'ils ont découvert n'est pas toujours la vérité pure et parfaite, même si l'on tient compte du monde limité, techniquement primitif, dont ils avaient l'expérience. Après eux, comme après leurs successeurs du moyen âge et des temps modernes, il reste place pour un effort critique personnel d'élucidation de points obscurs ou même de remise en question de concepts reçus ».

⁸¹⁸ A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1989, pp. 84-85, n° 71.

⁸¹⁹ E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2^{ème} éd., Paris, Plon, 1928, p. 245.

⁸²⁰ M. VILLEY, *Le droit romain*, rééd. PUF, 2012, p. 17 s. V. également R.-M. RAMPENBERG, « L'obligation romaine : perspective sur une évolution », in *APD*, t. 44 : *L'obligation*, Dalloz, 2000, p. 51, spéc. p. 51, pour qui « dans l'ensemble de l'univers juridique, les Romains sont restés égaux à eux-mêmes : agir et réagir d'abord en praticiens, imaginer le droit avant tout pour répondre, ponctuellement, aux besoins nouveaux suscités par l'évolution sociale et économique ; la conceptualisation ne fait que suivre, et souvent de façon empirique ».

⁸²¹ Au cours du XIV^{ème} siècle, un certain glissement de la notion de *jus s'opère*, désignant non plus une chose mais un véritable pouvoir, en lien avec la place désormais centrale reconnue au sujet. Quant à la propriété, celle-ci connaît pareillement une transformation, se trouvant divisée en autant de prérogatives qu'il existe de liens de suzeraineté et de tenures. L'existence d'un double domaine sur les terres finit alors, à compter de l'époque franque, de consommer la rupture avec le modèle romain, le *dominium* se trouvant dédoublé entre un domaine éminent (le domaine direct du suzerain ou seigneur et qualifié de propriété de direction) et un domaine utile (le domaine du tenancier ou du vassal). La propriété devient elle-même un droit subjectif à une portion d'utilités sur les choses corporelles. Sur la question, v. P. LEGAL, « Les vertus de la propriété partagée. Des fondements de l'Ancien droit aux attentes contemporaines », in L. ANDREU (Dir.), *Liberté contractuelle et droits réels*, Institut Universitaire Varenne, coll. « Colloques & Essais », 2015, p. 16 sq. ; L. PFISTER, « Domaine, propriété, droit de propriété. Notes sur l'évolution du vocabulaire du droit français des biens », *Revue générale de droit*, t. 38/2, 2008, p. 24 sq. ; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, pp. 73 s.

simplement construit en réaction à ses excès, non contre son principe même⁸²². Il est alors douteux de tenir le modèle romain pour autre chose qu'un édifice inachevé⁸²³, dont les conceptions nous seraient parvenues par enchantement intactes à travers les âges.

De même, l'on peut émettre de sérieuses réserves quant à l'appréhension du *dominium* comme une pure relation d'exclusivité ou faire de l'exclusivité la caractéristique du *dominium*. D'abord, il semble attesté que la figure du *dominium* comme une relation d'exclusivité est le fruit de la seule représentation des romanistes et non le fait des Romains eux-mêmes. Cette image du « propriétaire despote »⁸²⁴ que certains cherchent à tout prix à imposer ne serait même apparue qu'à l'occasion de la redécouverte des compilations de Justinien : c'est en effet seulement à compter du XVI^{ème} siècle, comme le note Monsieur Prevost, que « l'idée du caractère exclusif du droit de propriété paraît connaître un début de théorisation »⁸²⁵. Ensuite, le *dominium* n'était pas la seule forme de propriété connue des romains, cette propriété quiritaire n'ayant originellement été admise que pour les choses les plus précieuses et pour les seuls citoyens Romains. Figuraient ainsi – et notamment⁸²⁶ – à côté du *dominium* la propriété prétorienne⁸²⁷ ou la propriété pérégrine⁸²⁸ et qui, contrairement au *dominium*, se singularisaient par leur caractère collectif fortement marqué⁸²⁹. Enfin, de nombreux auteurs relèvent que le *dominium* pouvait être décomposé, morcelé et ce, dès la Loi des Douze-Tables⁸³⁰. May relève ainsi que « le caractère exclusif ou individuel du *dominium* n'empêche pas que le propriétaire

⁸²² J. FLACH, Cujas, les glossateurs et les bartolistes, Paris, Larose et Forcel, 1883, p. 19 ; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, coll. « Quadrige », 2012, pp. 17-18 ; J. DE LANVERSIN, *La propriété. Une nouvelle règle du jeu ?*, PUF, coll. « Droit d'aujourd'hui », 1975, pp. 35 s. ; N. THOMASSIN, *De la propriété. Contribution à une théorie générale*, op. cit., p. 49, n° 26.

⁸²³ M. VILLEY, *Le droit romain*, op. cit., pp. 43-44 ; J. DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », art. cité, p. 43 ; R.-M. RAMPENBERG, « L'obligation romaine : perspective sur une évolution », art. cité, p. 51.

⁸²⁴ A.-M. PATAULT, « Réflexion sur les limitations du droit de propriété à Rome jusqu'à la fin de la République », *RHD* 1977, p. 239 sq.

⁸²⁵ X. PRÉVOST, « La renaissance du caractère exclusif de la propriété dans la doctrine humaniste », in N. LAURENT-BONNE, N. POSE et V. SIMON, *Les piliers du droit civil. Famille, propriété, contrat*, Mare & Martin, coll. « Histoire du droit & des institutions », 2015, p. 119, spéc. p. 120-121.

⁸²⁶ V. sur la question R.-M. RAMPENBERG, « Pérennité et évolution des *res incorporales* après le droit romain », in *APD*, t. 43, op. cit., p. 35, spéc. p. 37. V. également M. VILLEY, « Le *ius in re* du droit romain classique au droit moderne », *RHD* 1950, p. 197 sq.

⁸²⁷ N. M. LESENNE, *De la propriété avec ses démembrements (usufruit, usage, habitation et servitudes), suivant le droit naturel, le droit romain et le droit français*, Paris, Cosse et Marchal, 1858, p. 96, n° 176.

⁸²⁸ C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t. I, 2^{ème} éd., Paris, Cotillon, 1874, p. 460, n° 207.

⁸²⁹ G. MAY, *Éléments de droit romain*, t. I, Paris, Larose et Forcel, 1890, pp. 249-250, n° 161. Dans le même sens v. E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, op. cit., pp. 242-243, qui relève en outre qu'il fallut attendre la seconde moitié du V^{ème} siècle de Rome pour voir la propriété quiritaire étendue à toutes les choses (*ibid.*, p. 244).

⁸³⁰ N. M. LESENNE, *De la propriété avec ses démembrements (usufruit, usage, habitation et servitudes), suivant le droit naturel, le droit romain et le droit français*, op. cit., p. 94, n° 181.

ne soit obligé quelquefois de partager avec d'autres les avantages qu'il devrait retirer seul de son droit »⁸³¹. Quant à Vareilles-Sommières, il écrivit non sans sarcasme que le *dominium* « n'est en pareils cas qu'une propriété illusoire et purement verbale, une satisfaction platonique artistiquement donnée par la législation prétorienne au vieux droit civil, qu'elle viole avec respect »⁸³².

172. Critique de l'argument logique tiré de l'exclusivité. Quant à l'argument logique tiré du caractère exclusif de la propriété, deux observations peuvent être formulées. En définissant la propriété par le prisme de son exclusivité, l'on se heurte à un double obstacle : d'abord, l'on peine à expliquer le contenu positif du droit de propriété et l'emprise que le propriétaire exerce sur les choses. Ensuite, l'on érige en qualité distinctive et propre de la propriété une qualité que l'ensemble des droits subjectifs partagent.

S'il est évident que la propriété, comme tous les droits subjectifs, s'analyse en un droit exclusif, il est regrettable de l'y résumer ou de faire de l'exclusivité – et de l'opposabilité qui l'accompagne – son trait distinctif. Avant d'être un droit d'exclure les tiers, la propriété est principalement un droit de jouir des choses, de sorte que l'analyse du droit de propriété sous les seuls auspices d'un droit d'exclure aboutit à ce que le contenu positif et immédiat du droit (le droit de jouir et de disposer des chose) se trouve éclipsé au profit d'une vision « pathologique » de celui-ci⁸³³, le droit de propriété n'ayant plus de contenu propre, n'existant que « contre » autrui et n'ayant dès lors pour seule fonction que d'empêcher les tiers de porter atteinte au droit du propriétaire sur sa chose. Autrement dit, c'est là procéder à une inversion des « facteurs logiques »⁸³⁴, c'est tenir la jouissance de la chose comme une conséquence de l'exclusion des

⁸³¹ G. MAY, *Éléments de droit romain, op. cit.*, p. 241, n° 155.

⁸³² M.-G.-A. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD Civ.* 1905, p. 443, spéc. p. 473, n° 55.

⁸³³ En ce sens, v. N. THOMASSIN, *De la propriété. Contribution à une théorie générale, op. cit.*, p. 67, n° 35, écrivant qu'« en fondant la jouissance du propriétaire sur l'idée abstraite d' "exclusivité", le droit de propriété n'est plus caractérisé que par sa seule dimension pathologique contre les tiers, l'action en revendication. Or revendiquer n'est pas exercer la propriété : c'est une action permettant précisément d'établir son droit afin d'en récupérer l'objet » Dans le même sens, v. C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens, op. cit.*, p. 159, n° 165, soulignant que « pour fondamental qu'il soit, le pouvoir d'exclure les tiers n'est jamais une fin en soi pour le propriétaire. Il est toujours orienté vers la protection du droit de tirer profit de la chose. Conçu comme un "bouclier" protégeant le propriétaire des intrus, le pouvoir d'exclusion des tiers décrit la "face externe" du droit de propriété, l'opposabilité de son droit général aux utilités disponibles du bien » et ajoutant qu'« il ne faudrait pas surestimer la place des tiers dans la structure des droits réels. Ce qui caractérise, avant tout, la propriété, l'usufruit, les droits d'usage et d'habitation [...], c'est l'accès aux utilités de la chose sur laquelle ils débouchent » (*ibid.*, p. 115, n° 118).

⁸³⁴ C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens, op. cit.*, p. 163, n° 168, ajoutant que « c'est bien la consistance du droit de jouissance qui dicte celle du pouvoir d'exclure les tiers et non le contraire (*ibid.*, p. 165, n° 168).

tiers et donc subordonner la cause (la jouissance de la chose) à la conséquence (la protection de la jouissance). En ce sens, Monsieur Gijbers souligne pertinemment que « ce que chacun attend de sa propriété, ce n'est pas de pouvoir exclure des intrus mais de profiter des services de la chose. Lorsque j'acquiers un lopin de terre, ce n'est pas pour y planter des barbelés ou des palissades mais pour le cultiver, m'y promener, y bâtir ma maison, la louer, la revendre, bref pour profiter des utilités de la chose. En affirmant le contraire, on bascule dans une conception pathologique de la propriété. On la réduit à une simple sanction en puissance alors qu'elle est avant tout un titre permettant de jouir paisiblement des richesses »⁸³⁵. En outre, à supposer maintenant que l'on définisse la propriété par l'exclusion des tiers, comment expliquer en retour la face interne du droit de propriété, son contenu ? Comment expliquer le passage de la relation au monde (exclusion d'autrui) à la relation à la chose (jouissance)⁸³⁶ ? Si l'on réduit la propriété à un pur rapport d'exclusion, si le rapport aux tiers prédomine dans l'appréhension de la propriété prise en tant que rapport d'exclusion, le rapport aux choses devient par conséquent indifférent⁸³⁷. Il ne reste plus que la possession pour expliquer le pouvoir du propriétaire sur ses choses. Mais c'est balayer d'un revers de main la lettre de l'article 544 du Code civil qui fait de la propriété le rapport de la personne aux choses, ce rôle n'étant nullement dévolu à la possession.

La propriété, loin d'être définie comme un rapport d'exclusion – l'exclusivité ressortissant à la face externe de l'ensemble des droits subjectifs, à leur extériorisation – se définit au contraire comme un pouvoir sur une chose. Mieux, loin d'être un mode d'*appartenance* des biens, la propriété se résume à un simple mode de *jouissance* des choses, conformément à la lettre de l'article 544 du Code civil. Analysée dans sa face interne, la propriété investit simplement son titulaire de prérogatives matérielles de jouissance des choses, lui assurant la possibilité de retirer de ces dernières l'ensemble des utilités qu'elles sont à même de fournir.

⁸³⁵ C. GIJBERS, « L'évolution contemporaine du droit de propriété en France », in N. LAURENT-BONNE, N. POSE et V. SIMON, *Les piliers du droit civil. Famille, propriété, contrat, op. cit.*, p. 139, spéc. p. 149, n° 13. Dans le même sens, considérant que « dans la définition du droit subjectif, l'exclusivité passe après la notion de pouvoir », v. 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*, th. Paris XI, 1999, p. 132, n° 167.

⁸³⁶ Rappr. L. RIGAUD, *Le droit réel. Histoire et théories. Son origine institutionnelle*, A. Nauze, 1912, p. 312 : « la théorie personnaliste est condamnée, car elle ne nous explique pas comment du devoir général d'abstention naît pour le propriétaire "le droit" de jouir et de disposer de la chose de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements ».

⁸³⁷ Comme l'écrit justement Monsieur Dross, les théories classique et moderne, « bien qu'aux antipodes, échouent paradoxalement sur le même écueil, celui de la place qu'elles assignent à la chose, autrement dit à l'objet de la propriété » (W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », art. cité, n° 4) et d'ajouter que la propriété ne caractérise alors plus « la relation de puissance qu'exerce l'homme sur les choses », devenant « impropre à caractériser la relation qu'entretient le propriétaire avec les choses » (*ibid.*, n° 27).

L'on ne peut en conséquence valablement définir la propriété par son exclusivité ou par son opposabilité et ériger en qualités qui lui seraient propres des qualités en réalité partagées par l'ensemble des droits subjectifs. Sitôt redéfinie par sa face interne et sitôt celle-ci expurgée de qualités qui relèvent de la seule titularité du droit subjectif, la propriété ne peut décentement plus constituer la clé de la qualification des biens⁸³⁸.

173. Appartenance et qualification de bien. Il est un présupposé tenace parmi la majeure partie de la doctrine : l'idée que l'appartenance épuiserait la qualification de bien. À dire vrai, cela n'a rien d'étonnant : en érigeant la propriété en « convertisseur » des choses en biens⁸³⁹, l'appropriation devient une condition aussi bien nécessaire que suffisante de qualification. L'appropriation réaliserait la transformation de la chose en bien : il suffirait d'une appartenance pour que le bien advienne. Cette lecture est pourtant critiquable à plusieurs égards.

Tout d'abord, à suivre les tenants de la conception « rénovée » de la propriété et à supposer donc que la propriété, devenue synonyme d'appartenance, soit la clé de conversion des biens, la qualification de bien devrait être offerte à l'ensemble des objets qui appartiennent en propre au sujet : les choses, les droits patrimoniaux autres que la propriété, ainsi et surtout que les droits extrapatrimoniaux. Or, un paradoxe apparaît alors : s'il est certain que ces objets appartiennent au sujet, le régime de leur appartenance variera selon le droit considéré, lui qui sera tantôt disponible (droit patrimonial), tantôt radicalement indisponible (droit extrapatrimonial). Est-il satisfaisant d'admettre sous la notion de bien des objets aux régimes si différents ? Est-il acceptable que la propriété voie son régime varier selon la nature de l'objet qu'elle prétend saisir ? Sans doute est-ce là une affaire de sensibilité ; sans doute pourrait-on admettre une propriété rarement égale à elle-même. Mais alors, c'est immanquablement échouer, contrairement aux prétentions affichées, à proposer une véritable théorie unitaire des biens.

Il n'est ensuite pas satisfaisant non plus d'écarter les droits extrapatrimoniaux de la qualification de biens *au seul motif qu'ils n'appartiendraient pas à la personne*. Cela revient

⁸³⁸ L'on peut ici rappeler les propos de Dabin, formulés en réponse à la théorie de Ginossar et qui résument l'essentiel du problème : « si tout est propriété, il n'y a plus de propriété » (J. DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », art. cité, p. 27). Rapp. D. GUTMANN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », in *APD*, t. 43, *op. cit.*, p. 65, spéc. pp. 74-75, regrettant également que la propriété devienne « une affaire de jeu de mot [...], en bref un paradigme sur lequel on pourrait divaguer à l'infini sur le mode métaphorique », l'élargissement du domaine de la propriété confinant ici « à l'absurde, lorsqu'il s'agit ni plus ni moins de lui faire jouer le rôle de soubassement général de la vie en société ».

⁸³⁹ P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préf. L. Aynès, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 489, 2007, p. 25, n° 60.

encore à faire dépendre la qualification de la seule condition d'appartenance. Or, si les droits extrapatrimoniaux ne sont pas des biens, ce n'est pas parce qu'ils ne sauraient faire l'objet d'une relation d'appartenance – preuve en est que, en tant que droits subjectifs, ils appartiennent bel et bien au sujet⁸⁴⁰ – mais simplement parce qu'ils sont indisponibles (et partant non susceptibles de recevoir une valeur vénale), contrairement aux droits patrimoniaux. En somme, si les droits extrapatrimoniaux relèvent bien de l'avoir d'une personne, ils ne relèvent pas de son avoir disponible. Il est par conséquent contestable de réduire la qualification de bien à la seule condition d'appartenance : l'appartenance n'épuise pas la qualification de bien⁸⁴¹. Le critère départiteur des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux, loin de résider dans l'appartenance – laquelle est réalisée par la titularité – réside au contraire dans la disponibilité ou non du droit subjectif considéré⁸⁴², disponibilité qui n'est jamais plus que la traduction juridique du critère économique de la commercialité précédemment dégagé⁸⁴³.

174. Bilan. Il est presque devenu un lieu commun que d'affirmer que le bien suppose la propriété, une sorte de vérité apparemment aussi évidente que la Terre est ronde. Par quelque tenant que l'on prenne cet axiome, l'on parviendra encore à le défendre, soit en convoquant la sagesse des juristes de naguère, soit en s'en remettant à une logique universelle. Pourtant, cet axiome n'a que l'apparence du sérieux. Sous le vernis des âges et des écrits, le lien entre les biens et la propriété est déjà disloqué – a-t-il seulement jamais existé ? Le bien n'est pas une chose que la propriété viendrait transformer en objet exclusif ; la propriété n'est pas autre chose qu'un droit de jouissance des choses. Entre les biens et la propriété, aucun lien de nécessité n'existe, aucun rapport de supériorité. La propriété n'est pas ce par quoi le bien advient car elle est elle-même un bien, une richesse disponible. Si la propriété est un bien, seule la titularité s'impose pour expliquer sa liaison au sujet.

⁸⁴⁰ Cf. infra n° 177.

⁸⁴¹ Cf. infra n° 245.

⁸⁴² En ce sens, n'admettant au rang de bien que les « droits subjectifs qui sont pour leur titulaire librement disponibles et [qui] peuvent ainsi faire l'objet du commerce juridique par la passation d'actes juridiques », v. L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, préf. H. Synvet, Economica, 2006, p. 20, n° 10.

⁸⁴³ Cf. supra n° 53 s.

B. Liaison des biens et de la titularité

175. Renouveau de la titularité. À défaut pour la propriété de réaliser l'appartenance des biens, en étant elle-même un, il convient de mobiliser une notion qui, pour connue qu'elle soit, demeure encore dénuée de toute charge théorique précise : la titularité. Après avoir défini cette notion (1), il s'agira d'établir qu'elle peut parfaitement se substituer à la propriété pour expliquer le rattachement des biens au sujet (2).

1. Définition de la titularité

176. Sens de la notion de titularité. Définir la notion de titularité est une tâche malaisée pour la bonne raison que le terme, avant d'être une notion juridique, ne reçoit aucune définition précise. Les dictionnaires l'ignorent, y compris celui de l'Académie française⁸⁴⁴. À vrai dire, cela n'étonne guère, le terme de « titularité » étant un néologisme, un substantif des noms « titre » et « titulaire ». Mais si le terme de « titularité » est un néologisme pour les linguistes, il est malgré tout connu des juristes. Quoique ce terme ne bénéficie d'aucune entrée dans certains lexiques⁸⁴⁵ et ne soit évoqué qu'à seulement deux reprises dans les Codes⁸⁴⁶, il est toutefois mentionné par d'autres. Ainsi, d'après le Doyen Cornu, le terme de titularité renvoie à la « jouissance en titre d'un droit »⁸⁴⁷. Le titre que le titulaire fait sien désigne usuellement un droit ou une inscription⁸⁴⁸, renvoyant tantôt à l'*instrumentum*, autrement dit à l'écrit constatant un acte (le titre de propriété, le titre de créance...), tantôt au *negotium*, c'est-à-dire à l'acte juridique lui-même (le contrat...), tantôt encore au droit (la propriété, la créance...)⁸⁴⁹. Le titulaire, quant à lui, sera le « sujet actif d'un droit »⁸⁵⁰, celui qui sera investi du titre et donc, finalement, du droit. La titularité désigne par conséquent la relation nouée entre le titulaire et son droit ou plus simplement le fait, pour un titulaire, d'avoir un droit.

⁸⁴⁴ Il en va de même du Larousse ou de la base du Trésor de la langue française informatisé.

⁸⁴⁵ V. not. S. GUINCHARD et T. DEBARD (Dir.), *Lexique des termes juridiques 2020-2021*, Dalloz, 28^{ème} éd., 2020 ; R. CABRILLAC (Dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2019*, LexisNexis, 10^{ème} éd., 2019.

⁸⁴⁶ Le terme de « titularité » n'est ainsi employé qu'à deux reprises dans le seul Code du cinéma et de l'image animée, en annexe aux Livre V et VI (Annexes 5-1, 4^o et 6-3, 3^o).

⁸⁴⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 13^{ème} éd., 2020, v^o « Titularité ».

⁸⁴⁸ F. GAFFIOT, *Dictionnaire Latin Français*, Hachette, 1934, v^o « Titulus ».

⁸⁴⁹ J. LARGUIER, *Essai sur la notion de titre en droit privé*, préf. J.-M. Jeanneney, Dalloz, 1951, p. 11, n^o 2. V. déjà P.-A. MERLIN DE DOUAI, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. XIV, 4^{ème} éd., Paris, Garnery, 1815, v^o « Titre ».

⁸⁵⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v^o « Titularité ».

177. Titularité et appartenance des droits subjectifs. La titularité assure le rattachement des droits au sujet, quels qu'ils soient. Tous les droits subjectifs sont les objets d'une telle appartenance et non les seuls droits patrimoniaux, la notion même de droit subjectif postulant l'appartenance, en dépit des opinions, aujourd'hui dépassées, niant son existence⁸⁵¹. Le droit subjectif relève ainsi du « domaine réservé » d'une personne, lui dont la « caractéristique dominante est l'exclusivité »⁸⁵². Le droit subjectif, comme le notent encore des auteurs, s'entend de la « traduction juridique d'un sentiment très instinctif : le tien et le mien (ce qui est à moi est à moi) », s'entend d'un « avantage (un avoir) et une prérogative, opposable à autrui, au besoin par la contrainte »⁸⁵³. Quelle que soit ainsi la définition retenue du droit subjectif, l'on s'accordera sans mal à reconnaître que la notion de droit subjectif postule l'appartenance⁸⁵⁴, quelles que furent, d'ailleurs, les querelles opposant les classiques⁸⁵⁵ ou les

⁸⁵¹ Songeons d'abord à Duguit et aux objectivistes qui, en fait de droits subjectifs, n'ont décelé que des situations, actives ou passives, correspondant à l'extériorisation subjective du droit objectif, contestant qu'une volonté particulière puisse naître dans le creux de la règle de discipline collective et sociale ayant seule valeur normative ou puisse soumettre une autre volonté à sa puissance (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 2^{ème} éd., Paris, E. de Boccard, 1921, pp. 6 s., § 2). Songeons ensuite à Kelsen et aux normativistes qui, réfutant l'existence antérieure du droit subjectif face au droit objectif, ont considéré que les personnes se contentent simplement de respecter les conduites déterminées préalablement par le Souverain, seule entité apte à donner quelque consistance à la norme juridique individuelle (H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. 43, 1926, p. 561 *sq.*). Ces thèses sont aujourd'hui marginales et leurs fondements rejetés. Comme l'a souligné Dabin, les droits subjectifs peuvent parfaitement exister indépendamment de l'existence d'une règle sociale, laquelle n'apparaît, en réalité, que postérieurement aux droits subjectifs, pour légitimer ces derniers. De même, les « situations » ou « positions » dont se prévalent les personnes peuvent, contrairement à ce qu'ont soutenu Duguit et Kelsen, s'analyser comme la manifestation d'un droit subjectif à un intérêt et dont la garantie sera assise sur le droit objectif (J. DABIN, *Le droit subjectif*, rééd. Dalloz, 2008, préf. C. Atias, p. 37). Ainsi l'existence du droit subjectif doit-elle être tenue pour acquise, et échapper à toute discussion, en dépit des critiques plus récentes dont cette notion a été l'objet (v. not. M. VILLEY, « Les Institutes de Gaius et l'idée du droit subjectif », *RHD* 1946, p. 1 *sq.* ; R. MARTIN, « De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété », *RTD Civ.* 1975, p. 52 *sq.*).

⁸⁵² J. GHESTIN, H. BARBIER et J.-S. BERGÉ, *Traité de droit civil*, t. I : *Introduction générale*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2018, pp. 221 et 223, n° 284.

⁸⁵³ P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, LGDJ, coll. « Droit civil », 6^{ème} éd., 2016, p. 72, n° 50 et p. 75, n° 51.

⁸⁵⁴ En ce sens, R. WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 426, 2004, p. 129, n° 140, écrivant que quelle que soit la définition proposée du droit subjectif, « ce qui est commun à toutes ces définitions ou descriptions est l'aspect attributif du droit qui implique une exclusivité du titulaire du droit et donc l'exclusion d'autrui du bénéfice de ce droit ».

⁸⁵⁵ L'opposition majeure fut celle entre la thèse de Savigny d'un côté et celle de Ihering de l'autre. Pour le premier, le droit subjectif serait essentiellement un pouvoir de volonté, un espace de liberté dans lequel chaque personne aurait loisir de déployer pleinement sa volonté. Comme Windscheid le formalisa par la suite, ce pouvoir de volonté s'apparenterait à une concession du droit objectif, la volonté de la personne restant encadrée par les bornes fixées par ce dernier. Autrement dit, selon cette approche, le droit subjectif serait une puissance ou une souveraineté de volonté permise par le droit objectif (F. C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. I, trad. C. Guenoux, Paris, Firmin Didot Frères, 1855, p. 7, § 4 et p. 324, § 53 ; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I, Francfort, Kipp, 8^{ème} éd., 1900, p. 156). Pour le second au contraire, le droit subjectif reposerait moins sur une démarche de volonté que sur l'intérêt d'une personne à profiter d'un droit concédé par le droit objectif. Les droits subjectifs seraient avant tout des intérêts juridiquement protégés, fondés sur un élément substantiel ou matériel (l'utilité qui constitue la finalité du droit, à savoir la jouissance) et protégés par un élément formel qui en assurerait la

modernes⁸⁵⁶. S'il est vrai que le droit subjectif est susceptible de recevoir plusieurs définitions différentes⁸⁵⁷, l'on peut tout de même en donner une minimale : le droit subjectif est une prérogative juridique⁸⁵⁸ *appartenant* à un sujet, manifestant son pouvoir (aspect subjectif) ou son intérêt (aspect objectif) et dont la normativité est reconnue par le droit objectif (entendu au sens de droit-règle)⁸⁵⁹. Garantissant un intérêt du sujet, le droit subjectif est un pouvoir qui appartient à ce dernier de manière exclusive⁸⁶⁰ : seul son titulaire est investi des prérogatives lui permettant de tirer profit de son droit, seul son titulaire les a, à proprement parler.

178. Extériorité du droit subjectif. Le droit subjectif, qu'il soit patrimonial ou extrapatrimonial, existe comme un objet extérieur à la personne même qui doit en conséquence lui être rattaché. Un auteur a pu cependant contester l'extériorité des droits subjectifs vis-à-vis

permanence (l'action en justice destinée à protéger l'avantage). Autrement dit, selon cette approche, le droit subjectif serait l'intérêt qu'a une personne à l'exercice d'un droit, légitime et conforme aux valeurs sociales et ultimement consacré par la reconnaissance de prérogatives et d'actions par le droit objectif (R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les différents stades de son développement*, t. IV, trad. O. de Meulenaere, Paris, A. Maresq Ainé, 2^{ème} éd., 1880, pp. 315 s., § 70 s.). À l'examen pourtant, il n'est pas certain que le droit subjectif puisse se résumer à un pouvoir de volonté ou à un intérêt juridiquement protégé. L'alternative entre ces deux voies se révèle en effet insatisfaisante. Quant à la thèse de Savigny, son tort fut de faire de la volonté un élément déterminant et au principe de l'extériorisation des droits, alors même qu'il est des hypothèses dans lesquelles des personnes incapables de vouloir disposent malgré tout de droits et dans lesquelles des personnes disposent de droits sans en avoir la connaissance. Aussi peut-on remarquer que la volonté ne se situe pas au seuil du droit subjectif, mais dans son extériorisation. Quant à la thèse de Ihering, elle se montre trop radicale dans son traitement de la volonté, car exercer un droit revient généralement à extérioriser une volonté. Aussi, si l'intérêt reste un élément clé du droit subjectif, ce dernier ne peut se passer de la volonté, qui est l'outil nécessaire de mise en œuvre du droit.

⁸⁵⁶ C'est ainsi que, en réponse aux définitions du droit subjectif données par Savigny et Ihering, d'autres auteurs ont proposé de nouvelles définitions. Saleilles, pour sa part, voyait dans le droit subjectif un « pouvoir mis au service d'intérêts de caractère social, et exercé par une volonté autonome », plaçant au seuil de la notion l'existence primordiale d'un intérêt dont l'exercice se trouve assuré par une volonté (R. SALEILLES, *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, 2^{ème} éd., Paris, Arthur Rousseau, 1922, Leçon 22, pp. 541 s., spéc. pp. 547-548). Dabin, quant à lui, proposa de définir le droit subjectif moins comme la jouissance d'un intérêt que comme l'appartenance d'un intérêt, l'exercice de cet intérêt par une démarche de volonté n'étant que second, et ne participant pas de la définition du droit subjectif (J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, pp. 104-105). Roubier, de son côté, distinguant selon que les situations reconnues génèrent des droits ou des devoirs, analysa le droit subjectif comme une situation juridique appropriée, présentant un avantage pour le sujet pouvant agir sur lui en maître (P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, p. 54, n° 6). Michaélidès-Nouaros, enfin, analysa de manière très large le droit subjectif comme une « prérogative reconnue par l'ordre juridique au profit d'un particulier, en tant que personne et membre de la société, dans le but de déployer une activité utile à lui-même et au bien commun » (G. MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD Civ.* 1966, p. 216, spéc. p. 235).

⁸⁵⁷ D. GUTMANN, v° « Droit subjectif », in D. ALLAND et S. RIALS (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2003.

⁸⁵⁸ Sur l'appréhension du droit subjectif comme une prérogative, v. J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, coll. « Université », 18^{ème} éd., 2021, p. 252, n° 195.

⁸⁵⁹ Rappr. J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 2.

⁸⁶⁰ P. GOURDON, *L'exclusivité*, préf. P. Le Cannu, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 455, 2006, p. 12, n° 26, remarquant qu'« un droit subjectif est exclusif par nature ».

de la personne, considérant qu'un droit, en particulier patrimonial – puisque tel est l'objet de sa réflexion – se confondrait nécessairement avec la personne à raison de sa présence dans le patrimoine⁸⁶¹. La remarque semble de prime abord juste en ceci que le droit subjectif en général et le droit patrimonial en particulier n'existent pas comme des choses qu'il serait possible de soustraire à la convoitise d'autrui en s'en réservant la jouissance exclusive. Pourtant, une telle remarque soulève des interrogations et des observations.

À supposer d'abord que la personne se confonde avec son patrimoine, quel sort réserver aux droits extrapatrimoniaux ? Ne sont-ils pas des droits qui, bien plus que les droits patrimoniaux, entretiennent une proximité « fusionnelle » avec leurs titulaires ? Dès lors, n'étant pas compris dans le patrimoine, devraient-ils être considérés comme des objets extérieurs à la personne, alors même qu'ils ressortissent exclusivement au domaine de l'être ? L'on voit là que la confusion de la personne et de son patrimoine mène à une impasse.

Il est ensuite excessif de considérer que l'ensemble des droits subjectifs, spécialement les droits extrapatrimoniaux, se confondent avec la personne. Il l'est encore de supposer qu'ils n'ont pour rôle que de servir de passerelle entre cette dernière et les choses ou le « monde qui l'entoure »⁸⁶². La titularité d'un droit n'apparaît pas, en effet, comme une nécessité. Si la personne naît investie de certains droits primordiaux (droit au respect de l'intégrité physique, droit au respect de la vie privée, etc.), elle est encore amenée à en acquérir d'autres, non pas que ces droits existeraient à l'état latent dans son patrimoine ou en marge de celui-ci, mais parce qu'elle les aura acquis à raison de son âge (droit de vote, droit de contracter, etc.), de son statut familial (autorité parentale et ensemble des droits familiaux) ou de son activité économique (droit de créance, droit de propriété, etc.)⁸⁶³. De même, toute personne peut être amenée à perdre ses droits, soit qu'elle s'en défasse volontairement en les cédant ou en ne les exerçant pas, soit qu'elle s'en trouve privée au titre d'une sanction (déchéance des droits civiques, civils et familiaux, etc.).

⁸⁶¹ W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, pp. 892-893, n° 489-3.

⁸⁶² *Ibid.*, pp. 898-899, n° 491-2.

⁸⁶³ Comp. E. LÉVY, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, th. Paris, 1896, pp. 101 s., pour qui les droits seraient une émanation de la personnalité et partant proprement incessibles. L'assimilation de la personne à ses droits a pourtant ceci de gênant qu'elle présuppose que l'intégralité des droits naisse attachée à son titulaire et que la disposition d'un droit s'opère par un mécanisme de renonciation d'un droit suivie de la création d'un droit dans un autre patrimoine. L'on voit bien les limites d'une telle conception : si les droits naissent attachés à la personne, comment alors expliquer que des droits puissent naître dans un nouveau patrimoine ? Sur une critique plus générale de la thèse de l'intransmissibilité des droits, v. D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil. Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, th. Nancy, 1969, pp. 45 s. Sur la question, cf. infra n° 271.

Enfin et surtout, l'objet même de l'activité économique d'une personne, ne serait-ce que pour la sphère patrimoniale, n'est pas une chose, mais le droit patrimonial lui-même, ainsi que cela fut démontré⁸⁶⁴. L'objet qu'une personne acquiert et dont elle dispose n'est autre que le droit patrimonial. L'objet que l'on évalue, que l'on place dans le commerce juridique et que l'on saisit est encore le droit patrimonial. L'objet de l'activité économique d'une personne, en somme, est le droit patrimonial. Seul celui-ci est susceptible de revêtir les habits de la notion de bien. Dès lors, il convient d'établir une distance minimale entre la personne et ses droits subjectifs, lui permettant de les prendre pour objet et éventuellement de s'en séparer, et faire de la titularité le pont entre ces deux pôles.

179. Distinction des droits subjectifs. Si les droits subjectifs se présentent comme des objets extérieurs à la personne, encore faut-il nuancer le propos au sujet des droits extrapatrimoniaux. Ceux-ci assurent la promotion et la protection de la personne, dans sa chair ou ses attributs, dans sa vie publique ou privée⁸⁶⁵. S'ils appartiennent au sujet, ils demeurent pour lui des objets radicalement indisponibles car lui étant indéfectiblement attachés, contrairement aux droits patrimoniaux qui, servant ses intérêts économiques, ont une nature plus accidentelle et demeurent disponibles⁸⁶⁶. Mais quoique l'appartenance des droits extrapatrimoniaux soit stérile d'un point de vue économique, le sujet ne pouvant en disposer, elle n'en reste pas moins nécessaire. Ce que l'individu fait sien est précisément le pouvoir juridique qui garantit son intérêt, serait-il extrapatrimonial. Aussi est-il pertinent de postuler une distance suffisante entre le sujet et ses droits, qui lui permet de les prendre comme objets, fussent-ils ou non disponibles, cet état de disponibilité indiquant simplement leur patrimonialité.

180. Nature de la titularité. La titularité apparaît comme le chaînon manquant de la théorie des biens. Son utilité pédagogique est certaine, elle qui permet d'expliquer le rattachement des biens au sujet sans plus recourir à la propriété, elle-même qualifiée de bien. La titularité revêt

⁸⁶⁴ Cf. supra n° 154.

⁸⁶⁵ S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. Nerson, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 145, 1976, p. 98, n° 107, relevant que la caractéristique de ces droits est « de protéger la personne humaine dans ce qu'elle a de plus sacré ou de plus indispensable [...]. Le droit extra-patrimonial est en quelque sorte indissociable de la personne ».

⁸⁶⁶ V. not. C. LARROUMET et A. AYNÈS, *Traité de droit civil*, t. I : *Introduction à l'étude du droit*, Economica, coll. « Corpus droit privé », 6^{ème} éd., 2013, pp. 305-307, n° 396-398.

une fonction simple, excédant même la seule qualification de bien : rattacher les droits au sujet, quels qu'ils soient⁸⁶⁷. C'est la titularité qui réalise l'appartenance des droits, objets extérieurs à la personne, sans être elle-même un droit. La titularité se présente en effet comme la condition technique de la vie juridique des droits, comme la condition même de l'exercice de l'ensemble des droits subjectifs, l'exercice de ces droits étant extérieur à leur propre existence⁸⁶⁸. La titularité est, en somme, un prolongement de la personnalité juridique, le moyen pour la personne de prendre part à la vie juridique, seule ou à plusieurs, la figure de la cotitularité des droits – *de tous les droits* – l'attestant⁸⁶⁹. Elle est l'extériorisation de l'être, c'est-à-dire de la personnalité, sur un avoir actuel, futur ou simplement potentiel, c'est-à-dire sur les droits subjectifs avec lesquels la personne naît ou ceux qu'elle sera amenée, peut-être, à acquérir. La personnalité étant le présupposé de l'ensemble des droits subjectifs, l'avoir supposant l'être, la titularité désigne en fin de compte la relation primordiale de l'être à l'avoir, le canal par lequel l'être s'externalise.

2. Autonomie de la titularité

181. Réception doctrinale de la notion de titularité. La notion de titularité, pour peu que l'on s'intéresse à elle, fait généralement l'objet d'un traitement peu amène de la doctrine. Pour Monsieur Dross, qui considère qu'il est inutile de chercher à conceptualiser le lien noué entre la personne et ses biens, le concept de titularité se résumerait à une sorte de « précaution stylistique »⁸⁷⁰. Pour d'autres, favorables à l'extension du domaine de la propriété aux droits, le concept de titularité ne serait qu'un synonyme abâtardi de la propriété⁸⁷¹, partageant même

⁸⁶⁷ Rappr. K. LARENZ, *Lehrburch des Schuldrechts*, Bd. I, 14^{ème} éd., 1987, p. 573 s., cité par R. WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, op. cit., p. 143, n° 157. Monsieur Wintgen rapporte ainsi la théorie de la « titularité des droits » (« *Rechtzuständigkeit* ») développé par Larenz et selon qui « les créances, comme tous les droits “subjectifs” sont nécessairement des droits qui reviennent à une personne déterminée. Si je dis, dans un langage courant, “cette créance m'appartient”, je ne veux pas dire par là que j'aurais sur cette créance un droit de maîtrise comme sur une chose corporelle, un droit “réel”, mais qu'elle revient à moi et à personne d'autre [...]. Dans ce “à moi et à personne d'autre”, réside l'exclusivité de toute titularité d'un droit et tout droit reconnu à une personne est en ce sens “absolu” ».

⁸⁶⁸ D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil. Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, op. cit., pp. 884 s.

⁸⁶⁹ V. not C. civ., art. 1751 s'agissant de la cotitularité du droit au bail ; C. civ., art. 371-1, al. 2 s'agissant de la cotitularité de l'autorité parentale ; CPI, art. L. 712-1 s'agissant de la cotitularité du droit sur la marque.

⁸⁷⁰ W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, op. cit., p. 899, n° 491-2.

⁸⁷¹ I. TOSI, *Acte translatif et titularité des droits*, préf. M.-L. Mathieu-Izorche, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 471, 2006, pp. 59-60, n° 83, considérant que la titularité est une « propriété qui ne dit pas son nom », ou un « faux net qui en réalité désigne la propriété elle-même, considérée sous son aspect subjectif » (*ibid.*, p. 62, n° 86). V. aussi J. LAURENT, *La propriété des droits*, op. cit., p. 15, n° 17, celui-ci parlant de « sorte de Janus juridique de la propriété ». V. également F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, op. cit., p. 22, n° 3, qui considèrent que « les (rares) tentatives de définition de la titularité se ramènent toutes, peu ou prou, à la propriété

avec elle une « identité de structure »⁸⁷². Refusant de reconnaître à ce concept une quelconque valeur technique, ces auteurs considèrent ce terme comme étant « rudimentaire »⁸⁷³ et dépourvu de « consistance théorique »⁸⁷⁴.

L'explication de ce relatif désintérêt – sinon de cette franche hostilité – de la doctrine pourrait s'expliquer par le fait que la titularité est perçue, ne serait-ce que pour les auteurs plaidant pour le rayonnement extrême de la propriété, comme le témoin de la « trahison » des glossateurs à l'égard du droit romain et de la dénaturation du *dominium* par ces derniers. Ainsi que cela fut rappelé⁸⁷⁵, les juriconsultes romains avaient moins une conception subjective du droit qu'une conception objective des rapports entre les individus et les choses, qu'elles soient tangibles ou non. Celles-ci, considérées comme des objets sous la domination d'un maître, n'étaient pas reliées à lui par le canal d'un droit mais faisaient plus généralement l'objet d'une puissance générale similaire à celle que le maître avait sur ses esclaves ou à celle que le père de famille avait sur sa *gens*. L'on voyait ainsi dans chaque chose une qualité la plaçant sous l'autorité de son maître. Ce dernier, investi du *dominium*, avait une « puissance » sur les objets placés sous son autorité, quels qu'ils soient⁸⁷⁶. À l'ère féodale, le *dominium* va néanmoins connaître un certain dévoiement, résultant de l'incompatibilité de la réalité féodale et du modèle romain⁸⁷⁷. Cessant de désigner cette relation de puissance entre la personne et les objets qui l'entourent, le *dominium* se mit à revêtir une nature bien plus subjective, devint un droit subjectif, et même un droit réel ayant pour objet les seules choses corporelles (*jus in re*), se

(l'appartenance) ». V. enfin, dans le même sens, Y. EMERICH, *La propriété des créances : approche comparative*, *op. cit.*, p. 126, n° 219 et p. 183, n° 320.

⁸⁷² F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, *op. cit.*, pp. 756-757, n° 551, l'auteur faisant remarquer qu'en creusant « cette notion floue [de titularité] on finirait par trouver les éléments constitutifs de la propriété ». Dans le même sens, v. 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*, *op. cit.*, pp. 191-192, n° 250, qui considère que « la titularité des droits devrait favoriser l'accueil de la thèse de la propriété des droits ».

⁸⁷³ S. GINOSSAR, « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », art. cité pp. 578-579, précisant en outre que ce concept serait « manifestement inadéquat » à résoudre la question de l'opposabilité des droits.

⁸⁷⁴ J. LAURENT, *La propriété des droits*, *op. cit.*, p. 15-16, n° 17.

⁸⁷⁵ Cf. supra n° 7.

⁸⁷⁶ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. II, *Les biens*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 1971, p. 75, n° 34 ; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, *op. cit.*, p. 33 ; R.-M. RAMPENBERG, « Pérennité et évolution des *res incorporales* après le droit romain », art. cité, p. 40 ; R. FAIVRE-FAUCOMPRÉ, « Aux origines du concept moderne de propriété : *dominium* et *proprietas* dans le droit romano-canonique (XII^e-XV^e siècle) », in N. LAURENT-BONNE, N. POSE et V. SIMON (Dir.), *Les piliers du droit civil. Famille, propriété, contrat*, *op. cit.*, p. 103, spéc. pp. 112-113 ; M. VILLEY, *Le droit romain*, *op. cit.*, pp. 26-27 et pp. 47-48.

⁸⁷⁷ P. LEGAL, « Les vertus de la propriété partagée. Des fondements de l'Ancien droit aux attentes contemporaines », art. cité, p. 18 ; A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, *op. cit.*, pp. 104-105.

trouvant alors réduit à la somme de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus*⁸⁷⁸. Comme le souligne Monsieur Laurent, « de puissance absolue et exclusive sur les choses en droit romain, le *dominium* devient relatif »⁸⁷⁹. Désormais réduit à une propriété circonscrite aux seules choses, le *dominium* devint lui-même un bien... qu'il s'agit de rattacher au sujet. C'est ainsi que le concept de titularité est apparu, pour expliquer le rattachement des droits au sujet et donc de la propriété⁸⁸⁰, celle-ci ne pouvant servir d'outil d'appropriation des « choses » et s'approprier elle-même en tant que droit patrimonial. L'on comprend alors pourquoi, pour les « rénovateurs », la titularité fait office au mieux de pâle ersatz de la propriété et au pire de révélateur de la déliquescence du droit romain à l'ère féodale. L'on comprend aussi pourquoi ces auteurs dénie aujourd'hui à la titularité quelque contenu technique quand, selon eux, la propriété du Code civil de 1804 serait une rémanence du *dominium* romain, ou pourrait à tout le moins constituer une nouvelle forme de *dominium*⁸⁸¹.

182. Rejet de l'assimilation de la titularité à la propriété. Cette assimilation de la titularité et de la propriété doit pourtant être fermement rejetée. Si la valeur technique du concept de titularité apparaît de prime abord nulle par rapport à celui de la propriété, c'est parce que l'on a jusqu'à présent cherché, à tort, dans l'un les éléments de l'autre. Quand la propriété assure à une personne un pouvoir matériel sur une chose, la titularité assure le rattachement du droit au sujet. Comme l'explique Monsieur Thomassin, à ceci près que la titularité opère le rattachement de l'ensemble des droits subjectifs au sujet et non des seuls droits patrimoniaux, « l'appartenance, l'existence, dans le patrimoine d'une personne, de tel ou tel droit patrimonial revient, pour le Code civil, à s'interroger en termes de valeurs et donc de "biens" [...]. Lorsqu'il évoque les biens, le Code civil évoque cependant, à l'article 537, les biens qui "appartiennent" aux particuliers [...]. Sans le conceptualiser, les codificateurs ont caché sous

⁸⁷⁸ R.-M. RAMPENBERG, « Pérennité et évolution des res incorporales après le droit romain », art. cité, pp. 37-39 ; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, op. cit., p. 73 ; J. LAURENT, *La propriété des droits*, op. cit., p. 44-45, n° 53.

⁸⁷⁹ J. LAURENT, *La propriété des droits*, op. cit., p. 44, n° 53. Adde. X. PRÉVOST, « La renaissance du caractère exclusif de la propriété dans la doctrine humaniste », art. cité, p. 128.

⁸⁸⁰ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., p. 756, n° 551 : « quand les droits exprimaient tous une authentique relation subjective aux biens auxquels ils n'étaient pas assimilés, la « titularité d'un droit » n'existait pas, pour la simple raison que le droit lui-même remplissait cette fonction d'attache au sujet que remplit aujourd'hui la titularité. La réification des droits et l'apparition de la catégorie des droits patrimoniaux modifie la perspective. Le droit, quoique subjectif, n'étant plus un bien, il devient nécessaire de conceptualiser la relation unissant le droit et la personne [...]. Le concept de titularité, malgré son caractère vague et peu technique, va ainsi s'imposer, vraisemblablement pour des raisons seulement logiques, afin d'éviter l'utilisation du concept de propriété ».

⁸⁸¹ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, op. cit., p. 264, n° 166.

cet article une clef de lecture pour comprendre l'idée de "biens", et qui n'est pas la propriété que définit l'article 544 – droit de jouir et disposer d'une chose. L'idée de bien est en effet liée à un rapport d'appartenance d'où découle un pouvoir de principe », appartenance que la théorie classique « a, tant bien que mal, conceptualisé sous l'idée de titularité ; le nom désigne l'appartenance du bien »⁸⁸². Ce que la personne fait sien, véritablement, n'est pas la chose simplement sujette à une jouissance, mais le droit qui confère à son titulaire une série de prérogatives diverses selon la nature propre du droit considéré, donc selon son aspect interne. Pour raisonner au sujet des droits réels et des droits personnels, une personne fait sienne la prérogative lui permettant de jouir d'une chose (droit réel) ou la prérogative lui permettant d'exiger d'autrui l'exécution d'une prestation (droit personnel). Partant, le refus d'analyser le droit de propriété comme la matrice du droit subjectif ne saurait subir le grief de laisser se superposer deux modes d'appartenance : quand la titularité exprime le rattachement objectif de tous les droits au sujet⁸⁸³, la propriété assure la maîtrise matérielle d'une chose.

183. Rejet de la proximité entre la titularité et la propriété. C'est encore une gageure que d'envisager la « titularité des créances » comme le pendant de la « propriété des choses », ce que d'aucuns admettent pourtant. C'est ainsi que, afin de justifier la patrimonialité des droits personnels, non susceptibles d'être les objets d'un droit de propriété, certains auteurs érigent la titularité en mode alternatif d'appropriation des créances⁸⁸⁴. Si l'intention est louable et procède du désir de réunir sous l'égide du patrimoine l'ensemble des richesses disponibles d'une

⁸⁸² N. THOMASSIN, *De la propriété. Contribution à une théorie générale*, op. cit., pp. 55-56, n° 29 et p. 56, note 323. Rapp. S. MILLEVILLE, *Les restrictions au droit de disposer*, th. Paris II, 2008, pp. 106 s., n° 116 s., qui fait de l'« appartenance » l'ensemble des prérogatives qu'une personne exerce sur ses biens, à savoir ses droits patrimoniaux. L'auteur précise ainsi que « le recours à l'appartenance présente un double intérêt. D'une part, elle permet de délimiter les contours du patrimoine de la personne. Seuls figurent à l'actif de ce patrimoine les droits dont la personne est titulaire. D'autre part, elle permet de relier le fait qu'un droit appartienne à son titulaire et à lui-seul au fait que seul ce titulaire soit en mesure de réaliser un certain nombre d'opérations portant exclusivement sur ce droit » (*ibid.*, p. 114, n° 123).

⁸⁸³ D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil. Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, op. cit., p. 784 : « la titularité désigne seulement la personne sujet ou titulaire du droit, quel que soit le droit en cause ».

⁸⁸⁴ V. ainsi J. FOMETEU, « La notion juridique de titularité : un essai de conceptualisation », *RLDI* n° 27, 1^{er} mai 2007, considérant que la titularité peut constituer « un véritable rival de la propriété à laquelle il entend se substituer dans certains cas » ou alors « le suppléant [du concept] de propriété du moment où il permet simplement de résoudre la question de l'inadaptation formelle du concept de propriété à l'objet du droit ». V. également M. LAROCHE, *Revendication et propriété*, op. cit., pp. 306-308, n° 473-475, considérant que « titularité et propriété sont un décalque l'une de l'autre » : quand la propriété prendrait pour objet les biens contenus dans le patrimoine, la titularité prendrait pour objet les droits qui y sont également contenus. Le propos ici défendu paraît pourtant contradictoire : à faire de la propriété un rapport de la personne à ses biens et à ses droits (*ibid.*, pp. 142 s., n° 216 s.), à quoi bon chercher dans la titularité un ersatz de la propriété, si cette dernière suffit, selon l'auteur, à expliquer le rapport de la personne à ses droits ?

personne, une telle démarche est pour le moins confuse. D'abord, elle postule que le patrimoine est composé aussi bien de droits que de choses, ce qui est pour le moins surprenant⁸⁸⁵. Ensuite et surtout, elle assigne un double rôle à la propriété qu'elle ne peut pourtant tenir : la propriété figurerait dans le patrimoine aussi bien au titre des droits dont l'on est titulaire qu'à travers les choses sur lesquelles elle s'exercerait. La solution est donc ailleurs et le patrimoine son révélateur. La créance, loin d'être une « chose appropriable » n'est qu'un droit, comme l'est la propriété. Toutes deux sont les objets d'un rapport de titularité. Aussi doit-on rejeter l'idée que la titularité se situerait sur le même plan que la propriété : ces deux concepts expriment des réalités toutes différentes car elles ne se situent pas au même niveau. La titularité assure le rattachement des droits au sujet ; la propriété, qui est un droit parmi d'autres, investit une personne de la maîtrise d'une chose.

184. Rejet de la chosification des droits. Il est enfin inexact de soutenir que « l'idée même de titularité suggère que les droits [soient] des choses », et d'en tirer comme conséquence que la titularité organiserait un système concurrent d'appropriation des « choses » (sous-entendus les droits) autre que la propriété⁸⁸⁶. Un droit n'est pas un donné avec lequel l'individu compose, mais une création du système juridique. Sont seules des choses... les choses⁸⁸⁷ ! Le recours à la titularité ne postule justement pas que les droits qu'elle lie au sujet soient à ce point objectivés, soient considérés comme des choses, alors que la propriété, qui est un droit de jouissance (dont l'on est titulaire, faut-il le rappeler), suppose que les objets sur lesquels elle porte soient véritablement des choses, c'est-à-dire des corps concrets offrant leurs utilités à la jouissance. La critique est d'ailleurs d'autant plus mal fondée que tous les auteurs qui la soutiennent s'accordent à dénier à la titularité une fonction technique d'appropriation. De là, à se placer sur leur terrain, pourquoi vouloir comparer ce qui n'est pas comparable ? En somme, les difficultés s'évanouissent sitôt que l'on assigne à chaque concept sa juste place, en ne perdant pas de vue l'aspect interne de chaque droit : la jouissance d'une chose pour la propriété, l'obtention d'une prestation pour la créance.

⁸⁸⁵ Comp. C. PRODAN, *Essai d'une théorie générale des droits réels et des droits de créance*, th. Paris, 1909, pp. 76 s., développant l'idée d'une « sur-propriété » ou « propriété juridique » qui prendrait pour objet les droits et les choses.

⁸⁸⁶ J. LAURENT, *La propriété des droits*, *op. cit.*, p. 16, n° 17.

⁸⁸⁷ Cf. *supra* n° 146.

185. Terminologie. L'évidente distinction entre titularité et propriété est, il est vrai, bien souvent gommée par le langage⁸⁸⁸. L'on assimile volontiers le « titulaire d'un droit de propriété » au « propriétaire », en escamotant le terme de titularité, en y voyant une redondance. Ces deux formulations expriment pourtant deux réalités bien différentes. Le propriétaire agit sur la chose, de manière matérielle. Le titulaire du droit de propriété agit sur le droit, de manière juridique. *In fine*, la propriété s'ouvre à ces deux réalités : elle est d'abord l'objet, en tant que droit, d'une vie juridique (aspect externe du droit). Elle est ensuite la condition, pour le propriétaire et relativement aux choses, de leur jouissance matérielle (aspect interne du droit)⁸⁸⁹.

§2. L'apparence de titularité : la possession

186. Plan. C'est encore la titularité qui se trouve mobilisée sitôt que l'on évoque la possession. Définie comme « l'exercice effectif d'un droit (et non pas du seul droit de propriété), indépendamment de sa titularité »⁸⁹⁰, la possession apparaît comme le miroir de la titularité, comme son décalque dans le monde du fait⁸⁹¹. Vraisemblance de titularité, la possession extériorise, bien plus que la propriété d'une chose, la titularité d'un droit subjectif. Une telle définition de la possession doit pouvoir être justifiée (A) et évaluée quant aux effets qu'elle est susceptible de produire (B).

A. Définition de la possession

187. Titularité et possession. Si la possession est classiquement définie comme l'exercice de fait du droit de propriété indépendamment de l'existence d'un titre qui le corroborerait (1), une telle définition, par trop étroite, doit être abandonnée. La possession ne se réduit pas en effet à l'exercice en fait du seul droit de propriété ou des seuls droits réels ; elle s'ouvre à l'ensemble des droits subjectifs (2).

⁸⁸⁸ Cf. supra n° 155.

⁸⁸⁹ Sur cette distinction, cf. infra n° 208.

⁸⁹⁰ W. DROSS, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 2258 à 2271 », 2018, n° 67.

⁸⁹¹ C. LARROUMET et B. MALLET-BRICOUT, *Traité de droit civil*, t. II : *Les biens, droits réels principaux*, Economica, coll. « Corpus droit privé », 6^{ème} éd., 2019, p. 41, n° 58, qui distinguent la titularité (le droit) et la possession (le fait). *Adde.* F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, coll. « Précis », 10^{ème} éd., 2018, p. 172, n° 175, qui soulignent que « la possession aspire foncièrement à devenir un droit subjectif. Elle en reproduit la structure interne ».

1. Définition classique : une apparence de propriété

188. Approche matérialiste de la possession. La possession a toujours entretenu des liens étroits avec la propriété. Comme l'enseignait Pothier, « la possession est un fait plutôt qu'un droit dans la chose qu'on possède »⁸⁹². Mieux, si la propriété est le droit, la possession serait « le fait qui le traduit ou le fait présumer par des actes sensibles »⁸⁹³. Ainsi définit-on classiquement la possession comme la maîtrise d'une chose avec la conscience ou du moins la volonté d'un propriétaire. Ce lien entre la possession et la propriété transparaît encore à la lecture du Code civil. Ainsi à l'article 550, alinéa 1^{er}, qui définit le possesseur de bonne foi comme celui qui possède « comme propriétaire ». Ainsi encore aux articles 2256 et 2261 qui se réfèrent pareillement à la possession « à titre de propriétaire ». Cette liaison entre propriété et possession est encore – paradoxalement⁸⁹⁴ – mise en avant dans le projet de réforme du droit des biens présenté par l'Association Henri Capitant⁸⁹⁵, l'article 547, alinéa 1^{er} offrant une présomption de propriété au possesseur et l'article 549 faisant de la possession un mode d'acquisition de la propriété. Dans ce schéma, la possession apparaît bien comme une sorte de décalque imparfait de la propriété. Un décalque d'abord, car la possession est envisagée comme un pouvoir sur une chose. Mais un décalque imparfait, car la possession ne suppose pas, pour être caractérisée, d'établir l'existence d'un titre corroborant un droit : la possession est décrite comme un pouvoir de fait.

189. Un pouvoir sur une chose. La possession est classiquement présentée comme l'exercice concret des prérogatives appartenant à un propriétaire ayant pour objet les seules choses, le possesseur ayant quant à lui la certitude ou du moins la volonté de se comporter comme s'il en était propriétaire⁸⁹⁶. Au *corpus*, l'exercice des prérogatives manifestant le droit

⁸⁹² R.-J. POTHIER, *Traité de la possession et de la prescription*, t. II, Paris, Debure père, 1772, p. 3. Dans le même sens v. R.-T. TROPLONG, *De la propriété d'après le Code civil*, Paris, Pagnerre, Paulin & Cie et Firmin Didot Frères, 1848, p. 27, pour qui « la propriété est le droit, la possession est le fait ».

⁸⁹³ H. BEAUNE, *Droit coutumier français. La condition des biens*, Paris, Delhomme & Briguet, 1886, p. 99, pour qui « la propriété est le droit, la possession est le fait qui le traduit ou le fait présumer par des actes sensibles ».

⁸⁹⁴ Il est en effet étonnant que, après avoir défini la possession comme l'exercice d'un droit (art. 543), admettant également la figure de la possession des créances (art. 557) et des meubles incorporels (art. 558), le projet envisage ensuite la possession dans le giron de la propriété.

⁸⁹⁵ H. PÉRINET-MARQUET (Dir.), *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Litec, coll. « Carré droit », 2009.

⁸⁹⁶ R.-J. POTHIER, *Traité de la possession et de la prescription*, t. II, *op. cit.*, p. 31 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XXXII, A. Durand & Pedone Lauriel, 1878, pp. 269-270, n° 262. C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. II, 5^{ème} éd. par G. RAU, C. FALCIMAIGNE et M. GAULT, Paris, Marchal et Billard, 1897, p. 106, § 177.

et portant sur une chose corporelle, s'ajoute donc l'*animus*, élément psychologique traduisant la volonté du possesseur de se comporter en titulaire du droit. Et c'est précisément par le *corpus* que le rattachement de la possession à la propriété s'opère traditionnellement. L'idée n'est pas neuve car ainsi que le rappelle Madame Péliissier dans sa thèse consacrée à la question, les jurisconsultes romains envisageaient la possession d'un point de vue matériel, ayant construit cette notion « en contemplation de la propriété »⁸⁹⁷. Et ce n'est pas l'élargissement de la possession aux droits réels, réponse aux « besoins de la pratique »⁸⁹⁸, qui viendra démentir cette idée : parce que les droits réels ont, comme la propriété, une chose pour objet, c'est encore une chose que l'on possède à travers la possession de ces droits. L'admission, aux côtés de la *possessio rei*, de la *quasi-possessio* ou *possessio juris*, n'aurait alors véritablement rien bouleversé, si tant est que cette forme de possession, limitée aux seuls droits réels dérivant de la propriété, se concevait encore comme une possession des choses que ces droits ont pour objet⁸⁹⁹.

La Cour de cassation, quant à elle, ne s'est jamais véritablement départie de cette représentation très matérielle de la possession, se montrant à de nombreuses occasions réticente à admettre que le *corpus* possessoire puisse être caractérisé autrement que par des « actes matériels effectifs »⁹⁰⁰, rejetant l'idée que le *corpus* puisse se trouver caractérisé *seulement* par l'exercice d'actes juridiques, comme la conclusion d'un contrat⁹⁰¹ ou le paiement d'impôts fonciers⁹⁰². Pourquoi une telle exigence ? D'aucuns avancent l'explication que « la certitude de

⁸⁹⁷ A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, préf. M. Cabrillac, Dalloz, coll. « Nvle Bibliothèque de Thèses », vol. 8, 2001, p. 25, n° 34. *Contra*. B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, av.-propos F. Terré, préf. L. Aynès, LGDJ, coll. « Bibl. de l'Institut André Tunc », t. 15, 2008, p. 72, n° 82.

⁸⁹⁸ A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, *op. cit.*, p. 25, n° 35.

⁸⁹⁹ Cela explique la position somme toute classique de certains auteurs qui, tout en admettant la figure de la quasi-possession, la limitent aux seuls droits réels ayant pour objet, comme la propriété, les seules choses corporelles. En ce sens, v. not. C. LARROUMET et B. MALLET-BRICOUT, *Traité de droit civil*, t. II : *Les biens, droits réels principaux*, *op. cit.*, p. 41, n° 59, admettant la possession des droits réels « lorsqu'il peut y avoir emprise matérielle sur la chose sur laquelle le possesseur exerce les prérogatives contenues dans la définition du droit ». V. également J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2010, p. 157, n° 129, définissant la possession comme « l'expression de la propriété et des droits réels en action ». V. aussi H., L. et MAZEAUD *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 2 : *Biens. Droit de propriété et ses démembrements*, 8^{ème} éd. par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, p. 7, n° 1290 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et M. JULIENNE, *Droit des biens*, LGDJ, coll. « Droit civil », 8^{ème} éd., 2019, p. 165, n° 482. Admettant la possession des choses et des droits réels, v. déjà C. APPLETON, *De la possession et des actions possessoires*, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1871, pp. 186 s., § 186 s. ; J. CORNIL, *Droit romain : Traité élémentaire des droits réels et des obligations*, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie, 1885, p. 58.

⁹⁰⁰ Cass. 3^{ème} civ., 13 novembre 1997, n° 95-21.952, *Bull. civ.* III, n° 200.

⁹⁰¹ Cass. civ., 14 novembre 1910, *DP* 1912, 1, p. 483. Sauf l'hypothèse de la conservation de la possession par des actes juridiques. Cf. *infra* n° 194 sur ce point.

⁹⁰² Cass. 3^{ème} civ., 30 juin 1999, n° 97-11.388, *Bull. civ.* III, n° 159. Sur la question, v. A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, *op. cit.*, p. 35, n° 65 et les arrêtés cités.

la maîtrise matérielle du bien par l'auteur de tels actes juridiques n'est pas attachée à la conclusion de ceux-ci »⁹⁰³. Seuls les actes matériels sur une chose trahiraient véritablement l'exercice du *corpus* possessoire, la passation d'actes juridiques venant simplement en renfort.

190. Un pouvoir de fait. La possession est encore et surtout définie comme un pouvoir de fait, contrairement à la propriété qui est un pouvoir de droit⁹⁰⁴. C'est à une situation de fait que les tiers du possesseur sont confrontés : celle où une personne agit comme un propriétaire sans nécessairement avoir le titre qui accompagne et autorise normalement cette jouissance. Ce pouvoir de fait, écrit Madame Péliissier, « existe indépendamment de toute règle de droit »⁹⁰⁵ et se présente comme un « rapport de puissance conscient sur une chose dont l'existence se traduit naturellement par sa conscience chez les tiers »⁹⁰⁶.

Quoique la possession soit un pouvoir de fait et s'oppose à la propriété qui est un pouvoir de droit, force est d'admettre qu'elle vient, le plus souvent, confirmer l'existence d'un droit de propriété, s'ajoutant à celui-ci. Ainsi le propriétaire d'une chose possède-t-il également celle-ci, propriété et possession ne s'excluant plus mais s'additionnant. Reste pourtant à expliquer la cause de la jouissance de la chose : le propriétaire d'une chose jouit-il de celle-ci parce qu'il en est propriétaire ou parce qu'il en est possesseur ? Bien qu'il soit soutenu que « la possession n'est que l'exercice du droit de propriété »⁹⁰⁷, que sans la possession la propriété et les droits réels seraient « théoriques et atones »⁹⁰⁸ ou que la possession « est le contenu du droit de

⁹⁰³ Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF, coll. « Thémis », 2006, p. 272, n° 190. V. également J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens, op. cit.*, p. 159, n° 130, pour qui la possession serait dans ce cas « moins évidente, voire plus équivoque », ajoutant que « cette dématérialisation de la possession des biens incorporels compromet son extériorisation, sa visibilité et son exclusivité » (*ibid.*, pp. 162-163, n° 133-1).

⁹⁰⁴ *Contra*. G. CORNIL, *Traité de la possession dans le droit romain*, Paris, Albert Fontemoing, 1905, p. 6 : « le rapport extérieur qu'est la possession présente un intérêt incontestable : il permet l'utilisation économique de la chose. À cet élément intérêt vient s'ajouter la protection juridique, et dès lors se trouvent réunies toutes les conditions d'un droit ».

⁹⁰⁵ A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels, op. cit.*, p. 99, n° 218.

⁹⁰⁶ *Ibid.*, p. 100, n° 220.

⁹⁰⁷ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XXXII, *op. cit.*, p. 268, n° 261. Dans le même sens, v. J. CORNIL, *Droit romain : Traité élémentaire des droits réels et des obligations, op. cit.*, p. 51, pour qui « la possession est le pouvoir physique ; la propriété, le pouvoir légal. La première est la situation de fait qui consiste à être, matériellement, à même d'user de la chose en maître ; la seconde est la relation juridique, à laquelle la loi attache cette possibilité. En d'autres termes, la possession est, *en fait*, ce que la propriété est *en droit* ».

⁹⁰⁸ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens, op. cit.*, p. 157, n° 129, et qui ajoutent que la possession « est, en quelque sorte, selon les cas, l'expression ou la virtualité d'un droit. Elle leur donne vie ». Dans le même sens, v. déjà R.-T. TROPLONG, *De la propriété d'après le Code civil, op. cit.*, p. 27 : « la propriété n'est pas condamnée à vivre dans la région des abstractions ; elle se traduit en actes de jouissance ; elle se manifeste par des actes extérieurs. Ce sont ces actes sensibles qui sont la possession. Au-dessus de ces actes, il y a une cause juridique qui les soutient : c'est le droit de propriété ».

propriété »⁹⁰⁹, la réponse à cette question n'est pas simple⁹¹⁰. Pour les personnalistes⁹¹¹, seule la possession serait à même d'expliquer le pouvoir d'une personne sur une chose, le droit de propriété se résumant à l'obligation pesant sur les tiers de s'abstenir de troubler le propriétaire dans sa jouissance. Analysé comme une relation à autrui, le droit de propriété serait étranger à l'exercice concret par une personne des prérogatives matérielles de jouissance. Une telle analyse heurte : à faire de la propriété un droit tourné contre autrui, l'on ne l'aborde que par le prisme de son opposabilité et l'on peine à expliquer sa face interne, son contenu positif, désormais intégré dans le domaine de la possession. Faudrait-il au contraire faire de la propriété une notion exclusive de la possession et considérer que le propriétaire ne peut être possesseur de sa chose ? Une telle option dérange également, en ce que l'on serait logiquement contraint de priver le propriétaire du bénéfice de la protection possessoire et du bénéfice de l'apparence créée par la possession dans le litige qui l'opposerait à un tiers, la possession permettant bien souvent au possesseur de l'emporter dans le conflit pétitoire pour la raison qu'il est en possession de la chose. Il semble que la réponse se trouve plus simplement entre les deux thèses. Rien n'empêche en effet de considérer que le propriétaire et possesseur d'une chose agit doublement sur elle. En tant que propriétaire, la personne exerce juridiquement son droit. En tant que possesseur, elle exerce *en apparence* le droit⁹¹².

191. Dépassement de la définition traditionnelle de la possession. La définition matérielle de la possession ne convainc pas. Si la possession se définit classiquement comme l'exercice apparent d'un droit de propriété ou d'un droit réel, quel obstacle y aurait-il à admettre que l'on puisse posséder n'importe quel droit subjectif ? S'il est attendu du possesseur qu'il se comporte comme s'il était véritablement propriétaire d'une chose, selon la vision traditionnelle, rien n'interdit en effet de considérer que la possession puisse s'ouvrir à l'ensemble des droits

⁹⁰⁹ G. CORNIL, *Traité de la possession dans le droit romain*, op. cit., p. 2, l'auteur ajoutant que « le droit de propriété implique donc nécessairement le *ius possidendi* : enlever au propriétaire le *ius possidendi* c'est enlever toute utilité à son droit ; la propriété sans *ius possidendi* serait lettre morte ».

⁹¹⁰ Rappr. S. TORCK, *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles*, th. Paris II, 2001, n° 36 : « l'affirmation selon laquelle la possession est l'expression matérielle de la propriété et des autres droits réels, c'est-à-dire qu'elle serait la condition nécessaire à leur utilisation économique et donc à leur existence, apparaît erronée. Le *corpus* n'est que l'expression matérielle de la possession à côté de l'élément intention qu'est l'*animus*, en aucun cas elle ne saurait être une composante de la propriété et des autres droits réels. » Il y aurait là « une confusion entre la maîtrise de la chose et la possession ».

⁹¹¹ Cf. supra n° 170.

⁹¹² Rappr. B. MALLET-BRICOUT, « Éléments constitutifs de la possession : permanence ou renouvellement des débats ? », *Dr. et patr.* n° 230, novembre 2013, p. 41, spéc. p. 46, pour qui « la possession est moins l'exercice d'un droit que l'apparence d'exercice d'un droit, la nuance est fondamentale ».

subjectifs et plus spécifiquement aux droits patrimoniaux qui appartiennent à la personne. La possession doit donc apparaître comme le décalque de la titularité et non de la seule propriété.

2. Définition suggérée : une apparence de titularité

192. Proposition de définition. Si l'on s'accorde à définir la possession comme une situation de fait par laquelle une personne exerce, indépendamment du titre, les prérogatives appartenant à une autre⁹¹³, alors il faut admettre que tous les droits subjectifs sont susceptibles d'être possédés et non le seul droit de propriété ou les seuls droits réels. Somme toute, la possession apparaît moins comme le décalque de la propriété qu'elle ne se présente comme une « apparence de titularité »⁹¹⁴. Tous les droits subjectifs, parce qu'ils offrent à leur titulaire une série de prérogatives, doivent s'offrir à la possession, le possesseur d'un droit exerçant les prérogatives contenues dans la structure du droit subjectif considéré. Une telle analyse de la possession doit logiquement conduire à redéfinir le *corpus*, celui-ci ne pouvant être réduit à l'exercice d'actes strictement matériels.

193. Élargissement de la possession à l'apparence de titularité du droit subjectif. Comme l'écrit justement Monsieur Dross, la possession doit être définie comme l' « exercice d'un droit indépendamment de sa titularité »⁹¹⁵. N'est-ce pas d'ailleurs ce que suggère, certes maladroitement, l'article 2255 du Code civil, lorsqu'il définit la possession comme « la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit » ? Telle est en tout cas la lecture qu'en font les rédacteurs des propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens, en définissant à l'article 543 la possession comme « l'exercice paisible, public et non équivoque d'un droit ». Définie comme un pouvoir de fait, la possession pourrait singer n'importe quel droit, chaque droit subjectif étant susceptible d'être possédé⁹¹⁶.

⁹¹³ La possession suppose nécessairement l'altérité ou du moins l'existence de qualifications antagonistes (ainsi encore de la superposition de la propriété et de la possession). Si une chose demeure sans maître ou se trouve abandonnée, la possession se transforme en effet en droit privatif, l'occupation réalisant instantanément appropriation de la chose.

⁹¹⁴ W. DROSS, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 2276 et 2277 », 2018, n° 102.

⁹¹⁵ W. DROSS, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 2255 à 2257 », 2018, n° 1.

⁹¹⁶ En ce sens, F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens, op. cit.*, p. 159, n° 156 ; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 647, n° 441.

Une telle définition de la possession se justifie. Il n'y a qu'un pas, en effet, pour l'admettre, sitôt que l'on s'accorde à reconnaître la quasi-possession des droits réels⁹¹⁷. La *possessio juris* trahit la nature véritable de la possession et l'admettre revient nécessairement à accepter la figure de la possession des droits, quels qu'ils soient. L'idée a d'ailleurs très tôt été émise. Si, par une sorte de pudeur révérente, l'on n'osait admettre la figure de la quasi-possession qu'en supplément de la *possessio rei*⁹¹⁸, à l'image d'ailleurs de ce que décrit l'article 2255 du Code civil – d'où sa formulation quelque peu alambiquée –, le pas a rapidement été franchi par certains auteurs peu enclins à défendre une vision dualiste de la possession qui s'exercerait tantôt sur les choses, tantôt sur les droits⁹¹⁹. Par conséquent, loin d'avoir une chose pour seul objet, la possession doit pouvoir prendre pour objet l'ensemble des droits subjectifs, et eux seuls, non les choses objets exclusifs des droits réels. Une telle analyse permet d'unifier le concept et de rehausser d'un cran la possession : à l'exercice du droit subjectif correspond sa face « factuelle », consistant en son exercice indépendamment de sa titularité. La possession doit pouvoir être définie comme l'exercice d'un droit sans avoir égard pour sa titularité effective. Autrement dit, le possesseur est celui qui, ayant ou non la titularité d'un droit, exerce les prérogatives contenues dans sa structure, sa face interne.

194. Place du *corpus*. Faire de la possession un concept-miroir de la titularité soulève naturellement des interrogations, ayant trait à la place et à la définition même du *corpus* : n'enseigne-t-on pas, ainsi qu'on l'a vu, que le *corpus* se résume au strict exercice d'actes matériels sur une chose ? Outre le fait qu'elle fait de la possession un décalque de la propriété, ce qui n'est guère satisfaisant, une telle analyse, par trop matérialiste, peut aisément être dépassée. Premièrement, à supposer que le *corpus* manifeste l'exercice d'un pouvoir, rien ne devrait interdire de l'étendre à l'exercice d'actes juridiques : ce qui compte n'est pas que le possesseur exerce sur la chose des actes matériels mais qu'il exerce un pouvoir la prenant éventuellement (s'il exerce les prérogatives contenues dans la structure d'un droit réel) pour

⁹¹⁷ Rapp. E. VERMOND, *Théorie générale de la possession en droit romain*, Paris, Larose, 1895, pp. 320 s., spéc. p. 329 : « cette théorie de la quasi-possession, créée par le droit prétorien, dont l'importance est déjà grande en droit romain, a eu pour résultat de modifier, dans nos législations modernes, la théorie de la possession ; ce n'est plus seulement, comme le voulait le droit civil romain, l'exercice du droit de propriété qui constitue la possession ; la possession, en réalité, s'est étendue à tous les droits : aujourd'hui tous les droits sont susceptibles de possession ».

⁹¹⁸ R.-J. POTHIER, *Traité de la possession et de la prescription*, t. II, *op. cit.*, pp. 32-33.

⁹¹⁹ P. J. RAVAIL, *De l'objet de la possession. Essai sur le droit français et le droit actuel*, Paris, Arthur Rousseau, 1899, n° 14 ; A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, *op. cit.*, pp. 36 s., n° 67 s. ; W. DROSS, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 2255 à 2257 », *op. cit.*, n° 4.

objet. Ainsi que l'écrit Madame Péliissier, seule importe « la situation de dépendance de l'objet vis-à-vis du sujet pouvant à tout moment conduire à ce résultat », qu'est l'exercice d'un « rapport de puissance »⁹²⁰. Aussi doit-on admettre que l'exercice d'actes matériels ne devrait pas avoir préséance sur l'exercice d'actes juridiques, manifestant à égale mesure l'exercice du *corpus*. La possession se définirait ainsi pleinement comme un pouvoir de fait, peu important de savoir comment il se manifeste, dès lors que le possesseur se comporte comme le titulaire du droit dont il se prétend maître⁹²¹.

Deuxièmement et partant, l'on ne saurait reléguer l'*animus* au rang d'élément adventice de la possession, résultat pourtant atteint par la construction doctrinale du concept de *corpus* et sa réduction à l'exercice d'actes matériels sur les choses. Quoique certains critiquent la perpétuation de la possession *solo animo*⁹²², force est de constater que l'inactivité du possesseur est sans incidence sur la pérennité de la possession sitôt que le possesseur a initialement accompli des actes matériels de possession : l'intention de se comporter en titulaire du droit indépendamment de l'exercice du *corpus* suffit amplement à caractériser l'existence de la possession. Alors, si « l'*animus* conserve la possession à lui seul en prolongeant le *corpus* »⁹²³, c'est que l'*animus* revêt en réalité une importance sinon égale au *corpus*, voire supérieure à lui. L'on s'en convaincra encore en mentionnant la figure de la possession *corpore alieno*, à travers laquelle l'on cherche à toute force à justifier que le possesseur exerce le *corpus* par l'intermédiaire de la personne d'un détenteur à qui il aurait remis la chose à titre précaire, comme un locataire⁹²⁴ ou un usufruitier⁹²⁵, ce dernier exerçant les actes matériels nécessaires à la qualification de possession. La construction du concept a tous les airs de l'artifice, plus encore dans une vision purement matérialiste du *corpus* : comment peut-on véritablement estimer que le possesseur exerce encore le *corpus* s'il n'a plus la chose entre les mains⁹²⁶ ? L'on voit bien ici les limites de la conception traditionnelle du *corpus*, tout comme le fait que se

⁹²⁰ A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, op. cit., p. 99, n° 215. Dans le même sens, considérant que « le *corpus* possessoire peut être aussi caractérisé par l'accomplissement d'actes juridiques, lesquels sont à l'évidence un mode d'exercice du droit », v. W. DROSS, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 2255 à 2257 », op. cit., n° 31.

⁹²¹ En ce sens, F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, op. cit., p. 160, n° 157 ; A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, op. cit., p. 83, n° 177.

⁹²² C. LARROUMET et B. MALLET-BRICOUT, *Traité de droit civil*, t. II : *Les biens, droits réels principaux*, op. cit., p. 52, n° 81, dénonçant une dérive par laquelle un « possesseur inactif peut être préféré à un propriétaire en titre tout aussi inactif »

⁹²³ C. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, LexisNexis, coll. « Manuel », 12^{ème} éd., 2014, p. 245, n° 326.

⁹²⁴ Cass. 3^{ème} civ., 24 janvier 1990, n° 87-18.747, *Bull. civ. III*, n° 30.

⁹²⁵ Cass. 3^{ème} civ., 21 mars 1984, n° 83-10.473, *Bull. civ. III*, n° 78.

⁹²⁶ Sur la critique du concept de possession *corpore alieno*, v. not. W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, op. cit., pp. 445 s., n° 237 s. V. également B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, op. cit., pp. 81-82, n° 96-97.

dessine, en creux, l'importance de l'*animus* dans la caractérisation de la possession, qui survit sans aucune difficulté en l'absence de *corpus*.

195. L'objet de la possession. Redéfinie comme un pouvoir de fait, comme une apparence de titularité d'un droit subjectif, la possession s'ouvre à l'ensemble des droits subjectifs. Somme toute, posséder un droit ne signifie rien d'autre qu'exercer, indépendamment du titre, les prérogatives contenues dans sa structure. L'ensemble des droits subjectifs se prête dès lors à la possession, qu'ils soient patrimoniaux ou extrapatrimoniaux.

Quant aux droits patrimoniaux, la question de leur possession divise. À dire vrai, c'est essentiellement la figure de la possession des droits personnels qui concentre l'essentiel des interrogations, une partie de la doctrine se montrant réticente à admettre cette figure⁹²⁷. Les objections avancées ne sont pourtant pas dirimantes. D'abord, la possession n'étant pas un décalque de la propriété, l'admission de la possession des créances ne saurait se voir reprocher de supposer en creux la propriété des créances, lesquelles ne sont certainement pas des choses⁹²⁸. Posséder un droit se résume simplement à revêtir les habits de titulaire du droit et à exercer les prérogatives qui lui sont habituellement dévolues. Le possesseur d'un droit de propriété jouira ainsi de la chose comme un propriétaire, tout comme le possesseur d'un droit de créance exigera du débiteur l'exécution d'une prestation comme un créancier.

Quant aux droits extrapatrimoniaux, rien n'interdit non plus de considérer qu'ils relèvent du domaine de la possession. Que l'on songe à la possession du patronyme, plus spécifiquement du droit au nom. C'est ainsi que sa possession prolongée, de manière notoire, non interrompue et régulièrement constatée aura pour conséquence d'investir l'intéressé d'un véritable droit au nom⁹²⁹. Que l'on pense encore au concept de « possession d'état », fonctionnant comme une véritable possession⁹³⁰. La possession d'état se présente en effet comme une « apparence d'un

⁹²⁷ En ce sens, C. APPLETON, *De la possession et des actions possessoires*, op. cit., pp. 30-31, § 30, qui relève qu'« aucune possession ne saurait se comprendre à l'égard des droits qui s'éteignent par leur exercice même : tels sont les droits de créance ; ils ne seront donc susceptibles ni d'une *corporis*, ni même d'une *juris possessio* ».

⁹²⁸ *Contra*. F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, op. cit., pp. 104 s., n° 95 s., considérant que la possession s'exerce sur les choses et admettant ainsi que la créance est une chose objet de possession.

⁹²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 22 juin 1971, n° 70-10.010, *Bull. civ. I*, n° 203. Dans le même sens, v. Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1992, n° 90-13.613 et 90-16.064, *Bull. civ. I*, n° 158 : « la possession loyale et prolongée d'un nom est propre à conférer à l'individu qui le porte le droit à ce nom ». Sur la question, v. déjà E.-H. PERREAU, « De la longue possession en matière de nom patronymique », *RTD Civ.* 1905, p. 65 sq. V. également, A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, « La possession du nom patronymique », *D.* 1998, p. 39 sq.

⁹³⁰ En ce sens, W. DROSS, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 2255 à 2257 », op. cit., n° 10.

état donné »⁹³¹ et suppose la réunion d'éléments que l'on retrouve pareillement dans la possession : par l'exigence du *nomen*, du *tractatus* et du *fama*, l'on retrouve l'exigence d'apparence qui caractérise la possession, de même que l'exigence du *corpus* et de l'*animus* qui extériorise l'attitude du possesseur d'état⁹³². C'est ainsi que la possession d'état de Français est caractérisée sitôt que l'intéressé se considère comme Français et paraît aux yeux de sa famille, de ses proches ou de l'administration comme tel⁹³³. C'est ainsi encore que la possession d'état d'enfant se trouve établie sitôt que l'intéressé se comporte et se présente comme tel⁹³⁴, à condition que la possession soit « continue, paisible, publique et non équivoque »⁹³⁵. En toute hypothèse, et comme l'écrit Madame Saulier, « la possession, quel que soit le domaine envisagé, a vocation à conférer une force juridique à une situation de fait présentant certains caractères », définissant ainsi la possession comme « l'exercice factuel des prérogatives attachées à un droit ou un état »⁹³⁶. Comme l'écrit encore Monsieur Dross, « la possession est une notion d'une extrême généralité »⁹³⁷, pouvant aisément s'exporter hors de son domaine d'élection habituel.

B. Fonctions de la possession

196. Extension des fonctions probatoire et acquisitive. En tant qu'elle est une vraisemblance de titularité, la possession se voit attacher des effets spécifiques ; c'est d'ailleurs là son utilité, le but auquel elle tend⁹³⁸. La possession peut d'abord être considérée comme un moyen de prouver la titularité, permettant de supposer que le possesseur est bel et bien titulaire du droit considéré, dans l'hypothèse où un tiers viendrait à le contester. La possession peut ensuite être considérée comme un moyen d'acquérir la titularité du droit possédé, l'objectif

⁹³¹ S. GUINCHARD et T. DEBARD (Dir.), *Lexique des termes juridiques 2020-2021*, op. cit., v° « Possession d'état ».

⁹³² En ce sens, M. SAULIER, « Possession et possession d'état. Réflexion sur la possession comme technique juridique générale », *RTD Civ.* 2016, p. 555, spéc. p. 559.

⁹³³ Cass. 1^{ère} civ., 27 octobre 1993, n° 91-15.797, inédit ; CA Besançon, 18 mai 2006, JurisData n° 2006-312102.

⁹³⁴ C. civ., art. 311-1.

⁹³⁵ C. civ., art. 311-2. Rapp. C. civ., art. 2261 : « pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire ».

⁹³⁶ M. SAULIER, « Possession et possession d'état. Réflexion sur la possession comme technique juridique générale », art. cité, pp. 557 et 558.

⁹³⁷ W. DROSS, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 2258 à 2271 », op. cit., n° 67. Dans le même sens, M. SAULIER, « Possession et possession d'état. Réflexion sur la possession comme technique juridique générale », art. cité, p. 569.

⁹³⁸ C. LARROUMET et B. MALLET-BRICOUT, *Traité de droit civil*, t. II : *Les biens, droits réels principaux*, op. cit., p. 69, n° 118.

étant d'accorder le fait au droit et de permettre en conséquence au possesseur, selon les cas, d'acquérir à plus ou moins longue échéance le droit possédé.

Si l'on cantonne traditionnellement les effets de la possession à l'endroit des seuls droits réels portant sur les choses, rien n'indique qu'il doive encore en aller ainsi, notamment s'agissant des droits dont l'existence ou la transmission ne repose pas sur un régime de publicité légale⁹³⁹. La possession se définissant comme une apparence de titularité, tous les droits subjectifs sont susceptibles d'être possédés. Tous les droits subjectifs étant susceptibles d'être possédés, tous devraient, sous réserve d'adaptations ponctuelles, se prêter au jeu des effets ordinaires de la possession. Afin d'accréditer l'idée que tout droit subjectif est susceptible d'être possédé et plus largement de rattacher la possession à la titularité, il convient de vérifier le propos en confrontant les effets probatoires (1) et acquisitifs (2) aux droits subjectifs, et plus spécifiquement patrimoniaux, autres que les seuls droits réels.

1. Fonction probatoire

197. Mécanisme général. Dans sa fonction probatoire, la possession constitue une « présomption de titularité »⁹⁴⁰ de laquelle est déduite l'existence d'un titre. Le possesseur se trouve dans une position fort avantageuse en cas de conflit avec un tiers, particulièrement en matière mobilière où l'établissement d'un titre est souvent impossible : sitôt que sa titularité est contestée, il lui suffit de se prévaloir de sa seule possession pour espérer l'emporter, sauf à ce que la présomption légale soit renversée par le revendicateur qui prouverait la précarité de la possession ou, ce qui est plus délicat, l'inexistence du titre (*probatio diabolica*). Se pose alors la question de savoir si l'on peut étendre cette présomption de titre, initialement offerte aux seuls possesseurs de droits réels, au bénéfice de tous les possesseurs. Deux hypothèses peuvent être envisagées au soutien de cette analyse.

198. Illustration : la présomption de titre reconnue au possesseur d'un droit de propriété intellectuelle. Si la titularité d'un droit de propriété littéraire et artistique échoit en principe à l'auteur de l'œuvre de l'esprit du seul fait de sa création⁹⁴¹, l'article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle consolide la position de celui qui divulgue l'œuvre et qui peut ne

⁹³⁹ En ce sens, W. DROSS, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 2255 à 2257 », *op. cit.*, n° 102

⁹⁴⁰ A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, *op. cit.*, p. 160, n° 323.

⁹⁴¹ CPI, art. L. 111-1, al. 1^{er} : « 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 ».

pas être son créateur⁹⁴². Cet article offre en effet une présomption de titre à la personne qui procède à la divulgation de l'œuvre, lui reconnaissant la qualité d'auteur.

Se pose donc, en premier lieu, la question de savoir si l'acte de divulgation peut être assimilé à un acte de possession. Il semble que la réponse soit positive⁹⁴³. Ainsi que l'exprime Madame Pélissier, « l'acte de divulgation est un acte matériel, qui manifeste aux yeux des tiers le pouvoir de fait de l'auteur de la divulgation sur l'œuvre ; il révèle la possession de la création littéraire ou artistique »⁹⁴⁴. Il est en effet certain qu'en divulguant l'œuvre (*corpus*), le présumé auteur agit comme s'il l'était véritablement (*animus*), exerçant sans ambiguïté les prérogatives qui échoient normalement à l'auteur⁹⁴⁵. En se présentant aux yeux des tiers comme le titulaire du droit d'auteur, l'auteur présumé possède bel et bien le droit avec l'âme d'un titulaire.

Cette présomption de titularité constitue, en second lieu, un atout pour l'auteur présumé, qui sera dispensé de prouver son titre dans le conflit qui l'opposerait à un contrefacteur. C'est ainsi que, de manière purement prétorienne, la Cour de cassation a, par son arrêt « Areo » de 1993⁹⁴⁶ et constamment depuis⁹⁴⁷, reconnu au divulgateur de l'œuvre une présomption de titularité

⁹⁴² CPI, art. L. 113-1 : « la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée ».

⁹⁴³ J.-L. GOUTAL, « Présomption de titularité des droits d'exploitation au profit des personnes morales : la Cour de cassation maintient sa jurisprudence », *RIDA* 1998, p. 64 *sq.* ; P. TAFFOREAU, « De la possession d'un droit d'auteur par une personne morale », *CCE* n° 4, avril 2001, chron. 10 ; C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, av.-propos Y. Reboul, préf. C. Caron, Litec, coll. « CEIPI », t. 55, 2010, p. 156, n° 209. *Contra*. F. POLLAUD-DULIAN, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 juin 2017, n° 16-16.799, *RTD Com.* 2017, p. 889.

⁹⁴⁴ A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, *op. cit.*, p. 163, n° 330.

⁹⁴⁵ Rappr. Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 2011, n° 09-14.505, *Bull. civ. I*, n° 2, la Cour de cassation considérant que la présomption de titularité des droits d'exploitation dont peut se prévaloir, à l'égard des tiers poursuivis en contrefaçon, la personne qui commercialise sous son nom un objet protégé par le droit d'auteur, suppose, pour être utilement invoquée, que soit rapportée la preuve d'actes d'exploitation.

⁹⁴⁶ Cass. 1^{ère} civ., 24 mars 1993, « Areo », n° 91-16.243, *Bull. civ. I*, n° 126. En l'espèce, le syndicat d'initiative de l'office du tourisme de Villeneuve-Loubet a commandé à une société la composition d'un « guide pratique » de cette ville et de sa région, pour l'illustration duquel il lui a fourni des photographies. Une fois le guide publié, une société a assigné le concepteur du guide, le syndicat d'initiative et l'office du tourisme en contrefaçon de quatorze des clichés reproduits et à partir desquelles elle avait elle-même réalisé et mis en vente des cartes postales. En appel, sa demande est déclarée recevable. Dans son pourvoi en cassation, le concepteur du guide reproche à la cour d'appel d'avoir admis que la société était titulaire des droits d'auteur, en soutenant qu'il incombe à la personne morale qui se prétend propriétaire d'une œuvre collective de démontrer que diverses personnes ont participé à son élaboration. Mais pour la Cour de cassation, « en l'absence de toute revendication de la part de la ou des personnes physiques ayant réalisé les clichés, ces actes de possession étaient de nature à faire présumer, à l'égard des tiers contrefacteurs, que la société SMD était titulaire sur ces œuvres, quelle que fût leur qualification, du droit de propriété incorporelle de l'auteur ».

⁹⁴⁷ Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 1994, n° 92-16.686, *Bull. civ. I*, n° 160 ; Cass. 1^{ère} civ., 31 janvier 1995, n° 92-21.066, *Bull. civ. I*, n° 63 ; Cass. 1^{ère} civ., 9 janvier 1996, n° 93-21.519, *Bull. civ. I*, n° 28 ; Cass. 1^{ère} civ., 22 février 2000, n° 97-21.098, *Bull. civ. I*, n° 58 ; Cass. crim., 24 février 2004, n° 03-83.541, *Bull. crim.*, n° 49 ; Cass. com., 20 juin 2006, n° 04-20.776, *Bull. civ. IV*, n° 147 ; Cass. 1^{ère} civ., 30 octobre 2007, n° 06-20.455, inédit ; Cass. 1^{ère} civ., 15 novembre 2010, n° 09-66.160, *Bull. civ. I*, n° 231 ; Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 2011, n° 09-14.50, *Bull. civ. I*, n° 2 ; Cass. 1^{ère} civ., 6 octobre 2011, n° 10-17.018, inédit ; Cass. 1^{ère} civ., 12 janvier 2012, n° 10-24.696, inédit ; Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 2012, n° 11-13.116, *Bull. civ. I*, n° 98 ; Cass. 1^{ère} civ., 10 décembre 2014,

opposable aux tiers. Concrètement, cette présomption dispense le possesseur de rapporter la preuve du titre ou plus simplement la preuve de sa qualité de titulaire de l'œuvre, dans l'hypothèse où il agirait contre un contrefacteur qui lui reprocherait, en retour, son défaut de qualité. Ainsi n'aborde-t-on pas le fond du droit, la présomption de titularité étant acquise, comme en matière de conflit pétitoire ordinaire⁹⁴⁸.

Cependant, cette présomption présente certaines limites. Elle cède en effet systématiquement face au véritable titulaire du droit d'auteur qui établirait son titre par tout moyen⁹⁴⁹, ne jouant que dans l'hypothèse où un litige éclaterait entre le possesseur et un contrefacteur qui tenterait de lui opposer son absence de qualité d'auteur⁹⁵⁰, ainsi que l'a précisé la Cour de cassation dans son arrêt « Areo ». C'est là que réside la spécificité de cette présomption, qui doit céder face au véritable auteur. En dépit de ce particularisme, cette présomption demeure significative de l'extension de la fonction probatoire de la possession à la propriété intellectuelle⁹⁵¹.

199. Illustration : la présomption de titre reconnue au possesseur de titres financiers.

La jurisprudence reconnaît encore une présomption de titularité au bénéfice du possesseur de valeurs mobilières et plus généralement de titres financiers, le dispensant de prouver son titre dans l'hypothèse où un tiers viendrait lui disputer son existence. C'est ainsi que la Cour de cassation a considéré que l'inscription d'actions sur le registre des transferts d'une société « constituait au bénéfice du titulaire une présomption de propriété à l'encontre de laquelle [le revendicateur, reprochant au possesseur de ne pouvoir justifier du titre d'acquisition des actions] n'avait pas rapporté de preuve »⁹⁵². Il revient en conséquence au revendicateur de

n° 13-23.076, inédit. Cette présomption fut d'ailleurs étendue au cas des droits voisins reconnus aux producteurs de phonogrammes : Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2012, n° 11-15.656, *Bull. civ. I*, n° 242.

⁹⁴⁸ W. DROSS, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 2255 à 2257, *op. cit.*, n° 19.

⁹⁴⁹ F. POLLAUD-DULIAN, « La présomption prétorienne de titularité du droit d'auteur dans l'action en contrefaçon », *RTD Com.* 2011, p. 45 ; A. BENSAMOUN, « La personne morale en droit d'auteur : auteur contre-nature ou titulaire naturel ? », *D.* 2013, p. 376, spéc. n° 18.

⁹⁵⁰ A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, *op. cit.*, p. 211, n° 405 et 406.

⁹⁵¹ L'on peut encore considérer que le déposant d'un brevet bénéficie pareillement d'une présomption de propriété industrielle, conformément à ce que prévoit l'article L. 611-1 du Code de la propriété intellectuelle, qui reconnaît la titularité du droit à celui qui présente la demande de brevet. Comme l'écrit Monsieur Dross, « cette demande est le fait de qui connaît précisément l'invention [...]. Autrement dit, la loi accorde un droit sur l'invention au déposant parce qu'elle l'en présume auteur du fait de la possession qu'il en a » (W. DROSS, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 2255 à 2257 », *op. cit.*, n° 16). Ainsi que l'écrit encore Madame Péliissier, « ce n'est que parce que le brevet a été déposé que le droit privatif existe. Le système français fait alors du premier déposant le titulaire du monopole d'exploitation, au détriment du premier inventeur », de sorte que « l'acte juridique que constitue la demande de brevet n'est qu'une manifestation du pouvoir de fait du dépôt sur l'invention ; il révèle la possession de l'invention » (A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, *op. cit.*, p. 166, n° 335 et 336).

⁹⁵² Cass. com., 10 juin 1997, n° 95-16.235, *Bull. civ. IV*, n° 186.

prouver la précarité de la possession⁹⁵³ ou de prouver l'éventuelle obligation de restitution à laquelle le possesseur pourrait être tenu, le seul fait de prouver qu'il était auparavant possesseur des actions étant insuffisant⁹⁵⁴.

En reconnaissant une présomption de titularité au bénéfice de l'inscrit, la Cour de cassation admet l'idée qu'une valeur mobilière et plus largement tout titre financier soit susceptible d'être possédé à travers son inscription en compte. Sa possession n'est pas sujette à controverse, sitôt que l'on admet que la possession correspond à une apparence de titularité⁹⁵⁵. Ainsi la possession des titres financiers est-elle caractérisée sitôt que l'inscrit exerce les prérogatives politiques correspondant à la titularité du droit et dès lors qu'il réclame le bénéfice des prérogatives pécuniaires qui relèvent habituellement de la titularité du droit⁹⁵⁶.

Si la Cour de cassation a dans un premier temps considéré que l'inscription en compte était une manifestation de la possession des titres (du moins est-ce ainsi que l'on peut interpréter ses arrêts), elle a par la suite élargi son propos aux titres non-inscrits, admettant par-là que l'existence des actions n'est pas subordonnée à leur inscription en compte⁹⁵⁷. Dans un arrêt de 2009, elle a en effet validé le raisonnement d'une cour d'appel qui avait retenu que l'acquéreur d'actions non inscrites avait pu établir « sa possession de bonne foi des actions litigieuses »⁹⁵⁸, possession qui se caractérisait à nouveau par l'exercice, par le possesseur, des prérogatives attachées à la titularité du droit (participation aux assemblées, exercice des prérogatives pécuniaires). Ainsi que l'a précisé Monsieur Dubertret, « en admettant la preuve par possession de la propriété d'actions non inscrites en compte, la Cour de cassation considère qu'il peut exister une possession autre que celle formalisée par l'inscription »⁹⁵⁹. L'on voit bien, là encore, que la fonction probatoire de la possession s'étend en dehors de son domaine d'élection traditionnel.

⁹⁵³ Cass. 1^{ère} civ., 30 mars 1999, n° 97-11.948, *Bull. civ.* I, n° 112.

⁹⁵⁴ W. DROSS, *J-Cl. Civil Code*, v° « Art. 2276 et 2277 », *op. cit.*, n° 104.

⁹⁵⁵ Aussi le débat relatif à la « propriété » des valeurs mobilières n'est ici d'aucun secours, la possession ne se résumant pas à une apparence de propriété, mais à une apparence de titularité. Sur la question de la nature des titres financiers, cf. *infra* n° 432 s.

⁹⁵⁶ En ce sens, v. A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, *op. cit.*, pp. 204-205, n° 395-396.

⁹⁵⁷ Sur ce point, cf. *infra* n° 202.

⁹⁵⁸ Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-18.165, *Bull. civ.* IV, n° 66.

⁹⁵⁹ M. DUBERTRET, obs. sous Cass. com., 5 mai 2009, *préc.*, *Rev. soc.* 2009, p. 580, spéc. n° 12.

2. Fonction acquisitive

200. Mécanisme général. Dans sa fonction acquisitive, la possession constitue cette fois-ci un moyen original d'acquérir le droit possédé par l'écoulement d'un temps plus ou moins long. Le délai peut être réduit à un instant de raison, comme en matière d'occupation, où le simple fait de s'emparer d'une chose sans maître suffit à investir la personne d'un droit. Le délai peut en revanche être plus long, comme en matière immobilière, où l'acquisition du droit par possession trentenaire ou décennale⁹⁶⁰ conduit à l'éviction de son titulaire actuel. Alors l'usucapion se présente comme un moyen de défense⁹⁶¹ que le possesseur, devenu entre-temps titulaire du droit, oppose au précédent titulaire évincé qui agirait en revendication contre lui. En matière mobilière, les choses se présentent différemment. L'article 2276 du Code civil vient paralyser, sauf l'exception notable des meubles perdus ou volés, l'exercice de l'action en revendication intentée par le propriétaire d'une chose à l'encontre d'un possesseur ayant acquis, de bonne foi, la chose d'un non-propriétaire. L'usucapion se réalise ici instantanément, la possession se muant immédiatement en titularité.

Il convient dès lors de se demander si ces solutions traditionnellement pensées pour les seules choses corporelles ou les seuls droits réels peuvent être étendues à l'ensemble des droits subjectifs. Plusieurs illustrations peuvent être signalées au soutien de cette hypothèse.

201. L'acquisition des droits de propriété intellectuelle. La possession des droits de propriété intellectuelle, déjà abordée⁹⁶², a naturellement vocation à produire comme effet l'acquisition du droit possédé, que ce soit par occupation ou par prescription acquisitive⁹⁶³. Cet effet se rencontre dans de nombreux cas.

L'occupation est d'abord appelée à jouer un rôle dans l'acquisition de ces droits et notamment du droit d'exploiter une marque, l'article L. 712-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoyant que « la propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement »⁹⁶⁴.

⁹⁶⁰ C. civ., art. 2272.

⁹⁶¹ W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 497, n° 269.

⁹⁶² Cf. supra n° 198.

⁹⁶³ Il n'est en revanche pas certain que l'acquéreur *a non domino* d'une œuvre de l'esprit, tenant son droit d'une personne qui n'en avait pas la titularité, puisse se prévaloir de l'effet acquisitif attaché à la possession du droit transmis. Certes, l'existence du droit ne résulte pas d'une inscription ou d'un enregistrement mais de la seule création. Cependant, l'existence du droit moral de l'auteur devrait logiquement empêcher l'acquéreur *a non domino* de bénéficier d'un titre régulier d'acquisition par la seule possession qu'il en a. En ce sens, v. W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 540, n° 302-3.

⁹⁶⁴ La Cour de cassation a par ailleurs déjà eu l'occasion d'affirmer qu'un droit privatif pouvait être reconnu à une personne faisant « la première un usage personnel et public » d'un nom commercial (Cass. com., 16 février 1977,

L'enregistrement constitue bien un acte de possession par lequel une personne cherche à soustraire du domaine commun un signe pour en faire un objet de droit privatif, l'appropriation s'opérant sans délai. Ainsi que le relève Madame Pélissier, « en choisissant d'enregistrer un signe comme marque, l'on réalise une prise de possession d'une chose commune », prise de possession que l'on peut analyser comme une forme d'occupation⁹⁶⁵. C'est encore d'occupation qu'il s'agit lorsqu'une personne prend l'initiative de déposer une demande de brevet, seul l'enregistrement générant le droit exclusif d'exploitation reconnu au breveté⁹⁶⁶. Jusqu'à la demande d'enregistrement, l'invention ne fait en effet l'objet d'aucun droit privatif, relève du domaine commun et ce n'est qu'à compter du dépôt de la demande que l'inventeur se voit reconnaître tel⁹⁶⁷. Autrement dit, cette demande traduit un acte de possession par lequel l'inventeur manifeste sa volonté d'exercer un droit privatif, le droit lui étant acquis par occupation⁹⁶⁸.

Les droits de propriété intellectuelle se prêtent ensuite au jeu de la prescription acquisitive. S'il n'est pas certain, comme cela vient d'être dit, que l'acquéreur *a non domino* d'une œuvre de l'esprit, tenant son droit d'une personne qui n'en avait pas la titularité, puisse se prévaloir de l'effet acquisitif attaché à la possession du droit transmis, une telle solution pourrait être admise en matière de droits de propriété industrielle et en particulier s'agissant des marques. En principe et conformément à l'article L. 711-3, 1° du Code de la propriété intellectuelle, l'enregistrement d'une marque est susceptible d'être annulé si celle-ci porte atteinte à une marque antérieure. De même, en application de l'article L. 712-4-1, 1°, l'enregistrement d'une marque peut être contesté par le titulaire d'une marque antérieure. Toutefois, des exceptions sont admises, accréditant l'idée qu'une marque puisse être prescrite. L'article L. 716-2-8 dispose en effet que « le titulaire d'un droit antérieur qui a toléré pendant une période de cinq

n° 75-14.678, *Bull. civ.* IV, n° 51) et d'affirmer encore que le dépôt d'une marque à l'institut national de la propriété industrielle ne saurait priver son premier usager de la protection de l'enseigne dont il faisait antérieurement usage contre cette concurrence déloyale (Cass. com., 4 octobre 1977, n° 76-10.126, *Bull. civ.* IV, n° 216), admettant ainsi par-là que la propriété intellectuelle du signe distinctif s'acquiert par son premier usage public, et admettant donc son occupation.

⁹⁶⁵ A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, *op. cit.*, p. 230, n° 433.

⁹⁶⁶ CPI, art. L. 613-1.

⁹⁶⁷ Notons cela dit que le droit d'exploitation du breveté pourra ne pas être parfaitement exclusif au breveté dans l'hypothèse où une personne aurait été, de bonne foi et à la date de dépôt ou de priorité d'un brevet, « en possession de l'invention objet du brevet », ayant ainsi le droit, « à titre personnel, d'exploiter l'invention malgré l'existence du brevet » (CPI, art. L. 613-7, al. 1^{er}). Il s'agit là d'une forme originale d'usucapion reposant sur l'exception de possession personnelle, mais qui n'aboutit pas à l'éviction du breveté, sinon à une concurrence de droits : si le breveté dispose du droit d'exploitation dans sa plénitude, le premier inventeur dispose lui d'un droit d'exploitation à caractère personnel ne pouvant être cédé, sauf comme accessoire de son fonds d'activité.

⁹⁶⁸ En ce sens, A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, *op. cit.*, p. 231, n° 436 ; W. DROSS, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 2255 à 2257 », *op. cit.*, n° 17.

années consécutives l'usage d'une marque postérieure enregistrée en connaissance de cet usage n'est plus recevable à demander la nullité de la marque postérieure sur le fondement de l'article L. 711-3, pour les produits ou les services pour lesquels l'usage de la marque a été toléré, à moins que l'enregistrement de celle-ci ait été demandé de mauvaise foi »⁹⁶⁹. Cette fin de non-recevoir opposée par le défendeur au revendicateur⁹⁷⁰, fondée sur la prescription extinctive, sert directement l'intérêt du possesseur de la marque qui peut, en retour, parfaitement se prévaloir de la prescription acquisitive pour affermir ses droits sur la marque possédée⁹⁷¹. C'est là un cas typique d'usucapion du droit d'exploitation que constitue le droit sur la marque⁹⁷².

202. L'acquisition *a non domino* des titres financiers. Si le possesseur d'un titre financier peut se prévaloir d'une présomption de titre⁹⁷³, sa possession peut encore le mener à acquérir un tel titre *a non domino*. L'article L. 211-16 du Code monétaire et financier, pensé comme une adaptation de l'article 2276 du Code civil et une application de la règle « en fait de valeurs mobilières, l'inscription vaut titre »⁹⁷⁴, prévoit en effet que « nul ne peut revendiquer pour quelque cause que ce soit un titre financier dont la propriété a été acquise de bonne foi par le titulaire du compte-titres dans lequel ces titres sont inscrits ou par la personne identifiée par le dispositif d'enregistrement électronique partagé mentionné à l'article L. 211-3 ». Le parallèle entre ces articles semble évident, en ce que sont validés les transferts *a non domino* de titres financiers. Tout comme la possession de bonne foi suffit à investir le possesseur d'un titre régulier d'acquisition, l'inscription réalise le même effet au bénéfice de l'inscrit. Ainsi d'ailleurs que l'observe Monsieur Berlioz, l'article L. 211-16 institue bel et bien une règle « confortant l'effet translatif de l'acte »⁹⁷⁵.

⁹⁶⁹ Rappr. CPI, art. L. 712-6, précisant que l'action en revendication d'une marque enregistrée par un déposant de bonne foi se prescrit dans un délai de cinq ans à compter de la publication de la demande d'enregistrement.

⁹⁷⁰ Sur lesquelles, v. not. CPI, arts. L. 712-5-1, 1° et L. 716-4-3 à L. 716-4-5.

⁹⁷¹ En ce sens, v. A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, op. cit., p. 251, n° 470, qui souligne que « par la simple tolérance de la marque seconde pendant cinq ans, non seulement le titulaire de la marque première voit ses actions paralysées, mais aussi, et par voie de conséquence, le titulaire de la marque seconde, jusqu'alors sous le coup de la nullité, voit son droit confirmé. La règle agit à l'égard du premier déposant comme une prescription extinctive et, à l'égard du second, comme une prescription acquisitive ».

⁹⁷² En ce sens, W. DROSS, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 2255 à 2257 », op. cit., n° 17.

⁹⁷³ Cf. supra n° 199.

⁹⁷⁴ T. BONNEAU, « Commentaire de l'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers », *JCP E* n° 5, 29 janvier 2009, 1105, spéc. n° 12 ; F. DANOS, « Le rôle de l'inscription en compte dans l'acquisition des titres financiers », *Dr. et patr.* n° 192, 1^{er} mai 2010.

⁹⁷⁵ P. BERLIOZ, « La cession des droits sociaux. Le transfert de propriété », *Rev. soc.* 2015, p. 14, spéc. n° 19.

Il faut évidemment que l'acquéreur ait été de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ait ignoré le défaut de qualité de son auteur. L'effet est alors radical : à l'encontre des tiers, est créée une présomption irréfragable de titularité que l'on ne saurait renverser, ce qui apparente le dispositif légal à une règle de fond et un mode d'acquisition de la titularité. En revanche, dans les rapports entre l'inscrit et son auteur, seule une présomption simple de titularité est reconnue à l'inscrit⁹⁷⁶. Cela se justifie parfaitement : le transfert de titularité ne saurait en effet avoir « pour effet de couvrir des causes de nullité ou de résolution qui affectent les rapports directs entre l'auteur et son ayant cause [...] ou d'empêcher l'auteur d'agir contre l'ayant cause en démontrant que la chose ne lui a jamais été remise ou cédée à titre de propriété », sans toutefois que l'auteur ne puisse se prévaloir de son absence de droit⁹⁷⁷.

Le rôle de l'inscription en compte doit, cela dit, être bien mesuré. L'on sait en effet que, en matière mobilière, la mise en possession a une fonction essentiellement publicitaire. Si l'article 2276 du Code civil dans sa fonction acquisitive requiert la mise en possession, c'est moins pour constituer le droit que pour le rendre public, le droit étant transmis *solo consensu*. La possession a alors pour rôle de révéler sans ambiguïté la qualité dont se prévaut l'acquéreur, le prémunissant contre la revendication d'un tiers, dans l'hypothèse d'un transfert *a non domino* : si l'éviction du titulaire du droit transmis *a non domino* est requise par l'exigence de protection du commerce, encore faut-il que la personne qui en bénéficie (l'acquéreur *a non domino*) soit de bonne foi et ait, entre ses mains, le meuble dont l'appartenance est remise en cause. Il ne devrait pas en aller différemment en ce qui concerne les titres financiers. Des auteurs soutiennent pourtant qu'à la différence des meubles corporels, l'inscription en compte aurait un véritable effet constitutif de droit pour l'acquéreur, en dérogation du principe du transfert *solo consensu* de la titularité des titres⁹⁷⁸. S'il est vrai que certains textes semblent subordonner le transfert de la titularité du titre financier à l'accomplissement de la formalité d'inscription⁹⁷⁹ et s'il est vrai que seule l'inscription permet à l'acquéreur *a non domino* de s'opposer à la revendication d'un tiers, il est toutefois permis de penser que ces textes n'instituent pas une

⁹⁷⁶ Sur cette double présomption, v. M. DUBERTRET et D. MANGENET, « Réforme du droit des titres : commentaire de l'ordonnance du 8 janvier 2009 », *D.* 2009, p. 448.

⁹⁷⁷ F. DANOS, « Le rôle de l'inscription en compte dans l'acquisition des titres financiers », art. cité.

⁹⁷⁸ W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 930, n° 504-3 ; D.-R. MARTIN, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », *D.* 1996, p. 47, spéc. n° 12, 13 et 16.

⁹⁷⁹ CMF, art. L. 211-15 : « Les titres financiers se transmettent par virement de compte à compte ou par inscription dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé mentionné à l'article L. 211-3 » ; CMF, art. L. 211-17, I : « Le transfert de propriété de titres financiers résulte de l'inscription de ces titres au compte-titres de l'acquéreur ou de l'inscription de ces titres au bénéfice de l'acquéreur dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé mentionné à l'article L. 211-3 ».

dérogação au principe du transfert *solo consensu* de la titularité des titres. Deux arguments peuvent être avancés en ce sens. D'abord, un argument *a contrario* : si l'inscription avait un effet constitutif, l'article L. 211-16 du CMF se révélerait inutile, les acquéreurs *a non domino* se trouvant déjà protégés⁹⁸⁰. Ensuite, dans son arrêt du 5 mai 2009 déjà abordé, la Cour de cassation a reconnu à l'acquéreur d'actions, malgré le défaut d'inscription, le bénéfice d'une présomption de titularité⁹⁸¹ : si l'inscription avait été une condition *sine qua non* de l'acquisition des droits, sa prétention aurait logiquement dû être écartée⁹⁸². Aussi faut-il considérer que l'inscription en compte réalise, comme la mise en possession, une fonction essentiellement publicitaire et non constitutive : si la protection du commerce a pour conséquence l'éviction du revendicateur et son échec dans l'action en revendication qu'il intenterait contre l'acquéreur *a non domino*, c'est à la condition que la formalité d'enregistrement ait été effectuée, laquelle est synonyme, au fond, d'un acte de possession par lequel l'inscrit manifeste sa qualité de titulaire du droit.

203. L'acquisition *a non domino* des créances. Si l'on peut sans difficulté admettre le principe d'une possession des créances, il est autrement plus délicat d'admettre que l'acquéreur *a non domino* d'une créance, fût-il de bonne foi, puisse s'en dire, pour cette raison et par analogie avec la situation du possesseur d'un meuble corporel, titulaire sur le fondement de l'article 2276 du Code civil. La situation n'est pas un pur cas d'école. Que l'on songe ainsi à l'hypothèse dans laquelle une personne acquerrait une créance d'une autre qui n'en serait elle-même que créancière nantie⁹⁸³. Que l'on songe encore et surtout à celle dans laquelle un cédant aurait cédé une même créance à deux cessionnaires successifs, seul le second en date procédant à la notification de la cession auprès du débiteur cédé. La difficulté est réelle car en procédant à la notification de la cession, véritable acte publicitaire à l'égard du débiteur, le second cessionnaire s'affirme titulaire du droit, agit comme s'il était véritablement créancier, se présente aux yeux du débiteur cédé comme tel⁹⁸⁴. Or, le fait ici ne correspond pas au droit car, par application de la règle « *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet* », le second

⁹⁸⁰ En ce sens, L. D'AVOUT, « De l'utilité résiduelle du droit commun en matière de transfert d'actions et autres titres financiers », *D.* 2010, p. 123, spéc. n° 3.

⁹⁸¹ Cass. com., 5 mars 2009, préc. Si la solution a été rendue sous l'empire des dispositions antérieures à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 8 janvier 2009, tout laisse penser que la même solution devrait perdurer depuis lors.

⁹⁸² M. DUBERTRET, obs. sous Cass. com., 5 mai 2009, préc., art. cité, n° 7.

⁹⁸³ Rapp. C. LOPARD, « Le gagiste *a non domino* », *LPA* n° 16, 22 janvier 2004, p. 5 sq.

⁹⁸⁴ En ce sens, A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, op. cit., p. 190, n° 375 ; B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, op. cit., p. 104, n° 131.

cessionnaire n'a pu valablement acquérir des droits de son auteur qui, préalablement à la seconde cession, s'était déjà dépouillé de son droit au profit du premier cessionnaire⁹⁸⁵. L'acquisition de la créance par le second cessionnaire s'est donc faite *a non domino*, le cédant lui ayant transféré une créance dont il n'était plus titulaire à compter de la date de la première cession. L'acquisition du droit et son opposabilité aux tiers (ce qu'est le second cessionnaire à l'égard du premier cessionnaire⁹⁸⁶) ne dépendant pas de la notification adressée au débiteur mais du seul contrat de cession⁹⁸⁷, le second cessionnaire se retrouve dans la position d'un simple possesseur, susceptible d'être évincé par le premier cessionnaire, en application de l'article 1325 du Code civil qui dispose que « le concours entre cessionnaires successifs d'une créance se résout en faveur du premier en date ; il dispose d'un recours contre celui auquel le débiteur aurait fait un paiement ».

Cette solution a pourtant de quoi surprendre. Faveur est donnée non pas au plus diligent des cessionnaires, donc à celui procédant à la notification en bonne et due forme de la cession, mais au premier en date⁹⁸⁸. Si, dans le Rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance du 10 février 2016⁹⁸⁹, il est précisé que la modernisation du régime de la cession de créance répond à un objectif de facilitation de la « transmissibilité des obligations », c'est en retour la sécurité du commerce qui en pâtit, le second cessionnaire de bonne foi et diligent se retrouvant sacrifié au profit du premier cessionnaire en date. L'article 1325 du Code civil apparaît encore en discordance avec la solution admise en matière de transferts de meubles corporels et en matière de transferts d'immeubles et réglée par l'article 1198 du Code civil. Dans son premier alinéa, ce texte prévoit que « lorsque deux acquéreurs successifs d'un même meuble corporel tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a pris possession de ce meuble en premier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi ». Dans son second alinéa, le texte prévoit cette fois-ci que « lorsque deux acquéreurs successifs de droits portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne,

⁹⁸⁵ Comp. F. LIMBACH, « L'habilitation à disposer pour autrui », *RTD Civ.* 2020, p. 45, spéc. n° 3.

⁹⁸⁶ Cass. 1^{ère} civ., 4 décembre 1985, n° 84-12.737, *Bull. civ.* I, n° 336 : « il résulte de l'article 1690 que ne sont des tiers, au sens de ce texte, que ceux qui, n'ayant pas été parties à l'acte de cession, ont intérêt à ce que le cédant soit encore créancier ».

⁹⁸⁷ C. civ., art. 1323.

⁹⁸⁸ Cette solution, valant aussi bien pour la cession ordinaire de créances que pour la cession de créances professionnelle par voie de bordereau Dailly (CMF, art. L. 313-27) et pour la cession fiduciaire de créances (C. civ., art. 2018-2), n'est d'ailleurs pas sans rappeler l'article 2361 du Code civil, qui rend opposable aux tiers dès la date de l'acte le nantissement de créance, sans préjuger de son opposabilité au débiteur de la créance nantie et qui dépend, elle, de l'article 2362.

⁹⁸⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 février 2016.

celui qui a, le premier, publié son titre d'acquisition passé en la forme authentique au fichier immobilier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi ». Un véritable parallélisme des formes est fait par cet article avec pour idée centrale la publicité⁹⁹⁰. Tantôt celle-ci se trouve assurée par la possession, qui extériorise l'emprise du possesseur et que l'on retrouve comme élément confortatif de la titularité du droit acquis *a non domino*⁹⁹¹. Tantôt celle-ci se trouve assurée par la publication, laquelle remplit la même fonction⁹⁹². Mais alors, ne peut-on en dire autant de la notification par laquelle le second cessionnaire se présente aux yeux du débiteur cédé comme le véritable titulaire de la créance ? De toute évidence, une réponse positive doit s'imposer, ce qui rend la pertinence de l'article 1325 du Code civil fort discutable et son existence sujette à caution.

L'on pourrait d'emblée rétorquer que, l'article 2276 du Code civil dans sa fonction acquisitive ayant toujours été fermé au bénéfice des titulaires de droits autres que les droits réels⁹⁹³, l'article 1325 ne serait qu'une simple application de cet interdit au cas des créances, le législateur refusant d'admettre que l'acquéreur *a non domino* d'une créance puisse se prévaloir de l'usucapion instantanée, conformément en outre aux enseignements de la doctrine classique qui définit la possession d'un point de vue strictement matériel⁹⁹⁴. Admettre, par analogie avec l'article 1198, que le cessionnaire *a non domino* puisse s'opposer à la revendication du premier cessionnaire conduirait à élargir le domaine de l'article 2276 aux créances, en contradiction avec la solution traditionnelle. Faudrait-il pourtant s'en émouvoir, qui plus est depuis que l'on reconnaît au possesseur de titres financiers inscrits (lesquels sont des droits personnels⁹⁹⁵), une présomption irréfragable de titularité à l'encontre des tiers⁹⁹⁶ ? L'on peut en douter. Dans la

⁹⁹⁰ Mentionnons encore, en matière d'hypothèque, l'article 2425, al. 1^{er} du Code civil qui prévoit qu'entre les créanciers, l'hypothèque « n'a rang que du jour de l'inscription prise par le créancier au fichier immobilier, dans la forme et de la manière prescrites par la loi ». Il en ira de même, en matière de gage sans dépossession, conformément aux prescriptions de l'article 2340 du Code civil.

⁹⁹¹ Rapp. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 647, n° 442, qui écrivent que « la fonction essentielle que remplit la possession est d'assurer la publicité des relations qu'ont les personnes avec les biens », publicité qui ne se conçoit que du côté des tiers. Dans le même sens, v. Y. STRICKLER, *Les biens, op. cit.*, pp. 270-271, n° 188.

⁹⁹² En ce sens, F. DANOS, « Publicité foncière et transfert de propriété », *Dr. et patr.* n° 219, 1^{er} novembre 2012, p. 23 sq. ; C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens, op. cit.*, p. 276, n° 283. Plus généralement, v. L. AYNÈS (Dir.), « Pour une modernisation de la publicité foncière », *Rapport de la Commission de réforme de la publicité foncière*, 12 novembre 2018, spéc. p. 5.

⁹⁹³ V. Cass. req., 4 novembre 1902, *DP* 1903, 1, p. 44 (effets de commerce) ; Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997, n° 95-11.151, *Bull. civ.* I, n° 144 (sommés d'argent) ; Cass. com., 7 mars 2006, n° 04-13.569, *Bull. civ.* IV, n° 62 (licence de débit de boissons).

⁹⁹⁴ Cf. supra n° 189.

⁹⁹⁵ Cf. infra n° 439 s.

⁹⁹⁶ Cf. supra n° 202.

mesure où la sécurité du commerce justifie que le titulaire d'un droit se trouve évincé au profit du possesseur de bonne foi ayant acquis le meuble *a non domino*, c'est encore la sécurité du commerce que l'on préserverait en décidant de même pour le cessionnaire *a non domino*. À quoi ne saurait être pertinemment opposé l'argument tenant à la nature corporelle ou non de l'objet transmis, la possession ne se réduisant pas à l'exercice des seuls droits réels.

Par ailleurs, c'est précisément parce que le cessionnaire apparent possède la créance, pour reprendre la formulation de l'ancien article 1240 du Code civil, que le *solvens* l'ayant payé après notification se trouve dispensé de payer une seconde fois le véritable cessionnaire, conformément à l'article 1342-3 du Code civil, qui prévoit que « le paiement fait de bonne foi à un créancier apparent est valable », par exception à la règle « qui paie mal, paie deux fois ». La théorie de l'apparence⁹⁹⁷, reposant sur l'idée que l'erreur commune fait le droit et fondée sur la possession de l'auteur⁹⁹⁸, justifie ici que le *solvens* de bonne foi se trouve protégé contre un recours du véritable créancier, ce dernier ne pouvant compter que sur l'action *de in rem verso* pour récupérer entre les mains du créancier apparent les sommes qui lui furent versées par le *solvens*⁹⁹⁹. Si l'apparence de titularité protège le *solvens* de bonne foi et si, plus largement,

⁹⁹⁷ Cette théorie fut, dès 1897, érigée au rang de principe du droit par la Cour de cassation (Cass. civ., 26 janvier 1897, *DP* 1900, 1, p. 33).

⁹⁹⁸ Le rapprochement entre théorie de l'apparence et possession prend ici tout son sens. Il est vrai de prime abord que l'effet recherché par ces deux concepts n'est *a priori* pas le même : soit il s'agit de conforter la position du possesseur (possession), soit il s'agit de conforter celle de l'ayant-cause du prétendu titulaire (théorie de l'apparence). Pourtant, ces deux concepts sont indissociables. La possession n'est, au fond, qu'une apparence de droit subjectif destinée à conforter les tiers dans leur croyance dans la qualité supposée du possesseur. C'est la croyance des tiers qui permet ainsi d'avaliser la situation de fait qui se présente à leurs yeux, la possession supposant une vraisemblance qui n'a de sens que dans un rapport à autrui, qui n'a de sens que si autrui est susceptible d'y croire (en ce sens, v. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens, op. cit.*, p. 88, n° 71, qui soulignent, tout en se référant à l'article 1342-3 du Code civil, que « l'efficacité de la possession protège l'intérêt des tiers : lorsqu'une personne a pleinement, au vu et su de son entourage, exercé sur une chose les prérogatives d'un droit qu'il a à l'égard de la collectivité, l'apparence du droit, la sécurité des relations avec les tiers exigent que ceux-ci soient protégés à raison de l'apparence de droit ainsi créée »). En outre, sitôt que l'on aborde la possession par le prisme de son effet acquisitif, ces deux concepts se rejoignent : l'acquéreur *a non domino* ne pourra pas voir son droit être remis en cause s'il est de bonne foi car son auteur paraissait pour être lui-même titulaire du droit transmis, tout comme l'ayant-cause d'un titulaire apparent ne pourra pas voir son droit être remis en cause si, en sus de sa bonne foi, il est possible d'établir l'existence d'une erreur commune et invincible, c'est-à-dire ignorée de tous (Cass. com., 3 février 2015, n° 13-26.078, inédit) et légitime (Cass. 3^{ème} civ., 23 juin 2016, n° 15-16.089, inédit), sans que la bonne ou mauvaise foi du titulaire apparent du droit n'ait à être vérifiée (Cass. 1^{ère} civ., 22 juillet 1986, n° 84-17.004, *Bull. civ. I*, n° 214 : « les tiers de bonne foi qui agissent sous l'empire de l'erreur commune ne tiennent leur droit ni du propriétaire apparent, ni du propriétaire véritable », mais « en sont investis par l'effet de la loi », de sorte que « la nullité du titre du propriétaire apparent, serait-elle d'ordre public, est sans influence sur la validité de l'aliénation par lui consentie, dès lors que la cause de la nullité est demeurée et devait nécessairement être ignorée de tous ». V. également, en matière de bail, Cass. 3^{ème} civ., 11 juin 1980, n° 79-11.449, *Bull. civ. III*, n° 115 : « le bail consenti par le propriétaire apparent de la chose louée est opposable au véritable propriétaire lorsque le locataire a traité de bonne foi sous l'empire de l'erreur commune », « en exigeant la preuve de la bonne foi du propriétaire apparent, la cour d'appel a violé [l'article 1714 du Code civil] »).

⁹⁹⁹ En faveur de cette interprétation, v. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, p. 852, n° 944. V. également

la théorie de l'apparence permet à n'importe quel ayant-cause du titulaire apparent d'un droit d'acquérir de manière originelle le droit transmis, pourquoi en irait-il autrement dans les rapports entre le cédant et le second cessionnaire de bonne foi¹⁰⁰⁰, plus encore si la théorie de l'apparence voit son domaine d'application élargi à toute une série d'hypothèses¹⁰⁰¹ ? Si, dans notre hypothèse, le *solvens* a pu se fourvoyer sur les qualités du second cessionnaire, c'est parce que ce dernier s'était lui-même, de bonne foi, fourvoyé sur les qualités du cédant. Non seulement, en tant que possesseur de la créance, il devrait en toute rigueur bénéficier d'un titre régulier d'acquisition mais encore, en tant qu'ayant cause d'un titulaire apparent, d'un titre original d'acquisition. La sécurité du commerce commande une telle solution, la différence de régime entre les droits réels et les autres droits patrimoniaux ne se trouvant nullement justifiée de ce point de vue. Aussi peut-on valablement plaider pour l'extension de l'article 2276 du Code civil dans sa fonction acquisitive à l'hypothèse d'une acquisition *a non domino* d'une

W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, pp. 916-917, n° 499-1, qui relève que « l'action que l'on pourrait reconnaître contre celui qui a encaissé indûment la créance d'autrui n'a rien d'une action réelle mais relève de l'enrichissement sans cause ». *Contra*. F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité, op. cit.*, p. 276, n° 251.

¹⁰⁰⁰ Comp. A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels, op. cit.*, p. 196, n° 385, qui considère que l'impossibilité pour le premier cessionnaire d'agir contre le second cessionnaire résulterait du seul jeu de l'ancien article 1240 du Code civil (1342-3 nouveau) qui, s'il pose selon elle une « présomption de pouvoir » destinée à protéger le *solvens*, entraînerait plus radicalement une extinction de la créance qui bénéficierait au second cessionnaire qui le mettrait « à l'abri d'une action en revendication ». C'est là livrer une interprétation trop extensive de cet article qui se cantonne simplement à tirer d'une situation apparente une solution de faveur pour le *solvens*. Mais c'est encore, paradoxalement, limiter la protection de l'*accipiens* à la seule hypothèse où le *solvens* se serait acquitté de sa dette. Faudrait-il alors admettre que le second cessionnaire s'expose à la revendication dans l'hypothèse où, le débiteur n'ayant pas encore acquitté son obligation, le premier cessionnaire finit par notifier la cession de créance au débiteur ? Une telle interprétation irait nécessairement à l'encontre de l'idée selon laquelle la bonne foi du second cessionnaire ayant acquis la créance *a non domino* suffit à le mettre à l'abri de toute revendication, à l'image de ce que prévoit l'article 2276 du Code civil dans sa fonction acquisitive et dont l'on suggère d'étendre l'application à l'hypothèse ainsi décrite. Le second cessionnaire ne devrait pas seulement bénéficier indirectement de l'extinction de la dette, ainsi que le décrit Madame Péliissier – d'ailleurs, une fois la dette éteinte, l'on ne peut, en toute rigueur, l'en dire encore possesseur (en ce sens, rapp. W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, pp. 916-917, n° 499-1) – mais bien d'un titre d'acquisition dont les vices (défaut de qualité de l'auteur) seraient purgés par sa bonne foi et par la notification qui manifeste la possession de la créance et ce, que le débiteur cédé ait ou non réglé sa dette.

¹⁰⁰¹ Pensons ainsi au fait que, contrairement au principe selon lequel l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle, la jurisprudence admet que la nullité puisse être écartée en application de la théorie de l'apparence (Cass. civ., 26 janvier 1897, préc. ; Cass. 3^{ème} civ., 24 septembre 2003, n° 02-13.030, *Bull. civ.* III n° 162 ; Cass. 3^{ème} civ., 17 décembre 2014, n° 13-10.779.). Il en va de même en matière de bail : dès lors que le preneur a traité de bonne foi avec le propriétaire apparent et sous l'empire de l'erreur commune, son bail est opposable au véritable propriétaire (Cass. 3^{ème} civ., 4 février 1975, n° 73-13.759 ; Cass. 3^{ème} civ., 29 janvier 1992, n° 90-16.346, *Bull. civ.* III, n° 31). Tel est également le cas en matière de mandat, les tiers de bonne foi pouvant réclamer au mandant apparent, engagé par un mandataire apparent, l'exécution d'un contrat conclu en son nom (Cass. 3^{ème} civ., 3 janvier 1969, n° 67-20.114 et 67-20.115, *Bull. civ.* III, n° 10). Enfin, la théorie de l'apparence justifie même que l'acquéreur de bonne foi d'un immeuble soit préservé de l'action en expulsion et en démolition d'ouvrages édifiés sur une parcelle dépendant du domaine public maritime (la zone des cinquante pas géométrique) alors même qu'en principe, le domaine public est imprescriptible (Cass. 3^{ème} civ., 30 mars 2017, n° 15-21.790, *Bull. civ.* III, n° 44, obs. D. Sizaire, *Construction-Urbanisme* n° 6, juin 2017, comm. 88, qui relève précisément que, « afin de protéger les tiers qui ont conclu une vente avec le propriétaire apparent à la suite d'une erreur commune, la jurisprudence admet que l'apparence est susceptible de produire des effets juridiques et notamment de faire échec à la revendication des propriétaires réels »).

créance et plaider pour l'abrogation pure et simple de l'article 1325 ou à tout le moins pour sa réécriture¹⁰⁰². S'il revient au législateur de se saisir de la question, l'on ne peut que souhaiter que le juge fasse montre de courage et étende l'application de l'article 2276 du Code civil à cette hypothèse.

204. L'acquisition par prescription acquisitive des droits extrapatrimoniaux. Les droits patrimoniaux ne sont pas les seuls droits susceptibles de faire l'objet d'une acquisition par l'effet de leur possession. La possession étant une apparence de droit subjectif, il est partant tout à fait possible de l'exporter au cas des droits extrapatrimoniaux et plus spécifiquement au cas du droit au nom.

Il est classique d'affirmer que les droits extrapatrimoniaux, contrairement aux droits patrimoniaux, sont imprescriptibles. Serait-ce là un obstacle à l'admission de leur acquisition par l'effet d'une possession prolongée ? Aucunement : si la loi protège le titulaire d'un droit extrapatrimonial contre la prescription extinctive et si le droit au nom, en particulier, ne se perd pas par le non-usage¹⁰⁰³, il reste tout à fait possible d'admettre que ce droit puisse être possédé et que sa possession engendre un véritable droit subjectif extrapatrimonial¹⁰⁰⁴. C'est ce qu'a notamment retenu la Cour de cassation dans l'un des nombreux arrêts rendus sur la question, considérant que le principe d'immutabilité du nom patronymique « ne fait pas obstacle à ce que la possession prolongée d'un nom puisse en permettre l'acquisition dès lors que cette possession n'a pas été déloyale »¹⁰⁰⁵. Dès lors que la possession d'un patronyme est loyale, continue et

¹⁰⁰² Une solution de compromis peut à la rigueur être trouvée, ménageant les intérêts des deux cessionnaires. Il pourrait ainsi s'agir de distinguer selon que le *solvens* a exécuté ou non sa prestation entre les mains du second cessionnaire de bonne foi. Dans l'affirmative, faveur devrait être donnée à ce dernier, déjà investi dans la relation contractuelle avec le débiteur cédé. Dans la négative, faveur pourrait être donnée au premier cessionnaire qui revendiquerait sa qualité de créancier et évincerait de ce fait le second cessionnaire, ce dernier pouvant dès lors se retourner contre le cédant. Sur cette distinction, cf. infra n° 230.

¹⁰⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 1988, n° 85-17.162, *Bull. civ. I*, n° 78.

¹⁰⁰⁴ Rappr. Cass. 3^{ème} civ., 17 juin 2011, n° 11-40.014, *Bull. civ. III*, n° 106, retenant que la possession acquisitive ne saurait contredire l'imprescriptibilité du droit de propriété : « la prescription acquisitive n'a ni pour objet ni pour effet de priver une personne de son droit de propriété mais de conférer au possesseur, sous certaines conditions, et par l'écoulement du temps, un titre de propriété correspondant à la situation de fait qui n'a pas été contestée dans un certain délai ; que cette institution répond à un motif d'intérêt général de sécurité juridique en faisant correspondre le droit de propriété à une situation de fait durable, caractérisée par une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire ».

¹⁰⁰⁵ Cass. 1^{ère} civ., 31 janvier 1978, n° 75-13.011, *Bull. civ. I*, n° 41. Dans le même sens, v. Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1992, n° 90-13.613, *Bull. civ. I*, n° 158 : « si la possession loyale et prolongée d'un nom ne fait pas obstacle en principe à ce que celui qui le porte, renonçant à s'en prévaloir, revendique le nom de ses ancêtres, il appartient au juge, en considération notamment de la durée respective et de l'ancienneté des possession invoquées, ainsi que des circonstances dans lesquelles elles se sont succédé, d'apprécier s'il y a lieu d'accueillir cette revendication ». Sur la question, v. M. MIGNOT, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 2272 à 2275 », 2018, n° 14-16, et la jurisprudence citée.

prolongée, elle est susceptible de conférer à son porteur un droit définitif¹⁰⁰⁶, les juges du fond estimant souverainement le délai – souvent très long – de possession requis¹⁰⁰⁷.

Signe que la possession peut valablement s'exporter dans le domaine extrapatrimonial, le législateur reconnaît encore la possession d'un état. Si la possession d'état investit celui qui possède une qualité d'une véritable présomption d'état le dispensant de prouver quoi que ce soit¹⁰⁰⁸, par cela qu'il donne l'apparence, souvent à juste titre, d'avoir la qualité possédée¹⁰⁰⁹, il faut aller plus loin et considérer que la possession d'état pourra constituer un moyen original d'acquérir l'état ainsi possédé. C'est en somme ce que prévoit l'article 321 du Code civil relatif à la possession d'état d'enfant. Quoique cet article se réfère à la prescription extinctive des actions en contestation de filiation, il admet que le non-exercice de ces actions pendant dix ans à compter du jour où la personne « a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté » a pour effet de conforter l'état de son possesseur. Autrement dit, en creux de la règle de *prescription extinctive*, ce texte organise la *prescription acquisitive* décennale de la qualité disputée¹⁰¹⁰. Tout comme un droit, l'état se prête ainsi à la possession, ce que confirme d'ailleurs l'article 311-2 du Code civil qui dispose que « la possession d'état doit être continue, paisible, publique et non équivoque », à l'image de ce que prévoit à deux différences près l'article 2261 en matière d'usucapion¹⁰¹¹.

205. Bilan. Apparence de titularité, la possession ressortit en définitive à l'extériorisation de l'ensemble des droits subjectifs et même, si l'on s'en réfère également à la possession d'état, à l'extériorisation d'un état, d'une qualité. La soustraction de la possession à l'orbite du seul droit de propriété ou des seuls droits réels et son rattachement au domaine de la titularité donne ainsi

¹⁰⁰⁶ Cass. 1^{ère} civ., 6 avril 1994, n° 92-15.170, *Bull. civ. I*, n° 141.

¹⁰⁰⁷ Cass. 1^{ère} civ., 30 septembre 2003, n° 01-02.065, *Bull. civ. I*, n° 196.

¹⁰⁰⁸ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, LGDJ, coll. « Droit civil », 6^{ème} éd., 2017, p. 473, n° 1008 : « toute possession d'état est une preuve, parce que celui qui possède une qualité ou jouit d'un droit n'a rien à prouver lorsque cette qualité ou ce droit est contesté. Si une personne a *nomen, fama* et *tractatus*, elle a un état apparent et l'apparence fait présumer, mais présumer seulement l'existence de l'état : la preuve contraire est recevable ».

¹⁰⁰⁹ M. SAULIER, « Possession et possession d'état. Réflexion sur la possession comme technique juridique générale », art. cité, p. 564, qui souligne que « la possession d'état d'enfant fait ainsi présumer l'existence d'un lien de filiation, que ce lien soit ou non véritable et l'enfant, dont les parents décédés ont vécu publiquement comme mari et femme, est présumé légitime, dès lors que la possession d'état n'est pas contredite par l'acte de naissance. C'est ici la force du *plerumque fit* qui dicte la solution : bien souvent, le possesseur d'une chose en sera propriétaire ; bien souvent, le possesseur d'un état en sera titulaire, jusqu'à preuve du contraire ».

¹⁰¹⁰ En ce sens, W. DROSS, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 2255 à 2257 », *op. cit.*, n° 79.

¹⁰¹¹ Ne figurent pas en effet à l'article 311-2 du Code civil la condition de possession ininterrompue ni la condition de possession à titre de propriétaire.

une vision plus juste de ce mécanisme, dont les effets ordinaires ne se limitent pas à la consolidation des seules apparences de propriété mais bien à toutes les apparences de droits subjectifs.

206. Conclusion de la section I. Le recours au concept de titularité se révèle d'une importance capitale dans l'appréhension de la notion de bien. Elle peut, sans heurt, occuper la place jusqu'ici dévolue à la propriété dans le rattachement des biens au sujet. Elle devient le pont entre la personne et ses biens et plus largement l'ensemble de ses droits subjectifs. Parce que la propriété n'est qu'un *mode de jouissance* des choses, celle-ci ne pouvant assumer en plus le rôle de rattacher les biens au sujet, le recours à la titularité s'impose. Elle se substitue à la propriété pour expliquer le rattachement des droits au sujet.

Dès lors que la propriété cesse de désigner ce rapport d'appartenance, c'est encore la notion de possession, classiquement envisagée comme son décalque, qui doit être redéfinie et rehaussée d'un cran. Sitôt que l'appartenance est réalisée par la titularité, alors la possession, qui est une apparence d'appartenance, doit logiquement en constituer le reflet.

Le rapport d'appartenance ainsi redéfini, il convient désormais de se pencher plus en détail sur la protection de ce rapport d'appartenance. Parce que chaque droit appartient au sujet, chaque droit doit se trouver doté d'une égale protection.

SECTION II. LA PROTECTION DE L'APPARTENANCE : L'OPPOSABILITÉ

207. Plan. Tout droit subjectif en général et tout droit patrimonial en particulier, parce qu'il appartient au sujet comme un objet qui lui est extérieur, est l'objet d'une relation d'exclusivité et d'un rapport d'exclusion : seul le titulaire du droit considéré se trouve investi des prérogatives offertes par le droit à l'exclusion d'autrui ; lui seul est en mesure d'exercer le droit et d'en retirer le profit. L'exclusivité apparaît comme la conséquence de l'appartenance d'un droit, comme son corollaire. Elle indique le domaine réservé du titulaire d'un droit, tout comme elle interdit en principe aux tiers de concurrencer ou d'évincer ce dernier dans l'exercice de ses prérogatives.

L'on enseigne pourtant traditionnellement que l'exclusivité ressortirait à la structure du seul droit de propriété. Ne voit-on pas en effet l'exclusivité comme un caractère de la seule propriété, comme son synonyme ? Ne dit-on pas de la propriété qu'elle est un « droit exclusif » de jouir

des choses ? Il est vrai que le propriétaire, relativement à la chose qui constitue l'objet de son droit, semble avoir sur elle une maîtrise idéale mais encore exclusive : lui seul pourrait en jouir pleinement, en retirer les services. Aussi n'est-il pas surprenant de voir certains auteurs rattacher l'exclusivité à la face interne du droit de propriété, en faire une qualité qui lui serait propre¹⁰¹².

Une telle lecture est pourtant critiquable. L'exclusivité, tout comme l'opposabilité qui la garantit, apparaît comme un caractère partagé par tous les droits subjectifs. C'est précisément ce qu'il convient de vérifier. Après avoir rattaché l'opposabilité à la face externe des droits (§1), l'on étudiera la mise en œuvre de l'opposabilité en cas de conflit ayant pour objet un droit subjectif et plus spécifiquement un droit patrimonial (§2).

§1. Le rattachement de l'opposabilité à la face externe des droits

208. Plan. L'on doit à Rigaud d'avoir, l'un des premiers, systématisé la distinction des aspects interne et externe des droits et d'avoir relevé que tous les droits subjectifs, par cela qu'ils appartiennent au sujet, bénéficient d'une égale protection juridique. Si, dans sa face interne, c'est-à-dire relativement à son contenu, chaque droit est singulier, « tous les droits se ressemblent en quelque façon par le côté externe »¹⁰¹³. Tous les droits faisant l'objet d'une appartenance exclusive, il est naturel qu'ils s'extériorisent de manière semblable, s'imposent automatiquement aux tiers qui doivent le respecter. À l'examen de la nature de l'opposabilité (A) succédera par conséquent le retranchement de l'opposabilité de la face interne des droits réels (B).

¹⁰¹² J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens, op. cit.*, p. 109, n° 95, relevant que « le caractère exclusif de la propriété est inhérent à sa définition ». V. aussi B. PARANCE, *La possession des biens incorporels, op. cit.*, p. 43, n° 47, pour qui « l'exclusivisme est donc un critère propre au seul droit de propriété ». V. enfin. M. LAROCHE, *Revendication et propriété. Du droit des procédures collectives au droit des biens, op. cit.*, p. 97, n° 148, l'auteur distinguant l'exclusivité de l'exclusivisme. Quand l'exclusivité désignerait une « qualité de la chose exclusive » et le fait pour un propriétaire de pouvoir « seul profiter de l'ensemble des pouvoirs attribués par la propriété sur ce bien », l'exclusivisme serait essentiellement un « droit d'exclure ». Pourtant, si l'auteur fait de l'exclusivisme « l'essence de la seule propriété » (*ibid.*, p. 133, n° 206) et si l'exclusivité renvoie à la faculté pour un propriétaire de faire sien les utilités d'une chose, alors ces deux termes désignent finalement la même chose. Sur cette distinction entre exclusivité et exclusivisme, v. déjà M. LÉVIS, *L'opposabilité du droit réel. De la sanction judiciaire des droits*, préf. P. Raynaud, Economica, coll. « Études et Recherches », 1989, pp. 97 s., n° 106 s.

¹⁰¹³ L. RIGAUD, *Le droit réel. Histoire et théories. Son origine institutionnelle, op. cit.*, pp. 312 s., spéc. p. 315 : « ce qu'il faut retenir, c'est que les caractères normaux du droit réel, tels que l'efficacité *adversus omnes* ou *contra quemcumque*, ne sont pas des caractères essentiels à ce droit, et qu'ils peuvent se retrouver à un certain degré dans les droits de créance et même parfois, à un degré plus fort, dans les droits de la personnalité, par exemple ».

A. La nature de l'opposabilité

209. L'articulation des concepts d'opposabilité et d'obligation passive universelle.

L'opposabilité, dans une première approche, renvoie à l'obligation pesant sur tout un chacun de respecter les droits d'autrui, au risque de subir la contrainte étatique. Ainsi que l'écrit Monsieur Duclos, l'opposabilité se présente comme « *la qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par laquelle il rayonne indirectement hors de son cercle d'activité directe* », comme une « technique, dont la finalité consiste à connecter l'élément opposé au milieu juridique général »¹⁰¹⁴. L'opposabilité d'un droit, prolongement de son appartenance exclusive, garantit à son titulaire un exercice paisible de son droit et des prérogatives contenues dans la structure de celui-ci.

Une telle présentation de l'opposabilité n'est pas sans rappeler la célèbre « obligation passive universelle » dont Planiol avait fait la marque des seuls droits réels et astreignant toute personne à ne pas troubler le titulaire du droit dans sa jouissance. De toute évidence, la titularité d'un droit réel existe comme un véritable fait social qui s'impose à tous, comme une réalité qui produit d'indéniables effets intersubjectifs¹⁰¹⁵. Quelle consistance aurait en effet le droit réel de chacun s'il ne pouvait être imposé à autrui ? Comme l'écrivait Demogue, « le droit [réel] suppose la vie en société, et alors il existe nécessairement à l'égard de quelqu'un »¹⁰¹⁶. Mais si Planiol eut pour grand mérite d'avoir mis en lumière le volet intersubjectif propre aux droits réels en relevant qu'ils existent comme de véritables faits sociaux qui s'imposent à tous¹⁰¹⁷, suscitant l'adhésion de nombreux auteurs après lui¹⁰¹⁸, une réserve s'impose. Assez paradoxalement, Planiol a, à la fois, exagéré l'importance donnée à l'obligation passive universelle dans la structure des droits réels et minimisé son rayonnement relativement à l'ensemble des droits subjectifs.

¹⁰¹⁴ J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, préf. D. Martin, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 179, 1984, p. 22, n° 2-1.

¹⁰¹⁵ En ce sens, insistant sur le volet intersubjectif de la propriété, L. JOSSERAND, « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », in *Mélanges juridiques dédiés à M. le Professeur Sugiyama*, Iwanami, Kanda, Tokio, 1940, p. 96, spéc. n° 12 s. V. également G. MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », art. cité, p. 217, pour qui « le droit subjectif, en dernière analyse, n'est qu'un "rapport" juridique entre deux personnes, en vertu duquel l'une d'elles (le titulaire du droit) peut exiger de l'autre le respect de ses obligations reconnues par la loi ».

¹⁰¹⁶ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, rééd. 2001, La Mémoire du Droit, p. 411.

¹⁰¹⁷ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 11^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1928, pp. 702-704, n° 2160.

¹⁰¹⁸ H. MICHAS, *Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle*, th. Paris, 1900 ; R. QUÉRU, *Synthèse du droit réel et du droit personnel*, th. Caen, 1905 ; M. PRODAN, *Essai d'une théorie générale des droits réels et des droits de créance*, op. cit. ; B. MINEI, *Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance*, th. Paris, 1912 ; R. BASQUE, *De la distinction des droits réels et des obligations*, th. Montpellier, 1914.

210. L’opposabilité, entre dette et devoir. La théorie personnaliste semble en effet se méprendre sur la signification exacte de l’opposabilité¹⁰¹⁹. Sans revenir sur la confusion, largement dénoncée, entre l’opposabilité et la relativité des droits¹⁰²⁰, l’on peut à tout le moins relever que, pour Planiol et ses successeurs, l’opposabilité du droit réel serait dans ce schéma synonyme d’obligation, de *dette*, à l’image de celle pesant sur les épaules du débiteur d’une obligation individuelle, mais touchant cette fois-ci absolument tout le monde. Pourtant, l’« obligation » qui impose à chaque personne de respecter le droit réel d’autrui et se trouve sanctionnée par l’État n’est pas, à proprement parler, une obligation au sens technique du terme. Cette obligation passive universelle semble bien davantage être une « obligation de droit public »¹⁰²¹ dont la consistance relève plus du *devoir* que de la *dette*¹⁰²². Picard le pressentit lorsqu’il distingua l’« obligation universelle, indéterminée, générale, absolue, permanente, ubiquitaire comme l’atmosphère, formant comme un immense halo autour de chaque droit », des « obligations déterminées, relatives, d’homme à homme, naissant et disparaissant dans la pratique de la vie courante quotidienne »¹⁰²³. D’un côté, un devoir singulier et universel ; de l’autre, des obligations plurielles et individuelles. Aucune obligation concrète n’afflige les tiers d’un droit réel – pas même une obligation de ne pas faire – si ce n’est celle, élémentaire et inhérente à la vie en société, qui leur commande de ne pas porter atteinte aux droits d’autrui. Si, d’un côté, l’on peut être tenu dans les serres d’une dette à l’accomplissement d’une prestation, l’on ne saurait pareillement admettre que pèsent sur les épaules de tout un chacun

¹⁰¹⁹ Sur la réception du concept d’obligation passive universelle à travers le concept d’opposabilité, v. J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens*, op. cit., p. 40, n° 41.

¹⁰²⁰ Sur cette question, v. not. J. DUCLOS, *L’opposabilité (Essai d’une théorie générale)*, op. cit., pp. 196 s., n° 170 s., dénonçant l’« analyse incomplète du droit personnel » proposée par Planiol, soutenant au contraire que « comme pour tout droit subjectif, il faut distinguer le rapport interne sujet-objet et le rapport externe sujet-tiers. En l’espèce, si le rapport interne est constitué du lien créancier-débiteur (domaine de la relativité), le rapport externe est formé de la relation de ceux-ci avec les tiers (domaine de l’opposabilité) ».

¹⁰²¹ L. RIGAUD, « À propos d’une renaissance du jus ad rem, et d’un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux », *RIDC* vol. 15, n° 3, 1963, p. 557, spéc. p. 566.

¹⁰²² F. HAGE-CHAHINE, « Essai d’une nouvelle classification des droits privés », *RTD Civ.* 1982, p. 705, spéc. p. 711, n° 9. Rapp. R. SACCO, « À la recherche de l’origine de l’obligation », in *APD*, t. 44, op. cit., p. 33, spéc. p. 33 : « le devoir n’est pas toujours une obligation. J’ai le devoir de ne pas pénétrer sur le terrain de mon voisin, de ne pas fabriquer de fausses monnaies. On ne dit pas pour cela que je suis débiteur, on ne dit pas que j’ai une obligation. Ces devoirs qui incombent à tous, de respecter la personne et la propriété des autres, ne sont pas des obligations ».

¹⁰²³ E. PICARD, *Le droit pur*, Paris, Ernest Flammarion, 1908, pp. 34-35, § 20, précisant ainsi que l’« obligation universelle [...] implique le devoir de respecter le droit d’autrui, alors même qu’on n’a pas traité spécialement avec lui, qu’on n’est pas lié avec lui par un droit concret particulier, mais uniquement par l’existence commune et contiguë dans la société humaine ».

autant de dettes qu'il y a de propriétaires opposant leur droit *erga omnes*¹⁰²⁴. C'est notamment ce que souligne Monsieur Najib Hage-Chahine dans sa thèse consacrée à la distinction de l'obligation et du devoir : « sous l'angle de son régime juridique, le devoir passif universel doit être distingué de l'obligation. Contrairement à l'obligation, ce devoir n'est pas caractérisé par l'existence d'un droit de créance *corrélatif* qui confère un pouvoir de contrainte au titulaire du droit subjectif. Ce dernier n'est pas, dans ses rapports avec les tiers, placé dans la même situation que le créancier d'une obligation. Il ne possède ni le droit d'exiger l'exécution forcée de la prestation, ni un droit de gage général sur leur patrimoine. Certes, le titulaire d'un droit subjectif peut demander au juge de prendre des mesures destinées à empêcher ou faire cesser l'atteinte à son droit, mais ces mesures ne doivent pas être confondues avec l'exercice d'un droit de créance. Elles permettent au sujet actif de protéger son droit subjectif et ne garantissent pas l'accomplissement d'une prestation. Il ne faut pas confondre *l'inviolabilité du droit subjectif* et *l'exigibilité du droit de créance* »¹⁰²⁵. C'est encore cette confusion de la dette et du devoir que dénonçait en des termes sévères Chauveau, notant que la recherche d'un sujet passif tenu d'une véritable dette dans le droit réel « est un abus manifeste de la systématisation outrancière et la découverte faite n'est pas heureuse. Singulier sujet passif que celui constitué par toute l'espèce humaine, sujet passif amorphe, inconscient. Il ne va se concrétiser que le jour où une molécule de cet agglomérat se détachera, par l'effet d'un acte illicite déterminé. Comment concevoir un sujet passif qui en réalité ne souffre rien, ne subit pas le poids du droit créé, de l'action du sujet actif, puisque les facultés légales des êtres humaines demeurent intactes, libres, sans entraves ? [...]. L'abstention imposée à la souveraineté des hommes est sans relation avec l'objet du droit réel. Non seulement elle n'en est pas l'objet, mais encore elle n'accroît ni ne modifie la valeur de l'objet propre au droit réel »¹⁰²⁶.

¹⁰²⁴ En ce sens, v. G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUX, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. I : *Des biens*, Paris, Larose & Forcel, 1896, p. 4, n° 3 : « on a quelquefois soutenu que le droit réel avait un sujet passif, la généralité des hommes, obligés de respecter un droit dont le caractère absolu est opposable à toute personne ; mais il n'y a là qu'une sorte de mirage d'expressions ; à la vérité, il n'existe pas d'obligation à la charge d'un tiers quelconque, de lien de droit entre lui et le titulaire du droit réel, et l'on ne saurait regarder par suite le premier venu comme le sujet passif d'un semblable droit ». V. également N. THOMASSIN, *De la propriété. Contribution à une théorie générale*, op. cit., p. 309, n° 175 : « rien ne permet de considérer juridiquement qu'il existerait une telle obligation générale d'abstention à l'égard d'un titulaire de droit, fut-il propriétaire. L'idée que l'essence de la propriété puisse se résumer à une telle exclusion des tiers, à partir d'une lecture logique de certains non-dits de la théorie moderne, repose sur un raccourci de pensée ».

¹⁰²⁵ N. HAGE-CHAHINE, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, th. Paris II, 2014, pp. 63 s., spéc. p. 65.

¹⁰²⁶ M. CHAUX, « Classification nouvelle des droits réels et personnels », *Rev. crit. lég. et jurispr.* 1931, p. 539, spéc. p. 555, n° 15.

L'obligation passive universelle n'a rien d'une obligation, elle est un simple devoir. Mais ainsi définie, synonyme d'opposabilité du droit aux tiers, elle se retrouve dans chaque droit subjectif et non dans le seul droit réel.

B. Le retranchement de l'opposabilité de la face interne des droits réels

211. L'opposabilité, devoir universel. S'il est évident que l'effet relatif des contrats préserve les tiers du devoir d'accomplir une prestation à l'égard d'un créancier, de régler une *dette*, ces derniers demeurent tout de même tenus du *devoir* de ne pas compromettre les droits de ce créancier. Alors, non seulement est-on tenu de respecter les droits réels d'une personne, mais encore de respecter ses droits personnels, pareillement opposables aux tiers, comme le sont ses droits réels. Ainsi, en matière de droits personnels, à l'existence d'une *dette* pesant sur les épaules d'un débiteur, s'ajoute l'existence d'un *devoir* pesant sur les épaules de la collectivité, devoir commun à l'intégralité des droits subjectifs de respecter l'ensemble des situations juridiques et distinct de la dette née du lien d'obligation¹⁰²⁷, devoir indolore en temps normal, mais dont la violation suscite une défense permise par le droit objectif.

L'opposabilité révèle par conséquent son visage : elle est la garantie du pacte social, le moyen imposé par le droit objectif de sauvegarder le dû de chacun. Demolombe, sans nommer ce concept, y voyait bien avant tout le monde un « devoir général et commun, qui est imposé à tous les membres de la société, de respecter les droits d'autrui », ajoutant que, « sous ce rapport, le droit personnel est aussi absolu que le droit réel » et que « la puissance publique garantit, en effet, à chacun tous les droits qui lui appartiennent, ses droits personnels de créances aussi bien que ses droits réels de propriété ou autres »¹⁰²⁸. Ce devoir, qui plane au-dessus de la tête de tout un chacun, est inhérent à l'ensemble des droits subjectifs, apparaît comme une « nécessité universelle » et comme la « condition même de l'existence de la cité au sein de laquelle la liberté se réalise »¹⁰²⁹.

¹⁰²⁷ En ce sens, v. P. MALAURIE, L. AYNÈS et M. JULIENNE, *Droit des biens*, op. cit., p. 129, n° 364. Adde. R. SACCO, « À la recherche de l'origine de l'obligation », art. cité, p. 40.

¹⁰²⁸ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens*, 4^{ème} éd., Paris, Auguste Durand, L. Hachette et C^{ie}, 1870, pp. 339-340, n° 464. Dans le même sens, v. également J. DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », art. cité, pp. 32-33 : « tous les droits quelconques, par le seul fait qu'ils sont des droits, s'imposent au respect de tout le monde, y compris le droit de créance ou droit d'une personne d'exiger d'une autre une prestation. Ce qui est relatif à un point de vue peut être absolu à un autre. *Relatif*, en ce sens qu'il ne met en relation que les deux personnes du créancier et du débiteur, le droit personnel n'en est pas moins *absolu*, aussi absolu que la propriété, en ce sens qu'il doit être respecté par tout le monde ».

¹⁰²⁹ L. RIGAUD, *Le droit réel. Histoire et théories. Son origine institutionnelle*, op. cit., p. 70.

212. Sens du concept d'opposabilité. L'on ne peut dès lors plus continuer à définir le seul droit réel par son opposabilité, celle-ci relevant de la face externe de l'ensemble des droits subjectifs. L'opposabilité est le prolongement naturel du droit subjectif, est littéralement « inscrite dans la notion même de droit subjectif, sans en constituer le critère distinctif »¹⁰³⁰. L'opposabilité n'est pas plus le « stigmate du seul droit de propriété »¹⁰³¹ ou des droits réels que ne l'est l'exclusivité, ce concept servant simplement à garantir la titularité du droit considéré¹⁰³².

Aussi l'opposabilité du droit revêt-elle une signification élémentaire : empêcher un tiers d'usurper les prérogatives appartenant au titulaire d'un droit ou, comme l'écrit Monsieur Gijsbers, sauvegarder le « contenu du droit »¹⁰³³, préserver « la teneur des pouvoirs conférés au bénéficiaire »¹⁰³⁴. L'opposabilité se présente comme la garantie de l'exclusivité¹⁰³⁵, son bras armé, le moyen de perpétuer l'appartenance et de la rendre effective contre les assauts

¹⁰³⁰ J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, op. cit., p. 165, n° 134. L'auteur ajoute fort justement qu'il est « en particulier, inutile de rechercher dans le concept de propriété, abusivement déformé, l'explication de cette efficacité externe, puisque l'opposabilité est inhérente aux droits subjectifs. Dans le même sens, il faudra admettre que tout droit individuel est en principe opposable quelle que soit son origine créatrice ou sa nature » (*ibid.*, p. 166, n° 134).

¹⁰³¹ W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », art. cité, n° 26, ajoutant que « dès lors que l'on se convainc que la notion même de droit subjectif ne se conçoit pas sans l'opposabilité qui en assure l'effectivité à l'égard des tiers, la figure de la propriété des droits perd son principal intérêt ».

¹⁰³² J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens*, op. cit., p. 109, n° 95, qui écrivent que l'exclusivisme est « l'expression privilégiée de tout droit subjectif, parce que seul le titulaire d'un tel droit peut se prévaloir des prérogatives qui y sont attachées ». Dans le même sens, v. C. LARROUMET et B. MALLET-BRICOUT, *Traité de droit civil*, t. II, *Les biens, droits réels principaux*, op. cit., p. 102, n° 197, qui soulignent pour leur part que « tout droit subjectif a un caractère exclusif, en ce sens que seul le titulaire du droit peut faire valoir les prérogatives qui sont attachées à son droit. Dans cette mesure, on doit considérer que le droit de propriété n'est pas plus exclusif que tout autre droit subjectif ». Comp. M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », art. cité, n° 7 et 32, qui relève que si l'exclusivité est « la caractéristique commune de tous les droits subjectifs », concède néanmoins qu'il est de l'essence de la propriété de contenir « un rapport aux choses et un rapport aux autres ».

¹⁰³³ C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, op. cit., p. 167, n° 170.

¹⁰³⁴ *Ibid.*, p. 159, n° 165. Dans le même sens, v. L. RIGAUD, *Le droit réel. Histoire et théories. Son origine institutionnelle*, op. cit., pp. 308-309 : « au côté externe du droit réel appartiennent les relations du titulaire avec les tiers, c'est-à-dire les obligations imposées à ces tiers, et qui ont pour but de faire respecter, la plupart du temps par voie d'abstention ou de passivité, parfois par voie d'action, la situation du titulaire par rapport à la chose. À ce côté externe appartient également l'action en revendication, qui traduit, comme toute action, la direction personnelle du droit [...]. À la revendication il faut ajouter les autres actions réelles, notamment les actions confessoires et négatoires, et les actions délictuelles qui dérivent de l'article 1382 ».

¹⁰³⁵ R. WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, op. cit., p. 129, n° 141 : « l'opposabilité absolue des droits subjectifs se traduit par une exclusivité des prérogatives résultant de ce droit ». En ce sens, v. J. DUBARRY, *Le transfert conventionnel de propriété. Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, préf. B. Dauner-Lieb et R. Libchaber, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 555, 2014, pp. 320 s., n° 573 s. ; P. CROCQ, « Opposabilité, publicité et connaissance des droits », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 289, spéc. p. 289, n° 2.

des tiers. Elle assure la défense de la titularité du droit en offrant à son titulaire la perspective de pouvoir exercer de manière exclusive les prérogatives qu'il contient¹⁰³⁶.

213. Sens du concept d'exclusivité. Plus important encore, l'on peut désormais expliquer l'opposabilité des droits sans plus recourir au truchement de la propriété¹⁰³⁷. Tout l'habillage théorique dont la propriété fut l'objet et qui justifiait son placement au principe des biens s'évanouit : l'appartenance exclusive et l'opposabilité *erga omnes* des biens ne sont pas réalisées par la propriété. C'est donc non seulement la thèse des personalistes qui doit être rejetée, mais plus encore celle des néo-personnalistes qui refusent de concevoir l'exclusivité et l'opposabilité indépendamment de toute référence à la propriété. Il faut par conséquent extraire de la structure de la propriété toute trace d'exclusivité pour être complet : ce qui est exclusif pour le propriétaire d'une chose n'est pas la jouissance de celle-ci, mais le droit de propriété lui-même, les prérogatives qui y sont attachées. Si la propriété est un droit exclusif, ce n'est pas parce que la chose appartiendrait de manière exclusive à son propriétaire mais parce que le propriétaire se voit reconnaître de manière exclusive l'exercice des prérogatives contenues dans la structure de son droit. Si la nuance paraît subtile, elle se révèle pourtant fondamentale. L'on s'en convaincra en observant la situation du propriétaire en cas de démembrement de son droit.

De toute évidence, face à un usufruitier ou à un usager, le nu-propriétaire perd la maîtrise exclusive qu'il a sur la chose, devant souffrir qu'autrui jouisse de l'essentiel des utilités produites par celle-ci¹⁰³⁸. Dans un pareil cas, maintenir que la propriété est dans sa face interne synonyme d'exclusivité est une gageure. C'est donc dire que la maîtrise de la chose dépend de la situation juridique dans laquelle se trouve le propriétaire : elle sera pleine si le droit du propriétaire est parfait, mais limitée si le droit du propriétaire est « rétréci » à raison d'un

¹⁰³⁶ Comme l'exprime justement Monsieur Wintgen, « qui dit exclusivité dit opposabilité. L'exclusion des autres du domaine réservé au titulaire du droit implique la faculté d'imposer à tous l'existence de ce droit, autrement dit l'opposabilité du droit, ou, si on veut, son opposabilité "absolue" [...]. L'idée d'appartenance, de "domaine réservé" implique l'exclusion des autres » (*ibid.*, p. 129, n° 140-141). L'auteur ajoute d'ailleurs que « la notion même de droit subjectif implique une exclusivité, un domaine réservé reconnu à son titulaire » (*ibid.*, p. 141, n° 153). Dans le même sens, v. L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, *op. cit.*, p. 165, n° 143, relevant que « l'opposabilité, comme faculté de faire valoir son droit à l'égard de tous, ne se distingue pas des effets normaux de l'existence juridique du droit subjectif. Dès lors qu'il est juridiquement existant, les prérogatives qu'il confère sont garanties par l'ordre juridique et doivent ainsi normalement produire leurs effets ».

¹⁰³⁷ En ce sens, R. WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, *op. cit.*, p. 142, n° 156, soulignant qu'« il n'est pas nécessaire [...] d'accueillir la théorie de la propriété des créances pour résoudre la prétendue énigme de l'opposabilité du droit personnel aux tiers. Celle-ci s'explique en partie par la notion même de droit subjectif et, pour le reste, par des règles particulières de protection du droit. La notion même de droit subjectif implique que seul le titulaire du droit ait les prérogatives qui y sont attachées ».

¹⁰³⁸ Rappr. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, pp. 150-151, n° 146.

démembrement¹⁰³⁹. Mais bien que le droit du propriétaire puisse être imparfait, il n'en demeure pas moins entier et plus encore exclusif au propriétaire : seul compte le fait qu'il soit le seul à jouir de son droit et donc des prérogatives qu'il comporte. Peu importe en somme qu'il n'ait pas actuellement la maîtrise exclusive de la chose, du moment qu'il a les prérogatives lui permettant dans le futur de l'avoir, fussent-elles temporairement ensommeillées à raison du démembrement. Ainsi, il importe peu de savoir que le propriétaire ait ou non la jouissance exclusive de la chose du moment qu'il ne cesse pas d'avoir la maîtrise exclusive de son droit, du moment qu'il a les prérogatives qui y correspondent et qui ont pour objet une chose. Un raisonnement identique peut être mené lorsqu'une même chose fait l'objet de plusieurs droits concurrents : bien qu'aucun indivisaire n'ait sur la chose de droit exclusif à raison de la concurrence mutuelle des autres indivisaires (tout comme à vrai dire les copropriétaires sur les parties communes), ils ont malgré tout, chacun d'entre eux, un droit exclusif à la jouissance de la chose, dans le respect de leurs droits mutuels. L'exclusivité a trait aux prérogatives contenues dans la structure du droit et non aux utilités de la chose.

Quand la jouissance exclusive de la chose est donc contingente, la titularité du droit qui autorise cette maîtrise ne fait jamais défaut : elle demeure toujours exclusive. C'est dire que le droit du propriétaire ne cesse pas d'être exclusif par cela qu'il n'a pas la maîtrise exclusive de la chose qui en est l'objet. L'exclusivité ou non dans la jouissance de la chose est précisément dictée par l'étendue des prérogatives juridiques qui appartiennent, cette fois-ci de manière exclusive, au titulaire du droit de propriété. Seul ce dernier a l'ensemble des prérogatives lui permettant de retirer en principe de la chose l'intégralité de ses services. En cela, l'exclusivité ressortit bien à la face externe du droit et non à sa face interne : si le droit de propriété est exclusif, c'est sans considération pour la chose qui constitue l'objet des prérogatives, dès lors qu'elle existe. Partant, si le droit de propriété est opposable *erga omnes*, comme tous les autres droits subjectifs, c'est en contemplation de son appartenance exclusive au bénéfice de son titulaire.

¹⁰³⁹ M.-G.-A. DE VAREILLES SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », art. cité, p. 447, n° 7.

§2. La mise en œuvre de l’opposabilité : la revendication

214. Plan. Seul investi des prérogatives que lui confère son droit, son titulaire peut en principe faire échec à toute tentative extérieure consistant à l’en priver¹⁰⁴⁰. L’opposabilité du droit vient garantir à son titulaire son exclusivité dans les hypothèses où la titularité même du droit considéré serait contestée par autrui, activement ou passivement. Dès lors, revendiquant sa qualité de titulaire du droit, toute personne peut faire échec à l’exercice, par autrui, des prérogatives dont elle seule est investie¹⁰⁴¹. Ce que l’opposabilité préserve, somme toute, n’est que l’appartenance exclusive du droit – quel qu’il soit – et donc la titularité¹⁰⁴². Ce n’est que lorsque surgit une « contestation de titularité »¹⁰⁴³ – soit qu’un tiers exerce les prérogatives appartenant au véritable titulaire du droit, soit qu’il l’empêche de les exercer en revendiquant lui-même des prérogatives concurrentes et incompatibles – que l’opposabilité du droit se manifeste¹⁰⁴⁴. Il n’est pas simplement question de réparer un préjudice passé, mais bien de faire cesser une situation illicite pour l’avenir, le but étant de réinvestir le titulaire de l’ensemble des prérogatives dont il aurait été privé par autrui. Autrement dit, la mise en œuvre de l’opposabilité ne suppose pas de réunir les conditions de la responsabilité civile et ce, quelle que soit la nature du droit violé. Il suffit qu’un tiers revendique à son profit l’exercice des prérogatives contenues dans la structure d’un droit pour que l’opposabilité se manifeste¹⁰⁴⁵.

S’il est certain que la nature du conflit qui pourrait opposer deux personnes relativement à un même droit varie selon la nature du droit considéré – le conflit qui pourrait naître entre un

¹⁰⁴⁰ Rappr. V. MAZEAUD, « Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RTD Civ.* 2014, p. 29, spéc. n° 7 et 17 s., relevant que les titulaires de droits patrimoniaux peuvent se prévaloir de la protection généralement accordée aux propriétaires.

¹⁰⁴¹ Pour une application de cette idée en droit pénal, v. R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, préf. V. Malabat, coll. « Nvllle Bibliothèques de Thèses », vol. 98, 2010, *passim*. L’auteur relève ainsi que la protection pénale du patrimoine passe par la protection des droits patrimoniaux, comme suite de leur opposabilité *erga omnes*, notant que l’on ne protège pas simplement le droit de propriété, mais une « pluralité de droits patrimoniaux » (*ibid.*, p. 10, n° 10). Rappr. N. LORY, *La saisie pénale des biens incorporels*, préf. G. Roussel, L’Harmattan, coll. « Bibliothèques de droit », 2016, pp. 102-103.

¹⁰⁴² Ainsi que le relève justement Monsieur Dross, « l’opposabilité étant un trait commun à tous les droits, elle devrait se voir attribuer une action dédiée. Parce que le concept n’a été dégagé que récemment, parce qu’on a longtemps pensé que seuls les droits réels étaient opposables *erga omnes*, c’est naturellement le terme de revendication que l’on emploie pour exprimer les hypothèses où le titulaire d’un droit entend l’opposer à un tiers qui s’en prétend lui-même investi afin de l’exercer » (W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 917, n° 499-1).

¹⁰⁴³ T. LAKSSIMI, *La summa divisio des droits réels et des droits personnels. Étude critique*, préf. P. Jacques, Dalloz, coll. « Nvllle Bibliothèque de Thèses », vol. 155, 2016, p. 25, n° 22.

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*, p. 103, n° 154.

¹⁰⁴⁵ En ce sens, Monsieur Lakssimi souligne que « les règles applicables à la préservation des droits réels et des droits personnels ne dépendent pas de la nature, réelle ou personnelle, du droit violé. La protection d’un droit, quel qu’il soit, ne saurait, en réalité, être conditionnée par d’autres critères que sa simple violation, entendue comme une contestation de la titularité. Cette négation du droit d’autrui constitue la seule et unique condition de mise en œuvre de la défense d’un droit » (*ibid.*, p. 100, n° 145).

propriétaire et un possesseur relativement à une même chose se distingue en effet du conflit qui pourrait opposer deux créanciers relativement à une même prestation –, il n'en demeure pas moins question, comme le note Monsieur Lakssimi, « dans les deux cas, de contestation de titularité : unique condition de mise en œuvre de la protection des droits »¹⁰⁴⁶. Aussi convient-il d'envisager de manière globale la mise en œuvre de l'opposabilité des droits subjectifs et plus spécifiquement des droits patrimoniaux, objets de l'étude. Deux aspects peuvent être distingués : en amont, la revendication, qui permet de trancher le conflit de titularité et qui s'ouvre à l'ensemble des droits ; en aval, la cessation de l'illicite qui permet de réinvestir le titulaire dans l'exclusivité des prérogatives attachées à son droit. Seul importe ici le premier aspect : expression de l'opposabilité des droits subjectifs, la revendication apparaît comme l'action par laquelle l'exclusivité d'un droit subjectif – et non du seul droit réel – est réaffirmée. Encore s'agit-il de bien circonscrire le domaine de cette action. À l'examen des frontières de l'action en revendication (A), succédera celui de son domaine (B).

A. Les frontières de l'action en revendication

215. Sens de l'action en revendication. Il est traditionnel de présenter l'action en revendication, à l'image des autres actions pétitoires que sont les actions confessoires et négatoires, comme une action réelle, destinée à sanctionner la violation des seuls droits réels et plus particulièrement du droit de propriété¹⁰⁴⁷. Pour classique qu'elle soit, une telle présentation doit être dépassée. Dans la mesure où chaque droit subjectif est opposable *erga omnes*, il n'est pas justifié de cantonner l'action en revendication, qui est la traduction concrète de l'opposabilité, à la seule sphère des droits réels¹⁰⁴⁸. Sitôt qu'un tiers se prétend titulaire d'un droit au détriment de son véritable titulaire, il doit pouvoir être offert à ce dernier, quel que soit

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, p. 103, n° 154.

¹⁰⁴⁷ V. not. R.-J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, t. I, *op. cit.*, pp. 277-278 ; V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. II, 8^{ème} éd., Paris, Delamotte Fils et C^{ie}, 1886, p. 378, n° 367 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens*, *op. cit.*, p. 499, n° 437 ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, p. 399, n° 506 ; C. LARROUMET et B. MALLET-BRICOUT, *Traité de droit civil*, t. II : *Les biens, droits réels principaux*, *op. cit.*, p. 103, n° 198 ; W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, *op. cit.*, p. 86, n° 43.

¹⁰⁴⁸ Rapp. R. WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, *op. cit.*, p. 140, n° 152, qui considère ainsi que l'opposabilité du droit personnel se manifeste à travers le droit offert au créancier de « revendiquer sa créance ou sa qualité de créancier, même si un tiers est possession de la créance. Ce droit de suite appartient donc au créancier de la même façon qu'au titulaire d'un droit réel ».

son droit, le moyen de prouver sa qualité et de la défendre¹⁰⁴⁹. Car, somme toute, la revendication ne désigne en fin de compte que l'action par laquelle le titulaire d'un droit se revendique comme tel, l'action par laquelle il prouve son droit face à autrui et partant le défend, ni plus, ni moins¹⁰⁵⁰. Faire de la revendication une action offerte au seul titulaire d'un droit réel relève donc d'une analyse étriquée du concept d'opposabilité, tout comme affirmer que l'action en revendication permet au seul titulaire d'un droit réel de recouvrer les utilités contestées d'une chose revient à confondre revendication et restitution¹⁰⁵¹ : dans cette dernière hypothèse, la restitution est moins celle des utilités de la chose que des prérogatives qui permettent au titulaire d'un droit réel d'en jouir et n'apparaît en toute hypothèse que comme une des manifestations de la cessation de l'illicite. Tout droit subjectif, parce qu'il est opposable à autrui et qu'il est susceptible d'être violé, peut être revendiqué si les conditions qui y président sont remplies¹⁰⁵².

L'action en revendication a vocation à jouer sitôt qu'un tiers revendique à son profit les mêmes prérogatives que le titulaire véritable du droit ou du moins une partie de ses prérogatives. Trois remarques peuvent être faites afin de circonscrire le domaine de l'action en revendication : la revendication se distingue de la responsabilité (1), des actions offertes au créancier (2) et de la restitution (3).

1. Revendication et responsabilité

216. Hypothèses. L'action en revendication ne suppose pas la démonstration d'un préjudice : seul compte le fait que l'exclusivité attachée à la titularité d'un droit subjectif se

¹⁰⁴⁹ En ce sens, T. LAKSSIMI, *La summa divisio des droits réels et des droits personnels. Étude critique, op. cit.*, p. 109, n° 161 : « lorsqu'une personne émet des prétentions juridiques sur un droit personnel au détriment du véritable titulaire – du *versus dominus*, dit-on en matière de droit de propriété –, la violation de la sphère d'exclusivité de ce dernier est caractérisée [...]. Le conflit de titularité d'un droit personnel apparaît ainsi strictement identique à celui d'un droit réel. Il existe une seule et unique condition : la violation non consentie du droit, entendue comme une contestation effective de la titularité, une usurpation en somme ».

¹⁰⁵⁰ Il est ainsi inutile de recourir à la propriété des créances pour justifier cette idée, la revendication apparaissant alors comme le moyen de sauvegarder la titularité du droit subjectif (rapp. W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 917, n° 499-1, qui relève que « dès lors que seule l'opposabilité du droit est en cause, il n'y a pas lieu d'en tirer quelconque conclusion quant à l'existence d'un droit de propriété, à moins de confondre, comme certains le font, propriété et opposabilité »). *Contra.* J.-P. VIENNOIS, « La revendication des créances », *RRJ* 2001-4 (I), p. 1421, spéc. p. 1424, n° 9, subordonnant l'exercice de la revendication des créances à la reconnaissance d'une propriété de la créance.

¹⁰⁵¹ Considérant ainsi que la revendication « a pour objectif de ramener le bien dans le patrimoine de celui qui en a été dessaisi », Y. STRICKLER, *Les biens, op. cit.*, p. 71, n° 44.

¹⁰⁵² Ainsi redéfinie, la revendication peut voir la pétition d'hérédité lui être utilement rapprochée, celle-ci ayant « pour objet propre la qualité de successeur universel, que revendique le demandeur, auquel le défendeur la dénie » (M. GRIMALDI, *Droit des successions*, LexisNexis, coll. « Manuel », 7^{ème} éd., 2017, p. 445, n° 568. Rapp. P. MALAURIE et C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, coll. « Droit civil », 7^{ème} éd., 2016, p. 172, n° 295).

trouve menacée par les prétentions d'un tiers, peu important au demeurant sa bonne ou mauvaise foi¹⁰⁵³. C'est ce qu'a pu retenir la Cour de cassation pour sanctionner l'empiètement¹⁰⁵⁴ ou l'atteinte à la vie privée¹⁰⁵⁵ : dans ces hypothèses, la preuve d'un préjudice est inutile, tout comme la démonstration d'une faute qui s'infère de la seule violation du droit¹⁰⁵⁶.

En outre, l'action en revendication n'a vocation à jouer que si l'exclusivité du droit se trouve mise en cause par un tiers. L'on en déduit que l'action en réparation intentée par le propriétaire d'une chose à l'encontre d'un tiers lui ayant causé un dommage ne relève pas de l'action en revendication, le tiers ne revendiquant nullement les prérogatives attachées au droit de propriété¹⁰⁵⁷. Le raisonnement est identique en matière de droits personnels. L'inexécution de l'obligation par le débiteur ne saurait constituer un cas propice à l'élévation d'un conflit de titularité¹⁰⁵⁸, quand bien même il contesterait la qualité de créancier de son cocontractant : dans cette situation, le débiteur ne revendique pas à son profit les prérogatives du créancier mais refuse purement et simplement d'accomplir sa prestation¹⁰⁵⁹. L'engagement de sa responsabilité civile ne saurait donc être analysé comme un moyen de rétablir le créancier dans ses prérogatives, pour une double raison : celles-ci n'ont jamais été revendiquées par le débiteur mais simplement contestées ou plus généralement ignorées ; l'engagement de la responsabilité civile – ne serait-ce que dans une vision traditionnelle de celle-ci – n'a pas pour fonction de trancher un conflit de titularité pour l'avenir, mais de réparer un préjudice passé.

¹⁰⁵³ Ainsi la mauvaise foi d'un possesseur ne saurait faire obstacle au jeu de l'usucapion trentenaire en matière immobilière (C. civ., art. 2258), la bonne foi du possesseur ne jouant que sur la durée du délai de prescription (C. civ., art. 2272).

¹⁰⁵⁴ Cass. 3^{ème} civ., 10 novembre 1992, n° 90-19.944, *Bull. civ.* III, n° 292.

¹⁰⁵⁵ Cass. 1^{ère} civ., 5 novembre 1996, n° 94-14.798, *Bull. civ.* I, n° 378 ; Cass. 1^{ère} civ., 25 février 1997, n° 95-13.545, *Bull. civ.* I, n° 73 ; Cass. 3^{ème} civ., 25 février 2004, n° 02-18.081, *Bull. civ.* III, n° 41.

¹⁰⁵⁶ Des auteurs relèvent d'ailleurs au sujet des droits de la personnalité – mais le propos peut être étendu à l'ensemble des droits subjectifs – que « l'abandon de toute allusion à la responsabilité civile et aux textes qui la fondent incite à penser qu'une étape a été franchie vers la complète émancipation des droits de la personnalité et, plus généralement peut-être, vers une protection autonome de certains droits subjectifs » (G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, p. 456, n° 449).

¹⁰⁵⁷ Il en va notamment des troubles anormaux du voisinage, dont le régime relève essentiellement de la responsabilité civile malgré l'autonomisation du fondement (sur cette question, v. W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, *op. cit.*, pp. 138 s., n° 74 s.).

¹⁰⁵⁸ En ce sens, v. T. LAKSSIMI, *La summa divisio des droits réels et des droits personnels. Étude critique*, *op. cit.*, p. 107, n° 159.

¹⁰⁵⁹ Il en va de même lorsqu'un tiers intervient dans l'inexécution, pour les mêmes raisons.

217. Conflit entre bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente ou d'un pacte de préférence et tiers acquéreur. Une hypothèse proche de la précédente mérite d'être soulevée et qui, en dépit des apparences, ne saurait correspondre à un véritable cas de conflit de titularité. L'hypothèse concerne le litige pouvant surgir entre le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente ou d'un pacte de préférence et un tiers acquéreur, à raison de l'attitude du promettant qui vendrait ou proposerait le bien à ce dernier en violation du contrat de promesse ou de préférence. À première vue, tout laisse à penser que les sanctions prévues par les articles 1123 et 1124 du Code civil, s'agissant tant du pacte de préférence que de la promesse unilatérale de vente, seraient des mécanismes destinés à préserver l'exclusivité du bénéficiaire sur sa créance. Il est vrai que la violation d'un pacte de préférence par un tiers qui en connaissait l'existence et qui savait l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir peut éventuellement être sanctionnée, conformément à l'article 1123, alinéa 2 du Code civil, par la substitution du bénéficiaire au tiers. De même, dans la mesure où le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente ne saurait être affecté par sa révocation tant que court son délai d'option, toute vente conclue en violation de la promesse unilatérale de vente entre le promettant et un tiers de mauvaise foi est susceptible d'être annulée, le bénéficiaire pouvant alors lever l'option et ignorer la vente conclue entre le promettant et le tiers, conformément cette fois-ci aux alinéas 2 et 3 de l'article 1124 du Code civil. Il est certain que, dans ces situations, le créancier (bénéficiaire d'un pacte de préférence ou d'une promesse unilatérale de vente) se trouve empêché d'exercer son droit par le fait d'un tiers, souvent avec la complicité du promettant lui-même. Le législateur, en autorisant par conséquent le bénéficiaire à se substituer au tiers (pacte de préférence) ou en lui permettant de conclure la vente malgré l'interposition du tiers (promesse unilatérale de vente), semblerait prendre la mesure de l'exclusivité du droit de créance appartenant au bénéficiaire, en permettant à celui-ci de concrétiser sa créance en le mettant en position de conclure le contrat préparé par le pacte de préférence ou la promesse unilatérale de vente. Selon Monsieur Dross, l'existence d'une réparation en nature permettrait de « renouer avec l'idée que le titulaire du droit violé doit pouvoir en obtenir le respect », en exigeant « qu'il soit mis fin à la situation illicite »¹⁰⁶⁰.

Il ne semble pas toutefois qu'un conflit de titularité existe entre le bénéficiaire et le tiers relativement à une même créance¹⁰⁶¹, quand bien même le tiers, en contractant avec le promettant, finit inmanquablement par stériliser les prérogatives du bénéficiaire en vidant de

¹⁰⁶⁰ W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, op. cit., p. 270, n° 139-2.

¹⁰⁶¹ En ce sens, T. LAKSSIMI, *La summa divisio des droits réels et des droits personnels. Étude critique*, op. cit., p. 133, n° 188.

tout contenu le droit de ce dernier. Aucune dispute n'existe quant à la titularité des prérogatives relevant d'un droit personnel : dans ces hypothèses, le tiers ne fait que contribuer, indirectement, à l'inexécution par le promettant de ses propres obligations à l'égard du bénéficiaire. En aucun cas, il ne porte atteinte à l'exclusivité attachée au droit de ce dernier, le tiers n'empiétant pas sur les prérogatives du bénéficiaire. En somme l'exclusivité du droit de créance ne se trouve pas mise en cause par la concurrence pouvant exister entre le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente ou d'un pacte de préférence et le tiers qui bénéficierait ultimement du bien promis ou offert à la préférence. L'absence de satisfaction du bénéficiaire du pacte de préférence ou de la promesse unilatérale de vente ne résulte pas, en effet, de l'élévation d'un conflit de titularité mais d'une faute du promettant qui aura manqué aussi bien à une obligation de faire qu'à une obligation de ne pas faire¹⁰⁶². S'agissant du pacte de préférence, cela est parfaitement clair : en vendant le bien à un tiers, le promettant manque à son obligation de proposer le bien de manière prioritaire au bénéficiaire et à celle de ne pas le vendre à autrui sans l'avoir proposé antérieurement au bénéficiaire. S'agissant de la promesse unilatérale de vente, les données sont identiques : en vendant le bien à un tiers, le promettant manque à son obligation de maintenir le délai d'option et à celle de ne pas le vendre à autrui. La levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse unilatérale de vente doit donc demeurer par principe sans effet sur la constitution de la vente ultérieure, le litige se nouant uniquement entre le bénéficiaire et le promettant revenant sur sa parole à son égard.

Il faut alors analyser les sanctions prévues par les textes susvisées comme des moyens de punir le tiers de mauvaise foi (condition de connaissance de l'existence du pacte de préférence ou de la promesse unilatérale de vente) ou coupable de fraude (condition supplémentaire de connaissance de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du seul pacte de préférence) et non comme des moyens de rétablir le bénéficiaire dans son droit. L'on s'en convaincra en observant que le tiers peut échapper à toute sanction sitôt qu'il établit sa bonne foi. Si le promettant violant sa parole s'expose systématiquement à l'engagement de sa responsabilité civile, celle du tiers est dans la stricte dépendance de l'établissement par le bénéficiaire de sa mauvaise foi. La logique ici à l'œuvre est donc une logique de responsabilité civile et de punition – puisqu'elle repose sur l'établissement d'une faute et d'un préjudice – et non de cessation de l'illicite. La cessation de l'illicite n'est qu'un effet dérivé de l'engagement premier de la responsabilité civile du promettant et du tiers ; elle est moins recherchée pour elle-même, comme moyen de

¹⁰⁶² Sur la nature du droit d'option appartenant au bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente, cf. infra n° 295 s.

préservent l'exclusivité du droit de créance du bénéficiaire, que comme un moyen énergique de sanctionner un tiers de mauvaise foi ou coupable de fraude.

2. Revendication et actions offertes au créancier

218. Actions paulienne et oblique. L'action en revendication supposant l'existence d'un conflit de titularité, son domaine se limite aux seuls cas où l'exclusivité du droit se trouve mise en cause et non pas simplement son effectivité. Dès lors, l'on ne saurait considérer les actions offertes au créancier et destinées à préserver la substance de son droit de gage général comme de véritables actions en revendication¹⁰⁶³. Par l'action oblique et l'action paulienne, le créancier cherche en effet moins à revendiquer la titularité d'un droit de créance, point non contesté, qu'à assurer l'effectivité de ce droit¹⁰⁶⁴, soit en exerçant les prérogatives de son propre débiteur, soit en reformant en quelque sorte le patrimoine de ce dernier, lequel constitue l'assiette de son droit de poursuite, augmentant ainsi ses chances de recevoir un paiement¹⁰⁶⁵.

S'il est certain que le domaine de l'action paulienne connaît une extension remarquable depuis plusieurs années¹⁰⁶⁶, l'on ne saurait toutefois considérer que cette extension suffise à en transformer la nature : l'action paulienne ne saurait être vue comme une mesure destinée à trancher un conflit de titularité¹⁰⁶⁷, demeurant une mesure destinée à préserver le droit de gage général des créanciers¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶³ *Contra*. 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) », *RRJ* 2004 (I), p. 789, spéc. p. 790, n° 3.

¹⁰⁶⁴ *Rappr.* J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. III : *Le rapport d'obligation*, 9^{ème} éd., Sirey, 2015, p. 80, n° 81, qui soulignent que ces actions ont pour objet d'éviter au créancier « un dépérissement de son droit par le fait du débiteur ».

¹⁰⁶⁵ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 833, n° 919.

¹⁰⁶⁶ W. DROSS, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 1341-1 », 2020, n° 12 s. et du même auteur, v° « Art. 1341-2 », 2020, n° 46 s. et la jurisprudence citée. Sur la question, v. aussi G. GOUBEAUX, « La carence du débiteur, condition de l'action oblique. Questions de fond et questions de preuve », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 147 *sq.*

¹⁰⁶⁷ En ce sens, v. Y. EMERICH, *La propriété des créances : approche comparative*, *op. cit.*, p. 394, n° 730.

¹⁰⁶⁸ V. toutefois Cass. 3^{ème} civ., 6 octobre 2004, n° 03-15.392, *Bull. civ.* III, n° 163, admettant la recevabilité de l'action paulienne dans la résolution du litige opposant indirectement un donataire de bonne foi d'un bien immobilier ayant publié son droit et le bénéficiaire d'une promesse synallagmatique antérieure ne l'ayant pas publié. La Cour de cassation analyse en l'espèce la donation d'un bien immobilier à un donataire postérieurement à la conclusion d'une promesse de vente avec d'autres acquéreurs comme un acte frauduleux, rendant donc inopposable aux acquéreurs la mutation pourtant publiée, et leur permettant de conclure le contrat projeté. Pour une critique de cette solution, cf. *infra* note sous n° 231.

3. Revendication et restitution

219. La « revendication » dans les procédures collectives. L'action en revendication étant destinée à lever un doute sur la titularité d'un droit et donc à trancher un éventuel conflit de titularité, elle ne concerne pas les hypothèses dans lesquelles celle-ci n'est pas contestée. Tel est notamment le cas lorsqu'un débiteur placé en procédure collective subit « l'action en revendication » intentée par le propriétaire d'une chose dont le débiteur n'est que détenteur en vertu d'un contrat¹⁰⁶⁹ conformément aux articles L. 624-9 et suivants du Code de commerce ou lorsqu'un propriétaire « revendique » la créance de prix non encore payée se substituant à la chose dans l'hypothèse où celle-ci aurait été aliénée par le débiteur ou détruite. À proprement parler, aucun véritable conflit de titularité n'existe, le débiteur ne se réclamant pas propriétaire de la chose contre le revendicateur¹⁰⁷⁰. Au fond, dans cette situation, le revendicateur cherche moins à faire reconnaître sa qualité de propriétaire dans le cadre d'un procès pétitoire qu'à se voir restituer la chose objet du contrat qui le lie au débiteur¹⁰⁷¹. Aussi peut-on analyser « l'action en revendication » en procédure collective comme le moyen pour le propriétaire, non pas de véritablement prouver son droit, mais d'informer les organes de la procédure de sa volonté de reprendre la chose en établissant l'existence du contrat qui le lie au débiteur¹⁰⁷² et qui révèle ce dernier comme un simple détenteur de la chose¹⁰⁷³. L'enfermement de la « revendication » dans un délai préfix apparaît d'ailleurs comme la garantie que la procédure soit bénéfique au

¹⁰⁶⁹ V. également Cass. com., 14 novembre 2000, n° 97-21.523, *Bull. civ. I*, n° 175, reconnaissant au dépositaire une « action en revendication » contre un sous-dépositaire.

¹⁰⁷⁰ Rapp. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, pp. 317-318, n° 196, qui distinguent les actions « selon que le droit de propriété est ou non contesté », ajoutant que « lorsque le propriétaire est tenu de prouver son droit parce qu'il est contesté, l'action en restitution prend, en effet, un caractère spécifique et s'exerce selon un régime qui lui est propre ; elle devient une action en revendication »

¹⁰⁷¹ *Ibid.*, pp. 318-319, n° 197 : « la revendication doit être distinguée des restitutions qui sont demandées sur le fondement d'un contrat et qui ne sont donc pas dirigées contre un tiers. Tel est le cas notamment lorsque le défendeur possède la chose au titre d'un prêt, d'un dépôt ou d'un louage. Le demandeur n'a pas à démontrer son droit de propriété dans de telles actions de nature personnelle, mais simplement l'existence et le contenu du contrat qui l'autorise à exiger la restitution ». Dans le même sens, v. W. DROSS, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 2276 et 2277 », *op. cit.*, n° 15 et du même auteur, « La revendication dans les procédures collectives : une imposture ? », *Dr. et patr.*, n° 200, 1^{er} février 2011, p. 30 *sq.*

¹⁰⁷² Dans certains cas, le revendicateur sera tout de même dispensé d'agir dans le délai préfix, la publicité de son droit étant déjà assurée. V. ainsi CMF, art. L. 313-10 en matière de crédit-bail.

¹⁰⁷³ En ce sens, v. L. D'AVOUT, « Notions fondamentales et domaine du droit privé des biens. Comparaisons franco-allemandes », in M. GRIMALDI, N. KANAYAMA, N. KATAYAMA et M. MEKKI (Dir.), *Le patrimoine au XXI^e siècle : regards croisés franco-japonais*, Société de législation comparée, 2012, p. 49, spéc. p. 74 : « la voie de droit spéciale des procédures collectives, improprement nommée, désigne simplement l'action consistant à se faire connaître des organes de la procédure, à peine d'inopposabilité subséquente du droit préférentiel ».

débiteur, en assurant aux organes de celle-ci une parfaite connaissance de l'intention du revendicateur¹⁰⁷⁴.

B. Le domaine de l'action en revendication

220. Double hypothèse. Ainsi circonscrite, l'action en revendication, destinée à trancher un conflit de titularité, trouve à s'appliquer dans deux séries d'hypothèses : lorsque les litigants revendiquent la même qualité (1) et lorsqu'ils revendiquent des qualités différentes mais incompatibles (2).

1. Les litigants revendiquent la même qualité

221. Division. Le conflit de titularité peut d'abord opposer deux personnes revendiquant la même qualité, relativement au même objet. Cela concerne d'abord la situation dans laquelle le titulaire d'un droit se trouve concurrencé dans l'exercice de celui-ci par les prétentions d'un possesseur estimant que le droit lui appartient (a). Cela concerne aussi la situation dans laquelle le titulaire d'un droit patrimonial l'ayant cédé à deux cessionnaires successifs, ces derniers revendiquent en conséquence la même qualité de propriétaire ou de créancier (b). S'il existe autant de règles de conflit que de situations conflictuelles¹⁰⁷⁵, toutes tendent au même but : assurer une personne de la titularité du droit contesté et des prérogatives qui y sont associées. Cependant, force est de constater que la satisfaction du titulaire du droit pourra bien souvent être sacrifiée, comme en matière de prescription acquisitive, sur l'autel de la sécurité du commerce ou de la paix sociale¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷⁴ Considérant ainsi que la connaissance de l'existence d'une clause de réserve de propriété par les organes de la procédure ne dispensait pas le propriétaire d'agir dans le délai préfix, Cass. com., 5 novembre 2013, n° 12-25.765, *Bull. civ.* IV, n° 162. Plus généralement, sur la connaissance par les organes de la procédure du patrimoine du débiteur, v. F. PÉROCHON, « La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives », *LPA* n° 239, 28 novembre 2008, p. 56, spéc. n° 3.

¹⁰⁷⁵ L'on peut encore songer au cas plus prosaïque où une personne usurperait, à la suite de manœuvres, la qualité de titulaire d'un droit au détriment de son véritable titulaire, pouvant par exemple se faire passer pour un bailleur auprès d'un locataire ou encore se faire passer pour propriétaire dans l'objectif de se faire remettre des fonds. Une telle hypothèse pourrait aisément rentrer dans le domaine de l'incrimination d'escroquerie (C. pén., art. 313-1), une personne trompant une autre en se présentant sous une fausse qualité

¹⁰⁷⁶ C. LARROUMET et B. MALLET-BRICOUT, *Traité de droit civil*, t. II : *Les biens, droits réels principaux*, op. cit., p. 71, n° 123.

a. En l'absence de transfert d'un droit

222. Titularité et possession. Le litige peut opposer le titulaire d'un droit à un possesseur du même droit, chacun revendiquant sa titularité. Quoique l'hypothèse soit banale, elle n'en demeure pas moins incertaine quant à son issue, aussi bien en matière immobilière (i) qu'en matière mobilière (ii).

i. En matière immobilière

223. Hypothèses. En matière immobilière, souvent à la faveur, par exemple, d'une contestation sur la limite séparative de deux fonds contigus, un conflit de titularité est susceptible d'apparaître entre deux personnes se prétendant pareillement propriétaires du même immeuble. L'un agira donc en revendication contre l'autre, dans l'objectif de voir recomposée l'assiette de son droit réel et de récupérer ainsi à son profit les utilités de la chose également revendiquée par le défendeur. Ainsi, si les deux litigants apparaissent en fait comme des possesseurs, seul l'un d'eux est, en droit, le véritable propriétaire.

224. Indifférence de la prescription acquisitive. L'on peut, d'emblée, mettre de côté l'obstacle à la revendication que constituerait la prescription acquisitive investissant le possesseur d'un titre de propriété incontestable. Si l'action en revendication attachée au droit de propriété est normalement imprescriptible¹⁰⁷⁷, c'est dans la limite des règles relatives à la prescription acquisitive qui finissent par faire correspondre le fait au droit. Le véritable obstacle, pour le demandeur, est donc probatoire : en tant que défendeur et possesseur, son adversaire est en effet présumé être propriétaire de l'immeuble¹⁰⁷⁸, se trouvant dispensé de prouver son titre.

225. L'obstacle probatoire. Si la présomption offerte au demandeur n'est qu'une présomption simple susceptible d'être renversée par tout moyen¹⁰⁷⁹, cette présomption demeure très avantageuse pour le défendeur qui n'a pas à faire la preuve de son droit. En vertu de la règle « *actori incumbit probatio* », la charge de preuve pèse en effet sur le demandeur qui doit prouver non seulement que lui-même est bien titulaire du droit contesté, mais encore que le défendeur ne l'est pas¹⁰⁸⁰. Faute de parvenir à établir la réalité de son propre titre, le demandeur

¹⁰⁷⁷ C. civ., art. 2227. V. Cass. 3^{ème} civ., 17 juin 2011, préc.

¹⁰⁷⁸ C. civ., art. 2256.

¹⁰⁷⁹ Cass. 1^{ère} civ., 11 janvier 2000, n° 97-15.406, *Bull. civ. I*, n° 5.

¹⁰⁸⁰ Sur cette double exigence, v. not. Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 1965, n° 63-10.057, *Bull. civ. I*, n° 288.

succombera pour la raison que, le défendeur étant également possesseur, sa présomption ne sera pas trouvée renversée : « *in pari cause, melior est possidenti* »¹⁰⁸¹.

226. Preuve de la titularité. Quant aux preuves que le revendicateur pourrait apporter, les choses ne sont pas évidentes. Faute généralement de pouvoir prouver de manière parfaite son droit de propriété (sauf à prouver que les conditions de l'usucapion sont réunies à son profit et donc qu'il a, pendant le délai requis, pu prescrire le droit qu'il possédait antérieurement lui-même¹⁰⁸²), le demandeur doit se satisfaire de preuves imparfaites, comme des indices, des présomptions de faits¹⁰⁸³ ou même un titre : en présentant un titre d'acquisition, le revendicateur prouve moins qu'il est titulaire du droit qu'il ne tient son droit d'un auteur, dont la titularité du droit peut encore être discutée (*probatio diabolica*). C'est d'ailleurs ce qu'a retenu la Cour de cassation, considérant que l'inscription d'une mutation immobilière sur les registres de la publicité foncière ne valait pas preuve de la propriété¹⁰⁸⁴. La Cour de cassation considère encore – mais tel ne fut pas toujours le cas¹⁰⁸⁵ – que la production par le demandeur d'un titre antérieur à la possession du défendeur ne garantit pas au demandeur qu'il l'emportera, puisqu'il est tout à fait possible de prescrire contre un titre antérieur¹⁰⁸⁶. Somme toute, l'emportera celui qui sera à même de fournir la preuve la plus vraisemblable, seule la sagesse du juge, exclusive de toute hiérarchie des preuves, permettant de trancher le litige.

227. Conflits de preuves. Lorsque les litigants invoquent tous deux un titre au soutien de leur prétention, deux hypothèses doivent être distinguées, selon que le titre émane ou non du même auteur. Si tel est le cas, l'emportera celui dont le titre est le plus ancien, en application de la règle « *prior tempore potior jure* », sauf lorsque les règles de la publicité foncière s'appliquent, auquel cas l'emportera celui qui l'aura publié le premier, sous réserve de sa bonne foi. Si tel n'est pas le cas, donc si les titres émanent d'auteurs différents, il reviendra au juge de déterminer le titre le plus probant en recourant le plus souvent à des indices (qualité des auteurs,

¹⁰⁸¹ Cass. 3^{ème} civ., 22 juin 1976, n° 74-14.652, *Bull. civ.* III n° 279.

¹⁰⁸² C. civ., art. 2272. Notons cela dit que le demandeur n'est pas à l'abri pour autant : si le défendeur démontre qu'il a également possédé le droit le temps nécessaire à l'usucapion et étant en possession actuelle de la chose, il l'emportera.

¹⁰⁸³ C. LARROUMET et B. MALLET-BRICOUT, *Traité de droit civil*, t. II : *Les biens, droits réels principaux*, op. cit., pp. 420-421, n° 678.

¹⁰⁸⁴ Cass. civ., 29 décembre 1954, *JCP* 1955, II, 8562.

¹⁰⁸⁵ Cass. req., 15 novembre 1897, *DP* 1898, 1, p. 38 ; Cass. civ., 12 novembre 1907, *DP* 1908, 1, p. 313.

¹⁰⁸⁶ Cass. 3^{ème} civ., 4 décembre 1991, n° 89-14.921, *Bull. civ.* III, n° 306. Sur la question, v. J. DJOUDI, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Revendication », 2019, n° 67-69.

date, publicité foncière, indications cadastrales, indices matériels, etc.). Mais dans l'hypothèse où les titres se valent, alors c'est encore celui qui sera en possession actuelle de la chose qui l'emportera, sa présomption de titre n'ayant pu être renversée.

Lorsque le litige oppose cette fois-ci un demandeur se prévalant d'un titre et un défendeur se prévalant de sa possession, il revient au demandeur, pour l'emporter, de « corroborer son titre par une possession antérieure exempte de vices »¹⁰⁸⁷, ou encore de démontrer que la possession du défendeur est viciée.

Lorsqu'enfin aucun des litigants n'apporte de titre, prime encore celui qui est en possession. Ce peut être évidemment la possession du défendeur. Mais il se peut aussi que le demandeur invoque une possession antérieure solide, auquel cas il lui faut établir également¹⁰⁸⁸, pour l'emporter, que la possession actuelle du défendeur est viciée.

ii. En matière mobilière

228. Système de l'article 2276 du Code civil. En matière mobilière, l'issue est encore plus incertaine, à raison de la règle posée par l'article 2276 du Code civil.

Pris dans sa fonction probatoire, l'article 2276, al. 1 du Code civil investit le possesseur actuel d'une présomption simple de titre (translatif ou constitutif de droit), serait-il, par hypothèse, dans l'impossibilité de le produire, dans le cas enfin où le droit aurait été acquis *a domino*¹⁰⁸⁹. Parce que ce texte opère dans sa fonction probatoire un renversement de la charge de la preuve, le revendicateur ne peut espérer l'emporter contre le possesseur qu'à certaines conditions. Outre qu'il doit prouver une possession antérieure meilleure ou la titularité du droit, il lui faut établir qu'il n'a transféré aucun droit au possesseur (donc que ce dernier n'a aucun

¹⁰⁸⁷ C. LARROUMET et B. MALLET-BRICOUT, *Traité de droit civil*, t. II : *Les biens, droits réels principaux*, *op. cit.*, p. 431, n° 693.

¹⁰⁸⁸ La seule preuve de la précarité de la possession du défendeur ne suffit pas en effet à renverser la présomption de titre dont il bénéficie : encore faut-il que le demandeur établisse une preuve de sa possession antérieure. Sur ce point, v. C. LARROUMET et B. MALLET-BRICOUT, *Traité de droit civil*, t. II : *Les biens, droits réels principaux*, *op. cit.*, p. 432, n° 694).

¹⁰⁸⁹ *Contra*. W. DROSS, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 2276 et 2277 », *op. cit.*, n° 15, considérant que « l'article 2276 n'a en vérité aucun rôle à jouer lorsque le litige se noue entre des parties qui s'estiment liées par un contrat relatif au meuble disputé. Dans ce cas, l'action intentée a une nature purement personnelle », ajoutant que « lorsque le demandeur réclame à un défendeur qu'il tient pour son ayant-cause la restitution du meuble motif pris soit de la nature du contrat, contrat qui l'oblige précisément à une telle restitution (prêt, dépôt, séquestre, etc.), soit de ses vices (nullité) soit de son inexécution (résolution), seul l'article 1353 du Code civil a vocation à s'appliquer ». Si la remarque est juste, elle n'est pourtant qu'en partie vraie. Toutes les fois que le demandeur se trouve dans l'impossibilité de prouver l'existence d'une convention qui le lie au détenteur et toutes les fois que ce dernier se dit possesseur du droit, il est bien question d'action en revendication.

titre¹⁰⁹⁰) ou prouver que la possession dont se prévaut le possesseur est entachée d'un vice (en s'attaquant à la possession, il s'attaque du même coup au titre que celle-ci présume).

Pris dans sa fonction acquisitive, l'article 2276, al. 1 du Code civil protège cette fois-ci plus radicalement encore le possesseur *a non domino* dans l'hypothèse où le *verus dominus* intenterait une action en revendication contre lui. Le possesseur se trouve en effet, par l'effet de la possession et sous la condition de sa bonne foi, investi d'un titre, dont les vices (défaut de qualité de l'auteur) sont purgés au nom de la sécurité du commerce. Le seul moyen pour le demandeur de l'emporter est donc, sauf l'hypothèse de la revendication triennale des meubles perdus ou volés prévue à l'alinéa 2 de l'article 2276 du Code civil, de démontrer la mauvaise foi du possesseur, de prouver qu'il connaissait le défaut de qualité de son auteur, mais encore d'établir à son profit l'existence d'un droit antérieur meilleur.

Ainsi qu'on le voit, la mise en œuvre de l'opposabilité du droit peut facilement être mise en échec par la possession qu'en aurait autrui.

b. En cas de transfert d'un droit

229. Transferts successifs d'un même droit. Le litige peut aussi opposer deux personnes s'estimant pareillement titulaire d'un droit patrimonial, après que le cédant le leur eut respectivement cédé. À nouveau, il est peu certain que le premier cessionnaire l'emporte systématiquement dans le conflit qui l'opposerait au second cessionnaire. Cela se remarque tant en matière personnelle (i) qu'en matière réelle (ii).

i. En matière personnelle

230. Hypothèse : cession d'une même créance. Dans l'hypothèse, déjà rencontrée¹⁰⁹¹, du transfert d'une même créance à deux cessionnaires successifs et par application de l'article 1325 du Code civil, faveur est donnée au premier d'entre eux, n'aurait-il pas notifié la cession au débiteur cédé. L'opposabilité du droit du premier cessionnaire est ainsi automatiquement acquise par l'effet même de la cession, le second cessionnaire même de bonne foi devant

¹⁰⁹⁰ C'est ainsi que la Cour de cassation retient que le demandeur peut directement attaquer l'existence du titre dont le possesseur se prévaut : si le possesseur, qui prétend avoir reçu une chose en don manuel, bénéficie d'une présomption de titre translatif, il demeure possible pour le demandeur de prouver, non seulement que la possession est précaire, mais encore et directement « l'absence d'un tel don » (Cass. 1^{ère} civ., 30 septembre 2008, n° 07-16.396, inédit ; Cass. 1^{ère} civ., 8 février 2005, n° 03-12.227, inédit), une telle preuve pouvant passer par la démonstration de l'absence d'intention libérale de son auteur (Cass. 1^{ère} civ., 27 mars 2007, n° 05-11.154, inédit).

¹⁰⁹¹ Cf. supra n° 203.

succomber, l'article 1325 l'empêchant de se prévaloir de l'usucapion instantanée de la créance bien qu'il en soit possesseur¹⁰⁹². Deux hypothèses doivent cependant être distinguées.

Si le débiteur cédé ne s'est pas encore libéré auprès du second cessionnaire et que le premier cessionnaire finit par lui notifier sa créance, la mise en œuvre de l'opposabilité se traduit concrètement par la revendication de la qualité de créancier : le premier cessionnaire se voit pleinement réinvesti de ses droits, pouvant dès lors exiger du débiteur qu'il exécute sa prestation entre ses mains.

Si le *solvens* s'est en revanche déjà libéré entre les mains du second cessionnaire ayant procédé à la notification, la mise en œuvre de l'opposabilité se traduit différemment : il reste au premier cessionnaire la possibilité de former un « recours contre celui auquel le débiteur aurait fait un paiement » selon l'article 1325 et qui prend logiquement la voie de l'enrichissement sans cause¹⁰⁹³. Il est en effet certain que le *solvens* s'étant valablement acquitté de la dette entre les mains du second cessionnaire, aucun paiement ne peut plus être exigé de sa part, conformément à l'article 1342-3 du Code civil. Il est encore certain que, faute d'un paiement intervenu entre eux, le premier cessionnaire ne peut non plus agir en paiement de l'indu contre le second cessionnaire. Ne reste donc l'action *de in rem verso*, conformément à l'article 1303 du Code civil qui permet au premier cessionnaire, faute de pouvoir retrouver sa qualité de créancier – perdue par l'effet du paiement –, de récupérer une somme d'argent correspondant au produit de la créance, à savoir la somme que le *solvens* a versée à l'*accipiens*¹⁰⁹⁴.

ii. En matière réelle

231. Transfert d'un immeuble. En matière réelle, le conflit peut d'abord opposer deux cessionnaires successifs de la propriété d'un même immeuble, tous deux revendiquant la qualité de propriétaire. Dans cette hypothèse et contrairement à l'hypothèse précédente, priorité est

¹⁰⁹² Pour une critique de cette solution, cf. supra n° 203.

¹⁰⁹³ *Contra*. A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, op. cit., p. 194, n° 382 ; M. CABRILLAC, « Les conflits entre les cessionnaires d'une même créance transmise par bordereau », *D.* 1990, p. 127, spéc. n° 13 ; C. LARROUMET, « Le conflit entre cessionnaires successifs d'une créance transmise par bordereau », *JCP E* n° 41, 11 octobre 1990, 15877, spéc. n° 8.

¹⁰⁹⁴ Il ne saurait non plus être question d'une véritable revendication des sommes perçues par ce dernier, la Cour de cassation considérant que le créancier ne dispose d'aucun droit de propriété sur les sommes que le débiteur a versées au tiers que constitue le second cessionnaire (Cass. com., 10 mai 2000, n° 97-16.728, inédit ; Cass. com., 4 février 2003, n° 00-13.356, inédit). Sur ce point, v. not. W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, op. cit., pp. 916-917, n° 499-1.

donnée à celui qui a publié son droit le premier, sauf preuve de sa mauvaise foi¹⁰⁹⁵ et sauf l'hypothèse d'une fraude paulienne¹⁰⁹⁶, conformément aux articles 30, 1, alinéa 1^{er} du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière et 1198, alinéa 2 du Code civil. Ici, l'opposabilité du droit se trouve dans la dépendance de la réalisation d'une formalité publicitaire pouvant s'apparenter à un acte de possession, mais encore de la bonne foi du second acquéreur.

¹⁰⁹⁵ La formulation de l'article 1198, al. 2 du Code civil laisse quelque peu perplexe sur cette exception. Dans son dernier état, la jurisprudence considèrerait en effet que l'argument tiré de la mauvaise foi du second cessionnaire primo-publiant était inopérant pour rendre son droit inopposable au premier cessionnaire. Dans un arrêt remarqué de 2010 et dont la solution fut ensuite répétée, la Cour de cassation a ainsi estimé que la connaissance par le second cessionnaire primo-publiant d'une cession antérieure ne suffisait pas à la lui rendre opposable : seule compte la publication par le premier cessionnaire de l'acquisition (Cass. 3^{ème} civ., 10 février 2010, n° 08-21.656, *Bull. civ.* III, n° 41. Et dans le même sens, Cass. 3^{ème} civ., 12 janvier 2011, n° 10-10.667, *Bull. civ.* III, n° 5, considérant que les actes ou décisions judiciaires portant ou constatant mutation ou constitution de droits réels immobiliers sont inopposables aux tiers s'ils n'ont pas été publiés, en cas de ventes successives du même immeuble. V. enfin Cass. 3^{ème} civ., 19 juin 2012, n° 11-17.105, inédit ; Cass. 1^{ère} civ., 20 décembre 2012, n° 11-19.682, *Bull. civ.* I, n° 273 ; Cass. 1^{ère} civ., 11 septembre 2013, n° 12-23.357, *Bull. civ.* I, n° 169 ; Cass. 3^{ème} civ., 15 octobre 2015, n° 14-20.400, *Bull. civ.* III, n° 318). Aussi peut-on penser que la référence à la bonne foi dans l'article 1198, alinéa 2 du Code civil constitue un frein à cette jurisprudence pourtant établie : l'on abandonnerait alors l'exigence d'une collusion frauduleuse entre le cédant et le cessionnaire primo-publiant, sauf à entendre la mauvaise foi sous un angle très extensif, comme ce fut le cas à l'origine (v. not. Cass. req., 27 novembre 1893, *S.* 1894, 1, p. 385 ; Cass. 1^{ère} civ., 8 juin 1963, obs. J.-D. Bredin, *RTD Civ.* 1964, p. 141). Dès lors, cet article pourrait être lu comme une réactivation de la jurisprudence issue de l'arrêt « Vallet » de 1968 (Cass. 3^{ème} civ., 22 mars 1968, *Bull. civ.* III, n° 129. Dans le même sens, v. Cass. 3^{ème} civ., 3 octobre 1974, *JCP* 1975, II, 18001 ; Cass. 3^{ème} civ., 16 septembre 2009, n° 08-16.499, *Bull. civ.* III, n° 195), au terme de laquelle il fut considéré, jusqu'en 2010, que la connaissance, par le second acquéreur primo-publiant, de la première opération, suffisait à caractériser sa mauvaise foi. Plaidant en ce sens pour la suppression de l'exigence de « bonne foi » de l'article 1198, al. 2 du Code civil, v. L. AYNÈS (Dir.), « Pour une modernisation de la publicité foncière », *Rapport de la Commission de réforme de la publicité foncière*, *op. cit.*, p. 84.

¹⁰⁹⁶ La Cour de cassation considère en effet que « l'action paulienne est recevable, même si le débiteur n'est pas insolvable, dès lors que l'acte frauduleux a eu pour effet de rendre impossible l'exercice du droit spécial dont disposait le créancier sur la chose aliénée » (Cass. 3^{ème} civ., 6 octobre 2004, préc.). La solution étonne à plus d'un titre. Alors qu'un couple a vendu à un autre un immeuble (il s'agissait plus précisément d'une promesse synallagmatique de vente) avec paiement échelonné du prix, la réitération de la promesse de vente n'eut jamais lieu, de sorte que les vendeurs ont, 12 ans plus tard, fait donation de l'immeuble à leur fils. Devant les prétentions des acquéreurs déçus, les juges du fond ont rejeté leur demande, estimant qu'ils ne justifiaient d'aucune créance et que le conflit n'opposant pas un créancier à son débiteur mais deux acquéreurs successifs, il devait se résoudre par application des règles régissant la publicité foncière. Contre toute attente, la Cour de cassation cassa l'arrêt d'appel, élargissant ainsi considérablement le domaine de l'action paulienne, cessant de la cantonner aux hypothèses dans lesquelles le débiteur s'était rendu insolvable. Assimilant la créance dont se prévalait les acquéreurs déçus à un « droit spécial », quand bien même elle serait au fond une créance de délivrance, la Cour de cassation parvient à sauver une situation qui aurait dû se résoudre en faveur du donataire selon la cour d'appel. La solution est pourtant critiquable. D'abord, parce que le détour fait semble vain : la promesse de vente valant vente (C. civ., art. 1589, al. 1^{er}), si le donataire est de mauvaise foi, alors suffit-il d'en exciper pour, conformément à la jurisprudence « Vallet » encore de mise à la Cour de cassation, rendre la donation inopposable. De même peut-on relever que la Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer qu'il est inutile de prouver quelque fraude que ce soit en présence d'acte à titre gratuit (Cass. 1^{ère} civ., 23 avril 1981, n° 80-10.873, *Bull. civ.* I, n° 130 : « le bénéficiaire d'un acte à titre gratuit doit restituer la chose qu'il ait participé ou non à la fraude »). Enfin, parce que si le donataire est de bonne foi, rien ne justifie alors qu'il soit sacrifié au profit d'un primo-acquéreur négligent à user de la faculté prévue par l'article 37-2 du décret du 4 janvier 1955, alors même qu'il avait 12 ans pour le faire !

232. Transfert d'un meuble. Il en va de même dans l'hypothèse, enfin, dans laquelle la propriété d'une chose serait également transférée à deux cessionnaires successifs. La solution obéit au même principe, conformément à l'article 1198, alinéa 1^{er} du Code civil (ancien article 1141) : « lorsque deux acquéreurs successifs d'un même meuble corporel tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a pris possession de ce meuble en premier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi ». Tenue pour une application de l'article 2276 du Code civil¹⁰⁹⁷, la règle institue une préférence au profit du possesseur, la possession jouant un rôle publicitaire et révélant l'existence d'un droit de propriété. Il apparaît ainsi nettement que l'opposabilité du droit se trouve mise en échec par la possession de bonne foi du second cessionnaire.

2. Les litigants revendiquent des qualités différentes

233. Illustrations. Le conflit de titularité peut ensuite opposer deux personnes revendiquant des qualités différentes mais incompatibles. La situation est monnaie courante en matière de droits réels, opposant ainsi des propriétaires à des usagers relativement à une même chose, soit que les premiers contestent l'existence ou l'étendue du droit réel concédé, soit que les seconds revendiquent un tel droit sur la chose (a). Le conflit se rencontre encore en matière de droits personnels, dans les cas où une même créance fait l'objet de deux opérations concurrentes (b).

a. Le conflit entre propriétaire et usager

234. Les actions pétitoires. La première hypothèse est somme toute assez banale. Investi d'un droit exclusif de jouissance matérielle d'une chose, le propriétaire peut agir en revendication contre toute personne prétendant être investie d'un droit concurrent sur la chose, qu'il paraisse sous les traits d'un usufruitier ou d'un simple usager. L'action négatoire alors intentée par le propriétaire a pour finalité de nier l'existence ou l'étendue du droit du titulaire du droit réel concurrent et de réaffirmer le caractère exclusif de son droit.

Le raisonnement est le même lorsque l'usager ou l'usufruitier agit en revendication contre le propriétaire, par le biais d'une action confessoire. Investi d'un droit exclusif à la jouissance de certaines utilités de la chose, l'usufruitier ou l'usager peut ainsi contraindre le propriétaire à respecter la substance de son droit, en le lui opposant.

¹⁰⁹⁷ P. SIMLER, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 1196 à 1198 », 2017, n° 57.

b. Le conflit entre créancier ordinaire et créancier nanti

235. Importance de l'antériorité. La deuxième hypothèse est, là encore, assez courante. Un conflit de titularité est susceptible de s'élever entre le cessionnaire d'une créance et un créancier du cédant titulaire de son côté d'un nantissement sur cette même créance. Dans cette hypothèse, le cessionnaire et le créancier nanti revendiquent l'exercice de prérogatives semblables sur la créance mais tout de même distinctes : le cessionnaire revendique la titularité de la créance et le droit d'exiger l'exécution d'une prestation, tandis que le créancier nanti revendique un droit exclusif au paiement à titre de sûreté¹⁰⁹⁸, sans s'en voir toutefois transférer la titularité. À l'image du conflit opposant deux cessionnaires de la même créance, priorité est donnée au créancier qui, le premier, a conclu le contrat de cession ou de nantissement, plus encore depuis que l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a aligné le formalisme de la cession de créance sur celui du nantissement de créance. Ainsi, le créancier dont l'acte porte une date antérieure à l'autre l'emporte¹⁰⁹⁹. Si la cession de créance est antérieure au nantissement, le cessionnaire l'emportera sur le créancier nanti parce que la créance a quitté le patrimoine du cédant¹¹⁰⁰. À l'inverse, si le nantissement de créance est antérieur à la cession, le créancier nanti l'emportera sur le cessionnaire parce que la créance a été prioritairement affectée en garantie d'une autre créance. Dans ce cas, l'on voit bien que le législateur reconnaît au créancier (ordinaire ou privilégié) une véritable exclusivité sur les prérogatives relevant de la structure du droit personnel, l'autorisant à faire échec aux prétentions d'un tiers ayant des ambitions différentes que lui mais ayant le même objet. Devant ce véritable conflit de titularité entre créanciers, c'est le droit exclusif du premier créancier en date qui se trouve ménagé, voyant son opposabilité affermie.

236. Conclusion de la section II. L'opposabilité se présente comme la garantie de l'exclusivité attachée à chaque bien et plus généralement à chaque droit subjectif. Parce que tout droit fait l'objet d'une relation d'appartenance, est l'objet d'un rapport de titularité, il doit

¹⁰⁹⁸ Reconnaisant au créancier nanti un droit exclusif au paiement, v. Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-13.388, *Bull. civ. IV*, n° 94. V. également en dernier lieu Cass. 2^{ème} civ., 2 juillet 2020, n° 19-11.417, à paraître au Bulletin.

¹⁰⁹⁹ C. civ., art. 1323 pour la cession de créance ; C. civ., art. 2361 pour le nantissement de créance.

¹¹⁰⁰ Ceci explique également pourquoi une saisie-attribution pratiquée postérieurement à une cession de créance sera inopérante, la créance objet de la saisie ayant définitivement quitté le patrimoine du saisi. Cette solution vaut également en matière de nantissement, le créancier nanti étant investi d'un droit exclusif au paiement. V. ainsi, à propos du conflit entre un nantissement et un avis à tiers détenteur, Cass. 2^{ème} civ., 2 juillet 2020, préc.

être offert à son titulaire le moyen de la perpétuer et de la défendre dans l'hypothèse où un tiers viendrait le concurrencer, viendrait s'arroger les prérogatives contenues dans la structure de son droit. Concrètement, l'opposabilité s'incarne dans l'action en revendication. Cette action, qui ne saurait plus caractériser le seul droit de propriété mais au contraire relever de l'ensemble des droits subjectifs, doit être comprise comme le moyen de faire respecter l'exclusivité de l'appartenance, en offrant au titulaire d'un droit la possibilité de l'exercer malgré l'interposition d'un tiers. Sitôt que l'exclusivité et l'opposabilité se trouvent déplacées dans la face externe de chaque droit, il est logique que l'action qui les sanctionne se trouve pareillement rehaussée, chaque droit patrimonial étant susceptible d'être revendiqué.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

237. Une alternative. Devant le constat de la nature économique des biens, devant le constat de leur diversité, la question de leur rattachement au sujet demeurait entière. L'option de la propriété, pour évidente qu'elle eût pu paraître, devait être rejetée. L'admettre aurait en effet abouti à une double impasse. Deux options se dessinaient alors. Soit, d'un côté et selon une approche classique, réduire la qualification de biens aux seules choses susceptibles de se prêter effectivement à une jouissance matérielle. C'eût été exclure, purement et simplement, l'ensemble des droits patrimoniaux du domaine des biens, au mépris de leur nature patrimoniale et au mépris de leur *appartenance* au sujet. Soit, de l'autre et selon une approche plus moderne, dépouiller la propriété de tout contenu clair pour en faire un simple connecteur, au mépris de sa face interne. Ces deux voies devaient être rejetées car reposant sur le présupposé contesté que seule la propriété assurerait à une personne l'exclusivité de la jouissance d'un bien. Il est donc devenu nécessaire de rechercher ailleurs le lien unissant la personne à ses biens tout en respectant la nature économique de ces derniers. Sitôt la qualification de bien alignée sur la qualification de droit patrimonial, sitôt le bien assimilé à la substance du patrimoine, il devenait évident que la propriété ne pouvait tout à la fois assurer le rattachement des biens au sujet et constituer dans le même temps un bien elle-même. Sauf à exclure la propriété de l'architecture des droits patrimoniaux pour lui confier ce rôle, option qui aurait consisté à perpétuer la regrettable confusion des aspects interne et externe des droits, il devenait pressant de mobiliser un autre concept et de lui donner un véritable contenu : la titularité.

238. La titularité. La titularité n'est nullement réductible à la propriété, malgré les tentatives d'en faire un simple décalque. Seule la titularité assume le rôle de rattacher les biens au sujet – donc les droits patrimoniaux – et même l'ensemble des droits subjectifs. C'est cette appartenance exclusive – seul le titulaire étant investi des prérogatives contenues dans le droit en question – que le droit objectif protège en rendant chaque droit opposable *erga omnes*, sans pour autant admettre au préalable une appropriation, la moindre référence à la propriété. Mieux, désignant l'appartenance d'un droit, la titularité se présente comme la notion dont la possession est le décalque, celle-ci ne pouvant plus être réduite au seul exercice, en fait, du droit de propriété, mais devant plus largement s'ouvrir à l'exercice, en fait, de l'ensemble des droits subjectifs. La titularité, enfin, conditionne plus largement l'exercice des prérogatives attachées aux droits subjectifs, assurant là une double fonction : rattacher les droits au sujet et permettre

leur exercice. Parce que tout droit appartient au sujet de manière exclusive (exclusivité), ils demeurent opposables à tous (exclusion), seule la titularité assumant désormais cette double fonction, en lieu et place de la propriété.

239. Opposabilité. La titularité assurant le rattachement des droits subjectifs au sujet, l'on comprend encore que tous fassent l'objet d'une égale protection juridique, pour la seule raison qu'ils appartiennent au sujet. L'opposabilité, qui garantit l'exclusivité découlant de la titularité d'un droit, ressortit exclusivement à la face externe de l'ensemble des droits subjectifs et non à la seule face interne du droit de propriété. Sitôt rattachée à la face externe des droits, l'opposabilité devient le moyen de défendre l'exclusivité qui y est attachée, par le biais de la revendication : par elle, le titulaire du droit peut faire échec à tous les tiers qui tenteraient d'usurper ses prérogatives, qui tenteraient de s'arroger les prérogatives contenues dans la structure du droit à son détriment. La revendication devient le moyen par lequel l'opposabilité du droit s'exprime.

Si le bien suppose la titularité, est-ce là une condition suffisante de qualification ? L'on peut en douter, tous les droits subjectifs appartenant au sujet. Le critère départiteur de la notion se trouve ailleurs, dans l'exigence de maîtrise, qui constitue le second aspect du régime des biens.

CHAPITRE II. LA MAÎTRISE

240. Disponibilité. La maîtrise constitue, avec l'appartenance, le deuxième aspect du régime des biens, ayant même précellence sur lui. Le bien n'est pas en effet un pur objet d'appartenance ; il est encore un objet de maîtrise et plus généralement un objet disponible, aussi bien pour son titulaire que pour ses créanciers¹¹⁰¹. La disponibilité, prolongement du caractère économique de commercialité, se présente comme le critère décisif de qualification des biens. Elle fait le départ, dans le domaine de l'avoir et donc dans le domaine des droits subjectifs, entre ceux qui sont des biens et ceux qui ne le sont pas.

241. Disposition. Si tout bien est en principe disponible pour son titulaire et si toute personne a en principe une pleine maîtrise de ses biens, encore s'agit-il de s'entendre sur le moteur d'une telle maîtrise, sur la prérogative qui la permet et donc, sur la disposition. Si l'on a toujours cherché cette prérogative dans la structure même du droit de propriété, en faisant de celle-ci une condition préalable à la maîtrise du bien, cette piste doit désormais être écartée. Ce par quoi la personne agit sur ses biens n'est autre qu'une faculté générale dont la source ne peut être recherchée que dans sa personnalité même et qui se trouve justifiée par cela seulement que la disposition est un prolongement, non pas de la propriété, mais de la seule titularité.

242. Plan. La maîtrise des biens doit être appréhendée d'une double manière. La maîtrise d'un bien suppose d'abord, en amont, que le bien soit disponible pour son titulaire (**Section I**). Elle s'incarne ensuite, en aval, dans l'acte de disposition (**Section II**).

¹¹⁰¹ Faisant de la propriété la cause des échanges, v. R.-T. TROPLONG, *De la propriété d'après le Code civil*, Paris, Pagnerre, Paulin & C^{ie} et Firmin Didot Frères, 1848, p. 17. Dans le même sens, voyant dans la propriété « la condition préalable de l'échange », v. F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », in *APD*, t. 43 : *Le droit et l'immatériel*, Sirey, 1999, p. 79, spéc. p. 81.

SECTION I. LE PRÉALABLE À LA MAÎTRISE : LA DISPONIBILITÉ

243. Plan. La disponibilité se présente comme une qualité inhérente à la notion même de bien, tout bien étant par principe disponible (§1). Si tout bien est normalement disponible dans le patrimoine de son titulaire, il convient cela dit de remarquer et de comprendre que des biens puissent se révéler exceptionnellement indisponibles (§2).

§1. La disponibilité comme critère décisif du bien

244. Plan. Le choix d'ériger la disponibilité en critère du bien se justifie doublement. D'abord, car ce critère supplée la condition de titularité (A). Ensuite, car ce critère prolonge le caractère de commercialité qui s'évince de la définition économique du bien (B).

A. Insuffisance de la seule condition de titularité

245. La titularité, une condition nécessaire mais insuffisante de qualification. Tout bien suppose l'appartenance. Mais si l'appartenance est une condition de qualification du bien, elle ne constitue cependant pas une condition suffisante. Si le bien est en effet le *sien* d'une personne, l'objet d'un rapport d'appartenance, il faut dans le même temps remarquer tout droit est l'objet d'un tel rapport et non les seuls droits patrimoniaux. La titularité, si elle explique l'appartenance du droit et son opposabilité aux tiers, ne saurait donc suffire à distinguer les droits patrimoniaux des droits extrapatrimoniaux qui appartiennent pareillement au sujet et bénéficient de la même protection. Autrement dit, la titularité n'épuise pas à elle seule la qualification de bien.

Faire de la seule titularité le seuil de la qualification aurait encore pour conséquence de perpétuer l'erreur méthodologique des tenants de la théorie rénovée de la propriété, voyant dans celle-ci l'*alpha* et l'*oméga* du bien et considérant que tout objet d'appartenance doit recevoir une telle qualification¹¹⁰². Cela n'est guère défendable pour deux raisons. La première est technique : si tous les droits appartiennent au sujet, tous les droits ne se prêtent pas à la maîtrise, seuls les droits patrimoniaux y étant aptes. Si le seuil de la qualification de bien résidait dans la seule condition de titularité, il faudrait par conséquent renoncer à toute unité de la notion en raison de l'éclatement du régime des objets qui la composent, certains droits étant disponibles,

¹¹⁰² Cf. supra n° 173.

d'autres non. La seconde raison est politique : il n'est ni possible, ni acceptable, de réunir sous le même vocable des droits aux finalités radicalement opposées. Quand les droits patrimoniaux assurent l'épanouissement de la personne dans la sphère économique, les droits extrapatrimoniaux en font de même dans la seule sphère personnelle. Quand les droits patrimoniaux existent juridiquement comme des biens, les droits extrapatrimoniaux sont traités par le Souverain comme des objets radicalement hostiles à une telle qualification.

Aussi convient-il, pour rendre la qualification de bien opératoire, de distinguer au sein de l'avoir d'une personne entre ce qui est disponible et ce qui ne l'est pas. C'est la disponibilité du droit qui constitue la condition décisive de qualification du bien.

B. Pertinence du critère de disponibilité dans la qualification de bien

246. Justification. Chaque bien se caractérise par sa disponibilité, par son aptitude aux échanges. Le bien est la richesse que l'on entend céder, donner, transmettre, démembrer ou dont l'on entend se départir en y renonçant. C'est encore la richesse que l'on entend affecter en garantie ou saisir dans le patrimoine de son titulaire. C'est enfin, plus simplement, la richesse que l'on entend conserver pour soi et dont l'appartenance sera imposée par l'administration fiscale sur le constat de sa valeur d'échange potentielle. L'examen de la notion de valeur et des méthodes d'évaluation des biens mené précédemment le confirme¹¹⁰³ : tout bien est perçu et traité comme un objet en principe disponible, comme un objet ouvert aux échanges, doté du caractère économique de la commercialité.

Le placement de la disponibilité au cœur de la définition des biens a donc le mérite de réunir sous la même bannière les objets qui, appartenant au sujet, partagent encore le même régime, partagent cette qualité d'être des richesses disponibles. En somme, la disponibilité peut être considérée comme le critère du bien, permettant de singulariser un certain type de droits subjectifs, ceux-là mêmes qui méritent la qualification de biens. Cette conclusion s'impose dès lors que l'on accepte de faire du bien une notion tant économique que juridique.

Si tout bien est un objet disponible dans le patrimoine de son titulaire, il reste à mesurer l'incidence de son éventuelle indisponibilité sur sa qualification.

¹¹⁰³ Cf. supra n° 55 s. et 69 s.

§2. L'incidence de l'indisponibilité du droit patrimonial sur la qualification de bien

247. Plan. Si le bien est en principe un objet disponible, force est de constater qu'il existe de nombreuses richesses hors du commerce, voyant leur disponibilité restreinte ou plus radicalement neutralisée. Toute la question est alors de savoir si ces droits, pourtant traditionnellement qualifiés de patrimoniaux, doivent être déclassés de la catégorie des biens.

Il est d'abord certain que la patrimonialité, comme le note Monsieur Paul, n'est pas « un monolithe supposant que l'ensemble de ses éléments soient caractérisés à l'identique »¹¹⁰⁴. Comme le disait encore avec beaucoup de justesse Catala, la patrimonialité est susceptible de degrés¹¹⁰⁵. Tous les biens ne sont pas ouverts aux échanges ou n'y sont pas ouverts de la même manière, voyant leur disponibilité partiellement ou totalement remise en cause et voyant donc leur patrimonialité varier sans toutefois jamais véritablement disparaître. Tel est le cas des biens que la volonté aura soustraits aux échanges (clauses d'inaliénabilité), soustraits aux poursuites (déclaration d'insaisissabilité, ancienne institution du « bien de famille » aujourd'hui disparue¹¹⁰⁶) ou rendus incompatibles avec la constitution de sûretés réelles¹¹⁰⁷. Tel est encore le cas des biens qui entretiennent une attache particulière avec leur titulaire et que Monsieur Audier a qualifiés de « droits patrimoniaux à caractère personnel »¹¹⁰⁸ : les biens alimentaires (pensions alimentaires, prestations compensatoires et familiales, qui sont inaliénables, insaisissables et intransmissibles) ou les biens quasi-alimentaires (droits d'usage et d'habitation, droit de jouissance légale des parents et bail à nourriture). Tel est également le cas des biens qui, pour des raisons tenant à l'intérêt général, voient leur patrimonialité

¹¹⁰⁴ F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 377, 2002, pp. 203-204, n° 255.

¹¹⁰⁵ P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD Civ.* 1966, p. 185, spéc. pp. 206 s., n° 25 s. Dans le même sens, v. J. AUDIER, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, préf. J. Kayser, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 159, 1979, p. 13 ; A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 801, spéc. p. 811, n° 5.

¹¹⁰⁶ Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles. Sur la question, v. M. BOUDOT, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Bien de famille », 2012, *passim*.

¹¹⁰⁷ C. civ., art. 2397, 1°, *a contrario*, en matière d'hypothèque.

¹¹⁰⁸ J. AUDIER, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, *op. cit.*, *passim*. Dans le même sens, v. déjà R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, LGDJ, 1939, p. 10. V. enfin F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, *op. cit.*, pp. 204 s., n° 257 s., invitant notamment à distinguer les droits patrimoniaux pleins et entiers et les droits patrimoniaux à caractère personnel et donc à prendre en compte les « effets de l'affectation juridique sur le régime des droits patrimoniaux ».

ponctuellement limitée mais non niée (biens culturels, biens dangereux pour la santé publique ou la sécurité des personnes). En bref, il existe des biens hors du commerce.

L'on constate alors un certain paradoxe dans la patrimonialité : le bien, que l'on définit comme une richesse dans le commerce, peut ne pas en faire pleinement ou simplement partie. Certains en ont déduit une conséquence radicale, considérant que l'extracommercialité était une notion exclusive de la patrimonialité et même de la propriété, une notion antinomique¹¹⁰⁹ et donc que la qualification de biens devait être refusée à ces droits hors du commerce ou indisponibles¹¹¹⁰. C'est ce paradoxe qu'il convient de résoudre. La définition du concept d'indisponibilité (A) devra permettre de montrer que l'existence de biens indisponibles est tout à fait envisageable (B).

A. Définition du concept d'indisponibilité

248. Sens originaire du concept de « choses hors commerce ». L'argument selon lequel les droits hors du commerce ne sont pas des biens semble, pour commencer, trouver un appui dans la lettre même du Code civil, en dépit du désintérêt flagrant des auteurs à l'endroit de la notion de « chose hors commerce »¹¹¹¹ et même du législateur contemporain¹¹¹². L'article 2260 du Code civil rend en effet impossible la prescription acquisitive des « choses hors commerce »,

¹¹⁰⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 13^{ème} éd., 2020, v° « Extrapatrimonial » (sens 1) : « qui ne fait pas partie du patrimoine, mais touche à la personne ; qui n'a pas le caractère d'un bien, mais relève d'un autre ordre de valeur, d'où le propre d'être hors commerce... » (nous soulignons). *Adde.* Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF, coll. « Thémis », 2006, p. 120, n° 73 ; G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », *RTD Civ.* 2000, p. 47 *sq.* Comp. S. MILLEVILLE, *Les restrictions au droit de disposer*, th. Paris II, 2008, pp. 115-116, n° 125, notant que si l'inaliénabilité atteint la substance de l'appartenance en faisant disparaître le droit de disposer, elle ne fait que l'amputer, sans le nier totalement.

¹¹¹⁰ Comp. A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », art. cité, p. 805, n° 2 : « aussi le véritable critère de la patrimonialité ne réside-t-il pas, à proprement parler, dans le fait que tel ou tel bien est susceptible d'une estimation pécuniaire, mais plus radicalement dans l'*accessibilité à l'échange*. Les biens qui ne peuvent pas être échangés contre d'autres ne sont pas des biens patrimoniaux ». L'auteur note cependant plus loin que « si tous les biens dont une personne est titulaire font partie de son patrimoine, il existe cependant des degrés dans la patrimonialité » (*ibid.*, p. 811, n° 5).

¹¹¹¹ Quand certains auteurs questionnent la juridicité et l'unité de la notion (R. LIBCHABER, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Biens », 2019, n° 106 ; R.-N. SCHÜTZ, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Inaliénabilité », 2019, n° 9), Monsieur Dross en fait une catégorie dépourvue de cohérence (W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, p. 604, n° 329-1). V. cependant, I. MOINE, *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, préf. E. Loquin LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 271, 1997, p. 82, n° 113, qui souligne à l'inverse que « les choses hors commerce forment une vraie catégorie juridique, bien plus, une catégorie fondamentale, et non pas la série des exceptions au principe de commercialité des choses ».

¹¹¹² L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 procède en effet à la suppression pure et simple de l'article 1128 du Code civil, siège de la notion, qui demeure tout au plus en filigrane dans le nouvel article 1163 du Code civil relatif au contenu du contrat et plus précisément à la détermination de la prestation. L'ordonnance ne reprend pas non plus la précision, initialement visée par l'ancien article 1302 du Code civil, selon laquelle l'obligation est éteinte lorsque l'objet de l'obligation vient à être mis « hors du commerce ».

le codificateur estimant utile de rappeler ici (car c'est là l'esprit du texte¹¹¹³) que les particuliers ne peuvent s'approprier les choses qui relèvent du domaine public, celles-ci étant non seulement imprescriptibles, mais plus encore insusceptibles d'appropriation privée, tout comme l'était d'ailleurs l'entier domaine royal¹¹¹⁴. Historiquement et comme le rappelle Monsieur Paul, l'extracommercialité servait initialement à « protéger la sphère patrimoniale publique contre les assauts de la sphère patrimoniale privée »¹¹¹⁵. S'en est alors suivie une analyse de l'extracommercialité « comme recouvrant les intérêts juridiques de nature extrapatrimoniale »¹¹¹⁶. Or, s'il est évident que les choses relevant du domaine public sont hors du commerce des particuliers et même irréductibles à toute appropriation privée¹¹¹⁷, il n'est pas certain que l'extracommercialité ressortit exclusivement à la sphère extrapatrimoniale¹¹¹⁸, ni donc que les choses hors du commerce soient inappropriables.

249. Critique de l'assimilation de l'extracommercialité à l'extrapatrimonialité.

L'association de l'extracommercialité et de l'extrapatrimonialité aboutit d'abord à faire de tout ce qui n'est pas patrimonial une chose hors du commerce. Or, il est des objets assurément extrapatrimoniaux qui ne sont pas des choses, tels que le corps ou tels que l'ensemble des droits extrapatrimoniaux qui s'identifient à la personne elle-même. L'analogie entre l'extracommercialité et l'extrapatrimonialité est donc critiquable¹¹¹⁹.

Ensuite et surtout, en supposant que l'extracommercialité relève de la sphère extrapatrimoniale, il faudrait en déduire – là encore à tort – que l'extracommercialité serait exclusive de l'idée même d'appropriation : les choses hors du commerce seraient des choses inappropriables¹¹²⁰. C'est pourtant se méprendre sur le sens même de la notion

¹¹¹³ W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 604, n° 329-1 : « il s'agissait pour les codificateurs d'interdire que ces biens ne tombassent entre les mains des particuliers et ne fissent ensuite l'objet d'un commerce ordinaire. Autrement dit, il s'agissait de mettre les biens de l'État hors d'atteinte des particuliers ».

¹¹¹⁴ H. BEAUNE, *Droit coutumier français. La condition des biens*, Paris, Delhomme & Briguët, 1886, pp. 41 s. ; W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 604, n° 329-1.

¹¹¹⁵ F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil, op. cit.*, p. 55, n° 72.

¹¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹¹⁷ Cf. supra n° 137 s.

¹¹¹⁸ F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil, op. cit.*, p. 101, n° 125, et p. 108, n° 133.

¹¹¹⁹ Comp. R. MARTY, « De l'indisponibilité conventionnelle des biens », *LPA* n° 232 et 233, 21 et 22 novembre 2000, p. 4 et p. 8, spéc. n° 3, considérant que « l'objet d'une stipulation d'indisponibilité doit être un bien au sens juridique, ce qui exclut le corps humain qui n'en est pas un malgré une tendance récente à l'ergomorphisme ».

¹¹²⁰ En ce sens, J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, Paris, Delalain, 1777, p. 17 ; C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, t. III, Paris, Warée, 1824, p. 27 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. VI, A. Durand & Pedone Lauriel, 1871, pp. 7-8, n° 2 ; I. MOINE, *Les choses hors*

d'extracommercialité, qui sublime parfois davantage l'appartenance d'un bien à une personne qu'elle ne la nie. Saleilles le soulignait particulièrement bien, notant que « de ce qu'une chose est indisponible, cela ne veut certes pas dire qu'elle n'appartienne à personne, cela veut dire que celui à qui elle appartient ne peut pas cesser d'en être propriétaire ; et bien loin d'être la négation de la propriété, l'indisponibilité en est, si l'on peut ainsi parler, l'exagération même : c'est l'attache indissoluble de la propriété au propriétaire »¹¹²¹. La chose hors du commerce peut donc parfaitement ressortir au domaine patrimonial.

250. Dualité de l'extracommercialité. Il reste désormais une difficulté de taille à surmonter : comment expliquer que l'extracommercialité se rencontre aussi bien dans le domaine patrimonial que dans le domaine extrapatrimonial ? Qu'est-ce qui distingue, au fond, un droit patrimonial indisponible d'un droit extrapatrimonial, dès lors que ces deux droits semblent partager le même régime ? La réponse à cette question tient dans la source de l'extracommercialité. En matière extrapatrimoniale, l'extracommercialité est la règle ; en matière patrimoniale, l'extracommercialité est l'exception. Somme toute, l'extracommercialité est susceptible de recevoir un double sens.

L'extracommercialité peut d'abord être analysée comme une norme radicale d'extrapatrimonialité, par laquelle le Souverain exprimera une interdiction. Ceci explique pourquoi il refuse radicalement de reconnaître la nature patrimoniale de la personne, prise en ses attributs corporels ou moraux, ainsi que des choses communes. L'extracommercialité se

commerce. Une approche de la personne humaine juridique, op. cit., p. 296, n° 450 ; S. MILLEVILLE, *Les restrictions au droit de disposer, op. cit.*, p. 123, n° 140 ; E. TRICOIRE, *L'extracommercialité*, th. Toulouse I, 2002, n° 66 s.

¹¹²¹ R. SALEILLES, « Loi du 30 mars 1887 relative à la conservation des monuments et objets d'art ayant un intérêt historique et artistique », *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, I, 1891, p. 635, spéc. p. 674, n° 32. Dans le même sens, F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil, op. cit.*, p. 28, n° 34, qui relève que « l'extracommercialité juridique n'a jamais signifié autre chose en droit romain que l'inaptitude de la chose à un transfert entre patrimoines soumis aux règles du droit privé. L'extracommercialité juridique ne traduit pas l'idée d'une inappropriabilité qui serait consubstantielle aux choses dites *extra commercium* », ajoutant que « loin d'exclure toute idée de propriété, l'extracommercialité juridique est précisément le signe et la conséquence d'un rapport de propriété spécifique unissant la chose hors du commerce à un sujet de droit » (*ibid.*, p. 35, n° 46). *Adde.* F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, coll. « Précis », 10^{ème} éd., 2018, pp. 20-21, n° 14, qui soulignent qu'« il ne faut pas confondre appropriation et "commercialisation" (au sens de l'article 1128) : une chose hors du commerce n'en est pas moins, *a priori*, une chose qui peut être appropriée ». V. également en ce sens W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 617, n° 335-3 ; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, coll. « Droit fondamental », 3^{ème} éd., 2008, p. 75, n° 36, selon qui « la chose qui n'est pas appropriée n'a nul besoin d'être soustraite au commerce juridique puisque, extérieure au rapport d'exclusivité, elle l'est *a fortiori* au pouvoir de disposition. Il n'y aurait aucun sens à rendre indisponible une chose inappropriée : quand un contrat est conclu relativement à une telle chose, son objet fait tout simplement défaut ».

manifeste ainsi comme une limite décisive à la qualification de bien¹¹²². La valeur hautement estimable de ces « objets » commande précisément leur exclusion du domaine de l'avoir et partant du domaine des échanges. Dans ce domaine seulement, l'extracommercialité devient synonyme d'extrapatrimonialité, indique une indisponibilité radicale, une indisponibilité de principe, une « impossibilité juridique »¹¹²³. Dans cette hypothèse, l'extracommercialité est littéralement inscrite dans l'objet que le Souverain aura soustrait à la logique patrimoniale¹¹²⁴.

L'extracommercialité peut ensuite être analysée comme une « situation d'entrave à la libre disposition » d'un bien¹¹²⁵, laquelle suppose un état initial ou à tout le moins supposé de disponibilité. Il faut en effet comprendre que le bien n'existe que dans le creux des normes d'interdiction posées par le Souverain : dans le creux de ces normes, la personne a la libre disposition de ses biens, car aucun droit patrimonial n'est, par nature, inapte aux échanges. Mais il faut également comprendre que le bien peut souffrir de n'être pas, en toutes circonstances, parfaitement disponible dans le patrimoine de son titulaire, le Souverain estimant utile, par petites doses si l'on peut dire, d'instiller l'interdit. Sans remettre en cause la qualification de biens (les limites à cette qualification étant rarissimes), il viendra ponctuellement atténuer la disponibilité d'un bien, pour des raisons cette fois-ci plus particulières, moins essentielles à la vie sociale comme l'est la protection de la personne ou comme l'est *a priori* la protection des choses communes et dans une moindre mesure des biens publics. Dans cette hypothèse, l'extracommercialité est extérieure au droit, frappe plus précisément la personne en limitant son pouvoir de disposition ou sa faculté à acquérir des droits (régime des droits alimentaires et quasi-alimentaires, régime des souvenirs de famille, etc.)¹¹²⁶. La réglementation entourant certains produits (armes, médicaments, stupéfiants, etc.) le confirme, l'interdit qui les entoure ne pouvant être généralisé à l'ensemble des personnes ou à l'ensemble du marché¹¹²⁷.

L'indisponibilité est donc susceptible de se manifester aussi bien dans le domaine extrapatrimonial, le domaine de prédilection de la personne où le principe demeure l'interdit, que dans le domaine patrimonial où l'interdit demeure l'exception. La distinction de

¹¹²² Cf. supra n° 84 s.

¹¹²³ F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, op. cit., p. 157, n° 189 et p. 164, n° 201.

¹¹²⁴ Rapp. S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. Nerson, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 145, 1976, p. 97, n° 107, qui relève que « les droits extra-patrimoniaux constituent une hypothèse d'affectation », qui « ne repose pas sur la fonction de ce[s] droit[s] mais sur [leur] nature ».

¹¹²⁵ F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, op. cit., p. 153, n° 184.

¹¹²⁶ En ce sens, v. J. AUDIER, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, op. cit., pp. 19-20.

¹¹²⁷ Cf. infra n° 260.

l'extrapatrimonial et du patrimonial passe donc par l'examen du contenu de la norme d'interdiction posée par le Souverain.

251. Siège de l'extracommercialité. Si, en matière extrapatrimoniale, l'indisponibilité est inscrite dans l'objet, en ce sens que le Souverain dénie expressément toute patrimonialité à certains objets, il en va différemment en matière patrimoniale. L'indisponibilité touche en effet principalement la personne, dont les biens ne seront atteints par la norme particulière d'indisponibilité qu'indirectement, par contrecoup¹¹²⁸. L'indisponibilité, en ce cas, affecte plus précisément la condition de titulaire d'un droit patrimonial¹¹²⁹. Elle l'affecte d'abord et tel est le sens premier de la règle d'indisponibilité, en limitant le pouvoir de disposition qui appartient à chaque personne et qui l'autorise à agir sur les biens composant son patrimoine de quelque manière que ce soit. Elle l'affecte ensuite en limitant plus généralement son aptitude générale à acquérir des droits, en neutralisant son droit, notamment, de poursuivre l'exécution des créances contre ses débiteurs, au besoin par le biais des voies d'exécution et des saisies ou en neutralisant sa capacité de jouissance dans certaines hypothèses¹¹³⁰.

Ainsi peut-on expliquer les différentes limites qui affectent la disponibilité des droits patrimoniaux, qu'il s'agisse par exemple de leur cessibilité, de leur saisissabilité ou de leur transmissibilité : ces limites trouvent leur origine dans la personne même, dont l'aptitude générale à acquérir et à agir sur les droits peut se trouver exceptionnellement entravée. Aucun droit patrimonial n'est, par lui-même, indisponible.

252. Existence de biens indisponibles. Ces observations permettent *in fine* de justifier l'existence de valeurs patrimoniales rendues indisponibles. L'indisponibilité ou

¹¹²⁸ R. BÉRAUD, « L'indisponibilité juridique », *D.* 1952, p. 188, spéc. n° 6 : « l'origine première du phénomène [d'indisponibilité] est toujours dans la limitation qui frappe le propriétaire, tandis que la répercussion sur le bien est contingente et accessoire ». Rapp. W. DROSS, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 2258 à 2271 », 2018, n° 68, qui relève qu'« il est essentiel d'observer que la notion de chose hors commerce stigmatise moins une qualité des choses elles-mêmes qu'elle ne vise à restreindre les contrats dont les choses peuvent faire l'objet [...]. Autrement dit, la notion ressortit au droit des contrats et à la liberté contractuelle, non à la description des choses et des droits transmis eux-mêmes ».

¹¹²⁹ En ce sens, T. REVET, obs. sous Cass. com., 24 septembre 2003, n° 01-11.504, *Bull. civ. I*, n° 147, *RTD Civ.* 2004, p. 117 *sq.*, qui souligne que « la prohibition atteint la condition du propriétaire » et qui ajoute que « l'extracommercialité, c'est la neutralisation légale du pouvoir de disposer de tel type de bien (et pas seulement du pouvoir d'en transférer la propriété [...]) ».

¹¹³⁰ Rapp. C. civ., arts. 909 et 1596.

extracommercialité, en matière patrimoniale, peut être vue comme une anomalie juridique¹¹³¹, qui affecte, à divers degrés, la libre disposition du bien. L'extracommercialité est donc en ce domaine un accident qui atteint de manière casuelle, ponctuelle, la disponibilité du bien¹¹³². Comme l'exprime Monsieur Paul, « le droit patrimonial indisponible est, normalement, en vertu de sa nature patrimoniale, apte au transfert et susceptible de circuler entre patrimoines. L'absence de disponibilité est ainsi exceptionnelle et suppose une possibilité fondamentale de disposition »¹¹³³. Tout bien a une « vocation naturelle à la circulation »¹¹³⁴, suppose une possibilité qui naît précisément dans le creux de la norme d'interdiction posée par le Souverain.

C'est donc l'identité entre extracommercialité et extrapatrimonialité qui doit être rejetée, en ce qu'elle relègue hors du patrimoine des richesses exceptionnellement rendues indisponibles. Un droit ne cesse pas d'être patrimonial au seul motif qu'il est rendu indisponible, à quelque degré que ce soit. En matière patrimoniale, l'indisponibilité est une limite et non un principe. Mieux, en matière patrimoniale, l'indisponibilité trahit finalement un état antérieur ou supposé de disponibilité. Il est en conséquence possible d'affirmer que l'indisponibilité ou l'extracommercialité des biens – ces deux termes pouvant être tenus pour équivalents – est indifférente à leur qualification.

B. L'indifférence de l'indisponibilité du bien sur sa qualification

253. Les degrés d'indisponibilité. La disponibilité d'un bien est susceptible d'être atteinte de différentes façons, selon l'intérêt qu'il s'agit de garantir. Le bien peut en effet se trouver incessible, intransmissible ou plus encore insaisissable. Aucun de ces obstacles à la disponibilité ne saurait pourtant constituer un frein dirimant à la qualification de bien. L'on s'en convaincra en abordant la question particulière de l'insaisissabilité (1) puis celle, plus générale, de l'indisponibilité (2).

¹¹³¹ Quand la commercialité « est l'état "ordinaire" des choses » (I. MOINE, *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, op. cit., p. 12, n° 3).

¹¹³² D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil. Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, th. Nancy, 1969, p. 782 : « l'indisponibilité est un état inhabituel et on doit réserver ce concept aux situations dans lesquelles un droit normalement disponible devient, pour une raison déterminée, indisponible », précisant que « l'indisponibilité du droit implique en quelque sorte un état antérieur de disponibilité ». *Adde.* F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, op. cit., p. 67, n° 25 : « le commerce juridique est un critère de distinction des biens et non pas un critère de distinction des choses non appropriées », puisque le « problème » de l'extracommercialité n'advient précisément qu'en présence d'un bien. Ainsi, la commercialité sert moins à distinguer ce qui relève de la notion de bien et ce qui en est exclu qu'à classer les biens (patrimoniaux).

¹¹³³ F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, op. cit., p. 160, n° 195.

¹¹³⁴ S. MILLEVILLE, *Les restrictions au droit de disposer*, op. cit., p. 166, n° 221.

1. L'indifférence de l'insaisissabilité en particulier

254. La thèse de Monsieur Berlioz. Dans une thèse consacrée à la notion de bien, Monsieur Berlioz a érigé la saisissabilité, aspect de l'indisponibilité, en critère fondamental de qualification, perpétuant la représentation que se faisait Demogue du patrimoine vu comme une « puissance de garantie »¹¹³⁵ et celle de Monsieur Mignot qui qualifie le bien de « valeur de crédit » saisissable¹¹³⁶. Considérant que le critère du bien est sa « convertibilité en monnaie »¹¹³⁷, Monsieur Berlioz estime qu'il est tout autant nécessaire à la qualification de bien que la valeur soit disponible et plus encore saisissable¹¹³⁸. Selon l'auteur, ce qui caractérise en effet le bien est « sa fonction de garantie » et donc son « aptitude à être [saisi] »¹¹³⁹, conformément à la fonction que l'article 2284 du Code civil assigne aux biens, à savoir une « fonction de garantie de l'exécution des dettes »¹¹⁴⁰. Or, pour assumer cette fonction dit-il, les biens doivent être aliénables et partant saisissables. Aussi estime-t-il que la saisissabilité est le « véritable révélateur » des biens, le critère même de la patrimonialité¹¹⁴¹.

Les conséquences de cette représentation des biens sont radicales, puisque Monsieur Berlioz finit alors par distinguer deux types de richesses : celles qui sont saisissables et celles qui ne le sont pas. Les premières seraient des biens ; les secondes, de simples « actifs, qui peuvent être utilisés par leur titulaire indépendamment d'un principe de saisissabilité »¹¹⁴². S'il considère cela dit que la qualification de bien ne saurait être atteinte en cas d'insaisissabilité partielle¹¹⁴³, il soutient en revanche que « la stipulation d'une clause d'indisponibilité entraîne la perte de la qualité de bien pour la chose concernée »¹¹⁴⁴, faisant en conséquence sortir du patrimoine les biens inaliénables¹¹⁴⁵.

¹¹³⁵ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, rééd. La Mémoire du Droit, 2001, p. 399.

¹¹³⁶ M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006-4(I), p. 1805, spéc. p. 1851, n° 95, qui considère qu'« une prérogative juridique devient pleinement un bien si elle a une valeur de crédit, donc si elle est saisissable ».

¹¹³⁷ P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préf. L. Aynès, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 489, 2007, p. 165, n° 515.

¹¹³⁸ *Ibid.*, p. 175, n° 541.

¹¹³⁹ *Ibid.*, p. 206, n° 627-628.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 219, n° 671.

¹¹⁴¹ *Ibid.*, pp. 223 s., n° 681 s.

¹¹⁴² *Ibid.*, pp. 230 s., n° 702 s.

¹¹⁴³ *Ibid.*, pp. 227 s., n° 692 s.

¹¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 265, n° 813.

¹¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 440, n° 1420. Suivant la même idée, mais sans évoquer la saisissabilité comme critère du bien, v. not. W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 890, n° 489-2, qui note que « c'est moins la possibilité d'une évaluation monétaire du droit qui est centrale [...] que la possibilité de son détachement du sujet afin qu'il soit

255. Appréciation de la thèse. Dans l'objectif de qualification du bien, il peut sembler juste, de prime abord, de se placer du côté des créanciers et des pouvoirs qu'ils sont susceptibles d'exercer sur l'actif disponible du débiteur. C'est d'ailleurs à une telle lecture qu'invitent naturellement les articles 2284 et 2285 du Code civil. D'un point de vue pratique, les créanciers n'ont en effet accès qu'aux biens saisissables. Ainsi la Cour de cassation, précédée par une cour d'appel, ont pu estimer que ne devaient pas figurer dans le patrimoine de la caution les biens insaisissables, pour apprécier l'existence d'une disproportion entre le patrimoine de cette dernière et l'engagement souscrit, accréditant l'idée que le bien est censé être une valeur pleinement disponible, non seulement pour son titulaire, mais également pour ses créanciers¹¹⁴⁶. Cette réduction de la valeur du patrimoine aux seuls actifs disponibles est encore rappelée par la Cour de cassation, lorsqu'elle établit un parallèle entre l'insaisissabilité de la prestation compensatoire et son absence de « valeur patrimoniale », laquelle la fit échapper à l'assiette de l'ISF¹¹⁴⁷.

Il n'est toutefois pas certain qu'une telle représentation des biens soit fort heureuse. Ériger la saisissabilité – ou n'importe quel autre degré de la patrimonialité au demeurant – en critère des biens est une démarche aléatoire. Si la saisissabilité du bien est parfois atteinte par son incessibilité ou plus largement par son indisponibilité, l'inverse n'est pas vrai : un bien insaisissable peut parfaitement être cédé¹¹⁴⁸ et même être grevé d'une sûreté¹¹⁴⁹. Aussi, le

saisi et vendu par ses créanciers. Il en résulte ainsi que l'inaliénabilité totale et définitive du bien le discrédite en tant qu'élément du patrimoine ».

¹¹⁴⁶ Cass. com., 18 janvier 2017, n° 15-12.723, *Bull. civ.* IV, n° 8 ; CA Versailles, 23 février 2012, *JurisData* n° 2012-002997.

¹¹⁴⁷ Cass. com., 19 avril 2005, n° 03-11.750, *Bull. civ.* IV, n° 94 ; Cass. com., 31 mai 2005, n° 03-18.840, inédit.

¹¹⁴⁸ C. com., art. L. 526-3, al. 1 : l'entrepreneur individuel peut parfaitement céder ses droits immobiliers sur la résidence principale, de sorte que l'insaisissabilité qui la protégeait se reportera sur le prix obtenu, sous la condition toutefois du emploi dans le délai d'un an des sommes pour l'acquisition d'un nouvel immeuble où il fixera sa résidence principale.

¹¹⁴⁹ Cass. 2^{ème} civ., 17 février 1986, n° 81-15.566, *Bull. civ.* II, n° 24. Dans le même sens, décidant que le créancier personnel d'un indivisaire peut inscrire une sûreté judiciaire sur la quote-part indivise de son débiteur en dépit de l'insaisissabilité de ce bien, V. Cass. 3^{ème} civ., 2 novembre 1983, n° 82-11.547, *Bull. civ.* III, n° 212. V. également Cass. com., 11 juin 2014, n° 13-13.643, *Bull. civ.* IV, n° 106, la Cour de cassation reconnaissant la possibilité d'inscrire une hypothèque judiciaire à titre conservatoire sur un bien rendu insaisissable par l'entrepreneur individuel (avant donc la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 qui a généralisé le dispositif de la déclaration notariée d'insaisissabilité). L'intérêt d'une telle inscription est net : il permet au créancier de prendre rang en prévision du jour où l'insaisissabilité cessera et au débiteur d'avoir le bien disponible entre ses mains. Notons que cet arrêt est parfaitement compatible avec un arrêt antérieur (Cass. 1^{ère} civ., 23 février 2012, n° 09-13.113, *Bull. civ.* I, n° 39) qui avait refusé qu'une hypothèque conventionnelle soit constituée sur des biens inaliénables, car en l'espèce, l'on est bien en présence d'un conflit entre une insaisissabilité et une hypothèque judiciaire et non entre une inaliénabilité et une hypothèque conventionnelle. L'hypothèque judiciaire conservatoire n'étant pas une saisie, elle n'a pas pour effet, au moment où elle est inscrite, d'aboutir à vider la déclaration d'insaisissabilité de tout intérêt. Contrairement en effet à une sûreté conservatoire, une mesure de saisie, même conservatoire, aboutit à placer le

parallèle fait par Monsieur Berlioz entre disponibilité et saisissabilité, s'il semble corroboré par certains arrêts¹¹⁵⁰, est démenti par la pratique et les textes. La disponibilité des droits n'est en effet pas atteinte par leur insaisissabilité¹¹⁵¹. L'on s'en convaincra à travers plusieurs exemples.

256. Relativité de l'indisponibilité. L'insaisissabilité des biens est d'abord généralement contingente¹¹⁵². À titre d'exemple, l'article L. 526-3, al. 1 du Code de commerce prévoit qu'en cas de cession par un entrepreneur de ses droits immobiliers, le prix obtenu demeure insaisissable à condition que l'entrepreneur individuel remploie dans un délai d'un an les sommes pour l'acquisition d'une nouvelle résidence principale. Aussi, l'hypothèque judiciaire éventuellement constituée sur le bien permettra simplement de contourner l'impossible saisie au stade de la cession du droit immobilier, en réalisant la sûreté sur les sommes non remployées¹¹⁵³. Mais en réalité, l'insaisissabilité produit encore moins d'effet que prévu : en cas de cession du bien grevé, l'acquéreur souhaitera obtenir une purge, conformément aux articles 2475 et suivants du Code civil. De même, en cas de saisie du bien par un autre créancier à qui la déclaration d'insaisissabilité n'est pas opposable, la purge sera judiciaire¹¹⁵⁴. Et en cas de cession du bien accompagnée d'une purge, le créancier hypothécaire pourra parfaitement se désintéresser sur le prix de vente. Dès lors, l'on comprend bien que le report de l'insaisissabilité sur le produit de la vente est neutralisé par le droit de préférence du créancier. D'ailleurs, la Cour de cassation, en admettant la cohabitation entre hypothèque judiciaire conservatoire et insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, valide implicitement cette faculté du créancier d'exercer son droit de préférence sur le prix de vente de l'immeuble, en dépit du report théorique de l'insaisissabilité sur le prix de vente.

bien sous-main de justice en vue d'une réalisation sous la contrainte. Surtout, l'acte de saisie rend le bien indisponible en limitant les droits de jouissance et de disposition du propriétaire qui ne peut plus aliéner le bien, ni le grever de droits réels. Donc l'hypothèque judiciaire conservatoire, qui est une sûreté et non une saisie, ne remet pas en cause l'insaisissabilité du bien, puisque demeure interdite la vente forcée du bien en vue de l'exercice d'un droit de préférence.

¹¹⁵⁰ Considérant que l'inaliénabilité d'un bien induit son insaisissabilité : Cass. 1^{ère} civ., 9 octobre 1985, n° 84-13.306, *Bull. civ. I*, n° 252 ; Cass. 1^{ère} civ., 15 juin 1994, n° 92-12.139, *Bull. civ. I*, n° 211.

¹¹⁵¹ En ce sens, V. CPCE, art. L. 531-2, al. 1, qui dispose que « les biens grevés d'une sûreté judiciaire demeurent aliénables ».

¹¹⁵² L'on peut encore remarquer que toute insaisissabilité d'intérêt privé peut être contournée. Ainsi de la possibilité offerte par l'article L. 112-2, 4° du CPCE aux créanciers d'un donataire ou légataire de saisir, avec l'autorisation du juge, les biens transmis avec une clause d'insaisissabilité, quand bien même leurs droits seraient nés postérieurement à la libéralité.

¹¹⁵³ Cass. com., 11 juin 2014, préc. En ce sens, V. également Cass. 1^{ère} civ., 20 décembre 1976, n° 74-14.544, *Bull. civ. I*, n° 414.

¹¹⁵⁴ CPCE, art. L. 322-14.

L'insaisissabilité n'est ensuite pas un effet automatique de l'indisponibilité d'un bien. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle retenu que l'interdiction de donner en nantissement les parts d'une SCP de notaire ou de les vendre aux enchères publiques n'emportait pas, par principe, leur insaisissabilité qui ne pouvait résulter que d'une disposition législative¹¹⁵⁵. Pareillement, la Cour de cassation a considéré qu'une saisie-attribution pouvait être pratiquée sur une créance rendue indisponible par l'effet de saisies-attribution antérieures¹¹⁵⁶ ou par l'effet d'une saisie conservatoire antérieure¹¹⁵⁷. Il n'y a donc pas de rapport de nécessité entre indisponibilité et insaisissabilité. En outre, tirer argument de l'insaisissabilité d'un bien pour lui dénier cette qualité se heurte à la possibilité d'en disposer.

L'insaisissabilité enfin est partielle. À titre d'exemple, si les sommes dues à titre de rémunération demeurent insaisissables, seule une fraction, correspondant au revenu de solidarité active, l'est réellement¹¹⁵⁸. Il en va de même des prestations familiales, dont seule une fraction est encore réellement insaisissable¹¹⁵⁹.

257. Contournement de l'insaisissabilité. Les biens rendus indisponibles ne sauraient ensuite perdre cette qualification pour la seule raison que leur titulaire ne pourrait en jouir aussi librement qu'il le souhaiterait. D'abord, un bien insaisissable – qu'il soit un droit réel ou personnel – n'en demeure pas moins cessible ou transmissible. Ainsi les biens étant « nécessaires à la vie et au travail » d'une personne, s'ils sont insaisissables en vertu de l'article R. 112-2 du Code des procédures civiles d'exécution, demeurent pleinement cessibles et transmissibles. Il en va de même de l'immeuble où est fixée la résidence principale d'un entrepreneur et dont les droits, s'ils sont insaisissables de plein droit en vertu de l'article L. 526-1, al. 1^{er} du Code de commerce, demeurent pleinement cessibles et transmissibles, sans préjudice de la règle posée par l'article L. 526-3 qui prévoit le report de l'insaisissabilité sur le prix de cession.

¹¹⁵⁵ Cass. 1^{ère} civ., 4 novembre 2003, n° 99-13.965, *Bull. civ. I*, n° 222.

¹¹⁵⁶ Cass. 2^{ème} civ., 14 octobre 1999, n° 97-19.502 et 97-20.012, *Bull. civ. II*, n° 157. En l'espèce cependant, la saisie-attribution pratiquée ultérieurement se trouve privée de son effet attributif.

¹¹⁵⁷ Cass. 2^{ème} civ., 28 février 2006, n° 04-16.396, *Bull. civ. II*, n° 59. La créance n'étant que temporairement indisponible, il reste ainsi possible de pratiquer une telle saisie-attribution.

¹¹⁵⁸ C. trav., art. L. 3252-2.

¹¹⁵⁹ CSS, art. L. 553-4.

Par ailleurs, comme cela a déjà été relevé¹¹⁶⁰, la Cour de cassation considère aujourd'hui que l'inaliénabilité de titres sociaux est sans incidence sur leur évaluation¹¹⁶¹, accréditant l'idée que ces droits demeurent patrimoniaux malgré les limites qui affectent leur disponibilité.

258. Patrimonialité des biens insaisissables. Il est enfin plus largement contestable de réduire la qualification de biens aux seules richesses saisissables. L'insaisissabilité, loin de reléguer des richesses aux confins du patrimoine au point de les en exclure, vient au contraire traduire la nécessité de maintenir ces biens au plus près des personnes qui en sont les titulaires et de refuser que ces biens s'échappent de leur patrimoine. Si le patrimoine présente une utilité, un intérêt pour les créanciers, il constitue avant tout un intérêt pour son titulaire¹¹⁶². Ainsi, si le patrimoine est une puissance de garantie offerte par une personne à ses créanciers, il ne s'agit pas que de cela. Le patrimoine n'est pas une zone de transit, une réserve de valeur uniquement destinée à la satisfaction des créanciers. Il n'est pas qu'un simple péage par lequel transiteraient les biens, ni uniquement de l'antichambre de l'exécution. Les biens déclarés insaisissables ne cessent donc pas d'être des biens, ne cessent pas d'être des richesses patrimoniales au motif qu'autrui ne saurait s'en saisir.

Il convient en ce sens de relever le caractère patrimonial des pensions alimentaires et prestations compensatoires malgré leur nature pour partie alimentaire et l'obligation qui pèse sur chaque contribuable de déclarer chaque année les pensions perçues, qui intègrent l'assiette de l'impôt sur le revenu de ceux qui les perçoivent¹¹⁶³. Le même constat peut être fait s'agissant des salaires et traitements : s'ils sont pour partie insaisissables¹¹⁶⁴ et si jusqu'à la loi de finances pour 2015, les personnes dont le revenu global n'excédait pas le montant annuel du minimum garanti étaient affranchies de l'impôt sur le revenu¹¹⁶⁵, il n'en demeure pas moins que c'est

¹¹⁶⁰ Cf. supra n° 74.

¹¹⁶¹ Cass. com., 7 janvier 2004, n° 00-16.786, *Bull. civ.* IV, n° 6 ; Cass. com., 6 février 2007, n° 05-12.939, *Bull. civ.* IV, n° 24 ; Cass. com., 20 mars 2007, n° 05-17.139, inédit ; Cass. com., 27 octobre 2009, n° 08-11.632, inédit ; Cass. com., 3 juin 2014, n° 13-08.180 et 13-18.192, inédit ; Cass. com., 20 octobre 2015, n° 14-19.491, inédit.

¹¹⁶² F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens, op. cit.*, pp. 25-26, n° 18 ; F. TERRÉ, « Variation de sociologie juridique sur les biens », in *APD*, t. 24 : *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 17, spéc. p. 25.

¹¹⁶³ CGI, art. 79 : « les traitements, indemnités, émoluments, salaires, pensions et rentes viagères concourent à la formation du revenu global servant de base à l'impôt sur le revenu ». La même remarque peut être faite s'agissant notamment des pensions d'invalidité, des pensions de retraite et des rentes viagères. Sur ce point, V. J. LAMARQUE, O. NÉGRIN et L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, LexisNexis, coll. « Manuel », 4^{ème} éd., 2016, pp. 1120-1121, n° 1524.

¹¹⁶⁴ C. trav., arts. L. 3252-1 s. et CPCE, art. L. 112-2, 3°.

¹¹⁶⁵ CGI, arts. 5, 2° et 5, 2° bis anc.

l'intégralité du salaire qui sert de base de calcul pour la détermination de cet impôt. En somme, l'insaisissabilité d'une richesse ne la soustraie pas à la catégorie des biens. Il en va de même de toute forme d'indisponibilité en général.

2. L'indifférence de l'indisponibilité en général

259. Extériorité de l'indisponibilité relativement au bien. L'indisponibilité est d'abord extérieure au bien. Elle n'est pas inscrite en lui car aucun bien n'est intrinsèquement indisponible. Ce que l'indisponibilité ou l'extracommercialité garantit, en matière patrimoniale, n'est qu'un intérêt particulier ou du moins un intérêt de moindre importance, comparé aux intérêts essentiels que sont la protection de la personne et des choses communes¹¹⁶⁶.

Nul ne conteste, par exemple, que c'est l'intérêt moral de la famille qui est préservé et non le bien en lui-même, par la qualification de « souvenir de famille ». C'est au nom du lien entre l'objet considéré et la famille, au nom d'un sentiment de « piété familiale »¹¹⁶⁷ et d'un « droit au souvenir »¹¹⁶⁸, que celui-ci sera rendu pour partie indisponible. « Biens chargés de la mémoire familiale »¹¹⁶⁹, ils « ne [diffèrent] pas, écrit Monsieur Barbiéri, par [leur] nature, des autres biens », si ce n'est uniquement par « la charge affective dont [ils sont dotés] », leur « composante essentielle » résidant simplement « dans le mode de rattachement à la famille et non dans la nature de l'objet du “culte familial” »¹¹⁷⁰. L'on comprend dès lors que la valeur vénale élevée de ces biens sera totalement indifférente¹¹⁷¹, quoique la Cour de cassation ait pu sembler dans un premier temps cantonner cette qualification aux seuls biens de faible valeur pécuniaire, comme pour magnifier leur valeur « essentiellement morale »¹¹⁷² ou « purement morale »¹¹⁷³, avant de décider par la suite que la valeur vénale d'un bien n'écartait

¹¹⁶⁶ Cf. supra n° 84 s.

¹¹⁶⁷ R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, op. cit., p. 264.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 270, n° 132.

¹¹⁶⁹ J.-F. BARBIÉRI, « Les souvenirs de famille : mythe ou réalité juridique ? », *JCP* 1984, I, 3156, spéc. n° 1.

¹¹⁷⁰ *Ibid.*, n° 5.

¹¹⁷¹ Comme le souligne élégamment Monsieur Audier, « de nombreux souvenirs de famille ont une valeur patrimoniale qui n'est pas négligeable, et tous les souvenirs de famille ont une valeur patrimoniale qui ne doit pas être négligée » (J. AUDIER, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, op. cit., p. 370, n° 257), précisant que l'admission de leur évaluation « ne remet pas en question leur valeur sentimentale » (*ibid.*, p. 371, n° 257). Dans le même sens, v. déjà R. DEMOGUE, « Les souvenirs de famille et leur condition juridique », *RTD Civ.* 1928, p. 27, spéc. p. 28 ; R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, op. cit., p. 262 ; M. E. H. PERREAU, « Des droits de la personnalité », *RTD Civ.* 1909, p. 501, spéc. p. 501.

¹¹⁷² Cass. req., 14 mars 1939, *DP* 1940, 1, p. 9.

¹¹⁷³ Cass. req., 30 juin 1942, *JCP* 1943, II, 2254.

pas la qualification de souvenir de famille¹¹⁷⁴. Certes, le droit attache des conséquences non négligeables à ces objets particuliers : ils échappent aux règles habituelles des partages¹¹⁷⁵ et plus généralement aux règles de dévolution successorale¹¹⁷⁶ ; leur détenteur ne peut invoquer l'article 2276 du Code civil¹¹⁷⁷ ou procéder à leur vente sans l'accord des autres membres de la famille¹¹⁷⁸. Mais en tout état de cause, cette indisponibilité – qui touche le bien à travers la personne –, outre qu'elle n'est pas totale¹¹⁷⁹, est entièrement tournée vers l'intérêt particulier de la personne et de la famille, le bien ne servant que de prétexte.

260. Caractère temporaire de l'indisponibilité. L'indisponibilité est ensuite temporaire. Aucune chose n'est, de façon absolue et intangible, hors du commerce. L'indisponibilité, qu'elle soit totale (le bien sera inaliénable, insaisissable et intransmissible) ou partielle, est bien souvent temporaire : elle cesse sitôt que la raison qui présidait à sa naissance disparaît.

Tel est d'abord le cas des clauses d'inaliénabilité, dont la précarité dans le temps et la nature doit être soulignée¹¹⁸⁰. Ces clauses sont non seulement temporaires, ayant vocation à disparaître d'elles-mêmes, mais encore susceptibles, en cours d'existence, d'être contournées par une autorisation judiciaire d'aliéner offerte au donataire ou légataire¹¹⁸¹. À cet égard, il devient délicat d'expliquer, comme le fait Monsieur Berlioz, l'extrapatrimonialité des biens transmis à un légataire ou à un donataire sous réserve de leur inaliénabilité et considérés comme insaisissables : dans la mesure où les clauses d'inaliénabilité sont temporaires, faudrait-il alors

¹¹⁷⁴ Cass. 2^{ème} civ., 29 mars 1995, n° 93-18.769, *Bull. civ. I*, n° 115.

¹¹⁷⁵ Cass. req. 14 mars 1939, préc.

¹¹⁷⁶ Cass. 1^{ère} civ., 21 février 1978, n° 76-10.561, *Bull. civ. I*, n° 71.

¹¹⁷⁷ TGI Paris, 29 juin 1988, *JCP* 1989, II, 21240 ; Cass. 1^{ère} civ., 29 novembre 1994, n° 92-21.993, *Bull. civ. I*, n° 354.

¹¹⁷⁸ Paris, 7 décembre 1987, *D.* 1988, p. 182. V. également Cass. 2^{ème} civ., 29 mars 1995, n° 93-18.769, *Bull. civ. II*, n° 115, la Cour de cassation reconnaissant la possibilité d'agir par le biais d'une action en saisie-revendication en cas de vente intempestive du bien.

¹¹⁷⁹ Rien ne s'oppose ainsi à ce qu'un créancier du propriétaire du bien de famille le saisisse, notamment s'il s'agit d'un créancier successoral. En ce sens, R. DEMOGUE, « Les souvenirs de famille et leur condition juridique », art. cité, p. 40 ; J.-F. BARBIÈRI, « Les souvenirs de famille : mythe ou réalité juridique ? », art. cité, n° 13. Par ailleurs, sitôt que l'intérêt de la famille est satisfait, l'on peut également tout à fait concevoir de disposer des souvenirs, en en faisant don à un musée ou à un service d'archives, même sans solliciter la famille. En ce sens, relatant notamment l'histoire de l'épée de Napoléon à Austerlitz, R. DEMOGUE, « Les souvenirs de famille et leur condition juridique », art. cité, pp. 34 s. ; J.-F. BARBIÈRI, « Les souvenirs de famille : mythe ou réalité juridique ? », art. cité, n° 23.

¹¹⁸⁰ La même chose vaut pour les inaliénabilités légales. Ainsi et à titre d'exemple, l'inaliénabilité des actions acquises par les salariés dans le cadre d'un plan d'épargne entreprise est limitée à cinq ans (C. trav., art. L. 3332-25).

¹¹⁸¹ C. civ., art. 900-1, al. 1^{er} et CPCE, art. L. 112-2, 4°.

considérer qu'avant leur stipulation et après leur expiration, ces biens sont des « biens », mais non dans l'intervalle ? L'idée paraît étrange.

Tel est ensuite le cas de l'inaliénabilité affectant certaines choses dangereuses pour la santé publique, comme les animaux atteints ou soupçonnés de maladies contagieuses¹¹⁸². L'inaliénabilité n'a ici de sens qu'autant que la santé publique est menacée ; elle disparaît sitôt la suspicion écartée ou la maladie guérie. Il en va de même des biens insalubres¹¹⁸³ : l'inaliénabilité qui touche le bien n'a plus de sens une fois celui-ci réhabilité.

261. Précarité de l'indisponibilité. L'indisponibilité est enfin précaire. L'on s'aperçoit en effet que l'indisponibilité est bien souvent contournée, soit que l'intérêt servi par la norme particulière d'indisponibilité demeure préservé, soit que la norme particulière d'indisponibilité elle-même présente des faiblesses structurelles.

C'est ainsi que l'inaliénabilité qui touche la propriété des plantes, substances ou préparations classées comme vénéneuses, telles que les substances stupéfiantes ou les psychotropes¹¹⁸⁴, ne saurait suffire à l'exclure de la catégorie des biens. Certes, la propriété de ces choses demeure « hors marché pour le grand public », afin de préserver la santé publique, mais constitue un bien parfaitement mobilisable pour les « personnes autorisées, tels des laboratoires ou des hôpitaux »¹¹⁸⁵.

L'on s'aperçoit pour finir que l'indisponibilité d'un bien peut parfois être contournée. Quoique le droit d'usage et d'habitation ait un caractère quasi-alimentaire qui le rend incessible¹¹⁸⁶, insaisissable¹¹⁸⁷ et intransmissible¹¹⁸⁸, son titulaire peut toujours y renoncer¹¹⁸⁹ au profit du propriétaire moyennant sa conversion en rente viagère¹¹⁹⁰. En outre et surtout, l'article 764, alinéa 5 du Code civil offre au conjoint survivant titulaire d'un droit d'usage et d'habitation sur le logement et le mobilier, par dérogation expresse aux articles 631 et 634, la

¹¹⁸² C. rur., art. L. 223-7.

¹¹⁸³ CCH, art. L. 111-6-1.

¹¹⁸⁴ CSP, arts. L. 5132-1 s.

¹¹⁸⁵ R.-N. SCHÜTZ, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Inaliénabilité », *op. cit.*, n° 54.

¹¹⁸⁶ Cass. civ., 5 août 1878, *DP* 1879, 1, p. 75.

¹¹⁸⁷ *Ibid.*

¹¹⁸⁸ Cass. 3^{ème} civ., 3 janvier 1978, n° 76-13.996, *Bull. civ.* III, n° 3.

¹¹⁸⁹ Comme l'on peut renoncer plus généralement à toute insaisissabilité d'intérêt privé.

¹¹⁹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 1978, n° 76-12.110, *Bull. civ.* I, n° 194.

possibilité de louer le logement sitôt qu'il n'est plus adapté à ses besoins¹¹⁹¹. S'il apparaît dans ces cas que le contournement de l'indisponibilité a toujours pour finalité de satisfaire aux besoins alimentaires du titulaire du droit considéré, il n'est pas certain que l'incessibilité du droit d'usage et d'habitation soit un élément essentiel de sa qualification (faute de quoi ce droit serait extrapatrimonial)¹¹⁹². L'article 628 du Code civil prévoit en effet que les parties ont tout loisir de moduler l'étendue du droit conféré, pouvant ainsi notamment déroger aux articles 631 et 634 qui sont supplétifs de volonté. Certains tribunaux et même la Cour de cassation ont ainsi considéré que la location du bien pouvait être assimilée à un mode normal d'usage de celui-ci¹¹⁹³, l'inaliénabilité ne constituant pas un « caractère essentiel » de ce droit¹¹⁹⁴, les parties pouvant la contourner¹¹⁹⁵ et même organiser sa cession à titre onéreux¹¹⁹⁶.

262. Bilan sur l'indisponibilité. L'indisponibilité d'un bien ne saurait suffire, en matière patrimoniale, à le disqualifier. L'indisponibilité apparaît en effet comme une situation exceptionnelle, anormale, car supposant un état latent de disponibilité. Elle est accidentelle et toujours incomplète, circonstancielle. Le bien, que l'on définit comme une richesse dans le commerce, comme une valeur disponible, n'a donc pas à être *actuellement* ou *parfaitement* dans le commerce pour être ainsi qualifié. Il suffit, somme toute, qu'il le soit en puissance ou par certains aspects seulement, ce que la notion même de patrimonialité postule, elle qui est susceptible de degrés.

263. Conclusion de la section I. Le placement du critère de la disponibilité au cœur de la définition des biens s'imposait pleinement. Traduction juridique du critère économique de commercialité précédemment dégagé, la disponibilité accrédite l'idée que le bien est un objet de valeur. Ce critère de disponibilité subsiste encore, même lorsque que l'aptitude de principe d'un bien à faire l'objet d'échanges se trouve exceptionnellement neutralisée. L'indisponibilité casuelle, accidentelle du bien ne saurait en effet suffire à disqualifier celui-ci. La patrimonialité

¹¹⁹¹ Préfigurant déjà cette faculté au bénéfice de toute personne se trouvant dans l'impossibilité de jouir du bien, T. civ. Seine, 15 juillet 1932, *Gaz. Pal.* 1932, 2, p. 695. *Contra.* Cass. 3^{ème} civ., 9 novembre 2011, n° 10-18.473, *Bull. civ.* III, n° 190.

¹¹⁹² Sur cette question, v. not. D. PONTON-GRILLET, « Le droit d'usage et d'habitation : diminutif ou substitut du droit d'usufruit ? », *D.* 1992, p. 237, spéc. n° 8.

¹¹⁹³ T. civ. Provins, 11 décembre 1946, *JCP* 1948, II, 4459.

¹¹⁹⁴ Douai, 14 décembre 1936, *S.* 1937, 2, p. 142.

¹¹⁹⁵ Cass. 3^{ème} civ., 14 juin 1989, n° 87-20.090, inédit.

¹¹⁹⁶ Cass. soc., 25 mai 1976, n° 75-10.567, *Bull. civ.* V, n° 322.

étant susceptible de degrés, l'on comprend que l'indisponibilité, en matière patrimoniale, soit contingente et sans incidence sur la qualification de bien.

La question de la disponibilité traitée, il convient désormais d'aborder celle de la disposition.

SECTION II. L'EXERCICE DE LA MAÎTRISE : LA DISPOSITION

264. Plan. Le bien est un droit disponible : disponible pour les créanciers de son titulaire qui y voient une valeur susceptible d'être séparée du patrimoine de ce dernier afin de les désintéresser, mais encore et surtout disponible pour le titulaire du droit lui-même, par cela que le bien se présente comme le vecteur de son activité économique et juridique. La disponibilité du bien se présente sous diverses facettes, traduisant toutes un certain degré de disponibilité : le bien est en effet le droit susceptible d'être en principe transmis, donné, cédé, affecté en garantie, démembré, saisi ou même objet d'une renonciation. D'un point de vue général, c'est parce que le bien appartient au sujet qu'il est susceptible de faire l'objet de toutes ces opérations. D'un point de vue plus spécifique, c'est parce que la personne est titulaire de ses droits patrimoniaux qu'elle peut agir sur eux, qu'elle en a une certaine maîtrise, qu'elle peut en *disposer*. C'est précisément cette *faculté de disposition* qu'il s'agit désormais d'aborder, en tant qu'elle prolonge la titularité du bien. Loin d'agir sur ses biens par la grâce de la propriété, la personne n'agit sur eux qu'en vertu d'une faculté générale de disposition qu'il est possible de lier à la titularité et donc à la face externe des droits patrimoniaux (§1). Une conséquence doit en être tirée : ce n'est pas la propriété que l'on sollicite pour expliquer la disposition des droits patrimoniaux, ce dont on peut se convaincre à travers l'exemple de de l'usufruit (§2).

§1. Le rattachement de la disposition à la face externe des droits patrimoniaux

265. Plan. La faculté de disposer du bien semble être l'apanage du propriétaire. C'est du moins ce qu'enseigne une partie de la doctrine, qui ne peut concevoir cette faculté de disposer hors du giron de la propriété (A). Une telle analyse doit être réprouvée : la faculté juridique de disposition, loin d'être une composante du seul droit de propriété, est à l'inverse une faculté commune à l'ensemble des droits patrimoniaux (B).

A. L'argument classique : l'acte de disposition, un acte de propriétaire

266. Disposition et propriété. Il est fréquent, pour ne pas dire habituel, de faire du « droit de disposer » – selon l'expression à tort consacrée par une majeure partie de la doctrine – une composante du droit de propriété¹¹⁹⁷. Il est ainsi avancé que ce « droit de disposer », acte de disposition par excellence par lequel une personne affecte l'existence d'un droit patrimonial (cession, donation, transmission, renonciation, démembrement, etc.)¹¹⁹⁸, relèverait de la seule discrétion du propriétaire, en raison de l'absoluité de son droit. C'est d'ailleurs ce qu'affirma avec force le tribun Faure dans la communication officielle au Tribunat qu'il fit le 18 janvier 1804 : « le propriétaire d'une chose a le droit d'en user comme il le juge à propos ; qu'il la conserve ou qu'il la détruit, qu'il la garde ou qu'il la donne, il en est le maître absolu »¹¹⁹⁹. Somme toute, l'on ne disposerait qu'en tant que propriétaire, seul le propriétaire étant à même de disposer de ses biens. Véritable acte de souveraineté, le « droit de disposer » relèverait naturellement du droit de propriété : toutes les fois qu'une personne disposerait d'un droit ou d'une chose, ce serait en tant que propriétaire ; toute atteinte à ce « droit de disposer » s'analyserait en une atteinte au droit de propriété¹²⁰⁰.

La doctrine, classique ou moderne, s'accorde généralement sur ce point. D'aucuns voient ainsi le « droit » de disposer comme une « composante essentielle du droit de propriété »¹²⁰¹, ou comme l'« expression la plus complète » du pouvoir du propriétaire, lui permettant d'« accomplir discrétionnairement tous les actes juridiques ou matériels entraînant pour [lui] la perte de tout ou partie de son bien »¹²⁰². D'autres considèrent encore, plus radicalement, que « tout acte juridique est un acte de propriété », le pouvoir de disposer étant « l'instrument du

¹¹⁹⁷ Sur l'origine de ce lien, v. F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, préf. L. Aynès, Economica, coll. « Recherches Juridiques », t. 15, 2007, pp. 74 s., n° 63 s. ; A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1989, p. 145, n° 116.

¹¹⁹⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 13^{ème} éd., 2020, v° « Disposition », sens 2 : « opération grave qui entame ou engage un patrimoine pour le présent ou l'avenir, dans ses capitaux ou sa substance » ; C. BRENNER et S. LEQUETTE, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Acte juridique », 2019, n° 370 : « est dit acte de disposition celui qui a pour but direct et immédiat de conduire à la disparition, avec ou sans contrepartie, du bien ou du droit sur lequel il porte ».

¹¹⁹⁹ P.-A. FENET, Recueil complet de travaux préparatoires du Code civil, t. XI, Paris, 1827, p. 135.

¹²⁰⁰ Sur cette analogie, v. not. Cass. 1^{ère} civ., 4 janvier 1995, n° 92-20.013, *Bull. civ.* I, n° 4.

¹²⁰¹ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens, op. cit.*, p. 135, n° 125.

¹²⁰² J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2010, p. 96, n° 83. Considérant que « le droit de disposer [matériellement] renferme encore celui d'aliéner », C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, t. III, *op. cit.*, p. 57. V. déjà en ce sens, R.-J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, t. I, Paris, Debure père, 1772, pp. 6-7.

commerce juridique »¹²⁰³. Que les points de vue soient anciens ou modernes¹²⁰⁴, tous convergent : le « droit » de disposer serait une « caractéristique de la propriété » et le « fondement de la transmission du bien »¹²⁰⁵, un élément de sa « substance », de sa « définition légale » et donc, en somme, un « élément constitutif de la propriété »¹²⁰⁶.

Plus largement, une symétrie est faite entre l'article 544 du Code civil et l'article 537, qu'une partie de la doctrine ne voit que comme un simple décalque du premier, que comme une simple application. Au « droit de jouir et disposer des choses » correspondrait la « libre disposition des biens »¹²⁰⁷. Aussi certains auteurs écrivent-ils que la propriété « concrétise une relation d'appropriation à la *chose* (art. 544) qui, une fois établie, autorise la libre disposition du *bien* ainsi approprié (art. 537) »¹²⁰⁸, écrivant encore que « la libre disposition que consacre l'article 537 ne peut que correspondre au pouvoir que la propriété renferme d'après l'article 544 »¹²⁰⁹. De la sorte, peu importe dans ce schéma la manière dont le « droit de disposer » s'exprimerait : matériellement comme juridiquement, il serait une expression de la même propriété. Plus encore, en faisant du « droit de disposer » juridiquement une composante propre au droit de propriété, tout acte juridique devrait s'analyser sous les auspices du seul droit de propriété : les cessions, démembrements, transmissions de droits, bref, toutes les opérations patrimoniales seraient des actes de propriétaires.

Une telle lecture est pour le moins perturbante. Non seulement l'article 537 du Code civil est irréductible à l'article 544, mais il apparaît surtout que l'exercice de la *faculté* juridique de disposition est parfaitement indépendant du droit de propriété.

¹²⁰³ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 336, n° 210.

¹²⁰⁴ J.-J. DELSOL, *Explication élémentaire du Code Napoléon*, t. I, 2^{ème} éd., Paris, Cotillon, 1867, p. 419 ; M.-G.-A. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD Civ.* 1905, p. 443, spéc. p. 455, n° 20 ; J. DERRUPPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits personnels*, th. Toulouse, 1951, pp. 324-326, n° 282 ; C. CARON et H. LÉCUYER, *Le droit des biens*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2002, p. 60 ; G. CORNU, *Droit civil. Les biens*, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 13^{ème} éd., 2007, p. 68, n° 27 ; B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, av.-propos F. Terré, préf. L. Aynès, LGDJ, coll. « Bibl. de l'Institut André Tunc », t. 15, 2008, p. 54, n° 58.

¹²⁰⁵ Y. EMERICH, *La propriété des créances : approche comparative*, préf. F. Zenati-Castaing, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 469, 2007, pp. 157-158, n° 274 et p. 251, n° 443. Dans le même sens, P. BERLIOZ, *La notion de bien, op. cit.*, p. 253, n° 777, considérant que « la propriété est bien le fondement du pouvoir d'aliénation ».

¹²⁰⁶ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon III, 1981, p. 689, n° 505.

¹²⁰⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II : *Les biens*, PUF, coll. « Quadrige », 2004, pp. 1640-1641, n° 730 ; G. CORNU, *Droit civil. Les biens, op. cit.*, p. 67, n° 27 ; R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil. 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297, spéc. pp. 308-309, n° 9.

¹²⁰⁸ J. LAURENT, *La propriété des droits*, préf. T. Revet, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 537, 2012, p. 172, n° 216.

¹²⁰⁹ P. BERLIOZ, *La notion de bien, op. cit.*, p. 255, n° 781.

B. Réfutation de l'argument classique

267. Sens des articles 537 et 544 du Code civil. Il est excessif d'analyser l'article 537 du Code civil comme une simple répétition de l'article 544 et d'en inférer que la propriété réaliserait l'appartenance des biens ou que l'acte de disposition juridique serait un acte de propriétaire. Une distinction essentielle doit en effet être opérée entre le *jus abutendi* et le *jus disponendi* ou, dit autrement, entre la faculté matérielle de disposition (article 544) et la faculté juridique de disposition (article 537). Quand la faculté matérielle de disposition relève effectivement de la structure du *droit de propriété*, autorisant le propriétaire à altérer la substance d'une *chose*, la faculté juridique de disposition appartient à tout titulaire d'un *droit patrimonial*, l'autorisant, en sa seule qualité de titulaire, à agir directement sur le *droit* considéré comme un bien. C'est Planiol qui, le premier, distingua ces deux facultés, relevant que, « en lui-même, le droit de propriété n'autorise que les actes matériels de jouissance ou de consommation [...]. Les actes juridiques se bornent à opérer le *déplacement* total ou partiel de ce droit d'user ou de consommer ; c'est l'exercice d'une faculté spéciale, *la faculté de céder son droit* »¹²¹⁰. La brèche ouverte par Planiol fut très rapidement exploitée : loin d'être un attribut caractéristique de la propriété, la faculté juridique de disposition fut très justement analysée comme une faculté commune à l'ensemble des droits patrimoniaux, par laquelle leurs titulaires « [modifient] des situations ou des rapports juridiques existants »¹²¹¹. Aussi doit-on bien distinguer la faculté de libre disposition de ses *biens* et la faculté matérielle de disposition des *choses* : quand la première relève de l'aspect externe des droits patrimoniaux, la seconde relève du seul aspect interne de la propriété.

268. Retranchement de la disposition de la face interne de la propriété. D'aucuns ont pourtant entendu, en dépit de cette distinction entre disposition juridique et matérielle sur le principe de laquelle ils semblent toutefois s'accorder, rattacher la disposition juridique au seul

¹²¹⁰ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 11^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1928, pp. 776-777, n° 2337, précisant en note que « la possibilité de disposer *juridiquement* de son droit en l'*aliénant* n'est nullement caractéristique de la propriété. Ce caractère de *cessibilité* est commun en principe à tous les droits réels, sauf un petit nombre d'exceptions » (ces développements figuraient pareillement dans la troisième édition de 1904 : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 3^{ème} éd., Paris, F. Pichon, 1904, pp. 748-749, n° 2337).

¹²¹¹ F. DE VISSCHER, « Du "jus abutendi" », *RTD Civ.* 1913, p. 337, spéc. p. 344. Dans le même sens, v. spécialement D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil. Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, *op. cit.*, pp. 73-74. V. enfin J.-L. AUBERT, « Le droit de disposer de l'immeuble », in *Études offertes à Jacques Flour*, Répertoire Defrénois, 1979, p. 1, spéc. p. 2, n° 2 ; L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, préf. H. Synvet, *Economica*, coll. « Recherches Juridiques », t. 12, p. 77, n° 52 ; C. BRENNER et S. LEQUETTE, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Acte juridique », *op. cit.*, n° 385.

empire de la propriété, ne pouvant concevoir que l'acte de disposition ne soit pas le fait d'un propriétaire. Ainsi d'abord de Messieurs Zenati-Castaing et Revet pour qui, si les notions de disposition et d'*abusus* « sont étrangères l'une à l'autre », il n'en demeurerait pas moins « qu'en abusant de la chose, le propriétaire accomplit un acte purement matériel, en disposant, il accomplit exclusivement un acte juridique »¹²¹². Ainsi encore de Monsieur Danos pour qui « si le sujet peut disposer de la chose, s'il a la capacité juridique pour accomplir un acte de disposition, c'est parce qu'il est propriétaire de la chose »¹²¹³. Ainsi également de Monsieur Berlioz pour qui la propriété serait une réalité « inhérente à la personne », seul un propriétaire pouvant juridiquement disposer d'un bien¹²¹⁴. Ainsi enfin de Monsieur Laurent, pour qui la faculté de disposer constituerait la « fraction ultime de la propriété »¹²¹⁵. Cette opinion peut s'entendre : faire de la disposition une faculté à la fois extérieure et commune aux droits patrimoniaux supposerait nécessairement d'admettre selon ces auteurs que le sujet serait bel et bien propriétaire de ses droits, par cela que la propriété réaliserait l'appartenance des droits au sujet lui permettant, ensuite, de les prendre pour objet¹²¹⁶. Partant, disposer serait nécessairement le signe d'un acte de propriétaire, pour la raison que la disposition supposerait au préalable l'appartenance et donc la propriété¹²¹⁷. Seule la propriété expliquerait la possibilité pour le titulaire d'un droit patrimonial de l'affecter en garantie ou de le démembrer, le démembrement étant là analysé comme une décomposition de la propriété ; ainsi expliquerait-on encore que l'on puisse disposer de ses choses comme de ses droits, sans que la propriété, non plus confondue avec ses objets, ne soit elle-même l'objet de l'acte de disposition, devenant au contraire « *ce par quoi on dispose* »¹²¹⁸.

Une telle analyse est néanmoins précaire¹²¹⁹. Elle repose sur l'unique postulat que seule la propriété assurerait le rattachement des droits au sujet et que seule la propriété, en conséquence,

¹²¹² F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, op. cit., p. 335, n° 210.

¹²¹³ F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, op. cit., p. 80, n° 71, précisant que « si Planiol et Berra ont raison de soutenir que le droit de disposer n'est pas contenu dans le droit de propriété, il faut en revanche tenir compte du fait que le droit de propriété vient teinter, particulariser la capacité juridique de ce sujet et lui conférer la qualité de propriétaire. Et c'est à ce titre qu'il peut disposer juridiquement de la chose ».

¹²¹⁴ P. BERLIOZ, *La notion de bien*, op. cit., p. 256, n° 787.

¹²¹⁵ J. LAURENT, *La propriété des droits*, op. cit., p. 167, n° 207.

¹²¹⁶ *Ibid.*, pp. 169-170, n° 211.

¹²¹⁷ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, op. cit., p. 335, n° 210 : « disposer n'est pas une simple utilité résultant de l'appropriation, mais un véritable attribut de la propriété ». V. déjà en ce sens S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, pp. 34-36, n° 13 et pp. 46-55, n° 19-21.

¹²¹⁸ J. LAURENT, *La propriété des droits*, op. cit., p. 166, n° 205.

¹²¹⁹ Rapp. N. THOMASSIN, *De la propriété. Contribution à une théorie générale*, th. Paris IX, 2009, p. 83, n° 44, pour une critique plus spécifique de la liberté supposée du « propriétaire » d'une créance de la céder.

permettrait au sujet de prendre ses droits pour objets et d'en disposer. La liaison de la propriété et de la disposition n'a donc rien, comme l'affirme pourtant Monsieur Zenati, d'un « *a priori* légal »¹²²⁰. Aussi, si l'article 544 du Code civil tisse un lien évident entre propriété et disposition *matérielle*, c'est dans l'article 537 qu'il faut chercher un lien entre appartenance et disposition *juridique*, l'appartenance étant là réalisée par la seule titularité. La faculté juridique de disposition relève en effet parfaitement de l'aspect externe du droit patrimonial et trouve une prise directe dans la notion de titularité dont elle est le prolongement. Comme l'écrit si bien Monsieur Berra, « la titularité (et non la propriété comme le pensent tous ceux qui ont étudié la notion d'indisponibilité) est une condition, un présupposé de l'exercice du pouvoir de disposition »¹²²¹. Ce qu'exprime l'article 537 du Code civil n'a donc strictement rien à voir avec ce qu'exprime l'article 544 : quand cet article indique le pouvoir du propriétaire sur sa chose (face interne du droit de propriété), l'article 537 indique pour sa part une faculté générale du sujet sur l'ensemble de ses droits patrimoniaux, par cela seulement qu'ils lui appartiennent et parce que le Souverain aura reconnu, dans le creux des normes d'extrapatrimonialité, leur caractère d'objets disponibles (face externe des droits patrimoniaux).

269. Nature de la faculté juridique de disposition. La faculté juridique de disposition, afin de saisir les droits comme objets de maîtrise, ne saurait elle-même être réduite à un droit. L'on doit à Visscher d'avoir pertinemment relevé qu'il ne pouvait s'agir que d'un présupposé de la vie juridique inhérent à la personnalité même, une virtualité « dont la réalisation est indépendante de toute manifestation » et dont l'existence doit être supposée d'un point de vue axiomatique¹²²². Comme le dit encore Monsieur Berra, cette faculté juridique de disposition n'est qu'un pouvoir « fondamental » de l'individu, un « pouvoir de commandement qui appartient à chaque individu à l'égard de ses intérêts propres » et intimement lié aux « pouvoirs

¹²²⁰ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., p. 619, n° 448, reprochant à Monsieur Berra d'avoir recherché la cause de la disposition en dehors de la propriété, en réaction à l'étroitesse de la conception classique qui ne l'envisageait que par la propriété, avec les incohérences résultant de sa difficile insertion dans l'architecture des droits patrimoniaux.

¹²²¹ D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil. Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, op. cit., p. 783. Dans le même sens, v. L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, op. cit., p. 20, n° 11, pour qui « les droits patrimoniaux, qu'ils soient droits réels, personnels ou intellectuels, peuvent être en principe considérés de manière indistincte, parce qu'ils ont cette caractéristique commune d'être juridiquement des droits et économiquement des richesses. Ils sont en tant que tels objets de titularité individuelle et susceptibles de circulation juridique ». V. enfin S. MILLEVILLE, *Les restrictions au droit de disposer*, op. cit., p. 108, n° 177, pour qui « toutes ces opérations qui ont spécifiquement les droits pour objet résultent de l'exercice par le titulaire des prérogatives que lui confère l'appartenance de ses biens ».

¹²²² F. DE VISSCHER, « Du "jus abutendi" », art. cité, p. 346.

fondamentaux » dont tout sujet de droit est titulaire¹²²³. À ce titre, la faculté juridique de disposition se présente comme un aspect du pouvoir contenu dans la « capacité d’agir » de chaque sujet, laquelle lui permet, plus généralement, de prendre part à la vie juridique¹²²⁴. Il s’agit d’une faculté spéciale d’exercice commune à tous les droits patrimoniaux, mais à eux seuls¹²²⁵ ; elle offre à ses titulaires la possibilité de modifier les droits composant leur patrimoine dans les limites constitutives de ceux-ci. Nul besoin ainsi de recourir à la propriété pour expliquer la mobilisation des droits patrimoniaux ou plus largement leur transmission, leur démembrement ou la renonciation à leurs bénéficiaires. Parce qu’ils appartiennent au sujet, ils se trouvent soumis à son « pouvoir de commandement »¹²²⁶.

270. Liens entre faculté juridique de disposition et titularité. La faculté juridique de disposition (aspect de la capacité d’agir ou capacité d’exercice), si elle procède de la titularité (capacité légale ou capacité de jouissance)¹²²⁷, doit cependant bien en être distinguée¹²²⁸. La titularité du droit est en effet indépendante de son exercice¹²²⁹. Quand la jouissance d’un droit correspond à l’aptitude à être titulaire de droits, l’exercice du droit correspond au pouvoir juridique d’agir, qui peut ne pas être parfaitement plein¹²³⁰. Si toute personne peut être titulaire

¹²²³ D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil. Contribution à la notion d’indisponibilité juridique*, op. cit., p. 918.

¹²²⁴ F. DE VISSCHER, « Du “jus abutendi” », art. cité, p. 344, relevant que le pouvoir d’agir ne constitue pas en effet nécessairement un acte de disposition : « c’est seulement comme faculté de modifier des situations ou des rapports juridiques existants que le pouvoir d’agir prend le nom de droit de disposition ».

¹²²⁵ *Ibid.*, p. 339. Adde. D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil. Contribution à la notion d’indisponibilité juridique*, op. cit., p. 165.

¹²²⁶ D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil. Contribution à la notion d’indisponibilité juridique*, op. cit., p. 918.

¹²²⁷ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique. Histoire et théorie*, 2^{ème} éd., Paris, Arthur Rousseau, 1922, p. 505 sq., faisant de la capacité une conséquence de la personnalité et définissant la capacité comme « l’aptitude au droit subjectif ».

¹²²⁸ C’est d’ailleurs ce que l’on déduit de la typologie des incapacités. Quand l’incapacité de jouissance traduit l’« inaptitude à être titulaire de certains droits » où l’on refuse « la jouissance même du droit », l’incapacité d’exercice traduit l’« inaptitude d’une personne à exercer des droits dont elle est pourtant titulaire » (A. MARAIS, *Droit des personnes*, Dalloz, coll. « Cours », 3^{ème} éd., 2018, p. 238, n° 325 et 326). Plus généralement, sur l’origine et l’évolution de cette distinction, v. I. MARIA, « De l’intérêt de distinguer jouissance et exercice des droits », *JCP G* n° 23-24, 3 juin 2009, doct. 149.

¹²²⁹ Rapp. J. LAURENT, *La propriété des droits*, op. cit., pp. 143-145, n° 178.

¹²³⁰ E. PICARD, *Le Droit Pur*, Paris, Ernest Flammarion, 1908, p. 184, § 111. Dans le même sens, v. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, pp. 284-285, distinguant le droit statique – celui dont on jouit – et le droit dynamique – celui que l’on exerce. V. également F. DE VISSCHER, « Du “jus abutendi” », art. cité, p. 343, substituant à la distinction de la jouissance et de l’exercice des droits celle entre capacité légale et capacité d’agir.

d'un droit, toutes ne peuvent pas toujours les exercer¹²³¹. Encore faut-il en effet qu'une volonté extériorise cette capacité légale dans une capacité d'agir. Contrairement alors à ce que soutenait Savigny, l'essence du droit subjectif ne réside pas dans un pur acte de volonté, mais encore dans l'intérêt que le droit protège. La volonté n'intervient dès lors qu'au stade de l'extériorisation du droit subjectif¹²³², preuve en est que l'on ne cesse pas d'être titulaire d'un droit au seul motif qu'on ne peut l'exercer. Comme le disait en somme Ihering, la volonté n'est que « l'organe par lequel l'homme jouit du droit », par lequel il manifeste son intérêt¹²³³.

271. Place et objet de la faculté juridique de disposition. La faculté juridique de disposition, expression de la capacité d'agir procédant elle-même de la capacité légale, ne peut qu'être logée dans la personnalité juridique, revêtant la qualité de pouvoir fondamental de la personne¹²³⁴. Cette faculté est le canal par lequel la personne titulaire d'un droit le prend pour objet si elle en a la capacité d'exercice¹²³⁵. L'objet de cette faculté est le droit lui-même et non les objets sur lesquels ces droits portent. Alors, c'est bien le droit lui-même que l'on cède à autrui et non son objet, ce qu'une partie de la doctrine ne peut pourtant concevoir, considérant qu'en eux-mêmes, les droits seraient intransmissibles pour la raison qu'étant une émanation de la personnalité, il serait impensable de les transférer sans transférer la personnalité elle-même : la « cession » d'un droit s'opérerait au contraire par son extinction entre les mains du cédant et par sa recreation entre les mains du cessionnaire, lorsque ce n'est pas la chose, quand elle est l'objet d'un droit de propriété, qui se trouve transférée¹²³⁶. La thèse de l'intransmissibilité des

¹²³¹ Rapp. not. C. civ., art. 216 : « chaque époux a la pleine capacité de droit ; mais ses droits et pouvoirs peuvent être limités par l'effet du régime matrimonial et des dispositions du présent chapitre ».

¹²³² En ce sens, v. D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil. Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, op. cit., p. 928, qui écrit que « la volonté n'est donc pas incluse dans le droit subjectif mais dans les "pouvoirs juridiques" ».

¹²³³ R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les différents stades de son développement*, t. IV, trad. O. de Meulenaere, Paris, A. Maresq Ainé, 2^{ème} éd. 1880, p. 319, § 70.

¹²³⁴ Comp. F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, op. cit., p. 82, n° 73, soutenant que la « qualité de propriétaire » est une partie de la personnalité juridique et se confond avec la capacité d'agir, écrivant ainsi que « c'est donc la qualité de propriétaire qui confère le pouvoir de disposer de la chose, le droit de disposer étant indissociablement attaché à cette qualité ».

¹²³⁵ D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil. Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, op. cit., p. 73.

¹²³⁶ E. LÉVY, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, th. Paris, 1896, pp. 98 s., spéc. p. 101 ; M.-G.-A. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », art. cité, p. 453, n° 17 ; G. RIPERT, « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy. À propos de "la vision socialiste du droit" », *Rev. crit. lég. et jurispr.* 1928, p. 21, spéc. p. 24 ; R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », art. cité, p. 309, n° 9 ; P. BERLIOZ, *La notion de bien*, op. cit., p. 256 s., n° 788 s. ; Y. EMERICH, *La propriété des créances : approche comparative*, op. cit., p. 248, n° 440 ; J. LAURENT, *La propriété des droits*, op. cit., p. 344, n° 439 ; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, op. cit., pp. 279-280, n° 176 s. ; W. DROSS, « Une approche

droits n'est toutefois pas crédible. S'il en allait ainsi, toute acquisition d'un droit serait une acquisition originaire¹²³⁷ et le cessionnaire – pour ne raisonner qu'à partir de l'hypothèse d'une cession de créance – ne saurait souffrir que le cédé lui oppose quelque exception que ce soit, ce qui n'est pas la solution du droit positif¹²³⁸. De manière plus raisonnable, il est possible d'admettre que le droit – quel qu'il soit cette fois-ci – puisse faire l'objet d'un transport sans aucunement affecter la personnalité de son titulaire initial, car la personnalité ne saurait se résumer ou se confondre avec les droits reliés au sujet qui lui demeurent absolument extérieurs¹²³⁹. La personne ne saurait perdre sa vocation à l'appartenance, inhérente à sa qualité de sujet de droit, au seul motif que l'un des droits qui lui appartient se trouverait transmis à autrui¹²⁴⁰. La faculté de disposition subsume véritablement les droits qu'elle prend pour objets, se résume à l'exercice potentiel d'un pouvoir existant en germe dans la capacité d'agir et parfaitement distinct des droits sur lesquels elle porte.

La faculté de disposition ne saurait enfin être contenue dans le droit dont la personne dispose. Elle lui est extérieure. C'est ce que Visscher avait très tôt relevé en remarquant que si cette faculté s'inscrivait dans le droit, il s'exercerait sur lui-même sitôt que la personne accomplirait un acte juridique¹²⁴¹ ce qui, aujourd'hui, n'est guère contesté¹²⁴². Alors faut-il définitivement rejeter l'idée que la faculté de disposition relèverait de la structure même du droit de propriété ou même de n'importe quel droit patrimonial : cette faculté est autonome du droit subjectif et doit le rester pour pouvoir précisément les mettre en branle. Elle est la condition même de la vie juridique des droits, un prolongement de la personnalité juridique dans le monde des échanges.

L'on peut désormais expliquer la disposition des droits sans plus recourir au truchement de la propriété et ainsi expliquer que le sujet qui agit sur ses droits ne le fait pas en tant que propriétaire mais simplement en tant que titulaire. L'on s'en convaincra en étudiant une

structurale de la propriété », *RTD Civ.* 2012, p. 419, spéc. n° 33 et du même auteur, « Le transfert de propriété en droit français », *RDC* n° 4, 1^{er} octobre 2013, p. 1694, spéc. p. 1698, n° 9.

¹²³⁷ Rapp. J.-F. BARBIÈRI, *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels. Contribution à l'étude de la notion de perpétuité dans les actes juridiques*, th. Toulouse, 1977, p. 36, note 16.

¹²³⁸ C. civ., art. 1324, al. 2.

¹²³⁹ Cf. supra n° 178.

¹²⁴⁰ En ce sens, v. D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil. Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, op. cit., p. 45.

¹²⁴¹ F. DE VISSCHER, « Du "jus abutendi" », art. cité, pp. 341 et 343 : « dira-t-on que le droit de renoncer se trouve compris dans le droit auquel on renonce ? [...] « Acquérir, ce sera donc exercer le droit que l'on acquiert ? ».

¹²⁴² D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil. Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, op. cit., pp. 910-915 ; W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, op. cit., p. 34, n° 23-1 ; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, op. cit., p. 337, n° 211 ; J. LAURENT, *La propriété des droits*, op. cit., p. 168, n° 208.

hypothèse pourtant propice aux débats mais dont la portée peut être facilement généralisée à toutes les opérations patrimoniales, celle de l'usufruit, la propriété ne pouvant plus être mobilisée pour expliquer l'opération.

§2. La disposition des biens : l'exemple de l'usufruit

272. Plan. La faculté de disposition, à la fois extérieure et commune aux droits patrimoniaux, est le canal par lequel la personne prend part au monde des échanges. Cette faculté spéciale, loin d'être logée dans la structure du seul droit de propriété ou dans celle de n'importe quel droit patrimonial, permet au contraire à la personne de prendre pour objet l'ensemble de ses droits patrimoniaux. Toute opération juridique consistant à affecter l'existence de l'un de ces droits ne saurait dès lors être analysée comme procédant de la seule propriété, ce qu'une partie de la doctrine refuse encore d'admettre. C'est tout particulièrement à l'occasion de l'étude de l'usufruit que les difficultés apparaissent, le propos pouvant être ensuite généralisé à l'ensemble des opérations patrimoniales prenant les droits pour objets. Aussi convient-il de porter un œil neuf sur la nature juridique de l'usufruit (A), avant d'envisager une application de cette définition au cas particulier de l'usufruit des créances (B), nid de nombreuses difficultés théoriques.

A. La nature juridique de l'usufruit

273. Le « problème » de l'usufruit. L'usufruit est classiquement présenté comme un démembrement du droit de propriété¹²⁴³ de sorte qu'il adopterait en conséquence la qualité de droit réel sur la chose d'autrui¹²⁴⁴. Cependant, il est des hypothèses où l'usufruit ne procède pas du droit réel de propriété, mais parfois d'un autre droit réel et souvent d'un droit personnel. Or, dans ce type d'hypothèse, si usufruit il y a, peut-on voir l'usufruitier comme nécessairement titulaire d'un « droit réel sur la chose d'autrui » et par la force des choses, peut-on voir le constituant, c'est-à-dire le titulaire du droit primaire démembré, comme étant nécessairement propriétaire ? Deux données entrent ici en contradiction. D'une part, le fait que tout titulaire

¹²⁴³ *Contra*. W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », art. cité, n° 11, considérant que le démembrement n'atteint pas le droit de propriété mais son objet.

¹²⁴⁴ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, *op. cit.*, p. 921, n° 2745 ; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p. 459, n° 297 ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, p. 703, n° 775 ; C. LARROUMET et B. MALLET-BRICOUT, *Traité de droit civil*, t. II : *Les biens, droits réels principaux*, Economica, coll. « Corpus droit privé », 6^{ème} éd., 2019, p. 288, n° 472.

d'un droit patrimonial peut disposer de son droit¹²⁴⁵, autrement dit le fait qu'il peut notamment le démembrer, pour l'hypothèse qui nous intéresse¹²⁴⁶. D'autre part, la représentation traditionnelle de l'usufruit, vu comme l'image en réduction de la propriété. Pour raisonner sur l'hypothèse de l'usufruit d'une créance, l'usufruitier de la créance est-il donc titulaire d'un droit réel ? Quant au créancier qui a démembré son droit, l'a-t-il fait en tant que propriétaire ? Si tel était le cas, sous chaque disposition juridique se cacherait finalement un droit de propriété, ce qui, on l'a vu, est une lecture fort contestable. Aussi répondra-t-on négativement à ces deux questions.

274. Analyse alternative de l'usufruit : une titularité temporaire ? La doctrine majoritaire, tâchant de préserver l'architecture des droits patrimoniaux, s'émeut fréquemment de la figure « monstrueuse » d'un droit réel qui porterait sur un droit personnel¹²⁴⁷, dénonçant parfois un « raffinement aussi byzantin qu'inutile »¹²⁴⁸. Pour tenter de maintenir la cohérence de cette architecture, certains auteurs se demandent si la constitution d'un usufruit n'emporterait pas finalement transfert temporaire de la titularité du droit concerné¹²⁴⁹, à la manière finalement d'une cession fiduciaire ou d'une constitution d'un quasi-usufruit de choses consomptibles, au détriment des droits du propriétaire et de la définition même de la propriété.

¹²⁴⁵ Cette règle, en matière d'usufruit, est fixée à l'article 595 du Code civil qui dispose que « l'usufruitier peut jouir par lui-même, donner à bail à un autre, même vendre ou céder son droit à titre gratuit ».

¹²⁴⁶ *Adde.* pour des hypothèses de démembrements « originaux », la possibilité de consentir un droit d'usage et d'habitation sur un usufruit (Cass. 1^{ère} civ., 14 janvier 1997, n° 94-16.813, *Bull. civ.* I, n° 22 ; Cass. 3^{ème} civ., 7 avril 2004, n° 02-18.979, *Bull. civ.* III, n° 86) et la possibilité de consentir un usufruit sur une sous-location (Cass. com., 25 avril 1974, *D.* 1974, p. 644).

¹²⁴⁷ Monsieur Dross se demande ainsi « comment un droit [peut] porter sur un droit si on leur reconnaît une même nature » (W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 908, n° 496-1), auteur qui ajoute que cette figure serait « inexplicable dans le cadre d'un raisonnement classique fondé sur l'idée de démembrement de la propriété » (*ibid.*, p. 174, n° 91-2). Dans le même sens, v. M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.* 1997, p. 583, spéc. n° 35. V. toutefois L. JOSSERAND, « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », in *Mélanges juridiques dédiés à M. le Professeur Sugiyama*, Iwanami, Kanda, Tokyo, 1940, p. 96, spéc. n° 6, qui se questionne sur la possibilité de faire porter la propriété notamment sur des créances, du fait de l'existence d'usufruits, démembrements de la propriété, portant sur des créances.

¹²⁴⁸ W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », art. cité, n° 23, ajoutant qu'« on ne gagne rien à un tel empilement des droits sinon d'obscurcir la simplicité d'un schéma originel qui place le droit entre l'individu et la réalité ».

¹²⁴⁹ P. KOURALEVA, « L'usufruit, démembrement du droit de propriété ? », *LPA* n° 122, 19 juin 2009, p. 6 *sq.* ; W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 173, n° 91 et p. 908, n° 496 et 496-1 et du même auteur, « Une approche structurale de la propriété », art. cité, n° 17 et 36. V. en outre J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II : *Les biens, op. cit.*, p. 1692-1693, n° 766 ; A. FRANÇON, « L'usufruit des créances », *RTD Civ.* 1957, p. 1, spéc. p. 18, n° 20. V. enfin G. LARDEUX, « Qu'est-ce que la propriété ? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l'histoire », *RTD Civ.* 2013, p. 741, spéc. n° 14. V. Enfin G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préf. P. Catala et M. Cozian, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 313, 1999, pp. 397 s., n° 666 s., voyant dans l'usufruit une forme de propriété économique.

Cette manière d'analyser l'usufruit comme une « propriété » temporaire ou comme une « titularité » temporaire paraît toutefois fort douteuse¹²⁵⁰. L'originalité du démembrement tient précisément dans la répartition des prérogatives qu'il opère entre deux titulaires de droits parents. Soutenir que le constituant cesserait d'être titulaire du droit par cela qu'il n'en a plus *actuellement* l'émolument est une erreur de perspective, accédant la thèse de l'usufruit causal qui serait contenu « à l'état latent » dans le droit primaire¹²⁵¹. Si l'on admettait un tel transfert de la titularité du droit, comment expliquerait-on en outre l'obligation de restitution qui pèse sur l'usufruitier à l'issue de l'usufruit ? Si tel était encore le cas, comment expliquerait-on que les droits de l'usufruitier en cours d'usufruit soient à ce point limités par l'obligation de conserver la substance de la « chose » ? Admettre l'idée que l'usufruit opérerait transfert du droit considéré revient encore, pour ne parler que de la propriété, à la réduire à la somme des prérogatives qui ressortissent habituellement à sa structure interne : la propriété se définirait ainsi exclusivement par le prisme des prérogatives de jouissance qui, sitôt transférées à autrui, investiraient ce dernier d'un droit de propriété. Ce serait, on le voit, consacrer l'idée que la propriété se définit par son contenu, contrairement aux enseignements si précieux du Marquis de Vareilles-Sommières qui définissait la propriété comme une vocation aux services futurs¹²⁵². Aussi faut-il analyser le démembrement pour ce qu'il est et non pour ce qu'il serait prétendument (à savoir une cession qui tairait son nom) : en démembrant un droit, son titulaire confère *temporairement* à autrui non pas la titularité du droit (faute de quoi il perdrait tout espoir d'en retirer l'émolument à l'issue du démembrement) mais *une partie des prérogatives* qui lui reviennent habituellement. L'analyse de l'usufruit sur le modèle d'une titularité temporaire doit donc être écartée.

275. Redéfinition de l'usufruit. Il semble que les difficultés à l'endroit de l'usufruit aient été exagérément amplifiées. Elles peuvent être surmontées sitôt que l'on tire toutes les conséquences du retrait de la faculté de disposer du giron de la propriété. Le démembrement, qui est un acte juridique constitutif, ne saurait être analysé comme une décomposition du seul

¹²⁵⁰ En ce sens, v. M. FABRE, *L'usufruit atypique : contribution à la notion de démembrement de la propriété*, th. Paris II, 2018, p. 103, n° 133.

¹²⁵¹ J.-P. CHAZAL, « L'usufruit d'un fonds de commerce », *Deffrénois* n° 3, 15 février 2001, p. 167, spéc. n° 2 et du même auteur, « L'usufruit et l'associé », *Deffrénois* n° 12, 30 juin 2002, p. 743, spéc. n° 4. V. également R. LIBCHABER, « Une cession temporaire d'usufruit ? », *Deffrénois* n° 15, 15 septembre 2008, p. 1656, spéc. n° 1, note 2.

¹²⁵² M.-G.-A. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », art. cité, pp. 443-444, n° 1. Sur ce point, cf. *infra* n° 351 s.

droit de propriété ou comme investissant son bénéficiaire d'une propriété temporaire et encore moins comme une décomposition des choses¹²⁵³. Il s'agit d'une faculté offerte à tous les titulaires d'un droit patrimonial pour la seule raison qu'ils en sont titulaires, prenant directement le droit pour objet. Le démembrement peut alors être redéfini comme une technique permettant d'offrir à une personne les prérogatives qui ressortissent à la structure interne du droit primaire démembré, ce que Dabin lui-même releva : « ni l'usufruit, ni le nantissement ne présupposent la propriété ; ils supposent uniquement un droit pécuniaire, un bien propre quelconque »¹²⁵⁴. L'usufruit adopte ainsi une nature réelle chaque fois que le droit dont il procède est lui-même un droit réel. Mais l'usufruit adopte une nature personnelle chaque fois que le droit dont il procède est un droit personnel¹²⁵⁵. C'est en somme ce qu'écrivit le Doyen Savatier avec beaucoup de lucidité : « on ne conserve alors à l'usufruit ce qualificatif [de droit réel] que par archaïsme irraisonné [...]. Son caractère spécifique n'est pas d'être "réel" mais d'être viager... Son classement, parmi les droits *réels*, n'a plus de sens que s'il frappe les choses concrètes »¹²⁵⁶. En somme, il est loisible à tout titulaire d'un droit patrimonial de le démembrer, c'est-à-dire de conférer temporairement à autrui le bénéfice d'une partie des prérogatives qui lui appartiennent normalement. En constituant autrui usufruitier, le titulaire d'un droit ne se dépouille nullement de la titularité du droit, conservant le titre qui lui permet, à terme, de recouvrer les prérogatives dévolues à autrui pour les besoins de l'opération¹²⁵⁷.

Sitôt que l'on extrait l'usufruit de la matrice de la propriété, il devient bien plus simple d'expliquer la situation des protagonistes dans l'hypothèse spéciale où un droit personnel aurait fait l'objet d'un tel démembrement.

¹²⁵³ *Contra*. W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 907-908, n° 496, considérant que le démembrement affecte moins le droit que son objet. Dans le même sens, v. P. BERLIOZ, *La notion de bien, op. cit.*, p. 144, n° 457. La remarque est source de confusion. La créance n'est en effet pas une chose décomposable mais un droit qui, comme la propriété (qui est elle aussi un droit, faut-il le rappeler), s'offre à la technique du démembrement, technique qui opère simplement une répartition des prérogatives qui ressortissent habituellement à la structure du droit primaire.

¹²⁵⁴ J. DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD Civ.* 1962, p. 20, spéc. p. 32.

¹²⁵⁵ Le constat est identique en ce qui concerne les sûretés dites « réelles » : le créancier nanti, bénéficiaire d'une sûreté sur un droit personnel, ne saurait se prévaloir d'un « droit réel » sur la créance nantie, n'ayant que les prérogatives qui ressortissent habituellement à la face interne du droit de créance.

¹²⁵⁶ R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD Civ.* 1958, p. 331, spéc. pp. 332-333, n° 2.

¹²⁵⁷ Rapp. J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens, op. cit.*, p. 297, n° 250. Ces auteurs relèvent ainsi 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 ».

B. L'application au cas de l'usufruit des créances

276. L'usufruit des créances, un droit personnel. Pour Monsieur Françon, qui a consacré une étude majeure à l'analyse de l'usufruit des créances, cette figure présenterait les mêmes caractéristiques que l'usufruit d'une chose corporelle, au point que ces deux formes d'usufruit pourraient, en droit, se voir appliquer la qualification de droit réel¹²⁵⁸. L'argument est toutefois réducteur et inexact.

L'auteur part en effet du constat que l'usufruitier, dans toutes les hypothèses, disposerait d'un « pouvoir direct » sur une « chose », « opposable à tous » et lui permettant de « tirer certains avantages [...] sans avoir à passer par l'intermédiaire d'un nu-proprétaire »¹²⁵⁹. Sur ce point, remarquons d'abord que la référence à l'opposabilité *erga omnes* comme symbole du droit réel s'est avérée, au fil du temps, bien inexacte, tous les droits subjectifs étant opposables¹²⁶⁰. En outre, les avantages qu'il est possible de retirer de la créance en tant qu'usufruitier ne procèdent pas d'un pouvoir diminué de propriétaire mais d'un pouvoir diminué de créancier¹²⁶¹, l'usufruit n'étant que l'exercice de certaines prérogatives appartenant au constituant, lequel peut être propriétaire, créancier ou encore, par exemple, lui-même usufruitier. Ainsi un créancier offrira-t-il un diminutif de ses pouvoirs, quand le propriétaire offrira un diminutif des siens¹²⁶². De là, il résulte que la qualification de droit réel n'est pas automatique sitôt qu'un usufruit est constitué. Il faut pour cela que le droit primaire dont il procède soit la propriété ou encore, par exemple, un usufruit procédant lui-même d'une propriété. L'usufruit des créances n'offre enfin pas de véritable pouvoir direct sur la créance puisque, tout comme le créancier, l'usufruitier d'une créance ne dispose pas d'un rapport « réel » avec le débiteur mais simplement d'un rapport « personnel »¹²⁶³. L'on ne peut donc

¹²⁵⁸ A. FRANÇON, « L'usufruit des créances », art. cité, p. 5, n° 5 et p. 10, n° 11.

¹²⁵⁹ *Ibid.*, p. 5, n° 5.

¹²⁶⁰ Cf. supra n° 172.

¹²⁶¹ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. VI, *op. cit.*, p. 520, n° 413 : « c'est le droit à la prestation de la somme que le débiteur doit au créancier ».

¹²⁶² En ce sens, v. M. CHAUVEAU, « Classification nouvelle des droits réels et personnels », *Rev. crit. lég. et jurisp.* 1931, p. 539, spéc. pp. 586-587, n° 33. L'auteur relève que « dans le cas de l'usufruit d'une créance, il y a démembrement du droit personnel, deux titulaires en rapport avec le même débiteur, un usufruitier et celui que l'on pourrait appeler le nu-titulaire ou le nu-créancier. Ainsi il n'y a pas droit réel sur une créance ni droit personnel sur droit personnel, mais un droit personnel dont les attributs se répartissent entre deux bénéficiaires ».

¹²⁶³ Comme l'a écrit Monsieur Libchaber, cet usufruit « suppose l'intervention d'un débiteur pour que l'usufruitier soit rempli de ses droits [...]. L'actuel régime de l'usufruit des créances tend donc vers la personnalité bien plus que vers la réalité : il est vrai que l'usufruitier puisse être rempli de ses droits sans l'intervention du propriétaire ; mais il n'est pas vrai qu'il ait un accès direct à la chose soumise à usufruit, puisqu'aussi bien il se retrouve dans un nouveau rapport personnel à l'égard du débiteur de la créance » (R. LIBCHABER, « L'usufruit des créances existe-t-il ? », *RTD Civ.* 1997, p. 615, spéc. n° 19). Sur la notion de droit personnel, cf. infra n° 420 s.

qu'être d'accord avec Monsieur Libchaber lorsque celui-ci écrit que l'usufruit des créances n'est pas tant un droit réel qu'un « diminutif des droits du [...] titulaire de la créance. Véritable *pars dominii*, l'usufruit des créances se présente ainsi comme un décalque mutilé des droits du créancier, qui sont à l'évidence de nature personnelle »¹²⁶⁴. Il paraît clair que la propriété n'est pas, par principe, sollicitée par le mécanisme usufruitaire. Elle ne l'est que si le démembrement procède de la propriété. Si l'on persistait à voir dans l'usufruitier le nécessaire titulaire d'un droit réel, l'on ferait à nouveau de la disposition le stigmate de la propriété et de la propriété le ferment de tous les droits patrimoniaux, en l'envisageant comme leur matrice. Ainsi, le démembrement procède-t-il moins de la propriété que du droit patrimonial en général, en sorte que l'on peut constituer un usufruit sur une créance sans référence à la propriété, puisque tout droit patrimonial se prête à une disposition juridique et *a fortiori* à un démembrement¹²⁶⁵.

277. La situation de l'usufruitier de la créance. Dans l'hypothèse de l'usufruit d'une créance, l'usufruitier a certains pouvoirs du créancier, mais pas plus que le droit d'exiger et celui de recevoir le paiement¹²⁶⁶. En matière de créance monétaire, l'usufruitier a seul « qualité pour percevoir la somme d'argent » et en donner quittance selon la Cour de cassation¹²⁶⁷. Aussi importe-t-il bien de souligner que les droits et devoirs de l'usufruitier se modèleront sur le droit primaire démembré, étant même logiquement inférieur à celui-ci. Ainsi l'usufruitier d'une créance ne peut-il effectuer de remise de dette ni laisser se prescrire la créance¹²⁶⁸. Ainsi doit-il encore réclamer le paiement sous peine d'engager sa responsabilité¹²⁶⁹. Ainsi ne peut-il surtout céder *la créance* elle-même – dont il n'est qu'usufruitier – ni même proroger sa date

¹²⁶⁴ *Ibid.*, n° 19. V. également N. THOMASSIN, *De la propriété. Contribution à une théorie générale*, *op. cit.*, p. 84, n° 45, note 458.

¹²⁶⁵ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les biens*, Sirey, 2^{ème} éd., 1980, p. 136, n° 86 ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, pp. 717-718, n° 794.

¹²⁶⁶ Il en va de même en cas d'usufruit de droits sociaux, ces derniers étant des créances. L'usufruit prend en effet la forme du démembrement du faisceau de créances dont l'associé ou l'actionnaire est investi (F. NIZARD, *Les titres négociables*, av.-propos J.-P. Dumas, préf. H. Synvet, Economica et Revue Banque Édition, 2003, pp. 333 s., n° 717 s.). Quant à l'usufruitier et sauf dérogation statutaire, il se trouve investi du droit éventuel aux dividendes et du droit de vote dans les assemblées générales ordinaires. Quant au constituant, il se trouve investi du droit éventuel aux réserves, au remboursement des apports et au boni de liquidation, ainsi que du droit de vote dans les assemblées générales extraordinaires (C. com., arts. L. 225-110 al. 1 et 4 et L. 225-118). Sur la nature des droits sociaux, cf. *infra* n° 432 s.).

¹²⁶⁷ Cass. com., 12 juillet 1993, n° 91-15.667, *Bull. civ.* IV, n° 292. V. déjà Cass. req., 21 janvier 1845, *D.* 1845, p. 104.

¹²⁶⁸ Cass. 1^{ère} civ., 4 octobre 1989, n° 87-11.142, *Bull. civ.* I, n° 308.

¹²⁶⁹ Cass. req., 21 mai 1930, *DP* 1932, 1, p. 111. La Cour de cassation a également reconnu comme principe la possibilité pour le créancier originaire de demander en justice la prise de mesures conservatoires en cas de menace planant sur son droit : Cass. req., 27 mars 1946, *D.* 1946, p. 240.

d'exigibilité¹²⁷⁰, faute d'en être titulaire. Son droit est évidemment personnel, à l'image du droit primaire démembré, puisqu'ayant pour objet l'accomplissement d'une prestation et non une chose. L'usufruit adopte la nature en réduction du droit dont il est nécessairement à l'image, droit primaire dont la nature varie au gré de la diversité des droits patrimoniaux dans leur aspect interne¹²⁷¹.

278. Conclusion de la section II. La disposition juridique se présente comme le symbole de la souveraineté du maître d'un bien. Elle exprime son pouvoir, qui est une conséquence directe de l'appartenance de ce bien. Loin d'être une composante propre au droit de propriété, la disposition juridique est une faculté commune et extérieure à l'ensemble des droits patrimoniaux qui appartiennent à la personne par le canal de la titularité. Il faut alors en déduire que chaque fois que la personne agit sur ses biens, sur ses droits patrimoniaux, elle met en œuvre sa titularité. Nulle référence à la propriété n'est requise pour expliquer ces opérations, ce que l'examen de la figure de l'usufruit et plus spécialement de l'usufruit des créances a pu confirmer.

¹²⁷⁰ E. DOCKÈS, « Essai sur la notion d'usufruit », *RTD Civ.* 1995, p. 479, spéc. n° 14.

¹²⁷¹ D'aucuns ont fait remarquer que dans cette hypothèse, « le droit [serait] l'objet d'une partie de lui-même », le démembrement d'un droit « [ayant] pour objet le droit même dont il est issu », ce qui serait grotesque (F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., p. 111-112, n° 69). V. également, Y. EMERICH, *La propriété des créances : approche comparative*, op. cit., p. 199, n° 346, qui évoque le fait que dans cette hypothèse, l'usufruit d'une créance s'analyserait en une cession partielle de la créance, l'usufruit opérant une répartition des utilités de la créance. Pourtant, cette critique méconnaît le fait que l'objet du droit personnel n'est en aucun cas la créance que l'on envisagerait alors comme une chose, mais la prestation du débiteur. Aussi, tout comme l'usufruit portant par exemple sur un immeuble confère un droit d'user et de jouir de l'objet du droit de propriété du constituant, donc l'immeuble (qui est une chose), l'usufruit d'une créance confère simplement un droit d'exiger l'exécution d'une prestation.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

279. Critère du bien. La maîtrise constitue, avec l'appartenance, la seconde facette du régime des biens. Mieux, elle constitue le véritable critère de la notion, permettant de distinguer, dans le domaine de l'appartenance, entre les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux. La maîtrise prolonge ainsi le critère économique de commercialité, manifestant l'inclusion du bien dans la sphère marchande, rendant compte de son essence valoriste et son aptitude, inhérente à sa définition, à faire l'objet d'échanges.

280. Disponibilité. La maîtrise du bien suppose d'abord un état initial de disponibilité, désignant l'aptitude du bien à faire l'objet d'échanges. L'extracommercialité qui peut affecter certains biens ne saurait dès lors suffire à les priver de cette qualité, l'extracommercialité affectant, en matière patrimoniale, la personne du titulaire et non le bien lui-même, tout bien étant par principe pleinement disponible pour son titulaire. Ainsi peut-on expliquer l'existence de biens indisponibles ou hors du commerce, cette indisponibilité apparaissant comme une anomalie affectant, à travers la personne, la disponibilité du bien. Contrairement au domaine extrapatrimonial où l'indisponibilité affecte la chose, l'indisponibilité en matière patrimoniale affecte la personne.

De nombreux droits subissent, à divers degrés, des indisponibilités. Celles-ci s'expliquent par la volonté du Souverain de soustraire, ponctuellement, certaines richesses du domaine des échanges, dans l'objectif de protéger les intérêts de certaines personnes et dans l'objectif de maintenir la richesse au plus près d'elles. Aucune forme d'indisponibilité ne saurait par conséquent être vue comme un obstacle à la qualification de bien.

281. Disposition. La maîtrise du bien se manifeste ensuite par le pouvoir de disposition reconnu à son titulaire. Si l'on a longtemps vu dans le pouvoir de disposition l'empreinte de la propriété, cette option doit être rejetée, la propriété n'étant pas le lien qui unit la personne à ses droits ni celui qui permet leur maîtrise, étant elle-même un bien parmi d'autres qui se prête à une relation de puissance. Autrement dit, la propriété n'est ni à l'origine du rattachement des biens au sujet, ni à l'origine de leur maîtrise par la faculté de disposition. Ce rôle revient à la seule titularité, qui réalise l'appartenance des biens et qui conditionne leur maîtrise. La faculté juridique de disposition, loin d'être logée dans la propriété et loin d'être un droit, se présente en réalité comme un aspect du pouvoir contenu dans la capacité d'agir de chaque sujet et lui

permettant, plus généralement, de prendre part à la vie juridique en accomplissant des actes juridiques sur ses droits.

Faculté spéciale d'exercice commune et exclusive à tous les droits patrimoniaux, la faculté de disposition est à même de prendre pour objet n'importe quel droit. Cette analyse a le mérite d'expliquer que l'individu qui agit sur ses droits (cession, transmission, démembrement, etc.) ne le fait pas en vertu d'un droit de propriété. Mieux, l'on s'explique ainsi plus aisément la figure du démembrement, technique commune à l'ensemble des droits patrimoniaux et non exclusive à la seule propriété. Aussi la figure de l'usufruit d'une créance doit-elle être analysée pour ce qu'elle est : un démembrement du droit personnel du constituant, et plus précisément de son droit d'exiger l'exécution d'une prestation.

CONCLUSION DU TITRE II

282. Régime. L'examen mené du régime des biens a révélé que ce régime, loin d'être éclaté, présentait une unité. Tous les biens se présentent en effet comme des objets d'appartenance ; tous se présentent encore comme des objets de maîtrise. Cette unité du régime sert directement la qualification de bien, la notion juridique de bien s'appréciant pleinement à travers son régime.

283. Titularité. Le bien est d'abord un objet d'appartenance, le *sien* d'une personne, une richesse figurant dans son patrimoine. Si l'on a toujours vu dans la propriété la notion à même d'expliquer l'appartenance des biens, cette option doit être écartée, la propriété étant elle-même un bien. C'est au contraire par la titularité, notion qui n'a jamais véritablement reçu les grâces de la doctrine ou du législateur, que se réalise l'appartenance des biens et même plus largement de l'ensemble des droits subjectifs. C'est dans la titularité, ressortissant à la face externe des droits, que doit être logée l'exclusivité, qualité commune à tous les droits subjectifs et non au seul droit de propriété. C'est encore la titularité qui est protégée par l'opposabilité, chaque droit subjectif étant opposable *erga omnes* par cela seulement qu'il appartient de manière exclusive à son titulaire. C'est enfin la titularité que la possession vient singer et non la seule propriété, la possession pouvant aisément s'exporter en dehors de son domaine d'élection traditionnel.

284. Disposition. Le bien est ensuite un objet de maîtrise, un objet de pouvoir, une richesse en mouvement. La disponibilité du bien, traduction juridique du critère économique de commercialité, se donne à voir comme le critère départiteur des droits subjectifs et donc comme le critère décisif de la notion de bien. Il permet de distinguer, dans le domaine des droits subjectifs, les droits assurant la promotion de la personne dans la sphère privée (les droits extrapatrimoniaux) des droits à vocation économique (les droits patrimoniaux). La disponibilité se présente encore comme une qualité principielle de tous les biens, chaque bien étant, sauf exceptions, apte aux échanges. Mieux, aucun bien ne saurait perdre cette qualité sitôt qu'il se trouve soustrait aux échanges, l'indisponibilité se présentant, en matière patrimoniale, comme une anomalie qui affecte moins le bien que la personne de son titulaire, bien souvent dans son intérêt particulier.

Chaque bien étant en principe disponible pour son titulaire, chaque droit se présente comme un objet de maîtrise, laquelle s'incarne dans la disposition. La disposition est une faculté commune à tous les biens, autorisant son titulaire à modifier, transférer ou éteindre ses droits.

Si l'on a souvent vu dans la propriété la clé de compréhension de la maîtrise des biens, une telle analyse doit être écartée, la faculté juridique de disposition étant une faculté qui, logée dans la personnalité juridique de son titulaire et contenue dans sa capacité d'agir, ressortit à la face externe de l'ensemble des droits patrimoniaux. Chaque bien s'offre donc à la disposition sans que la propriété n'ait à être sollicitée.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

285. Nature économique. Dans le discours juridique, le bien est en substance un objet essentiellement économique : il est synonyme de fortune, synonyme de valeur en mouvement. L'évolution du droit de l'exécution est un témoin tout choisi pour s'en convaincre, le bien ayant progressivement été appréhendé par sa seule valeur, apte à satisfaire les créanciers de son titulaire. Le traitement fiscal des biens confirme cette première approche, le bien étant un tel élément de richesse patrimoniale pris en compte dans le calcul des impôts sur le capital. Sans avoir à s'interroger sur l'identité du bien, un premier indice de sa nature est donné : le bien est une valeur et doit le demeurer. S'il est une valeur, il l'est de manière absolue : un bien ne saurait être privé de valeur ; la notion de bien n'est pas même concevable sans en appeler à l'idée de richesse, car c'est là son aspect le plus immédiat.

Si la valeur se présente comme la qualité immédiate du bien, elle ne le caractérise pas à elle-seule. Derrière la valeur se dessine une qualité encore plus essentielle du bien qui est la commercialité, l'aptitude à faire l'objet d'échanges. D'un point de vue économique, cela s'entend : la valeur n'apparaît qu'à l'occasion des échanges, suppose le marché. D'un point de vue juridique, cela se vérifie : le droit traite le bien comme un objet par principe apte aux échanges, les méthodes d'évaluation des biens confirmant toutes que le bien est par principe un objet susceptible d'être échangé. N'est-il pas d'ailleurs attendu du bien qu'il puisse être échangé, afin de satisfaire le désir que l'on peut en avoir ? Avec la valeur, la commercialité matérialise la nature économique du bien.

286. Nature juridique. Cette composante économique du bien, si elle informe utilement le juriste de la nature du bien, ne saurait toutefois entièrement suffire. Si tout objet faisant spontanément l'objet d'échanges peut recevoir la qualification de bien, rien n'indique qu'il en va nécessairement ainsi d'un point de vue normatif, puisque seul le Souverain a autorité pour conférer cette qualité aux objets qui se présentent à ses portes. Il est en effet nécessaire que le Souverain donne à ces objets une coloration juridique. Cet acte de reconnaissance s'apparente à un acte de création du bien et demeure essentiel, permettant de faire le départ entre ce qui peut être qualifié de bien juridique et ce qui ne le peut pas. La qualification de bien juridique suppose donc en premier lieu un parti-pris du Souverain, par lequel il confère à un objet de nature économique une nature juridique. Le Souverain, loin de se prononcer par voie d'énumération, procède négativement pour délimiter le domaine des biens : la personne d'un côté, les choses

communes et dans une moindre mesure les biens publics de l'autre, ne sauraient en principe être vus comme des biens. Ces limites, pourtant, sont à l'examen relatives : le phénomène de la patrimonialisation touche de plus en plus la personne, en ses attributs corporels ou moraux ; l'incompatibilité postulée des biens et des choses communes tend pareillement à s'effriter.

Le bien est non seulement un objet juridique dans son origine, mais également dans sa forme. Il est une abstraction, un objet de nature purement idéale, un droit. Contrairement aux choses qui sont des portions du monde sensible, le bien est une création du système juridique offrant à son titulaire des prérogatives de nature économique. En somme, le bien est un droit patrimonial : figurant dans le patrimoine, le droit patrimonial adopte toutes les qualités attendues du bien, se prêtant à la valorisation et aux échanges.

287. Appartenance. La propriété a toujours été pensée comme opérant le rattachement des biens au sujet. Dès lors que les biens constituent des droits patrimoniaux, cette option ne peut plus être retenue. Sauf à confier ce rôle à la propriété au prix d'une négation de son contenu, il y a tout lieu de mobiliser une autre notion pour expliquer le rattachement des biens – et tous les droits subjectifs – au sujet, propriété comprise : la titularité. C'est la titularité qui exprime l'appartenance des droits subjectifs, droits exclusifs à leur titulaire et, de ce seul fait, opposables *erga omnes*. C'est encore elle qui sert de modèle à la possession, apparence de droit subjectif. C'est à la titularité d'assumer le rôle jusqu'ici dévolu à la propriété dans la compréhension des biens, cette notion pouvant valablement constituer le point d'accroche de tout l'aspect externe des droits subjectifs et plus spécifiquement de tous les biens.

288. Maîtrise. Tous les droits patrimoniaux, et seuls eux, s'offrent dans leur aspect externe à la maîtrise. Chaque bien étant une valeur disponible, c'est dans la disponibilité que se précise ultimement la qualification du bien. S'il arrive que la disponibilité d'un bien soit ponctuellement atteinte, cela ne saurait suffire à le disqualifier, l'indisponibilité en matière patrimoniale touchant en réalité la personne et non le bien. Riche disponible, le bien constitue pour son titulaire un objet de maîtrise. La maîtrise s'incarne dans la faculté juridique de disposition autorisant tout titulaire d'un droit patrimonial à en disposer comme il l'entend, sans que ce pouvoir ne soit dicté par la propriété, que l'on a pourtant toujours placée au principe même de la maîtrise. La personne qui cède, transmet, démembré ou affecte en garantie son droit ne le fait pas parce qu'elle en est propriétaire, mais parce qu'elle en est titulaire.

Après la qualification du bien, vient le temps de la classification. L'unité du bien étant établie, il convient désormais de prendre la mesure de la diversité des biens.

PARTIE II. LA CLASSIFICATION DES BIENS

289. L'opération de classification. La classification des biens est une préoccupation ancienne. La distinction des biens opérée par Gaius le confirme, tout comme celle – majeure – opérée par le législateur entre les biens meubles et immeubles exposée en ouverture du Livre II du Code civil et celles – mineures – qui alimentent cette *summa divisio* : choses de genre et corps certains, choses consommables et choses non-consommables, etc. Si cette *summa divisio* a vécu et si la classification qu'elle livre se révèle aujourd'hui imparfaite, le principe d'une grande classification reste d'actualité, d'aucuns s'employant à proposer de nouvelles distinctions aptes à embrasser la diversité des biens : biens corporels et incorporels¹²⁷², biens enregistrés et non-enregistrés¹²⁷³, biens objectifs et subjectifs¹²⁷⁴, biens durables et précaires¹²⁷⁵, biens uniques et duplicables¹²⁷⁶, biens d'intérêt général, personnels et de dignité¹²⁷⁷. La multiplication de ces divisions suscite au fond une question essentielle : quel critère de classement suffisamment général sélectionner pour classer les biens¹²⁷⁸ ? S'il est certain que l'affectation ou la fonction des biens peut constituer un tel critère de partition, celui-ci peut également – et sans doute plus simplement – être recherché dans la structure même des biens. La donne est facilitée : les biens n'étant jamais plus que des droits patrimoniaux, leur classement dépendra de leur structure interne propre, autrement dit de leur contenu et de leur objet. C'est à partir de ces données, propres à la classification des droits patrimoniaux, qu'une classification générale des biens peut être construite, étant entendu que tous ces droits partagent le même aspect externe.

290. Figures classiques. Le premier réflexe serait d'ordonner la classification des biens à partir de la *summa divisio* des droits réels et personnels. Quand les premiers sont des droits de

¹²⁷² Cf. supra n° 154.

¹²⁷³ C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, coll. « Recherches Juridiques », t. 35, 2016, pp. 637 s., n° 364 s.

¹²⁷⁴ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil. 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297, spéc. p. 338, n° 35.

¹²⁷⁵ *Ibid.*, pp. 338-339, n° 36.

¹²⁷⁶ *Ibid.*, pp. 339-340, n° 37.

¹²⁷⁷ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2013, pp. 245 s., n° 24 s.

¹²⁷⁸ Comp. R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », art. cité, p. 340, n° 38, pour qui « il n'y a guère plus de classification des biens qui puisse se présenter comme générale et absolue – de *divisio* qui puisse être qualifiée de *summa* ».

jouissance (contenu) portant sur une chose (objet), les seconds sont des droits à l'exécution (contenu) d'une prestation (objet). Mais si le principe de la distinction est clair, son application l'est moins. Cette distinction embrasse trop ou trop mal d'un point de vue interne, certains droits étant, à tort, qualifiés de réels ou de personnels, sans avoir les traits propres à ces droits. Ainsi des servitudes ou des sûretés réelles qui ne sont pas, à proprement parler, des droits de jouissance. D'autres droits sont, étonnamment, tenus à l'écart de cette distinction. Ainsi des droits sociaux qui peuvent pourtant naturellement intégrer la catégorie des droits personnels, en ayant tous les traits. La distinction des droits réels et personnels doit donc être ajustée d'un point de vue interne.

291. Figures modernes. Mais cette distinction doit encore être complétée. D'un point de vue externe cette fois-ci, cette distinction n'embrasse pas assez, de nombreux droits patrimoniaux peinant à intégrer cette distinction faute d'avoir un contenu et un objet adéquats. Ainsi des droits de propriété intellectuelle ou des droits nés d'autorisations administratives, qui ne sont ni des droits de jouissance d'une chose, ni des droits à l'exécution d'une prestation. À côté de ces figures classiques de droits patrimoniaux, une place doit dès lors être réservée à ces figures modernes de droits patrimoniaux.

292. Plan. La classification des biens doit être actualisée sur le modèle existant de la distinction des droits réels et personnels. Aux figures classiques de droits patrimoniaux (**Titre I**) doivent s'adjoindre des figures modernes (**Titre II**), l'objectif étant de dresser un panorama plus précis et plus complet des biens.

TITRE I. LES FIGURES CLASSIQUES

293. Droits réels et droits personnels. La distinction des droits réels et des droits personnels, dégagée par les glossateurs entre les XI^{ème} et XVI^{ème} siècles sur le fondement de l'opposition procédurale et très formaliste formulée par les jurisconsultes romains entre l'*actio in rem* et l'*actio in personam*¹²⁷⁹, peut être énoncée simplement. Quand les droits réels investissent une personne d'un pouvoir de jouissance sur une chose, les seconds offrent à leur titulaire le pouvoir d'exiger d'une personne l'exécution d'une prestation¹²⁸⁰.

Cette distinction, érigée au rang de *summa divisio* des droits patrimoniaux¹²⁸¹, manque pourtant de stabilité. Dénoncée par les personalistes dès le début du XX^{ème} siècle pour son manque de rigueur¹²⁸², elle ne cesse depuis d'être critiquée, d'aucuns s'employant à montrer l'identité de nature des droits qui la composent¹²⁸³. La multiplication des critères de distinction avancés en réponse ne satisfait guère non plus, ceux-ci contribuant à affaiblir la force de cette division des biens.

Cette distinction peine encore à parvenir à la généralité tant espérée : de nombreux droits ont du mal à trouver leur place dans cette architecture, soit que l'on cherche à les en exclure (à tort, comme la propriété ou à raison, comme les servitudes et les sûretés réelles), soit que l'on

¹²⁷⁹ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSÉ, *Histoire du droit privé*, t. II. PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 1971, pp. 49-50, n° 20-21 ; J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. « Précis », 2^{ème} éd., 2010, p. 288, n° 209 ; M. VILLEY, *Le droit romain*, rééd. PUF, 2012, spéc. pp. 14, 52-53 et 95-96 ; R.-M. RAMPERLBERG, « L'obligation romaine : perspective sur une évolution », in *APD*, t. 44 : *L'obligation*, Dalloz, 2000, p. 51, spéc. p. 57 ; X. PREVOST, « La renaissance du caractère exclusif de la propriété dans la doctrine humaniste », in N. LAURENT-BONNE, N. POSE et V. SIMON (Dir.), *Les piliers du droit civil. Famille, propriété, contrat*. Mare & Martin, coll. « Histoire du droit & des institutions », 2015, p. 119, spéc. p. 135 ; H. MOTULSKY, *Écrits. Études et notes de procédure civile*, préf. G. Bolard, rééd. Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 85-86 ; W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, pp. 259-260, n° 135-1 ; F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon III, 1981, p. 52, n° 30.

¹²⁸⁰ J.-J. DELSOL, *Explication élémentaire du Code Napoléon*, t. I, 2^{ème} éd., Paris, Cotillon, 1867, p. 383 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. I : *Des biens*, Paris, Larose & Forcel, 1896, pp. 3-4, n° 4 ; L. RIGAUD, *Le droit réel. Histoire et théories. Son origine institutionnelle*, A. Nauze, 1912, p. 116 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2010, pp. 37-38, n° 36-37 ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, coll. « Précis », 10^{ème} éd., 2018, pp. 61-63, n° 47.

¹²⁸¹ T. LAKSSIMI, *La summa divisio des droits réels et des droits personnels. Étude critique*, préf. P. Jacques, Dalloz, coll. « Nulle Bibliothèque de Thèses », vol. 55, 2016, *passim*.

¹²⁸² M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 3^{ème} éd., Paris, Pichon, 1904, pp. 680-681, n° 2159-2160.

¹²⁸³ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, p. 136, n° 50 ; F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, *op. cit.*, p. 103, n° 64.

cherche à toute force à les y inclure (comme les droits de propriété intellectuelle ou les droits nés d'autorisations administratives).

Cette distinction bute enfin sur un obstacle : l'existence de droits dits « potestatifs » venant « perturber »¹²⁸⁴ la division traditionnelle des droits réels et personnels. Ces droits n'étant ni orientés vers la jouissance d'une chose ni vers l'obtention d'une prestation, leur contenu résiderait au contraire dans la liberté offerte à leur titulaire de bénéficier d'un « droit sur une situation juridique »¹²⁸⁵.

294. Plan. La distinction des droits réels et des droits personnels manque de toute évidence d'unité. Mais si cette distinction ne parvient pas à embrasser la diversité des biens, elle n'en demeure pas moins importante, permettant d'identifier une partie des biens qui composent le patrimoine de la personne. Aussi faut-il la réhabiliter et la consolider. Avant d'aborder dans le détail les droits réels (**Chapitre I**) et les droits personnels (**Chapitre II**) qui la constituent, il convient de se pencher sur le sort des droits potestatifs qui viennent la troubler (**Section préliminaire**).

¹²⁸⁴ M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, préf. D. Mazeaud, LGDJ, coll. « Bibl. de droit privé », t. 505, 2009, p. 38, n° 48.

¹²⁸⁵ C. POMART-NOMDEDEO, « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *RTD Civ.* 2010, p. 209, spéc. p. 210.

SECTION PRÉLIMINAIRE. LA QUESTION DES DROITS POTESTATIFS

295. Présentation des droits potestatifs. La distinction traditionnelle des droits réels et des droits personnels subit depuis de nombreuses années le poids de la catégorie des droits potestatifs, définis comme les droits qui offrent à leur titulaire de pouvoir d' « influencer sur les situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en en créant de nouvelles au moyen d'une activité unilatérale »¹²⁸⁶, sans que le sujet passif ne soit tenu de fournir une prestation, devant simplement « subir » le pouvoir de son partenaire¹²⁸⁷.

Ces droits sont très divers (droit de réméré, droit de repentir de l'auteur, droit de préemption, droit de retrait, droit d'annulation, droit de rétraction, droit de résiliation, droit de légitimation d'un enfant naturel, ou encore le droit d'option du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente¹²⁸⁸) et ont une spécificité qui tient au fait que le *potentior* peut, par sa seule volonté, transformer une situation juridique préexistante, son partenaire étant « placé dans une position de totale sujétion » et ne pouvant « faire obstacle » à l'expression de volonté de son bénéficiaire¹²⁸⁹.

D'aucuns ont alors montré l'originalité de ces droits qui ne trouveraient pas place dans l'architecture classique des droits patrimoniaux, en ce que leur contenu ne serait orienté ni vers la jouissance d'une chose, ni vers l'obtention d'une prestation, ni même destiné à assurer le respect de la personne. Leur objet n'étant ni une chose, ni une prestation, il n'est pas même certain que ces droits aient un objet propre puisque, comme le relève Monsieur Michaélidès-Nouaros, ils « consistent tout simplement en une tendance générale vers la réalisation d'un effet juridique »¹²⁹⁰. Enfin, ces droits ne seraient pas non plus susceptibles d'être inexécutés ou violés, dans la mesure où le partenaire du *potentior*, se trouvant dans une position de sujétion totale, ne pourrait « même pas se soustraire à l'efficacité de son

¹²⁸⁶ C. POMART-NOMDEDEO, « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *RTD Civ.* 2010, p. 209, spéc. p. 209.

¹²⁸⁷ F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD Civ.* 1982, p. 705, spéc. p. 736, n° 48. Sur la distinction entre sujétion et obligation, v. not., à propos du droit de préemption, C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, préf. P. Raynaud, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 164, 1979, p. 464, n° 511. V. également, S. PRIGENT, « Le dualisme dans l'obligation », *RTD Civ.* 2008, p. 401, spéc. n° 6, distinguant le droit potestatif du devoir.

¹²⁸⁸ V. en dernier lieu l'énumération dressée par Monsieur Najjar à qui l'on doit la systématisation de cette notion (I. NAJJAR, « La potestativité. Notes de lecture », *RTD Civ.* 2012, p. 601).

¹²⁸⁹ J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 717, spéc. p. 748, n° 3.

¹²⁹⁰ G. MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD Civ.* 1966, p. 216, spéc. p. 226.

activité »¹²⁹¹. En cela, les droits potestatifs sont incontestablement des droits pouvant être dangereux pour les sujets passifs qui s’y trouvent soumis¹²⁹².

Se pose alors la question de savoir si ces droits ont leur place dans la vaste catégorie des droits subjectifs et plus particulièrement de savoir s’ils forment une catégorie autonome de droits patrimoniaux, venant remettre en cause la *summa divisio* des droits réels et les droits personnels.

296. Arguments doctrinaux. Pour la majorité de la doctrine, les droits potestatifs sont d’abord des droits subjectifs « secondaires » ou « moyens »¹²⁹³. Quoiqu’ils ne donnent aucun « pouvoir *immédiat* sur un objet ou sur une personne »¹²⁹⁴, ils demeurent des prérogatives appartenant à un sujet, qui a la maîtrise d’influer unilatéralement sur une situation juridique préexistante¹²⁹⁵. En cela, ils s’inséreraient sans difficulté dans la catégorie des droits subjectifs, parfois en revêtant l’épithète de droits subjectifs *sui generis*¹²⁹⁶.

La doctrine s’accorde ensuite à reconnaître la nature généralement patrimoniale des droits potestatifs, sans toutefois les classer dans les catégories classiques des droits réels et personnels. L’argument fréquemment avancé est la possibilité offerte au titulaire du droit potestatif (ne serait-ce que pour le droit d’option) de le mobiliser et de l’évaluer. Ainsi est-ce le cas, par exemple, du droit de préemption urbain qu’une commune peut décider de déléguer à un établissement public de coopération intercommunale¹²⁹⁷. Ainsi est-ce encore – et surtout – le cas du droit d’option offert au bénéficiaire d’une promesse unilatérale de vente : ce droit peut être cédé¹²⁹⁸ moyennant finance à un tiers, tout comme il peut être transmis, sauf considération

¹²⁹¹ I. NAJJAR, *Le droit d’option. Contribution à l’étude du droit potestatif et de l’acte unilatéral*, préf. P. Raynaud, LGDJ, « Bibl. dr. privé », t. 85, 1967, p. 103, n° 99 bis.

¹²⁹² J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », art. cité, p. 755, n° 9.

¹²⁹³ L. BOYER, « Les promesses synallagmatiques de vente. Contribution à la théorie des avants-contrats », *RTD Civ.* 1949, p. 1, spéc. pp. 26-27, n° 27.

¹²⁹⁴ I. NAJJAR, *Le droit d’option. Contribution à l’étude du droit potestatif et de l’acte unilatéral*, op. cit., p. 102, n° 99 bis.

¹²⁹⁵ J. DABIN, *Le droit subjectif*, préf. C. Atias, rééd. Dalloz, 2008, p. 171.

¹²⁹⁶ A. WALRAVENS, *Le droit de préemption*, th. Paris II, 2015, pp. 269-170, n° 257.

¹²⁹⁷ CGCT, art. L. 2122-22, 15° et C. urb., art. L. 214-1-1.

¹²⁹⁸ À proprement parler, il semble que la substitution d’un tiers au bénéficiaire opère moins cession de créance que cession du contrat de promesse. La Cour de cassation a en effet eu l’occasion d’affirmer que la faculté de substituer un tiers n’avait pas le caractère d’une cession de créance (Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} avril 1987, n° 86-15.838, *Bull. civ.* III, n° 68 ; Cass. 3^{ème} civ., 27 novembre 1990, n° 89-11.385, *Bull. civ.* III, n° 248 ; Cass. 3^{ème} civ., 19 mars 1999, n° 95-12.473, *Bull. civ.* III, n° 68) et que cette substitution s’apparentait à une cession de contrat, malgré l’absence du mécanisme dans le Code civil et en dépit du respect imposé des formalités de l’article 1690 dans son ancienne rédaction (Cass. 3^{ème} civ., 7 juillet 1993, n° 91-12.368, *Bull. civ.* III, n° 111). La figure de la cession de contrat semble en effet s’imposer, plus encore depuis son entrée dans le Code civil, en raison de

de personne, aux héritiers de son bénéficiaire¹²⁹⁹. En outre, la Cour de cassation a considéré que ce droit devait être inclus dans la communauté conjugale dans l'hypothèse où son titulaire se serait marié sans l'avoir encore exercé¹³⁰⁰ et qu'il devait être considéré comme un actif de la communauté devant faire l'objet d'une évaluation si, au jour de la dissolution de cette dernière, l'option n'a pas encore été levée¹³⁰¹.

L'on peut cependant douter de l'autonomisation ainsi affichée du droit potestatif ainsi que de sa singularité par rapport aux autres droits subjectifs.

297. Critique de l'autonomie des droits potestatifs. En premier lieu, l'exercice d'un droit potestatif, du point de vue du sujet actif, ne se distingue pas de l'exercice des autres droits subjectifs. La liberté offerte au *potentior* d'agir sur une situation préexistante n'est pas la marque des seuls droits potestatifs mais de l'ensemble des droits subjectifs. En cela, l'exercice de n'importe quel droit subjectif suppose une « liberté de décision » que l'on ne saurait ériger en critère distinctif des seuls droits potestatifs. Tout droit subjectif suppose, pour être exercé, une démarche active de volonté. De la sorte, l'on ne peut que suivre l'analyse de Monsieur Michaélidès-Nouaros qui estime « factice » le fait de considérer que cette liberté soit l'« objet propre à une seule catégorie de droits »¹³⁰².

En deuxième lieu, il n'est pas certain que le titulaire d'un droit potestatif soit dans une position de liberté totale, ni même que son partenaire soit, de l'autre côté, dans une position d'égale passivité, ce dernier pouvant même faire échec à l'efficacité du droit potestatif. D'abord, l'exercice du droit potestatif ne relève pas de la seule discrétion du *potentior*. Ainsi, quoique les héritiers de premier rang soient investis de l'option successorale au décès du *de cuius*, ils peuvent tout de même être contraints d'exercer leur option à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de l'ouverture de la succession. Autrement dit, il existe une obligation d'opter pour l'héritier, qui peut y être sommé, passé ce délai de quatre mois, par un créancier

l'obligation qui pèse sur le cessionnaire de payer l'éventuelle indemnité d'immobilisation accompagnant la promesse. V. not. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. « Droit civil », 10^{ème} éd., 2018, p. 242, n° 444 et pp. 479-479, n° 854. Comp. toutefois F. BÉNAC-SCHMIDT, « La promesse unilatérale de vente : à propos de deux questions d'actualité », *D.* 1990, p. 7, spéc. p. 8 et du même auteur, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 177, 1983, pp. 112 s., n° 138 s., considérant que le droit d'option demeure traité dans son régime comme un droit de créance.

¹²⁹⁹ M. AZENCOT, « La transmission des promesses unilatérales de vente, *JCP N* n° 10, 6 mars 1992, 100336, spéc. n° 2.

¹³⁰⁰ Cass. civ., 7 mars 1938, *DH* 1938, p. 260.

¹³⁰¹ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juillet 1997, n° 95-17.058, *Bull. civ.* I n° 220.

¹³⁰² G. MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », art. cité, p. 225.

de la succession, un cohéritier, un héritier primé ou même l'État¹³⁰³. Ensuite, l'exercice du droit potestatif peut être mis en échec par l'attitude du partenaire du *potentior*¹³⁰⁴. C'est ainsi que l'option du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente peut demeurer sans effet si le promettant a vendu le bien promis à un tiers qui ignorait son existence, donc à un tiers de bonne foi : la bonne foi de ce dernier prive la levée d'option de tout effet. Dès lors, l'on voit bien que l'exercice du droit potestatif est neutralisé par le promettant lui-même qui reviendrait sur sa parole donnée, quand bien même l'article 1124 du Code civil considère que la révocation de la promesse n'empêche pas en principe la formation du contrat¹³⁰⁵.

En troisième lieu, l'on peut douter du fait que le droit potestatif soit l'objet d'une catégorisation spéciale dans l'architecture des droits patrimoniaux. Il apparaît que les droits potestatifs sont moins un genre à part entière de droits patrimoniaux qu'ils ne sont des déclinaisons ou des espèces de droits patrimoniaux comme extrapatrimoniaux. La potestativité dans l'exercice d'un droit ne saurait suffire à l'extraire de l'architecture connue. La potestativité évolue en effet aussi bien dans le domaine des droits patrimoniaux que dans le domaine des droits extrapatrimoniaux. Elle sert tantôt le domaine économique, permettant à une personne d'acquérir des biens ou de les échanger ; elle sert tantôt le domaine personnel, à savoir l'épanouissement de la personne dans sa vie intime, politique ou civile. L'on ne saurait gommer la diversité des situations envisagées, irréductibles les unes aux autres. Qu'y a-t-il de commun, en effet, entre l'option de nationalité par déclaration ouverte à l'époux d'un ressortissant français et l'option offerte au bénéficiaire d'une promesse unilatérale de conclure le contrat ? Qu'y a-t-il encore de commun entre la faculté de résiliation offerte à un consommateur et le droit de légitimation d'un enfant naturel ? L'option offerte au *potentior* de créer, modifier ou éteindre une situation juridique se retrouve aussi bien en matière patrimoniale qu'en matière extrapatrimoniale, s'insère même parfaitement dans ces deux catégories.

L'on peut en conséquence douter du fait que le droit potestatif acquière une autonomie des catégories existantes de droits patrimoniaux. L'on peut encore s'en convaincre en étudiant le

¹³⁰³ C. civ., art. 771.

¹³⁰⁴ *Contra*. I. NAJJAR, *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, *op. cit.*, p. 103, n° 99 bis, qui soutient que « l'exercice du droit potestatif *ne dépend que* de la volonté de son titulaire » et que « son efficacité est *indépendante* de la volonté de celui qui doit le subir ».

¹³⁰⁵ C. civ., art. 1124, al. 2.

droit offert au bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente de conclure le contrat¹³⁰⁶, symbole des droits potestatifs.

298. L'exemple de l'option offerte au bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente.

Dans sa grande majorité, la doctrine refuse de voir l'option offerte au bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente comme un droit personnel à l'encontre du promettant. Si l'on peut tout à fait admettre que le droit d'option du bénéficiaire n'est pas un droit réel¹³⁰⁷, il n'est pas certain qu'il ne s'agisse pas non plus d'un droit personnel. L'argument fréquemment avancé par certains auteurs est que, dans le cadre d'une promesse de vente, « le promettant ne *doit* plus rien au bénéficiaire qui ne peut plus exiger de son co-contractant l'exécution d'une prestation déterminée. Ce dernier aurait exécuté ce qui aurait pu lui être demandé »¹³⁰⁸. De la sorte, la conclusion du contrat ne dépendrait « que de la levée de l'option par le bénéficiaire »¹³⁰⁹. Contrairement à la situation d'un débiteur qui ne doit sa diminution de liberté qu'à son activité, la diminution de liberté que subirait le promettant résulterait à l'inverse d'une activité du bénéficiaire¹³¹⁰. Aucune prestation ne serait en effet attendue de la part du promettant puisque, par hypothèse, il aurait déjà donné son consentement à la formation du contrat définitif à travers l'avant-contrat que constitue la promesse de vente¹³¹¹. Aussi ne pourrait-on analyser la situation

¹³⁰⁶ Le droit d'option peut se définir comme la liberté offerte au bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente de conclure, à sa seule discrétion, le contrat pour la formation duquel le promettant a déjà donné son consentement.

¹³⁰⁷ Par hypothèse, n'ayant pas donné son consentement au contrat définitif, le bénéficiaire de la promesse ne saurait se trouver investi d'un droit sur la chose qui, en tant que telle, n'est pas entrée dans son patrimoine (et n'y entrera peut-être jamais s'il décide de ne jamais lever l'option). Tout au plus, le bénéficiaire de la promesse a-t-il une « vocation » à la propriété, mais certainement pas un droit de propriété dans son patrimoine, qui lui permettrait de procéder à l'exécution forcée : le caractère éventuel du droit issu de la promesse s'y oppose (en ce sens, v. not. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, t. I : *Les sources*, Sirey, 2^{ème} éd., 1988, p. 125, n° 127 ; L. BOYER, « Les promesses synallagmatiques de vente. Contribution à la théorie des avants-contrats », art. cité, p. 22, n° 25). En outre et comme a d'ailleurs pu l'exprimer clairement la Cour de cassation dans d'anciens arrêts, la promesse unilatérale de vente n'est nullement translatrice de propriété (Cass. req., 20 janvier 1862, *DP* 1862, 1, p. 364 ; Cass. req., 26 mai 1908, *DP* 1909, 1, p. 425). L'on remarque enfin que le bénéficiaire de l'option ne saurait se prévaloir d'un droit sur le bien objet du contrat dans l'hypothèse où le promettant, violant la promesse, vendrait le bien avant la levée de l'option à un tiers ignorant cette promesse : la bonne foi de ce dernier le prémunirait ainsi contre toute tentative de revendication intentée par le bénéficiaire de la promesse, faute pour ce dernier de n'avoir jamais vu le bien entrer dans son patrimoine (C. civ., art. 1124, al. 3).

¹³⁰⁸ I. NAJJAR, *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., p. 23, n° 21.

¹³⁰⁹ *Ibid.*, pp. 27, n° 24.

¹³¹⁰ F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », art. cité, p. 737, n° 48, note 155. Dans le même sens, D. GALBOIS, *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie*, th. Paris II, 2018, p. 588, n° 777.

¹³¹¹ En ce sens, L. BOYER, « Les promesses synallagmatiques de vente. Contribution à la théorie des avants-contrats », art. cité, p. 18, n° 21 ; N. MOLFESSIS, « De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente ou pourquoi le mauvais usage d'un concept inadapté doit être banni », *D.* 2012, p. 231, spéc. n° 9.

du promettant sous les auspices de l'obligation : n'étant ni débiteur d'une obligation de donner¹³¹², ni débiteur d'une obligation de faire¹³¹³, ni débiteur d'une obligation de ne pas faire¹³¹⁴, il serait simplement tenu de subir le choix discrétionnaire du bénéficiaire, dont la manifestation de volonté manque encore pour la formation du contrat projeté¹³¹⁵.

Cependant, ainsi qu'on l'a vu, la liberté supposée du bénéficiaire de la promesse est tout autant discutable que l'est la passivité supposée du promettant. Il est également discutable d'analyser la situation du promettant en évacuant toute référence à une obligation de faire ou de ne pas faire. L'argument avancé par l'essentiel de la doctrine tient au fait que, dans la mesure où la promesse est irrévocable, l'on ne saurait considérer que le promettant soit tenu d'une obligation de maintenir sa promesse constitutive d'une obligation de faire ou qu'il soit tenu d'une obligation de ne pas vendre à autrui constitutive d'une obligation de ne pas faire¹³¹⁶. A l'inverse, la justification fréquemment avancée est que le promettant ne serait tenu que par la seule force obligatoire du contrat de promesse : le promettant serait obligé par le contrat de promesse (force obligatoire) sans toutefois être obligé à l'exécution d'une prestation (contenu obligationnel)¹³¹⁷. Or, cette justification masque mal l'idée qui la commande et qui est que l'objet du contrat de promesse serait de consentir au contrat final. Comme l'écrivait justement Madame Fabre-Magnan, déniait alors à la notion de droit potestatif tout son sens¹³¹⁸, soutenir que le contrat de promesse aurait « pour objet de “figer” un consentement pour un contrat futur

¹³¹² La promesse unilatérale n'opère pas en effet transfert de propriété ni ne crée de droit éventuel ou conditionnel : l'engagement est actuel et le contrat définitif ne produit pas d'effets rétroactifs. En ce sens, v. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 12^{ème} éd., 2019, p. 288, n° 258.

¹³¹³ C'est pourtant ce que considérait la Cour de cassation dans son arrêt « Consorts Cruz » (Cass. 3^{ème} civ., 15 décembre 1993, n° 91-10.199, *Bull. civ.* III, n° 174), approuvant le raisonnement des juges du fond.

¹³¹⁴ L. BOYER, « Les promesses synallagmatiques de vente. Contribution à la théorie des avants-contrats », art. cité, p. 27, n° 28.

¹³¹⁵ H., L. et J. MAZEAUD *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1 : *Obligations. Théorie générale*, 9^{ème} éd. par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, p. 131, n° 135-2, qui relèvent qu'« il n'y a là ni obligation de faire (ou même de ne pas faire : ne pas rétracter son consentement), ni obligation de donner. Le consentement a été donné. Point ».

¹³¹⁶ I. NAJJAR, *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., pp. 22-24, n° 20-22.

¹³¹⁷ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.* 1999, p. 771, spéc. p. 774, n° 4, et p. 787, n° 22. Dans le même sens, considérant que le promettant n'est pas débiteur d'une obligation, v. O. DESHAYES, T. GÉNICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 153 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, pp. 229-290, n° 264-265.

¹³¹⁸ Madame Fabre-Magnan semble s'être ultérieurement partiellement ravisée, envisageant le promettant tel un débiteur tenu au titre du contrat de promesse (force obligatoire), mais nullement tenu à une obligation (contenu obligationnel). Telle serait alors la particularité du droit potestatif, défini comme « un droit dont le débiteur n'est tenu d'aucune obligation, même s'il est obligé par le contrat de promesse » (M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. I : *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. « Thémis », 4^{ème} éd., 2016, p. 280, n° 248).

que l'autre partie pourrait décider seule de former ou non » revient à forcer le promettant à donner ou maintenir son consentement¹³¹⁹. Bien au contraire, l'objet de l'obligation du promettant, au stade du contrat de promesse, n'est que d'offrir une option à l'acquéreur potentiel, qui ne fait que se ménager une liberté de conclure ou non le contrat, souvent au prix d'une indemnité d'immobilisation qu'il versera s'il ne lève pas l'option¹³²⁰. L'on ne peut alors que regretter l'abandon, par l'article 1124 du Code civil, de la jurisprudence « Consorts Cruz »¹³²¹, qui prenait l'exacte mesure de la liberté contractuelle des deux parties, dissociant l'avant-contrat de promesse du contrat définitif : en sanctionnant à des seuls dommages-intérêts le promettant qui se rétractait de manière intempestive, la Cour de cassation refusait dans le même temps de sanctionner la violation hypothétique du contrat définitif qui n'avait pu être formé, faute pour le promettant d'avoir maintenu son consentement. Comme l'écrit encore Madame Fabre-Magnan, le bénéficiaire « ne perd précisément qu'une option »¹³²². Si l'on peut aujourd'hui déplorer qu'un contrat non-translatif de propriété soit sanctionné par un transfert forcé de propriété, rien n'empêche d'admettre en revanche que ce transfert trouve sa justification, tout comme les dommages-intérêts se justifiaient hier, par la violation d'une simple obligation de faire (même si la sanction paraît excessive) et non par l'existence d'un droit potestatif¹³²³. Pour peu que l'on dissocie le contrat de promesse du contrat définitif et pour peu que l'on fasse de la fourniture d'une option le seul objet du premier¹³²⁴, l'on doit pouvoir admettre que le maintien de celle-ci constitue l'objet de l'obligation du promettant.

¹³¹⁹ M. FABRE-MAGNAN, « De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente », *D.* 2015, p. 826 *sq.* Rapp. F.-X. LUCAS, obs. sous CA Paris, 21 décembre 2003, *RDC* n° 1, 1^{er} décembre 2003, p. 165 *sq.* : « toutes les démonstrations les plus savantes ne feront pas disparaître un fait décisif : le vendeur qui s'est rétracté ne veut plus vendre. Et si le juge peut beaucoup, il ne peut pas ressusciter un consentement qui s'est dissout dans le mépris de la parole donnée ».

¹³²⁰ Certains auteurs considèrent que la stipulation d'une indemnité d'immobilisation, particulièrement lorsqu'elle est élevée, rendrait le contrat synallagmatique, le bénéficiaire se trouvant d'une certaine manière forcé à conclure (en ce sens, v. F. BÉNAC-SCHMIDT, « Dans une promesse de vente, l'obligation du promettant est une obligation de faire », *D.* 1994, p. 507 *sq.* ; D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, Larcier, coll. « Paradigme », 1^{ère} éd., 2015, p. 104, n° 198). Cette lecture est contestable, car elle revient à surinterpréter la volonté des parties. Comme l'expriment par ailleurs d'autres auteurs, « à l'engagement de vendre ne répond pas l'engagement symétrique d'acheter qui seul caractérise la promesse synallagmatique » (F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, pp. 285-286, n° 257).

¹³²¹ Cass. 3^{ème} civ., 15 décembre 1993, *préc.*

¹³²² M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD Civ.* 1996, p. 85, spéc. p. 100, n° 17.

¹³²³ L'on ne prendra pas ici parti sur la solution préconisée par l'article 1124 du Code civil. L'on peut simplement relever que dans la mesure où l'exécution en nature des obligations de faire ne relève plus du tabou, rien n'interdit de considérer qu'une obligation de faire inexécutée puisse donner lieu à une sanction en nature, serait-elle très largement exagérée : ici, le maintien forcé de l'option ou l'inefficacité de sa révocation.

¹³²⁴ Comp. D. MAINGUY, « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », *RTD Civ.* 2004, p. 1, spéc. n° 30, distinguant la promesse de contracter ayant pour objet l'obligation de maintenir l'offre, du contrat définitif ayant pour objet l'obligation de donner le bien une fois la vente conclue.

Positivement, le promettant est tenu de maintenir son option. Négativement, il est tenu de ne pas vendre le bien à autrui pendant le délai d'option¹³²⁵. Le mérite de cette analyse de la situation sous un angle « obligationnel » est précisément de contourner les difficultés suscitées par l'analyse dominante qui ne voit dans l'option qu'un droit potestatif : comment, alors même que l'option est censée investir le bénéficiaire d'un droit non susceptible d'inexécution, expliquer l'inopposabilité de l'option dans l'hypothèse où le promettant vendrait le bien à un tiers de bonne foi¹³²⁶ ? Si l'on considère en revanche que le promettant n'est tenu que d'une obligation négative, l'on s'explique plus aisément que cette obligation soit susceptible d'être violée ; elle se résoudra à tout le moins par le versement de dommages-intérêts si la substitution du bénéficiaire au tiers est rendue impossible par la bonne foi de ce dernier. Somme toute, parce que le promettant ne s'engage pas à promettre mais à simplement offrir une option au bénéficiaire de la promesse, l'on doit considérer qu'il n'est que débiteur à l'égard du bénéficiaire tant que ce dernier n'exerce pas son droit d'option¹³²⁷.

299. Conclusion de la section préliminaire. En conclusion, il semble que la figure des droits potestatifs ait été exagérément gonflée et soit le symptôme de certains travers : excès des droits subjectifs, excès d'abstraction de la doctrine. L'option offerte à une personne de créer, modifier ou éteindre une situation juridique par le pouvoir de sa volonté est moins un droit qu'un choix de volonté. Saisir le choix sous l'angle du droit et l'ériger en droit subjectif conduit inévitablement à inutilement compliquer l'architecture des droits subjectifs qui trouve sa force dans sa sobriété et la facilité de son énonciation. La potestativité, caractère spécifique de certains droits subjectifs, ne saurait donner lieu à l'émergence d'une nouvelle catégorie de droits patrimoniaux venant remettre en cause la distinction des droits réels et personnels.

¹³²⁵ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats, op. cit.*, p. 109, n° 208.

¹³²⁶ V. not. D. PRONIER, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 26 juin 1996, n° 94-16.326, *RJDA* juillet 1996, p. 636, spéc. n° 8.

¹³²⁷ En ce sens, v. S. NEUVILLE, « Promesse de contrat et contrat d'option », in *Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 783, spéc. pp. 789-791, n° 8.

CHAPITRE I. LES DROITS RÉELS

300. Définition. Le droit réel peut être défini par opposition au droit personnel. Quand le droit réel investit une personne de prérogatives matérielles de jouissance destinées à retirer les utilités ou les services d'une chose, le droit personnel offre à son titulaire un pouvoir juridique de contrainte lui permettant d'exiger d'un débiteur l'exécution d'une prestation. Derrière la simplicité de l'énoncé, se dessinent cependant de nombreuses difficultés. La notion de droit réel est en effet sujette à controverse, notamment depuis les travaux de Planiol qui, sur l'apparent constat d'une similitude de nature avec la notion de droit personnel, a contribué à brouiller sa singularité. Les critères traditionnels de distinction de ces droits semblent même de bien peu de secours sitôt que l'objet du droit réel, la chose, souffre d'un criant manque de conceptualisation.

301. Typologie. La typologie des droits réels est également sujette à controverse. Si Chauveau remarquait il y a bien longtemps que « la matière des droits réels et personnels a été, surtout en ces derniers temps, retournée, labourée, fouillée profondément »¹³²⁸, force est d'admettre que les difficultés sont toujours vives et irrésolues. La propriété occupe naturellement l'essentiel des débats. Si la doctrine y voit traditionnellement un droit réel, sa nature demeure questionnée par les tenants de la conception rénovée de la propriété qui y voient la matrice du droit subjectif dans son ensemble. Mais la propriété n'est pas le seul droit concerné par ces interrogations. L'usufruit peine en effet à intégrer parfaitement la famille des droits réels, quand les servitudes et les sûretés réelles doivent, elles, en être exclues.

302. Plan. La catégorie des droits réels doit être revue. À cette fin, une double appréciation doit être menée : appréciation des doctrines modernes qui ont entendu refondre intégralement la notion de droit réel au point de la dissoudre ; appréciation des doctrines classiques qui pèchent par leur fidélité à une présentation archaïque de la matière. L'exercice n'est pas purement dogmatique. Il sert à tracer la frontière dans le domaine des biens entre des droits différents et à déterminer précisément de quelles prérogatives leurs titulaires sont investis. L'opposition existant entre les droits réels et les droits personnels permettra d'abord d'affiner la définition des premiers (**Section I**), dont la typologie sera ensuite dressée (**Section II**).

¹³²⁸ M. CHAUVEAU, « Classification nouvelle des droits réels et personnels », *Rev. crit. lég. et jurisprud.*, 1931, p. 539, spéc. p. 542, n° 1.

SECTION I. DÉFINITION DES DROITS RÉELS

303. Plan. Le droit réel s'oppose structurellement au droit personnel dans son aspect interne, tant en ce qui concerne son contenu qu'en ce qui concerne son objet. En dépit de cette évidence, la distinction de ces droits patrimoniaux a été très largement remise en cause par les personnalistes et néo-personnalistes, au point que la nature même du droit réel s'est trouvée dissoute dans celle de droit personnel. En outre, au nom d'un subjectivisme revendiqué, c'est toute l'architecture des droits patrimoniaux qui fut remodelée, avec à son sommet la propriété, extraite de la matrice des droits réels et assimilée au droit subjectif lui-même. Tout objet fut alors soumis à son empire, qu'il s'agisse d'une chose, d'un droit, d'une création de l'esprit, d'une abstraction ou même de la personne prise en son corps ou en ses attributs.

De toute évidence, et quoique cette présentation ait conquis nombre d'auteurs, elle doit être réformée. Ses mérites ne sont ni didactiques, ni pédagogiques. Elle repose sur des postulats dont la véracité est sujette à caution. Elle unit des objets irréductibles les uns aux autres et néglige de se prononcer sur la chose qui constitue l'objet du droit réel et vers lequel le contenu de ce droit est orienté. Aussi convient-il d'examiner tour à tour la nature du droit réel (§1) et la chose qu'il prend pour objet (§2).

§1. La nature du droit réel

304. Plan. Si l'on se représente traditionnellement le droit réel comme un droit permettant à son titulaire de jouir d'une chose, sa nature a fait l'objet – et contenue d'ailleurs de faire l'objet – de profondes contestations. À vrai dire, c'est sa proximité avec le droit personnel qui constitue le terreau de ces critiques. Mais si les critiques adressées à la distinction des droits réels et des droits personnels peuvent s'entendre, elles ne sauraient justifier une remise en cause radicale de cette distinction. Le droit réel est en effet irréductible au droit personnel. Aussi, après avoir exposé les critiques faites à l'endroit de cette distinction et plus spécifiquement de la nature du droit réel (A), il conviendra d'en montrer les faiblesses et de réhabiliter la notion de droit réel (B).

A. Exposé des thèses critiques

305. Contenu des critiques. Deux séries de critiques ont été adressées à l'endroit de la distinction des droits réels et personnels et particulièrement à l'endroit de la nature des droits

réels. La première tient à l'existence d'interpénétrations entre ces catégories (1). La seconde tient plus radicalement à une similitude de nature (2).

1. Interpénétration des droits réels et personnels

306. Des frontières poreuses. Des interpénétrations existent entre les droits réels et personnels. La similitude de situation entre le bailleur et le nu-propiétaire n'est plus à démontrer, tout comme celle entre l'emphytéote et le preneur à bail¹³²⁹. La frontière entre les droits réels et personnels apparaît moins nette, certains droits par nature personnels offrant à leurs titulaires des prérogatives de jouissance, comme en matière de baux emphytéotiques ou à construction ou en matière de baux réels immobiliers¹³³⁰. La frontière s'estompe encore dès lors que certains droits personnels, comme les droits nés de baux commerciaux ou de baux ruraux, tendent comme les droits réels à la pérennité. Elle devient enfin suspecte, dès lors qu'il devient possible de démembrer les droits personnels, comme l'on démembrer les droits réels. Entre les droits réels et personnels, des transits s'opèrent.

307. Des caractères partagés. Plus radicalement encore, il apparaît que les caractères singularisant traditionnellement les droits réels ne servent plus aujourd'hui à les distinguer des droits personnels. Ainsi est-ce le cas des caractères supposément propres aux droits réels et que sont l'opposabilité *erga omnes*¹³³¹, le droit de préférence et le droit de suite¹³³².

¹³²⁹ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, p. 15, n° 6.

¹³³⁰ V. C. rur., art. L. 451-1 pour le bail emphytéotique, et CCH, art. L. 251-3 pour le bail à construction. Sur la question, cf. infra n° 380.

¹³³¹ V., entre autres, H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^{ème} éd., Paris, A. Pedone, 1929, p. 114, n° 86 ; M. LÉVIS, *L'opposabilité du droit réel. De la sanction judiciaire des droits*, préf. P. Raynaud, Economica, coll. « Études et Recherches », 1989, *passim*. ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité, Propriété, possession et opposabilité*, préf. L. Aynès, Economica, coll. « Recherches Juridiques », t. 15, 2007, pp. 155 s., n° 146 s.

¹³³² J.-J. DELSOL, *Explication élémentaire du Code Napoléon*, t. I, 2^{ème} éd., Paris, Cotillon, 1867, p. 384 : « le droit réel donne des avantages que ne comporte par le droit personnel. Ces avantages sont au nombre de deux principaux : on les appelle droit de *préférence* et droit de *suite* ». Dans le même sens, v. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. VI, A. Durand & Pedone Lauriel, 1871, pp. 96-98, n° 75-76 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. I : *Des biens*, Paris, Larose & Forcel, 1896, p. 9, n° 7 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2010, p. 38, n° 37 ; J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, coll. « Université », 18^{ème} éd., 2021, p. 284, n° 212 ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, coll. « Précis », 10^{ème} éd., 2018, pp. 62-63, n° 47.

L'opposabilité, d'abord, loin de singulariser les seuls droits réels, ressortit à la structure de l'ensemble des droits subjectifs, ce point ayant déjà été abordé¹³³³.

Le droit de préférence, ensuite, ne saurait non plus singulariser les droits réels. Attribut des seules sûretés réelles, le droit de préférence assure simplement au titulaire d'une créance garantie par une telle sûreté qu'il se verra, en cas de réalisation de la sûreté, préféré à d'autres créanciers de son débiteur¹³³⁴. Dérogeant à la règle d'égalité des créanciers posée par l'article 2285 du Code civil, le droit de préférence apparaît comme un attribut dont seul un créancier privilégié peut se prévaloir et non comme un attribut du droit réel qui, par hypothèse, place une personne seule face à une chose.

Le droit de suite, enfin, ne saurait également relever de l'orbite des seuls droits réels. Au sens strict du terme, le droit de suite n'est qu'un privilège renforçant la sûreté réelle constituée par un créancier sur un bien de son débiteur, lui permettant de réaliser sa sûreté que le bien se trouve entre les mains du débiteur ou entre les mains d'un tiers. Aussi voit-on que le droit de suite ne s'offre aucunement au titulaire d'un droit réel principal, sinon au seul créancier privilégié. À prendre maintenant ce concept dans un sens large et à y voir un synonyme de la revendication, il apparaît encore que le droit de suite ne saurait non plus constituer un quelconque attribut des seuls droits réels, la revendication participant de la sanction de la violation de l'exclusivité attachée à l'ensemble des droits subjectifs qui, parce qu'ils sont opposables *erga omnes*, s'imposent à tous. Par quelque bout que l'on prenne le droit de suite, il ne saurait servir à singulariser les droits réels.

La distinction des droits réels et personnels présente certaines faiblesses, certaines failles. C'est précisément dans celles-ci que se sont engouffrés plusieurs auteurs pour remettre radicalement en cause cette distinction et plus spécifiquement la nature du droit réel, défendant l'idée d'une similitude entre les droits réels et personnels.

2. Similitudes des droits réels et personnels

308. La remise en cause des personalistes et « néo-personnalistes ». L'on doit à Planiol, Ginossar et Monsieur Zenati d'avoir été les principaux artisans de la remise en cause de cette distinction. C'est sur la base des travaux de ces auteurs personalistes ou « néo-personnalistes » que se sont élevées des critiques plus significatives encore de l'architecture des droits

¹³³³ Cf. supra n° 211 s.

¹³³⁴ Sur la nature des sûretés réelles, cf. infra n° 395 s.

patrimoniaux. Ces points ayant déjà été pour partie abordés¹³³⁵, leur étude se fera ici de manière plus succincte.

309. L'obligation passive universelle de Planiol. Planiol fut le premier à défendre l'idée que les droits réels et personnels partageraient une structure identique fondée sur l'obligation¹³³⁶. Insistant sur le caractère social du droit, ne pouvant mettre en relation que des personnes entre elles et non des personnes et des choses (seule la possession remplissant ce rôle), il établit une symétrie entre les droits personnels et les droits réels, les premiers absorbant même les seconds : quand les droits personnels s'exercent contre une personne déterminée, les « droits réels » s'exerceraient contre tout un chacun, tenu d'une obligation négative se résumant à une abstention. Seule l'identité du sujet passif de l'obligation permettrait alors de distinguer ces deux droits, structurellement identiques, en dépit de la puissance de leur rayonnement : un débiteur tenu d'une obligation individuelle dans le droit personnel ; la terre entière tenue d'une obligation passive universelle dans le droit réel¹³³⁷.

310. La nouvelle architecture des droits patrimoniaux de Ginossar. Ginossar remit également en cause la distinction des droits réels et des droits personnels en accentuant la critique de Planiol. Quoiqu'il ne partage pas les vues de ce dernier s'agissant de l'obligation passive universelle qu'il considère commune à l'ensemble des droits subjectifs¹³³⁸, il admet néanmoins que les droits réels et personnels partagent une structure commune fondée sur l'obligation. Ginossar alla cependant plus loin encore, en extrayant la propriété de la matrice

¹³³⁵ Cf. supra n° 169 s.

¹³³⁶ Si Planiol fut le premier à formaliser cette idée, l'idée n'est pas neuve. V. par exemple J.-J. DELSOL, *Explication élémentaire du Code Napoléon*, op. cit., p. 383 : « il est évident que tout est, au fond, établi à l'encontre d'autrui, et que la propriété ou ses démembrements supposent, comme les créances, le conflit de plusieurs personnes ayant des intérêts opposés. Seulement, le droit réel a cela de particulier qu'il existe entre une personne déterminée d'une part, et toute personne qui ferait obstacle à l'exercice du droit, de l'autre ; de telle sorte que l'un des termes du rapport est défini, et l'autre indéfini. Le droit personnel, au contraire, existe entre deux personnes déterminées, le créancier et le débiteur, de telle sorte que ses deux termes sont toujours également définis ».

¹³³⁷ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 3^{ème} éd., Paris, Pichon, 1904, pp. 680-681, n° 2159-2160.

¹³³⁸ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, op. cit., pp. 4-11, n° 4. Ginossar ne conteste pas l'existence d'une telle obligation mais remarque simplement qu'en matière de droits réels sur la chose d'autrui, le propriétaire souffre, davantage que d'autres, de l'existence de charges grevant son bien, pouvant même être tenu d'exécuter des prestations positives. Il relève surtout que l'obligation passive universelle ne serait pas à même de décrire la réalité du droit réel, en ce qu'elle concerne l'ensemble des droits subjectifs, y compris les droits personnels. Aussi critique-t-il le fait que le droit réel serait opposable à plus de personnes que le droit personnel (*ibid.*, spéc. pp. 11-13, n° 5).

des droits réels¹³³⁹ et en la situant « sur un plan plus élevé » que les autres droits¹³⁴⁰. La propriété devient alors une « relation d'appartenance » par laquelle une chose ou un droit appartient à une personne¹³⁴¹, appartenance qui est garantie par l'obligation passive universelle, contraignant quiconque à respecter les biens appartenant à autrui¹³⁴². Face à ce droit absolu qu'est la propriété, Ginossar identifie des droits relatifs (les droits réels sur la chose d'autrui et les droits personnels), investissant leurs titulaires de droits contre une personne déterminée, débitrice soit d'une obligation personnelle, soit d'une obligation réelle¹³⁴³. Ainsi, tout comme le droit personnel implique une obligation personnelle, le droit réel implique désormais une obligation réelle due par le propriétaire d'une chose au titulaire d'un droit réel sur celle-ci, le premier s'engageant à permettre au second d'accéder, médiatement, à sa chose. À côté des droits personnels corrélatifs d'obligations personnelles, figurent ainsi les droits réels corrélatifs d'obligations réelles.

311. La théorie rénovée de la propriété de Monsieur Zenati. Les thèses de Planiol et de Ginossar trouveront un écho très important dans les travaux de Monsieur Zenati¹³⁴⁴. Partant du postulat qu'il existerait une divergence de nature entre la propriété et les droits patrimoniaux¹³⁴⁵, Monsieur Zenati finit par extraire celle-ci de la catégorie des droits réels pour en faire, comme Ginossar, la relation d'appartenance qui unit une personne à ses biens, choses ou droits, qu'il voit comme l'« atome du droit privé »¹³⁴⁶. Quant aux droits réels et droits personnels, ceux-ci cessent désormais de s'opposer pour partager une véritable « identité de nature » fondée sur l'obligation corrélatrice qu'ils font naître au bénéfice de leur titulaire et s'exerçant contre autrui,

¹³³⁹ Considérant que la catégorie des droits réels est une « anomalie juridique » (*ibid.*, p. 136, n° 50), Ginossar soutiendra que l'identité de nature entre la propriété et les droits réels constitue « l'erreur initiale d'où provient tout le mal » (*ibid.*, p. 195, n° 70).

¹³⁴⁰ *Ibid.*, p. 112, n° 42-43.

¹³⁴¹ *Ibid.*, p. 33, n° 12.

¹³⁴² *Ibid.*, pp. 34-36, n° 13 et pp. 58-67, n° 23-25.

¹³⁴³ Notons également que la figure des droits réels *in faciendo* est réhabilitée, obligeant positivement le débiteur de l'obligation réelle à accomplir une prestation positive en raison de la chose.

¹³⁴⁴ En vérité, Monsieur Zenati est allé bien plus loin que Ginossar, en sortant radicalement la propriété des droits patrimoniaux. Constatant une certaine incohérence dans la pensée de Ginossar (celui-ci considère que si la propriété est un droit « absolu » à l'opposé des droits dits « relatifs », bâtis sur un modèle obligationnel et sur lesquels porte la propriété, elle demeure malgré tout un droit patrimonial et donc, de manière sous-entendue, un bien partageant la même nature que ses objets, à savoir les droits patrimoniaux), il critique l'appréhension de la propriété, par ce dernier, comme un « super-droit patrimonial » (F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon III, 1981, p. 709, n° 515).

¹³⁴⁵ *Ibid.*, p. 14, n° 5.

¹³⁴⁶ *Ibid.*, p. 815, n° 593.

débiteur d'une obligation personnelle ou réelle¹³⁴⁷. Seule la propriété échappe à cette bipartition, elle qui n'est plus qu'une relation d'appartenance unissant la personne à ses biens¹³⁴⁸, sans aucun sujet passif identifié mais tout de même dotée d'une opposabilité absolue¹³⁴⁹. Devenue rapport d'exclusion¹³⁵⁰, la propriété cesse de désigner le « rapport entre une personne et une chose » pour désigner le « rapport entre sujets »¹³⁵¹. Identifiant propriété et droit subjectif¹³⁵², Monsieur Zenati la résume à un rapport prioritairement interpersonnel, déniaut aux autres droits subjectifs cette qualité¹³⁵³.

312. Les thèses ultérieures. C'est sur la base de ces travaux que la critique de la distinction des droits réels et personnels a été poursuivie, plusieurs auteurs la perpétuant.

Actualisant la notion d'obligation passive universelle et considérant que la propriété n'est qu'une « faculté générale et indifférenciée d'action sur la chose »¹³⁵⁴, une « potentialité de jouissance complète de la chose »¹³⁵⁵, Monsieur Danos conteste son appréhension à travers les prérogatives (*jus utendi, jus fruendi, jus abutendi*) qui seraient comprises dans sa structure, celles-ci relevant de la possession¹³⁵⁶. En revanche et parce que la propriété aurait aussi « pour fonction d'assurer une possession – une jouissance – pérenne au profit du propriétaire »¹³⁵⁷, l'auteur considère qu'il faudrait pouvoir la doter d'une force lui permettant d'exclure les tiers de cette jouissance. Cette force, Monsieur Danos la puise dans l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété. Ainsi, ce qui caractériserait la propriété à l'inverse des autres droits subjectifs serait une opposabilité substantielle, synonyme somme toute d'obligation passive universelle¹³⁵⁸. Cette opposabilité serait même un « préalable au pouvoir du propriétaire sur sa

¹³⁴⁷ *Ibid.*, p. 103, n° 64.

¹³⁴⁸ *Ibid.*, pp. 222-223, n° 160 s.

¹³⁴⁹ *Ibid.*, p. 87, n° 55, notant ainsi que « le propriétaire est donc, par l'essence même de son droit, seul avec sa chose et aucun stratagème ne permettra de lui trouver un partenaire ».

¹³⁵⁰ *Ibid.*, pp. 541 s., n° 398 s.

¹³⁵¹ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, coll. « Droit fondamental », 3^{ème} éd., 2008, p. 315, n° 192 et 193.

¹³⁵² F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, *op. cit.*, pp. 751 s., n° 548 s.

¹³⁵³ *Ibid.*, p. 817, n° 594.

¹³⁵⁴ F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, *op. cit.*, p. 106, n° 97.

¹³⁵⁵ *Ibid.*, pp. 28-29, n° 24.

¹³⁵⁶ *Ibid.*, p. 31, n° 26, écrivant que « la possession constitue l'exercice du droit de propriété et apparaît, dès lors, comme le complément de la propriété ; la possession met en mouvement la propriété »

¹³⁵⁷ *Ibid.*, p. 157, n° 148.

¹³⁵⁸ *Ibid.*, p. 194, n° 177.

chose »¹³⁵⁹, son « élément moteur »¹³⁶⁰. Là encore, la propriété devient un rapport d'exclusion où la relation « sujet-tiers » prime la relation « sujet-objet » qui ne relève plus que de la possession. Ainsi la propriété redevient-elle dans cette optique synonyme d'obligation passive universelle, de « devoir juridique d'abstention et d'inaction qui s'impose et incombe à tous les tiers par rapport à la chose qui en est l'objet »¹³⁶¹. Cette abstention infiltre même l'ensemble des droits, dont l'opposabilité signifierait leur appropriation préalable¹³⁶².

Partant du postulat que la propriété se caractériserait par son opposabilité¹³⁶³ et serait, par essence, un « rapport d'exclusivité entre une personne et un bien », Madame Emerich en déduit quant à elle que « ce rapport se manifeste par la jouissance et la disposition du bien approprié », spécifiquement des droits personnels¹³⁶⁴. Déduisant de la transmissibilité des créances leur nature de biens et donc d'objets de propriété¹³⁶⁵, Madame Emerich soutient que « c'est parce que la créance est un bien qui *appartient* au créancier que celui-ci peut le transmettre », ajoutant que la propriété demeure « le *fondement* de la transmission du bien »¹³⁶⁶. L'auteur n'oublie pas pour autant l'aspect immédiat de la propriété, le droit de jouir des choses¹³⁶⁷, appliqué aux créances : ainsi considère-t-elle que le créancier jouit de sa créance comme un propriétaire de sa chose, la créance étant dans ce cadre appréhendée telle une chose consommable se consommant, à son échéance, par son encaissement¹³⁶⁸. Enfin admet-elle la revendication des créances, signe de leur appropriation¹³⁶⁹.

Défendant l'idée d'une appropriation de l'ensemble des droits subjectifs bien qu'il se détache de l'idée selon laquelle la propriété ne serait que l'unique droit subjectif, Monsieur Laurent marque pareillement son attachement à la thèse défendue par Monsieur Zenati et selon laquelle la propriété serait un droit supérieur aux autres. Ainsi distingue-t-il entre le

¹³⁵⁹ *Ibid.*, p. 210, n° 192.

¹³⁶⁰ *Ibid.*, p. 212, n° 194.

¹³⁶¹ *Ibid.*, pp. 231-232, n° 209.

¹³⁶² *Ibid.*, pp. 237-238, n° 215, pour qui « si le droit de créance, droit relatif qui ne peut viser et affecter qu'un ou plusieurs débiteurs déterminés, est opposable *erga omnes*, c'est parce que le créancier est propriétaire de sa créance ».

¹³⁶³ Y. EMERICH, *La propriété des créances : approche comparative*, préf. F. Zenati-Castaing, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 2007, p. 233, n° 416.

¹³⁶⁴ *Ibid.*, p. 143, n° 243 et p. 152, n° 262.

¹³⁶⁵ *Ibid.*, p. 89, n° 149.

¹³⁶⁶ *Ibid.*, pp. 249-251, n° 441-443.

¹³⁶⁷ *Ibid.*, p. 146, n° 247.

¹³⁶⁸ *Ibid.*, pp. 148-149, n° 254-255.

¹³⁶⁹ *Ibid.*, pp. 379 s., n° 699 s.

droit-exclusion (la propriété) et les droits-prestations (les droits réels et personnels), qui seraient deux types de droit subjectif : le premier aurait pour « fonction ontologique », par un pouvoir d'exclusion, d'assurer le rattachement des choses (à la fois les choses physiques comme les droits-prestations désormais objectivés) au sujet¹³⁷⁰. Le droit-exclusion devient synonyme de relation d'appropriation et de rapport d'exclusion et se distingue par sa nature des objets qu'il saisit et rattache au sujet, qui ne sont que des rapports de type obligationnel¹³⁷¹. Quant à ces derniers, une dualité les caractérise. Tantôt pouvoirs de l'individu, tantôt objets de pouvoir¹³⁷², bien qu'ils soient des prérogatives subjectives se définissant comme « le vecteur du pouvoir du sujet à l'égard d'un *autre* sujet *déterminé* »¹³⁷³, ils demeurent appropriés, en tant que droits objectivés.

313. Unité des critiques. Les critiques adressées à l'endroit de la distinction traditionnelle des droits réels et personnels sont nombreuses mais peuvent être simplement résumées : le droit subjectif étant un rapport interpersonnel, il ne mettrait en relation que des personnes et non des personnes et des choses ; le droit réel établirait moins un rapport aux choses qu'un rapport entre personnes relativement à une chose à l'image du droit personnel qui, par essence, est une relation intersubjective ; l'opposabilité égale des droits patrimoniaux serait le témoin de leur nature d'objets appropriés.

Si ces critiques et les reconstructions proposées des notions de droit subjectif, droit réel et propriété sont originales, elles ne sauraient pourtant prospérer.

B. Réfutation des thèses critiques

314. Critique des critiques. L'essentiel des arguments avancés par ces auteurs a déjà pu être discuté¹³⁷⁴. S'il est certain que la propriété ne saurait être réduite à un pur rapport d'appartenance et s'il est certain que l'ensemble des droits subjectifs sont pareillement opposables à tous, il reste désormais à réhabiliter la notion de droit réel et la distinction des

¹³⁷⁰ J. LAURENT, *La propriété des droits*, préf. T. Revet, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 537, 2012, p. 63, n° 79-80.

¹³⁷¹ *Ibid.*, pp. 64-65, n° 82.

¹³⁷² *Ibid.*, p. 25, n° 31.

¹³⁷³ *Ibid.*, p. 64, n° 81.

¹³⁷⁴ Cf. supra n° 171 s.

droits réels et personnels. Trois questions doivent être résolues à cette fin : la question du sujet (1), celle de la nature obligationnelle des droits réels (2) et celle de l'objet des droits (3).

1. La question du sujet

315. Ignorance du sujet actif. Le premier reproche que l'on peut adresser aux thèses de Planiol, Ginossar et de leurs successeurs est une carence à prendre en compte la personne titulaire des droits subjectifs. Pour ces auteurs, seule la personne du sujet passif trouve grâce à leurs yeux (le débiteur d'une obligation personnelle tenu de subir la contrainte du créancier, les tiers d'un propriétaire tenus de souffrir l'obligation passive universelle, le propriétaire d'une chose l'ayant démembrée tenu de souffrir une obligation réelle). Même la classification proposée par Monsieur Favez Hage-Chahine¹³⁷⁵, censée pourtant corriger les présentations antérieures, tombe dans le même travers : la différence entre le droit à réalisation immédiate¹³⁷⁶ et le droit à réalisation médiate¹³⁷⁷ repose sur le seul critère du sujet passif¹³⁷⁸, tenu dans un cas de « se conformer au devoir universel de ne pas [troubler le titulaire du droit] dans [son exercice] », ou dans l'autre de respecter « le lien particulier qui l'oblige à donner, à faire, à ne pas faire ou à subir »¹³⁷⁹. Autrement dit, ces thèses témoignent une fidélité intacte à la thèse personnaliste, ce qui est pour le moins paradoxal. Le droit subjectif, avant d'être un droit tourné contre autrui, n'est-il pas avant tout une prérogative offerte à un sujet déterminé ? Aussi est-il surprenant que les droits patrimoniaux – et l'ensemble des droits subjectifs – ne soient jamais, pour ces auteurs, appréhendés à travers le prisme de leur titulaire et indépendamment d'un potentiel sujet passif déterminé ou d'une multitude indéfinie de sujets passifs¹³⁸⁰.

¹³⁷⁵ F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD Civ.* 1982, p. 705, spéc. p. 742, n° 58. Si l'on ne s'attardera pas davantage sur cette classification, l'on remarquera que celle-ci excède la distinction des seuls droits patrimoniaux pour embrasser l'ensemble des droits subjectifs. La partition s'opère alors entre les droits à réalisation immédiate (modèle de la propriété) et les droits à réalisation médiate (modèle de la créance) : l'auteur entend ranger l'ensemble des droits subjectifs dans ces deux catégories, qu'ils soient patrimoniaux ou extrapatrimoniaux.

¹³⁷⁶ L'auteur le définit comme le droit qui « a son siège dans la personne de son titulaire et qui procure à celui qui en est investi les jouissances qu'il contient sans passer par le concours de quiconque » (*ibid.*, p. 715, n° 15).

¹³⁷⁷ L'auteur le définit comme le droit « qui ne se conçoit que par le pouvoir qu'a le titulaire d'asservir une autre personne et qui ne se réalise qu'à travers l'activité ou l'attitude qu'on peut exiger d'un sujet passif déterminé » (*ibid.*, p. 715, n° 15).

¹³⁷⁸ Monsieur Favez Hage-Chahine est formel sur ce point : contrairement aux autres critères que sont le sujet actif, l'objet et le contenu des droits, le critère tiré de la présence d'un sujet passif constitue selon lui le seul « instrument technique de classification de l'ensemble des droits privés » (*ibid.*, p. 717, n° 16).

¹³⁷⁹ *Ibid.*, p. 716, n° 16.

¹³⁸⁰ En ce sens, v. H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. 1 : *Introduction à l'étude du droit*, 12^{ème} éd. par F. CHABAS, Montchrestien, 2000, p. 265, n° 155.

Il est par ailleurs réducteur d'énoncer, comme Planiol et d'autres le firent, que le droit subjectif est un droit par essence intersubjectif, s'exerçant donc contre des personnes et ne pouvant s'exercer sur des choses¹³⁸¹. Outre que cette représentation résume le droit subjectif à un tissu d'obligations, elle néglige encore le sujet du droit qui recherche, dans le cas du droit réel, la maîtrise d'une chose avant de rechercher l'exclusion des tiers. C'est là confondre la cause et la conséquence : c'est parce que le sujet a d'abord la jouissance d'une chose que son droit sera ensuite opposable aux tiers, non l'inverse. Finalement, quoique nul ne doute que la chose ne puisse être un sujet de droit, l'on ne saurait pareillement douter que la chose puisse en être l'objet¹³⁸², pour la seule raison que le droit subjectif est avant tout une prérogative offerte au sujet, peu importe son objet¹³⁸³. Prétendre l'inverse reviendrait à livrer une vision conflictuelle du droit, à faire du droit un instrument de défense avant de constituer un instrument de jouissance¹³⁸⁴.

2. La question de la nature obligationnelle des droits réels

316. Obligations négatives et opposabilité des droits. L'un des mérites indéniables de la thèse de Ginossar est d'avoir insisté sur la proximité des droits réels sur la chose d'autrui et des droits personnels quant à leur structure. Non seulement il est parfois malaisé de distinguer ces deux droits, spécialement lorsque le droit personnel a comme objet la mise à disposition d'une chose¹³⁸⁵, mais ces deux droits peuvent encore faire naître de véritables obligations sur la tête soit du propriétaire vis-à-vis du titulaire d'un droit réel démembré, soit sur la tête d'un débiteur

¹³⁸¹ La critique n'est d'ailleurs pas neuve. V. déjà J. ORTOLAN, *Explications historiques des Instituts de l'Empereur Justinien. Histoire et généralisation*, t. I, 8^{ème} éd., Paris, Henri Plon, 1870, pp. 637-639, n° 189-192. V. également C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. IX : *Traité de la distinction des biens*, t. I, 4^{ème} éd., Paris, Auguste Durand et L. Hachette & Cie, 1870, pp. 339-341, n° 464.

¹³⁸² F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, pp. 63-64, n° 48.

¹³⁸³ G. MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD Civ.* 1966, p. 216, spéc. p. 235.

¹³⁸⁴ Cf. supra n° 172.

¹³⁸⁵ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, *op. cit.*, p. 90, n° 35. L'auteur prend l'exemple suivant : « si vous me permettez de passer sur votre terrain, il est entendu que mon droit peut être soit simplement personnel, à titre d'engagement personnel de votre part, soit réel, à titre de servitude sur votre terrain. Encore une fois, comment déterminer s'il s'agit de ceci ou de cela ? Les deux droits envisagés ne diffèrent certes pas par leur contenu, par leur objet, puisqu'il est possible de les stipuler de manière telle que leur étendue coïncide en tout point ».

vis-à-vis d'un créancier¹³⁸⁶. Il paraît néanmoins largement exagéré de déduire de l'existence d'un droit réel sur la chose d'autrui l'existence nécessaire d'une obligation réelle corrélative¹³⁸⁷.

Lorsque le propriétaire est tenu de subir, passivement, l'emprise exercée par le titulaire d'un droit réel sur sa chose, il ne s'agit jamais plus que de la traduction de l'opposabilité des droits : investi d'un droit réel sur la chose d'autrui, son titulaire l'impose à quiconque, tenu du devoir de respecter cette situation juridique¹³⁸⁸. Aussi le propriétaire n'est-il tenu, comme les *penitus extranei*, que du devoir de respecter le droit d'autrui et non d'une obligation au sens d'un *vinculum juris*. Sa qualité de propriétaire ne le met pas dans une position plus inconfortable que celle d'un tiers absolu puisque, comme lui, il subit l'opposabilité du droit réel démembré de son titulaire.

317. Obligations positives et obligations personnelles *propter rem*. Lorsque le propriétaire est, cette fois-ci, tenu d'obligations positives à l'égard du titulaire d'un droit réel démembré, l'on ne saurait non plus y voir la trace de la nature obligationnelle du droit réel. Plus précisément, il n'est nullement question d'une obligation réelle : l'obligation à laquelle le propriétaire est tenu n'est qu'une obligation personnelle¹³⁸⁹. La « proximité » de deux droits réels donne simplement naissance à une obligation personnelle *propter rem* et non à un quelconque droit réel *in faciendo*¹³⁹⁰. Certes le propriétaire est tenu à raison de la chose, dont les utilités sont partagées dans la même proportion que ses prérogatives sont neutralisées, mais cette obligation se résout, en cas d'inexécution, sur l'intégralité du patrimoine du propriétaire et non sur la chose dont les utilités sont partagées. L'on peut ainsi concevoir que le droit réel fasse naître de véritables obligations personnelles à raison d'une situation virtuelle de voisinage

¹³⁸⁶ En ce sens, envisageant pareillement le droit réel selon une structure obligationnelle, v. R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil. 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297, spéc. p. 354, n° 52.

¹³⁸⁷ V. M. FABRE, *L'usufruit atypique : contribution à la notion de démembrement de la propriété*, th. Paris II, 2018, p. 302, n° 391, remarquant que « l'usufruitier ne peut ni obliger le nu-propriétaire à le faire jouir de la chose, ni le contraindre aux grosses réparations de l'immeuble. Par ailleurs, même dans l'hypothèse où le propriétaire grevé est véritablement tenu de prestations positives [...] celles-ci ne jouent qu'un rôle accessoire dans le régime du droit réel ».

¹³⁸⁸ En ce sens, v. M. CHAUVEAU, « Classification nouvelle des droits réels et personnels », art. cité, pp. 558-559, n° 16.

¹³⁸⁹ En ce sens, v. Cass. 3^{ème} civ., 7 novembre 2019, n° 18-21.447, inédit. En l'espèce, le propriétaire d'un fonds avait abaissé un mur et s'était engagé envers son voisin à le rehausser dans l'hypothèse où il cendrait le fonds. Les deux propriétaires ont fini par vendre leur fonds. L'acquéreur du fonds voisin a demandé au propriétaire de respecter son engagement, ce dernier refusant, considérant n'être tenu qu'envers le cédant. La Cour de cassation lui donna raison, en validant le raisonnement des juges du fonds : « la charge imposée à M. H. était personnelle et ne pouvait s'analyser comme étant attachée à l'immeuble voisin ».

¹³⁹⁰ En ce sens, v. J. DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD Civ.* 1962, p. 20, spéc. pp. 34-36.

née du démembrement du droit. En revanche, l'association irréductible du droit réel à l'obligation réelle semble une gageure, particulièrement lorsque le propriétaire n'est tenu que du devoir de respecter le droit d'autrui.

3. La question de l'objet des droits

318. Objet et contenu des droits patrimoniaux. Les critiques adressées à l'endroit de la division des droits réels et personnels échouent pour finir à expliquer la singularité de chacun d'eux, pris dans leur aspect interne. Pourtant, une double différence de nature oppose fondamentalement les droits réels et personnels : leur *objet* et leur *contenu*¹³⁹¹. Il ne s'agit pas seulement de constater que l'objet du droit réel est la chose et que celui du droit personnel est l'exécution d'une prestation, mais encore de scruter les prérogatives attachées à la titularité du droit considéré, donc le contenu des droits, celui-ci offrant indéniablement un « principe de classement des droits subjectifs »¹³⁹². Le droit réel offre des prérogatives tournées vers la jouissance matérielle d'une chose alors que le droit personnel offre des prérogatives juridiques tournées vers l'obtention d'une prestation, ces dernières étant irréductibles à celles d'un propriétaire¹³⁹³. Fondamentalement, ce que recherche le titulaire d'un droit réel est un accès à une chose et aux utilités qu'elle est à même de lui fournir. Seule l'étendue des services susceptibles d'être retirés varie selon le droit réel considéré. En revanche, ce que recherche le titulaire d'un droit personnel est l'accomplissement d'une prestation quelconque par un débiteur

¹³⁹¹ Sur cette distinction, v. not. G. MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », art. cité, p. 224. Comme l'exprime en outre Dabin, le classement des droits subjectifs repose sur une différenciation fondée sur « la diversité de nature et de structure des “choses” qui font l'objet des droits », ajoutant que « la forme des droits [est] marquée par la forme des choses sous-jacentes, que l'appartenance et la maîtrise, constitutives du droit, se modèlent, se modifient et se diversifient selon la diversité de leur matière », concluant que « nécessairement l'objet impose sa loi » (J. DABIN, *Le droit subjectif*, préf. C. Atias, rééd. Dalloz, 2008, p. 167). L'auteur ajoute ainsi en guise d'exemple que « l'objet du droit est ce sur quoi porte le droit ainsi délimité. Par exemple, le contenu du droit de propriété d'une chose est le droit de faire de cette chose en principe tout ce que l'on veut ; l'objet du droit est cette chose même. Le contenu du droit de créance est la prestation plus ou moins large due par le débiteur ; l'objet du droit est l'obligation par laquelle le débiteur est tenu de cette prestation (*ibid.*, p. 168-169). Dans le même sens, v. L. RIGAUD, *Le droit réel. Histoire et théories. Son origine institutionnelle*, A. Nauze, 1912, p. 342 : « le droit réel, envisagé au point de vue subjectif et dans son côté interne, consiste dans l'attribution à un sujet de droit de l'utilité juridique générale ou fragmentaire d'une chose, objet de cette attribution. Le droit de créance, envisagé au même point de vue, consiste, au contraire, essentiellement dans l'attribution à un sujet de droit d'une certaine prestation à accomplir par une autre personne, que cette prestation soit un fait ou une abstention ».

¹³⁹² S. VANUXEM, *Les choses saisies par la propriété*, préf. T. Revet, IRJS Éditions, coll. « Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc », t. 35, p. 38, n° 18.

¹³⁹³ J. DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », art. cité, p. 33, 42-43, relevant en outre que « dans l'obligation, le titulaire du droit, le créancier, tire service d'un homme, le débiteur, et il peut exiger ce service auquel il a droit et qui, de cette façon, est sien ; dans la propriété, le titulaire du droit, le propriétaire, tire service d'une chose, sans que, de ce chef, il puisse rien exiger de qui que ce soit, sinon le respect de son droit sur la chose » (*ibid.*, p. 28).

dans le but de voir le lien d'obligation se dénouer. Autrement dit, le droit personnel est un droit essentiellement finalisé, orienté vers le dénouement d'un rapport d'obligation : la satisfaction du créancier sera obtenue sitôt la prestation exécutée.

Seul ce point suffit, somme toute, à distinguer les droits réels et personnels, à l'exclusion de toute autre considération. Le droit réel n'est certainement pas plus opposable à autrui que ne l'est le droit personnel. Le droit réel n'est pas non plus, à l'inverse, réductible au droit personnel, prétexte pris des obligations qui peuvent peser sur un propriétaire à l'égard d'une personne ayant la jouissance temporaire de la chose. Le droit réel ne se singularise pas non plus par un quelconque droit de suite ou droit de préférence. En revanche, le droit réel se distingue du droit personnel – et c'est là l'essentiel – quant à son contenu et son objet : les prérogatives subjectives conférées au titulaire d'un droit réel sont des prérogatives solitaires, individuelles, qui s'exercent sur une chose sans le concours de quiconque. L'objet de ces prérogatives est exclusivement une chose corporelle, seule à même de fournir ses utilités à la jouissance d'une personne.

319. Bilan. Les critiques qui ont émaillé la distinction des droits réels et personnels, avec comme objectif de redéfinir les premiers bien souvent sur le modèle des seconds, ne semblent au bout du compte guère décisives. Bien au contraire, elles contribuent à révéler ce que d'aucuns se sont efforcés de nier : le droit réel n'est qu'un mode de jouissance des choses, un droit qui n'offre que des prérogatives matérielles de jouissance. Seule suffit à la définition du droit réel la réunion de deux éléments : des prérogatives matérielles de jouissance d'un côté (contenu du droit) et une chose apte à supporter cette jouissance (objet du droit)¹³⁹⁴.

C'est précisément sur cet objet du droit réel, la chose, qu'il convient désormais de revenir dans l'objectif d'approfondir la définition de ce droit : à l'étude du contenu du droit réel succède ainsi l'étude de son objet.

¹³⁹⁴ Rappr. G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. I : *Des biens*, op. cit., p. 3, n° 3 : « on ne trouve dans le droit réel que deux éléments : 1° Une personne, sujet actif du droit, titulaire du droit [...] ; 2° Une chose objet du droit ».

§2. L'objet du droit réel : la chose

320. Nouvelle considération pour les choses. La chose a précédemment été définie comme un objet matériel, comme une portion palpable de la réalité sensible¹³⁹⁵. Cette définition exclusivement matérielle de la chose s'accorde parfaitement à celle des droits réels, qui ne sont rien d'autre que des droits de jouissance. La jouissance que procurent les droits réels ne peut en effet se concevoir qu'à l'endroit des seules choses corporelles. Elle suppose que les objets qu'elle saisit s'offrent matériellement à la jouissance, aient des services véritablement et physiquement exploitables. La conjugaison de l'approche matérielle de la jouissance et de l'approche matérielle des choses présente une vertu : elle permet de se prononcer sur le sort de certains objets dont la nature est discutée, devant tomber ou échapper au domaine des droits réels. Après avoir montré que la jouissance ne peut se concevoir qu'à l'égard des choses corporelles (A), il conviendra d'aborder le statut d'objets dont la qualité de choses est discutée et dont l'appréhension par le droit réel l'est tout autant (B).

A. La jouissance des choses corporelles

321. Définition de la jouissance. La jouissance désigne, dans un sens large, le fait de tirer profit de quelque chose, d'en retirer une satisfaction¹³⁹⁶. Synonyme de plaisir ou de bien-être, ce terme revêt en droit un sens plus spécifique, désignant tout à la fois l'usage que l'on peut avoir d'une chose et la perception de ses fruits¹³⁹⁷. Toullier y voyait tout acte ayant « pour but de retirer de la chose tout le profit, toute l'utilité ou l'agrément qu'elle peut procurer ; d'en recueillir tous les fruits ; en un mot, de la faire servir à tous les usages possibles et non défendus »¹³⁹⁸. La jouissance est donc synonyme d'usage au sens large du terme, désigne l'acte par lequel on profite des services qu'une chose est susceptible de receler.

La jouissance est loin d'être un monolithe. Elle est elle-même susceptible de degrés. La jouissance peut tantôt consister en un acte qui n'altère pas la substance de la chose (ainsi du fait de s'asseoir sur une chaise ou de marcher dans un champ), tantôt en un acte qui l'altère (ainsi du fait de brûler du bois ou de manger un aliment). S'il existe une infinité de manières de jouir d'une chose et si certaines choses se prêtent moins que d'autres et à raison de leur nature à une

¹³⁹⁵ Cf. supra n° 144 s.

¹³⁹⁶ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} éd., v° « Jouissance » ; *TLFI*, v° « Jouissance ».

¹³⁹⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 13^{ème} éd., 2020, v° « Jouissance » ; S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexis des termes juridiques 2020-2021*, Dalloz, 28^{ème} éd., 2020, v° « Jouissance ».

¹³⁹⁸ C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, t. III, Paris, Warée, 1824, pp. 56-57.

jouissance entière, toutes ces formes de jouissance ont pour but d'investir celui qui jouit d'une portion des utilités de ces choses.

322. Correspondance des définitions de la jouissance et de la chose. Tout titulaire de droit réel, quel qu'il soit, bénéficie d'un droit de jouissance plus ou moins étendu selon sa nature et selon celle de la chose, se trouvant ainsi investi, au mieux, de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus*. L'essentiel est surtout ailleurs : la jouissance que permet le droit réel ne peut se concevoir qu'à l'endroit des choses corporelles, seules à même de se prêter à la jouissance. La jouissance suppose en effet un corps sur lequel s'exercer et duquel extraire des utilités. Seule une chose corporelle se prête à la jouissance, son corps recelant littéralement des services exploitables. Seule une chose corporelle a, en elle et dans sa matérialité, de quoi satisfaire une personne. Dès lors, si la chose corporelle est la seule à receler des utilités et si les droits réels se définissent comme des droits de jouissance permettant précisément de les retirer, il faut mécaniquement en déduire que la propriété, comme les droits réels, ne peuvent avoir pour objets que de telles choses. La jouissance ne se conçoit en effet qu'à l'égard des seules choses corporelles, à même d'offrir leurs services à la personne.

Une telle approche exclusivement corporelle des choses ne passe pas pour être spécifique au droit français. De nombreuses autres législations définissent également la chose d'un point de vue strictement corporel. Ainsi du Code civil allemand (*BGB*), qui définit les choses comme des « objets corporels »¹³⁹⁹. Ainsi encore du Code civil japonais (*Minpō*), qui appréhende pareillement le mot « chose » dans un sens matériel, y voyant un objet « tangible »¹⁴⁰⁰. Tel est également le cas du Code civil néerlandais (*Burgerlijk Wetboek*), qui voit dans les choses des « objets matériels qui peuvent être contrôlés par les hommes »¹⁴⁰¹. Tel est enfin le cas du Code civil argentin (*Codigo civil de la republica argentina*), qui nomme « choses » les « objets matériels susceptibles d'avoir une valeur »¹⁴⁰². Les mérites d'une telle définition sont évidents et justifient que le Code civil français se dote d'une définition équivalente. Ils permettent

¹³⁹⁹ *BGB*, § 90. Sur la question, v. L. D'AVOUT, « Notions fondamentales et domaine du droit privé des biens. Comparaisons franco-allemandes », in M. GRIMALDI, N. KANAYAMA, N. KATAYAMA et M. MEKKI (Dir.), *Le patrimoine au XXIe siècle : regards croisés franco-japonais*, Société de législation comparée, 2012, p. 49, spéc. p. 50, relevant que « le Code allemand, fortement rationalisé, a fait d'emblée le choix d'une conception technique de la "chose", qui désigne les seuls objets corporels », à l'inverse du Code français qui, « reprenant la tradition coutumière, procède à partir de la notion non technique de "bien" ».

¹⁴⁰⁰ *Minpō*, art. 85.

¹⁴⁰¹ *Burgerlijk Wetboek*, art. 3 : 2.

¹⁴⁰² *Codigo civil de la republica argentina*, art. 2.311. Sur lequel, v. F. PÉREZ-HUALDE, « Panorama des biens incorporels en droit argentin », *RLDC* n° 65 (supplément), novembre 2009, p. 37 *sq.*

premièrement d'asseoir la définition des choses sur le réel, conformément à leur essence la plus exacte. Ils rendent deuxièmement sans objet toute querelle relative à la détermination de l'assiette de la propriété et des droits réels. Ils permettent troisièmement et enfin de rendre cohérente la définition des droits réels, la jouissance qu'ils procurent ne pouvant se concevoir qu'à l'endroit des choses corporelles à même de fournir des services.

L'appréhension de la jouissance sous un angle matériel se conçoit aisément. Aussi s'agit-il de vérifier les conséquences d'une telle approche des droits réels relativement à certains objets dont la « choséité », la qualité de chose, est questionnée.

B. La « choséité » questionnée

323. Approfondissement de la définition de la chose. Ainsi que cela fut précédemment relevé¹⁴⁰³, la chose n'est réductible ni aux personnes, ni aux droits. Définie comme une portion du sensible, la chose peut ainsi s'ouvrir à certains objets matériels particuliers, lesquels se prêtent parfaitement à la jouissance (1). Le doute demeure cependant permis au sujet d'objets qui ne sont pareillement ni des personnes, ni des droits, mais qui n'ont aucune matérialité (2).

1. Les choses reconnues

324. Matière et esprit. Parmi les objets dont la nature de choses peut être attestée et qui se prêtent aux droits réels, figurent d'abord les choses que l'on regroupe sous l'appellation « énergie ». Loin d'être des choses immatérielles – ce qui est un oxymore – ces choses sont bel et bien corporelles (a). Tel est également le cas des animaux. En dépit de considérations éthiques ou compassionnelles, les animaux demeurent des choses au service de l'homme, qui pourra en retirer des services ou des utilités (b).

a. L'« énergie »

325. Les problèmes juridiques et physiques de l'énergie. Réalité du monde sensible, la chose est avant tout un objet physique, saisissable par les sens. La propriété et les droits réels trouvent alors, littéralement, une *matière* dans laquelle s'inscrire et de laquelle extraire des utilités¹⁴⁰⁴. Il reste cependant que la gêne est palpable à l'évocation de certains objets, pourtant

¹⁴⁰³ Cf. supra n° 146 et 148.

¹⁴⁰⁴ Physiquement parlant, tout ce qui a une masse et un volume est de la matière (quoique la seule référence à la masse suffise, celle-ci impliquant nécessairement la présence d'un volume). Sur la question, v. not. CRC *Handkook*

qualifiés de choses appropriables, mais qui se dérobent par leur nature aux sens grossiers de l'homme. Qu'est donc l'énergie, dont on prophétise la propriété¹⁴⁰⁵ et dont la soustraction est assimilée au vol par l'article 311-2 du Code pénal, si ce n'est une « chose » dont la nature est sujette à caution ? Qu'est, également, l'électricité, présentée comme une chose mobilière¹⁴⁰⁶ et même comme un « produit »¹⁴⁰⁷ ? Qu'est, enfin, une onde, que l'on qualifie de chose que l'utilisateur d'un poste pourrait s'approprier¹⁴⁰⁸ ? À l'évidence, l'on ne peut que souscrire aux propos de Pilon qui, dans une étude consacrée au problème juridique de l'électricité, affirmait que « la loi envisage les choses qui sont objets de droits, sans se préoccuper de leur nature physique »¹⁴⁰⁹. Car il est vrai que les représentations que le droit semble se faire de ces corps « infinitésimaux »¹⁴¹⁰ sont tout bonnement contraires aux enseignements de la science physique ! Mais n'est-ce pas là une position regrettable ? Si, comme le disait Catala, « nos sens sont aveugles et sourds à côté des instruments de détection et de mesure dont la science dispose »¹⁴¹¹, ne peut-on, ainsi que le préconisait cette fois-ci le Doyen Savatier, se comporter en « hommes de bonne volonté » et transcrire, « avec des mots adéquats, en technique juridique, la technique chimico-physico-mécanique »¹⁴¹² ? Quoique le droit préconise « ce qui doit être » alors que la physique s'intéresse à « ce qu'il se passe », une réponse positive s'impose. N'est-ce pas encore Savatier qui écrivait, fort justement, que le droit et la physique « ne peuvent remplir vraiment leur mission qu'en s'épaulant les unes les autres, car l'univers est un »¹⁴¹³ ? Aussi, avant de se pencher sur le problème « juridique » de l'énergie et dans l'objectif de confronter la notion de chose à cet objet si particulier, il convient d'abord, certes imparfaitement, de se pencher sur le problème « physique » de l'énergie.

of Chemistry and Physics, 100th éd, John R. Rumble, v° « Matter » ; R. TAILLET, L. VILLAIN et P. FEBVRE, *Dictionnaire de physique*, 3^{ème} éd., de boeck, 2015, v° « Matière ».

¹⁴⁰⁵ R. SAVATIER, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *RTD Civ* 1958, p. 1, spéc. p. 14, n° 16.

¹⁴⁰⁶ E. PILON, « Le problème juridique de l'électricité », *RTD Civ*. 1904, p. 5, spéc. p. 16.

¹⁴⁰⁷ C. civ., art. 1386-3.

¹⁴⁰⁸ R. SAVATIER, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », art. cité, p. 19, n° 23.

¹⁴⁰⁹ E. PILON, « Le problème juridique de l'électricité », art. cité, p. 11.

¹⁴¹⁰ R. SAVATIER, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », art. cité, pp. 12-13, n° 15.

¹⁴¹¹ P. CATALA, « La matière et l'énergie », in *Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, 1999, p. 557, spéc. p. 563.

¹⁴¹² R. SAVATIER, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », art. cité, p. 20, n° 24. *Contra*. E. Pilon, « Le problème juridique de l'électricité », art. cité, p. 11, qui considère que cette démarche est vaine.

¹⁴¹³ R. SAVATIER, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », art. cité, p. 20, n° 24.

326. Approche physique. D'un point de vue physique, ce que l'on nomme « énergie » et que le juriste érige en objet de propriété n'est pas une chose, sinon une quantité abstraite qui mesure la capacité d'un système à produire des transferts ou mouvements ou à modifier des états existants¹⁴¹⁴. Mais il convient alors de spécifier la forme d'énergie dont il s'agit (énergie cinétique, de masse, potentielle, etc.), faute pour le langage d'être inexact. Autant de formes d'énergie qui témoignent de l'impossibilité de définir numériquement de manière absolue l'énergie¹⁴¹⁵, elle qui se définit en revanche à une constante additive près, c'est-à-dire relativement à un milieu, à un système et surtout à une convention¹⁴¹⁶.

327. Traduction juridique. Ainsi approchée, l'énergie n'est pas une chose mais le résultat de désordres affectant un système et duquel peut être extraite une certaine quantité d'énergie. Le langage du droit, qui « objectivise » un phénomène physique comme à travers l'article 311-2 du Code pénal, montre donc bien ses limites. Serait-ce alors à dire, plus largement, que la chose du droit n'est pas la chose sensible, mais une pure abstraction ? Une réponse négative s'impose. Derrière le terme d'énergie, que l'on invoque par commodité et que le législateur envisage imparfaitement comme une chose susceptible de jouissance et d'appropriation, se dessinent deux réalités matérielles bien tangibles : l'électricité et l'eau. D'un point de vue physique, l'électricité peut en effet être envisagée comme un flux d'électrons, donc comme un flux de matières (au sens d'objets ayant une masse)¹⁴¹⁷. Tout champ électrique, synonyme d'une variation du potentiel électrique d'un milieu, produit un déplacement d'électrons d'atome en atome, constitutif d'une énergie cinétique : le transfert d'énergie résultant de ce champ électrique traduit, à l'échelle particulière, un déplacement d'électrons et donc, un transfert de

¹⁴¹⁴ Jusqu'au début du XX^{ème} siècle, l'énergie était en revanche envisagée comme une force vive ou comme une force en action, d'après l'étymologie grecque du terme énergie (*ἐνέργεια* : « énergeia ») ; en opposition à force en puissance (*δύναμις* : « dynamis »).

¹⁴¹⁵ La mesure de l'échange d'énergie entre deux systèmes ou d'une forme à une autre est en revanche définie de manière absolue.

¹⁴¹⁶ Ainsi, à titre d'exemple, le calcul de l'énergie potentielle de pesanteur ($E_p = mgz$) d'un objet quelconque dépend de la mesure de la distance séparant l'objet du sol et dépend encore de l'endroit d'où l'on se place pour la mesurer.

¹⁴¹⁷ Cette approche n'a toutefois pas toujours été défendue. Selon une approche ondulatoire et non particulière, les électrons peuvent être vus comme des ondes de matière, comme en ce qui concerne les photons issus de la lumière (lesquels n'ont – et telle est leur particularité – pas de masse. C'est d'ailleurs la seule forme d'énergie qui ne soit pas, à proprement parler, matérielle). C'est sans doute ce qui a amené le Doyen Savatier à ranger l'électricité dans la catégorie des ondes (R. SAVATIER, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », art. cité, p. 18, n° 23) et amené Garçon à envisager l'électricité comme une force immatérielle (E.-A. GARÇON, *Code pénal annoté*, t. I, Sirey, 1901, art. 379, n° 264).

choses¹⁴¹⁸. Quant à son détournement, il correspond en termes physiques au détournement radical ou partiel d'un flux d'électrons. Le même argument est encore mobilisable s'agissant de l'eau s'il s'agit d'en détourner un flux. Quel que soit son état, ce que l'on nomme « eau » n'est jamais qu'un ensemble de molécules ayant une masse. Détourner un cours d'eau revient encore à détourner un flux de matière, revient plus précisément à détourner l'énergie produite par l'eau¹⁴¹⁹.

328. L'électricité et l'eau. Aussi bien l'électricité que l'eau peuvent être appréhendées comme des choses objets de jouissance. Comme le disait d'ailleurs si bien Catala, « la matérialité des choses ne cesse pas aux frontières de l'invisible, de l'inaudible et de l'impalpable »¹⁴²⁰. Ceci explique pourquoi, dès avant l'adoption de l'article 311-2 du Code pénal, le juge réprimait le vol d'électricité ou d'eau sur le fondement de l'ancien article 379 (devenu 311-1)¹⁴²¹. C'est ainsi que, s'agissant de l'électricité, il a pu considérer qu'il s'agissait d'une chose pouvant faire l'objet d'une appréhension et partant d'une appropriation frauduleuse caractéristique du vol¹⁴²². Constitue ainsi un vol d'« énergie » (électrique) le fait de rebrancher un câble électrique alimentant un immeuble contre la volonté du fournisseur¹⁴²³ ou de se raccorder au réseau à son insu¹⁴²⁴. Le même raisonnement a également été tenu par les juges s'agissant du vol de l'eau. Toujours sur le fondement de l'ancien article 379 du Code pénal, la Cour de cassation a considéré que l'eau était une chose appropriable susceptible d'une appropriation frauduleuse, laquelle était constituée par son détournement sans l'accord de la Compagnie générale des eaux, alors que celle-ci se l'était appropriée « au moment où [elle] l'avait recueillie dans les réservoirs ou les tuyaux établis par ses soins »¹⁴²⁵. Elle a également considéré que constituait un vol le fait de démonter un compteur d'eau de sorte que,

¹⁴¹⁸ Plus précisément, chaque électron recharge continuellement les atomes ayant perdu un électron sous l'effet du champ électrique, lesquels sont par nature neutres, les charges de protons et d'électrons gravitant autour de son noyau s'équilibrant naturellement.

¹⁴¹⁹ L'énergie que l'on détourne est l'énergie cinétique dont la formule $mv^2/2$ fait apparaître la masse.

¹⁴²⁰ P. CATALA, « La matière et l'énergie », art. cité, p. 563.

¹⁴²¹ V. également la très instructive analyse physico-juridique des liquides, des gaz et de l'électricité livrée par Garçon (E.-A. GARÇON, *Code pénal annoté, op. cit.*, art. 379, spéc. pp. 252 s.).

¹⁴²² Cass. crim., 3 août 1912, *D.* 1913, 1, p. 439. V. également, précédemment, Trib. Corr. Toulouse, 12 mai 1897, *DP* 1897, 2, p. 367 ; Nancy, 13 juillet 1904, *DP* 1904, 2, p. 471.

¹⁴²³ Cass. crim., 12 décembre 1984, n° 81-91.989, *Bull. crim.*, n° 403.

¹⁴²⁴ Montpellier, 22 janvier 1992, *Gaz. Pal.* 1996, 2, p. 482.

¹⁴²⁵ Cass. crim., 10 décembre 1887, *S.* 1888, 1, p. 38.

n'enregistrant plus la consommation réelle de celle-ci, l'usager s'était fait livrer une quantité d'eau dont il ne payait pas le prix¹⁴²⁶.

329. Le cas des ondes. On le voit, le droit a su inclure, quoiqu'en des termes parfois réducteurs, la chose du monde sensible dans le discours juridique. L'on peut ainsi expliquer, *a contrario*, pourquoi le droit refuse la qualification de chose appropriable à ce qui n'est pas une « chose » au sens physique du terme. Tel est le cas, notamment, des ondes hertziennes. D'aucuns rétorqueront d'emblée que, dans la mesure où les ondes relèvent du domaine public hertzien, elles sont des choses appropriées. Mais ce serait oublier que le domaine public hertzien est un domaine public légal *artificiel*, dont la consistance dépend de la seule volonté du Souverain. Ce serait surtout oublier que, de manière très prosaïque, ce domaine n'a été créé que dans l'objectif de permettre à l'État d'exiger des redevances pour l'utilisation des ondes¹⁴²⁷. En dépit de cette fiction, il y a tout lieu de tenir à l'écart du monde des choses les ondes hertziennes, ce que les juges ont parfaitement su faire.

D'un point de vue physique, les ondes hertziennes constituent un cas particulier d'ondes électromagnétiques qui se propagent par la perturbation du seul champ électromagnétique de laquelle elles naissent¹⁴²⁸. Aucun déplacement de matière ne s'opère à l'occasion d'une telle perturbation. Aussi comprend-on, d'un point de vue juridique cette fois-ci, que l'incrimination de vol ne puisse pas être retenue à l'endroit de la « soustraction » d'ondes hertziennes¹⁴²⁹. Car, à proprement parler, chaque équipement de télévision ou de radio reçoit, naturellement, des ondes hertziennes que l'appareil traduit en courant électrique. Dans le cas d'une chaîne payante par exemple, le cryptage est déjà contenu dans l'onde, le courant n'étant que la transcription sous une autre forme de ladite onde, l'utilisateur de la chaîne devant payer le décryptage de l'information contenue dans le courant pour accéder au service. C'est, traduit en termes physiques, ce qu'une cour d'appel a retenu, considérant que « la nature de l'onde hertzienne

¹⁴²⁶ Cass. crim., 11 octobre 1978, n° 78-90.087, *Bull. crim.*, n° 270. V. toutefois, pour une solution inverse, Cass. crim., 16 février 1899, *D.* 1899, 1, p. 201.

¹⁴²⁷ Sur ce point, v. N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, LexisNexis, coll. « Manuel », 4^{ème} éd., 2018, p. 92, n° 216.

¹⁴²⁸ À la différence des ondes acoustiques ou sonores qui opèrent compression et dilatation de l'air et dont la fréquence correspond à chacun de ces cycles, les ondes hertziennes n'ont pas besoin de milieu pour se propager, dépendant du seul champ électromagnétique, que l'on peut définir comme une entité physique composée d'un champ électrique et d'un champ magnétique.

¹⁴²⁹ Comp. R. SAVATIER, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », art. cité, p. 19, n° 23, se demandant si, lorsqu'un « poste récepteur les capte, ne sont-elles pas appropriées par le propriétaire ou l'usage de ce poste, qui use et dispose à sa commande des vibrations transmises à celui-ci ? ».

présente un caractère immatériel »¹⁴³⁰. Ainsi, antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 87-520 du 10 juillet 1987 venue réprimer la fabrication, l'usage et la promotion d'appareils destinés à capter frauduleusement les émissions d'une télévision à péage, les juges ont considéré qu'un tel branchement frauduleux ne pouvait être qualifié de vol, dans la mesure où le propriétaire du programme ne se trouvait pas dépossédé des ondes : à proprement parler, aucun détournement de matière n'avait eu lieu, sinon une utilisation induue d'un moyen de décryptage de l'information produite par le courant électrique, procédant de la réception d'ondes hertziennes par le récepteur et « ayant pour seul résultat de rendre plus intelligible la réception d'une émission brouillée »¹⁴³¹.

330. Jouissance de l'énergie. L'électricité et l'eau relèvent bien de la catégorie des choses. Données du monde sensibles, elles se prêtent parfaitement à la jouissance bien qu'elles ne tombent qu'imparfaitement sous les sens¹⁴³², formant sans aucun doute possible des objets de droits réels.

b. L'animal

331. Des personnes, des choses ... et des animaux ? Les animaux sont assurément des objets juridiques particuliers. Jusqu'en 2015, le Code civil se bornait à les envisager comme des choses meubles ou immeubles selon qu'ils étaient ou non attachés à un fonds. Et quoique la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 ait extrait les animaux de ces catégories pour ne plus que les soumettre à leur régime, la question de leur nature reste toujours irrésolue. Aussi convient-il de l'aborder et partant de savoir si les animaux sont, encore aujourd'hui, des choses susceptibles de constituer des objets de jouissance.

Entre les personnes et les choses, la frontière paraît suffisamment solide¹⁴³³. Reste cependant une difficulté de taille : dans quelle catégorie l'animal doit-il figurer ? N'est-il pas plus qu'une

¹⁴³⁰ CA Paris, 24 juin 1987, *D.* 1988, p. 226. Il en va de même des « communications téléphoniques », que la Cour de cassation a refusé de voir comme des choses susceptibles d'être soustraites au sens de l'ancien article 379 du Code pénal car n'étant que des « prestations de service non susceptibles d'appropriation » (Cass. crim., 12 décembre 1990, n° 88-81.215, *Bull. crim.*, n° 460).

¹⁴³¹ CA Paris, 24 juin 1987, préc.

¹⁴³² Comp. R. SAVATIER, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », art. cité, p. 13, n° 15 : « chaque microorganisme, chaque corpuscule atomique est, par nature, et à raison de son caractère infinitésimal, rebelle à une appropriation individuelle et durable. Il s'échappe [...]. C'est seulement par masses de corpuscules que la propriété atteint vraiment l'atome ».

¹⁴³³ Cf. supra n° 88 s.

simple chose ? Le cas échéant, doit-il être considéré comme une personne ? Il faut convenir qu'aucune de ces options n'est, de prime abord, parfaitement adéquate.

332. L'animal et la personne. Les revendications des défenseurs du monde animal sont nettes : les animaux ne sont pas des choses et nous, humains, sommes tributaires d'obligations à leur égard. Ne pas les faire inutilement souffrir, les protéger, assurer leurs besoins, garantir leur espace et pour certains d'entre eux les nourrir et les chérir. En somme, les respecter et les traiter comme de véritables sujets de droits. Comme le disait d'ailleurs Demogue, si les animaux ne sont pas des « sujets de disposition jouissance », ils seraient à tout le moins des « sujets de jouissance », donc des sujets bénéficiant de droits à respecter¹⁴³⁴. Cette « personnification » même sommaire de l'animal trouve aujourd'hui de nombreux soutiens qui, sans jusqu'à aller plaider pour la libération animale¹⁴³⁵, envisagent tout de même l'animal comme un légitime récipiendaire de la personnalité juridique¹⁴³⁶. On le sait, la personnalité juridique s'est depuis longtemps émancipée de l'humanité et même de la vie pour bénéficier notamment à des groupements ; l'idée de permettre aux animaux de revêtir ce « masque » serait aujourd'hui, selon certains, parfaitement défendable. Il est vrai, d'ailleurs, que l'animal reçoit en droit un traitement qui le rapproche beaucoup des hommes¹⁴³⁷. De nombreuses décisions reconnaissent en effet à l'animal une certaine part d'humanité et font de lui un « membre de la famille » comme un autre. Ainsi est-ce le cas lorsqu'un droit de visite et d'hébergement fut accordé à un époux, pendant la procédure de séparation, qui n'avait pas obtenu la jouissance de l'animal¹⁴³⁸. C'est encore le lien d'affection entre l'animal et l'un de ses maîtres qui a été pris en considération pour déterminer la personne de son futur gardien à l'issue de la séparation d'un couple¹⁴³⁹. C'est encore et surtout le lien d'affection porté par un maître à son animal qui a

¹⁴³⁴ R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit », *RTD Civ.* 1909, p. 611, spéc. p. 621.

¹⁴³⁵ Sur la théorie de la libération animale, v. not. T. REGAN, *The Case for Animal Rights*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1983 ; P. SINGER, *Animal Liberation. A New Ethics for Our Treatment of Animals*, Londres, Thorson, 2^{ème} éd., 1991.

¹⁴³⁶ V. not. J.-P. MARGUÉNAUD, « Une révolution théorique : l'extraction masquée des animaux de la catégorie des biens », *JCP G* n° 10-11, 9 mars 2015, doct. 305 et du même auteur, « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, p. 205 ; *L'animal en droit privé*, préf. C. Lombois, PUF, coll. « Publications de la faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Limoges », 1993, *passim*. V. également C. DAIGUEPERSE, « L'animal, sujet de droit, réalité de demain », *Gaz. Pal.* 1981, p. 160.

¹⁴³⁷ Sans parler également des cimetières pour animaux où les maîtres se pressent pour enterrer leurs compagnons. Notons cependant que l'enterrement des animaux en cimetière communal est interdit : TA Bordeaux, 22 novembre 1961, *D.* 1962, p. 159.

¹⁴³⁸ TGI Évreux, 23 juillet 1978, *D.* 1978, p. 75, obs. A. Bénabent.

¹⁴³⁹ CA Versailles, 13 janvier 2011, n° 10/00572. Dans le même sens, CA Bastia, 15 janvier 2014, n° 12/00848.

justifié l'allocation de dommages-intérêts moraux au premier en réparation du préjudice d'affection né du préjudice matériel subi par le second. Ainsi de la célèbre affaire du cheval Lunus¹⁴⁴⁰ ou d'une affaire dans laquelle le maître d'un chien mordu par un autre fut pareillement indemnisé de son préjudice d'affection¹⁴⁴¹. Plus récemment et plus largement, dans la continuité d'un jugement rendu par le tribunal correctionnel de Marseille reconnaissant que « les animaux ne sont pas de vulgaires objets »¹⁴⁴², la Cour de cassation a affirmé que l'animal domestique était un « être vivant, unique et irremplaçable, et un animal de compagnie destiné à recevoir l'affection de son maître, sans aucune vocation économique »¹⁴⁴³. On le voit, le sort de l'animal est fréquemment associé à celui de l'homme. Cela est par ailleurs particulièrement éloquent depuis l'adoption de la loi du 16 février 2015 qui a notamment inséré un nouvel article 515-14 en tête du Livre II du Code civil, en dehors des dispositions relatives à la distinction des biens et de celles relatives aux droits réels¹⁴⁴⁴. Cet article proclame que les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité, dans la continuité de ce que reconnaissait le législateur à l'article 9 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, lui qui enjoignait même leurs propriétaires à les placer dans des conditions compatibles avec les impératifs biologiques de leur espèce. Mais ce sont surtout d'autres articles qui donnent la mesure du changement opéré. Quand les animaux étaient qualifiés, en règle générale, de meubles par nature à l'article 528, ils ne le sont plus aujourd'hui. Quand ils étaient « censés » être immeubles lorsqu'ils étaient attachés à la culture des terres, ils ne sont plus que « soumis au régime des immeubles », voire à celui des meubles, à l'article 522. Quand ils étaient qualifiés d'immeubles par destination, ils sont seulement, dorénavant, soumis également au régime de telles choses à l'article 524. L'animal s'émancipe de la sphère des choses pour se rapprocher de celle des personnes¹⁴⁴⁵. Est-ce suffisant pour reconnaître à l'animal un début de personnalité juridique ? Cette option doit être fermement rejetée.

¹⁴⁴⁰ Cass. civ., 16 janvier 1962, *D.* 1962, p. 200, obs. R. Rodière.

¹⁴⁴¹ TGI Caen, 30 octobre 1962, *Gaz. Pal.* 1963, p. 118.

¹⁴⁴² T. corr. Marseille, 3 février 2014, n° 14/801.

¹⁴⁴³ Cass. 1^{ère} civ., 9 décembre 2015, n° 14-25.910, *Bull. civ.* I, n° 314.

¹⁴⁴⁴ L'on notera, en revanche, la déplorable numérotation de cet article qui suit le corpus d'articles clôturant le Livre I du Code civil et se poursuit en tête du Livre II. Ainsi, l'on passe du Pacte civil de solidarité dans un chapitre (C. civ., art. 515-1 s.), au concubinage dans un autre (C. civ., art. 515-8), aux mesures de protection des victimes de violences dans un titre (C. civ., art. 515-9), pour ensuite clore ce *corpus* en tête du Livre II avec les animaux (C. civ., art. 515-14). Critiquant plus largement l'introduction de cet article dans le Code civil, v. P. MALINVAUD, « L'animal va-t-il s'égarer dans le Code civil ? », *D.* 2015, p. 87 *sq.*

¹⁴⁴⁵ Comp. *BGB*, § 90a, considérant que si les animaux ne sont pas des choses, les prescriptions applicables aux choses leur sont en principe applicables par analogie.

La personnalité juridique a pour raison d'être l'octroi de prérogatives d'ordre personnel ou patrimonial à un individu ou un groupement (pour les prérogatives patrimoniales seulement) : fonder une famille, hériter, contracter¹⁴⁴⁶... Quel serait en effet le droit de l'animal de consommation ou du parasite que l'on s'emploie à éliminer¹⁴⁴⁷ ? Quels seraient les droits personnels ou patrimoniaux dont les animaux de laboratoire pourraient se prévaloir ? Quelle consistance aurait le patrimoine de ces bêtes ? L'engouement pour le sort de l'animal et tout l'amour qu'on peut leur porter ne doivent en effet pas masquer, comme le relève Monsieur Loiseau, qu'il n'y aurait aucun « réel progrès juridique à reconnaître à l'animal la qualité de sujet de droits »¹⁴⁴⁸. Sous le couvert de la lutte légitime pour le bien-être animal, l'on ne doit en effet oublier que ce n'est pas à l'animal qu'il faut accorder des droits, mais à l'homme qu'il faut imposer des devoirs¹⁴⁴⁹, quand bien même « il est plus facile de réclamer davantage de droits que de s'imposer des obligations »¹⁴⁵⁰. Plus largement, il semble même se dégager des décisions précitées une réalité bien plus profonde : l'on protège moins l'animal en lui-même, que « les émotions et les sentiments de son propriétaire », comme le soulignent justement Messieurs Seube et Revet, qui précisent que les animaux ne sont « peut-être pas protégés pour eux-mêmes » mais parce qu'ils concentrent « des intérêts, des valeurs, des sentiments, eux-mêmes dignes de protection »¹⁴⁵¹. C'est d'ailleurs en ce sens que doit être comprise la convention européenne pour la protection des animaux de compagnie du 13 novembre 1987, dont le préambule insiste sur « l'importance des animaux de compagnie en raison de leur contribution à la qualité de la vie et, partant, leur valeur pour la société ». Et ce qui vaut pour les animaux de compagnie doit valoir également pour les animaux sauvages qui pâtissent d'ailleurs de la refonte du Livre II du Code civil, lequel insiste désormais sur la relation intime

¹⁴⁴⁶ D'un point de vue philosophique et moral, l'on soulignera en outre que « la reconnaissance de la personne humaine comme seul sujet possible du droit subjectif, implique nécessairement le postulat de la responsabilité morale de l'homme et le principe de sa liberté », ce dont l'animal est dépourvu (G. MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », art. cité, p. 217).

¹⁴⁴⁷ V. not. R. LIBCHABER, « La souffrance et les droits. À propos d'un statut de l'animal », *D.* 2014, p. 380, spéc. n° 4, qui note que si l'on « conçoit assez bien l'existence d'une obligation morale de ne pas faire inutilement souffrir les animaux », il ne faudrait pas « en déduire qu'ils peuvent nous opposer un "droit à ne pas souffrir" dont on puisse rendre compte en termes juridiques ».

¹⁴⁴⁸ G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », *D.* 2006, p. 3015, spéc. n° 7.

¹⁴⁴⁹ En ce sens, v. F. CHÉNÉDÉ, « La personnification de l'animal : un débat inutile ? », *AJ Famille* 2012, p. 72 *sq.*

¹⁴⁵⁰ A.-M. SOHM-BOURGEOIS, « La personnification de l'animal : une tentation à repousser », *D.* 1990, p. 33 *sq.*

¹⁴⁵¹ J.-B. SEUBE et T. REVET, « L'animal protégé pour lui-même ou pour les sentiments qu'il fait naître ? », *Dr. et patr.* n° 259, juin 2016, p. 68, spéc. p. 69. Dans le même sens, v. R. LIBCHABER, « Perspectives sur la situation juridique de l'animal », *RTD Civ.* 2001, p. 239, spéc. p. 241. V. également R. NERSON, « La condition de l'animal au regard du droit », *D.* 1963, p. 1, spéc. p. 1 : « les lois sont faites pour les hommes vivant en société ; or, constatation digne de M. de La Palice, l'animal n'appartient pas à l'espèce humaine ; derrière les règles juridiques concernant les animaux, c'est donc l'homme qui apparaît ».

entre un maître et son compagnon¹⁴⁵². C'est ainsi que l'on se préoccupe moins des animaux sauvages pris en eux-mêmes, qu'en tant que « spécimens d'espèces dont la postérité est menacée ou préoccupante »¹⁴⁵³. L'animal ne peut donc, pour toutes ces raisons recevoir la qualité de personne juridique.

Si l'animal n'est pas une personne, il y a tout lieu, dans un premier réflexe, de le rattacher à la catégorie des choses. Mais est-ce bien une chose comme une autre susceptible de faire l'objet d'une jouissance ?

333. L'animal et les choses. En partant de la définition des choses que l'on a donnée¹⁴⁵⁴, il faut remarquer que l'animal n'est pas une chose comme une autre. S'il manque à l'animal ce supplément d'âme qui le retient, selon Descartes, dans le monde des machines et le distingue de l'homme¹⁴⁵⁵, s'il lui manque une intelligence et un instinct sympathique¹⁴⁵⁶ et même un appétit rationnel ainsi qu'une volonté qui ne se résume pas à l'instinct¹⁴⁵⁷, force est d'admettre que l'animal n'a rien de semblable, intrinsèquement, aux réalités inertes du monde sensible. Car l'animal est, comme l'homme¹⁴⁵⁸, un organisme vivant, qui se développe de manière autonome, vit en communauté, communique avec ses congénères, etc. Les animaux n'ont rien des choses ordinaires, ont un instinct, peut-être même des émotions pour les plus évolués d'entre eux. S'ils ne se représentent probablement pas leur propre finitude, ils partagent avec l'homme un caractère essentiel qui semble s'opposer à toute chosification *a priori* : la vie. Mais si l'animal ne semble pas être une chose et s'il n'est pas une personne, faudrait-il alors, comme

¹⁴⁵² S. DELRIEU, « L'animal domestique : un statut juridique en construction », *RLDC* n° 138, juin 2016, p. 47 *sq.*

¹⁴⁵³ R. LARRERE, « La protection de la nature et les animaux », *Revue Semestrielle de Droit Animalier* 2016, n° 1, p. 265.

¹⁴⁵⁴ Cf. *supra* n° 149.

¹⁴⁵⁵ R. DESCARTES, *L'Homme*, Paris, Charles Angot, 1664, *passim*. Sur la question, v. A. PICHOT, *Histoire de la notion de vie*, Gallimard, coll. « Tel », 1993, pp. 305 s.

¹⁴⁵⁶ A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, t. VI, Paris, 1842, 59^{ème} leçon, pp. 786 s.

¹⁴⁵⁷ L'on reproduira ici utilement les propos de Thiers, qui relevait que « le droit est le privilège des êtres moraux, des êtres pensants. Je serais presque tenté de dire, mais je ne l'oserais point, que le chien qui vous sert, qui vous aime, a le droit d'être bien traité, parce que cette bête aimante et dévouée se jette à vos pieds et les baise tendrement. Et pourtant je manquerais, en m'exprimant ainsi, à la parfaite justesse du langage. Si vous devez quelque chose à cette créature attachante, c'est parce que vous comprenez ce qu'il lui faut. Quant à elle, elle n'a droit à rien, parce qu'elle désire sans savoir. Ce mot de droit n'appartient qu'aux relations des êtres pensants entre eux » (A. THIERS, *De la propriété*, Paris, Paulin, Lheureux et C^{ie}, 1848, p. 20).

¹⁴⁵⁸ Aristote fut l'un des premiers à rapprocher l'homme de l'animal, sur le constat de l'existence de « fortes ressemblances » ou de « rapports d'analogie » (ARISTOTE, *Histoire des animaux*, trad. J. Barthélemy-Saint Hilaire, t. III, Paris, Hachette et C^{ie}, 1883, Livre VIII, Chapitre I, 588 b-595 a), sans pour autant les identifier à ce dernier, seul l'homme ayant l'intelligence qui le distingue des formes de vie animales ou végétales (ARISTOTE, *De l'âme*, trad. R. Bodéüs, GF Flammarion, 1993, spéc. 415 b 18, et 432 a 10).

certains le préconisent¹⁴⁵⁹, élargir la *summa divisio* des choses et des personnes aux animaux et leur réserver un statut à part ? Une réponse négative doit être apportée, car si l'animal n'est pas une chose inerte, il demeure traité comme tel par la représentation que l'on en a¹⁴⁶⁰, l'homme n'élevant pas cette vie à hauteur de la sienne mais la soumettant à son service. Comme l'exprime justement Monsieur Anciaux dans sa thèse, le fondement de l'attribution de la personnalité juridique repose sur un critère de dignité que l'homme dénie aux animaux¹⁴⁶¹. En la refusant à l'animal, serait-il un être vivant, il le maintient dans le monde des choses. Parce que l'homme a imposé sa domination sur l'espèce animale pour son activité (culture des champs et déplacements), sa survie (chasse et pêche), son loisir (zoos), la recherche (laboratoires), sa propre satisfaction (animaux de compagnie) ou comme « remède à la solitude »¹⁴⁶², il est parvenu à réifier l'animal, à le chosifier. L'homme a pu ramener l'animal à un service, a pu le résumer à une utilité et l'a, en cela, objectivé, en en faisant une chose susceptible de lui fournir une satisfaction¹⁴⁶³. Aussi peut-on dire que si l'animal n'est pas une chose ordinaire, il demeure tout de même soumis à l'empire de l'homme, étant susceptible d'appropriation et de jouissance. Le droit, quant à lui, ne fait que se saisir de cette représentation¹⁴⁶⁴. Dès lors faut-il comprendre que l'animal étant une chose, il demeurera au service de l'homme, sous quelque aspect que ce soit. Parce que l'animal n'est pas l'homme¹⁴⁶⁵ et parce que l'homme soumet à sa volonté ce qui n'est pas lui, l'on peut considérer que l'animal est bien une chose pour l'homme, qui se la représente comme une somme de services exploitables.

¹⁴⁵⁹ Sur ce point, faisant de l'animal le représentant d'une « catégorie juridique intermédiaire entre les personnes et les choses », objet d'un « centre d'intérêts », v. G. FARJAT, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche », *RTD Civ.* 2002, p. 221 *sq.* Comp. S. ANTOINE, « L'animal et le droit des biens », *D.* 2003, p. 2651 *sq.*, considérant que l'animal « ne peut être inclus dans les actuelles classifications du droit ». V. également, dans le même sens, P. REIGNÉ, « Les animaux et le Code civil », *JCP G* n° 9, 2 mars 2015, 242.

¹⁴⁶⁰ L'idée que la possession d'intérêts générerait des droits doit pareillement être combattue. Comme l'expriment deux auteurs, si une plante a besoin d'eau, elle n'en a pour autant pas le droit. Il en ira de même d'un moteur ayant besoin d'huile. Sur la question, v. R. G. FREY, *Interests and Rights. The Case against Animals*, Oxford, Clarendon Press, 1980 ; M. P. T. LEAHY, *Against Liberation. Putting Animals in Perspective*, Londres, Routledge, 1991.

¹⁴⁶¹ N. ANCIAUX, *Essai sur l'être en droit privé*, th. Paris II, 2018, p. 102, n° 77.

¹⁴⁶² R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, préf. F. Chabas, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 263, 1996, p. 26, n° 48.

¹⁴⁶³ Certes, l'esclave fut pendant longtemps traité comme une chose. Mais l'égalité de dignité de l'homme, pour reprendre le critère dégagé par Monsieur Anciaux, s'oppose aujourd'hui à ce qu'un homme soit valablement asservi par un autre (N. ANCIAUX, *Essai sur l'être en droit privé*, *op. cit.*, p. 47 s., n° 37 s.).

¹⁴⁶⁴ Comp. P.-J. DELAGE, « L'animal, la chose juridique et la chose pure », *D.* 2014, p. 1097 *sq.*, qui soutient que si l'animal doit rester une chose juridique, il importe de ne plus la traiter comme une chose pure.

¹⁴⁶⁵ Sur l'humanité, appréhendée comme l'ensemble des caractères singularisant l'espèce humaine par rapport aux autres espèces, v. M. CANTO-SPERBER (Dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, t. 1, PUF, coll. « Quadrige », 2004, v° « Animaux » par J.-Y. GOFFI et « Identité morale » par A. MONTEFIORE.

334. L'animal est une somme d'utilités appropriable. Puisque l'animal se présente pour l'homme comme une somme d'utilités, comme une chose, l'on comprend ainsi qu'il soit traité comme une chose objet de propriété, le droit ne faisant que recevoir cette réalité. Ainsi, les animaux se louent¹⁴⁶⁶, se prêtent¹⁴⁶⁷, se vendent « neufs » ou « d'occasion »¹⁴⁶⁸, peuvent être échangés¹⁴⁶⁹ et peuvent faire l'objet de sûretés comme un warrant agricole où certains viendront en remplacement d'autres¹⁴⁷⁰. Leur vente, pour les animaux d'élevage, sera même soumise à un régime de garantie des vices cachés comme s'agissant des choses¹⁴⁷¹. Quant aux animaux de compagnie, de garde ou de subsistance, leur insaisissabilité trahit leur nature de biens appropriés, devant rester auprès de leur maître¹⁴⁷². Les animaux sont, en outre et en conséquence, concernés par le régime de l'accession immobilière. Ainsi, si des pigeons, lapins ou poissons changent de colombier, garenne ou plan d'eau, ils appartiendront au propriétaire de ces derniers, faisant échec à la revendication intentée par le propriétaire des autres colombers, garennes ou plans d'eau dans lesquels ces animaux avaient précédemment élu domicile¹⁴⁷³. De même, en application de l'article 547 du Code civil, le croît des animaux (leur progéniture) appartiendra à leur propriétaire par voie d'accession. Les animaux sont enfin de véritables objets de propriété, ainsi que le prévoient les articles 521-1 et 521-2 du Code pénal relatifs aux sévices graves et actes de cruauté envers les animaux, quand bien même leur protection ne relève pas des dispositions particulières relatives aux atteintes aux biens¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁶⁶ C. civ., arts. 1800 s. pour le bail à cheptel.

¹⁴⁶⁷ C. civ., art. 1894 pour le prêt à usage d'animaux.

¹⁴⁶⁸ S. DESMOULIN-CANSELIER, « De la sensibilité à l'unicité : une nouvelle étape dans l'élaboration d'un statut *sui generis* pour l'animal ? », *D.* 2016, p. 360 *sq.*

¹⁴⁶⁹ C. conso., art. L. 211-9.

¹⁴⁷⁰ C. rur., art. L. 342-1 s. V. dernièrement Cass. 1^{ère} civ., 6 février 2019, n° 17-21.394, inédit. Sur la question, v. M. REDON, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Animal », 2020, *passim*.

¹⁴⁷¹ C. rur., arts. L. 213-1 s. et R. 213-1 s. V. en ce sens TI Muret, 23 mars 2018, n° 17-000046 ; Cass. 1^{ère} civ., 10 juillet 2014, n° 13-15.690, inédit. Rapp. Cass. 1^{ère} civ., 30 septembre 2010, n° 09-16.890, *Bull. civ.* I, n° 177, refusant le jeu de la garantie de conformité parce que le vendeur n'était pas un professionnel.

¹⁴⁷² CPCE, art. R. 112-2, 14° et 15°.

¹⁴⁷³ En revanche, les volailles et autres animaux de basse-cour qui s'enfuient dans les propriétés voisines ne cessent pas d'appartenir à leur propriétaire, à condition alors de les réclamer dans un délai d'un mois (C. rur., art. L. 211-4). La même règle vaut pour les essaims d'abeilles qui continueront d'appartenir au propriétaire, à condition toutefois qu'il n'ait cessé de le suivre, faute de quoi l'essaim appartiendra au propriétaire du terrain sur lequel il se sera ensuite fixé (C. rur., art. L. 211-9).

¹⁴⁷⁴ Reconnaissant d'ailleurs que les animaux peuvent être volés : Cass. crim., 13 mai 1992, n° 91-83.204, inédit.

Le même écho est également audible auprès des juridictions. N'étant en effet pas des personnes susceptibles de recevoir une donation ou un legs¹⁴⁷⁵, ils sont bel et bien considérés comme des choses appropriées également par les tribunaux et cours¹⁴⁷⁶. C'est ainsi qu'une cour d'appel a retenu que l'indivision successorale était redevable, à l'égard d'indivisaires qui avaient pris soin de l'animal du *de cuius*, de sommes couvrant les dépenses engagées pour le nourrir¹⁴⁷⁷. C'est ainsi également que la Cour de cassation a estimé qu'un animal de compagnie était un bien indivis des époux et que les frais vétérinaires de l'animal étaient des « dépenses de conservation » dont celui qui a la garde devait être indemnisé¹⁴⁷⁸. Quant au conflit pétitoire qui aurait pour objet un animal, il aurait tout lieu de se résoudre selon la règle classique posée par l'article 2276 du Code civil du moment que l'animal n'est pas assimilé à un immeuble par destination, ainsi qu'en a décidé une cour d'appel qui s'est fondée sur la possession exempte de vices d'un animal pour rejeter l'action en revendication intentée par son propriétaire qui estimait la possession du défendeur équivoque¹⁴⁷⁹. De même la Cour de cassation a-t-elle refusé de faire primer l'octroi de dommages-intérêts sur la restitution de l'animal, quand bien même celui-ci serait mieux traité chez son possesseur actuel¹⁴⁸⁰. Ainsi qu'on le voit, et même dans le Code civil, l'animal est bien traité comme une chose pouvant faire l'objet d'une appropriation, pour la simple raison que l'homme le considère comme tel. Le droit ne fait qu'entériner cette chosification, sans se représenter l'animal autrement que comme il est : une chose au service de l'homme.

335. L'animal au service de l'homme. L'animal apparaît sans conteste comme une chose particulière. Son apparente extraction de la catégorie des choses semble finalement bien superficielle¹⁴⁸¹. Cette extraction ne s'est même pas accommodée de la réalité du traitement des

¹⁴⁷⁵ C. civ., art. 902, *a contrario*. C'est aussi ce que soutint le tribunal civil de Saint-Étienne dans l'affaire du chien « Costaud », considérant que pour recevoir une libéralité, il faut avoir la personnalité juridique (Trib. Civ. Saint-Etienne, 8 juillet 1957, *D.* 1958, p. 143, obs. R. Nerson).

¹⁴⁷⁶ Sur la question successorale, v. E. BUAT-MÉNARD, « La place de l'animal dans la succession », *AJ Famille* 2012, p. 80 *sq.*

¹⁴⁷⁷ CA Paris, 27 mars 2003, *D.* 2003, p. 1268.

¹⁴⁷⁸ Cass. 1^{ère} civ., 13 décembre 2017, n° 16-27.830, inédit.

¹⁴⁷⁹ CA Riom, 24 septembre 2002, obs. H. Lécuyer, *Dr. famille* n° 38, avril 2003, p. 21.

¹⁴⁸⁰ Cass. 1^{ère} civ., 8 octobre 1980, *D.* 1981, p. 361.

¹⁴⁸¹ V. déjà M. CARTIER-FRÉNOIS, « Le statut juridique de l'animal à travers la jurisprudence récente », *Dr. rur.* n° 432, avril 2005, étude 7, spéc. n° 17. Elle est d'autant plus superficielle que les articles 521-1 et R. 655-1 du Code pénal, punissant le fait de donner volontairement la mort à un animal sans nécessité, ne s'appliquent pas aux courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée ou aux combats de coqs dans les localités où une tradition ininterrompue peut pareillement être établie. V. cependant Cass. crim., 5 mars 2019,

animaux par les autres textes et par les juridictions, qui continuent soit de les soumettre au régime des choses, soit de les traiter comme de telles choses. Si le droit objectif protège les animaux¹⁴⁸² tout comme il protège d'autres choses en édictant leur extracommercialité ou en soumettant leur propriétaires à des impératifs qui excèdent leur volonté, leur interdisant de leur infliger toute souffrance inutile, il n'interdit pas d'en disposer matériellement, en particulier pour l'alimentation. L'« élan compassionnel » que l'on manifeste à son animal¹⁴⁸³ et qui justifiait dans l'esprit du législateur une modification du Code civil, vient ainsi buter sur des considérations bien plus prosaïques : l'animal demeure une somme d'utilités pour l'homme et doit à ce titre être considéré comme un chose susceptible d'appropriation. Aussi n'est-il pas certain que « l'animal-utilité » ait « cédé la place à l'animal-agrément »¹⁴⁸⁴ : même l'agrément est une utilité. En outre et comme le dit d'ailleurs Monsieur Loiseau, « l'affection qu'ils suscitent ne peut faire oublier que, dans notre société, les animaux ont, au moins pour une partie d'entre eux, une fonction économique »¹⁴⁸⁵. Le Code civil devient partant le témoin d'une ambivalence inavouée, cultivée au nom d'un compromis qui tait ses ambitions : celle de contenter tout le monde.

2. Les choses non reconnues

336. Des objets à identifier. Si la qualité de chose doit être reconnue à certains objets susceptibles, par leur nature, d'être soumis à un pouvoir matériel de jouissance, il n'en va pas de même pour d'autres qui échappent à toute classification et à toute emprise physique, sans pour autant être des personnes ou des droits¹⁴⁸⁶. Tel est le cas des universalités de fait **(a)** et de la monnaie **(b)**.

n° 18-84.554, inédit, la Cour de cassation considérant que le principe d'égalité n'imposait pas d'étendre ces dispositions à d'autres cas.

¹⁴⁸² Comp. R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, *op. cit.*, p. 30, n° 54, qui relève que l'on ne protège l'animal « dans la même mesure que l'on protège une œuvre d'art ou une forêt séculaire, c'est-à-dire en fonction d'un intérêt *humain* à la conservation de tels objets et non pas de la chose en elle-même ».

¹⁴⁸³ F. MARCHADIER, « La protection du bien-être de l'animal par l'Union européenne », *RTD Eur.* 2018, p. 251, spéc. p. 252.

¹⁴⁸⁴ P. HILT, « L'animal de compagnie lors de la séparation du couple », *AJ Famille* 2012, p. 74 *sq.*

¹⁴⁸⁵ G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », art. cité, n° 8.

¹⁴⁸⁶ Sur la question des créations intellectuelles, cf. *infra* n° 512.

a. Les universalités de fait

337. Critique de la chosification des universalités de fait. Par-delà chaque chose singulière et pour assurer l'unité d'un ensemble de choses ou de droits identiques (comme un troupeau ou un portefeuille) ou disparates (comme un fonds de commerce), l'on recourt au concept d'universalité de fait. Parce que l'ensemble, agrégation d'éléments d'actifs¹⁴⁸⁷, est affecté à un but commun¹⁴⁸⁸, la doctrine envisage fréquemment l'universalité de fait comme une chose incorporelle distincte des choses corporelles et des droits qu'elle unit. Subsumant l'individualité de chacun d'eux, l'universalité de fait se présenterait comme une chose nouvelle, incorporelle, objet d'un droit de propriété¹⁴⁸⁹. Il n'est toutefois pas certain, à l'examen, que l'universalité de fait puisse être qualifiée de chose incorporelle appropriable.

Si la doctrine a, dans son ensemble, érigé en chose incorporelle chaque universalité de fait, l'on ne saurait oublier que les éléments qui composent cette « chose » demeurent parfaitement autonomes. Au vrai, il est contestable d'ériger en chose autonome et nouvelle une simple collection de droits affectés à la réalisation d'une destination commune¹⁴⁹⁰. Aussi convient-il pour s'en convaincre de réexaminer les arguments qui ont précisément été invoqués pour justifier la thèse inverse, en s'appuyant principalement sur le régime du fonds de commerce, de longue date envisagée comme le prototype de l'universalité de fait¹⁴⁹¹.

338. Composition. C'est en premier lieu la considération comme une chose singulière de l'universalité de fait en général et du fonds de commerce en particulier qui pose question. Si l'on conçoit que chaque livre d'une bibliothèque soit compris dans l'universalité de fait que constitue *la bibliothèque* ou si l'on conçoit que chaque tête de bétail soit comprise dans l'universalité de fait que compose *le troupeau*¹⁴⁹², l'on ne peut tenir le même raisonnement à propos du fonds de commerce. D'abord, le fonds de commerce se compose aussi bien de choses

¹⁴⁸⁷ *Contra*. VALÉRY, « Maison de commerce et fonds de commerce », *Annales de droit commercial* 1902, p. 208 *sq.*, envisageant le fonds de commerce comme une universalité de droit, composé d'un actif et d'un passif, et doté de la personnalité morale. Comp. R. SALEILLES, « Étude sur l'histoire des sociétés en commandites », *Annales de droit commercial* 1897, p. 29 *sq.*, envisageant l'universalité de fait comme un patrimoine d'affectation distinct du patrimoine propre du commerçant.

¹⁴⁸⁸ W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, p. 777, n° 421-1 ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 196.

¹⁴⁸⁹ R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. Bordeaux, 1931, spéc. p. 326.

¹⁴⁹⁰ En ce sens, C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. IX : *Traité de la distinction des biens*, t. I, *op. cit.*, pp. 30-31, n° 65 ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. II, 5^{ème} éd. par G. RAU, C. FALCIMAIGNE et M. GAULT, Paris, Marchal et Billard, 1897, p. 4, § 162.

¹⁴⁹¹ Cass. req., 13 mars 1888, *DP* 1888, 1, p. 351 ; Cass. civ., 31 octobre 1906, *DP* 1906, 1, p. 528.

¹⁴⁹² À proprement parler, c'est le droit qui porte dessus qui y figurera.

que de droits et même, en vérité, uniquement de droits (les droits réels ayant pour objet les choses). Or, un droit ne saurait devenir une chose par le seul fait qu'il se trouverait agrégé dans la masse protéiforme que constitue le fonds de commerce, dont l'agrégation ne se justifie que par la destination à laquelle cette collection se trouve affectée. Ainsi qu'on l'a relevé, la chose saisie par le droit réel en général et par la propriété en particulier est une réalité concrète et non une vue de l'esprit. De plus, la jouissance que recherche le commerçant est moins une jouissance matérielle d'une utilité de son fonds, qu'une jouissance économique de sa clientèle.

En outre, l'immeuble qui accueille un tel fonds ne fait pas lui-même partie du fonds¹⁴⁹³ quand bien même le commerçant serait propriétaire des locaux, de même que le matériel affecté à l'exploitation¹⁴⁹⁴. Cela a pourtant de quoi surprendre¹⁴⁹⁵, car si l'immobilisation par destination paralyse l'entrée dans le fonds de commerce de certains biens, pourquoi la limiter au seul matériel ? Tous les droits ainsi liés à l'immeuble, dans l'hypothèse où le commerçant serait propriétaire des lieux, devraient logiquement être immeubles par destination et échapper à la composition du fonds de commerce : nom, enseigne, marchandises, etc. Autrement dit, si la technique du fonds de commerce apparaît comme un palliatif à l'absence d'immeuble, cette technique ne saurait contrevenir à la technique de l'immobilisation par destination lorsque le commerçant est propriétaire des locaux¹⁴⁹⁶.

339. Cas de la clientèle¹⁴⁹⁷. Plus encore, il est contestable d'ériger la clientèle en élément central du fonds de commerce et sans laquelle le fonds ne saurait exister¹⁴⁹⁸. Comme l'écrit justement Monsieur Dross, « la clientèle ne peut exister qu'à condition que les autres éléments du fonds permettent de l'attirer : or le principal ne saurait avoir besoin de l'accessoire pour exister », ajoutant que la clientèle n'est que « le but vers lequel tend la réunion des autres biens »¹⁴⁹⁹. L'attraction d'une clientèle suppose en effet l'existence de moyens déjà prêts à l'exploiter. C'est ainsi que la Cour de cassation a considéré que l'autorisation préfectorale de

¹⁴⁹³ Cass. civ., 21 juillet 1937, *S.* 1938, 1, p. 337.

¹⁴⁹⁴ Dans cette hypothèse, le matériel étant devenu immeuble par destination, il suivra le régime de l'immeuble. V. Cass. com., 31 mars 2009, n° 08-14.180, *Bull. civ.* IV, n° 47.

¹⁴⁹⁵ En ce sens, v. S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. Nerson, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 145, 1976, pp. 76-77, n° 85.

¹⁴⁹⁶ V. not. W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 773, n° 419, qui relève que « l'unification opérée par la notion de fonds de commerce entre en concurrence avec celle résultant de l'immobilisation par destination ».

¹⁴⁹⁷ Sur la clientèle, cf. infra n° 534 s.

¹⁴⁹⁸ Cass. req., 15 février 1937, *DP* 1938, 1, p. 13 ; Cass. ass. plén., 24 avril 1970, n° 68-10.914, *Bull. Ass. plén.*, n° 3.

¹⁴⁹⁹ W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 777, n° 421.

création d'une officine de pharmacie ne suffisait pas à considérer la clientèle constituée, faute pour l'établissement d'avoir ouvert ses portes et d'être en mesure d'accueillir des clients¹⁵⁰⁰. L'on ne saurait alors concevoir un fonds de commerce déjà constitué par une clientèle flottante si aucun élément ne l'attire préalablement à chercher les services d'un commerçant en particulier.

340. Régime. C'est ensuite le régime du fonds de commerce qui pose à son tour problème. Si l'on justifie la possibilité pour le fonds de faire l'objet d'opérations *in globo* par l'idée que tous les éléments qui le composent sont affectés à une destination commune, force est de constater que cette possibilité n'est qu'à moitié vraie. La vente du fonds de commerce, qui est pourtant appréhendé comme une chose singulière, peut très bien exclure certains éléments qui le composent. C'est ainsi que la cession du fonds de commerce est valable alors même que seule la clientèle est cédée¹⁵⁰¹. À l'inverse, des éléments composant le fonds de commerce sont automatiquement exclus de sa cession : ainsi des créances du vendeur sauf clause particulière¹⁵⁰² ou de ses dettes¹⁵⁰³. Par ailleurs, certains biens composant le fonds de commerce obéissent à un régime particulier : la cession ou le nantissement de marques ou de droits de propriété industrielle compris dans le fonds de commerce ne dispense pas les parties des formalités imposées par les articles L. 613-8 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. De même, le nantissement du fonds de commerce ne frappe pas les marchandises qui en font partie, ni même les immeubles ainsi que le mobilier et matériel devenus immeubles par destination¹⁵⁰⁴. Enfin, le privilège du vendeur s'exerce distinctement sur les prix respectifs de la revente des marchandises, matériels et éléments incorporels du fonds¹⁵⁰⁵. Somme toute, et ainsi que l'écrit Monsieur Gijsbers, « derrière l'unité affichée de l'ensemble ressurgit en effet constamment une prise en compte individuelle des différentes composantes, ce qui en complique singulièrement le fonctionnement »¹⁵⁰⁶.

¹⁵⁰⁰ Cass. 1^{ère} civ., 4 décembre 2013, n° 12-28.076, *Bull. civ. I*, n° 238.

¹⁵⁰¹ Cass. com., 10 juin 1986, n° 84-17.711, *Bull. civ. IV*, n° 121.

¹⁵⁰² Cass. com., 4 mars 2008, n° 07-11.642, inédit.

¹⁵⁰³ Cass. 3^{ème} civ., 7 décembre 2005, n° 04-12.931, *Bull. civ. III*, n° 244.

¹⁵⁰⁴ C. com., art. L. 142-2, al. 1.

¹⁵⁰⁵ C. com., art. L. 141-5, al. 4.

¹⁵⁰⁶ C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, coll. « Recherches Juridiques », t. 35, 2016, p. 578, n° 576.

341. Nature. À la vue de ces éléments, il ne paraît pas cohérent de considérer le fonds de commerce comme une chose objet de propriété. *A fortiori*, cette considération doit valoir pour toute universalité de fait¹⁵⁰⁷. Quoique d'aucuns y voient une chose incorporelle (même lorsque l'universalité de fait se trouve être une collection de droits portant sur des choses corporelles), c'est dans le seul dessein de justifier, de leur aveu, l'existence de mesures « [facilitant] la constitution de garanties »¹⁵⁰⁸. Mais dès lors que la constitution de garanties ou même la cession d'une universalité (et plus encore d'un fonds de commerce) ne saurait faire fi de l'individualité de chaque élément qui le compose, l'on ne saurait en toute rigueur en faire un « bien unique »¹⁵⁰⁹.

Il semble que l'on puisse justifier le traitement global de l'universalité de fait, bien qu'imparfait, sans au préalable en faire une chose. C'est parce que chaque élément composant l'universalité de fait est affecté à un but que l'ensemble sera traité *comme* s'il était autonome. C'est par commodité, en somme, que l'on envisage par exemple le fonds de commerce comme un tout, comme une chose, pour faciliter la continuité de l'activité commerciale, en dispensant le commerçant de formalités qu'il aurait eu à accomplir s'il avait engagé chaque bien séparément. Mais cette commodité ne saurait masquer que seule l'affectation des éléments constitue le « ciment qui agrège les biens » autour de « cette communauté de destination »¹⁵¹⁰. Si donc le fonds de commerce est susceptible de faire l'objet d'opération *in globo*, ce n'est pas parce qu'il s'agit d'une chose (qui de toute évidence ne se prête pas à une jouissance matérielle), mais plutôt parce que chaque élément qui le compose, est affecté à la réalisation d'un but : la poursuite d'une activité commerciale.

b. La monnaie

342. Janus juridique. La monnaie est assurément un « objet » des plus mystérieux. Comme le disait le Doyen Carbonnier, « c'est l'infiniment abstrait, le nombre innommé, impalpable, en circulation, courant, fuyant comme un ruisseau d'avril »¹⁵¹¹. À la fois institution de droit public

¹⁵⁰⁷ Rapp. M. XIFARAS, *La propriété – Étude de philosophie du droit*, PUF, coll. « Fondements de la politique », Série Essais, 2004, p. 210 : « le caractère fictionnel de l'universalité porte sa détermination métaphysique substantielle : que son contenu soit tangible ou intangible, l'enveloppe est nécessairement et par définition d'étoffe idéelle ».

¹⁵⁰⁸ E. MEILLER, « L'universalité de fait », *RTD Civ.* 2012, p. 651, spéc. n° 7.

¹⁵⁰⁹ *Ibid.*, n° 28.

¹⁵¹⁰ C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, *op. cit.*, p. 568, n° 563.

¹⁵¹¹ J. CARBONNIER, « Approches générales », in *APD*, t. 42 : *L'argent et le droit*, Sirey, 1998, p. 7, spéc. p. 8.

et pure richesse patrimoniale¹⁵¹², à la fois unité de valeur et instrument de paiement¹⁵¹³, la monnaie est, par sa nature même, un objet de curiosité juridique. D'aucuns y voient une abstraction ; d'autres une réalité bien concrète¹⁵¹⁴. Certains y voient une chose corporelle appropriée à raison de l'instrument qui la matérialise¹⁵¹⁵ ; d'autres une simple créance, particulièrement lorsqu'elle est scripturale¹⁵¹⁶. À l'évidence, l'intérêt que l'on porte à cet objet se justifie pleinement. Celui-ci apparaît comme la manifestation la plus évidente et transparente de la richesse, se transmet, se garde et remplace les choses perdues comme les sentiments blessés. Il est le crédit lui-même tout comme il peut être son support lorsqu'il est grevé d'une sûreté. Il exprime, en somme, la valeur des choses¹⁵¹⁷. La monnaie semble être le bien idéal, celui dans lequel toutes les choses trouvent un convertisseur universel et qui peut être « échangé » contre à peu près tout. Devant cette multitude de manières de concevoir la monnaie, plusieurs questions se posent : est-elle une chose ? Peut-elle se prêter à la jouissance et partant faire l'objet d'un droit réel ? Est-elle appropriable ?

343. Approches notionnelle et fonctionnelle de la monnaie. À s'en tenir à une approche strictement notionnelle de la monnaie, à une approche purement intellectuelle de celle-ci, une réponse négative doit dans un premier temps être donnée. La monnaie est, par son essence même, une abstraction, un « artefact » créé par l'homme¹⁵¹⁸, l'équivalent d'une « unité idéale »¹⁵¹⁹. Ainsi que l'exprime Monsieur Martin, « comme le mètre, le litre, l'heure ou le kilogramme, la monnaie participe de l'universelle nécessité du mesurage. Sa réalité notionnelle procède ainsi du sens des grandeurs, dont elle constitue un repère pour la raison »¹⁵²⁰. Il s'agit

¹⁵¹² J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II : *Les biens*, PUF, coll. « Quadrige », 2004, p. 1527, n° 671.

¹⁵¹³ R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préf. P. Mayer, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 225, 1992, p. 25 s., n° 25 s.

¹⁵¹⁴ Sur cette dualité, v. B. OPPETIT, « L'ambivalence de l'argent », in *APD*, t. 42, *op. cit.*, p. 19, spéc. p. 19.

¹⁵¹⁵ J. HAMEL, « Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie », in *Mélanges juridiques dédiés à M. le Professeur Sugiyama*, Iwanami, Kanda, Tokio, 1940, p. 83, spéc. p. 88. Dans le même sens, J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *Les biens*, *op. cit.*, p. 1571, n° 696. V. également Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF, coll. « Thémis », 2006, p. 151, n° 98.

¹⁵¹⁶ J.-L. RIVES-LANGE, « La monnaie scripturale (contribution à une étude juridique) », in *Études de droit commercial à la mémoire de Henri Cabrillac*, Litec, 1968, p. 405, spéc. p. 407, n° 2. Comp. F. GRUA, « Qu'est-ce qu'un compte en banque ? », *D.* 1999, p. 255, spéc. n° 11-13, pour qui le solde bancaire n'est pas qu'une créance, mais aussi le droit du client de disposer des espèces du banquier.

¹⁵¹⁷ W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, *op. cit.*, p. 40, n° 26.

¹⁵¹⁸ J. CLAM, « Monnaie et circulation. Contribution à une analyse structurelle du médium monétaire », in *APD*, t. 42, *op. cit.*, p. 153, spéc. pp. 154-155.

¹⁵¹⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *Les biens*, *op. cit.*, p. 1533, n° 676.

¹⁵²⁰ D. R. MARTIN, « De la monnaie », in *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica, 1995, p. 333, spéc. pp. 333-334.

d'une unité de valeur traduisant un état de richesse et permettant de se libérer de ses dettes. Étalon du domaine de l'avoir, la monnaie ne saurait se résumer à une chose appropriable dotée de la moindre utilité, sinon à une pure abstraction.

Si l'on adopte maintenant une approche plus fonctionnelle de la monnaie, plus concrète, il n'est guère certain qu'une autre réponse puisse être donnée¹⁵²¹. Certes, sitôt que l'on envisage la monnaie à travers les instruments monétaires dans lesquels elle se concrétise, il apparaît dans un premier temps qu'elle revêt les habits du bien. L'on se sent propriétaire, intuitivement, de la monnaie fiduciaire, palpable, avec laquelle on achète telle chose du quotidien, d'autant plus que dans ce cas, le moyen de paiement intègre, littéralement, l'unité idéale qu'est la monnaie. L'on se sent propriétaire, pareillement, de la monnaie scripturale inscrite sur son compte, que l'on retire au guichet d'une banque ou avec laquelle on paie ses factures : on se sent riche du solde positif inscrit au compte¹⁵²². Ces sommes d'argent, que l'on touche ou dont on use, forment la richesse patrimoniale par excellence, celle immédiatement mesurable. L'on se libère avec elle, si l'on ne décide pas de la capitaliser, en compte ou sous un matelas.

Une certaine gêne se fait néanmoins sentir. Objectivement, la monnaie n'est rien. C'est subjectivement qu'elle est tout, par la confiance (*fides*) que l'on a en son pouvoir libérateur. La monnaie n'est que la traduction d'un état de richesse, qui lui-même se résume, somme toute, à une faculté de s'endetter. La monnaie n'est pas un « étant » qui existerait comme une réalité sensible ou même suprasensible, n'est pas une chose offrant des utilités matérielles à une personne. La monnaie est une figuration, le mot donné à cette faculté générale de régler des dettes, qu'elle soit légale (Euro, Dollar...) ou non (cryptomonnaies)¹⁵²³. Aussi s'agit-il désormais de confronter cette idée aux deux formes principales que la monnaie peut revêtir : une forme fiduciaire et une forme scripturale¹⁵²⁴.

¹⁵²¹ En ce sens, v. R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, *op. cit.*, pp. 139-140, n° 173-176, qui souligne également que « la question de la propriété des moyens de paiement fiduciaires ne doit pas être prise au pied de la lettre. À l'évidence, la monnaie entre bien mal dans les cadres étroits du droit des biens, et il n'est guère concevable que la notion de propriété y ait le sens très absolu qui ressort de l'article 544 du Code civil ».

¹⁵²² Sur cet aspect psychologique, v. A. TOUZAIN, *La consignation*, th. Paris II, 2018, pp. 256-257, n° 592.

¹⁵²³ *Contra*. Autorité des marchés financiers, « Analyse sur la qualification juridique des produits dérivés sur crypto-monnaies », actualité du 22 février 2018 : « les crypto-monnaies ne semblent pas pouvoir être considérées comme une monnaie légale, une devise, une monnaie électronique ou même un instrument financier. À défaut de pouvoir les faire rentrer dans les classification bancaires ou financières existantes, il est tout au plus possible d'y voir un bien meuble immatériel sur la base d'une analyse civiliste ».

¹⁵²⁴ Si la monnaie électronique est une forme assurément originale de monnaie, elle demeure traitée comme une monnaie scripturale (CMF, art. L. 315-1, définissant la monnaie électronique comme « une valeur monétaire qui est stockée sous une forme électronique [...], représentant une créance sur l'émetteur, qui est émise contre la remise de fonds ». Comp. toutefois D. R. MARTIN, « Aspects de la monnaie électronique », *D.* 2013, p. 2117, spéc. n° 11 s., contestant que la monnaie électronique soit une véritable monnaie.

344. La monnaie fiduciaire. Il faut en premier lieu commencer par questionner l'apparente propriété des instruments fiduciaires. Si l'on peut intuitivement concevoir une propriété des instruments fiduciaires dans lesquels la monnaie s'incarne, parce qu'on les touche et en use sans médiation pour se libérer d'une dette, cette intuition – qui relève du présupposé¹⁵²⁵ – doit être réformée. La monnaie n'est pas une chose, pas plus qu'elle ne le devient lorsqu'elle s'incarne dans un moyen de paiement qui, lui, est une chose corporelle. Aussi convient-il de bien distinguer la monnaie en tant qu'abstraction dont la seule utilité est juridique (le paiement), du support dans lequel elle s'incarne et qui peut avoir quelque autre utilité¹⁵²⁶.

La monnaie n'est d'abord pas une chose dotée de la moindre utilité ou d'une quelconque valeur intrinsèque. L'on ne recherche pas la monnaie pour ce qu'elle offre comme utilités matérielles (à proprement parler, cela est d'ailleurs inconcevable, la monnaie étant une abstraction), sinon pour ce qu'elle permet d'accomplir : un paiement. La monnaie n'est pas une chose que l'on échange pour acquérir d'autres biens. Elle est le moyen par lequel on accède à des biens et services, sans se résumer elle-même à son support. Le paiement ne saurait ainsi être analysé en un transfert de propriété, mais en un mode d'extinction des dettes car, si ce n'est le cas de la dation, « on ne paye pas avec un droit de propriété »¹⁵²⁷.

La chose tangible dans laquelle la monnaie s'incarne, le billet ou la pièce, n'est pas plus une chose appropriée par son utilisateur. La monnaie fiduciaire n'est en premier lieu pas une chose ordinaire, puisque le Souverain garantit que la richesse incorporée ne s'y résume pas. Outre le fait que le support n'est pas intrinsèquement doté de la valeur qu'il représente, l'altération de celui-ci ou sa destruction n'atteint pas la monnaie, qui continue d'exister en dépit des vicissitudes affectant l'*instrumentum*. Si l'on devait admettre la propriété, par les utilisateurs, des pièces et billets, l'on ne saurait expliquer la survie de la monnaie par-delà la disparition de son support. Pire, toute destruction ou altération de monnaie fiduciaire entraînerait systématiquement une diminution de la masse monétaire, ce qui est invraisemblable. La propriété de la monnaie fiduciaire est en second lieu également contestable en ce que l'existence de la monnaie est nécessairement tributaire d'une autorisation du Souverain (sauf le cas des

¹⁵²⁵ D'aucuns érigent pourtant cette intuition en postulat. Ainsi de Monsieur Dross qui demande que l'on parte du « postulat que l'argent est une chose incorporelle fongible et juridiquement consommable » (W. DROSS, obs. sous Cass. com., 22 mai 2013, n° 11-23.961, *RTD Civ.* 2013, p. 649 *sq.*), ou de Monsieur François qui fait de la monnaie une chose appropriable au titre d'une « hypothèse de travail » (J. FRANÇOIS, « Retour sur la revendication des sommes d'argent », *D.* 2012, p. 1493, spéc. n° 1).

¹⁵²⁶ Comme faire des origamis avec ses billets ou fondre ses pièces pour en faire des médailles.

¹⁵²⁷ F. GRUA, « Qu'est-ce qu'un compte en banque ? », art. cité, p. 255, n° 9.

cryptomonnaies) : par le cours légal, ce dernier exerce une emprise sur la monnaie et les instruments monétaires, pouvant décider de dissocier le titre de l'unité en privant tel instrument de cours légal. Aussi est-il plus logique de considérer, comme le suggérait justement Monsieur Libchaber, que le billet ou la pièce est simplement « mis à disposition des utilisateurs par l'État, et non pas approprié par ceux-ci »¹⁵²⁸. Il n'y a là aucun obstacle à considérer que la pièce et le billet soient des choses créées par le Souverain, offerts à la disposition des utilisateurs et sur lesquels il conserve une sorte de propriété éminente. La masse fiduciaire globale serait ainsi une enveloppe dont tout le monde use, au gré de sa puissance de paiement. Aucune aliénation de monnaie fiduciaire n'aurait alors jamais lieu ; tout au plus y a-t-il seulement « transfert » d'une quantité de monnaie d'un utilisateur à un autre, l'un payant une dette, l'autre recevant un paiement, la masse monétaire globale restant intacte : le « transfert » d'instruments n'est que le témoin de l'amointrissement, pour l'un, de la faculté de payer ses dettes, et l'accroissement, pour l'autre, de cette même faculté¹⁵²⁹.

Le billet ou la pièce symbolise par conséquent simplement le pouvoir de son porteur de se libérer de ses dettes, est à proprement parler un véhicule permettant de concrétiser la monnaie et n'est jamais plus qu'une « présentation » de celle-ci¹⁵³⁰ que le Souverain offre, met à disposition à qui a la richesse suffisante pour se trouver ainsi matérialisée. Dès lors ne doit-on considérer, prétexte pris de la matérialité de la chose incarnant la monnaie, que cette dernière est également matérielle et susceptible d'appropriation. En somme, la monnaie n'est qu'un signe, elle n'est l'équivalent de rien car, comme le dit Grua, « il faut qu'elle soit rien (*sic.*) pour être tout, contrairement aux autres choses, qui parviennent à être quelque chose en étant juste ce qu'elles sont »¹⁵³¹.

345. Nature de la monnaie scripturale. Contrairement à la monnaie fiduciaire qui s'incarne dans une substance tangible, la monnaie scripturale n'existe que par le truchement de lignes d'écritures figurant sur un compte en banque. Elle n'« existe » que par cela et ne s'incarne pas dans un moyen de paiement qui l'incorporerait, à la différence de la monnaie fiduciaire¹⁵³². Pas plus d'ailleurs ne se trouve-t-elle soutenue par une monnaie fiduciaire en quantité égale et qui

¹⁵²⁸ R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, op. cit., p. 143, n° 178.

¹⁵²⁹ Il en ira de même des libéralités et en particulier du don manuel de sommes d'argent.

¹⁵³⁰ R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, op. cit., p. 101, n° 126.

¹⁵³¹ F. GRUA, « Le dépôt de monnaie en banque », *D.* 1998, p. 259, spéc. n° 6.

¹⁵³² Sur cette distinction, v. T. BONNEAU, *Droit bancaire*, LGDJ, coll. « Domat droit privé », 11^{ème} éd., 2015, p. 429, n° 573.

servirait de « convertisseur » : la monnaie fiduciaire ne représente en effet qu'une part négligeable de la masse monétaire en circulation en France comme dans la zone Euro¹⁵³³. En somme, la monnaie scripturale est une pure création. Serait-ce alors à dire que la monnaie scripturale n'est pas de la « vraie » monnaie ou qu'elle doit, à tout le moins, revêtir une nature différente de la monnaie fiduciaire ? C'est là l'opinion d'une partie de la doctrine¹⁵³⁴. L'on peut cependant se montrer sceptique devant une telle analyse et douter qu'il existe une différence de nature entre monnaie fiduciaire et monnaie scripturale, que cette dernière soit prise objectivement ou subjectivement.

Objectivement, la monnaie scripturale est tout autant une monnaie que la monnaie fiduciaire. Elle exprime le pouvoir d'une personne de s'endetter, sa faculté indifférenciée de se libérer. Les sommes inscrites sur un compte ont une valeur rigoureusement identique aux espèces fiduciaires : elles servent la même finalité qu'est le paiement. La monnaie, quelle que soit la manière dont elle prend « forme dans le monde sensible », reste en effet « toujours identique à elle-même »¹⁵³⁵. Peu importe le *medium* par lequel elle existe, elle excède les supports fiduciaires qui peuvent l'incarner ou les représentations scripturales dont elle peut faire l'objet.

Subjectivement, la monnaie scripturale, prise à travers les instruments qui la concrétisent, est encore une monnaie tout autant « réelle » que la monnaie fiduciaire prise à travers les instruments qui l'incarnent. Comme l'écrit Monsieur Touzain, « la monnaie est avant tout une création sociale [...]. L'essentiel est que l'objet qui sera nové en monnaie soit considéré par toutes les personnes d'un marché donné comme étant liquide, donc accepté par tous dans l'échange »¹⁵³⁶. Peu importe la manière dont la monnaie se matérialise (que ce soit à travers des pièces, des billets ou des lignes de compte), seule importe son acceptation par la communauté, qui tient tel ou tel instrument pour « liquide », et qui a confiance dans son pouvoir libératoire¹⁵³⁷. La croyance de la communauté dans le pouvoir libératoire d'un instrument suffit donc à en faire le support légitime de la monnaie¹⁵³⁸.

¹⁵³³ BANQUE DE FRANCE, *Bulletin de la Banque de France*, n° 218/2, juillet-août 2018.

¹⁵³⁴ En ce sens, J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *Les biens*, *op. cit.*, p. 1555, n° 685, qui ne voit dans la monnaie scripturale qu'une « monnaie d'analogie ». V. également F. GRUA, « Le dépôt de monnaie en banque », art. cité, spéc. n° 15.

¹⁵³⁵ T. LE GUEUT, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, th. Paris II, 2012, p. 159, n° 190.

¹⁵³⁶ A. TOUZAIN, *La consignation*, *op. cit.*, p. 254, n° 589.

¹⁵³⁷ A. ORLÉAN, *L'empire de la valeur. Refonder l'économie*, Éd. du Seuil, 2011, pp. 172-176. V. également Y. STRICKLER, *Les biens*, *op. cit.*, pp. 147-148, n° 96.

¹⁵³⁸ Tel n'est pourtant pas l'avis du Souverain, qui ne voit pas dans les cryptomonnaies de véritables monnaies.

La monnaie, qu'elle soit fiduciaire ou scripturale, excède bien les supports qui l'incarnent ou les instruments qui la concrétisent. Comme la monnaie fiduciaire, la monnaie scripturale ne saurait être appropriée.

346. Absence d'appropriation de la monnaie scripturale. Tout comme le billet ou la pièce sert de véhicule permettant de matérialiser une richesse, concrétise le pouvoir de payer ses dettes, l'on peut également considérer que les instruments de paiement en monnaie scripturale ont la même fonction. Ici, la banque met à disposition du client des moyens lui permettant de copier les effets d'un paiement en monnaie fiduciaire, de le reproduire, à ceci près que le client ne peut se passer de l'intermédiation de la banque dans l'exécution du paiement. Quand il lui suffit de transférer par tradition la monnaie fiduciaire pour se libérer de ses dettes, le client doit obtenir le concours de sa banque pour émettre un paiement (il en va de même, en vérité, pour l'*accipiens* qui doit également solliciter le concours de sa banque). Le solde du compte symbolise, à l'instar du billet ou de la pièce qui incarne la monnaie, le pouvoir de paiement qui appartient au client et dont il use, non pas en remettant des billets ou des pièces à titre de paiement, mais en émettant des ordres de paiement qui ont le même effet libératoire.

Quelle que soit sa représentation, la monnaie demeure un pouvoir indifférencié d'extinction des dettes que l'on aurait à contracter pour s'attacher des services ou acquérir des biens, sans être elle-même une chose objet de propriété. Aussi comprend-on pourquoi l'on refuse au créancier d'une obligation de somme d'argent la possibilité d'agir en revendication contre un débiteur qui détiendrait une somme d'argent qu'il lui aurait remise, fut-elle individualisée. L'argument ne tient ni à la fongibilité de la monnaie ni à sa consomptibilité¹⁵³⁹, mais simplement au fait que le créancier ne saurait accaparer de manière exclusive un paiement en bénéficiant à son seul profit de la faculté du débiteur d'éteindre ses dettes, contrairement à la règle de l'égalité des créanciers.

Dans l'autre sens, l'on ne saurait non plus voir le banquier comme propriétaire des sommes remises et le client comme simple créancier d'une restitution ou d'une mise à disposition, pour au moins trois raisons. D'abord, car le pouvoir de disposition du banquier sur une partie de ces sommes ne prive nullement le client de son droit de passer des ordres ou de retirer l'argent

¹⁵³⁹ Ces arguments sont pourtant repris à l'envi par la majeure partie de la doctrine, qui y voit là les caractéristiques essentielles de la monnaie. En ce sens, v. not. J. HAMEL, « Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie », art. cité, p. 88 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *Les biens*, op. cit., p. 1532, n° 675 ; Y. STRICKLER, *Les biens*, op. cit., p. 151, n° 98. *Contra*. R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, op. cit., pp. 99 s., n° 123 s., pour qui la monnaie n'est ni une chose de genre, ni une chose consomptible, ni une chose fongible.

quand bon lui semble¹⁵⁴⁰. Ensuite, car les fonds dont le banquier peut disposer ne lui ont pas nécessairement été « remis » ou « déposés » par le client, puisqu'ils peuvent être reçus au titre d'une convention de prêt ou de compte courant et par le biais d'un chèque ou d'un virement¹⁵⁴¹. Enfin, car si le banquier était propriétaire des fonds, l'on ne saurait expliquer la faculté du client de payer ses dettes avec des sommes dont il ne serait pas propriétaire¹⁵⁴². Certes, le client est pourtant fréquemment perçu comme étant simple titulaire d'une créance à l'égard de la banque¹⁵⁴³, cette dernière étant tenue de lui restituer les sommes inscrites à son compte tout en pouvant néanmoins disposer des sommes pour ses activités commerciales. Mais l'intermédiation de la banque dans le paiement ne saurait être analysé comme la marque d'une dette, à proprement parler, pesant sur les épaules de cette dernière. La prestation à laquelle est tenue la banque est simplement de mettre l'argent à disposition du client en honorant les ordres de paiement ou de retrait que ce dernier est susceptible de passer. En somme, la banque doit assurer aux clients l'effectivité des moyens de paiement qu'elle met à sa disposition, tout comme le Souverain garantit aux porteurs de monnaie fiduciaire l'effectivité de ce moyen de paiement, outre évidemment la mise à disposition de ce service au préalable.

347. Paradoxe de la monnaie. L'on voit bien que la monnaie scripturale se trouve au carrefour de deux qualifications qui se repoussent. Le client et la banque ne sont ni alternativement propriétaires de la monnaie, ni alternativement créanciers l'un de l'autre¹⁵⁴⁴. Et pourtant, tout se passe « comme si » c'était le cas¹⁵⁴⁵, comme si la banque avait la propriété de la monnaie inscrite sur le compte du client et comme si le client avait une créance contre elle. Tout se passe aussi « comme si » le client avait la propriété des sommes inscrites et comme si la banque n'en était que dépositaire. Comment comprendre cela ? La réponse se trouve dans des considérations extrajuridiques que le droit peine à saisir. L'on traite en effet la monnaie

¹⁵⁴⁰ Sur les fonds remboursables du public, v. CMF, arts. L. 312-2 et R. 312-7.

¹⁵⁴¹ T. BONNEAU, *Droit bancaire, op. cit.*, p. 53, n° 51.

¹⁵⁴² En ce sens, v. F. LEMAITRE, *La monnaie comme objet de sûretés*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, coll. « Bibl. dr. entrep. en diff. », t. 8, 2017, p. 26, n° 26.

¹⁵⁴³ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *Les biens, op. cit.*, p. 1552, n° 685 ; Y. STRICKLER, *Les biens, op. cit.*, p. 153, n° 100 ; W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 41, n° 26-1 ; J.-L. RIVES-LANGES, « La monnaie scripturale (contribution à une étude juridique) », art. cité, p. 407, n° 2 ; F. GRUA, « Le dépôt de monnaie en banque », art. cité, n° 8 s.

¹⁵⁴⁴ *Contra*. F. LEMAITRE, *La monnaie comme objet de sûretés, op. cit.*, p. 30, n° 27, qui parle de propriété fiduciaire, considérant en outre que la monnaie scripturale est « à la fois une monnaie et une créance » (*ibid.*, p. 38, n° 33).

¹⁵⁴⁵ A. TOUZAIN, *La consignation, op. cit.*, p. 257, n° 592.

comme une chose appropriée, comme un « bien », même si la rigueur commande la solution inverse. L'illusion ou l'apparence de la propriété vient uniquement de la confiance que l'on accorde aux banques : illusion de propriété pour le client qui sait que la banque continuera d'honorer ses ordres de paiement ; illusion de propriété pour la banque qui sait pouvoir engager une partie des actifs du client pour ses opérations commerciales. Finalement, tout le monde « croit » à la monnaie, « croit » à son existence¹⁵⁴⁶ : le client qui se « croit » et se « sait » riche des inscriptions scripturales sur son compte et la banque (commerciale) qui se « sait » investie du pouvoir de créer quasiment *ex nihilo* de la monnaie et de disposer de plus de monnaie qu'elle n'en a elle-même. Même le porteur de monnaie fiduciaire se « croit » riche des espèces qu'il a entre les mains et dont il peut disposer pour se libérer, se « sait » propriétaire de la somme que ces véhicules représentent. Somme toute, quoique la monnaie ne soit aucunement une chose appropriable, elle demeure considérée dans l'imaginaire collectif comme telle et même comme un bien, le bien le plus élémentaire qui soit.

Pas plus que la monnaie fiduciaire n'est un objet de droit réel ou un objet de propriété, en dépit de la matérialité de son support, la monnaie scripturale n'en est un non plus, indépendamment de son « immatérialité ». Quel que soit son support ou la manière dont elle existe, la monnaie reste fondamentalement une abstraction, un artifice¹⁵⁴⁷, qui n'est la contrepartie de rien et ne repose sur aucune réalité tangible si ce n'est sur la confiance que l'on a dans le système, qui seule garantit son pouvoir libératoire et surtout sa réalité¹⁵⁴⁸. La seule fonction de la monnaie est de permettre à une personne de se libérer de ses dettes. Comme l'écrit Monsieur Libchaber, la monnaie est somme toute « un droit à l'obtention d'autre chose »¹⁵⁴⁹. Sa nature se résume même à cela. Cette possibilité se trouve assurée par la mise au service d'une personne de moyens de paiement qui ont un rôle libératoire en ce qu'ils sont reçus universellement comme permettant une telle satisfaction. En cela, tout instrument de paiement, quel qu'il soit, a une fonction monétaire. Ce pouvoir plus ou moins grand de se libérer de ses dettes, que la monnaie traduit, forme enfin la richesse patrimoniale la plus pure, la plus exacte, que le Souverain et les banques garantissent en mettant à disposition des personnes les moyens

¹⁵⁴⁶ *Ibid.*, ajoutant que cela vaut « tant que la confiance règne » (*ibid.*, p. 258, n° 594).

¹⁵⁴⁷ L'on s'en convaincra en relevant que la monnaie, depuis 1971 et la suspension de la convertibilité du Dollar en or, voit sa « valeur » seulement garantie par la confiance des individus dans le système bancaire. La monnaie, plus encore, est totalement détachée de toute assise réelle : dans la limite du ratio imposé par la Banque centrale européenne, les banques commerciales ont tout loisir de véritablement créer de l'argent, la seule limite étant d'avoir des réserves représentant 10% de l'argent total en circulation.

¹⁵⁴⁸ Sur la valeur extrinsèque de l'argent, résidant la confiance placée dans le Souverain, v. R. LIBCHABER, « L'argent, entre matière et mémoire », *in APD*, t. 42, *op. cit.*, p. 115, spéc. p. 118.

¹⁵⁴⁹ R. LIBCHABER, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 26 septembre 2012, n° 11-16.244, *RDC* n° 2, 1^{er} avril 2013, p. 561.

de paiement l'assurant. Mais si la monnaie constitue la forme la plus idoine de la richesse, encore s'agit-il de l'analyser pour ce qu'elle est, à savoir une réalité économique instituant un « pouvoir d'achat indifférencié »¹⁵⁵⁰ et dont la traduction juridique se résume à un pouvoir plus ou moins étendu de payer ses dettes. Le raisonnement en termes de propriété ou de créance échoue inmanquablement à traduire ce phénomène profondément social et économique, reposant uniquement sur la confiance que l'on a dans le système bancaire.

348. Conclusion de la section I. La définition des droits réels s'est doublement révélée. D'abord, en opposition aux droits personnels. Quoique ces droits s'extériorisent de manière sensiblement identique dans leur aspect externe, ils s'opposent radicalement dans leur aspect interne. Quand les droits réels confèrent à leurs titulaires des prérogatives matérielles de jouissance sur une chose, les droits personnels confèrent à leurs titulaires des prérogatives juridiques orientées vers l'obtention d'une prestation. La confusion volontairement entretenue entre ces droits, particulièrement à compter de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, doit être fermement dénoncée. Ces droits sont irréductibles les uns aux autres quant à leur contenu et quant à leur objet. Ensuite, la définition des droits réels s'est révélée relativement aux objets sur lesquels ils portent : les choses. Les choses, objets des droits réels, sont nécessairement des portions du monde sensible, aptes à fournir quelque service se prêtant, effectivement, à une jouissance quelconque. Ces choses sont diverses et innombrables, mais il a fallu, pour circonscrire le domaine des choses, s'intéresser à certaines d'entre elles, soit pour confirmer leur nature de choses susceptibles de supporter un droit réel, soit pour l'infirmer. Et il est apparu que le terme, aussi paradoxal que cela puisse paraître eu égard à la richesse de l'univers, devait être utilisé avec parcimonie. Si l'« énergie » et l'animal peuvent être qualifiées de choses, tel n'est en revanche pas le cas des universalités de fait ou de la monnaie.

Une fois la définition des droits réels donnée et une fois leur contenu et leur objet identifiés, il convient de dresser leur typologie. L'exercice, loin d'être purement descriptif, sert avant tout à dresser une partie de la liste des biens composant le patrimoine, aux côtés des autres droits patrimoniaux.

¹⁵⁵⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *Les biens*, *op. cit.*, p. 1532, n° 675.

SECTION II. TYPOLOGIE DES DROITS RÉELS

349. Plan. L'on distingue, classiquement, deux catégories de droits réels : les droits réels principaux et les droits réels accessoires. Quand les premiers sont censés offrir des prérogatives sur une chose, les seconds sont censés offrir des prérogatives sur sa seule valeur. L'on fait ainsi figurer parmi les premiers le droit de propriété et ses diminutifs que sont l'usufruit et le droit d'usage, ainsi que la servitude et les droits réels nommés par la loi (baux emphytéotiques, baux à constructions et autres baux réels). Quant aux seconds, l'on y fait figurer toutes les sûretés réelles, mobilières comme immobilières, dans toute leur diversité.

Cette présentation ne convainc guère. Premièrement, le droit réel, s'il est un droit sur une chose, est également – et surtout – un droit conférant des prérogatives matérielles de jouissance. Aussi, la typologie classique des droits réels doit être révisée, les droits réels accessoires n'offrant pas de telles prérogatives à leurs titulaires, de même que l'usufruit peut ne pas avoir pour objet une chose. Deuxièmement, l'examen de la nature du droit réel et de son objet montre que la catégorie a été excessivement grossie. La servitude, que l'on présente comme un droit réel, n'apparaît pourtant pas comme un droit patrimonial, ni même comme un droit subjectif.

Aussi convient-il de revenir sur cette typologie et d'en dresser une nouvelle, plus conforme à la nature du droit réel et de son objet. Après avoir identifié les véritables droits réels dans un premier temps (§1), il s'agira d'identifier les objets qui doivent être déclassés de cette catégorie (§2).

§1. Les droits réels reconnus

350. Plan. Dans la mesure où le droit réel a pour objet une chose et pour contenu des prérogatives matérielles de jouissance bénéficiant à une personne, la catégorie des droits réels doit être limitée aux seuls droits offrant à leur titulaire une telle maîtrise des choses. À côté de la propriété pleine et entière (**A**), devront figurer l'usufruit et l'usage des choses corporelles (**B**) ainsi que certaines déclinaisons de la propriété superficielle (**C**).

A. Le droit de propriété

351. Aspect interne du droit de propriété. En tant que droit patrimonial, la propriété est un bien. En tant que prototype des droits réels¹⁵⁵¹, elle est un droit de jouir des choses de la manière la plus large qui soit, offrant à son titulaire non seulement un accès de principe à l'ensemble des services actuellement produits par la chose, mais encore une vocation à la jouissance des services temporairement indisponibles. C'est ce qu'il convient désormais d'explicitier. Si la propriété est un droit actuel à la jouissance des choses (1), elle est encore un arrière-droit à la jouissance des choses (2).

1. Un droit actuel à la jouissance des choses

352. Nature du droit de propriété. Si la propriété n'est pas le « convertisseur »¹⁵⁵² attendu des choses en biens, c'est qu'elle n'est, au fond, qu'un simple mode de jouissance des choses. Ce mode de jouissance est le plus étendu, son titulaire étant investi d'un droit actuel à la jouissance de l'ensemble des utilités des choses sauf exceptions (a). Seules les choses sont susceptibles de se prêter à cette jouissance et non les droits (b).

a. Le mode de jouissance le plus étendu des choses

353. Prérogatives du propriétaire. En tant que droit réel, la propriété offre à son titulaire le pouvoir de retirer des choses les utilités qu'elles sont à même de fournir. L'article 544 du Code civil n'en dit pas davantage lorsqu'il définit la propriété comme un droit de jouir et disposer des choses. Les prérogatives du propriétaire, selon cet article, sont purement matérielles – seules les choses se prêtant à la jouissance – et sont généralement résumées à travers le triptyque *usus-fructus-abusus*. Quoique ce triptyque ne suffise pas, seul, à définir la propriété, il indique néanmoins l'ensemble des pouvoirs qu'une personne peut avoir sur une chose ; mieux, il résume l'ensemble des utilités idéales qu'une chose est susceptible de fournir¹⁵⁵³ : est propriétaire d'une chose celui qui a un accès de principes à l'intégralité des

¹⁵⁵¹ R. J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, t. I, Paris, Debure père, 1772, p. 2, n° 2.

¹⁵⁵² P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préf. L. Aynès, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 489, 2007, p. 25, n° 60.

¹⁵⁵³ M.-G.-A. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD Civ.* 1905, p. 443, spéc. p. 486, n° 81, qui voit dans ce triptyque une « synthèse des services qu'il est possible de tirer des choses ». Dans le même sens, v. F. FRENETTE, « Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues », *Les Cahiers de droit* vol. 20, n° 3, 1979, p. 439, spéc. p. 445, relevant que « le droit de propriété contient en germe la somme totale de toutes les utilités que l'homme peut espérer tirer d'un bien ». V. enfin F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, *op. cit.*, p. 434, n° 320, pour qui ce triptyque est une « énumération des commodités inhérentes à toute chose et permises par la propriété ».

services qu'elle est susceptible de receler. Est propriétaire celui qui a une liberté de principe sur la chose¹⁵⁵⁴, pouvant en user de quelque manière que ce soit, en retirer les fruits ou la détruire, sous l'évidente réserve des règles qui lui interdiraient d'en retirer certains services. Ce triptyque renvoie en somme à un faisceau synthétisé des potentielles utilités qu'il est possible de retirer des choses et des pouvoirs correspondants, non à une liste exhaustive¹⁵⁵⁵. Preuve en est que le propriétaire est aussi libre de jouir de sa chose comme de ne pas en jouir. Preuve en est encore qu'il existe autant de modes de jouissance d'une chose que d'esprits ingénieux en découvrant de nouveaux. Preuve en est enfin que la neutralisation de l'une de ces prérogatives n'entame pas la définition de la propriété. Dans le droit de propriété, mode jouissance des choses le plus étendu, la liberté est le principe. Elle est le corollaire du caractère en principe absolu de ce droit¹⁵⁵⁶.

354. Signification de l'*abusus*. Si les prérogatives du propriétaire peuvent être regroupées derrière le triptyque *usus-fructus-abusus*, il est malgré tout courant de faire de cette dernière prérogative, la faculté matérielle de disposition, un attribut déterminant du droit de propriété, son « siège confortable et sacro-saint »¹⁵⁵⁷. L'*abusus* est en effet fréquemment analysé comme la marque décisive de souveraineté du propriétaire, seul celui ayant l'*abusus* pouvant être ainsi qualifié. C'est ce que relevait notamment Catala, selon qui la propriété se reconnaît « à un invariant décisif : la faculté pour le propriétaire (solvable) de détruire l'objet de son droit (*abusus*), pouvoir qui n'appartient pas à l'usufruitier ou au nu-propriétaire, ni au co-indivisaire, ni à plus forte raison au gagiste »¹⁵⁵⁸. Selon cette analyse, si une personne se trouve investie de la possibilité de disposer matériellement d'une chose, c'est qu'elle en est propriétaire : ainsi du

¹⁵⁵⁴ Comme l'écrivait Vareilles-Sommières dans son célèbre article consacré à la propriété, la propriété « est le droit en vertu duquel une personne peut *en principe* faire d'une chose ce qu'elle veut [...] *il faut et il suffit*, pour qu'un droit réel s'appelle et soit la propriété, que, pour son titulaire, sur la chose, *la liberté d'agir soit le principe* » (M.-G.-A. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », art. cité, pp. 443-444, n° 1).

¹⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 486, n° 81, notant qu'« il y a là une synthèse des services qu'il est possible de tirer des choses, mais non point une analyse du droit de propriété ». *Adde.* N. THOMASSIN, *De la propriété. Contribution à une théorie générale*, th. Paris IX, 2009, p. 82, n° 43, qui souligne que si l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* « ne caractérisent pas l'essence de la propriété [...], ils n'en demeurent pas moins le contenu positif du droit de propriété ». Dans le même sens, v. L. D'AVOUT, « Notions fondamentales et domaine du droit privé des biens. Comparaisons franco-allemandes », art. cité, p. 64.

¹⁵⁵⁶ Comp. toutefois J.-P. CHAZAL, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *RTD Civ.* 2014, p. 763, spéc. p. 787, considérant que « le propriétaire n'est pas seul au monde avec sa chose, que ses pouvoirs sont limités, non pas par exception ou anomalie, mais par principe ».

¹⁵⁵⁷ F. FRENETTE, « Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues », art. cité, p. 440.

¹⁵⁵⁸ P. CATALA, « L'immatériel et la propriété », *in APD*, t. 43 : *Le droit et l'immatériel*, Sirey, 1999, p. 61, spéc. p. 62.

quasi-usufructier, du dépositaire irrégulier, de l'emprunteur de choses fongibles ou du gagiste de telles choses¹⁵⁵⁹. Le Doyen Carbonnier était formel, considérant que ces opérations « confèrent nécessairement un droit de propriété [...] car il serait impossible de se servir de tels biens sans des prérogatives de propriétaire, le droit de détruire et d'aliéner »¹⁵⁶⁰. Quant au « propriétaire » déchu de son *abusus*, son statut changerait : de propriétaire, il passerait à simple créancier d'une obligation de restitution¹⁵⁶¹.

Une telle analyse est éminemment discutable. À la suivre, il faudrait automatiquement considérer que toutes les fois où l'*abusus* est neutralisé, le propriétaire perdrait son statut, comme en matière d'usufruit où l'usufruitier n'a pourtant pas non plus cette prérogative. Bien au contraire, dépourvu de l'*abusus*, le nu-propriétaire ne cesse pas d'être considéré tel un propriétaire¹⁵⁶², conservant sa vocation à tirer à nouveau de la chose toutes ses utilités sitôt l'usufruit éteint¹⁵⁶³, tout autant que pèse sur l'usufruitier une obligation de conserver la substance de la chose¹⁵⁶⁴. Sauf donc à refuser d'appeler « propriété » une propriété imparfaite bien qu'entière¹⁵⁶⁵, il y a tout lieu de considérer que l'*abusus* ne relève pas de l'essence de la

¹⁵⁵⁹ En ce sens, v. not. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. VI, *op. cit.*, pp. 513-514, n° 407 ; P. SAUTAI, *L'usufruit des valeurs mobilières*, Dalloz, 1925, p. 44, n° 28 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens*, *op. cit.*, p. 97, n° 84. V. enfin M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.* 1997, p. 583, spéc. n° 9 : « l'*abusus* est l'apanage du seul propriétaire et ce droit de disposer ne pourrait être attribué à un autre que lui ou, plus précisément, profiter à un autre que lui, sans le priver par là même de son droit de propriété ».

¹⁵⁶⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II : *Les biens*, *op. cit.*, p. 1683, n° 759. Dans le même sens, v. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les biens*, Sirey, 2^{ème} éd., 1980, p. 134, n° 95.

¹⁵⁶¹ A. FRANÇON, « L'usufruit des créances », *RTD Civ.* 1957, p. 1, spéc. pp. 17-18, n° 20 et p. 22, n° 24 ; S. CASTAGNÉ, « Maîtriser l'utilisation du quasi-usufruit », *JCP N* n° 29, 18 juillet 1997, 4099, p. 987, spéc. n° 11.

¹⁵⁶² C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, t. III, *op. cit.*, p. 54 : « le droit de propriété subsiste indépendamment de l'exercice qu'on en peut faire. On n'est pas moins propriétaire, quoiqu'on ne fasse aucun acte de propriété, quoiqu'on soit dans l'impuissance de les faire, et même quoiqu'un autre les fasse, soit à l'insu, soit contre le gré même du propriétaire ».

¹⁵⁶³ En ce sens, critiquant l'érection de l'*abusus* en qualité résiduelle de la propriété, v. M.-G.-A. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », art. cité, p. 455, n° 20 et pp. 484-485, n° 77-78 ; S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance : élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, *op. cit.*, pp. 29 s., n° 11 ; F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, *op. cit.*, p. 434, n° 320 ; 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*, th. Paris XI, 1999, pp. 260 s., n° 347 s., spéc. p. 265, n° 353.

¹⁵⁶⁴ C. civ., art. 578.

¹⁵⁶⁵ M.-G.-A. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », art. cité, p. 446, n° 7. Rapp. R.-J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, t. I, *op. cit.*, 1772, p. 10 : « une propriété est pleine et parfaite, lorsqu'elle est perpétuelle, et que la chose n'est pas chargée de droits réels envers d'autres personnes que le propriétaire ». Dans le même sens, v. C.-E. DELVINCOURT, *Cours de Code Napoléon*, t. I, Paris, P. Gueffier, 1813, pp. 148-149 : « la propriété est parfaite ou imparfaite. La propriété est parfaite, quand l'exercice du droit du propriétaire ne peut être gêné par l'effet d'aucun droit appartenant à un autre particulier. « La propriété est imparfaite, lorsque l'exercice du droit du propriétaire peut être gêné par l'effet d'un droit appartenant à un autre particulier ». V. enfin C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, *op. cit.*, p. 60 : la propriété « est parfaite, lorsque le propriétaire n'est gêné dans l'exercice d'aucun des droits qu'elle renferme,

propriété : la propriété amputée de l'une de ses utilités reste la propriété ; elle ne se résume pas à la somme comptable des potentielles utilités qu'un propriétaire est susceptible de retirer des choses¹⁵⁶⁶. Prétendre l'inverse reviendrait à dépouiller la propriété de toute signification. Le même raisonnement doit *a fortiori* pouvoir être tenu en matière de quasi-usufruit et de toutes les situations voisines : le transfert de l'*abusus* au quasi-usufruitier, à l'emprunteur de choses fongibles, au dépositaire irrégulier ou au gagiste de choses fongibles ne saurait disqualifier la propriété initiale. Aucune raison logique ne permet d'affirmer que l'un d'eux acquière la qualité de propriétaire par le simple fait qu'il peut disposer de la chose, même si cette dernière, commandant une telle forme radicale d'utilisation¹⁵⁶⁷, est fongible¹⁵⁶⁸. Rien ne commande que la fongibilité d'une chose – car là est le véritable nœud du problème – vienne pervertir le droit de propriété.

lorsqu'aucun de ces droits n'en a été détaché ; imparfaite, lorsqu'il est gêné dans cet exercice, lorsque quelques-uns de ces droits en ont été détachés ».

¹⁵⁶⁶ Comp. F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, *op. cit.*, p. 34, n° 30 qui, s'il relève que « la propriété du Code civil apparaît nécessairement indéfinie quant à son contenu », que « les prérogatives que permet d'exercer le droit de propriété ne peuvent plus être contenues dans ce droit » et que l'*abusus* « peut donc être concédé sans que le droit de propriété ne disparaisse (*ibid.*, p. 120, n° 113), admet paradoxalement qu'un véritable transfert de propriété a lieu en ce qui concerne le prêt de consommation (*ibid.*, p. 120, n° 113) ou le quasi-usufruit. La raison tiendrait dans la faculté du quasi-usufruitier de se « libérer par versement d'une somme d'argent », qui emporterait « la disparition de la propriété du nu-propriétaire sur les choses remises, dans la mesure où l'incertitude sur l'objet de la restitution ne [permettrait] plus le maintien d'une potentialité – certaine – de jouissance sur une quantité déterminée de choses identiques à celles remises » (*ibid.*, p. 126, n° 116). Une telle analyse est étrange : n'est-ce pas le propre d'une potentialité que de se satisfaire d'un doute ?

¹⁵⁶⁷ E. DOCKÈS, « Essai sur la notion d'usufruit », *RTD Civ.* 1995, p. 479, spéc. p. 495, n° 13, soulignant cependant que « l'essentiel est, ici comme ailleurs, non pas la nature des biens en eux-mêmes, mais la *destination* voulue de ces biens ». *Adde.* R. BOFFA, *La destination de la chose*, préf. M.-L. Mathieu-Izorche, Defrénois, coll. « Doctorat & Notariat », t. 32, 2008, pp. 393-395, n° 532, remarquant que la consomptibilité des biens est essentiellement affaire d'usages, bien que se dessine leur caractère consomptible selon les usages courants, l'auteur de rappeler qu'il est des grains non consomptibles, des liqueurs âgées impropres à la consommation et des pièces de monnaie destinées à être contemplées et non à servir le commerce. Rappr. CA Paris, 2 mars 1981, JurisData n° 1981-23413, retenant une conception objective de la consomptibilité, attendue par tout un chacun.

¹⁵⁶⁸ Si le quasi-usufruit se définit usuellement comme un usufruit ayant pour objet des choses consomptibles, force est d'admettre que le dénouement de cette opération n'est permis que si la chose consomptible est également fongible. Somme toute, la technique du quasi-usufruit est rendue possible par la nature fongible des choses remises : c'est parce que ces choses peuvent être remplacées que le quasi-usufruit prend tout son sens, le quasi-usufruitier étant tenu, à la fin de l'usufruit, de restituer des choses équivalentes ou leur valeur en argent. Aussi, contrairement à un auteur qui soutient que « seul le caractère de consomptibilité justifie l'application du quasi-usufruit », le concept de fongibilité constituant selon ses propos un simple « concept secondaire sans incidence sur l'application du quasi-usufruit » (S. CASTAGNÉ, « Maîtriser l'utilisation du quasi-usufruit », art. cité, p. 987, n° 9), il y a tout de lieu de considérer, comme l'écrit Monsieur Zenati, que « la consomptibilité est inconcevable sans la fongibilité » et que « c'est la fongibilité qui mériterait, au lieu de la consomptibilité, d'attirer l'attention car, au fond, ce qui fait que le détenteur s'autorise à faire de la chose l'usage fatal qu'elle comporte, c'est qu'elle est remplaçable » (F. ZENATI, « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métémpsychose de la valeur) », in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 605, spéc. p. 605, n° 1. Dans le même sens, v. W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, *op. cit.*, p. 164, n° 86 ; A. LAUDE, « La fongibilité : diversité des critères et unité des effets », *RTD Com.* 1995, p. 307, spéc. n° 45.

355. Propriété et choses fongibles. Si la fongibilité est souvent vue comme un élément perturbateur du droit de propriété, un tel argument doit être discuté, la fongibilité n'étant qu'une « circonstance de fait »¹⁵⁶⁹. Une partie de la doctrine considère pourtant que la remise d'une chose fongible à autrui priverait mécaniquement le propriétaire initial de son droit¹⁵⁷⁰. De la sorte et suivant cette opinion, l'on devrait considérer que la nature de la chose commanderait le transfert de propriété sur la tête de celui qui est investi de l'*abusus*. Il est vrai que la fongibilité, qui n'est qu'un rapport d'équivalence entre deux choses remplissant une même fonction libératoire¹⁵⁷¹, est susceptible de poser de nombreuses difficultés au propriétaire souhaitant se voir restituer la chose. Ainsi invoque-t-on fréquemment l'impossible revendication des choses fongibles, faute pour le propriétaire de pouvoir, comme l'explique Monsieur Gijbers, « montrer du doigt le bien qui lui appartient »¹⁵⁷². Mais quoique cette difficulté ait pu amener la Cour de cassation à refuser la revendication de choses fongibles en procédures collectives¹⁵⁷³, cet obstacle a fini par être progressivement relativisé et plus vigoureusement critiqué¹⁵⁷⁴.

On trouve d'abord en jurisprudence des signes de la possible revendication de telles choses lorsque la preuve de la propriété sur lesdites choses fongibles peut être établie¹⁵⁷⁵. En outre, la loi du 10 juin 1994 a permis au créancier muni d'une clause de réserve de propriété de revendiquer les biens fongibles se trouvant entre les mains de l'acheteur, à condition que ces

¹⁵⁶⁹ J. FRANÇOIS, « Retour sur la revendication des sommes d'argent », art. cité, n° 2.

¹⁵⁷⁰ V. not. A. LAUDE, « La fongibilité : diversité des critères et unité des effets », art. cité, n° 46 : « la fongibilité emporte transfert du droit de disposer et fonde par là-même le transfert du droit de propriété ». V. également P. JAUBERT, « Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité », *RTD Civ.* 1945, p. 75, spéc. p. 89, notant, au sujet des choses fongibles, que « le contrat qui porte sur une chose fongible et qui place cette chose sous la domination d'un tiers, avec une simple obligation de restituer des choses semblables, opère normalement transfert de propriété. Celui qui a remis la chose devient, en principe, seulement créancier de la restitution par équivalent ».

¹⁵⁷¹ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. III : *Les biens*, 2^{ème} éd. par M. PICARD, LGDJ, 1952, p. 163, n° 58 ; P. JAUBERT, « Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité », art. cité, pp. 77 et 84 ; A. LAUDE, « La fongibilité : diversité des critères et unité des effets », art. cité, n° 2 et 12 ; P.-G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, préf. P. Delebecque, LGDJ, coll. « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », t. 4, 2004, n° 142.

¹⁵⁷² C. GIJBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, op. cit., p. 551, n° 551.

¹⁵⁷³ Cass. com., 23 octobre 1990, n° 89-13.486, *Bull. civ.* IV, n° 246 ; P. JAUBERT, « Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité », art. cité, p. 78.

¹⁵⁷⁴ F. LEDUC, « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? », *RTD Civ.* 1997, p. 307 sq. ; S. TORCK, « La revendication des choses fongibles », *RRJ* 1996, p. 483 sq. et du même auteur, *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles*, th. Paris II, 2001, *passim*.

¹⁵⁷⁵ CA Amiens, 5 mai 1884, *D.* 1885, 2, p. 111 ; Cass. com., 3 juin 1986, n° 85-14.213, *Bull. civ.* IV, n° 114 ; Cass. 1^{ère} civ., 7 février 1989, n° 85-17.531, *Bull. civ.* I, n° 57 ; Cass. com., 5 octobre 1993, n° 91-18.179, *Bull. civ.* IV, n° 316. Sur la question, v. S. TORCK, *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles*, op. cit., n° 161 s., 228 s. et 322 s. ; M. LAROCHE, *Revendication et propriété. Du droit des procédures collectives au droit des biens*, préf. P. Théry, Defrénois, coll. « Doctorat & Notariat », t. 24, 2007, pp. 177 s., n° 265 s. et pp. 221 s., n° 337 s.

biens fussent de même espèce et qualité que ceux vendus¹⁵⁷⁶. Enfin et même à défaut d'une individualisation des choses fongibles, le législateur a reconnu au créancier la faculté d'exercer son droit sur des choses équivalentes¹⁵⁷⁷. Comme le souligne Madame Laude, « autoriser l'exercice de la revendication en valeur ou en nature d'une chose fongible, c'est reconnaître que le propriétaire initial est toujours propriétaire de son bien »¹⁵⁷⁸.

Le droit des sûretés s'accommode également très bien de la fongibilité. Lorsqu'une sûreté réelle grève de telles choses, leur revendication demeure possible puisque l'assiette de la garantie se trouve constituée d'une *certaine quantité* de choses fongibles. Monsieur Gijbers note ainsi que « l'état de confusion matérielle des choses fongibles parmi d'autres semblables ne les rend pas indéterminables », ajoutant que « leur identification est simplement assurée par la désignation d'une quantité donnée parmi des choses de même espèce et de même qualité détenues en un lieu donné par le débiteur »¹⁵⁷⁹. Dès lors, loin d'être un mécanisme exceptionnel, la substituabilité des choses fongibles et partant le maintien de leur possible revendication procèdent simplement d'une « identité objective des biens remplaçants et remplacés », la sûreté ne grevant pas des unités fongibles déterminées, mais une quantité précise de choses fongibles, le créancier exerçant son droit sur cette quantité¹⁵⁸⁰. Aussi faut-il suivre la conclusion de Monsieur Gijbers qui remarque que « le fait que les choses fongibles soient actuellement confondues avec d'autres qui leur sont identiques ne les empêche pas d'exister comme objet de droit identifiable et ainsi de satisfaire à l'exigence d'identification de l'assiette des sûretés réelles »¹⁵⁸¹, critiquant avec justesse le réflexe de « nier l'existence du droit de propriété au seul motif que son assiette est actuellement confondue avec des biens semblables appartenant à autrui »¹⁵⁸².

Le droit des biens, enfin, s'accommode aussi de la fongibilité. Sitôt que l'on admet que l'objet du droit de propriété n'est pas telle ou telle unité fongible déterminée mais une *quantité* précise de choses fongibles, l'identification de l'objet du droit de propriété ne pose plus guère

¹⁵⁷⁶ Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, art. 59. Cass. com., 5 mars 2002, n° 98-17.585, *Bull. civ.* IV, n° 48.

¹⁵⁷⁷ C. civ., art. 2369.

¹⁵⁷⁸ A. LAUDE, « La fongibilité : diversité des critères et unité des effets », art. cité, n° 51.

¹⁵⁷⁹ C. GIJBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, op. cit., p. 548, n° 546.

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 549, n° 547.

¹⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 550, n° 548.

¹⁵⁸² *Ibid.*, p. 552, n° 551.

de difficulté¹⁵⁸³. Par ailleurs, prenant acte de la permanence du droit du propriétaire de choses fongibles en matière de procédures collectives, il n'y a aucune raison valable à traiter différemment le propriétaire qui remet en usufruit, en dépôt ou en gage une chose là aussi fongible. Comme l'écrit Madame Lotti, « il n'est pas certain que la qualité d'une chose transforme la nature du droit qui surplombe cette chose. Si la qualité d'un bien impose l'adaptation du droit au bien, cela ne signifie pas nécessairement qu'elle change la nature juridique de ce droit »¹⁵⁸⁴. La théorie classique montre là ses limites. Le propriétaire d'une chose fongible ne cesse pas de l'être dès l'instant où il s'en sépare, une telle analyse pouvant particulièrement être défendue en matière de quasi-usufruit¹⁵⁸⁵. Comme le souligne pertinemment Monsieur Zenati, si la fongibilité d'une chose a « le grand mérite de permettre la restitution et de rendre, par suite, possible l'usufruit [...], on ne voit pas, avec la meilleure volonté du monde, en quoi elle postule que l'usufruitier soit propriétaire. On conçoit au contraire que l'usufruitier consomme la chose d'autrui et remplace cette chose par une autre qui deviendra l'objet de l'usufruit pour revenir au nu-propriétaire à l'extinction de ce droit. Ne pas le concevoir, c'est admettre le postulat que seule la propriété permet de consommer »¹⁵⁸⁶. Ce serait également admettre que la propriété ne s'appréhende *que* par le prisme du pouvoir de disposer matériellement, ce qui contredit la définition de la propriété¹⁵⁸⁷.

356. Propriété et fiducie. La définition de la propriété se trouve encore mise à mal par la fiducie. L'introduction de cette dernière en droit français par la loi n° 299-211 du 19 février 2007 est en effet source de complications, le fiduciaire étant perçu sous les traits d'un propriétaire. La fiducie est-elle donc une propriété ? L'on peut en douter¹⁵⁸⁸. La propriété

¹⁵⁸³ *Ibid.* pp. 551-552, n° 551. Dans le même sens, S. TORCK, *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles*, *op. cit.*, n° 71, considérant que « l'essentiel, afin de faire valoir ce qui est sien, est-il de pouvoir localiser l'actif approprié, c'est-à-dire désigner celui à qui le rapport d'appropriation doit être opposé dans le commerce juridique. S'agissant de choses fongibles, cette localisation passe par la preuve qu'une partie des biens se trouvant entre les mains du débiteur appartient au remettant, sans qu'il soit pour autant nécessaire de les identifier ».

¹⁵⁸⁴ B. LOTTI, *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte*, *op. cit.*, p. 7, n° V-A.

¹⁵⁸⁵ Cf. *infra* n° 372 s.

¹⁵⁸⁶ F. ZENATI, « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempsychose de la valeur) », art. cité, p. 609, n° 5.

¹⁵⁸⁷ En ce sens, rapp. B. LOTTI, *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte*, pp. 270 s., n° 359 s.

¹⁵⁸⁸ Comp. toutefois P. CROCCO, « Propriété fiduciaire, propriété unitaire », in *La fiducie dans tous ses états*, Journée nationale de l'Association Henri Capitant, t. XV, Dalloz, 2011, p. 9 *sq.*, considérant que la propriété fiduciaire est une « véritable propriété ». Dans le même sens, v. C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, préf. D. Schmidt, Economica, 1981, p. 242, n° 246, pour qui « les prérogatives attachées au droit de propriété reposent sur la seule tête du fiduciaire, le fiduciaire ou le tiers bénéficiaire ne bénéficiant que de droits personnels à l'encontre du fiduciaire ».

fiduciaire n'a rien de la propriété ordinaire. Elle est déterminée à la réalisation d'une opération de gestion ou de sûreté pour le compte d'un bénéficiaire qui peut d'ailleurs être, en matière de fiducie-gestion, le constituant lui-même. Quand bien même le fiduciaire aurait des pouvoirs relativement étendus sur les objets formant le patrimoine fiduciaire, sa « propriété » est toujours ontologiquement déterminée et finalisée, loin du principe de liberté qui caractérise la propriété ordinaire¹⁵⁸⁹. Les pouvoirs du fiduciaire ne sont en effet aucunement caractéristiques de la pleine propriété, étant toujours encadrés par l'intérêt de la fiducie¹⁵⁹⁰ : le fiduciaire est systématiquement contraint d'agir « dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires »¹⁵⁹¹ et de rendre des comptes au constituant¹⁵⁹², lequel dispose de la possibilité de désigner un tiers « chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat »¹⁵⁹³, le constituant pouvant encore solliciter le remplacement du fiduciaire en cas de manquement à ses devoirs¹⁵⁹⁴. En termes de prétendue propriété, il n'y a qu'à constater que l'on se situe bien loin de la liberté et de la généralité charriées par la seule propriété¹⁵⁹⁵, ce qui rend sans ambiguïté impropre l'expression de « propriété » fiduciaire¹⁵⁹⁶. Mais encore, si l'on admet que le bénéficiaire est le constituant lui-même dans l'hypothèse d'une fiducie-gestion, ce qui est le plus souvent le cas en pratique¹⁵⁹⁷, la propriété revient davantage au bénéficiaire qu'au fiduciaire : « le propriétaire est moins celui qui actualise les

¹⁵⁸⁹ En ce sens, v. C. GIJSBERS, « L'évolution contemporaine du droit de propriété en France », in N. LAURENT-BONNE, N. POSE et V. SIMON (Dir.), *Les piliers du droit civil. Famille, propriété, contrat*, Mare & Martin, coll. « Histoire du droit & des institutions », 2015, p. 139, spéc. pp. 153-156, n° 18-19. V. également F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, op. cit., pp. 52-53, n° 43

¹⁵⁹⁰ C. civ., art. 2018, 6°.

¹⁵⁹¹ C. civ., art. 2011.

¹⁵⁹² C. civ., art. 2022.

¹⁵⁹³ C. civ., art. 2017.

¹⁵⁹⁴ C. civ., art. 2027.

¹⁵⁹⁵ Et le législateur n'est pas dupe, puisqu'il recourt à la notion d'apparence pour situer le fiduciaire vis-à-vis des tiers, relativement au patrimoine fiduciaire (C. civ., art. 2023). Plus généralement, v. B. MALLET-BRICOUT, « Le fiduciaire propriétaire ? », *JCP E* n° 8, 25 février 2010, 1191, spéc. n° 10 : « le caractère finalisé de l'opération ou le concept de propriété avec charge ne s'opposent pas à la qualification de propriété, bien d'autres hypothèses de propriétés finalisées ou avec charge existant en droit français. En revanche, la soumission du soi-disant propriétaire à la volonté d'un tiers s'y oppose. Car il est difficile, si l'on s'en tient à la notion classique de propriété – « pilier » de notre droit civil, d'admettre l'idée d'un propriétaire asservi ». Du même auteur, « Fiducie et propriété », in *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 297, spéc. pp. 303 s., n° 5 s.

¹⁵⁹⁶ Comp. G. BLANLUET, « Brèves réflexions sur la propriété économique », *Dr. et patr.* n° 91, mars 2001, p. 80, spéc. p. 82, relevant que la propriété du fiduciaire est, dans cette hypothèse, « vidée de son contenu économique ». Du même auteur, v. *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préf. P. Catala et M. Cozian, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 313, 1999, pp. 214 s., n° 340 s., distinguant le propriétaire juridique du propriétaire économique.

¹⁵⁹⁷ R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois* n° 15, 30 août 2007, p. 1094, spéc. n° 2. V. également M. GRIMALDI et R. DAMMANN, « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009, p. 670, spéc. n° 9.

prérogatives de l'article 544, que celui qui doit à terme les consolider dans son patrimoine »¹⁵⁹⁸, explique Monsieur Libchaber, dans la droite ligne de l'idée du Marquis de Vareilles-Sommières. Le propriétaire est donc celui qui dispose d'une vocation à jouir de toutes les utilités disponibles d'une chose et celui qui le peut librement¹⁵⁹⁹. Les prérogatives fiduciaires étant strictement délimitées, elles sont irréductibles à celles d'un propriétaire ordinaire¹⁶⁰⁰. Si la fiducie perturbe incontestablement les représentation intuitives de la propriété¹⁶⁰¹, il n'est pas même certain qu'elle soit un droit réel spécifique¹⁶⁰². Le fiduciaire reste avant toute un créancier, riche « de la créance et de la sûreté qui la renforce, non des utilités du bien qui en constitue l'assiette »¹⁶⁰³ : la fiducie n'est ainsi rien d'autre qu'une sûreté dont la nature réelle est très discutable¹⁶⁰⁴.

357. Propriété et matière. Les prérogatives reconnues au propriétaire ont pour unique objet une chose, seule une chose étant à même de fournir des utilités physiquement exploitables. S'agissant de l'*abusus*, de consommation matérielle de la chose pouvant aller de son altération jusqu'à sa destruction, il va de soi que seule la matière peut se prêter à un tel mode radical de jouissance. Il en va de même *a fortiori* de l'*usus*, la faculté de se servir d'une chose supposant que celle-ci offre une prise quelconque. Quant au *fructus*, le droit aux fruits, il n'a pour objet,

¹⁵⁹⁸ R. LIBCHABER, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », in *Liber Amicorum Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 303, spéc. p. 318, n° 13 du même auteur, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », art. cité, n° 21 : « le passage par le fiduciaire n'est donc qu'une sorte de palier technique entre deux propriétés absolues [...]. À ceci près que le passage par le fiduciaire est nécessaire, car consubstantiel à l'objectif poursuivi. Il s'ensuit que le transfert de propriété au fiduciaire est un moyen, non une fin [...]. Mais si le transfert n'est que cela, c'est qu'en réalité, la propriété elle-même n'est plus tout à fait à sa place dans le dispositif [...]. Il s'agit en réalité d'un transfert surdéterminé par une finalité de gestion, qui ne ressortit pas à notre conception de la propriété ».

¹⁵⁹⁹ Alors que fiduciaire « n'est pas libre à l'égard de la chose » (R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », art. cité, n° 22). V. également P. CROCQ, *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 248, 1995, p. 81, n° 98, notant que c'est cette potentialité « qui justifie la qualification de propriétaire et qui constitue l'essence du droit de propriété ».

¹⁶⁰⁰ *Ibid.*, n° 2, 20 et 23. *Contra*. F. DANOS, « La qualification des droits des différentes parties à une opération de fiducie », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2012, p. 137, spéc. pp. 141-143, n° 5, qui relève que si la propriété fiduciaire est finalisée, il reste que l'exclusivité, typique de la propriété selon Ginossar et Monsieur Zenati, caractérise également la propriété fiduciaire, qui reste toutefois imparfaite eu égard à la vocation du bénéficiaire à recueillir les biens à l'issue de la fiducie. Du même auteur, dans le même sens, *Propriété, possession et opposabilité*, *op. cit.*, pp. 51-53, n° 43.

¹⁶⁰¹ R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », art. cité, n° 24.

¹⁶⁰² *Contra*. F. DANOS, « La qualification des droits des différentes parties à une opération de fiducie », art. cité, pp. 151 s., n° 13 s., qui considère que le bénéficiaire dispose d'un droit réel sur la chose d'autrui dont la propriété, même imparfaite, serait celle du fiduciaire. *Comp.* R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », art. cité, n° 27, n° 31, questionnant l'éventuel élargissement du mandat à la fiducie.

¹⁶⁰³ C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, *op. cit.*, p. 74, n° 76

¹⁶⁰⁴ Cf. infra n° 395 s.

sauf l'exception des fruits civils¹⁶⁰⁵, que des choses palpables qui sont les accessoires de la chose frugifère. La matérialité est, comme pour les droits réels, l'apanage de la propriété. Les prérogatives du propriétaire, comme celles des titulaires de droits réels démembés, sont pareillement tournées vers cette matière, seule elle étant susceptible de faire l'objet d'une jouissance.

Il en ressort qu'un droit ne saurait s'offrir à une jouissance matérielle, n'ayant aucun service propre à fournir.

b. Inapplicabilité de la définition aux droits : l'exemple des droits personnels

358. L'absence de jouissance des droits. Le droit d'user (*jus utendi*), le droit aux fruits (*jus fruendi*) et le droit de disposer matériellement (*jus abutendi*) ne peuvent avoir pour objet qu'une seule chose corporelle. Un droit, tout particulièrement un droit personnel, ne saurait être l'objet de l'une de ces prérogatives, même si la figure de l'usufruit des créances semble corroborer l'idée que l'on puisse jouir d'un droit comme l'on jouirait d'une chose corporelle. Or, dans cette hypothèse et comme cela fut abordé, le démembrement n'est pas celui de la chose, sinon celui du droit¹⁶⁰⁶. Surtout, en tant qu'il opère un transfert des prérogatives attachées à la titularité du droit considéré, le démembrement relève fondamentalement de l'aspect externe des droits, tout droit patrimonial étant susceptible d'être démembre.

359. L'abus des droits personnels. L'on ne saurait premièrement admettre l'*abusus* des droits, spécialement des droits personnels¹⁶⁰⁷. La faculté matérielle de disposition de l'article 544 du Code civil (*jus abutendi*) se distingue radicalement de la faculté juridique de disposition de l'article 537 (*jus disponendi*)¹⁶⁰⁸ : quand la première concentre un droit d'altérer ou de consommer une chose physique et relève des seuls droits réels ayant une chose pour objet, la seconde est une faculté offerte à tout titulaire d'un droit patrimonial, l'autorisant à disposer de ce dernier par un acte juridique (cession, transmission, affectation en garantie, démembrement,

¹⁶⁰⁵ Sur lesquels, cf. infra n° 361.

¹⁶⁰⁶ Cf. supra n° 275.

¹⁶⁰⁷ *Contra*. Y. EMERICH, *La propriété des créances : approche comparative*, op. cit. pp. 151-152, n° 260, pour qui la créance est une chose consommable susceptible de faire l'objet du *jus abutendi*.

¹⁶⁰⁸ Cf. supra n° 267.

etc.). L'*abusus* des droits fait par conséquent figure de monstruosité juridique et logique, devant être définitivement écarté.

360. L'*usus* des droits personnels. L'on ne saurait deuxièmement admettre l'*usus* des droits. L'usage s'entend d'un acte matériel d'utilisation qui conserve la substance de la chose, sauf l'exception de l'usage d'une chose consommable qui entraîne sa disparition. Si l'on peut donc concevoir que l'usage entraîne parfois disparition de la chose et si l'on peut par analogie imaginer que l'« usage » d'une créance monétaire consisterait pareillement en son encaissement et donc en son extinction, l'on doit néanmoins rejeter la figure de l'usage des créances¹⁶⁰⁹, qui n'est qu'un « usage » juridique et non pas matériel¹⁶¹⁰ ; en somme, un usage figuré.

Sitôt que l'on raisonne au sujet de créances frugifères, l'*usus* se confond systématiquement avec le *fructus*. Ainsi est-ce le cas en matière de contrat de prêt d'une somme d'argent : l'encaissement des intérêts produits par cette somme concentre à la fois l'*usus* (droit d'usage) et le *fructus* (droit aux fruits civils issus des sommes prêtées). Ainsi est-ce encore en matière de contrat de location : l'encaissement du loyer s'apparente à l'usage de la créance de loyers et au droit de retirer les fruits (loyers) résultant de la mise à disposition de la chose. Cette constatation est particulièrement gênante sitôt que l'on compare l'usage d'une créance et l'usage d'un droit social, qui n'est jamais plus qu'une créance¹⁶¹¹. Si l'on considère que l'usage des droits sociaux consiste en l'encaissement des bénéfices éventuels de fin d'exercice, l'on se heurte à une réalité : les bénéfices sont en effet très clairement qualifiés de fruits que l'on retire et encaisse non en raison d'un droit d'usage mais en raison d'un droit aux fruits¹⁶¹² (dont profite d'ailleurs l'usufruitier de tels droits sociaux, qui a le droit d'encaisser les bénéfices annuels constitués des dividendes sur le résultat courant mis en distribution¹⁶¹³).

Pour finir, le *jus utendi* des créances est somme toute de bien peu de consistance, puisqu'il n'apparaît que pour les créances monétaires arrivées à échéance et exigibles et suppose

¹⁶⁰⁹ Comp. Y. EMERICH, *La propriété des créances : approche comparative*, op. cit., pp. 148-149, n° 254-255, pour qui l'encaissement d'une créance correspondrait à son usage conforme.

¹⁶¹⁰ En ce sens, v. A. FRANÇON, « L'usufruit des créances », art. cité, p. 14, n° 16.

¹⁶¹¹ Sur la question, cf. infra n° 432 s.

¹⁶¹² Cass. com., 5 octobre 1999, n° 97-17.377, *Bull. civ. IV*, n° 163.

¹⁶¹³ La remarque vaut également pour l'usufruit d'un portefeuille de titres financiers : l'usufruitier jouira de tous les bénéfices distribués, considérés comme des fruits : A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, *Rép. Civ. Dalloz*, v° « Usufruit », 2019, n° 366.

nécessairement une attitude positive du débiteur (soit qu'il accepte spontanément de s'exécuter, soit qu'il y soit contraint), outre le fait qu'il ne doit pas être insolvable : dans le cas inverse, l'usage de la créance devient impossible. On le voit, l'usage des créances est un concept dépourvu de tout contenu identifiable et en toute hypothèse éloigné de l'usage des choses corporelles.

361. Le *fructus* des droits personnels. L'on ne saurait troisièmement et dernièrement admettre le *fructus* des droits. Outre le fait que l'usage d'une créance se confond avec le droit aux fruits et qu'il ne concerne pas les créances non-frugifères, les créances non-monétaires et les créances non-échues, une confusion au sujet même du *jus fruendi* appliqué aux créances doit être relevée. Lorsque l'article 584 du Code civil fait mention des fruits civils, il précise bien que ces fruits sont soit issus des « maisons » (pour les loyers), soit issus des « sommes exigibles » (pour les intérêts), soit des « rentes » (pour les arrérages). Nulle part il n'est fait mention des créances mais seulement de l'objet qui forme la matière de la convention donnant lieu à l'existence d'une créance et duquel procèdent les fruits, à raison d'une créance. Ainsi, le fruit produit par la *mise à disposition* d'une maison est le loyer ; le fruit produit par la *mise à disposition* d'une somme d'argent est l'intérêt ; le fruit produit par l'*allocation d'une rente* est l'arrérage.

À proprement parler, les fruits civils ne sont pas produits par l'objet, mais résultent simplement de la convention et supposent la présence accessoire d'une créance qui en permette la jouissance et qui qualifie de fruit la contrepartie que la jouissance de l'objet procure. Par exemple, le loyer d'une maison n'est pas un fruit produit par la maison, mais correspond au « prix de la jouissance de la chose »¹⁶¹⁴. Autrement dit, le fruit civil, contrairement aux fruits naturels et industriels, correspond à la contrepartie de la jouissance d'une chose mise à disposition d'autrui. Il se trouve artificiellement généré par l'existence d'une créance permettant précisément la jouissance de l'objet mis à disposition. En elle-même, la créance ne génère aucun fruit¹⁶¹⁵.

¹⁶¹⁴ G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. I : *Des biens*, op. cit., p. 314, n° 490.

¹⁶¹⁵ Pas plus d'ailleurs que le titre social à proprement parler. C'est la société qui, en réalité, génère des fruits en réalisant des bénéfices. Cette observation rend d'ailleurs fragile l'idée d'une « propriété » originaire des associés, d'autant plus qu'une décision de la personne morale est requise afin que les dividendes reviennent aux associés. Somme toute, « ces dividendes sont ainsi des créances qui appartiennent aux associés et qui proviennent des droits sociaux qui y ouvrent droit » (L. GODON, « Un associé insolite : le nu-proprétaire de droits sociaux », *Rev. Soc.* 2010, p. 143, spéc. n° 26, note 86).

Le fruit civil apparaît donc comme une construction qui suppose la réunion de deux éléments : un objet et une créance. Ainsi, pour une créance de somme d'argent, le fruit civil correspond au loyer (élément « obligation ») de l'argent (élément « objet »)¹⁶¹⁶. Comme le souligne justement Monsieur Libchaber, « une créance ne produit pas de fruits par elle-même [et on] n'en fait rien sinon attendre son exécution, et, s'il y a lieu, percevoir les intérêts qu'engendrent les sommes prêtées »¹⁶¹⁷. Aussi le loyer est-il analysé comme le fruit d'une maison à raison d'un contrat présidant au bénéfice de celle-ci, de même que les intérêts sont analysés comme les fruits d'une somme d'argent à raison d'un contrat présidant au bénéfice de celle-ci : il va en effet de soi qu'une maison qui ne serait pas louée ne produira pas de loyers, tout comme une somme d'argent non employée ou non placée ne générera pas d'intérêts. Le *jus fruendi* des créances est donc une notion bien étrange, ainsi que le soulignait encore Monsieur Libchaber : « une créance n'est pas frugifère et concentre tous ses avantages dans sa seule existence, c'est-à-dire dans les anticipations d'exécution ainsi que les services périodiques auxquels elle donne droit »¹⁶¹⁸.

En termes de « jouissance » des créances, il n'est finalement question que de perception de la contrepartie monétaire générée par la mise à disposition d'une somme d'argent ou d'une chose dont autrui a la jouissance. Les fruits générés par les créances n'expriment que la contrepartie attendue d'un certain type d'obligations personnelles¹⁶¹⁹. Et cette particularité

¹⁶¹⁶ A. FRANÇON, « L'usufruit des créances », art. cité, p. 11, n° 13.

¹⁶¹⁷ R. LIBCHABER, « L'usufruit des créances existe-t-il ? », *RTD Civ.* 1997, p. 615, spéc. n° 8, ajoutant cela dit également que le *fructus* procéderait de la « somme prêtée, et non [de] la créance », précisant enfin que ce serait le capital qui sécréterait les intérêts et non la créance elle-même (*ibid.*, n° 15 et 19). En réalité, la somme prêtée, pas plus que la créance, n'est frugifère ; elle ne le devient que parce que la créance aura posé son empreinte sur elle en faisant générer, par l'effet d'un droit personnel, le versement d'un loyer de l'argent qui, nu de toute obligation, n'aurait rien produit.

¹⁶¹⁸ *Ibid.*, n° 8.

¹⁶¹⁹ Il est intéressant de comprendre les raisons pour lesquelles l'on qualifiera de fruit ce qui semble n'être que la contrepartie d'une prestation de mise à disposition d'une chose ou d'une somme d'argent. La raison principale se trouve du côté de l'usufruit. En matière d'usufruit, seule la qualification de fruits permet à l'usufruitier d'accaparer les loyers et autres revenus procédant de la mise à disposition d'une chose ou d'une somme d'argent (C. civ., art. 582). Aussi semble-t-il bien que la qualification de fruits civils de ces intérêts des sommes exigibles et autres loyers des maisons serve avant tout à l'usufruitier. Après avoir en effet rappelé que l'usufruitier a droit, notamment, aux fruits civils (C. civ., art. 582), le Code civil liste les fruits civils auxquels l'usufruitier a droit en vertu de celui-ci (C. civ., art. 584). N'est-ce pas là le signe que la qualification en fruits civils de ces « excroissances » artificielles des choses précédemment évoquées doit justement permettre à l'usufruitier de se les approprier en cas de démembrement de droits personnels ayant ces choses pour objets ? Tel semble être le cas car, *a contrario*, la liste des fruits civils ne figurerait pas au sein d'une section consacrée aux droits de l'usufruitier. Mais fallait-il alors vraiment recourir à une telle détermination fictive de fruits pour permettre à l'usufruitier de s'approprier les loyers et intérêts qui lui reviennent en cette qualité ? Le doute est cette fois-ci permis. Comme l'écrit justement Monsieur Dross, ce détour par le droit des biens est à la fois inutile et inexact. Lorsque l'usufruitier consent lui-même un bail, « les loyers lui sont acquis par cela qu'il en est personnellement créancier. Autrement dit, ce n'est pas à titre réel mais personnel qu'il y a droit », tout comme c'est l'usufruitier qui, en rapport avec le preneur, lui assurera la jouissance paisible de la chose, l'obligation procédant d'un rapport personnel (C. civ., art. 1719, 3°).

s'explique simplement : l'obligation n'est pas un droit de jouissance, mais un droit d'exiger l'exécution d'une prestation. Dès lors, l'on peut relever une différence essentielle entre les fruits que le propriétaire d'une chose ou son usufruitier recueille et les fruits, nécessairement civils, que le titulaire d'une créance ou son usufruitier peut recueillir¹⁶²⁰. Outre que ces fruits civils ont un caractère évidemment fictif¹⁶²¹, c'est la créance qui crée et révèle en même temps les fruits que le créancier peut retirer des choses ou des sommes mises à disposition d'autrui, sans toutefois que la créance ne soit en elle-même frugifère.

362. Absence de jouissance des créances. En conclusion, il est bien difficile d'appréhender une potentielle jouissance des droits personnels sur le modèle de la jouissance des choses, seules ces dernières se prêtant véritablement à la jouissance. En fait de jouissance des créances, il n'est donc question finalement que d'obtention de la contre-prestation qui procède de la mise à disposition d'une chose ou d'une somme d'argent. Aussi peut-on dire avec Monsieur Thomassin que « les actes du créancier sur sa créance n'ont pas besoin du droit des biens »¹⁶²² et que les pouvoirs du créancier ne sont jamais que « l'expression directe de l'ascendant interpersonnel que tout créancier prend sur le débiteur »¹⁶²³.

2. Un arrière-droit à la jouissance des choses

363. La vocation du propriétaire. La propriété n'est pas seulement un mode actuel de jouissance des choses. Elle est encore une vocation future à la jouissance des choses, une perspective sur l'avenir¹⁶²⁴, le propriétaire ne cessant pas d'être propriétaire au seul motif qu'autrui serait investi d'un droit réel concurrent. C'est cette vocation qui révèle et singularise

Par conséquent, en termes de fruits civils, il ne s'agit jamais que de la contrepartie logique d'une prestation initiale (W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, op. cit., p. 20, n° 15-1). V. également sur ce point N. THOMASSIN, *De la propriété. Contribution à une théorie générale*, op. cit., pp. 85-86, n° 45.

¹⁶²⁰ A. FRANÇON, « L'usufruit des créances », art. cité, pp. 13-14, n° 15 : « c'est dire que, si l'on parle de fructus dans le domaine de l'usufruit des créances, il s'agit en réalité de tout autre chose qu'en cas d'usufruit des choses corporelles ».

¹⁶²¹ Ce caractère fictif se manifeste d'ailleurs dans la possibilité pour le créancier de déterminer la nature des sommes dues par le débiteur. En ce sens, v. A. FRANÇON, « L'usufruit des créances », art. cité, p. 13, n° 15 : « pour déterminer quels sont les fruits qu'acquiert l'usufruitier d'une créance, il faut envisager essentiellement la destination que le créancier a désiré donner aux sommes que lui doit le débiteur ».

¹⁶²² N. THOMASSIN, *De la propriété. Contribution à une théorie générale*, op. cit., p. 85, n° 45. V. également A. FRANÇON, « L'usufruit des créances », art. cité, p. 6, n° 5-6, qui souligne le fait que le caractère immédiat propre aux droits réels ne se retrouve pas en ce qui concerne les droits personnels et leurs démembrements.

¹⁶²³ N. THOMASSIN, *De la propriété. Contribution à une théorie générale*, op. cit., p. 86, n° 46.

¹⁶²⁴ C. ATIAS, « Des vocations à la propriété », in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 597, spéc. p. 599, n° 66.

la propriété (a). Cependant, cet espoir peut être mis à mal dans l'hypothèse où un tiers recueillerait le bénéfice d'une jouissance spéciale de la chose appartenant au propriétaire (b).

a. Le principe : la vocation du propriétaire à la jouissance de la chose

364. Spécificité de la propriété. Contrairement aux autres droits réels, la propriété est le mode de jouissance des choses le plus étendu. Non seulement le propriétaire est-il celui qui a le droit de retirer l'ensemble des services qu'une chose est actuellement susceptible de fournir – et non certains services spécifiques – mais il est encore celui qui a un « arrière-droit » aux services temporairement neutralisés de celle-ci¹⁶²⁵, ainsi que l'expliquait magistralement Vareilles-Sommières. L'étendue du mode de jouissance que constitue la propriété est alors double : c'est un droit actuel à l'ensemble des services produits par une chose sauf exception, et un arrière-droit aux services retirés temporairement par autrui¹⁶²⁶.

Lorsqu'il démembre son droit, le propriétaire consent à une neutralisation nécessairement temporaire des prérogatives qui lui reviennent habituellement. En conférant à autrui le droit de jouir d'une chose, le propriétaire ne se dépouille nullement de son droit de propriété, conservant une vocation à la jouissance des utilités temporairement indisponibles¹⁶²⁷. C'est cette « vocation » qui caractérise le mieux la propriété et son étendue. C'est encore elle qui justifie le caractère nécessairement temporaire des droits réels consentis par le propriétaire¹⁶²⁸ et le caractère perpétuel de la propriété. L'encadrement de la durée des droits réels constitués sur le patron de la propriété passe alors soit par la fixation d'un terme extinctif à leur endroit¹⁶²⁹,

¹⁶²⁵ M.-G.-A. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », art. cité, p. 445, n° 3 : « de ce qu'il a droit en principe à tous les services de la chose, il suit qu'il a un arrière-droit à ceux de ces services auxquels actuellement et par exception, de par les lois positives ou de par ses conventions, il n'a pas droit ».

¹⁶²⁶ C'est là que gît la différence entre le droit de propriété et les autres droits réels. En ce sens, v. M.-G.-A. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », art. cité, p. 444, n° 2 : « sur la chose, le propriétaire peut tout excepté certains actes ; le titulaire d'un autre droit réel ne peut rien excepté certains actes », relevant en outre que « l'arrière-droit du propriétaire aux services de la chose retenus par la loi ou aliénés par lui-même ne s'évanouit jamais » (*ibid.*, p. 445, n° 4).

¹⁶²⁷ *Ibid.*, p. 447, n° 7 : la propriété « n'a point de lacune, si l'on peut dire, dans sa structure, elle reste conforme à sa définition, elle ne cesse donc pas d'être entière, lorsque des lois ou des conventions la rétrécissent par de telles exceptions ».

¹⁶²⁸ *Ibid.*, p. 485, n° 79 : « la perpétuité de la propriété [...] n'est qu'une conséquence nécessaire, ou mieux qu'un des côtés de sa généralité ».

¹⁶²⁹ L'usufruit constitué au profit d'une personne physique est viager et s'éteint à sa mort (C. civ., art. 617 ; Cass. ch. réunies, 16 juin 1933, *DH* 1933, p. 693). Quant à celui constitué au profit d'une personne morale, il s'éteint au bout de trente ans (C. civ., art. 619), ces règles étant applicables en matière de droits d'usage et d'habitation (C. civ., art. 625).

exception faite des servitudes qui ne sont pas des droits réels¹⁶³⁰, soit par une prescription extinctive pour non-usage trentenaire¹⁶³¹.

Cette vocation bute cependant aujourd'hui sur certains droits : les droits réels de jouissance spéciale.

b. La limite : le cas des droits réels de jouissance spéciale

365. Problématique des droits réels de jouissance spéciale. Il est aujourd'hui notable que de nombreux droits réels de jouissance « spéciale », que l'on qualifie à l'envi de droits *sui generis*, viennent fragiliser l'espoir du propriétaire de retrouver un jour l'entière utilité de sa chose, certains de ces droits étant programmés pour durer perpétuellement et parfois n'être pas susceptibles de prescription extinctive pour non-usage trentenaire¹⁶³². Si l'on s'accommodait bon an mal an de certains d'entre eux, soit qu'on y voyait une configuration particulière¹⁶³³, soit qu'on y voyait une atteinte minime au droit de propriété¹⁶³⁴, force est d'admettre que le développement de ces droits, dans des domaines parfois très divers, contrevient de plus en plus à la définition même de la propriété¹⁶³⁵.

¹⁶³⁰ Cf. infra n° 402 s.

¹⁶³¹ Comme en ce qui concerne la prescription pour non-usage trentenaire d'une servitude (rappr. C. civ., art. 2227). À ce sujet, la perpétuité des servitudes est contrebalancée par leur prescription extinctive trentenaire, garantissant là la vocation naturelle de la propriété à se recomposer, à retrouver sa plénitude sur l'ensemble des utilités de la chose. Sur ce point, T. GÉNICON, « L'ordre public des biens et les servitudes : réflexion sur les incidences du droit de jouissance spéciale », in L. ANDREU (Dir.), *Liberté contractuelle et droits réels*, Institut Universitaire Varenne, coll. « Colloques & Essais », 2015, p. 109, spéc. p. 113, n° 4 et p. 115, n° 7.

¹⁶³² V. déjà en ce sens, P. CATALA, « L'évolution contemporaine du droit des biens : exposé de synthèse », in *L'évolution contemporaine du droit des biens, Troisièmes Journées René Savatier*, PUF, 1991, p. 181, spéc. p. 185, n° 16, relevant une « forte tendance à la pérennisation des droits de jouissance ».

¹⁶³³ Ainsi par exemple du droit de jouissance exclusif et perpétuel octroyé à un copropriétaire sur une partie commune de l'immeuble. Sur ce point, v. R. LIBCHABER, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 31 octobre 2012, n° 11-16.304, *RDC* n° 2, 1^{er} avril 2013, p. 584, se demandant s'il fallait « surestimer une situation aussi particulière, où ni la propriété ni les droits réels ne sont purs », cette situation étant « intimement liée à la structure des lieux et à la commodité de l'habitation ».

¹⁶³⁴ V. par exemple le droit de jouissance perpétuelle à finalité éducative sur un terrain (Cass. req., 24 juillet 1882, *DP* 1884, 1, p. 185), le droit de pâturage et d'usage en bois concédé à perpétuité aux habitants d'un village (Cass. civ., 10 mai 1950, *D.* 1950, p. 482), le droit d'affichage perpétuel sur la façade d'un immeuble soumis au régime de la copropriété (Cass. 3^{ème} civ., 18 janvier 1984, n° 82-16.003, *Bull. civ.* III, n° 16), ou encore le droit perpétuel de crû et à croître permettant à son titulaire de disposer du bois existant et à venir sur la parcelle d'un propriétaire (Cass. 3^{ème} civ., 23 mai 2012, n° 11-13.202, *Bull. civ.* III, n° 84).

¹⁶³⁵ Plusieurs auteurs n'y voient pas un mal. V. notamment M. MEKKI, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 31 octobre 2012, *RDC* n° 1, 1^{er} mars 2014, p. 105, spéc. n° 2, développant les « virtualités environnementales » dont est susceptible le droit réel de jouissance spéciale. V. également W. DROSS, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 28 janvier 2015, *RTD Civ.* 2015, p. 413 *sq.*, qui évoque la possibilité d'une « affectation plus fine et plus efficace de la richesse, telle qu'on la connaissait sous l'Ancien droit » et du même auteur, « Une approche structurale de la propriété », *RTD Civ.* 2012, p. 419, spéc. n° 15, qui relève que « si l'on peut être favorable à ce que les droits réels démembrés conservent par principe un caractère temporaire en droit français, il faut être conscient que la règle n'est ni juridiquement ni sans doute économiquement nécessaire ». V. en outre B. MALLET-BRICOUT, obs. sous Cass. 3^{ème} civ.,

La Cour de cassation a ainsi eu plusieurs fois l'occasion d'affirmer que ces droits étaient susceptibles d'être perpétuels. Quoiqu'elle ait feint de le nier dans une série de trois arrêts, elle l'a très clairement admis dans un autre. Dans un premier temps, comme un « coup de tonnerre dans un ciel clair »¹⁶³⁶, la Cour de cassation a en effet affirmé en 2012, au visa des articles 544 et 1134 ancien du Code civil, que « le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien qui s'exercera pendant toute la durée d'existence de son bénéficiaire »¹⁶³⁷. Cette solution fut scrupuleusement suivie par la cour d'appel de Paris, statuant sur renvoi après cassation¹⁶³⁸. Dans un second temps, la Cour de cassation a affirmé en 2015, cette fois-ci au quadruple visa des articles 544, 619, 625 et 1134 ancien du Code civil, que « lorsque le propriétaire consent un droit réel, conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien, ce droit, s'il n'est pas limité dans le temps par la volonté des parties, ne peut être perpétuel et s'éteint dans les conditions prévues par les articles 619 et 625 du Code civil »¹⁶³⁹. Dans un troisième temps, la Cour de cassation

28 janvier 2015, *D.* 2015, p. 599, spéc. n° 18, pour qui un rejet systématique de la perpétuité des droits réels autres que la propriété « enfermerait le droit des biens dans un schéma unique, excessivement attaché à la domination de principe de la propriété privée et réducteur des potentialités de valorisation des biens ». V. dans le même sens L. d'AVOUT et B. MALLET-BRICOUT, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 31 octobre 2012, *D.* 2013, p. 53 *sq.* et des mêmes auteurs, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 8 septembre 2016, *D.* 2017, p. 134 *sq.* ; V. enfin A. TADROS, « La liberté d'aménager les droits réels principaux », in L. ANDREU (Dir.), *Liberté contractuelle et droits réels*, op. cit., p. 87, spéc. pp. 103 s., n° 37 s.

¹⁶³⁶ A. TADROS, « La liberté d'aménager les droits réels principaux », art. cité, p. 87, n° 1.

¹⁶³⁷ Cass. 3^{ème} civ., 31 octobre 2012, « La Maison de Poésie », n° 11-16.304, *Bull. civ.* III, n° 159. En l'espèce, en 1932, la fondation « La Maison de Poésie » a vendu un immeuble à la Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques (SACD), en se réservant la jouissance ou l'occupation des locaux qu'elle occupait alors dedans. L'acte de vente mentionnait également que dans l'hypothèse où la SACD souhaitait récupérer les locaux utilisés par « La Maison de Poésie », elle devrait en retour édifier dans l'immeuble et mettre gratuitement à la disposition de cette dernière, une construction de même importance pour toute la durée de cette fondation. En 2007, la SACD a assigné « La Maison de Poésie » en expulsion et en paiement d'une indemnité pour l'occupation sans droit ni titre des locaux. Les juges du fond ont fait droit à cette demande, retenant que le droit concédé dans l'acte de vente à « La Maison de Poésie » était un droit d'usage et d'habitation, qui s'établit et se perd de la même manière que l'usufruit et ne peut excéder une durée de trente ans lorsqu'il est accordé à une personne morale. « La Maison de Poésie » forma alors un pourvoi en cassation qui aboutit : en cassant l'arrêt d'appel au visa des articles 544 et 1134 du Code civil, la Cour de cassation relève que les parties étaient convenues de conférer conventionnellement à « La Maison de Poésie », pendant toute la durée de son existence, un droit réel *sui generis* de jouissance et d'occupation des locaux où elle était installée, disqualifiant ainsi l'existence d'un droit d'usage et d'habitation.

¹⁶³⁸ CA Paris, pôle 4, Ch. 1, 18 septembre 2014, RG n° 12/21592. En l'espèce, il apparaît même que la cour d'appel rend le droit réel concédé presque invulnérable : outre sa potentielle perpétuité, il est aussi insensible à la prescription extinctive trentenaire, ne s'éteignant que par l'expiration du temps pour lequel il a été consenti. V. sur ce point L. ANDREU, obs. sous. CA Paris, 18 septembre 2014, *D.* 2014, p. 1874.

¹⁶³⁹ Cass. 3^{ème} civ., 28 janvier 2015, « ERDF », n° 14-10.013, *Bull. civ.* III, n° 13. En l'espèce, par un acte de 1981, un syndicat de copropriétaires a constitué au bénéfice de la société EDF (devenue ERDF), un droit d'usage sur un lot composé d'un transformateur de distribution publique d'électricité. Exactement 30 ans plus tard, le syndicat a assigné la société ERDF pour faire constater l'expiration de la convention de droit d'usage et ordonner la libération des lieux. La cour d'appel de Caen rejeta toutefois la demande, en relevant que la constitution de ce droit d'usage avait été consentie et acceptée moyennant paiement d'un prix, que ni le règlement de copropriété ni l'acte initial n'avaient fixé de durée au droit d'usage convenu, et qu'ERDF était finalement devenue bénéficiaire d'un droit réel de jouissance spéciale exclusif et perpétuel. Devant la Haute Cour, la décision est finalement cassée.

s'est à nouveau prononcée en 2016 sur la première affaire, après qu'elle eut été saisie d'un second pourvoi. Ainsi releva-t-elle que le droit réel de jouissance spéciale conféré à une fondation, distinct du droit d'usage et d'habitation régi par le Code civil et non soumis aux dispositions des articles 619 et 625 du Code civil, pouvait valablement excéder trente ans, tout en prenant le soin de préciser que ce droit, alors même qu'il avait été concédé à une fondation pour la durée de son existence, n'était pas perpétuel¹⁶⁴⁰. Dans un quatrième temps, elle eut en revanche l'occasion d'affirmer plus frontalement qu'un droit réel attaché à lot de copropriété, conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un autre lot, était perpétuel, dans la mesure où les droits « avaient été établis en faveur des autres lots de copropriété et constituaient une charge imposée à certains lots, pour l'usage et l'utilité des autres lots »¹⁶⁴¹. Si, dans les trois premiers arrêts, la Cour de cassation semble limiter la portée de ces droits en relevant qu'ils ne sont pas perpétuels, tout laisse à penser que ces précautions sont bien vaines et que ces droits peuvent, en pratique, tendre à la perpétuité¹⁶⁴². En validant un droit dont la durée est calquée sur celle d'une fondation, la Cour de cassation fait de celui-ci un concurrent direct de la propriété, tout comme elle le fit dans le dernier arrêt évoqué. Il y a pourtant tout lieu de déplorer de telles solutions et plus encore leur fondement ou leur justification : le caractère prétendument *sui generis* des droits concédés.

366. L'absence de spécialité des droits réels de jouissance spéciale. S'il n'existe pas de *numerus clausus* des droits réels et s'il est loisible à quiconque d'en créer de nouveaux¹⁶⁴³, encore s'agit-il de savoir dans quelle catégorie ranger les droits réels de jouissance spéciale et donc d'identifier leur critère. La lecture des arrêts rendus entre 2012 et 2016 révèle que ce critère n'est autre que la durée du droit de jouissance concédé, le distinguant du simple droit d'usage¹⁶⁴⁴. D'un côté figurerait donc un droit d'usage général et de l'autre un droit d'usage

¹⁶⁴⁰ Cass. 3^{ème} civ., 8 septembre 2016, « La Maison de Poésie 2 », n° 14-26.953, *Bull. civ.* III, n° 105.

¹⁶⁴¹ Cass. 3^{ème} civ., 7 juin 2018, « Grand Roc », n° 17-17.240, à paraître au Bulletin.

¹⁶⁴² Comp. Cass. 3^{ème} civ., 4 mars 1992, n° 90-13.145, *Bull. civ.* III, n° 73 ; Cass. 3^{ème} civ., 2 décembre 2009, n° 08-20.310, *Bull. civ.* III, n° 266 ; Cass. 3^{ème} civ., 7 juin 2018, préc., considérant que le droit réel de jouissance privatif sur les parties communes d'une copropriété est un droit *sui generis* pouvant être perpétuel sauf stipulation contraire.

¹⁶⁴³ Cf. infra n° 369.

¹⁶⁴⁴ Monsieur François remarque pour sa part que si le critère de spécialité ne saurait être tiré de l'assiette du droit (la chose dans son intégralité ou une portion de la chose), il doit pouvoir en revanche être tiré des prérogatives conférées par le droit, donc de l'étendue du droit, « qui doit être plus restreinte que celle d'un droit de jouissance générale » (J. FRANÇOIS, « Qu'est-ce qu'un droit réel de jouissance spéciale ? », *D.* 2019, p. 1660, spéc. n° 2-3). Et de conclure : « la jouissance spéciale de la chose d'autrui est celle qui laisse au propriétaire le droit d'en faire un usage conforme à sa destination » (*ibid.*, n° 28).

spécial, la clé de bascule d'un droit à l'autre étant la durée, puisque rien, dans la configuration propre du droit concédé, ne semble indiquer que la « spécialité » du droit résiderait ailleurs¹⁶⁴⁵. Assez laconiquement, le conseiller-rapporteur de l'arrêt de 2012 défendait le caractère « spécifique » de ce droit en ce qu'il ne répondait pas « aux critères et conditions des autres droits réels prévus par la loi »¹⁶⁴⁶. En revanche, l'avocat général de l'arrêt de 2015 confirma très clairement que le « cœur du débat » résidait précisément « dans la détermination de la durée du droit de jouissance concédé »¹⁶⁴⁷. De même, dans son arrêt de 2016, la Cour de cassation a expressément relevé que ce droit de jouissance spéciale n'était pas régi par les dispositions des articles 619 et 625 du Code civil, relatifs à la durée du droit d'usage. L'on voit donc que c'est bien la durée du droit concédé qui le fait basculer du général au spécial. Reste alors à savoir si l'on peut valablement faire de la durée du droit de jouissance concédé la cause de son caractère spécial.

Une réponse négative semble s'imposer. Quoique l'avocat général près la Cour de cassation évoquât sa gêne à écarter la figure du droit d'usage pour qualifier le droit en question¹⁶⁴⁸, la référence aux articles 619 et 625 du Code civil dans le visa des deuxième et troisième arrêts condamne par avance toute émancipation du droit réel de jouissance spéciale du modèle du droit d'usage dont ces articles règlent le régime, en dépit de l'affirmation somme toute péremptoire de la Cour de cassation dans le troisième arrêt, selon laquelle ce droit n'était pas régi par ces articles-ci. Autrement dit, en fait de jouissance spéciale, si la cause de la spécialité – la durée du droit – est encadrée par des articles relatifs aux droits de jouissance « générale », il ne reste rien de cette spécialité lorsque les parties n'ont pas, comme dans les espèces rapportées, fixé de terme au droit en cause. Aussi, le caractère *sui generis* du droit s'évapore comme neige au soleil lorsque les parties n'ont pas convenu du terme qui lui serait applicable. De la sorte, ce droit n'est jamais plus qu'une « variante » du si plastique droit d'usage¹⁶⁴⁹ ou un « aménagement » de son régime¹⁶⁵⁰ qu'on a fait à tort tomber dans l'innommé par cela seulement que la durée de ce droit pouvait être supérieure à trente ans. Or, en l'absence

¹⁶⁴⁵ Si l'on peut concevoir des droits d'usages originaux – ainsi de la problématique très actuelle du « *time sharing* » ou des usages en temps partagés –, il n'est pas certain que cette originalité suffise à extraire ces droits des sentiers balisés, la Cour de cassation ayant reconnu pléthore de droits d'usage sans jamais avoir à élaborer pour chacun d'eux un régime spécifique !

¹⁶⁴⁶ M.-T. FEYDEAU, obs. sous. Cass. 3^{ème} civ., 28 janvier 2015, *JCP G* n° 9, 2 mars 2015, 250.

¹⁶⁴⁷ B. STURLÈSE, obs. sous. Cass. 3^{ème} civ., 28 janvier 2015, *JCP G* n° 9, 2 mars 2015, 251.

¹⁶⁴⁸ *Ibid.*

¹⁶⁴⁹ M. JULIENNE et J. DUBARRY, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 28 janvier 2015, *JCP N* n° 8-9, 20 février 2015, 1083.

¹⁶⁵⁰ T. REVET, obs. sous. Cass. 3^{ème} civ., 28 janvier 2015, *JCP G* n° 9, 2 mars 2015, 252.

de « critère structurel » permettant de distinguer le droit spécial du droit général¹⁶⁵¹, la durée du droit ne peut valablement servir de clé de distinction entre une jouissance générale et une jouissance spéciale : rien dans la jouissance ou dans son étendue n'est en cause, mais simplement sa durée. L'on comprend bien que le droit réel mis en lumière par la Cour de cassation n'est jamais plus qu'une déclinaison, non de l'usufruit¹⁶⁵², mais du droit d'usage¹⁶⁵³, ce que confirme expressément le visa des articles 619 et surtout 625 du Code civil des arrêts de 2015 et 2016. Somme toute, le droit réel de jouissance « spéciale » ne saurait s'émanciper du droit d'usage dans le cas où aucun terme n'aurait été fixé par les parties. Bien que le droit positif ne soit pour l'heure pas en ce sens, il devrait en toute logique en aller de même lorsque les parties seront convenues de déroger au terme trentenaire en principe applicable aux droits de jouissance.

S'il est certain que le droit doit s'éteindre dans les conditions des articles 619 et 625 du Code civil lorsqu'il n'est pas limité dans le temps par la volonté des parties (que le terme soit exprès ou associé à la disparition du bénéficiaire), rien ne semble interdire aux parties de déroger aux articles 619 et 625 du Code civil – qui n'auront vocation qu'à s'appliquer subsidiairement – et ainsi d'assortir leur droit d'un terme supérieure à 30 ans ou de calquer sa durée sur celle la vie de son de son bénéficiaire. Le paradoxe est pourtant flagrant : en permettant aux parties de créer conventionnellement un droit dont la durée se calquera sur celle de son bénéficiaire, l'on s'expose à une perpétuité de fait¹⁶⁵⁴ bien plus pernicieuse qu'une perpétuité de droit, du fait de la potentielle persistance de la personne morale bénéficiaire qui peut être prorogée conformément aux articles 1844-6, al. 1^{er} et 1844-7, 1^o du Code civil¹⁶⁵⁵. De la sorte, même si

¹⁶⁵¹ L. ANDREU, « Analyse et régime des droits de jouissance spéciale », in L. ANDREU (Dir.), *Liberté contractuelle et droits réels*, op. cit., p. 133, spéc. p. 137, n° 4 et p. 143, n° 9. Rapp. F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. R. Le Balle, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 2, 1956, n° 562).

¹⁶⁵² S'il s'agissait en effet d'une variante de l'usufruit, la référence à l'article 625 serait parfaitement superflue.

¹⁶⁵³ Rapp. L. ANDREU, « Analyse et régime des droits de jouissance spéciale », art. cité, pp. 140-141, n° 7, notant que « l'innovation introduite par voie jurisprudentielle serait assez limitée [...], on en vient à penser qu'avec la création du droit de jouissance spéciale, on a en réalité réinventé le droit d'usage dans sa version de 1804... ».

¹⁶⁵⁴ Comp. M.-T. FEYDEAY, obs. sous. Cass. 3^{ème} civ., 28 janvier 2015, art. cité. Comp. également J.-L. BERGEL, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 31 octobre 2012, *RDI* 2013, p. 80 sq., pour qui le risque de perpétuité est exclue du fait que la convention est assortie d'un terme correspondant à la vie de la fondation.

¹⁶⁵⁵ Selon Monsieur Périnet-Marquet, cette considération était parfaitement sue de la Cour de cassation dès 2012, notant même qu'elle n'aurait eu d'autre choix que de consacrer le caractère potentiellement perpétuel du droit faute de le rendre inutile (H. PÉRINET-MARQUET, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 31 octobre 2012, *Construction-Urbanisme*, n° 1, janvier 2013, repère 1). L'argument paraît très étonnant venant du signataire de propositions de réforme qui entendent justement limiter la durée de ce type de droits à 30 ans, sans qu'ils soient alors jugés inutiles ! (H. PÉRINET-MARQUET (Dir.), *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Litec, coll. « Carré droit », 2009, article 611 : « le droit réel de jouissance spéciale s'éteint : - par l'expiration du temps pour lequel il a été consenti, lequel ne peut excéder trente ans... »). V. également l'exposé des motifs relatifs à cet article (*ibid.*, p. 29, par F. POLLAUD-DULIAN).

le droit n'est pas perpétuel, « en fait, c'est tout comme... »¹⁶⁵⁶. Quoi qu'en dise la Cour de cassation dans son arrêt de 2016 et malgré l'ambiguïté des arrêts qui se sont bien gardés d'évoquer cette question¹⁶⁵⁷, l'on ne saurait valablement admettre que le risque de perpétuité se trouve exclu par le seul fait que ce droit n'existera que pendant la durée de vie de la fondation. Même l'avocat général de l'arrêt de 2015 était conscient du risque de perpétuité¹⁶⁵⁸. Ce risque de perpétuité du droit réel concédé n'est en outre et surtout pas anodin. D'abord, rien ne garantit qu'il ne soit pas du jour au lendemain écarté par le juge ou le législateur, privant les conventions de toute sécurité juridique ; rien ne détermine en effet la perpétuité que le droit concédé ne pourrait outrepasser¹⁶⁵⁹. Il aboutit ensuite en pratique à priver le propriétaire de sa vocation à retrouver les services de sa chose et donc à donner dans le même temps à ce droit réel de jouissance « les mêmes caractères que la propriété »¹⁶⁶⁰, la perpétuité n'assumant plus son rôle de garantie de la propriété¹⁶⁶¹. Aussi rappelle-t-il très fortement les propriétés partiales de l'Ancien régime, la propriété se divisant entre un domaine éminent et un domaine utile, pourtant dénoncées avec l'adoption du Code civil¹⁶⁶².

367. Encadrement souhaité des droits réels de jouissance spéciale. La potentielle perpétuité des droits réels de jouissance spéciale doit alors être dénoncée. L'ordre public des biens, si tant est qu'il existe et qu'il ait un contenu identifiable¹⁶⁶³, doit pouvoir constituer un frein à la constitution de tels droits perpétuels qui privent le constituant de sa vocation. Cet

¹⁶⁵⁶ M. JULIENNE et J. DUBARRY, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 28 janvier 2015, art. cité.

¹⁶⁵⁷ B. STURLÈSE, obs. sous. Cass. 3^{ème} civ., 28 janvier 2015, art. cité.

¹⁶⁵⁸ *Ibid.*

¹⁶⁵⁹ S'agissant du risque d'atteinte à l'attractivité du droit français, v. L. ANDREU, « Analyse et régime des droits de jouissance spéciale », art. cité, pp. 142-143, n° 8.

¹⁶⁶⁰ A. TADROS, obs. sous. CA Paris, 18 septembre 2014, *RDC* n° 1, 31 mars 2015, p. 131. Dans le même sens, v. R. LIBCHABER, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 31 octobre 2012, préc., art. cité ; T. REVET, obs. sous. Cass. 3^{ème} civ., 28 janvier 2015, préc., art. cité.

¹⁶⁶¹ En ce sens, v. A. TADROS, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 31 octobre 2012, *D.* 2013, p. 53 *sq.* et du même auteur, « La liberté d'aménager les droits réels principaux », in *Liberté contractuelle et droits réels*, art. cité, p. 99, n° 29.

¹⁶⁶² Sur ce rapprochement, v. COUR DE CASSATION, *La propriété dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Étude annuelle 2019, La documentation française, 2020, p. 224.

¹⁶⁶³ V. sur ce point W. DROSS, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 28 janvier 2015, art. cité, qui note, non sans dépit, qu'« il n'est de mystère pour personne que la notion d'ordre public contient ce que les magistrats jugent utile et bon d'y mettre ». Sur la notion d'ordre public des biens, v. T. GÉNICON, « L'ordre public des biens et les servitudes : réflexion sur les incidences du droit de jouissance spéciale », art. cité, p. 110 s., n° 2 s. V. enfin J. DUBARRY, « Comment cantonner le domaine des droits réels de jouissance spéciale pour préserver celui des autres droits réels ? », *D.* 2019, p. 1689, spéc. n° 12, qui note que « la détermination du contenu de l'ordre public des biens apparaît ainsi au mieux être un nid à débat doctrinal et au pire rétive à tout critère évident. Il faut pourtant en la matière une certaine rigidité, et tout ne peut pas être affaire de politique juridique tant l'enjeu est important : la cohabitation de la propriété avec les droits réels sur la chose d'autrui ».

ordre public doit permettre de sauvegarder la propriété et la vocation du propriétaire à retrouver l'ensemble des utilités temporairement dévolues au titulaire d'un droit réel concurrent¹⁶⁶⁴. C'est d'ailleurs sans doute en considération de cet ordre public des biens que la Cour de cassation a affirmé en 2019 qu'une clause instituant une servitude privant le propriétaire du fonds servant de toute jouissance de sa chose était nulle, le propriétaire ne pouvait être indéfiniment privé de l'utilité de celle-ci¹⁶⁶⁵. Cet arrêt s'oppose ainsi frontalement – sans doute à tort¹⁶⁶⁶ – à l'arrêt précédemment évoqué de 2018 qui avait reconnu le caractère perpétuel du droit réel attaché à un lot de copropriété et offert à son titulaire le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un autre lot¹⁶⁶⁷. Il s'y oppose d'autant plus que l'arrêt de 2018 concernait en réalité, malgré des termes ambigus, non pas un droit de jouissance spéciale, mais une servitude établie sur un lot au bénéfice d'un autre, faisant peser sur le propriétaire du lot servant une obligation personnelle *propter rem* d'entretien au bénéfice du propriétaire du lot dominant, conformément à l'article 698 du Code civil¹⁶⁶⁸.

¹⁶⁶⁴ En ce sens, v. R. LIBCHABER, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 31 octobre 2012, art. cité. V. également F.-X. AGOSTINI, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 31 octobre 2012, *LPA* n° 12, 16 janvier 2013, p. 10 *sq.*

¹⁶⁶⁵ Cass. 3^{ème} civ., 6 juin 2019, n° 18-14.547, à paraître au Bulletin.

¹⁶⁶⁶ La problématique des servitudes se révèle en effet assurément différente de celle des droits réels, la servitude aboutissant à une division matérielle de l'objet de la propriété plus qu'à un démembrement du droit. Sur la question, cf. infra n° 402 s.

¹⁶⁶⁷ La majeure partie de la doctrine considère que la perpétuité du droit concédé se justifie par le fait qu'il prend place dans une copropriété (v. not. F. DANOS, « Le droit réel de jouissance spéciale attaché à un lot de copropriété peut être perpétuel », *RDC* n° 3, 19 septembre 2018, p. 436 *sq.* ; J.-F. BARBIÈRI, « Revirement : le "droit de jouissance spéciale" peut à nouveau être perpétuel ! », *LPA* n° 167-168, 22 août 2018, p. 10 *sq.* ; H. PÉRINET-MARQUET, « Le droit de jouissance spéciale est perpétuel lorsqu'il est établi entre des lots de copropriété », *JCP G* n° 36, 3 septembre 2018, 893 ; E. COLAS, « Tous les types de droits réels de jouissance spéciale peuvent-ils être perpétuels ? », *LPA* n° 201, 8 octobre 2018, p. 7 *sq.*). C'est d'ailleurs ce qu'a confirmé le conseiller référendaire à la Cour de cassation, en expliquant que la nature perpétuelle d'un tel droit se justifie par son attache à un lot de copropriété « auquel il emprunte donc sa nature » (L. JARIEL, « Copropriété : arrêts relatifs aux droits réels et au droit processuel », *Deffrénois* n° 17, 25 avril 2019, p. 17 *sq.*). D'autres, plus minoritaires, considèrent que la solution aurait vocation à s'appliquer en dehors de la copropriété, dans la mesure où le droit réel concédé portait sur une partie privative et non commune (v. not. L. TRANCHANT, « Copropriété : analyse et portée des arrêts récents de la 3^e chambre civile », *Deffrénois* n° 17, 25 avril 2019, p. 25 *sq.* ; G. LARDEUX, « La perpétuité des droits réels ou Boileau à la Cour de cassation : vingt fois sur le métier ... », *LPA* n° 193, 26 septembre 2018, p. 3, spéc. n° 6).

¹⁶⁶⁸ Comme le relève Monsieur DROSS, « l'abandon formel de la qualification de servitudes au sein d'une copropriété au profit de celle de droit réel de jouissance spéciale » tient au fait que jusqu'à un revirement intervenu en 2004 (Cass. 3^{ème} civ., 30 juin 2004, n° 03-11.562, *Bull. civ.* III, n° 140), la Cour de cassation refusait que des servitudes soient constituées entre les parties privatives de lots de copropriété. La frilosité de la Cour de cassation à évoquer la figure de la servitude dans cette configuration s'explique ainsi (W. DROSS, « La perpétuité du droit réel de jouissance spéciale : une réponse en trompe-l'œil », *RTD Civ.* 2018, p. 712). Dans le même sens, v. J.-F. GIACUZZO et M. POUMARÈDE, « Droit immobilier 2018 », *Dr. et patr.* n° 292, juin 2019, chron. p. 53, spéc. p. 69 ; C. DROUILLER, « Perpétuité et droits réels de jouissance spéciale au regard de l'ordre public », *AJ Contrat* 2019, p. 170 *sq.* Considérant au contraire que la qualification de servitude est mal à propos, notamment en raison de l'existence d'obligations positives pesant sur le propriétaire du fonds servant, v. not. F. MASSON, « Liberté de créer des droits réels sui generis perpétuels en copropriété : la promesse de l'aube ? », *D.* 2018, p. 1577, spéc. n° 4 ; F. VERN, « Le droit réel de jouissance spéciale, toujours ? », *Gaz. Pal.* n° 26, 17 juillet 2018, p. 17 *sq.* ; D. TOMASIN, « Droit réel de jouissance spéciale et perpétuité », *AJDI* 2019, p. 216 *sq.* ; M. EECKHOUDT, « Droits

Il reste donc désormais au législateur de s'emparer de la question et de se prononcer sur la potentielle perpétuité de ces droits réels lorsqu'ils sont concédés à une personne morale pour leur durée de vie. Évidemment, se posera la question de la détermination de la perpétuité : la perpétuité est-elle vraiment synonyme d'éternité¹⁶⁶⁹ ? À l'échelle de la vie de notre planète, la question n'a aucun sens. À l'échelle de la vie humaine en revanche, la perpétuité se présente comme bien temporaire. Il serait vain de chercher un juste milieu entre ce qui est temporaire et ce qui est perpétuel, tout comme il est vain de chercher une logique aux temps du droit (pourquoi préférer une prescription de 5 ans à une prescription de 30 ans ? Pourquoi prévoir qu'un bail réel s'éteindra au plus tard au bout de 99 ans ?). Le législateur devra poser une règle, apte en toute hypothèse à préserver les droits du propriétaire et donc lutter contre la perpétuité des droits réels, quoi que l'on range sous ce concept. Au vrai, une solution pourrait être trouvée : assortir les droits réels de jouissance d'un terme viager si le bénéficiaire est une personne physique ou trentenaire s'il est une personne morale. Telle serait l'option la plus respectueuse du propriétaire¹⁶⁷⁰, permettant d'éviter son « asservissement »¹⁶⁷¹. Ce serait également l'option la plus respectueuse des autres droits réels que sont l'usage et l'usufruit des choses corporelles, que l'on ne rendrait pas obsolètes par la concurrence des droits réels de jouissance spéciale. Mieux, ce serait conférer sans détour et en conformité avec la jurisprudence¹⁶⁷², un caractère d'ordre public et non supplétif de volonté à l'article 619 du Code

réels de jouissance spéciale : un inventaire à la Prévert », *LPA* n° 235, 23 novembre 2018, p. 9 *sq.* Comp. L.-A. POLETTI, « Un droit réel de jouissance spéciale grevant un lot au profit d'un autre lot est perpétuel », *Defrénois* n° 34, 30 août 2018, p. 32 *sq.* ; J. LAURENT, « Consécration d'un droit réel de jouissance spéciale perpétuel entre lots de copropriété », *Defrénois* n° 43, 25 octobre 2018, p. 33 *sq.*, n'y voyant ni une servitude, ni un droit de jouissance spéciale, tantôt les deux.

¹⁶⁶⁹ Sur cette interrogation, v. not. J. AZÉMA, *La durée des contrats successifs*, préf. R. Nerson, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 102, 1969, pp. 15 s., n° 21 s.

¹⁶⁷⁰ Rappelons en effet que, dans l'arrêt de 2012, le propriétaire se trouve constamment perdant. Comme le faisait valoir la SACD dans son pourvoi, la faculté contractuelle, pour le propriétaire, de proposer des locaux de remplacement lui appartenant au titulaire du droit réel, si elle pouvait permettre au propriétaire de recouvrer la pleine propriété de la chose originellement grevée du droit réel de jouissance spéciale, aurait cependant entraîné une simple modification de l'assiette du droit réel en cause en reportant celui-ci sur une autre chose du propriétaire, sans que son caractère potentiellement perpétuel soit remis en cause. C'est donc dire que, quelle que soit l'option choisie, le propriétaire se trouve astreint à abdiquer une partie de sa chose de manière potentiellement perpétuelle. Pire, ainsi que le relève Monsieur Revet, le propriétaire voulant recomposer son droit se trouve en quelque sorte contraint de « racheter (en valeur) la partie de son bien qui formait l'assiette initiale du droit de jouissance » (T. REVET, obs. sous. Cass. 3^{ème} civ., 28 janvier 2015, préc., art. cité).

¹⁶⁷¹ R. BOFFA, « L'ordre public des biens du XXI^e siècle : rapport de synthèse », in L. Andreu (Dir.), *Liberté contractuelle et droits réels*, *op. cit.*, p. 277, spéc. p. 290, n° 24.

¹⁶⁷² Cass. 3^{ème} civ., 7 mars 2007, n° 06-12.568, *Bull. civ.* III, n° 36.

civil (et par analogie à l'article 625)¹⁶⁷³, valant pour les droits réels de jouissance spéciale, applicable en toutes circonstances.

Au fond, une donnée plus importante encore se dégage. En dénonçant la perpétuité de ces droits de jouissance spéciale, l'on dénoncerait dans le même temps l'existence même de ces droits, tels que conçus par la Cour de cassation. Si, en fait de jouissance spéciale, seule la durée du droit spécial le distingue du droit général, il ne devrait logiquement rien rester de ces droits, si ce n'est la catégorie des droits d'usage de laquelle ils procèdent et dont ils ne se différencient pas, cette catégorie étant suffisamment malléable pour accueillir des droits aux configurations originales. Un constat peut par conséquent être fait : si le législateur doit se saisir de la question des droits réels de jouissance spéciale, ce serait *a minima* pour se prononcer sur leur durée. En toute rigueur devrait-il surtout se prononcer sur leur existence.

B. Les droits d'usufruit et d'usage des choses corporelles

368. Variétés. Déclinaisons du droit réel de propriété, l'usufruit et l'usage des choses corporelles obéissent à la même structure que ce dernier. Seule varie l'étendue des prérogatives dévolues à leurs titulaires et l'absence de vocation à la jouissance caractéristique de la propriété (1). Il doit en aller de même du quasi-usufruit, en dépit de sa spécificité apparente (2).

1. La nature des droits d'usufruit et d'usage des choses corporelles

369. Absence d'un *numerus clausus* des droits réels. La liste des usages dont une chose peut être l'objet est infinie. Il est loisible à un propriétaire de démembrement son droit en autant de prérogatives qu'une chose ou une portion de chose est susceptible de fournir en services. Depuis l'arrêt « Caquelard », il est admis qu'aucune loi n'exclut « les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible »¹⁶⁷⁴. Cette absence de *numerus clausus* des droits réels trouve même un appui textuel à travers l'article 543 du Code civil, qui laisse ouverte la catégorie des « droits de jouissance » : libre au propriétaire de conférer la jouissance partielle ou complète de sa chose, quelle que soit la teneur du droit ou la consistance de la chose. Paradoxalement, ce même article 543 avait pourtant été analysé

¹⁶⁷³ L'on ne saurait se satisfaire d'un terme supérieur à trente ans mais inférieur à la « perpétuité ». Comme l'écrit Monsieur Revet, ce serait là conférer à l'article 619 du Code civil une « supplétivité conditionnée » (T. REVET, obs. sous. Cass. 3^{ème} civ., 28 janvier 2015, art. cité).

¹⁶⁷⁴ Cass. req., 13 février 1834, DP 1834, 1, p. 118.

précisément comme un rempart à la décomposition durable de la propriété, à l'image de ce qui avait lieu avant la Révolution française. L'on souhaitait à tout prix en finir avec cette image d'une propriété divisée, en instituant une liste limitative des possibles démembrements de la propriété¹⁶⁷⁵. Mais cette interprétation a très vite été balayée dès la première moitié du XIX^{ème} siècle par la jurisprudence ainsi que par la doctrine. L'on remarqua que la formulation de l'article 543 n'est pas défensive mais ouverte. Comme l'écrivait Chauveau, « la construction grammaticale de l'article 543 n'implique pas la volonté d'une énumération limitative »¹⁶⁷⁶. Il n'est pas en effet écrit, à la manière d'autres textes impératifs, qu'on *ne* peut avoir sur les biens *qu'un* droit de propriété, ou *qu'un* simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre. Autrement dit, ce texte n'enferme pas les catégories qu'il énonce dans le carcan de l'impérativité, ni n'interdit par suite de situer des espèces particulières de droits dans ces catégories-ci. Il est bien plus probable que l'article 543 ne soit qu'un texte d'annonce destiné, comme le souligne Monsieur Libchaber, « à dévoiler la variété des utilités foncières qui vont être décrites »¹⁶⁷⁷. Somme toute, cet article se contente de décrire les catégories générales de droits réels, au sein desquelles s'inséreront les droits réels qui n'en seront que des espèces précises¹⁶⁷⁸. C'est ainsi que la Cour de cassation a reconnu pléthore de droits de jouissance, comme le droit de chasse¹⁶⁷⁹, les droits d'assec et d'évolage¹⁶⁸⁰, le droit de jouissance appartenant aux ecclésiastiques sur les presbytères appartenant aux communes¹⁶⁸¹, le droit réel d'amodiation¹⁶⁸², le droit de pâturage et d'usage en bois concédés à perpétuité aux habitants

¹⁶⁷⁵ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XI, Paris, 1827, p. 49.

¹⁶⁷⁶ M. CHAUVEAU, « Classification nouvelle des droits réels et personnels », art. cité, pp. 562-563, n° 19.

¹⁶⁷⁷ R. LIBCHABER, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 31 octobre 2012, art. cité.

¹⁶⁷⁸ *Contra*. S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, op. cit., p. 147, n° 58, considérant qu'il existe un *numerus clausus* des droits réels. Dans le même sens, v. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, op. cit., p. 259, n° 296.

¹⁶⁷⁹ CA Amiens, 2 décembre 1835, S. 1836, 2, p. 198 ; Cass. 3^{ème} civ., 19 février 1980, D. 1980, p. 272 ; Cass. 3^{ème} civ., 2 octobre 2002, n° 00-14.029, inédit.

¹⁶⁸⁰ Cass. civ., 5 juillet 1848, S. 1848, 1, p. 697. Ces droits, note Monsieur Grimonprez, étaient essentiellement courants dans les étangs de la Bresse et des Dombes. Concrètement, « l'étang était d'abord rempli d'eau, puis empoissonné pendant deux ans, avant d'être asséché et cultivé pendant un an, et ainsi de suite. À une personne revenait le droit d'évolage, correspondant au droit sur les fruits (poissons) de l'étang, et à une autre le droit d'assec, relatif à la propriété du sol » (B. GRIMONPREZ, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Superficie », 2013, n° 54). Comme le relève cependant l'auteur, il est bien plus certain qu'une indivision existait entre l'évolagiste et l'assec, ce que la jurisprudence fiscale a par la suite confirmé en relevant qu'il s'agissait d'une propriété unique indivise (CE 9 novembre 1977, n° 03803).

¹⁶⁸¹ Cass. civ., 17 février 1897, DP 1897, 1, p. 375.

¹⁶⁸² Tribunal de première instance de Metz, 1^{ère} Ch. civ., 7 novembre 1936, obs. H. Degand, *Revue juridique d'Alsace et de Lorraine* 1937, n° 5, p. 285.

d'un village¹⁶⁸³, le droit d'usage d'un chemin d'exploitation¹⁶⁸⁴, le droit de secondes herbes attribué aux habitants d'un village sur les marais d'une propriété privée¹⁶⁸⁵, le droit de passage urbain¹⁶⁸⁶, le droit de jeu sur un terrain de golf¹⁶⁸⁷, le droit de pêche¹⁶⁸⁸, le droit de crû et à croître¹⁶⁸⁹ et les droits réels de jouissance spéciale. Ainsi le propriétaire est-il libre de démembrement son droit en autant de modes de jouissance qu'il le souhaite, c'est-à-dire investir autrui de certaines prérogatives dont il dispose normalement sur sa chose, tout en conservant un « arrière-droit » aux services momentanément indisponibles.

370. Division des droits de jouissance. Sitôt que l'on raisonne sur la catégorie des droits de jouissance, seule catégorie de droits réels avec la propriété ordinaire et superficière (y compris ses déclinaisons), une division doit être faite entre les droits de jouissance emportant le *jus utendi* et le *jus fruendi* et ceux n'emportant que le *jus utendi*. Autrement dit, selon les prérogatives conférées à autrui, l'on se trouvera soit en présence d'un usufruit, investissant son titulaire du droit d'user de la chose et du droit de consommer les fruits produits par elle, soit en présence d'un droit d'usage (ou d'un droit d'habitation qui en est une déclinaison¹⁶⁹⁰), n'investissant son titulaire que du droit d'user de la chose¹⁶⁹¹. Cette différence n'est toutefois pas de nature, mais de degré : la différence entre l'usufruitier d'une chose et l'usager d'une chose tient en effet simplement à l'étendue de leurs droits respectifs. Surtout et en toute hypothèse, pendant la durée de l'usufruit ou du droit d'usage, si le propriétaire perd la

¹⁶⁸³ Cass. civ., 10 mai 1950, *D.* 1950, p. 482. Rapp. C. civ., art. 642.

¹⁶⁸⁴ Cass. 2^{ème} civ., 14 novembre 1979, *JCP* 1981, II, 19507.

¹⁶⁸⁵ Cass. 3^{ème} civ., 25 mars 1992, n° 89-21.866, *Bull. civ.* III, n° 106 : « le droit allégué ne constitue pas une servitude, mais un droit réel immobilier d'une nature particulière ».

¹⁶⁸⁶ Cass. 3^{ème} civ., 6 mars 1996, n° 93-17.424, inédit.

¹⁶⁸⁷ Cass. 3^{ème} civ., 16 mai 2001, n° 98-14.062, inédit.

¹⁶⁸⁸ Cass. 3^{ème} civ., 3 décembre 2003, n° 02-16.853, inédit.

¹⁶⁸⁹ Cass. 3^{ème} civ., 23 mai 2012, préc. D'aucuns notent une très forte similitude entre ce droit et le droit de superficie, où le droit d'exploiter à perpétuité des arbres se distingue du droit portant sur le fonds (B. GRIMONPREZ, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Superficie », *op. cit.*, n° 56 ; F. ZENATI, « Nomenclature des droits réels », *RTD civ.* 1993, p. 162 *sq.* ; F. DANOS, « Perpétuité, droits réels sur la chose d'autrui et droit de superficie », *Deffrénois* n° 21, 15 novembre 2012, p. 1067, spéc. n° 5).

¹⁶⁹⁰ Quand le droit d'usage est le genre, le droit d'habitation en est une espèce. V. not. C. LARROUMET et B. MALLET-BRICOUT, *Traité de droit civil*, t. II : *Les biens, droits réels principaux*, Economica, coll. « Corpus droit privé », 6^{ème} éd., 2019, p. 488, n° 767.

¹⁶⁹¹ Comme l'écrit Vareilles-Sommières, quand le propriétaire est celui qui « a droit en principe à tous les services de la chose », le titulaire de tout autre droit réel « ne peut jamais prétendre qu'aux services spécifiés dans son titre » (M.-G.-A. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », art. cité, p. 445, n° 3).

jouissance immédiate de la chose, il ne perd pas pour autant sa vocation à retrouver, à l'issue du démembrement, la plénitude des utilités pour un temps indisponibles pour lui.

371. La nature de l'usufruit (renvoi). L'on présente volontiers l'usufruit comme l'archétype même des démembrements du droit de propriété, y voyant en toute hypothèse un droit réel. Une telle analyse, pourtant, est décevante. Ainsi que cela fut abordé¹⁶⁹², loin d'être un diminutif de la propriété, l'usufruit se présente comme un mode de disposition de l'ensemble des droits patrimoniaux. Ce que réalise l'usufruit, au fond, n'est qu'une répartition, entre un constituant et un usufruitier, des prérogatives qui ressortissent à l'aspect interne du droit considéré. Son positionnement dans l'architecture des seuls droits réels doit donc être rejeté. Le Doyen Savatier fut l'un des premiers à le pressentir, écrivant avec beaucoup de lucidité que « seuls demeurent spécifiquement *réels*, les quelques droits qui dans le développement juridique de notre civilisation, portent *toujours* sur les choses concrètes [...]. Tous les autres droits encore qualifiés de *réels* sont, dans leur substance moderne, neutres, puisqu'ils peuvent participer soit d'un droit réel, soit d'un droit personnel, soit d'un droit non classé. Chacun est, suivant sa nature propre, détaché d'un droit plénier »¹⁶⁹³.

Si l'usufruit est principalement une technique de répartition des prérogatives propres à un droit patrimonial entre deux personnes, il adopte la nature du droit primaire dont il opère le « fractionnement ». Aussi est-ce pourquoi seul l'usufruit des choses corporelles (ou plus précisément, l'usufruit de la propriété, seul le droit faisant l'objet du démembrement) peut recevoir une telle qualification, l'usufruitier étant investi du droit d'user (*usus*) de la chose et d'en retirer les fruits (*fructus*), prérogatives qui ressortissent donc à la face interne du droit de propriété. A l'inverse, et ainsi que cela fut expliqué, l'usufruitier d'une créance ne saurait être investi de telles prérogatives, qui ne relèvent que de la structure du droit de propriété et plus largement des droits réels¹⁶⁹⁴. Son droit se calque sur le droit primaire duquel il procède, à savoir le droit de créance, ne pouvant l'investir que du droit d'exiger l'exécution d'une prestation. L'usufruit en tant que droit réel ne peut ainsi valablement s'entendre que du démembrement par un propriétaire – ou de tout autre titulaire d'un droit réel – de son droit,

¹⁶⁹² Cf. supra n° 275.

¹⁶⁹³ R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD Civ.* 1958, p. 331, spéc. pp. 333-334, n° 5, ajoutant que « les développements donnés par les ouvrages de droit civil à l'usufruit [...] gagneraient en clarté et en équilibre à abandonner le postulat vieilli qu'il s'agit de droits réels, pour n'analyser que le fractionnement, suivant des techniques diverses, d'un bien de nature quelconque ».

¹⁶⁹⁴ Cf. supra n° 276 et 277.

offrant à l'usufruitier le droit de jouir des choses dont les utilités reviendront toutes, à l'issue de l'usufruit, au constituant.

Cette vocation du propriétaire à réunir les utilités neutralisées ne saurait être compromise même en matière de quasi-usufruit, en dépit de la nature même de la chose, objet de la jouissance.

2. La nature du quasi-usufruit

372. Usufruit et quasi-usufruit (renvoi). Il est très fréquemment avancé que, dans la mesure où le quasi-usufruitier serait investi de l'*abusus* – la nature des choses commandant là leur consommation – il deviendrait propriétaire des choses remises, le propriétaire perdant cette qualité pour devenir simple créancier d'une obligation de restitution de choses identiques (si celles-ci sont fongibles) ou à tout le moins d'une somme d'argent équivalente¹⁶⁹⁵. Cette analyse, on l'a vu, est discutable, l'*abusus* ne concentrant pas l'essence de la propriété¹⁶⁹⁶. L'argument tiré de la fongibilité est également inopérant, cette circonstance de fait étant insuffisante pour justifier une propriété du quasi-usufruitier¹⁶⁹⁷. L'on peut définitivement s'en convaincre en examinant la situation des protagonistes du quasi-usufruit.

373. L'obligation de conserver la substance de la chose pesant sur le quasi-usufruitier. Le quasi-usufruitier, comme tout usufruitier, a l'obligation de conserver la substance de la chose¹⁶⁹⁸. À première vue pourtant, la substance de la chose, substance concrète et tangible, paraît nécessairement menacée par la consommation qu'en fera le quasi-usufruitier¹⁶⁹⁹. Comment alors concilier la possibilité justement donnée au quasi-usufruitier d'en disposer et cet impératif de sauvegarde de la substance, qui a pour objectif de réinvestir *in fine* le propriétaire de la chose afin qu'il puisse à nouveau exercer sur elle sa souveraineté¹⁷⁰⁰ ? Sans

¹⁶⁹⁵ C. civ., art. 587 : « si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge de 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 ».

¹⁶⁹⁶ Cf. supra n° 354.

¹⁶⁹⁷ Cf. supra n° 355.

¹⁶⁹⁸ Sur l'obligation essentielle de l'usufruitier de conserver la chose, v. C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, préf. P. Catala, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 323, 1999, p. 370, n° 694.

¹⁶⁹⁹ P. SIRINELLI, « Le quasi-usufruit », *LPA* n° 89, 26 juillet 1993, p. 22, spéc. p. 30.

¹⁷⁰⁰ W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 167, n° 87. Rapp. D. FIORINA, « L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières », *RTD Civ.* 1995, p. 48, spéc. n° 14, relevant que la substance de la chose « fait partie de la définition même de ce droit. Elle y reçoit de la loi le rôle d'un butoir aux prérogatives de l'usufruitier », et « apparaît ainsi comme un critère légal des pouvoirs de l'usufruitier ».

doute faut-il dans cette hypothèse de ne pas s'en tenir à une approche strictement *matérielle* de la substance, mais privilégier une approche *intellectuelle* ou *fonctionnelle* de la substance de la chose, qui se rapprocherait alors de l'essence de la chose¹⁷⁰¹ ou de ses « qualités inhérentes »¹⁷⁰². La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de se prononcer sur le sens à donner au terme de substance et il apparaît que celle-ci peut s'entendre de la destination de la chose¹⁷⁰³. Ainsi a-t-elle eu l'occasion de relever que le changement de destination du bien grevé d'usufruit pouvait constituer une « altération de la substance » de celui-ci¹⁷⁰⁴. Un raisonnement *a contrario* permet également de se convaincre que chaque fois que la substance tangible de la chose est atteinte, mais dans le respect de sa destination, la substance essentielle de la chose en est préservée¹⁷⁰⁵. Cette obligation à la charge du quasi-usufruitier de conserver la substance de la chose¹⁷⁰⁶ fonde justement les divers pouvoirs du nu-propiétaire et la préservation de son espoir de voir la chose, certes sous une autre individualité, lui être un jour restituée.

374. La chose objet du quasi-usufruit. La « chose » dont la substance doit être préservée est moins le corps certain qui fait l'objet de l'usufruit et qui disparaît en tant que tel, que le genre dont cette chose n'est qu'un représentant. Cette interprétation, dont la paternité revient à Monsieur Zenati¹⁷⁰⁷, semble satisfaisante dans la mesure où elle permet de lever un tant soit peu le voile sur le devenir de la chose objet du quasi-usufruit¹⁷⁰⁸. Si l'effectivité du droit du nu-propiétaire ne fait aucun doute (d'où sa vocation à retrouver une chose identique à l'issue de l'usufruit et ses multiples pouvoirs de contrôle), l'objet du droit est en revanche difficilement

¹⁷⁰¹ J.-P. CHAZAL, « L'usufruit d'un fonds de commerce », *Defrénois* n° 3, 15 février 2001, p. 167, spéc. n° 13.

¹⁷⁰² I. ROBERT-CADET, « L'usufruit des droits sociaux », *LPA* n° 100, 19 mai 2000, p. 54, spéc. n° 1. Comp. E. TREPPOZ, « La substance dans le Code civil », *RRJ* 2006, p. 1275, spéc. p. 1282, n° 12, considérant qu'une définition unitaire de la substance reste possible, la définissant comme ce qui singularise une chose.

¹⁷⁰³ Sur cette analyse E. DOCKÈS, « Essai sur la notion d'usufruit », art. cité, pp. 491 s., n° 10 s. V. également, D. FIORINA, « L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières », art. cité, p. 61, n° 38 ; C. SERLOOTEN, « L'intérêt commun, fondement de l'évolution de l'usufruit des droits sociaux », *Rev. Soc.* 2013, p. 7, spéc. n° 16 ; P. JAUBERT, « Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité », art. cité, pp. 78-79 et p. 97.

¹⁷⁰⁴ Cass. soc. 10 février 1955, *D.* 1955, p. 379 ; Cass. 3^{ème} civ., 5 décembre 1968, *D.* 1969, p. 274 ; Cass. 1^{ère} civ., 10 juillet 1963, *D.* 1963, p. 644.

¹⁷⁰⁵ Cass. 3^{ème} civ., 30 janvier 1979, *Bull. Civ.* III, n° 28, pour des coupes rases lot par lot d'arbres de haute futaie ; Cass. 3^{ème} civ., 8 décembre 1981, *Bull. Civ.* III, n° 208, pour des coupes rases de bois taillis.

¹⁷⁰⁶ *Contra.* A. FRANÇON, « L'usufruit des créances », art. cité, p. 23, n° 26.

¹⁷⁰⁷ Dans le même sens, v. S. TORCK, *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles, op. cit.*, n° 68, relevant qu'en présence de choses fongibles, « l'individualité de l'objet cède la place, pour la détermination de la sphère d'activité du titulaire du droit, à la quantité de biens de même espèce et qualité qui vient en former le contenu et ainsi délimiter, relativement à la quantité appropriée, la zone de pouvoir exclusif dévolue au titulaire du droit ».

¹⁷⁰⁸ F. ZENATI, « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempychose de la valeur) », art. cité, p. 627, n° 27 et p. 634, n° 38.

identifiable. Monsieur Zenati a bien sûr identifié l'impossibilité de voir dans la chose qui disparaît l'objet de l'usufruit. Ce serait alors une « entité transcendante » qui survivrait à la disparition de la chose consomptible comme corps certain, cette entité n'étant autre qu'une chose de genre constituant l'objet du droit et devant être rendue¹⁷⁰⁹. De la sorte, la qualité de chose de genre subsumerait sa qualité de corps certain¹⁷¹⁰. L'entité transcendante qui survit à la disparition du corps certain est donc le genre auquel elle appartient, le lien entre ces choses étant la nature du corps certain qui constituait initialement l'objet du quasi-usufruit.

Cette interprétation a évidemment le mérite d'éviter de recourir à la propriété pour expliquer la situation du quasi-usufruitier, particulièrement si le droit de propriété porte non pas sur la chose mais sur le genre idéal se réincarnant dans d'autres choses¹⁷¹¹. Cependant, il est possible de reprocher à la séduisante analyse de Monsieur Zenati, à laquelle on se rallie toutefois, de ne malheureusement pas résoudre le mystère de l'indétermination d'objet qui frappe la propriété lors de cette période incertaine de substitution de choses. Le genre réifié ne constitue en effet qu'une entité symbolique qui, si elle permet de mettre le doigt sur le mécanisme subrogatoire expliquant le remplacement du bien et la pérennisation du droit, ne saurait toutefois suffire à se substituer à une substance tangible nécessaire à l'expression (mais non à l'existence) du droit de propriété du nu-propiétaire. Si le droit de propriété retrouve une substance tangible à l'issue du quasi-usufruit, le genre tient le rôle clé de cet entre-deux imagé, envisagé pour voir dans une entité transfigurée la permanence qui jusque-là qualifiait la chose avant sa disparition. Cela est certes satisfaisant pour expliquer la permanence du droit de propriété qui suppose un support par lequel s'exprimer, mais laisse dans l'ombre les qualités concrètes de ce support¹⁷¹². Monsieur Zenati précise toutefois qu'il ne s'agit pas d'envisager le genre en tant que chose en soi, mais en tant qu'entité distincte de la chose dans lequel il s'incarne, pouvant alors se loger dans n'importe quelle chose auquel il confèrera la qualité de substitut de la chose précédemment

¹⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 628, n° 28-29 et du même auteur, « Revendication de choses fongibles », *RTD Civ.* 1990, p. 109 : « la chose de genre est une abstraction, elle n'est rien d'autre qu'une catégorie de choses, ce qui lui confère structurellement un caractère plural ou du moins une vocation à être décomposée en unités réifiables. Cette dimension abstraite permet à celui qui doit une chose de genre de donner une partie quelconque de la chose désignée : la chose de genre est par hypothèse fongible ; ce qu'on envisage de livrer peut être indifféremment remplacé par toute chose appartenant au même genre ».

¹⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 629, n° 30 : « au stade de la constitution, l'usufruit ne porte pas sur le corps certain de la chose consomptible mais sur le genre auquel elle participe. Toutefois, le corps certain lui permet d'exister : il est le support de la chose de genre, qui devient un bien grâce à son individualisation ».

¹⁷¹¹ *Ibid.*, p. 633, n° 34.

¹⁷¹² V. R. LIBCHABER, « L'usufruit des créances existe-t-il ? », art. cité, n° 9, pour qui par la subrogation réelle, il y a réaffectation d'une chose susceptible de remplir le rôle initialement dévolu à la chose disparue, mécanisme non nécessaire, sinon « accidentel ».

disparue¹⁷¹³, de telle sorte que le genre constituerait d'une certaine manière l'âme de la chose, existant « comme bien grâce aux biens qui l'accueillent, mais [survivant] à leur disparition en trouvant d'autres supports »¹⁷¹⁴. L'on touche là, semble-t-il, les limites de l'explicable. L'analyse que fournit Monsieur Zenati, si elle ne lève malheureusement pas le voile sur les zones d'ombre qui entourent ce mécanisme¹⁷¹⁵, permet néanmoins d'en livrer une vision satisfaisante pour justifier la permanence du droit de propriété.

375. L'absence de liberté du quasi-usufrUITIER dans la jouissance de la chose. Le quasi-usufrUITIER ne dispose pas de liberté dans la jouissance de la chose. Il n'agit pas *en tant que* propriétaire, en lieu et place du nu-propriétaire, mais « comme » lui, selon les termes de l'article 578 du Code civil¹⁷¹⁶ et ce, toujours dans le respect du droit du nu-propriétaire qui est encore parfaitement propriétaire malgré le fait qu'autrui dispose matériellement de ses choses¹⁷¹⁷. Pèse donc sur le quasi-usufrUITIER une obligation de restitution des choses en même qualité et quantité ou en valeur, n'éteignant donc pas le droit (et sa dette de restitution) par la consommation de la chose¹⁷¹⁸, quand le propriétaire éteint, lui, son droit par la consommation

¹⁷¹³ F. ZENATI, « La nature juridique du quasi-usufrUIT (ou la métempsychose de la valeur) », art. cité, p. 631, n° 32.

¹⁷¹⁴ *Ibid.*, p. 632, n° 32.

¹⁷¹⁵ Ce n'est sans doute pas là sa vocation première.

¹⁷¹⁶ L'article 597 du Code civil dispose également que l'usufruitier jouit de tous les droits dont le propriétaire peut jouir et « comme le propriétaire lui-même ». Rapp. 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*, op. cit., pp. 82-83, n° 106 : « le droit de jouir du bien d'autrui n'est pas le droit d'en jouir *en* propriétaire. La jouissance de l'usufruitier n'est pas le droit de jouissance de l'article 544 du Code civil, c'est une jouissance qui doit prendre modèle sur celle du propriétaire. C'est pourquoi, en exerçant son droit, l'usufruitier doit respecter la destination donnée au bien par le propriétaire et calquer sa jouissance sur la manière que le propriétaire avait d'user lui-même du bien ». Dans le même sens, v. F. ZENATI, « La nature juridique du quasi-usufrUIT (ou la métempsychose de la valeur) », art. cité, p. 635, n° 38.

¹⁷¹⁷ Sur ce point, v. A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Usufruit », op. cit., n° 302 s. V. également R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », art. cité, p. 309, n° 9, pour qui « le démembrement n'est pas une scission à l'intérieur de la propriété, qui laisserait en présence de deux fragments désarticulés : elle consiste dans l'amputation temporaire de certaines des utilités du bien au détriment du propriétaire, mais au profit des titulaires de droits réels qui jouissent alors de la possibilité d'accéder directement à ces utilités. En aucun cas le droit réel – dont l'usufruit est l'exemple le plus complet, et le plus connu –, n'emporte de modification ou de diminution dans la situation juridique du propriétaire : s'il arrive alors qu'on qualifie celui-ci de nu, c'est pour illustrer le dépouillement intervenu dans ses prérogatives concrètes et non pour caractériser une propriété transformée ». *Contra*. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, coll. « Précis », 10^{ème} éd., 2018, p. 715, n° 790, pour qui « le nu-propriétaire cesse, dans cette hypothèse, d'être un propriétaire pour n'être plus qu'un simple créancier du quasi-usufrUITIER », idée qui fait la part belle à l'idée d'une propriété circonscrite par les prérogatives du propriétaire sur les différents services d'une chose. Dans le même sens, v. CA Bastia, 22 mai 2003, JurisData n° 2003-242348 ; CA Versailles, 8 septembre 2011, RG n° 10/00412.

¹⁷¹⁸ La consommation de la chose n'est ainsi pas une cause d'extinction de l'usufruit, alors même que l'article 617 du Code civil dispose que l'usufruit s'éteint notamment par la perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est établi.

de la chose¹⁷¹⁹. Il apparaît donc que le quasi-usufruitier n'a pas la *libre* maîtrise des choses grevées d'usufruit¹⁷²⁰, mais un droit *circonstancié* et *limité* de disposition, dans le respect de la destination de la chose. Son droit n'est en aucun cas discrétionnaire et absolu comme celui du propriétaire puisqu'il ne peut pas laisser périr la chose. Surtout, le quasi-usufruitier ne semble pas bénéficier de la maîtrise de l'affectation ou de la destination des biens grevés de quasi-usufruit¹⁷²¹. Quand le propriétaire peut décider d'affecter son bien à n'importe quel usage (lire le livre, s'en servir de cale, le brûler pour se chauffer, etc.), le quasi-usufruitier ne dispose pas d'une telle latitude¹⁷²², devant respecter la destination du bien et donc sa substance¹⁷²³, en l'affectant à un usage qui ne contrarie pas les intérêts du nu-propriétaire¹⁷²⁴ ou plus simplement son droit¹⁷²⁵. Aussi est-il douteux que le quasi-usufruitier acquière la qualité de propriétaire, même en concurrence avec le nu-propriétaire¹⁷²⁶.

376. L'obligation d'emploi pesant sur le quasi-usufruitier. Le quasi-usufruitier ne saurait agir en contradiction avec les intérêts du nu-propriétaire. Plus particulièrement, en matière

¹⁷¹⁹ F. DE VISSCHER, « Du "jus abutendi" », *RTD Civ.* 1913, p. 337, spéc. pp. 338-339, relevant qu'en affectant la substance des choses, le propriétaire modifie nécessairement en retour l'étendue de ses facultés.

¹⁷²⁰ *Contra*. A. LAUDE, « La fongibilité : diversité des critères et unité des effets », art. cité, n° 45.

¹⁷²¹ Rapp. C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens, op. cit.*, p. 554, n° 553 : « ce n'est pas l'abusus d'un propriétaire qui est transmis au quasi-usufruitier [...] mais un droit de jouissance simplement adapté aux particularités de son objet », ajoutant que « le seul droit qui [est reconnu au quasi-usufruitier] est celui de jouir en bon père de famille des choses remises même si cela doit conduire à consommer matériellement le bien qui [lui est confié], ce qui est la conséquence de la nature particulière de l'objet et nullement du transfert d'un pouvoir discrétionnaire de le détruire dont seul le propriétaire pourrait être investi ».

¹⁷²² E. DOCKÈS, « Essai sur la notion d'usufruit », art. cité, p. 504, n° 21.

¹⁷²³ *Ibid.*, p. 506, n° 24.

¹⁷²⁴ Rapp. F. ZENATI, « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempsychose de la valeur) », art. cité, p. 627, n° 27 : « le quasi-usufruitier est un véritable usufruitier qui n'a d'autre pouvoir que celui de jouir de la chose conformément à sa destination. Il n'a pas le pouvoir de disposer librement de la chose, attribut caractéristique de la propriété, mais le droit de la consommer, parce que telle est sa destination, tout en veillant à assurer son remplacement pour remplir son obligation de conservation. Dépourvu de la qualité de propriétaire avant la consommation de la chose, le quasi-usufruitier n'en est pas davantage nanti après ». V. également du même auteur, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif, op. cit.*, p. 438, n° 324 : « l'*usus* et le *fructus* du propriétaire diffèrent de ceux de l'usufruitier non seulement du point de vue quantitatif mais encore d'un point de vue qualitatif. Si le propriétaire use de la chose comme il l'entend et a la liberté de ne pas profiter des utilités qu'elle procure, il n'en va pas de même de l'usufruitier, qui ne fait pas ce qu'il veut des utilités qui lui sont accordées ».

¹⁷²⁵ CA Aix-en-Provence, 13 juillet 1942, *JCP* 1943, II, 2086.

¹⁷²⁶ Comp. A. LAUDE, « La fongibilité : diversité des critères et unité des effets », art. cité, n° 51, pour qui le quasi-usufruitier deviendrait propriétaire, à raison de son pouvoir de disposer de la chose remise, sans que le nu-propriétaire ne perde sa qualité de propriétaire, étant « dans l'expectative d'en retrouver la jouissance matérielle ». Ce prétendu « dédoublement de la propriété » mérite également, pour les raisons sus-évoquées, d'être écarté.

d'usufruit de sommes d'argent, situation fréquente à l'ouverture d'une succession¹⁷²⁷, à défaut pour l'usufruitier de fournir caution, celui-ci doit procéder à l'emploi des deniers. Il est possible ici de percevoir l'attention portée aux intérêts du nu-propiétaire, l'emploi constituant dans cette hypothèse un mode subsidiaire de préservation des droits de ce dernier, l'obtention d'une caution étant la mesure principale de cette préservation¹⁷²⁸. En outre, s'il existe des cas de dispense de fournir caution¹⁷²⁹, l'usufruitier n'étant alors pas contraint de procéder à l'emploi des deniers, il reste que certains usufruitiers (qui forment un contingent fort important dont fait partie le conjoint usufruitier en présence de descendants), malgré une dispense de fournir caution, sont tenus d'une obligation d'emploi d'ordre public, dans le but là aussi de préserver les droits des nus-propiétaires¹⁷³⁰. Cette obligation d'emploi est un des symboles de l'objectif de préservation des droits du nu-propiétaire. Notamment en matière de quasi-usufruit sur deniers, l'usufruitier tenu d'employer les sommes doit agir de concert avec le nu-propiétaire¹⁷³¹, quand ce dernier ne décide pas tout simplement seul du sort des deniers¹⁷³². S'adjoint même à ce principe la possibilité pour le nu-propiétaire de solliciter l'adoption de mesures conservatoires auprès des tribunaux lorsque l'usufruitier a recouvert une créance sans avoir averti le nu-propiétaire de l'emploi qu'il a fait des deniers¹⁷³³. Aussi cet interventionnisme du nu-propiétaire¹⁷³⁴ est-il un moyen de conserver la valeur de la chose de genre et d'escompter un retour de celle-ci dans son patrimoine à l'issue de l'usufruit, cela étant

¹⁷²⁷ Selon Monsieur Grimaldi, l'usufruit de deniers ne peut automatiquement être qualifié de quasi-usufruit. Cet usufruit ne dégènerait en quasi-usufruit qu'à défaut d'une obligation d'emploi pesant sur l'usufruitier. La justification avancée est que si l'usufruitier fournit la caution prévue à l'article 601 du Code civil ou s'il bénéficie d'une dispense, son usufruit doit s'analyser en un quasi-usufruit puisqu'il a alors « la libre disposition des deniers et la toute propriété des biens acquis » (M. GRIMALDI, « L'emploi des deniers grevés d'usufruit », *Defrénois* n° 4, 28 février 1999, p. 193, spéc. n° 6).

¹⁷²⁸ *Ibid.*, n° 3.

¹⁷²⁹ Il faut remarquer par ailleurs que l'obligation de fournir caution à défaut de dispense ne peut être écartée conventionnellement que par une clause expresse : Cass. req., 27 mars 1946, *S.* 1946, 1, p. 138 ; Cass. 1^{ère} civ., 22 juin 1964, *Bull. civ.* I, n° 328. Enfin, il est pareillement envisageable de substituer à une sûreté personnelle la fourniture d'une sûreté réelle, par laquelle le quasi-usufruitier grèverait l'un de ses biens, conformément à l'article 2318 du Code civil, que les juges ont estimé conforme à l'usufruit (v. not. Cass. civ. 7 août 1882, *DP* 1883, 1, p. 220 ; Cass. civ., 3 février 1897, *DP* 1897, 1, p. 601 ; Cass. req. 16 juin 1903, *S.* 1904, 1, p. 198 ; Angers, 23 juillet 1930, *S.* 1931, 2, p. 12).

¹⁷³⁰ C. civ., art. 1094-3.

¹⁷³¹ Cass. req., 21 janvier 1845, *DP* 1845, 1, p. 104.

¹⁷³² Cass. req., 8 novembre 1881, *DP* 1883, 1, p. 174.

¹⁷³³ Cass. req. 26 mars 1889, *S.* 1889, 1, p. 206.

¹⁷³⁴ D. FIORINA, « L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières », art. cité, p. 58, n° 30, soulignant que le nu-propiétaire dispose des « moyens juridiques de veiller lui-même à la sauvegarde de ses intérêts, et d'infléchir dans ce sens la gestion de l'usufruitier. Il dispose, en effet, d'un droit général de surveillance sur la chose, assorti d'un droit d'action immédiat, à l'encontre de l'usufruitier, ou des tiers ».

le symbole de sa propriété actuelle¹⁷³⁵. Comme cela fut justement souligné « c'est à une *restitution* que toutes [les] obligations [de l'usufruitier] sont ordonnées »¹⁷³⁶.

Monsieur Grimaldi considère néanmoins que l'association du nu-propiétaire à l'usufruitier sur l'emploi des fonds serait « exclusive d'un quasi-usufruit sur les deniers à employer »¹⁷³⁷. Or, le quasi-usufruitier de deniers ayant fourni caution ou en étant dispensé ne dispose pas pour autant des pouvoirs discrétionnaires d'un propriétaire¹⁷³⁸ puisque malgré une dispense de fournir caution et par conséquent d'employer les fonds, tout nu-propiétaire peut, si ses intérêts sont menacés notamment par l'insolvabilité de l'usufruitier, se tourner vers le juge afin que celui-ci ordonne ces mesures (emploi ou fourniture d'une caution) ou plus largement des mesures de sauvegarde¹⁷³⁹, en cours d'usufruit¹⁷⁴⁰. Comme le relève Monsieur Zenati, il apparaît clairement que l'obligation d'emploi fait figure de principe général¹⁷⁴¹, ce que confirme notamment l'adaptation de l'abus de jouissance au défaut d'emploi¹⁷⁴², le quasi-usufruitier disposant de la chose devant « néanmoins conserver autre chose »¹⁷⁴³. Quand bien même le quasi-usufruitier serait dispensé d'employer, il peut en effet être déchu du bénéfice de cette dispense, voire du quasi-usufruit¹⁷⁴⁴ en cas d'abus de son droit, en cas d'insolvabilité ou encore même en cas de défaut d'emploi ou d'emploi hasardeux¹⁷⁴⁵.

¹⁷³⁵ F. ZENATI, « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métépsychose de la valeur) », art. cité, p. 620, n° 19. V. également E. DOCKÈS, « Essai sur la notion d'usufruit », art. cité, p. 198, n° 15, notant que « l'article 587 du code civil apparaît alors, non comme un accroissement exceptionnel des droits de l'usufruitier, mais comme une protection des droits du nu-propiétaire [...]. En son absence, l'usufruitier serait, en pratique, dégagé de toute obligation de restitution, le bien ayant, par hypothèse, disparu. Le nu-propiétaire perdrait ainsi toute vocation future à la pleine propriété ».

¹⁷³⁶ D. FIORINA, « L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières », art. cité, p. 59, n° 33, ajoutant même que la référence à la notion de « bon père de famille », dans l'article 601 du Code civil, est une manière de faire défense à l'usufruitier de « compromettre la restitution ».

¹⁷³⁷ M. GRIMALDI, « L'emploi des deniers grevés d'usufruit », art. cité, n° 5.

¹⁷³⁸ Ce que l'auteur admet d'ailleurs en relevant que l'exercice de cette forme de « propriété » est « limité par l'intérêt que détient un tiers dans le bien » (*ibid.*, n° 6). Ajoutons également qu'il n'est pas de la nature d'un usufruit en général ou d'un quasi-usufruit en particulier de conférer la libre disposition des choses, mais, comme le dit l'auteur, « d'assurer à son titulaire les pleins revenus du bien qui en forme l'objet » (*ibid.*, n° 4).

¹⁷³⁹ Ainsi, la dispense de fournir caution n'est pas un obstacle à l'adoption de mesures conservatoires : Cass. civ., 20 juin 1843, S. 1843, 1, p. 651. Sur la question, v. C. BRENNER, *L'acte conservatoire, op. cit.*, pp. 371-372, n° 696.

¹⁷⁴⁰ Cass. req., 21 janvier 1845, DP 1845, 1, p. 104 ; Cass. req., 8 novembre 1881, DP 1883, 1, p. 174 ; Cass. req., 27 mars 1946, D. 1946, p. 240.

¹⁷⁴¹ F. ZENATI, « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métépsychose de la valeur) », art. cité, p. 620, n° 19.

¹⁷⁴² *Ibid.*, p. 622, n° 21.

¹⁷⁴³ *Ibid.*, p. 622, n° 20.

¹⁷⁴⁴ Cass. req., 21 janvier 1845, DP 1845, 1, p. 104 ; Besançon, 12 décembre 1894, *Gaz. Pal.* 1895, 1, p. 75.

¹⁷⁴⁵ Cass. req., 3 mars 1868, DP 1868, 1, p. 165 ; Cass. req., 26 mars 1889, S. 1889, 1, p. 206.

En tout état de cause, il apparaît que le quasi-usufruitier doit administrer la chose comme un authentique usufruitier, au risque de subir des mesures conservatoires ou des sanctions comme la déchéance du droit¹⁷⁴⁶. Plus encore, il semble même que si le quasi-usufruitier ne procède pas à l'emploi, technique de conservation de la valeur et plus largement garantie de l'effectivité du droit du propriétaire, il porte atteinte à la substance de la chose¹⁷⁴⁷ et contrarie la destination de celle-ci, dont la consommation s'impose justement au regard de sa nature consommable. Il est bien clair que le quasi-usufruit obéit au régime de l'usufruit et que le quasi-usufruitier n'est pas à voir sous les traits d'un propriétaire¹⁷⁴⁸, le seul propriétaire étant celui disposant de la vocation à retrouver toutes les utilités de la chose grevée¹⁷⁴⁹.

377. Le quasi-usufruit n'est qu'un usufruit. Le quasi-usufruitier ne saurait être considéré comme propriétaire de la chose, par le seul fait qu'il pourra en disposer matériellement. Contrairement au propriétaire qui, consommant entièrement sa chose, finit inmanquablement par perdre son droit de propriété faute d'objet, la consommation par le quasi-usufruitier de la chose ne saurait faire disparaître le droit de propriété du nu-propriétaire, qui conserve une vocation à récupérer une chose identique en genre. Surtout, il apparaît que, quand le propriétaire peut consommer n'importe quelle chose par principe, le quasi-usufruitier ne peut consommer que les choses qui, par essence ou par usage, se prêtent nécessairement à une telle consommation et peuvent être remplacées, sa faculté de disposition matérielle étant clairement circonscrite¹⁷⁵⁰. Son *abusus*, contrairement à celui du propriétaire, est donc à assiette limitée¹⁷⁵¹.

¹⁷⁴⁶ Cass. req., 21 janvier 1845, *DP* 1845, 1, p. 104. V. également F. ZENATI, « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempsychose de la valeur) », art. cité, p. 619, n° 18.

¹⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 636, n° 38. V. en outre T. Civ. Loiret, 29 avril 1930, *DP* 1931, 2, p. 146.

¹⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 607, n° 3, p. 610, n° 6 et pp. 623-624, n° 23. V. également E. DOCKÈS, « Essai sur la notion d'usufruit », art. cité, p. 498, n° 14.

¹⁷⁴⁹ L. GODON, « Un associé insolite : le nu-propriétaire de droits sociaux », art. cité, n° 2.

¹⁷⁵⁰ En ce sens, v. F. ZENATI, « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempsychose de la valeur) », art. cité, p. 627, n° 27, notant que l'usufruitier n'a pas le pouvoir de librement disposer de la chose, mais simplement le droit de la consommer, relevant en outre que « le quasi-usufruit confère à l'usufruitier un droit de disposer qui est fonctionnel, finalisé et non libre » (*ibid.*, p. 633, n° 35). Et l'auteur de remarquer enfin que « le quasi-usufruitier est si peu propriétaire des corps certains dont il dispose qu'il n'a pas le droit d'en disposer librement, alors que la libre disposition de la chose est caractéristique de la propriété. Il doit jouir de la chose conformément à sa destination. En conséquence il ne jouit d'aucune liberté dans le choix des modalités de jouissance » (*ibid.*, p. 635, n° 38).

¹⁷⁵¹ Rappr. C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, op. cit., pp. 563-564, n° 561 : « on peut parfaitement être titulaire du droit de disposer d'une chose, même pour son propre compte, sans en être pour autant le propriétaire. Tout dépend de la marge de manœuvre laissée au disposant. À la différence du droit de disposer d'un propriétaire, qui est marqué par une pleine souveraineté, le droit de disposer de la chose d'autrui est limité dans son exercice et dans son contenu. Il ne peut être exercé que dans le respect des droits et intérêts du propriétaire, et

Somme toute, cela n'est que la conséquence de la définition donnée de la propriété, elle qui est une liberté d'action sur la chose sauf exceptions et ne se résume pas à l'une des utilités qu'il est possible de retirer des choses. Ainsi et plus largement, aucun droit réel autre que la propriété ne saurait valablement la concurrencer, elle qui reste un droit de jouissance « entier » sur une chose¹⁷⁵².

C. Les déclinaisons du droit de superficie

378. Notion de propriété superficière. Aux côtés du droit de propriété et des droits de jouissance sur la chose d'autrui (usufruit et usage des choses), une place doit être réservée à une autre forme de droit réel : la propriété superficière. Considérée à Rome comme un droit de jouissance proche tantôt de la servitude, tantôt de l'usufruit¹⁷⁵³, la superficie a pu être par la suite analysée comme un véritable droit de propriété. Loin d'opérer un partage finalisé des utilités d'une chose, la superficie constate plus radicalement une division matérielle de la chose conférant, à deux propriétaires, deux droits de propriété entiers s'exerçant sur deux objets distincts : la superficie et le tréfonds. Ainsi analysé, le droit de superficie ne se distingue nullement de la propriété ordinaire, si ce n'est par la chose, nécessairement immobilière, qui constitue son objet. Comme l'explique Monsieur Grimonprez, « là où l'usufruit dissocie les attributs de la propriété (*usus* et *fructus* d'un côté, *abusus* de l'autre), le droit de superficie divise matériellement celle-ci »¹⁷⁵⁴, ajoutant que cette technique permet de répartir les richesses, « non pas en décomposant les utilités d'un bien (démembrement), mais en les multipliant, au point de créer plusieurs biens »¹⁷⁵⁵. La jurisprudence a ainsi pu, à de nombreuses occasions, rappeler que la propriété superficière était un véritable droit de propriété portant sur un objet distinct de la propriété tréfoncière, aucune indivision ou copropriété n'existant d'ailleurs entre superficière et tréfoncier relativement à la chose, puisqu'il y en a précisément deux¹⁷⁵⁶. Tout

en conformité avec la destination du bien de sorte que si l'acte d'aliénation de la chose d'autrui est bien juridiquement un acte de disposition, il n'est qu'un simple acte d'administration au plan économique ».

¹⁷⁵² M.-G.-A. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », art. cité, p. 446, n° 7.

¹⁷⁵³ C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. II, 5^{ème} éd., par G. RAU, C. FALCIMAIGNE et M. GAULT, *op. cit.*, p. 623, § 223, note 6. V. sur la question J.-P. MARTY, *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, th. Toulouse, 1976, pp. 180 s.

¹⁷⁵⁴ B. GRIMONPREZ, *Rép. Civ. Dalloz*, v° « Superficie », 2013, n° 1.

¹⁷⁵⁵ *Ibid.*, n° 11. V. déjà en ce sens F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. VIII, A. Durand & Pedone Lauriel, 1873, p. 492, n° 410.

¹⁷⁵⁶ Cass. Civ. 16 décembre 1873, *DP* 1874, 1, p. 249 ; Cass. Req. 27 avril 1891, *DP* 1892, 1, p. 219.

comme la propriété ordinaire dont elle partage la nature¹⁷⁵⁷, la propriété superficière offre au superficière une maîtrise entière de la chose, se dotant même du caractère de la perpétuité apte à garantir cette maîtrise¹⁷⁵⁸.

379. Déclinaisons de la propriété superficière. Somme toute, puisque rien ne distingue le droit de superficie considéré de manière autonome du droit de propriété ordinaire (si ce n'est la chose immobilière qui en forme l'assiette), il n'y aurait pas lieu d'ajouter cette figure à la liste des droits réels existants¹⁷⁵⁹. Pourtant, cette première impression doit être réformée à l'endroit de certaines déclinaisons du droit de superficie. L'on songe là aux figures très courantes de jouissances conventionnelles offrant un droit réel de superficie à un preneur à bail. Mais ces « baux réels », malgré une dénomination hasardeuse, constituent-ils de véritables droits réels ? Surtout, ces baux réels offrent-ils un droit de superficie (donc un droit de propriété) à leur titulaire ? Pour répondre à ces questions, il s'agira d'examiner successivement la décomposition des propriétés privées (1) comme des propriétés publiques (2).

1. La superficie en droit privé

380. Structure des baux réels. L'on peut commencer par relever que, bien que ces baux soient de formes diverses¹⁷⁶⁰, ils obéissent tous peu ou prou à une structure commune, proche de celle prévue par le bail emphytéotique¹⁷⁶¹ : une dissociation physique de la propriété immobilière où le bailleur transfère à un preneur, moyennant un loyer (le « canon ») et pour

¹⁷⁵⁷ C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. II, 5^{ème} éd., par G. RAU, C. FALCIMAIGNE et M. GAULT, *op. cit.*, p. 623, § 223.

¹⁷⁵⁸ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, pp. 842 s., n° 950.

¹⁷⁵⁹ B. GRIMONPREZ, *Rép. Civ. Dalloz*, v° « Superficie », *op. cit.*, n° 15.

¹⁷⁶⁰ Certains de ces baux répondront en effet à une logique particulière. C'est ainsi que le bail réel immobilier, déclinaison du bail à construction (CCH, art. L. 251-1 s.) et du bail à réhabilitation (CCH, arts. L. 252-1 s.), est prioritairement destiné au bénéfice de personnes aux ressources limitées (CCH, arts. L. 254-1 s.), tout comme le est, dans une autre mesure, le bail réel solidaire (CCH, arts. L. 255-1 s. Sur la spécificité du bail réel solidaire par rapport au bail réel immobilier, v. M. POUMARÈDE, « Le bail réel solidaire », *RTD* 2016, p. 544 *sq.*). De moindre importance, l'on peut également évoquer le bail à domaine congéable (ou bail à covenant), désormais soumis au statut du fermage (C. rur., art. L. 431-1 s.), le bailleur (le « foncier ») conservant la propriété du sol et des fruits naturels, quand le preneur (le « domanier ») obtient des droits sur les bâtiments et plantations (« droits réparatoires »). Reste enfin la figure du bail à complant (C. rur., art. L. 441-1 s.), le bailleur transférant à un preneur (le « complanteur ») la jouissance d'un fonds en contrepartie de l'obligation de le planter en vignes ou de cultiver.

¹⁷⁶¹ C. rur., arts. L. 451-1 s.

une durée comprise entre 18 et 99 ans, un droit réel lui permettant d'ériger des constructions ou plantations qui reviendront au bailleur à l'issue de la convention¹⁷⁶².

Si l'on admet généralement que le preneur est investi d'un droit réel¹⁷⁶³, cette opinion ne convainc pas une partie de la doctrine qui voit dans ce droit une figure hybride, empruntant tant au régime des droits personnels qu'au régime des droits réels¹⁷⁶⁴. D'aucuns évoquent ainsi une « curieuse catégorie »¹⁷⁶⁵, voire une « erreur de qualification »¹⁷⁶⁶ à l'endroit de cette figure. Les critiques ne manquent pas, d'ailleurs, pour extraire ces droits de la catégorie des droits réels. Madame Mallet-Bricout souligne ainsi que la jouissance du preneur sur le bien procède doublement et paradoxalement du transfert du droit réel sur la chose et du contrat de bail¹⁷⁶⁷. Monsieur Dross note quant à lui l'absence de pertinence au recours de la figure du droit réel pour expliquer le droit de jouir du preneur, résultant selon lui simplement de l'obligation personnelle à la charge du bailleur, relevant en outre l'incohérence à se référer à la figure du droit réel qui priverait d'objet l'obligation du bailleur, la jouissance étant alors immédiate et directe¹⁷⁶⁸. Ce dernier va même plus loin, critiquant le recours à la figure du droit réel. Celle-ci serait d'abord inutile pour justifier la propriété du preneur sur les constructions, l'accession étant pareillement neutralisée en matière de bail¹⁷⁶⁹. Celle-ci serait ensuite inutile pour expliquer le droit du preneur de céder les constructions qu'il aura érigées, l'article 1717 du Code civil permettant au preneur de céder en principe son bail sans l'accord du bailleur ainsi que les accessoires qui l'accompagnent¹⁷⁷⁰. En somme, ces baux conférant un droit réel au preneur pourraient être, selon Monsieur Dross, reclassés dans la catégorie des droits personnels de laquelle ils n'auraient jamais dû être extraits¹⁷⁷¹.

¹⁷⁶² À la différence d'autres baux réels, l'emphytéote n'a toutefois pas l'obligation de réaliser des constructions ou des plantations. Ainsi, dans le bail à construction ou dans le bail à réhabilitation, le preneur est obligé de construire.

¹⁷⁶³ Monsieur Marty y voit même une propriété fonctionnelle (J.-P. MARTY, *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, op. cit., p. 336).

¹⁷⁶⁴ En ce sens, v. C. LARROUMET et B. MALLET-BRICOUT, *Traité de droit civil*, t. II : *Les biens, droits réels principaux*, op. cit., pp. 498-499, n° 779 pour qui, « parce qu'elles trouvent leur origine dans un contrat de bail, les obligations du preneur et du bailleur restent des obligations personnelles, comme dans tous les baux. Seule la nature du droit du preneur est transformée ».

¹⁷⁶⁵ B. MALLET-BRICOUT, « Baux réels et solidarité », *RTD Civ.* 2016, p. 943, spéc. p. 945.

¹⁷⁶⁶ W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, op. cit., p. 263, n° 136-2.

¹⁷⁶⁷ B. MALLET-BRICOUT, « Baux réels et solidarité », art. cité, p. 945.

¹⁷⁶⁸ W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, op. cit., p. 261, n° 136.

¹⁷⁶⁹ *Ibid.*, p. 263, n° 136-2.

¹⁷⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷⁷¹ V. déjà en ce sens, C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. II, 5^{ème} éd. par G. RAU, C. FALCIMAIGNE et M. GAULT, op. cit., pp. 644 s., § 224 bis.

381. Nature des baux réels. À y regarder de plus près, il n'apparaît cependant pas que la critique soit si décisive qu'il y paraît. Si l'on peut en effet observer une « instrumentalisation des droits réels par le législateur »¹⁷⁷², force est d'admettre que les textes reconnaissent expressément au bénéficiaire des preneurs un droit réel sur le terrain, auquel s'adjoint la propriété des constructions éventuellement érigées dessus. Surtout, la nature « réelle » du droit conféré ne semble pas contestable : ayant un droit sur la chose, l'emphytéote se trouve dans la situation de n'importe quel titulaire de droit réel, pouvant jouir de la chose sans l'intermédiaire du bailleur¹⁷⁷³, ce que la Cour de cassation a d'ailleurs tôt fait de reconnaître¹⁷⁷⁴. Cette dernière a également pu affirmer que le pouvoir de disposer de l'emphytéote, aussi bien matériellement sur la chose, que juridiquement sur son droit, était une composante essentielle de ce droit : ainsi a-t-elle pu requalifier la convention sitôt que celle-ci lui imposait des limites quant à l'usage du fonds¹⁷⁷⁵ ou quant à la disposition du droit¹⁷⁷⁶. Ce droit n'opère pas, en effet, un simple partage des utilités d'un unique fonds où le propriétaire se dépouillerait d'une partie de celles-ci au bénéfice, par exemple, d'un preneur (droit personnel) ou d'un usufruitier (droit réel). Il opère au contraire une dissociation matérielle d'un fonds entre superficie et tréfonds. Le « preneur » bénéficie d'un véritable droit réel sur un aspect matériel du fonds (la superficie) qui n'empiète pas sur la propriété du « bailleur » (le tréfonds), si ce n'est en paralysant le droit d'accession¹⁷⁷⁷. L'assiette du droit de propriété du tréfoncier est ainsi redéfinie, portant sur un objet matériellement distinct de l'objet formant le droit de propriété du superficiaire.

382. Originalité du droit réel conféré. Si l'on peut admettre que le preneur se trouve investi d'un droit réel au demeurant parfaitement disponible¹⁷⁷⁸, il est en revanche plus discutable de voir dans ce droit réel un droit de propriété. Dans la mesure où la « propriété » de l'emphytéote

¹⁷⁷² B. MALLEY-BRICOUT, « Baux réels et solidarité », art. cité, p. 944.

¹⁷⁷³ B. GRIMONPREZ, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Superficie », *op. cit.*, n° 35. Comme l'écrit en outre l'auteur, « l'obligation du bailleur de faire jouir paisiblement le preneur est alors absorbée par le droit réel que ce dernier détient sur la chose. Les rapports personnels s'effacent au profit d'un partage direct des utilités du bien [...] » (*ibid.*, n° 40). V. également, en ce sens, C. LEVENEUR, *Le bail réel immobilier*, Mémoire de Master II Droit privé général, Paris II, 2015, p. 47, n° 66.

¹⁷⁷⁴ Cass. civ., 24 août 1857, *DP* 1857, 1, p. 326.

¹⁷⁷⁵ Cass. 3^{ème} civ., 14 novembre 2002, n° 01-13.904, *Bull. civ.* III, n° 223.

¹⁷⁷⁶ Cass. 3^{ème} civ., 15 mars 1983, n° 82-10.399, *Bull. civ.* III, n° 74.

¹⁷⁷⁷ En ce sens, v. J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens*, *op. cit.*, pp. 328-329, n° 286.

¹⁷⁷⁸ Ce droit est parfaitement cessible, susceptible d'être grevé d'une sûreté ou de faire l'objet d'un apport en société (CCH, art. L. 251-3, al. 2 et 3), sans qu'une autorisation du bailleur ne soit nécessaire.

est une propriété temporaire, d'aucuns ont refusé de considérer que ce dernier fût investi d'un véritable droit de superficie, donc d'un droit de propriété ayant pour objet une parcelle précise d'une chose¹⁷⁷⁹. Il est vrai que l'emphytéote se trouve dans une position plus précaire que celle d'un propriétaire : s'il a bien l'intégralité des prérogatives de jouissance normalement dévolues à un propriétaire ordinaire¹⁷⁸⁰, il lui manque une chose essentielle, à savoir la perspective de pouvoir jouir dans le futur de l'ensemble des utilités de la chose. Autrement dit, il manque à l'emphytéote la vocation qui caractérise la propriété car, une fois la convention arrivée à son terme, l'accession s'opérera et la chose morcelée se retrouvera unifiée entre les mains du bailleur qui aura conservé le tréfonds.

Mais cette originalité ne doit pas suffire à disqualifier le droit de superficie dont l'emphytéote se trouve investi. En marge de la distinction de la propriété et des droits de jouissance sur la chose d'autrui ou plutôt entre ces deux catégories, doit pouvoir être admise la figure d'un droit réel de superficie temporaire, s'éteignant à l'expiration du contrat¹⁷⁸¹ : ce droit offre en effet moins que la propriété, mais plus que les autres droits de jouissance. Aussi, quoique la propriété superficière soit en principe une propriété entière, l'on peut tout à fait admettre la figure originale d'un droit de superficie temporaire, qui n'est alors plus un droit de propriété, faute pour le preneur d'avoir cette vocation à la jouissance future des utilités de la chose.

383. Nature des obligations entre superficière et tréfoncier. Enfin, si l'on peut envisager le bail réel comme un droit réel de jouissance conférant un droit de superficie temporaire au preneur, il reste à expliquer l'existence d'obligations réciproques entre les parties et résultant de la convention génératrice de tels droits. Il semble que les obligations dont sont investies les parties soient des obligations personnelles *propter rem*, les obligeant en qualité de titulaires d'un droit réel à l'exécution de prestations¹⁷⁸². Il faut en effet concevoir que le tréfoncier et le

¹⁷⁷⁹ A. ROBERT, « La distinction entre le droit de superficie et le bail emphytéotique », *D.* 1993, p. 33, spéc. n° 1, considérant que le droit de superficie se distingue de l'emphytéose par son caractère perpétuel. C'est également en ce sens que se prononcent les auteurs de l'avant-projet de réforme du droit des biens élaboré sous l'égide de l'Association Henri Capitant, refusant de faire du droit réel du preneur un droit de superficie (v. spéc. J.-L. BERGEL in H. PÉRINET-MARQUET (Dir.), *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, *op. cit.*, p. 87). Comp. toutefois B. GRIMONPREZ, *Rép. Civ. Dalloz*, v° « Superficie », *op. cit.*, n° 28, relevant que « la superficie, remodelée par la proposition de réforme, serait cantonnée aux hypothèses de scission définitive de l'assiette de l'immeuble, dans lesquelles le transfert d'une fraction de la propriété de l'espace est l'objet principal du contrat (vente de volumes ou réserve de superficie). Elle serait au contraire bannie chaque fois que la propriété n'est que temporaire et l'accessoire d'un droit de jouissance ».

¹⁷⁸⁰ Il peut ainsi décider de démolir les bâtiments existants en vue de les reconstruire (CCH, art. L. 251-4, al. 3).

¹⁷⁸¹ B. GRIMONPREZ, *Rép. Civ. Dalloz*, v° « Superficie », *op. cit.*, n° 43.

¹⁷⁸² Cf. supra n° 317.

superficiaire sont dans une situation virtuelle de voisinage, l'un ayant le dessous, l'autre le dessus, donc deux droits de propriété portant sur des objets matériellement distincts. Aussi ces obligations résultent-elles moins en réalité du « bail » que de la configuration des propriétés voisines, tout comme les obligations liant usufruitier et nu-propiétaire résultent du partage des utilités, cette fois-ci, d'une seule et même propriété démembrée. Dans ces deux hypothèses, de véritables obligations personnelles naissent entre les parties mais à raison de la chose, qui est dans un cas en voisinage d'une autre ou dont les utilités, dans l'autre cas, sont partagées.

En toute hypothèse, rien ne semble interdire d'admettre que les « baux réels » sont de véritables droits réels, des espèces singulières de droits de superficie, des « propriétés » diminuées procédant d'une division physique de la chose et conférant au preneur un droit unique sur la chose objet de son droit. Le même constat peut également être fait s'agissant de la superficie en droit public.

2. La superficie en droit public

384. Aliénabilité ponctuelle du domaine public. Le principe d'inaliénabilité du domaine public constitue, en principe, un frein à la constitution de droits réels sur celui-ci¹⁷⁸³. Néanmoins, le législateur a multiplié ces dernières décennies les entorses à ce principe, admettant que l'occupant du domaine public obtienne sur celui-ci de véritables droits réels. Une seule limite demeure : l'utilisation des biens du domaine public doit se faire en conformité avec leur affectation à l'utilité publique¹⁷⁸⁴. Si l'utilisation du domaine public constitue la raison d'être de ce dernier – le critère de celui-ci étant son affectation au public ou au service public – et s'il s'agit de rendre possible l'utilisation du domaine public, c'est à la condition que son utilisation ne distraie ce dernier de son affectation première. C'est précisément l'existence d'un contrôle de l'affectation qui a amené le législateur à reconnaître la possibilité d'utiliser privativement le domaine public et à élargir le champ des utilisations privatives possibles, dans un souci croissant de valorisation du domaine public. Si l'on peut, conformément à l'article L. 2122-1 du CGPPP, utiliser le domaine public au-delà du « droit d'usage qui appartient à tous », c'est à la condition que l'utilisation ne contrevienne pas à l'affectation qui le caractérise et à la condition que l'utilisation soit conforme ou à tout le moins compatible avec

¹⁷⁸³ Cf. supra n° 139.

¹⁷⁸⁴ CGPPP, art. L. 2121-1.

l'affectation¹⁷⁸⁵. Afin de s'assurer que l'utilisation privative du domaine public, que l'on peut définir comme « l'utilisation qu'une personne donnée fait d'un bien pour son propre profit, par opposition à l'utilisation collective d'un bien par tous »¹⁷⁸⁶, ne puisse aboutir à priver la personne publique de son bien ou à détourner ce dernier de son affectation première, le législateur et les juges ont posé un certain nombre de garde-fous. C'est ainsi qu'ils considèrent que toutes les autorisations d'occupation ou d'utilisation¹⁷⁸⁷ du domaine public sont

¹⁷⁸⁵ Encore faut-il également que l'utilisateur utilise un *bien* du domaine public, ce que n'est pas l'*image d'un bien* public. C'est ce qu'a rappelé le Conseil d'État dans un arrêt rendu le 13 avril 2018 à propos de l'image du château de Chambord qui avait été captée par une société à des fins publicitaires (CE, 13 avril 2018, n° 397047). En l'espèce, après que la société Kronenbourg eut réalisé des prises de vue du château de Chambord, l'établissement public du domaine national de Chambord lui avait réclamé une somme d'environ 250 000 € au titre de contrepartie financière pour l'utilisation privative du domaine public. Mais en première instance, cette demande est rejetée, au motif que l'image d'un bien du domaine public, n'étant pas un bien, ne se confond pas avec le bien représenté et ne relève donc pas du domaine public. Ne s'agissant dès lors pas d'une utilisation privative du domaine public, aucune redevance ne pouvait être exigée (TA Orléans, 6 mars 2012, n° 1102187, *AJDA* 2012, 1227). La Cour administrative d'appel de Nantes alla dans le même sens, précisant d'ailleurs que la prise de vues « ne se traduit pas par un usage privatif » du domaine public (CAA Nantes, 16 décembre 2015, n° 12NT01190, *AJDA* 2016, 435). Quant au Conseil d'État, il valida le raisonnement des juges du fond, retenant qu'il n'existe pas de propriété de la personne publique sur l'image d'un bien public. Cet arrêt est intéressant à plus d'un titre. D'abord, le Conseil d'État semble là revenir sur sa jurisprudence, puisqu'il considérait jusqu'ici que l'image des dépendances mobilières du domaine public faisait partie du domaine public. Ainsi avait-il retenu, dans un arrêt du 29 octobre 2012, que « la prise de vues d'œuvres relevant des collections d'un musée, à des fins de commercialisation des reproductions photographiques ainsi obtenues, doit être regardée comme une utilisation privative du domaine public mobilier impliquant la nécessité, pour celui qui entend y procéder, d'obtenir une autorisation » (CE, 29 octobre 2012, n° 341173). Pourtant, la réalité est bien différente, puisqu'en l'espèce, l'utilisation du domaine public pour la prise de vue ne dépassait pas le « droit d'usage appartenant à tous », de sorte qu'aucune autorisation n'était nécessaire (en ce sens, v. F. LOMBARD, « L'image des biens publics ne bénéficie pas du régime de la domanialité publique », *RTD Com.* 2018, p. 628 *sq.* ; N. FOULQUIER, « L'image des biens publics et leur utilisation », *RFDA* 2018, p. 461 *sq.*). Ensuite, le Conseil d'État s'aligne définitivement sur la position de la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 7 mai 2004 rendu en assemblée plénière, a considéré que le propriétaire d'un bien n'ayant pas de droit exclusif sur l'image de celui-ci, ne pouvait prétendre en être également propriétaire (Cass. ass. plén., 7 mai 2004, n° 02-10.450, *Bull. Ass. plén.*, n° 10). Enfin, il faut souligner que depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine (non applicable en l'espèce), le Code du patrimoine a été complété d'un article L. 621-42 qui préconise une solution différente. L'utilisation à des fins commerciales de l'image des biens publics relevant du domaine public est en effet désormais soumise à l'autorisation préalable du gestionnaire, sauf s'il s'agit d'une utilisation dans le cadre de l'exercice de missions de service public ou à des fins culturelles, artistiques, pédagogiques, d'enseignement, de recherche, d'information et d'illustration de l'actualité (sur ce point, v. M. CORNU, « L'image des biens publics, le pas de deux du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 490 *sq.*).

¹⁷⁸⁶ P. DELVOLVÉ, « L'utilisation privative des biens publics », *RFDA* 2009, p. 229, spéc. n° 4. Sur la distinction entre utilisation collective et privative du domaine public, v. L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers. Essai de classification juridique*, th. Paris, 1924, *passim*.

¹⁷⁸⁷ Sur les rapports entre « utilisation » et « occupation » du domaine public, v. not. J.-F. GIACUZZO, *J-CI Propriétés publiques*, v° « Domaine public. Règles générales d'utilisation. Utilisation conforme », Fasc. 70-10, 2015, n° 9, qui souligne que « l'occupant du domaine public est toujours son utilisateur alors que l'utilisateur peut ne pas être un occupant ». Envisageant une gradation entre « utilisation » et « occupation », v. également P. DELVOLVÉ, « L'utilisation privative des biens publics », art. cité. Rattachant enfin la distinction entre « utilisation » et « occupation » à celle entre « permis de stationnement » et « permission de voirie », v. P. LAFAGE, *J-CI Propriétés publiques*, v° « Occupation privative du domaine public. Titres unilatéraux », Fasc. 78, 2013, n° 18.

expresses¹⁷⁸⁸, coûteuses¹⁷⁸⁹ et relèvent de la discrétion de l'administration¹⁷⁹⁰, outre qu'elles sont personnelles¹⁷⁹¹, temporaires¹⁷⁹², précaires¹⁷⁹³ et révocables¹⁷⁹⁴. Comme l'écrit Monsieur Foulquier, « ceci interdit aux occupants de faire valoir, à [l'égard de l'administration], des prérogatives similaires à celles d'un quasi-proprétaire ou même d'un locataire de droit privé. Toute autre solution violerait le principe d'inaliénabilité du domaine public »¹⁷⁹⁵.

Dans le respect de ces principes, le législateur comme le juge ont admis que les occupants du domaine public pouvaient obtenir sur celui-ci de véritables droits réels. Initialement pourtant, le législateur des temps passés s'était bien gardé d'offrir explicitement aux occupants tout espoir de faire leurs des dépendances du domaine public, soucieux qu'il était de respecter le principe d'inaliénabilité du domaine public. Quant au juge, s'il leur reconnaissait un droit de propriété sur les ouvrages construits¹⁷⁹⁶ afin de les inciter à développer leur activité¹⁷⁹⁷, il se refusait encore à leur reconnaître un droit réel portant directement sur le domaine public, toujours au nom de l'inaliénabilité de celui-ci. Ainsi proclama-t-il, dans le célèbre arrêt « Eurolat » de 1985, la nullité de clauses par lesquelles l'occupant se vit conférer un droit réel sur un terrain appartenant à une collectivité publique, au nom des « principes de la domanialité publique »¹⁷⁹⁸. Cette formalisation explicite de l'absence de droits réels de l'occupant du domaine public eut néanmoins un impact très négatif aussi bien sur les candidats à l'occupation de ce dernier que sur les collectivités publiques qui, bien souvent, commandaient les ouvrages ensuite érigés. Les occupants n'avaient plus l'assurance que les montages réalisés soient

¹⁷⁸⁸ CGPPP, art. L. 2122-1.

¹⁷⁸⁹ CGPPP, art. L. 2125-1. Le paiement d'une redevance domaniale au titre de l'occupation est analysé par le Conseil d'Etat comme une contrepartie à l'utilisation, n'ayant pas la nature d'une recette fiscale ou d'un loyer (CE, 8 juillet 1996, « Merie », n° 121520).

¹⁷⁹⁰ CE, 21 octobre 1983, « Bricard », n° 36367.

¹⁷⁹¹ CE, 10 mai 1989, « Munoz », *Rec. CE* p. 675.

¹⁷⁹² CGPPP, art. L. 2122-2.

¹⁷⁹³ CE, 4 février 1985, « Ville de Charleville-Mézières », n° 24912 ; CE, 25 février 1994, n° 144641.

¹⁷⁹⁴ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, LexisNexis, coll. « Manuel », 4^{ème} éd., 2018, pp. 397 s., n° 1025 s.

¹⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 328, n° 843.

¹⁷⁹⁶ CE, 8 janvier 1930, « Compagnie générale des eaux », *Rec. CE* p. 16 ; CE, 3 juillet 1959, « Ministre des travaux publics et SNCF c/ Société des produits alimentaires et diététiques et Association nationale des propriétaires et usagers d'embranchements particuliers », n° 16358 et n° 31455.

¹⁷⁹⁷ J.-F. GIACUZZO, *J-Cl Propriétés publiques*, v° « Domaine public. Règles générales d'utilisation. Utilisation conforme », Fasc. 70-10, *op. cit.*, n° 95. V. également E. POURCEL, « À qui appartiennent les biens immobiliers construits par les titulaires de titres d'occupation sur le domaine public constitutifs de droits réels ? », *JCP A* n° 52, 26 décembre 2006, 1319, spéc. n° 4. *Adde.* P. YOLKA, *J-Cl. Propriétés publiques*, v° « Distinction du domaine public et du domaine privé », Fasc. 10, 2020, n° 44.

¹⁷⁹⁸ CE, 6 mai 1985, « Association Eurolat Crédit foncier de France », n° 41589, *Rec. CE* 1985, p. 141.

licites¹⁷⁹⁹ puis, ne pouvant plus obtenir de financement de la part de banques qui doutaient de la solidité de leur droit pour obtenir des garanties, faisaient peser le coût de l'investissement sur les personnes publiques elles-mêmes, finalement découragées par des finances exsangues¹⁸⁰⁰. Où l'on voit que la réalisation d'ouvrages, bien souvent destinés au service public ou à l'usage du public, devenait compromise. C'est donc pourquoi le législateur est intervenu, par plusieurs touches successives, en créant une série de titres domaniaux constitutifs de droits réels, dont les principaux procèdent d'une part des baux emphytéotiques administratifs (**a**) et d'autre part des autorisations d'occupation temporaire du domaine public constitutives de droits réels (**b**), dont le régime a ensuite été étendu aux autorisations ordinaires d'occupation du domaine public à l'occasion de la création du CGPPP en 2006. Ces droits investissent leurs titulaires d'un droit de superficie temporaire (**c**).

a. Les baux emphytéotiques administratifs (BEA)

385. Définition du BEA. Le BEA, issu de la loi n° 98-13 du 5 janvier 1988 et initialement réservé au domaine public des collectivités territoriales, est une adaptation du bail emphytéotique ordinaire, prévu par les articles L. 451-1 et suivants du Code rural et de la pêche maritime et que l'on retrouve aujourd'hui aux articles L. 1311-2 et suivants du Code général des collectivités territoriales (CGCT)¹⁸⁰¹. Face à la spécificité du domaine public et eu égard à la nature et aux effets du bail emphytéotique ordinaire, le législateur a entendu aménager celui-ci afin qu'il corresponde aux impératifs de gestion du domaine public.

¹⁷⁹⁹ J.-F. GIACUZZO, *J-CI Propriétés publiques*, v° « Domaine public. Règles générales d'utilisation. Utilisation conforme », Fasc. 70-10, *op. cit.*, n° 96.

¹⁸⁰⁰ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 407, n° 1054. *Adde.*, dans le même sens, G. ECKERT, *J-CI Propriétés publiques*, v° « Bail emphytéotique administratif », Fasc. 79-40, 2017, n° 5, qui souligne que « l'interdiction de la constitution de droits réels sur le domaine public et notamment l'impossibilité de recourir au bail emphytéotique était de nature à faire obstacle au développement économique du domaine public et, plus encore, à limiter les possibilités de financement privé des équipements publics [...]. Il en découle des difficultés pour assurer le financement bancaire de ces investissements dans la mesure où l'occupant ne peut apporter aucune garantie réelle au prêteur ».

¹⁸⁰¹ Le BEA local connut un franc succès au point que des variantes furent créées aussi bien pour les établissements hospitaliers que pour l'État : en 2003, avec le bail emphytéotique hospitalier ; en 2009, avec le bail emphytéotique administratif « logements sociaux » ; en 2010, avec le bail emphytéotique administratif « valorisation ». Si la réforme de la commande publique intervenue par les ordonnances du 23 juillet 2015 et du 29 janvier 2016 a mis un frein à certains BEA (comme le bail emphytéotique hospitalier et le bail emphytéotique administratif « logements sociaux »), les BEA locaux restent aujourd'hui largement utilisés, leur régime servant encore de modèle aux autres BEA, comme le BEA « valorisation » de l'État lui aussi encore utilisé.

386. Régime du BEA. Sans s'éloigner véritablement du bail emphytéotique ordinaire, le BEA lui emprunte une partie significative de son régime, s'y référant même pour l'essentiel¹⁸⁰². Il confère à l'emphytéote, moyennant une redevance, un droit de propriété sur les ouvrages érigés pour une durée comprise de 18 à 99 ans¹⁸⁰³, à l'issue de laquelle les ouvrages reviendront à la collectivité¹⁸⁰⁴. À la différence toutefois du bail emphytéotique ordinaire, le BEA, parce qu'il s'agit d'un contrat administratif, peut être résilié pour des motifs d'intérêt général ou pour faute grave¹⁸⁰⁵ et ne peut pas être tacitement reconduit à terme¹⁸⁰⁶. De même, les créanciers chirographaires de l'emphytéote ne peuvent exercer aucune voie d'exécution sur les droits immobiliers résultant du bail¹⁸⁰⁷. Le BEA présente enfin un aspect hybride s'agissant de sa disponibilité¹⁸⁰⁸. Si l'emphytéote a la possibilité de louer les ouvrages érigés¹⁸⁰⁹, sa cessibilité est encadrée et dépend de l'agrément de la collectivité qui doit étudier la compatibilité de la cession envisagée avec l'affectation du bien. De même, la cession ne peut être opérée qu'au profit d'une « personne subrogée au preneur dans les droits et obligations découlant de ce bail et, le cas échéant, des conventions non détachables conclues pour l'exécution du service public ou la réalisation de l'opération d'intérêt général »¹⁸¹⁰. Il en va de même de la constitution d'une hypothèque, qui ne peut être opérante qu'après approbation par la collectivité et « uniquement pour la garantie des emprunts contractés par le preneur en vue de financer la réalisation ou l'amélioration des ouvrages situés sur le bien loué »¹⁸¹¹.

En dépit de ces précautions, le BEA permet malgré tout à l'emphytéote, pendant la durée du bail, de jouir et disposer avec une relative facilité des biens érigés et de son titre. Le même constat peut être fait pour les autorisations d'occupation temporaire du domaine public constitutives de droits réels.

¹⁸⁰² P. TERNEYRE et B. NOYER, « Le bail emphytéotique administratif comme technique contractuelle moderne de valorisation du domaine public des collectivités locales », *LPA* n° 83 et 84, 10 et 12 juillet 1996, pp. 15 et 8.

¹⁸⁰³ C. rur., art. L. 451-1, al. 2.

¹⁸⁰⁴ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, op. cit., p. 441, n° 1166.

¹⁸⁰⁵ CE, 25 février 1994, « SA Sofap-Marignan Immobilier », *Rec. CE* 1994, p. 94.

¹⁸⁰⁶ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, op. cit., p. 439, n° 1155.

¹⁸⁰⁷ CGCT, art. L. 1311-3, 3°.

¹⁸⁰⁸ Sur la question, v. not. G. ECKERT, *J-CI Propriétés publiques*, v° « Bail emphytéotique administratif », Fasc. 79-40, op. cit., passim.

¹⁸⁰⁹ CAA Marseille, 27 février 2007, « Société Escota », n° 04MA00652.

¹⁸¹⁰ CGCT, art. L. 1311-3, 1°.

¹⁸¹¹ CGCT, art. L. 1311-3, 2°.

b. Les autorisations d'occupation temporaire du domaine public constitutives de droits réels (AOTDR)

387. Définition des AOTDR. Les AOTDR ont été introduites par la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994. Elles constituent, pour le domaine public de l'État, le pendant des BEA initialement réservés aux collectivités territoriales. Leur régime suscite néanmoins encore aujourd'hui de nombreuses interrogations¹⁸¹², plus encore depuis l'adoption en 2006 du CGPPP qui a fini par aligner le régime des autorisations ordinaires d'occupation du domaine public sur celui des AOTDR¹⁸¹³.

388. Régime des AOTDR. Le titulaire d'une AOTDR bénéficie, en vertu de l'article L. 2122-6 du CGPPP et sauf l'exception posée par l'article L. 2122-10, d'un « droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce droit ». Ce droit lui confère, « pour la durée de l'autorisation et dans les conditions et les limites précisées dans le présent paragraphe, les prérogatives et obligations du propriétaire »¹⁸¹⁴. Ce droit, précise ensuite l'article L. 2122-7, peut être cédé à une personne agréée par l'autorité compétente et peut, selon l'article L. 2122-8, être grevé d'une sûreté en vue de financer les travaux entrepris. Enfin, à l'issue du titre d'occupation, l'article L. 2122-9 prévoit que les ouvrages sont soit démolis, soit automatiquement transmis à la personne publique.

Malgré la formulation ambiguë de l'article L. 2122-6 du CGPPP qui ne spécifie ni la nature exacte du droit dont bénéficie l'occupant titulaire d'une AOTDR, ni l'objet sur lequel il porte, il y a tout lieu de considérer que, comme pour le BEA et les occupations ordinaires¹⁸¹⁵,

¹⁸¹² P. DELVOLVÉ, « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence », *RFDA* 2010, p. 1125 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Les occupations privatives du domaine public : un espoir déçu », *RFDA* 2006, p. 935.

¹⁸¹³ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens, op. cit.*, p. 407, n° 1054.

¹⁸¹⁴ La règle est – étonnamment – inverse s'agissant de l'octroi d'une AOT par une collectivité : celle-ci ne confère de droit réel qu'après autorisation expresse du concédant, qui ne peut en attribuer qu'en vue de l'accomplissement d'une mission de service public (CGCT, art. L. 1311-5).

¹⁸¹⁵ CE, 8 janvier 1930, « Compagnie générale des eaux », préc. ; CE, 3 juillet 1959, « Ministre des travaux publics et SNCF c/ Société des produits alimentaires et diététiques et Association nationale des propriétaires et usagers d'embranchements particuliers », préc. ; CE, 23 juin 1993, « Société industrielle de Constructions et de Réparations », n° 111569 ; CE, 21 avril 1997, « Ministère du budget c/ Société Sagifa », *RFDA* 1997, p. 395, obs. E. Fatôme et P. Terneyre ; Cass. 1^{ère} civ., 9 avril 2014, « SIEA c/ France Télécom », n° 13-15.608 ; CE, 28 janvier 2015, « Syndicat mixte de l'aéroport de Saint-Brieuc Armor », n° 371501. Pour une décision contraire mais isolée, déduisant l'absence de droit de propriété sur les ouvrages de l'absence de droit réel sur le domaine public : CAA Marseille, 8 novembre 2011, n° 09MA03280.

l'occupant titulaire d'une AOTDR est bien propriétaire des ouvrages érigés¹⁸¹⁶. Toute interprétation inverse créerait un paradoxe des plus étonnants, où l'occupant ordinaire serait mieux traité que l'occupant bénéficiant d'un titre domanial constitutif de droit réel¹⁸¹⁷. Qu'il s'agisse ainsi d'occupations ordinaires ou d'occupations avec octroi de droits réels, il apparaît que l'occupant bénéficie sur les ouvrages construits sur la dépendance du domaine public d'un droit de propriété¹⁸¹⁸.

Il faut cependant se garder d'y voir un droit de propriété absolu. À l'image de tout titre d'occupation, ce droit est précaire¹⁸¹⁹. Tout comme la propriété superficielle de l'occupant ordinaire, la propriété reconnue par l'article L. 2122-6 du CGPPP au bénéficiaire d'une AOTDR¹⁸²⁰ est fragile, pour ne pas dire « corsetée »¹⁸²¹. Outre la précarité de l'autorisation, sa durée ne peut en effet excéder soixante-dix ans selon les termes de l'alinéa 3 de cet article. De plus, si l'on reconnaît la disponibilité du titre d'occupation et par voie de conséquence des ouvrages, leur cession suppose un agrément de l'administration¹⁸²², de même que leur affectation en garantie¹⁸²³. Enfin, tout comme les autorisations ordinaires d'occupation du

¹⁸¹⁶ Y. GAUDEMET, « Les droits réels sur le domaine public », *AJDA* 2006, p. 1094 *sq.* F. LLORENS et P. SOLER COUTEAUX, « Les occupations privatives du domaine : un espoir déçu », art. cité ; E. FATÔME, « À propos de la réglementation de l'occupation du domaine public après le Code général de la propriété des personnes publiques », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 329 *sq.* ; P. DELVOLVÉ, « L'utilisation privative des biens publics », art. cité, n° 45.

¹⁸¹⁷ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 410, n° 1062.

¹⁸¹⁸ D'aucuns s'étaient également demandé si, en ne réglant que le cas du titulaire d'une AOTDR, le législateur avait entendu *a contrario* dénier à l'occupant ordinaire toute prétention sur ses ouvrages (sur cette interrogation, v. E. FATÔME et P. TERNEYRE, « Quel est le propriétaire des ouvrages construits sur le domaine public ? », obs. sous CE, 21 avril 1997, « Ministre du Budget c/ Société Sagifa », *RDFA* 1997, p. 935). Mais cette interrogation, si elle avait le mérite de maintenir une distinction entre les occupations avec ou sans droit réel, était susceptible d'avoir, ainsi que l'écrit Monsieur Yolka, « un effet désastreux sur les investisseurs » (P. YOLKA, *J-Cl. Propriétés publiques*, v° « Distinction du domaine public et du domaine privé », Fasc. 10, *op. cit.*, n° 48). Aussi doit-elle être écartée. Enfin, Monsieur Giacuzzo note que si le bien construit n'était pas approprié par son occupant mais directement par la personne publique par le jeu de l'accession, « le risque serait alors grand que le titre perde sa qualité d'autorisation "sèche" et qu'il soit requalifié en concession de travaux. Partant, sa procédure de passation devrait respecter les règles de publicité et de mise en concurrence » (J.-F. GIACUZZO, *J-Cl Propriétés publiques*, v° « Domaine public. Règles générales d'utilisation. Utilisation conforme », Fasc. 70-10, *op. cit.*, n° 98).

¹⁸¹⁹ Sur ce point, v. P. JUEN, « La compatibilité du principe d'inaliénabilité avec la constitution de droits réels », *RDI* 2000, p. 121 *sq.* Cela dit, malgré la lettre du CGPPP qui ne reconnaît à l'occupant aucun droit à l'occupation du domaine public, certains textes organisent un droit permanent de certains occupants sur le domaine public. Ainsi d'ErDF et de GrDF qui ont un droit permanent d'occupation du domaine public (C. énerg., art. L. 433-3 ; C. voi. rout., art. L. 113-3).

¹⁸²⁰ Nous n'évoquerons ici que les AOTDR étatiques. S'agissant des AOTDR locaux, hormis quelques spécificités, leur régime se calque sur les premiers.

¹⁸²¹ P. YOLKA, « La propriété (singulière et plurielle) de l'occupant du domaine public », *AJDA* 2016, p. 625 *sq.* *Adde.* P. DELVOLVÉ, « L'utilisation privative des biens publics », art. cité, n° 47 ; E. POURCEL, « À qui appartiennent les biens immobiliers construits par les titulaires de titres d'occupation sur le domaine public constitutifs de droits réels ? », art. cité, n° 13.

¹⁸²² CGPPP, art. R. 2122-19 s.

¹⁸²³ CGPPP, art. L. 2122-8.

domaine public, les AOTDR peuvent être retirées¹⁸²⁴ et les ouvrages érigés démolis à moins que la personne publique désire les acquérir, auquel cas ils lui reviennent gratuitement et purgés de toute sûreté¹⁸²⁵.

Mais comme pour l'emphytéote, le titulaire d'une AOTDR a là encore la faculté de jouir et de disposer des biens érigés et encore une fois de son titre d'occupation, qui constitue un bien à part entière.

c. La reconnaissance d'un droit de superficie à l'occupant du domaine public

389. Unité des BEA et des AOTDR : droit de superficie. Les BEA et les AOTDR¹⁸²⁶ ont pour point commun d'offrir à leurs titulaires un droit de propriété sur les ouvrages érigés, bien qu'il soit pour le moins précaire puisque conditionné à la survie du titre et ne pouvant en tout état de cause lui survivre à son expiration. Mais la fragilité de ce droit s'explique par ce qui le génère : un droit de superficie – temporaire – reconnu à l'occupant du domaine public, au nom duquel celui-ci peut ériger des constructions et en demeurer propriétaire le temps de son titre¹⁸²⁷.

Ainsi parvient-on à dépasser l'apparente contradiction entre le principe d'inaliénabilité du domaine public et la constitution de droits réels sur celui-ci. Plutôt qu'opérer un démembrement du domaine public en privant la personne publique de ses prérogatives sur un de ses biens, c'est la propriété même qui se trouve matériellement divisée¹⁸²⁸ : la frontière tracée entre les biens privés et les biens du domaine public demeure ainsi sauve. N'étant ni une servitude¹⁸²⁹, ni un

¹⁸²⁴ CGPPP, art. L. 2122-9.

¹⁸²⁵ CGPPP, art. L. 2122-9. V. déjà, pour la précarité de la propriété des constructions superficielles réalisées par l'occupant ordinaire, CE, 19 mars 1952, « Sieur Toumi », *Rec. CE* 1952, p. 168 ; CE, 4 mars 1991, « Palanque », *Rec. CE* 1991, p. 976. Sur la question v. P. DELVOLVÉ, « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence », art. cité.

¹⁸²⁶ Mais aussi les autorisations ordinaires par lesquelles l'occupant est amené à ériger des constructions. En ce sens, v. N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 386, n° 999.

¹⁸²⁷ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 408, n° 1058.

¹⁸²⁸ J.-F. GIACUZZO, *J-CI Propriétés publiques*, v° « Domaine public. Règles générales d'utilisation. Utilisation conforme », Fasc. 70-10, *op. cit.*, n° 96. Dans le même sens, v. C. MANSON et P. YOLKA, *J-CI Propriété publiques*, v° « Droits réels sur le domaine public local », Fasc. 79-41, 2017, n° 42 ; Y. GAUDEMET, « Les droits réels sur le domaine public », art. cité.

¹⁸²⁹ *Contra*. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. VII, Paris, A. Durand & Pedone Lauriel, 1872, pp. 470 s., n° 409 s.

usufruit¹⁸³⁰, ni un droit réel de jouissance sur la chose d'autrui¹⁸³¹, le droit de superficie opère une véritable division de la propriété, une superposition de droits de propriété portant sur des objets distincts faisant échec au jeu de l'accession, ce que la jurisprudence a maintes fois rappelé¹⁸³², tout comme la doctrine¹⁸³³. Par-là, le principe d'inaliénabilité demeure indemne : ce n'est pas le domaine public qui se trouve aliéné ; seule l'accession est temporairement neutralisée. Ainsi peut-on comprendre la position du Conseil constitutionnel qui avait validé les dispositions de la loi de 1994 sur les autorisations d'occupation temporaire du domaine public de l'État, au motif qu'elles n'avaient pas « pour objet de permettre ou d'organiser l'aliénation de bien appartenant au domaine public »¹⁸³⁴.

390. Justification du droit de superficie. La reconnaissance à l'occupant d'un droit réel de superficie temporaire sur le domaine public n'est pourtant pas évidente. Quant au BEA, la tâche est simplifiée, puisque le bail emphytéotique n'est qu'une espèce de droit de superficie¹⁸³⁵. Mais s'agissant de l'AOTDR, la situation est moins idoine. Si d'aucuns appelaient de leurs vœux la reconnaissance d'un droit réel de l'occupant sur le domaine public dès avant l'adoption du CGPPP¹⁸³⁶, il faut dire que ce dernier, par l'imprécision de son article L. 2122-6, a pu les décevoir et susciter de nombreuses interrogations¹⁸³⁷. Contrairement à l'ancien Code du domaine de l'État qui réservait une sous-section entière aux occupations constitutives de droits

¹⁸³⁰ *Contra*. J.-B.-V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation, et de superficie*, t. I, Dijon, Doullier, 1823, pp. 138 s., n° 114 s.

¹⁸³¹ *Contra*. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 219, n° 142, qui convoquent le concept d'ordre public des biens pour justifier l'interdiction d'un démembrement perpétuel du droit de propriété.

¹⁸³² Cass. Civ., 16 décembre 1873, *DP* 1874, 1, p. 249 ; Cass. Civ. 20 février 1851, *DP* 1851, 1, p. 54 ; Cass. Civ. 18 mai 1858, *DP* 1859, 1, p. 218 ; Cass. req. 6 mars 1861, *DP* 1861, 1, p. 418 ; Cass. req. 13 février 1834, *S.* 1834, 1, p. 205 ; Cass. req. 26 décembre 1833, *S.* 1834, 1, p. 720 ; Cass. req. 5 novembre 1866, *DP* 1867, 1, p. 32.

¹⁸³³ C. DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, t. IX : *Traité de la distinction des biens*, t. I, *op. cit.*, p. 562, n° 644 ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. II, *op. cit.*, p. 622, § 223 ; B. GRIMONPREZ, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Superficie », *op. cit.*, n° 1 ; J.-C. CHAPUT et S. ROCHEGUDE, « De la notion de droit de superficie à celle de volume immobilier », *Defrénois* n° 8, 30 avril 2007, p. 573 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens op. cit.*, p. 328, n° 286 ; W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 598, n° 325-3.

¹⁸³⁴ Cons. const., 21 juillet 1994, n° 94-346 DC.

¹⁸³⁵ Comp. CGCT, art. L. 1311-3, 2°. V. également J.-L. TIXIER, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Bail emphytéotique », 2019, n° 11 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens, op. cit.*, p. 311, n° 289.

¹⁸³⁶ En ce sens, v. not. J. DUFAU, *J-CI Propriétés publiques*, v° « Droits réels sur le domaine public national », Fasc. 79-30, 2020, n° 8 ; E. FATÔME et P. TERNEYRE, « Droits réels sur le domaine public de l'État : clarification ou multiplication des interrogations ? », *AJDA* 1995, p. 905 *sq.* ; Y. GAUDEMET, « Les droits réels sur le domaine public », art. cité ; C. MAUGÜÉ et G. BACHELIER, « Genèse et présentation du Code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA* 2006, p. 1073 *sq.*

¹⁸³⁷ Sur l'ambiguïté des textes issus du CGPPP, v. A. FOURNIER et H. JACQUOT, « Le nouveau statut C. MANSON et P. YOLKA, *J-CI Propriété publiques*, v° « Droits réels sur le domaine public local », Fasc. 79-41, *op. cit.*, n° 45.

réels « sur le domaine public de l'État ou d'un établissement public de l'État »¹⁸³⁸, le CGPPP conserve un silence gêné sur la question. C'est pourquoi il fallut attendre deux arrêts rendus par le Conseil d'État en 2012 et 2016 entrant en opposition avec l'arrêt « Eurolat »¹⁸³⁹ et par lesquels il fut estimé que le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public disposait d'un droit réel portant non seulement sur les ouvrages réalisés, mais également sur les « terrains d'assiette » de ces derniers¹⁸⁴⁰.

À l'évidence, cette solution s'imposait. Dans le droit fil des tenants de la théorie dualiste du droit de superficie, ces arrêts confirment que ce droit ne peut se concevoir indépendamment du sol. Le droit de superficie comporte au contraire, comme l'écrivait Proudhon, « une participation au droit de propriété du sol même, parce que c'est là qu'est le fondement sans lequel la superficie ne pourrait exister réellement, ni même être conçue en idée »¹⁸⁴¹. Le droit de superficie est donc double et la propriété des ouvrages qu'il génère ne trouve de fondement que dans une emprise dans le sol matériellement divisé entre la superficie et le tréfonds. Cette dissociation du droit de propriété sur les constructions et du droit réel sur le fonds lui-même a par ailleurs été confirmée par la Cour de cassation, qui considère que ce dernier est doté d'une valeur propre, distincte de celle des constructions¹⁸⁴².

¹⁸³⁸ CDE, arts. R. 57-2 à R. 57-6.

¹⁸³⁹ CE, 6 mai 1985, « Association Eurolat Crédit foncier de France », préc.

¹⁸⁴⁰ CE, 20 octobre 2012, « Société SANEF », n° 346610 ; CE, 11 mai 2016, « Communauté urbaine Marseille-Provence-métropole », n° 390118. Dans ce dernier arrêt, et suivant une interprétation extrêmement favorable à l'occupant de l'article L. 2122-6 du CGPPP (en ce sens, v. N. FOULQUIER, « Droit réel, "bail à construction" et domaine public », *RDI* 2016, p. 549, qui note que « si la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit, c'est donc pour avoir respecté la lettre de la loi »), le Conseil d'État a estimé que l'occupant, qui ne pouvait se prévaloir de la validité d'un bail à construction conclu en application des articles L. 251-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation sur le domaine public, pouvait néanmoins bénéficier d'un droit réel sur le domaine public lui-même, alors même que son droit ne résultait pas d'un titre domanial constitutif d'un droit réel tel que prévu par le législateur. Sans doute le Conseil d'État a-t-il là été influencé par les propositions émises par Messieurs Delvolvé et Tixier qui entendent, depuis 2011, unifier le régime des occupations du domaine public, en ne distinguant plus les AOT constitutives de droits réels des titres ordinaires. Dans les deux cas, ils proposent ainsi que l'occupant ou le concessionnaire soit investi d'un droit réel sur le domaine public. Sur ce point, v. la Proposition de rédaction d'un texte sur le bail réel immobilier (*RDI* 2013, p. 413) ainsi que P. MALINVAUD, « Bail réel immobilier et bail réel immobilier administratif. Offre de loi du Club des juristes », *RDI* 2013, p. 369 ; P. DELVOLVÉ, « Le bail réel immobilier administratif », *RDI* 2013, p. 405 ; J.-L. TIXIER, « Le bail réel immobilier », *RDI* 2013, p. 398.

¹⁸⁴¹ J.-B.-V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. I, *op. cit.*, p. 138. Dans le même sens, v. J.-P. BERTREL, « L'accession artificielle immobilière. Contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie », *RTD Civ.* 1994, p. 737. V. également. D. DE LATAULADE et A. BOCQUET, « L'avenir du bail à construction », *Gaz. Pal.* 1974, 1, p. 439, qui soulignent que le droit de superficie suppose une emprise sur le sol car il ne peut être « accroché au ciel par des fils invisibles ».

¹⁸⁴² Cass. 3^{ème} civ., 17 juillet 1997, n° 95-70.038, *Bull. civ.* III, n° 169.

391. Nature du droit de superficie. Encore faut-il préciser, pour être complet, que le droit de superficie conféré à l'occupant est pour le moins abâtardi, comme s'agissant des droits de superficie résultant des baux réels sur des propriétés privées. Quoique le droit de superficie soit, en principe, un véritable droit de propriété et tende en principe à la perpétuité¹⁸⁴³, le droit de l'occupant n'a ici que l'apparence d'un droit de propriété, puisqu'il s'agit d'un droit finalisé, temporaire et précaire. Quant à sa mobilisation, elle n'est pas entièrement libre et suppose l'assentiment du propriétaire public. Certains auteurs ont alors pu nier l'existence d'un véritable droit réel au bénéfice de l'occupant, n'y voyant qu'une forme de droit personnel¹⁸⁴⁴. Si cette position s'entend et bien qu'elle ne change rien au fait que l'occupant a dans son patrimoine un véritable bien valorisable et mobilisable (qu'il s'agisse d'un droit de propriété ou d'une créance), il ne faudrait pas chercher une analogie parfaite entre droit réel civil et droit réel administratif. Le droit réel administratif est en effet un droit réel imparfait, pour la seule raison que le domaine public doit être préservé d'une division matérielle éternelle. Le législateur, en concédant un droit réel administratif sur la dépendance domaniale à l'occupant, lui concède bien un droit réel, mais d'une nature simplement administrative¹⁸⁴⁵.

L'on constate finalement que le législateur, plutôt que de consacrer une absorption des biens du domaine public dans les patrimoines privés, vient à les dédoubler, en offrant à l'occupant un droit réel distinct du droit portant sur le tréfonds qui, lui, reste la propriété de la personne publique. Seul un droit de superficie figure dans le patrimoine de l'occupant, outre le droit de propriété temporaire portant sur les constructions réalisées sur l'assiette ainsi découpée. Ces droits demeurent mobilisables, tout comme, à vrai dire, tous les titres d'occupation.

392. Bilan : critère des droits réels. Le droit réel étant un droit de jouir des choses, il fallait naturellement circonscrire son domaine aux seuls droits qui offrent une telle jouissance et que

¹⁸⁴³ F. DANOS, « Perpétuité, droits réels sur la chose d'autrui et droit de superficie », art. cité, n° 6 ; B. GRIMONPREZ, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Superficie », *op. cit.*, n° 61-62 et 67.

¹⁸⁴⁴ Monsieur Giacuzzo note ainsi que le droit offert à l'occupant ne serait qu'un « droit personnel amélioré » (J.-F. GIACUZZO, *J-CI Propriétés publiques*, v° « Domaine public. Règles générales d'utilisation. Utilisation conforme », Fasc. 70-10, *op. cit.*, n° 100). V. également W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, *op. cit.*, p. 598, n° 325-3, pour qui le propriétaire publique « se contente, au titre d'une autorisation d'occupation temporaire et généralement précaire, d'en faire jouir [des utilités offertes par l'immeuble] à titre personnel et non réel une personne privée, cette jouissance permettant d'y construire licitement ».

¹⁸⁴⁵ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 409, n° 1058. *Adde.* 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'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public », *JCP G* n° 1, 4 janvier 1995, doct. 3812, spéc. n° 8, qui note que les AOT confèrent « droit réel immobilier, temporaire, et que l'on pourrait qualifier d'administratif », un « “droit de propriété” restreint dans le temps et dans ses effets ».

sont la propriété, l'usufruit et l'usage des choses corporelles ainsi que la mal nommée propriété superficière temporaire. Seuls ces droits méritent la qualification de droits réels, eux qui, par leur contenu et leur objet, confèrent des prérogatives matérielles de jouissance sur une chose. Il s'ensuit que la qualification de droit réel ne saurait être attribuée aux autres droits réels que l'on envisage traditionnellement comme tels.

§2. Les droits réels déclassés

393. Délimitation des droits réels. Le droit réel est un droit qui, par son objet et son contenu, offre des prérogatives matérielles de jouissance à une personne sur une chose. En toute rigueur doit-on dès lors exclure de cette catégorie les « droits » qui n'offrent pas à leur titulaire de telles prérogatives matérielles, ainsi que les « droits » qui s'apparentent davantage à des charges qu'à de véritables droits subjectifs : aussi bien les sûretés réelles (**A**) que les servitudes (**B**) ne sauraient donc être rangées dans la famille des droits réels. De même ne saurait-on analyser le droit d'une personne sur une sépulture comme un droit réel, quand bien même il serait traditionnellement analysé comme tel (**C**).

A. Les sûretés réelles

394. Diversité des garanties. La famille des droits réels s'est encombrée d'usurpateurs, qui s'y sont adjoints sur la fallacieuse promesse de traits semblables. C'est dans la catégorie, au sens large, des sûretés, que ceux-ci doivent désormais être débusqués. Aussi bien les sûretés réelles proprement dites (**1**) que le droit de rétention (**2**) ne peuvent être analysés comme des droits réels.

1. Les sûretés réelles proprement dites

395. Nature des sûretés réelles. Les sûretés réelles sont des « anticorps formés en réaction contre la loi du concours »¹⁸⁴⁶. Causes légitimes de préférence, les sûretés réelles placent leurs bénéficiaires dans une position privilégiée, offrent aux créanciers un « traitement de faveur »

¹⁸⁴⁶ M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, LexisNexis, coll. « Manuel », 10^{ème} éd., 2015, p. 426, n° 582.

par rapport aux créanciers chirographaires¹⁸⁴⁷. Si les créanciers sont par principe égaux face à la faillite de leur débiteur¹⁸⁴⁸, certains peuvent néanmoins se voir offrir un accès privilégié au produit résultant de la vente de l'un des biens de ce dernier. Tel est l'objet d'une sûreté réelle, la valeur d'un bien ou d'un ensemble de biens appartenant au débiteur se trouvant prioritairement affectée à la satisfaction d'un créancier.

Classiquement analysée comme un droit portant sur une chose, la sûreté réelle est systématiquement rangée dans la catégorie des droits réels¹⁸⁴⁹. L'on justifie généralement cette idée par le fait que la sûreté réelle opérerait démembrement, non de l'utilité particulière d'une chose, mais de sa valeur d'échange¹⁸⁵⁰ : le créancier aurait un droit latent sur la seule valeur d'une chose et non un droit sur ses autres utilités.

396. Absence de nature réelle. Cette présentation est contestable à plus d'un titre¹⁸⁵¹, tout comme l'est, plus fondamentalement, l'insertion des sûretés réelles dans la catégorie des droits réels. Outre la brillante démonstration faite par Monsieur Gijbers de la faiblesse de la thèse d'un droit réel sur la valeur¹⁸⁵², l'on peut également relever que le constituant de la sûreté ne saurait se dépouiller de la valeur d'échange de la chose : la constitution d'une sûreté ne suffit pas, en effet, à rendre le bien indisponible, pas plus d'ailleurs que la sûreté ne pourra être réalisée si la dette dont elle est l'accessoire est éteinte. L'on peut encore noter que l'analyse d'un droit réel sur la valeur, qui n'est que potentiel, se trouve contredite par l'existence de modes de réalisation alternatifs de la sûreté que sont le pacte comissoire et l'attribution

¹⁸⁴⁷ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, op. cit., p. 91, n° 35.

¹⁸⁴⁸ L'on s'en convaincra en remarquant que la saisie effectuée par un créancier chirographaire ne lui permet pas de se prévaloir d'un rang préférentiel sur les autres créanciers chirographaires (Cass. 3^{ème} civ., 26 mai 1992, n° 90-13.248, *Bull. civ.* III, n° 173).

¹⁸⁴⁹ J.-J. DELSOL, *Explication élémentaire du Code Napoléon*, t. III, 2^{ème} éd., Paris, Cotillon, 1867, p. 441 ; A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, t. IX par E. COLMET DE SANTERRE, 2^{ème} éd., Paris, E. Plon, Nourrit et C^{ie}, 1889, pp. 131-132, n° 75-75 bis ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XXVIII, A. Durand & Pedone Lauriel, 1877, p. 486, n° 493, considérant toutefois que l'antichrésiste n'a pas de droit réel faute d'avoir un droit de suite et de devoir se contenter des fruits (*ibid.*, pp. 548-549, n° 563) et du même auteur, *Principes de droit civil*, t. XXX, A. Durand & Pedone Lauriel, 1878, p. 152, n° 173. V. plus récemment M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, Sirey, 5^{ème} éd., 2016, p. 335, n° 633.

¹⁸⁵⁰ En ce sens, v. W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, op. cit., p. 233, n° 120. *Comp.* M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, op. cit., p. 429, n° 583, contestant qu'il s'agisse là d'un démembrement, mais retenant néanmoins que le droit du créancier d'appréhender la valeur du bien forme le « véritable objet » des sûretés réelles.

¹⁸⁵¹ L'on relèvera, au passage, l'incongruité à inclure la famille des sûretés réelles dans la catégorie des démembrements, tout en excluant de celle-ci, comme Monsieur Dross le fait, les propriétés-sûretés (W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, op. cit., pp. 234-235, n° 120-2).

¹⁸⁵² C. GIJBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, op. cit. pp. 37 s., n° 39 s.

judiciaire du bien et qui offrent au créancier la possibilité de jouir de toutes les utilités des choses grevées sitôt la sûreté réalisée.

Une sûreté réelle ne saurait être, partant, analysée comme un droit réel. Monsieur Gijbers le soulignait, pointant une différence, non de « *fonction* ou d'*espèce* » entre les sûretés réelles et les droits réels, mais une « opposition de *nature* »¹⁸⁵³. D'un côté, les titulaires de sûretés réelles ne disposent pas des prérogatives de jouissance offertes aux titulaires de droits réels. De l'autre, les titulaires de droits réels ne disposent pas du droit de préférence offert aux titulaires de sûretés réelles, ce droit permettant simplement au créancier privilégié d'être désintéressé en priorité sur le produit résultant de la vente d'un bien grevé¹⁸⁵⁴. Ces deux catégories, quoiqu'elles aient pour objet une chose, s'excluent mutuellement. Et encore, il apparaît en réalité que même la considération de l'objet ne saurait plus servir à rapprocher droits réels et sûretés réelles. Quand le droit réel ne peut porter que sur une chose corporelle, les sûretés réelles peuvent prendre pour objet « autre chose » que des choses. Que l'on songe ainsi aux nantissements de créances, de comptes-titres, de parts sociales ou de fonds de commerce. Que l'on songe encore aux hypothèques portant sur des baux emphytéotiques¹⁸⁵⁵ ou la nue-propriété de biens grevés d'usufruit¹⁸⁵⁶. Comme l'écrivent d'ailleurs Messieurs Aynès et Crocq, « désormais, il n'est plus toujours nécessaire que la sûreté réelle s'applique à une chose, elle peut aussi porter sur un symbole, représentant la chose, voire sur un droit que rien ne représente »¹⁸⁵⁷. L'acte constitutif d'une sûreté s'opère en effet sur le droit et non sur son objet : c'est le droit patrimonial, quel qu'il soit, qui se trouve être affecté à la satisfaction d'un créancier.

¹⁸⁵³ *Ibid.*, p. 7, n° 7.

¹⁸⁵⁴ V. not. sur ce point M. CHAUVEAU, « Classification nouvelle des droits réels et personnels », art. cité, p. 549, n° 8. En revanche, le cas du droit de suite mérite d'être précisé. Comme le souligne fort justement Chauveau, « le droit de suite suppose que le propriétaire de la chose affectée à la garantie d'une créance a pu valablement l'aliéner » (*ibid.* p. 550, n° 10). Autrement dit, *stricto sensu*, le droit de suite permettra simplement au créancier privilégié insatisfait de réaliser sa sûreté, peu importe que le bien se trouve entre les mains d'un tiers l'ayant acquis régulièrement, quoique sans purger la sûreté.

¹⁸⁵⁵ Cass. 3^{ème} civ., 15 mai 1991, n° 89-21.031, inédit.

¹⁸⁵⁶ Cass. com., 13 mars 2012, n° 11-10.289, *Bull. civ.* IV, n° 55.

¹⁸⁵⁷ L. et A. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit des sûretés*, LGDJ, coll. « Droit civil », 13^{ème} éd., 2019, p. 240, n° 404. Rapp. L. D'AVOUT, « Notions fondamentales et domaine du droit privé des biens. Comparaisons franco-allemandes », art. cité, p. 72 : « aujourd'hui, le qualificatif "réel" n'a qu'un sens amenuisé, qui se comprend dans l'opposition aux sûretés personnelles. Dans cette perspective, le caractère "réel" de la sûreté tient seulement à ceci qu'un élément donné du patrimoine se trouve être fonctionnellement saisi, aux fins d'affectation anticipée au paiement d'une créance. En ce sens, le support de la sûreté dite réelle n'est pas nécessairement une chose corporelle ; ce peut être tout droit patrimonial, y compris une créance ».

397. Requalification de la sûreté réelle. Comment alors analyser la nature de la sûreté réelle ? Comment expliquer que le créancier privilégié parvienne à atteindre la valeur d'un bien grevé sans recourir au droit réel ? La réponse est simple : une sûreté réelle n'est jamais plus qu'un accessoire de l'obligation qui renforce simplement le droit de gage général du créancier en organisant des voies alternatives d'exécution. Elle ne lui garantit pas un paiement, mais réduit simplement ses risques de ne pas être payé en lui offrant un droit de suite et surtout un droit de préférence. Ce n'est donc pas la sûreté qui permet au créancier d'accéder à la valeur d'un objet grevé, mais simplement son droit de créance, que la sûreté ne fait que renforcer. Comme l'exprime Madame Séjean-Chazal, la sûreté réelle est un « *aménagement positif du droit de l'exécution visant à renforcer sur un ou plusieurs biens du débiteur, par une technique de rupture d'égalité, les prérogatives que le créancier détient en vertu de son droit de gage général* »¹⁸⁵⁸. Ainsi analysées, les sûretés réelles doivent être définitivement exclues de la famille des droits réels.

Il doit également en aller de même du droit de rétention, que l'on analyse encore volontiers comme un droit réel, bien qu'il ne soit, en revanche, pas analysé comme une sûreté réelle.

2. Le droit de rétention

398. Nature du droit de rétention. La majorité des auteurs s'accorde sur la nature primitive du droit de rétention. « Droit sauvage » pour les uns¹⁸⁵⁹, « sorte de voie de fait » pour d'autres¹⁸⁶⁰, le droit de rétention est le témoin d'une « manifestation de justice privée »¹⁸⁶¹. Il permet, selon les prescriptions de l'article 2286 du Code civil, à un créancier qui détient la chose de son débiteur de la retenir jusqu'au complet paiement de sa créance.

La position de l'article 2286 dans le Code civil est révélatrice de la nature spéciale du droit de rétention. En raison de son positionnement au début du Livre IV aux côtés de l'énoncé du droit de gage général des créanciers et du principe d'égalité des créanciers et en dehors des titres relatifs aux sûretés personnelles et réelles, l'article 2286 laisse entendre que ce droit ne constitue pas une sûreté au sens technique du terme, ne permettant pas au rétenteur de vendre le bien pour se désintéresser sur le produit qui en résultera, faute pour le bien d'être affecté au

¹⁸⁵⁸ C. SÉJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Dalloz, coll. « Nulle Bibliothèque de Thèses », vol. 190, 2019, p. 187, n° 139. Dans le même sens, v. C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, op. cit., pp. 22-23, n° 24.

¹⁸⁵⁹ L. et A. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit des sûretés*, op. cit., p. 261, n° 435.

¹⁸⁶⁰ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, op. cit., p. 401, n° 715.

¹⁸⁶¹ P. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^{ème} éd., 1998, p. 363, n° 301.

paiement préférentiel d'une créance, ce que la Cour de cassation a pu confirmer¹⁸⁶². Mais la Haute Cour a également affirmé, considération faite de l'opposabilité *erga omnes* de ce droit, qu'il s'agissait d'un droit réel. Dans un arrêt particulièrement remarqué du 7 janvier 1992, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation a en effet considéré que le droit de rétention d'un garagiste, dont la créance était née à l'occasion de travaux effectués sur un véhicule, était opposable à son véritable propriétaire pourtant non tenu à la dette et qu'il s'agissait ainsi d'un droit réel opposable à tous, y compris aux tiers non tenus de la dette¹⁸⁶³. Cette affirmation est hautement critiquable.

399. Opposabilité du droit de rétention : indice insuffisant. En premier lieu, il convient de souligner que l'opposabilité du droit de rétention, que la Cour érige en révélateur – contestable¹⁸⁶⁴ – de sa nature de droit réel, n'est nullement absolue. Si l'opposabilité produit bien ses effets *erga omnes* dans l'espèce précitée, c'est parce que l'on était en présence, outre d'un lien de connexité juridique (la créance du garagiste, à raison des réparations effectuées, procède du même contrat que sa détention de l'automobile), d'un lien de connexité matérielle (la chose porte littéralement la trace de la prestation du garagiste). Or, en l'absence de lien de connexité matérielle, l'opposabilité du droit de rétention a tout lieu d'être mise en échec par la règle de la relativité des conventions¹⁸⁶⁵. C'est ainsi que la Cour de cassation a, dans une autre affaire, considéré qu'un tiers propriétaire ne pouvait souffrir un droit de rétention conventionnel stipulé dans un contrat auquel il n'était pas parti¹⁸⁶⁶. C'est ainsi encore que le Conseil d'État a estimé que l'administration ne pouvait légalement retenir un avion dont le propriétaire n'était pas l'exploitant, seul ce dernier devant s'acquitter des redevances aéroportuaires. Pour le Conseil d'État, cette rétention portait atteinte au droit de propriété de la société propriétaire non tenue au paiement de ces redevances et ne pouvait être « sauvée » par l'existence d'un lien de connexité matérielle entre la créance et la détention du

¹⁸⁶² Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-11.915, *Bull. civ. IV*, n° 141.

¹⁸⁶³ Cass. 1^{ère} civ., 7 janvier 1992, n° 90-14.545, *Bull. civ. I*, n° 4. V. également, dans le même sens, Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-15.262, *Bull. civ. IV*, n° 106 ; Cass. 1^{ère} civ., 24 septembre 2009, n° 08-10.152, *Bull. civ. I*, n° 178.

¹⁸⁶⁴ Sur le rattachement de l'opposabilité *erga omnes* à la face externe des droits, cf. supra n° 208 s.

¹⁸⁶⁵ En ce sens, v. P. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière, op. cit.*, p. 372, n° 312.

¹⁸⁶⁶ Cass. com., 18 mars 2003, n° 01-11.204, inédit.

bien¹⁸⁶⁷. Autrement dit, le droit de rétention n'est plus dans cette hypothèse opposable *erga omnes*.

400. Absence de prérogatives du créancier rétenteur. En second lieu, il convient de noter que le droit de rétention n'offre au créancier rétenteur aucune des prérogatives typiques du droit réel. Aucune prérogative positive de jouissance n'est d'abord offerte au créancier sur le bien¹⁸⁶⁸. Seul est permis le blocage de la chose. Par ailleurs, si d'aventure une obligation de conservation était imposée au rétenteur¹⁸⁶⁹, celle-ci prendrait simplement la nature d'un acte conservatoire et non d'un acte de disposition, même lorsqu'il s'agit de disposer du bien pour en éviter le dépérissement, si celui-ci est périssable¹⁸⁷⁰. Ensuite, l'on peut souligner que la détention d'une chose, qui fonde le droit de rétention, n'est pas un droit réel. Même la possession, qui dote au *corpus* un *animus*, n'est pas un droit réel tant que le possesseur n'a pas acquis la titularité du droit exercé. La détention n'est qu'un simple pouvoir de fait¹⁸⁷¹. Cette dernière disparaît même en cas de dessaisissement, puisqu'il puise toute sa vigueur de la mainmise exercée par le rétenteur sur la chose.

401. Requalification du droit de rétention. L'on s'aperçoit bien que le droit de rétention n'est aucunement un droit réel. Mais quelle est sa nature ?¹⁸⁷² Un auteur a analysé le droit de rétention comme une modalité d'exécution de l'obligation de délivrance. En retenant le bien, le créancier userait d'une faculté de différer l'exécution de son obligation, en « [assignant] unilatéralement un terme à son obligation de délivrance »¹⁸⁷³. D'autres, dans la même veine, considèrent que « la faculté de ne pas restituer, à laquelle se réduit le droit de rétention, est donc de nature personnelle »¹⁸⁷⁴.

Ces analyses, aussi intéressantes soient-elles, font néanmoins l'impasse sur une donnée qui échappe à la logique des droits subjectifs. Le droit de rétention n'est tout simplement pas un

¹⁸⁶⁷ CE, 2 juillet 2003, n° 254536.

¹⁸⁶⁸ En ce sens, v. Cass. 1^{ère} civ., 4 juin 1971, n° 69-14.278, *Bull. civ. I*, n° 178

¹⁸⁶⁹ Comme en matière de gage : C. civ., art. 2344.

¹⁸⁷⁰ Cass. 1^{ère} civ., 7 novembre 2006, n° 05-12.429, *Bull. civ. I*, n° 459.

¹⁸⁷¹ En ce sens, v. M. CHAUVEAU, « Classification nouvelle des droits réels et personnels », art. cité, p. 608, n° 46.

¹⁸⁷² D'aucuns se sont découragés à l'idée de cette recherche, considérant qu'il s'agissait là d'une « chimère » (M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 405, n° 718) ou d'un « vain débat » (L. et A. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 277, n° 453).

¹⁸⁷³ N. CATALA-FRANJOU, « De la nature juridique du droit de rétention », *RTD Civ.* 1967, p. 9, spéc. p. 13.

¹⁸⁷⁴ M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 467, n° 622.

droit subjectif, un droit reconnu par le Souverain et offrant des prérogatives à son titulaire. Ce « droit » n'est qu'un moratoire qui affermit une situation d'attente ; il « n'est que cela »¹⁸⁷⁵. La Cour de cassation a d'ailleurs confirmé que le droit de rétention n'est pas susceptible d'abus, puisqu'il peut être mis en œuvre même si une seule fraction de créance n'est pas réglée par le débiteur¹⁸⁷⁶. Pouvoir discrétionnaire, la rétention obéit à un principe de disproportion toléré à l'avance, sitôt que les conditions se rattachant aux caractères de la créance et à la détention sont réunies. La légitimité de la nuisance que le droit de rétention génère se résume dans l'abdication du droit objectif à remettre en question cette manifestation de justice naturelle. Il s'agit, ni plus ni moins, d'une violation tolérée de la loi, d'une garantie de fait exclusive de toute qualité de droit subjectif, exercée en vue d'obtenir une exécution spontanée dans l'attente du dénouement du rapport obligationnel. L'effet satisfaisant de ce pouvoir est simplement indirect et purement incitatif, se résumant en une prérogative passive opposée par voie d'exception à l'action en restitution du débiteur.

B. Les servitudes

402. Présentation de la notion de servitude. La servitude, que l'on qualifie volontiers de charge grevant un fonds (servant) au bénéfice d'un autre fonds (dominant)¹⁸⁷⁷, est classiquement appréhendée comme un droit réel portant directement sur une chose (immeuble)¹⁸⁷⁸ et limitant les droits du propriétaire du fonds servant¹⁸⁷⁹. Quoique la servitude

¹⁸⁷⁵ P. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, op. cit., p. 362, n° 300.

¹⁸⁷⁶ Cass. 1^{ère} civ., 24 septembre 2000, n° 08-10.152, *Bull. civ.* I, n° 178.

¹⁸⁷⁷ Ainsi, un fonds se trouve-t-il « assujéti » à un autre fonds (M. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. V, 3^{ème} éd., Paris, Alex-Gobelet, 1834, p. 132, n° 141).

¹⁸⁷⁸ Comme le souligne Huc, si la servitude constitue une charge du point de vue passif, elle constitue un droit du point de vue actif (T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. IV, Paris, Cotillon, 1893, p. 319, n° 260). Dans le même ordre d'idées, Pardessus a pu écrire que « l'objet d'une servitude est d'attribuer à celui à qui elle appartient, un droit réel sur le fonds grevé ; ce fonds, s'il est permis d'employer cette expression, est considéré comme sa propriété à quelques égards » (J.-M. PARDESSUS, *Traité des servitudes, ou services fonciers*, t. I, 8^{ème} éd., Paris, G. Thorel et Guilbert, 1838, p. 19, n° 9). Il en va de même de Laurent, qui note que « le code considère la servitude comme une charge qui grève le fonds servant. On peut aussi la considérer comme un droit établi en faveur du fonds dominant ». Et l'auteur de préciser : « la servitude aussi est la même, qu'on la considère passivement comme une charge, ou activement comme un droit ; ce qui la caractérise, c'est la réalité ; la charge est réelle et le droit est réel » (F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. VII, op. cit., p. 180, n° 152). Les auteurs plus modernes vont également dans ce sens, considérant la servitude comme un droit réel. En ce sens, v. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les biens*, Sirey, 2^{ème} éd., 1980, p. 188, n° 139 ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 2 : *Biens. Droit de propriété et ses démembrements*, 8^{ème} éd. par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, p. 428, n° 1710 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *Les biens*, op. cit., p. 1758, n° 808 ; G. CORNU, *Droit civil. Les biens*, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 13^{ème} éd., 2007, p. 225, n° 92.

¹⁸⁷⁹ Jossierand écrit en effet que la servitude « implique donc nécessairement une gêne pour le fonds servant, une diminution des droits du propriétaire de ce fonds, qui n'est plus maître chez lui dans les termes du droit commun,

établit un rapport entre deux fonds¹⁸⁸⁰, soit constituée pour « l'utilité » de l'un d'eux¹⁸⁸¹ et ne soumette pas une personne à une autre¹⁸⁸², les auteurs considèrent traditionnellement que ce sont les personnes en relation de voisinage qui en profitent et en pâtissent¹⁸⁸³. Cette idée se trouve justifiée par le fait que seule la personne bénéficiaire, en fin de compte, de l'utilité procurée par la servitude¹⁸⁸⁴. Un fonds, privé comme public¹⁸⁸⁵, peut donc être privé d'une utilité

mais qui doit subir la volonté, l'empiètement d'autrui » (L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, Sirey, 3^{ème} éd., 1938, p. 1087, n° 1968).

¹⁸⁸⁰ C'est ainsi que Pothier écrit que les servitudes sont « établies pour la commodité d'un héritage, c'est plutôt à l'héritage qu'elles sont dues qu'à la personne. Ce sont des droits attachés à l'héritage » (R.-J. POTHIER, *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orléans, et ressort d'icieux*, Paris, Debure, 1780, p. 390, n° 2). Dans le même sens, Duranton écrit que « les rédacteurs du Code se sont occupés de rechercher avec attention les rapports que les diverses propriétés foncières peuvent avoir entre elles, ou avec l'intérêt général, sans égard à leurs possesseurs » (M. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, op. cit., p. 133, n° 143).

¹⁸⁸¹ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XI : *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. I, 5^{ème} éd., Paris, Auguste Durand et Hachette et C^{ie}, 1872, p. 2, n° 1.

¹⁸⁸² L'adoption en 1804 du Code civil marqua l'abolition des fiefs et autres servitudes personnelles que le législateur tenait désormais en détestation, ce qu'exprime parfaitement Berlier dans sa présentation au corps législatif des textes relatifs aux servitudes : « il ne s'agit point ici de ces prééminences d'un fonds sur l'autre, qui prirent naissance dans le régime à jamais aboli des fiefs. Il ne s'agit pas non plus de services imposés à la personne et en faveur d'une personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds » (P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XI, op. cit., p. 304).

¹⁸⁸³ Comme l'écrit Jossierand, si les servitudes sont des rapports entre deux fonds, « philosophiquement, l'idée ne tient pas : c'est pour des personnes que sera la gêne, comme c'est pour d'autres personnes que sera le profit » (L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, op. cit., p. 1089, n° 1971). Huc, quant à lui, relevait déjà que la locution selon laquelle la charge est imposée sur un immeuble « est équivoque en ce sens qu'elle tendrait à faire croire que, dans le rapport de droit appelé *servitude*, la personne, c'est-à-dire le sujet du droit, n'apparaît pas ; or, dans tout rapport il faut bien qu'il y ait une personne. En outre, il n'est pas exact de dire qu'un héritage, en d'autres termes un objet matériel, subit une charge, ou profite d'un avantage. Ce qui est vrai, c'est que la charge est imposée sur *quiconque* sera propriétaire d'un héritage, au profit de *quiconque* sera propriétaire de tel autre héritage » (T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. IV, op. cit., p. 319-320, n° 260). Plus radicalement, considérant que l'analyse traditionnelle qui limite les servitudes à un rapport entre fonds, et excluant tout rapport de droit entre les propriétaires et « manifestement artificielle » (J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens*, op. cit., p. 371, n° 326).

¹⁸⁸⁴ C'est ce que soutient notamment Ihering, qui écrit qu'« une chose ne peut ni avoir un droit, ni être actionnée, ni être le sujet d'une obligation » (R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III, trad. O. de Meulenaere, Paris, A. Marescq, 2^{ème} éd., 1880, p. 72, § 46). C'est également ce que soutient Laurent, expliquant que si fonds est assujéti à un autre, c'est que « le maître est tenu de souffrir ou de ne pas faire quelque chose dans l'intérêt d'un autre héritage » (F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. VII, op. cit., p. 144, n° 125), et ajoutant que « si le législateur a admis ces restrictions au droit de propriété, c'est parce qu'elles procurent un avantage à un autre fonds : l'un est diminué, l'autre est augmenté. C'est l'héritage dominant qui doit acquérir cette amélioration ; non pas qu'un fonds puisse exercer un droit ; mais il faut au moins que tout ceux qui occupent le fonds profitent de la servitude » (*ibid.*, 167-168, n° 144).

¹⁸⁸⁵ Initialement pourtant, le juge estimait que l'affectation du domaine public s'opposait à ce que ce dernier souffre la présence de servitudes (Trib. confl., 28 avril 1980, n° 02160. Sur la question, v. not. P. YOLKA, *J-CI Propriétés publiques*, v° « Servitudes sur les propriétés publiques », Fasc. 55, 2017, *passim.*), qu'elles soient légales ou conventionnelles. Seules les servitudes légales instituées avant l'affectation du fonds servant au service du public ou au service public étaient à même de subsister, encore que le Conseil d'État exigeait qu'elles fussent compatibles avec l'affectation du bien (CE, 19 mai 1961, « Société de la bergerie », *Rec. CE* p. 341 ; CE, 29 novembre 1967, n° 62621). Il en allait d'ailleurs de même des servitudes conventionnelles, qui ne pouvaient valablement être maintenues que si leur compatibilité avec l'affectation du bien était reconnue (CE, 30 mars 1928, « Min. Travaux publics c/ Esquirol », *S.*, 1929. 3. p. 2 ; CE, 20 mars 2013, « Syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération grenobloise », *Rec. CE* p. 590). Mais depuis l'entrée en vigueur en 2006 du CGPPP, le principe se trouve renversé : la constitution de servitudes sur un bien figurant dans le domaine public est désormais admise,

quelconque en raison de la présence d'une telle charge (servitude *non aedificandi*), tout comme l'utilité d'un fonds peut être partagée en raison d'une charge qui le grève (servitude de passage)¹⁸⁸⁶, mal qui serait nécessaire pour assurer des relations paisibles entre propriétaires¹⁸⁸⁷. Véritable droit réel au bénéfice d'une personne, la servitude serait enfin, et selon certains, un

à la condition toutefois que ces dernières soient compatibles avec l'affectation des biens qui les supportent (CGPPP, art. L. 2122-4. L'on peut toutefois se demander ce qu'il adviendrait de la servitude en cas d'incompatibilité ultérieure de celle-ci avec l'affectation des biens. Selon Monsieur Gaudemet, dans le silence des textes, l'on devrait considérer qu'elle n'a pas raison de prendre fin (Y. GAUDEMET, « Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit public », *RDI* 2009, p. 8 *sq.* *Contra.* C. PISANI et C. BOSGIRAUD, « Premières réflexions de la pratique sur le Code général des propriétés publiques », *AJDA* 2006, p. 1098 *sq.*). En toute hypothèse conviendrait-il alors de reformuler certains textes qui s'y opposent encore, comme l'article L. 342-20 du Code du tourisme instituant la servitude « Montagne » et qui prévoit aujourd'hui que seules les propriétés privées ou les biens du domaine privé d'une collectivité publique peuvent être grevées d'une telle servitude, au profit du domaine public. Pareillement, il devrait en aller de même de la servitude « Transports câblés urbains » instituée par les articles L. 1251-3 et suivants du Code des transports, et qui, pour le moment, n'est limitée qu'au survol, au passage et aux implantations de dispositifs de téléphonique des seules propriétés privées. Cette actualisation des textes s'impose, d'autant plus que le Code des postes et des communications électroniques prévoit déjà, aux articles L. 45-9 et suivants, que les exploitants de réseaux ouverts au public bénéficient d'un accès au domaine public routier pour y établir des infrastructures constitutives d'une servitude, article qui fut même déclarée conforme à la Constitution (CAA Douai, 9 juillet 2015, n° 14DA00125 ; CE, 4 mai 2016, n° 393470, n° 393471 et n° 393172). À côté des servitudes publiques, mention doit également être faite des aisances de voirie et que l'on peut qualifier de servitudes spéciales (comp. J.-F. GIACUZZO, *J-CI Propriétés publiques*, v° « Domaine public. Règles générales d'utilisation. Utilisation conforme », Fasc. 70-10, *op. cit.*, n° 81, qui n'y voit pas des servitudes, mais des charges de voisinage. Sur la question, v. C. LAVIALLE, « Les aisances de voirie », *Le trait d'union* 2011, n° 3, p. 7 *sq.*). Ces servitudes constituent des droits d'accès au domaine public routier et offrent aux riverains la possibilité d'entrer et de sortir des immeubles donnant sur la voie publique (CE, 8 mars 1990, n° 49513). La pérennité de ces aisances de voirie semble même, depuis plusieurs années, garantie. Si rien n'empêche la puissance publique de les révoquer pour des motifs d'ordre public (CAA Marseille, 12 février 2004, n° 99MA02390), il y a fort à douter qu'il ne le fasse jamais, étant donné que le droit d'accès aux voies publiques est vu comme une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative (CE, ord., 14 mars 2011, « Commune de Galluis », n° 347345). Il est ainsi peu probable que l'administration soit encline à les supprimer avec une telle facilité (N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 261, n° 678).

¹⁸⁸⁶ Comme l'écrit Pothier, « la servitude, de la part de celui qui la doit, ne consiste donc à autre chose qu'à souffrir que celui à qui elle est due, se serve de la chose pour l'usage pour lequel il a droit de s'en servir, ou à s'abstenir de ce que celui à qui est due a droit d'empêcher qu'on y fasse » (R.-J. POTHIER, *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orléans, et ressort d'icieux*, *op. cit.*, pp. 389-390, n° 1).

¹⁸⁸⁷ Rapportons là les propos de Demolombe, qui exprime parfaitement cette idée : « Dieu qui a créé le droit de propriété comme l'une des bases les plus essentielles des sociétés humaines, n'a pas voulu sans doute en faire un droit antisocial et sauvage ; et lorsque le législateur intervient, arbitre suprême, pour marquer à chacun sa limite, et pour déterminer les conditions communes et réciproques de la disposition des biens, il remplit les vues de la Providence : il n'asservit donc pas la propriété ; tout au contraire ! il la discipline, il la civilise, et en la défendant contre ses propres excès, il en garantit la pleine et paisible liberté » (C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XI : *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. I, *op. cit.*, p. 15, n° 8).

démembrement de propriété¹⁸⁸⁸, le propriétaire du fonds servant voyant son droit de propriété amputé d'une utilité revenant au bénéfice du fonds dominant¹⁸⁸⁹.

Cette présentation traditionnelle des servitudes (charges d'un point de vue passif et droits d'un point de vue actif¹⁸⁹⁰) ainsi leur insertion dans la famille des droits réels et plus largement des droits subjectifs sont discutables.

403. Redéfinition de la notion de servitude. Les rédacteurs du Code civil n'ont nullement envisagé la servitude comme un droit, si ce n'est « improprement », des mots du tribun Albisson dans la communication officielle au tribunal qu'il fit avant l'adoption du Code civil¹⁸⁹¹. L'article 686 du Code civil est en ce sens éloquent puisqu'il dispose, dans la continuité de l'article 637, que les services établis au bénéfice d'un fonds ne doivent être « imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds »¹⁸⁹². C'est donc bien plutôt un fonds qui se trouve assujéti à un autre¹⁸⁹³, que le fonds servant supporte une servitude négative (servitude de vues, de distance, *non aedificandi, non altius tollendi*, etc.), son propriétaire étant privé d'une utilité de son fonds au bénéfice du fonds dominant, ou une servitude positive (servitude de passage, d'écoulement des eaux¹⁸⁹⁴, d'aqueduc, etc.), son propriétaire étant privé de l'exclusivité attachée à une utilité, devant supporter que celle-ci soit « ajoutée » dans le périmètre du fonds dominant¹⁸⁹⁵. L'on ne saurait alors voir dans la servitude un droit subjectif ou un démembrement pour la simple raison que c'est la chose même qui

¹⁸⁸⁸ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les biens, op. cit.*, p. 193, n° 141 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens, op. cit.*, p. 371, n° 326. *Contra*. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, *op. cit.*, p. 1087, n° 1968, pour qui « il n'y a pas, à vrai dire, dissociation de la propriété et il est excessif de voir dans la servitude un *démembrement* de celle-ci qui se trouve simplement écornée ». *Comp.* toutefois G. CORNU, *Droit civil. Les biens, op. cit.*, p. 223, n° 91, qui écrit que « dans le fonds grevé, la propriété est écornée, restreinte, démembrée ».

¹⁸⁸⁹ Défendant l'idée d'un rapport entre le propriétaire du fonds dominant et le fonds servant en lui-même, v. J. CARBONNIER, *Droit civil*. t. II, *Les biens, op. cit.*, p. 1774, n° 821.

¹⁸⁹⁰ En ce sens, v. J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens, op. cit.*, p. 347, n° 303, J. CARBONNIER, *Droit civil*. t. II, *Les biens, op. cit.*, pp. 1774-1775, n° 821, G. CORNU, *Droit civil. Les biens, op. cit.*, pp. 223 s., n° 91 s.

¹⁸⁹¹ P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XI, *op. cit.*, p. 317.

¹⁸⁹² En ce sens, v. G. CORNU, *Droit civil. Les biens, op. cit.*, p. 218, n° 87.

¹⁸⁹³ Ainsi le tribun Gillet, dans la discussion des textes relatifs aux servitudes devant le corps législatif, explique que la servitude désigne un « *droit inhérent à un héritage pour son utilité, et qui diminue le droit ou la liberté d'un autre héritage* », un assujétissement « *auquel un héritage est tenu pour l'intérêt d'un autre* » (P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XI, *op. cit.*, p. 331).

¹⁸⁹⁴ Pour la justification de la qualification de cette servitude en servitude positive, v. W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 686, n° 372-1.

¹⁸⁹⁵ En ce sens, v. W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 708, n° 382-1.

profite soit directement (partage des utilités) soit indirectement (neutralisation des utilités) de l'utilité d'un autre fonds, et non la personne¹⁸⁹⁶. Si la personne en bénéficie ultimement, c'est uniquement par contrecoup.

Deux conséquences peuvent être déduites de ce qui précède. Lorsque la servitude est dite « positive », elle modifie littéralement l'assiette sur laquelle s'exerce le droit du propriétaire du fonds dominant, augmentant mécaniquement les utilités de ce fonds. Tel est le cas en matière de servitude de passage, le périmètre du fonds dominant se trouvant élargi à une portion du fonds servant, sa chose se trouvant artificiellement augmentée¹⁸⁹⁷, son droit portant désormais sur une chose plus étendue. Comme l'écrit Monsieur Dross, « si la servitude n'est pas un droit réel, elle opère en revanche une redéfinition de l'*objet* du droit de propriété du maître du fonds dominant, cela dans une perspective économique », le droit du propriétaire du fonds dominant portant « alors non seulement sur l'ensemble des utilités que son propre immeuble est à même de lui procurer, mais encore sur d'autres utilités, provenant directement (servitudes positives) ou indirectement (servitudes négatives) de l'immeuble voisin. Par la servitude, l'objet du droit de propriété du maître du fonds dominant est redéfini pour être élargi »¹⁸⁹⁸.

Il n'est en revanche par certain de considérer comme Monsieur Dross qu'en matière de servitudes dites « négatives », le fonds dominant se trouve augmenté de la moindre utilité. Dans cette hypothèse et contrairement à la précédente, le propriétaire du fonds dominant ne jouit pas de l'utilité neutralisée du fonds servant ni ne voit l'assiette de son droit de propriété être augmentée ou élargie à cette utilité amputée. Cette neutralisation a pour seul effet de ne pas priver le propriétaire du fonds dominant de l'agrément ou de l'intérêt de son propre fonds, qu'une attitude contraire du propriétaire du fonds servant serait susceptible de menacer. Si le propriétaire du fonds servant est contraint de ne pas percer des vues, de ne pas planter près de

¹⁸⁹⁶ En ce sens, v. N. M. LESENNE, *De la propriété avec ses démembrements (usufruit, usage, habitation et servitudes), suivant le droit naturel, le droit romain et le droit français*, Paris, Cosse et Marchal, 1858, p. 106, n° 198, relevant que « le caractère saillant des servitudes prédiales, c'est d'accroître l'importance et l'utilité réelle du fonds dominant, en le rendant plus fertile, plus commode, plus agréable ou plus salubre, en même temps qu'elles diminuent l'importance du fonds servant, en le rendant moins commode, moins fertile ou moins agréable ; en un mot, les servitudes réelles déposent une empreinte sur les fonds mêmes, elles les affectent dans leur substance et leur manière d'être, elles profitent directement à l'un et l'améliorent, elles nuisent à l'autre et le détériorent, sans une gêne ni un avantage personnel pour les propriétaires ». V. également en ce sens W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 705, n° 381. *Contra.*, G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les biens, op. cit.*, pp. 191-192, n° 140. Ces auteurs semblent toutefois se contredire lorsqu'ils écrivent d'une part que « la servitude profite à un fonds et non à la personne », et d'autre part que « la servitude est un droit ne pouvant profiter qu'au propriétaire du fonds dominant ».

¹⁸⁹⁷ En ce sens, v. à nouveau la communication officielle au tribunal par le tribun Albisson (P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XI, *op. cit.*, p. 315).

¹⁸⁹⁸ W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 707, n° 382 et du même auteur, « Une approche structurale de la propriété », art. cité, n° 16.

la limite séparative des fonds ou de ne pas construire ou élever des constructions, c'est dans le seul dessin de respecter le droit de son voisin. L'interdiction qui pèse sur le propriétaire du fonds servant peut par conséquent être analysée comme une manifestation de l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété appartenant au maître du fonds dominant¹⁸⁹⁹, le propriétaire du fonds servant ne pouvant porter atteinte au droit de propriété de ce dernier en le privant de l'utilité de son fonds. Dans l'hypothèse où la servitude viendrait à s'éteindre (soit que le propriétaire du fonds dominant y renonce, soit qu'il n'en fasse pas usage), cette extinction opérera ainsi non pas remembrement de la propriété servante (la servitude n'étant pas un démembrement du droit de propriété), mais extension de son objet à l'utilité jusqu'ici neutralisée.

404. Servitudes *in faciendo*. La servitude ne se résume pas toujours à une simple charge dont devrait souffrir le propriétaire du fonds servant¹⁹⁰⁰. Quoique la doctrine classique refuse de voir dans la servitude la trace d'une obligation pesant sur ce dernier¹⁹⁰¹, contestant la figure des droits réels *in faciendo*¹⁹⁰², force est d'admettre que dans nombre de cas, le propriétaire d'un fonds servant peut être astreint, positivement, à l'exécution de certaines obligations d'entretien ou de conservation par exemple¹⁹⁰³. Serait-ce toutefois à dire que la servitude puisse

¹⁸⁹⁹ En ce sens, v. J. HANSENNE, « De l'obligation réelle accessoire à l'obligation réelle principale », in *Études dédiées à A. Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 325, spéc. pp. 331-332.

¹⁹⁰⁰ V. en ce sens, L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, *op. cit.*, p. 1111, n° 2010, qui considère que « le propriétaire du fonds assujéti est tenu d'une obligation purement *passive* : il doit s'abstenir de tout acte qui porterait atteinte aux légitimes intérêts du fonds dominant ».

¹⁹⁰¹ V. ainsi Pothier, pour qui « les droits de servitude n'obligent point le possesseur de l'héritage qui la doit, à faire quelque chose ou à donner quelque chose : en quoi ces droits diffèrent des droits de redevance foncière et des droits de corvée » (R.-J. POTHIER, *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orléans, et ressort d'icieux*, *op. cit.*, pp. 389-390). Pardessus dissocie quant à lui servitudes et obligations, et souligne que « le droit principal que donne une servitude, frappe le fonds grevé, indépendamment de tout obligation personnelle du propriétaire ; il ne se réfléchit contre lui qu'à cause de ce fonds » (J.-M. PARDESSUS, *Traité des servitudes, ou services fonciers*, t. I, *op. cit.*, pp. 19-20, n° 9). Adde. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, p. 188, n° 139, et p. 191, n° 140, pour qui « la servitude ne peut consister en une obligation personnelle du propriétaire du fonds servant. Certes ce propriétaire supportera nécessairement les inconvénients de la servitude, mais celle-ci ne pourrait lui imposer aucune obligation personnelle positive, il est seulement tenu de souffrir certains actes ou une certaine situation », ajoutant que « le propriétaire du fonds servant ne peut être tenu, à titre de servitude, d'aucune prestation positive, il n'est tenu que d'une abstention ». V. aussi G. CORNU, *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, p. 223, n° 91, pour qui « la servitude n'oblige pas personnellement le propriétaire du fonds. Sans doute est-il tenu, tant qu'il est propriétaire, d'en souffrir l'exercice. Mais il n'en est pas débiteur ». V. enfin J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *Les biens*, *op. cit.*, p. 1770, n° 816, pour qui « le propriétaire du fonds dominant n'est pas créancier de son voisin ; son droit porte, de façon immédiate, sur le fonds servant ».

¹⁹⁰² La crainte de voir apparaître des droits réels *in faciendo* doit logiquement disparaître sitôt que la servitude n'est plus envisagée comme un droit réel.

¹⁹⁰³ La doctrine classique envisage là encore ces obligations comme des anomalies, comme des exceptions au principe selon lequel la servitude constitue une simple charge. V. not. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, *op. cit.*, p. 949, n° 2931, pour qui « par dérogation au principe, le titre d'une servitude peut obliger le propriétaire du fonds servant à accomplir une prestation positive, consistant dans l'entretien en bon état des travaux

dans cette situation manifester l'existence d'un droit réel corrélatif dans le patrimoine du propriétaire du fonds dominant ? L'on peut en douter. De telles obligations ne sont jamais plus que des obligations *propter rem*¹⁹⁰⁴, véritables obligations personnelles¹⁹⁰⁵ qui obligent une personne, en sa qualité de propriétaire, à l'exécution d'une prestation. Ces obligations *propter rem*, qui ne sont pas des obligations réelles sinon des obligations personnelles¹⁹⁰⁶ et qui ne concernent que les servitudes positives¹⁹⁰⁷, ont pour particularité de naître à raison de la qualité de propriétaire, de suivre le sort de la chose, de s'éteindre une fois la qualité de propriétaire perdue par le déguerpissement¹⁹⁰⁸ sans que l'autre propriétaire ne perde son droit réel, et de se résoudre, en cas d'inexécution, sur l'intégralité du patrimoine du propriétaire du fonds servant, conformément à l'article 2284 du Code civil.

405. Requalification de la servitude. En toute hypothèse, les servitudes ne sauraient être analysées comme des droits réels, sinon comme des modifications des objets formant les

nécessaires pour l'exercice de la servitude. Il y a sans doute ici dérogation au principe, mais dans une faible mesure, car *le travail fourni par le propriétaire du fonds asservi ne forme pas l'objet principal de la servitude* ; il n'en est que *l'accessoire*. Ainsi, malgré la possibilité d'imposer une certaine obligation au propriétaire du fonds servant, le principe n'en subsiste pas moins : la servitude est, dans son objet essentiel, une charge purement passive du fonds ». Dans le même sens, v. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les biens, op. cit.*, p. 191, n° 140.

¹⁹⁰⁴ L'on doit ici distinguer l'obligation *propter rem*, obligation personnelle née à raison de la propriété d'un bien, de l'obligation réelle, qui n'engagera un débiteur que sur un bien, et non sur l'intégralité de son patrimoine. En ce sens, v. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens, op. cit.*, p. 781, n° 878.

¹⁹⁰⁵ En ce sens, v. G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. Tallon, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 93, 1969, pp. 402-405, n° 298-299 ; J. DERRUPPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits personnels*, th. Toulouse, 1951, n° 295 ; J. SCAPEL, *La notion d'obligation réelle*, préf. P. Jourdain, PUAM, 2002, pp. 84 s., n° 73 s. Comp. H. ABERKANE, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, préf. M. Fréjaville, Paris, LGDJ, Bibl. de la faculté de droit de l'Université d'Alger, t. 26, 1957, p. 9, n° 13, voyant dans l'obligation *propter rem* une obligation à mi-chemin entre l'obligation personnelle et l'obligation réelle. Comp. également M. DE JUGLART, *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, th. Bordeaux, 1937, p. 282, qui voit dans l'obligation *propter rem* une obligation à la fois personnelle et réelle.

¹⁹⁰⁶ Cf. supra n° 317.

¹⁹⁰⁷ L'on ne saurait en effet analyser le devoir de passivité imposée au propriétaire d'un fonds servant comme le signe d'une obligation *propter rem*. Il s'agit là davantage d'une limitation touchant son droit de propriété, d'un devoir (plus qu'une obligation) de respecter la propriété d'autrui, en vertu tout simplement de l'opposabilité du droit du propriétaire du fonds dominant. En ce sens, W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 253, n° 131-1 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens, op. cit.*, p. 372, n° 326. *Contra*. H. ABERKANE, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français, op. cit.*, p. 126, n° 101 bis ; M. DE JUGLART, *Obligation réelle et servitudes en droit privé français, op. cit.*, p. 247 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les biens, op. cit.*, p. 220, n° 162, qui considèrent que toutes les servitudes sont des obligations *propter rem*. Comp. H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 2 : *Biens. Droit de propriété et ses démembrements, op. cit.*, p. 441, n° 1722, pour qui il s'agit d'une obligation passive de ne pas « entraver l'exercice du droit réel ». Sur la question, cf. supra n° 403.

¹⁹⁰⁸ Ainsi de l'abandon du mur mitoyen, dispensant le propriétaire de contribuer aux réparations et reconstructions (C. civ., art. 656) ou de l'abandon de la clôture mitoyenne qui dispense le propriétaire de son obligation d'entretien (C. civ., art. 667).

assiettes des droits des propriétaires des fonds servant et dominant. Les obligations qui sont susceptibles de naître entre eux ne suffisent pas à établir l'inverse, n'étant jamais plus que des obligations personnelles investissant occasionnellement les propriétaires voisins dans les qualités de créancier et de débiteur à raison de l'assiette de leurs droits et des nécessités du voisinage.

C. Les concessions funéraires

406. Problématique des concessions funéraires. L'emprise des personnes privées sur le domaine public se manifesterait à première vue de manière éclatante s'agissant des concessions funéraires ou sépultures, qui sont des emplacements de terrain ou cases cinéraires accordés par la commune à un usager et qui recueilleront la dépouille de personnes décédées¹⁹⁰⁹. À leur égard, parce qu'elles font naître un droit potentiellement perpétuel au bénéfice des héritiers du défunt et à raison de leur apparente disponibilité, même limitée, l'on a ainsi eu tendance, en doctrine comme en jurisprudence, à y voir des quasi-propriétés ou à tout le moins des droits réels. Cela mérite pourtant une discussion.

407. Nature des concessions funéraires. Juridiquement parlant, l'octroi d'une concession funéraire s'analyse comme un droit d'occupation du domaine public ayant pour origine un contrat administratif¹⁹¹⁰ et correspondant à un cas d'utilisation conforme privative du domaine public de la commune¹⁹¹¹ à qui revient la gestion des cimetières¹⁹¹². Ainsi, faute de démontrer l'existence d'un acte de concession, aucun droit ne peut être reconnu à un prétendu

¹⁹⁰⁹ P. BERCHON, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Sépulture », 2016, n° 1.

¹⁹¹⁰ J.-P. BOREL, « La gestion des concessions funéraires », *AJ Collectivités Territoriales* 2019, p. 81 *sq.* ; B. HÉDIN, « Le point sur... les règles d'inhumation dans le cimetière communal », *AJ Collectivités Territoriales* 2018, p. 439 *sq.* ; D. DUTRIEUX, « La délivrance des concessions funéraires et des sépultures dans le cimetière communal », *JCP A* n° 42, 13 octobre 2003, 1933, p. 1356 *sq.* ; C. MONDOU, « Les dommages dans les cimetières », *AJ Collectivités Territoriales* 2011, p. 434 *sq.*

¹⁹¹¹ J.-F. GIACUZZO, *J-CI Propriétés publiques*, v° « Domaine public. Règles générales d'utilisation. Utilisation conforme », Fasc. 70-10, *op. cit.*, n° 93 ; S. MANSON, *J-CI Propriété publiques*, v° « Domaine public. Utilisations du domaine public terrestre autres que la circulation », Fasc. 72, 2014, n° 125.

¹⁹¹² CE, 28 juin 1935, « Marecar » *DP* 1936, 3, p. 20 ; T. confl., 25 novembre 1963, « Commune de Saint-Just Chaleyssin », *Rec. CE* 1963, p. 793 ; Lyon, 7 juillet 1885, *D.* 1885, 2, p. 54 ; Riom, 27 novembre 1928, *D.* 1951, 2, p. 54 ; CE, 20 janvier 1956, « Ville de Royan », *Rec. CE* 1956, p. 26.

cessionnaire qui ne saurait se prévaloir de l'usucapion, conformément à l'imprescriptibilité du domaine public¹⁹¹³, ni prétendre avoir acquis tacitement une concession¹⁹¹⁴.

408. Régime des concessions funéraires. Comme toute occupation du domaine public, l'octroi d'une concession funéraire se fait en contrepartie du paiement d'une redevance fixée par la commune, à défaut duquel le terrain concédé fait retour à la commune¹⁹¹⁵. Mais contrairement au principe de précarité affectant les occupations du domaine public, les concessions tendent doublement à la perpétuité (outre d'ailleurs leur non-révocabilité, les concessions ne pouvant être retirées ou résiliées pour d'autres causes que le défaut de paiement de la redevance¹⁹¹⁶). D'abord, il est possible d'octroyer des concessions perpétuelles¹⁹¹⁷ (même si, il faut le noter, leur octroi est en nette baisse, faute de place dans les cimetières¹⁹¹⁸) ; ensuite, pour les concessions non-perpétuelles, le Conseil d'État a estimé qu'il existait un droit au renouvellement¹⁹¹⁹. Ainsi constate-t-on la pérennité de ces occupations, qui dérogent de manière singulière aux principes d'occupation du domaine public et notamment au principe de non-cessibilité des concessions domaniales¹⁹²⁰.

409. Nature du droit du concessionnaire. L'emprise exercée par le concessionnaire et par ses héritiers sur une parcelle du domaine public a amené la jurisprudence et la doctrine à voir dans le droit à la sépulture un droit réel proche de la propriété. En dépit d'un arrêt, isolé et ancien, qui considérait que les tombeaux et le sol étaient « en dehors des règles du droit sur la propriété »¹⁹²¹ et en dépit d'un autre qui soutenait précisément l'inverse¹⁹²², aussi bien la Cour

¹⁹¹³ CE, 5 mai 1993, « Mme Germain », n° 88061 ; CAA Marseille, 10 mars 2011, « Mme Annie Piperno », n° 09MA00288.

¹⁹¹⁴ CAA Nantes, 23 mars 2004, « Commune de Loctudy », *AJDA* 2004, p. 1722 ; CAA Nancy, 28 sept. 2006, n° 05NC00285.

¹⁹¹⁵ CGCT, art. L. 2223-15. Sauf exceptions (acte de décès portant la mention « Mort pour la France » par exemple), la commune ne peut délivrer des concessions à titre gratuit.

¹⁹¹⁶ CE, 25 novembre 1921, « Niveteau », *Rec. CE* 974 ; Paris, 29 octobre 1947, *D.* 1948, p. 59.

¹⁹¹⁷ CGCT, art. L. 2223-14.

¹⁹¹⁸ P. BERCHON, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Sépulture », *op. cit.*, n° 59 ; J.-P. BOREL, « La gestion des concessions funéraires », art. cité.

¹⁹¹⁹ CE, 26 juillet 1985, « Lefèvre », n° 36749 ; CE, 20 janvier 1988, « Chemin-Leblond c/ Ville de Paris », n° 68454. V. également, en ce sens, S. MANSON, *J-CI Propriété publiques*, v° « Domaine public. Utilisations du domaine public terrestre autres que la circulation », Fasc. 72, *op. cit.*, n° 136.

¹⁹²⁰ S. MANSON, *J-CI Propriété publiques*, v° « Domaine public. Utilisations du domaine public terrestre autres que la circulation », Fasc. 72, *op. cit.*, n° 124 ; G. TEILLIAIS, « La transmission à titre gratuit des concessions funéraires », *JCP N* n° 24, 13 juin 1997, 4067, p. 823.

¹⁹²¹ Civ., 11 avril 1938, *DH* 1938, p. 321.

¹⁹²² Cass. 1^{ère} civ., 22 février 1972, n° 70-13.192, *Bull. civ.* I, n° 56.

de cassation que le Conseil d'État et le Tribunal des conflits ont qualifié, à quelques années d'intervalle seulement, le droit à la sépulture de « droit réel immobilier »¹⁹²³. La doctrine, aujourd'hui, tient le même discours. Reconnaisant la propriété du concessionnaire sur les constructions réalisées sur les sépultures¹⁹²⁴, elle précise que, sur le domaine public, le concessionnaire n'est en revanche titulaire que d'un « droit réel immobilier d'usage et de jouissance »¹⁹²⁵.

Mais une partie de la doctrine n'hésite pas à aller plus loin et considère que, postérieurement au décès du fondateur de la sépulture, celle-ci devient, entre les membres de la famille, un « bien de famille »¹⁹²⁶ faisant l'objet d'une véritable « propriété collective »¹⁹²⁷ ou d'une « indivision perpétuelle »¹⁹²⁸. Il est vrai que la jurisprudence va souvent en ce sens, en soumettant l'inhumation d'une personne étrangère à la famille du fondateur au consentement de tous les ayants droit de ce dernier¹⁹²⁹ ou en excluant la sépulture du partage de la communauté¹⁹³⁰. Et quoique les juges n'ont eu de cesse de rappeler que les sépultures étaient incessibles¹⁹³¹, indisponibles¹⁹³², insaisissables¹⁹³³ ou plus simplement hors du commerce¹⁹³⁴, d'aucuns ont tiré argument de leur disponibilité partielle pour admettre qu'il s'agissait de choses appropriées et

¹⁹²³ Cass. 1^{ère} civ., 13 mai 1980, n° 78-15.405, *Bull. civ. I* n° 147 ; T. confl., 6 juill. 1981, n° 02193 ; CE 22 avril 1983, n° 35199.

¹⁹²⁴ D. DUTRIEUX, « La délivrance des concessions funéraires et des sépultures dans le cimetière communal », art. cité, n° 2 ; J.-P. BOREL, « La gestion des concessions funéraires », art. cité.

¹⁹²⁵ R.-N. SCHÜTZ, *Rép. Civ.*, Dalloz, v° « Inaliénabilité », 2019, n° 33 ; J.-L. CLERGERIE, « Les sépultures sur terrain privé », *AJ Collectivités Territoriales* 2011, p. 441 ; C. MONDOU, « Les dommages dans les cimetières », art. cité ; A. RAISON, « La transmission des concessions funéraires et des tombeaux », *Journal des notaires et des avocats*, 1988, art. 59291, p. 399, spéc. n° 2.

¹⁹²⁶ M. PERRIER-CUSSAC, « Les droits du titulaire d'une concession funéraire », *JCP N* n° 39, 28 septembre 1990, 101171, spéc. n° 4.

¹⁹²⁷ W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 616, n° 335-1 ; F. ZENATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 589, spéc. p. 604 ; A. GAILLIARD, *Les fondements du droit des sépultures*, préf. B. Mallet-Bricout, Institut Universitaire Varenne, coll. des Thèses, 2017, pp. 391 s., n° 246 s.

¹⁹²⁸ J.-P. BOREL, « La gestion des concessions funéraires », art. cité ; D. DUTRIEUX, « Peut-on céder une concession funéraire de famille à un tiers ? », *JCP N* n° 50, 13 décembre 2013, 1291.

¹⁹²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 2001, n° 99-12.363, *Bull. civ. I*, n° 138. Dans le même sens, v. Paris, 29 juin 1896, *DP* 1897, 2, p. 501 ; Cass. 1^{ère} civ., 17 mai 1993, n° 91-15.780, *Bull. civ. I*, n° 183.

¹⁹³⁰ Cass. req., 9 juin 1898, *S.* 1898, 1, p. 315 ; CA Paris, 22 mai 1924, *DH* 1924, p. 551 ; Montpellier, 30 décembre 1948, *D.* 1949, p. 188 ; CE, 11 octobre 1957, « Hérail », *Rec. CE* 523.

¹⁹³¹ T. civ. Lyon, 30 juin 1877, *DP* 1878, 3, p. 88.

¹⁹³² Cass. Civ., 11 avril 1938, préc. La même solution vaut pour les sépultures sur terrain privé : CA Amiens, 28 octobre 1992, *JCP N* 1993 n° 50, 17 décembre 1993, 101615, obs. J. Hérail.

¹⁹³³ T. civ. Seine, 24 décembre 1856, *DP* 1858, 3, p. 53 ; Amiens, 12 juin 1928, *DH* 1928, p. 500.

¹⁹³⁴ Cass. req., 7 avril 1857, *DP* 1857, 1, 311 ; Cass. 1^{ère} civ., 25 mars 1958, *Bull. civ. I*, n° 178 ; Cass. 1^{ère} civ., 4 décembre 1967, *Bull. civ. I*, n° 353 ; Cass. 1^{ère} civ., 22 février 1970, *D.* 1972, 513 ; Cass. 1^{ère} civ., 22 février 1972, n° 70-13.192, *Bull. civ. I*, n° 56 ; Cass. 1^{ère} civ., 13 mai 1980, n° 78-15.405, *Bull. civ. I*, n° 47 ; Cass. 1^{ère} civ., 17 mai 1993, n° 91-15.780, *Bull. civ. I*, n° 183 ; Cass. 1^{ère} civ., 2 mars 1999, n° 97-13.910.

pour soutenir qu'elles étaient dans le commerce juridique¹⁹³⁵ : ainsi de la possibilité de renoncer à son droit au profit d'un tiers ou d'un autre membre de la famille¹⁹³⁶ ou de la possibilité de léguer ou donner la sépulture par devant notaire¹⁹³⁷.

410. Rejet de la thèse de la propriété. Il est vrai que la disponibilité – certes restreinte – de la concession semble donner du crédit à cette idée d'une propriété de la sépulture, mais l'idée doit être rejetée. Le droit dont bénéficient le fondateur et ses ayants cause n'est jamais plus qu'une tolérance de la commune dans le seul dessein de favoriser le culte des morts¹⁹³⁸ pour autant que vivra le souvenir du défunt¹⁹³⁹. Comme l'écrit justement Monsieur Yolka, « point n'est besoin d'invoquer les mânes de Sophocle, non plus que ceux d'Anouilh, pour souligner la dimension méta-juridique d'une question qui suppose que soit conciliée avec la domanialité publique une protection particulière des concessionnaires »¹⁹⁴⁰.

La présence d'héritiers devient même indifférente en réalité, puisque l'entretien d'une sépulture perpétuelle empêche la mise en œuvre de la procédure de reprise, même si la famille du concessionnaire a disparu, du moment que l'entretien de la concession est assuré¹⁹⁴¹. Et dans l'autre sens, la précarité de la concession refait surface sitôt que la concession est dans un état d'abandon¹⁹⁴², puisque la commune peut, après une période de trente ans, entamer la procédure

¹⁹³⁵ G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », *RTD Civ.* 2000, p. 47, n° 13 ; A. GAILLIARD, *Les fondements du droit des sépultures*, op. cit., p. 127, n° 82. *Contra.* W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, op. cit., p. 616, n° 335-1, qui considère que ce n'est pas parce que certains actes sont autorisés qu'il faut en déduire que les sépultures sont dans le commerce. Selon l'auteur, « ces actes s'analysent non pas comme l'exercice d'un pouvoir de disposition classique mais comme des actes de gestion ».

¹⁹³⁶ Cass. req., 16 juillet 1928, *DH* 1928, p. 544 ; Cass. 1^{ère} civ., 4 décembre 1967, *Bull. civ. I*, n° 353 ; Cass. 1^{ère} civ., 17 mai 1993, n° 91-15.780, *Bull. civ. I*, n° 183.

¹⁹³⁷ Cass. req., 7 avril 1857, *DP* 1857, 1, 311 ; Cass. 1^{ère} civ., 23 octobre 1968, *Bull. civ. I*, n° 245 ; Cass. 1^{ère} civ., 22 février 1972, n° 70-13.192, *Bull. civ. I*, n° 56 ; Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 1973, n° 71-11.419, *Bull. civ. I*, n° 85 ; Cass. 1^{ère} civ., 2 mars 1999, n° 97-13.910.

¹⁹³⁸ Sur lequel, v. P. ESMEIN, « Le culte des morts », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. II, Paris, Sirey, 1963, p. 541 *sq.* *Adde.* M. PERRIER-CUSSAC, « Les droits du titulaire d'une concession funéraire », art. cité, n° 3.

¹⁹³⁹ Les choses iront différemment s'agissant des sépultures sur terrains privés, autorisées par l'article L. 2223-9 du CGCT. Ici, quoique les sépultures demeurent hors du commerce (CA Amiens, 28 octobre 1992, préc.), l'on n'a pas de mal à admettre qu'elles puissent faire l'objet d'une indivision au bénéfice des héritiers du défunt (v. not. J.-L. CLERGERIE, « Les sépultures sur terrain privé », art. cité), laquelle se perpétuera malgré l'aliénation du fonds sur laquelle la servitude est implantée. D'abord, l'existence d'une sépulture, rappelle la Cour de cassation, n'a pas pour effet de rendre inaliénable et incessible la propriété dans laquelle celle-ci est située, qui peut valablement faire l'objet d'une saisie (Cass. 2^{ème} civ., 17 octobre 2013, n° 12-23.375, *Bull. civ. II* n° 206). Mieux, le nouveau propriétaire aura, en vertu d'une servitude de passage et d'une servitude *non aedificandi* prévue par l'article L. 2223-5, l'obligation d'entretenir les tombes au titre d'une véritable obligation réelle.

¹⁹⁴⁰ P. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, coll. « Bibl. dr. public », t. 191, 1997, p. 315.

¹⁹⁴¹ D. DUTRIEUX, « La transmission des sépultures », *JCP N* n° 46, 17 novembre 2000, p. 1655 *sq.*

¹⁹⁴² CGCT, art. L. 2223-17, al. 1.

de reprise sans aucune autre formalité¹⁹⁴³, ce qui emporte abandon des édifications funéraires – qui appartiennent pourtant au concessionnaire¹⁹⁴⁴ –, lesquelles reviennent dans le giron du domaine privée de la commune¹⁹⁴⁵.

Loin de constituer en outre un bien mobilisable, le droit sur la sépulture est précisément un « anti-bien ». Sa cession onéreuse n'est pas seulement interdite¹⁹⁴⁶ ; elle est tout bonnement inenvisageable puisque la sépulture n'a pas de valeur d'échange, ainsi que l'ont toujours rappelé les juges¹⁹⁴⁷, ce qui la disqualifie radicalement de la qualification de bien. Si l'on admet sa « circulation », c'est uniquement pour des raisons personnelles et essentiellement familiales, mais aussi de place dans les cimetières ! Outre qu'elle ne bénéficie qu'aux personnes physiques¹⁹⁴⁸, elle doit en principe revenir à la famille du concessionnaire. Elle ne peut ainsi être donnée à un étranger qu'à la condition qu'elle n'ait pas encore été utilisée¹⁹⁴⁹. En somme, la pseudo-disponibilité de la sépulture, qui n'est guidée que par des raisons d'opportunité, n'est en aucun cas le signe de sa réification.

Le concessionnaire ne saurait donc se trouver investi d'un droit réel pour la seule raison qu'il dispose d'un droit à renouvellement et de la possibilité de transmettre sa concession à ses héritiers, qui ne bénéficient d'ailleurs pas non plus d'un droit réel sur la sépulture : le législateur n'en a pas institué (contrairement à la situation du titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive de droit réel ou d'un bail emphytéotique administratif¹⁹⁵⁰) et l'indivision forcée dans laquelle ils se trouvent n'est que la conséquence de l'organisation par le droit objectif du culte des morts et non celle d'un droit de propriété.

L'idée que les concessions funéraires sont des biens doit être rejetée. Ces droits sur des parcelles du domaine public restent hors d'atteinte du droit de propriété privée.

¹⁹⁴³ CE, 24 novembre 1971, « Commune de Bourg-sur-Gironde », Rec. CE 704 ; CE, 26 juillet 1985, « Lefevre et autres c/ commune de Levallois-Perret », n° 36749. Sur la question, v. D. DUTRIEUX, « La reprise des concessions funéraires », *JCP A* n° 16-18, 18 avril 2006, 1100.

¹⁹⁴⁴ Cass. civ., 12 février 1901, *DP* 1905, 1, p. 495.

¹⁹⁴⁵ CAA Marseille, 15 novembre 2004, n° 03MA490, obs. D. DUTRIEUX, *Coll. Terr.* 2005, comm. 28.

¹⁹⁴⁶ Cass. 1^{ère} civ., 17 mai 1993, *Bull. civ. I*, n° 183.

¹⁹⁴⁷ Cass. req., 23 janvier 1894, *S.* 1894, 1, p. 315 ; Agen, 23 juin 1909, *S.* 1909, 2, p. 243 ; Cass. Civ., 11 avril 1938, préc.

¹⁹⁴⁸ CGCT, art. L. 2223-13.

¹⁹⁴⁹ Cass. 1^{ère} civ., 23 octobre 1968, *JCP N* 1969, II, 15715, obs. R. Lindon.

¹⁹⁵⁰ Sur lesquels, cf. supra n° 384 s.

411. Conclusion de la section II. Dresser la typologie des droits réels répond à un objectif déterminant dans le cadre de cette étude. Celle-ci sert directement l'objectif d'identifier une partie des biens composant le patrimoine d'une personne. Suivant les critères du droit réel précédemment dégagés, une telle partition devenait possible. Mais plutôt que de confirmer la présentation classique des droits réels, elle l'a au contraire infirmée, la famille des droits réels ayant été excessivement grossie. Une réaction s'imposait, consistant à reprendre la présentation traditionnelle afin de la corriger et de l'expurger de certains droits qui n'y ont pas leur place. En négatif des droits réels définis, apparaissent en effet des droits qui, bien que traditionnellement définis comme des droits réels, n'en ont aucun des caractères. Si des voix se sont déjà élevées pour exclure les sûretés réelles de la famille des droits réels, une certaine résistance se fait encore sentir s'agissant du droit de rétention, que la Cour de cassation qualifie inlassablement de droit réel. Pourtant, l'examen de ce pouvoir révèle que cette qualification est inopportune. De la même manière doit-on refuser la qualification de droit réel à la servitude, elle qui n'investit nullement une personne de prérogatives matérielles, mais ampute un fonds de l'une de ses utilités au bénéfice d'un autre fonds. Enfin doit-on encore exclure de la famille des droits réels les droits d'une personne sur une sépulture : simple tolérance de la commune sur une portion de son domaine public, elle ne saurait investir le bénéficiaire d'un droit réel. Au-delà d'une présentation positive et négative des droits réels, apparaissait en creux l'opportunité de définir la propriété comme un droit de jouissance des seules choses corporelles, et certainement pas comme un droit protéiforme synonyme de relation d'appartenance. Apparaissait encore l'occasion de rompre le lien depuis toujours tendu entre les biens et la propriété : la propriété n'est pas le transformateur des choses en biens ; elle est un bien qui fait lui-même l'objet d'un rapport d'appartenance, d'une titularité. Positivement, il s'agissait enfin de circonscrire la famille des démembrements aux seuls droits qui investissent une personne de la jouissance d'une chose. Ainsi de l'usufruit et de l'usage des choses corporelles. Ainsi encore du droit de superficie qui, s'il n'est jamais plus qu'un droit de propriété ordinaire, s'en distingue lorsqu'il se trouve finalisé et limité dans le temps, comme en matière de baux réels. Tel qu'on le voit, dresser la typologie des droits réels était une étape indispensable dans la quête d'identification des biens.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

412. La difficile qualification de droit réel. Les droits réels se définissent, quant à leur contenu et quant à leur objet, comme des prérogatives matérielles de jouissance de choses corporelles. Ils investissent leurs titulaires de pouvoirs leur permettant de retirer directement des choses l'intégralité (propriété) ou une partie seulement des services qu'elles sont susceptibles de produire (démembrements de la propriété). Cette définition, somme toute classique, a néanmoins perdu ces dernières décennies de sa splendeur. Plusieurs raisons peuvent l'expliquer.

C'est d'abord l'identification du droit réel qui pose problème, les critères traditionnellement retenus pour le distinguer du droit personnel s'avérant inopérants, ni le droit de suite, ni le droit de préférence, ni même encore l'opposabilité ne permettant d'isoler la catégorie des droits réels de celle des droits personnels. L'identification du droit réel pose encore problème dès lors que l'on s'attarde sur les droits qui composent cette catégorie, certains d'entre eux oscillant entre la famille des droits réels et celle des droits personnels (droit du preneur à bail, emphytéose, usufruit d'une créance), certains autres ne trouvant tout simplement pas leur place dans cette division (servitude, sûreté réelle, concession funéraire). C'est ensuite la conceptualisation de la chose, objet du droit réel, qui est délicate. Si cette difficulté a pu être, pour l'essentiel, précédemment résolue¹⁹⁵¹, il restait à identifier la nature d'objets qui, n'étant ni une personne, ni un droit, peinaient à recevoir la qualification de chose (énergie, animal, universalité de fait, monnaie). C'est enfin et surtout la place de la propriété dans la famille des droits réels qui compliquait singulièrement le propos. Tantôt analysée comme un droit réel parmi d'autres, tantôt extraite de cette catégorie ; tantôt définie comme un mode de jouissance des choses, tantôt appréhendée comme une relation d'appartenance, la propriété concentre des interrogations déterminantes pour la conceptualisation des droits réels. Aussi fallait-il remettre un semblant d'ordre dans ces idées.

413. Définition du droit réel. La première étape fut de définir le droit réel sur le modèle de la propriété en réhabilitant la définition classique des droits réels. La donne était simplifiée, la nature de la propriété ayant pu être pour partie précédemment établie : loin d'être le connecteur des biens au sujet, la propriété n'est qu'un mode de jouissance des choses ; loin d'être la relation

¹⁹⁵¹ Cf. supra n° 144 s.

par laquelle une personne fait sienne de manière exclusive n'importe quel *étant* (choses corporelles ou « incorporelles », droits, attributs moraux ou corporels de la personne), la propriété n'est qu'une manière de jouir des choses (corporelles)¹⁹⁵². Cessant d'être ce que d'aucuns veulent qu'elle soit (un rapport d'appartenance éthéré), la propriété peut enfin être analysée pour ce qu'elle est (un pouvoir sur les choses), pouvant par conséquent fonder le modèle des droits réels. Comme la propriété, les droits réels investissent leur titulaire de prérogatives matérielles de jouissance des seules choses corporelles, seules ces dernières se prêtant à une jouissance. Seul cet aspect suffit à la définition : un sujet qui jouit d'une chose, la jouissance ne pouvant être conçue qu'à l'endroit des seules choses corporelles offrant des services matériellement exploitables. Ainsi devait-on qualifier l'« énergie » et l'animal de choses et refuser cette qualification aux universalités de fait et à la monnaie.

414. Typologie des droits réels. La seconde étape fut d'identifier, sur le modèle de la propriété, les droits méritant le qualificatif de « réels ». Quand certains droits peuvent recevoir ce qualificatif, d'autres ne le peuvent guère.

Parmi les droits réels reconnus figure évidemment la propriété, modèle des droits réels. Droit de jouissance le plus complet que l'on puisse avoir sur une chose, la propriété investit même son titulaire d'une vocation à la jouissance lorsque la chose lui échappe à raison du démembrement de son droit. Les démembrements de la propriété doivent également recevoir le qualificatif de droits réels. Comme la propriété, ils investissent leur titulaire d'un droit de jouissance des choses. Mais contrairement à la propriété dont ils ne sont que des diminutifs, ils investissent leur titulaire d'un droit de jouissance limité dans son intensité et dans sa durée. Parce qu'il s'agit de droits sur une chose, seuls l'usufruit et l'usage des choses corporelles devaient recevoir le qualificatif de droits réels et non toutes les formes d'usufruit, cette technique ressortissant à l'ensemble des droits patrimoniaux. Le droit de superficie, enfin, peut recevoir le qualificatif de droit réel. Si, en principe, le droit de superficie est un authentique droit de propriété portant sur une portion du sol seulement, il s'en distingue toutefois lorsque la jouissance du superficiaire se trouve finalisée et limitée dans le temps, comme en matière de baux réels. Cela justifiait donc que le droit de superficie soit abordé séparément.

La typologie des droits réels supposait enfin d'identifier les droits qui, habituellement classés dans la famille des droits réels, n'en sont en réalité guère. Tel est premièrement le cas de la

¹⁹⁵² Cf. supra n° 171 s.

servitude, qui n'est pas un droit de jouissance qu'une personne aurait sur une chose, mais une charge grevant un fonds au seul bénéfice d'un autre. Tel est également le cas de la sûreté réelle, qui n'est que l'accessoire d'une créance permettant à un créancier de garantir l'exécution d'une prestation. Tel est enfin le cas de la concession funéraire, qui est une simple tolérance de la personne publique dans le dessein de favoriser le culte des morts, n'investissant pas son titulaire ou les héritiers de ce dernier d'un droit réel.

Sitôt la nature des droits réels élucidée, il convient d'envisager l'autre figure classique de droit patrimonial qu'elle celle du droit personnel.

CHAPITRE II. LES DROITS PERSONNELS

415. Droits personnels. Les droits personnels forment, avec les droits réels, la seconde des figures classiques des droits patrimoniaux. Dans leur aspect interne, les droits personnels sont absolument irréductibles aux droits réels, aussi bien par leur contenu que par leur objet. Ces droits, loin de permettre la jouissance matérielle d'une chose, investissent leurs titulaires de prérogatives juridiques tournées vers la réalisation et le dénouement d'un rapport d'obligation : ce qu'attend le titulaire d'un tel droit, le créancier, est simplement que le débiteur exécute, volontairement ou non, une prestation. Quand le droit réel met en relation une personne et une chose, le droit personnel met en relation deux personnes, le créancier ne pouvant obtenir satisfaction qu'avec le concours du débiteur. Cet aspect médiat du droit personnel fait sa singularité, que l'obligation soit monétaire ou non.

Cette spécificité du droit personnel peut dans certaines hypothèses se révéler source d'incertitudes. Si la nature patrimoniale des droits réels est attestée, tel n'est pas toujours le cas de certains droits personnels qui ont pour objets des prestations non-monétaires, aucun marché de ces obligations n'existant à proprement parler. Aussi importe-t-il de se prononcer sur leur patrimonialité, laquelle doit permettre de mieux délimiter le domaine des droits personnels.

416. Droits sociaux. La détermination du domaine des droits personnels passe encore par l'analyse des droits sociaux - titres financiers et parts sociales – qui représentent une part importante des droits patrimoniaux d'aujourd'hui et que de nombreux auteurs voient comme des objets de propriété, bien aidés en ce sens par l'imprécision terminologique du législateur qui, à de nombreuses reprises, voit leurs titulaires sous les traits d'authentiques propriétaires¹⁹⁵³. Une telle lecture est pourtant indéfendable, ces droits n'étant rien d'autre que des droits personnels. Aussi s'agit-il de se prononcer sur leur nature afin de s'en convaincre.

417. Plan. À l'examen de la définition du droit personnel (**Section I**) succédera donc l'étude des droits sociaux (**Section II**), l'objectif étant de délimiter le domaine des droits personnels.

¹⁹⁵³ COUR DE CASSATION, *La propriété dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Étude annuelle 2019, La documentation française, 2020, p. 67 : « il est vrai que le droit positif, peut-être par maladresse, reconnaît par endroits cette propriété ou évoque des “copropriétés” de créances (fonds communs, de placement et de créances puis de titrisation) ».

SECTION I. LA DÉFINITION DU DROIT PERSONNEL

418. Plan. La notion de droit personnel, déjà en grande partie abordée à l’occasion de l’étude de celle de droit réel, doit être complétée. À cette fin, il convient de se prononcer sur sa nature (§1) et sur sa patrimonialité (§2).

§1. La nature du droit personnel

419. Plan. L’examen de la nature du droit personnel suppose d’étudier aussi bien sa structure (A) que son objet et son contenu (B).

A. Structure du droit personnel

420. Distinction des droits réels et des droits personnels. Contrairement aux droits réels qui, par leur objet et leur contenu, offrent à une personne des prérogatives matérielles de jouissance s’exerçant sans intermédiaire sur une chose, les droits personnels offrent à leurs titulaires des prérogatives juridiques se résumant en un droit d’exiger et en un droit d’obtenir, si besoin par la contrainte, l’exécution d’une prestation spécifique d’un débiteur. Ainsi le droit personnel se distingue-t-il doublement du droit réel : quand le droit réel a pour objet une chose, le droit personnel a pour objet une prestation ; quand le droit réel a pour contenu des prérogatives matérielles de jouissance, le droit personnel a pour contenu des prérogatives juridiques tournées vers l’extinction d’une dette préexistante.

421. Composantes patrimoniale et normative de l’obligation. Cette définition du droit personnel comme un *vinculum juris*¹⁹⁵⁴, comme un lien idéalisé¹⁹⁵⁵, n’est plus aujourd’hui sujette à controverse mais mérite tout de même que l’on s’y arrête brièvement. La compréhension du droit personnel comme un droit à l’exécution d’une prestation ne saurait éclipser la composante normative associée à la notion de droit personnel. Ce qu’attend un créancier, c’est l’exécution d’une norme de comportement. Aussi, au droit personnel doit

¹⁹⁵⁴ JUSTINIEN, *Institutes*, III, 13 : « *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* ». Sur l’apparition du *vinculum juris*, v. J. GAUDEMET, « Naissance d’une notion juridique. Les débuts de l’“obligation” dans le droit de la Rome antique », in *APD*, t. 44 : *L’obligation*, Dalloz, 2000, p. 19, spéc. pp. 27-30 ; R.-M. RAMPELBERG, « L’obligation romaine : perspective sur une évolution », in *APD*, t. 44, *op. cit.*, p. 51, spéc. p. 51.

¹⁹⁵⁵ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, pp. 9 s.

s'adjoindre la dette. Cette association du devoir et du droit personnel, de la dette et de la créance, forme le complexe qu'est l'obligation¹⁹⁵⁶. Mais comme le relève justement Forest, ces deux aspects de l'obligation ne sont pas « l'avvers et l'envers d'une même médaille » : quand la dette est une norme objective qui procède du domaine normatif qui « assujettit le débiteur à prêter en faveur d'un créancier déterminé », la créance est, pour sa part, un véritable droit subjectif personnel à l'exécution d'une prestation. Ainsi l'obligation doit-elle être définie comme un droit subjectif à l'exécution d'un devoir objectif, donc comme un droit patrimonial à l'exécution d'une norme de comportement¹⁹⁵⁷.

C'est cette composante patrimoniale de l'obligation, le droit personnel, qu'il convient désormais d'étudier dans sa face interne.

B. L'objet et le contenu du droit personnel

422. L'importance de la prestation. Quant à son contenu, le droit personnel investit le créancier de deux prérogatives complémentaires : le droit de recevoir une prestation et le droit de l'exiger, si besoin en recourant à la contrainte étatique¹⁹⁵⁸. Quant à son objet, le droit personnel porte sur l'exécution de la norme de comportement que constitue la dette et donc, plus précisément, sur une prestation¹⁹⁵⁹. Peu importe que le débiteur soit astreint à faire, ne pas faire ou à donner : les formes que la prestation peut revêtir ne constituent pas les objets du droit personnel mais des aspects de la prestation, seul véritable objet du droit personnel. Aussi, quand la prestation est une, ses traductions sont multiples. L'on ne saurait partant retenir que la chose constitue l'objet du droit personnel lorsque le débiteur est contraint d'en livrer une : envisager l'avantage espéré de l'exécution comme objet du droit personnel est incorrect, en ceci qu'avant l'exécution, le créancier ne dispose que d'un espoir d'exécution, n'ayant aucun droit actuel sur

¹⁹⁵⁶ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. Leduc, Dalloz, coll. « Nulle Bibliothèque de Thèses », vol. 116, 2012, p. 166, n° 243.

¹⁹⁵⁷ *Ibid.* pp. 170-171, n° 248.

¹⁹⁵⁸ *Ibid.*, pp. 196-200, n° 281-286.

¹⁹⁵⁹ C'est ce que retenait déjà Paul au Livre 2 des *Institutes* : « *obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutum nostram faciat : sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum* » (« la nature des obligations ne consiste pas à nous faire acquérir la propriété d'un effet ou d'un droit, mais à obliger quelqu'un à nous donner, à nous faire ou à nous répondre de quelque chose »). Sur cette définition, M. HULOT, *Les cinquante Livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, t. I, Paris, Rondonneau, 1803, D. 44, 7, 3 pr., p. 599. Sur la définition de l'obligation comme un lien de droit par lequel un créancier peut exiger l'exécution d'une prestation à un débiteur, v. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XV, A. Durand & Pedone Lauriel, 1875, p. 477, n° 424. V. également et not. B. STRACK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, t. I : *Responsabilité délictuelle*, Litec, 5^{ème} éd., 1996, p. 1, n° 1 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 12^{ème} éd., 2019, p. 1, n° 2 ; C. KRAMPE, « Obligation comme bien. Droit français et allemand », in *APD*, t. 44, *op. cit.*, p. 205, spéc. p. 208.

la chose promise¹⁹⁶⁰. De même ne peut-on considérer que l'objet d'une créance de mise à disposition d'une chose soit la chose elle-même : le créancier d'une telle obligation (comme un locataire vis-à-vis d'un bailleur) ne peut accéder à la chose qu'à la condition que le débiteur exécute la prestation à laquelle il est astreint. L'on ne saurait également retenir que la personne du débiteur constitue l'objet du droit personnel lorsque ce dernier s'est engagé à la fourniture d'un service personnel : l'objet du droit personnel ne constitue que la prestation du débiteur et non la forme que celle-ci peut prendre. Pas plus, enfin, ne doit-on considérer que l'objet du droit personnel serait le patrimoine même du débiteur, prétexte pris que l'activité du débiteur engagerait *in fine* son patrimoine : cela reviendrait à voir dans cette garantie universelle de substitution que constitue le patrimoine le moyen de dénouer par anticipation le rapport obligatoire, dans l'ignorance des modes volontaires d'exécution, de loin pourtant les premiers¹⁹⁶¹. Cela reviendrait encore à n'appréhender le droit personnel que par le prisme de la sanction de l'inexécution de la dette, réduisant alors à un rôle marginal l'exécution volontaire.

Des potentiels objets du droit personnel, seule la prestation doit donc être retenue. Ainsi, que l'objet de la prestation soit de faire, de ne pas faire ou de donner, la norme n'a pour fonction que de définir ce que le débiteur doit et d'élever ce devoir « au rang de nécessité juridique »¹⁹⁶², sans préjuger de la forme de la prestation reçue *in fine* par le créancier. Comme le résume encore si bien Forest, le droit personnel se définit simplement comme le « droit de tirer les avantages de l'accomplissement du comportement prévu par cette norme ou d'en exiger l'exécution », n'étant qu'un « droit d'invoquer l'existence de la norme » imposant à autrui un comportement et donc l'exécution d'une prestation quelconque¹⁹⁶³.

Aussi doit-on, pour finir, considérer que le droit personnel n'est qu'un droit à une prestation et non un droit *sur* une prestation : la prestation n'est pas une chose objet d'une jouissance,

¹⁹⁶⁰ En ce sens, v. J. FRANÇOIS, « Les créances sont-elles des biens ? » in *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 149, spéc. p. 165, n° 22.

¹⁹⁶¹ Selon Madame Emerich pourtant, l'obligation consisterait « moins en un lien entre deux personnes qu'en un rapport entre deux patrimoines » (Y. EMERICH, *La propriété des créances : approche comparative*, préf. F. Zenati-Castaing, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 469, 2007, pp. 74-75, n° 122). Une telle analyse n'est pas sans rappeler la conception objective de l'obligation défendue par Saleilles et Gaudemet qui ont entendu négliger l'aspect personnel de l'obligation, celle-ci étant pour eux moins un *lien* qu'un *bien*, un élément du patrimoine (R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, 2^{ème} éd., Cotillon, Paris, 1901, p. 70 s., n° 80 s. ; E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, rééd. Panthéon-Assas, 2014, *passim*.).

¹⁹⁶² G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, *op. cit.*, p. 216, n° 311. Comme l'explique en outre l'auteur, « la dette, élément normatif de l'obligation, explique au débiteur ce qu'il doit faire ; la créance, élément subjectif de l'obligation, assure au créancier l'attribution de l'activité déployée par le débiteur » (*Ibid.*, p. 208, n° 299).

¹⁹⁶³ *Ibid.*, p. 207, n° 295-296.

mais un comportement que seul le débiteur, non asservi, peut accomplir ou se trouver, dans certains cas, contraint d'accomplir¹⁹⁶⁴. Le titulaire du droit personnel se trouve dans une position d'attente, qui ne peut se dénouer que par l'exécution volontaire ou forcée d'une dette : sa satisfaction ne s'envisage qu'avec le concours du débiteur.

§2. La patrimonialité du droit personnel

423. Plan. L'examen de la patrimonialité du droit personnel suppose premièrement de se pencher sur son appartenance (A). Elle suppose ensuite de vérifier que ce droit est disponible, quel que soit l'objet de la prestation (B).

A. L'appartenance du droit personnel

424. Rejet de la propriété des droits personnels (renvoi). Comme le droit réel, le droit personnel constitue une figure « classique » de droit patrimonial composant le patrimoine d'une personne¹⁹⁶⁵. Comme lui, il est l'objet d'une appartenance et d'une maîtrise qui le situe dans la sphère de l'avoir disponible, sans jamais que cette appartenance ou cette maîtrise ne soit conditionnée à la reconnaissance d'un droit de propriété, seule la notion de titularité expliquant le rattachement des droits au sujet.

425. Rejet de l'appartenance des dettes (renvoi). Si l'on peut considérer que la créance constitue un bien qui appartient à son titulaire et qui l'investit de prérogatives spécifiques à l'encontre d'un débiteur dans sa face interne, l'on ne saurait tenir le même raisonnement au sujet de la dette, ainsi que cela fut déjà abordé : norme sociale et non droit subjectif, la dette n'est que le devoir d'accomplir une prestation¹⁹⁶⁶. Elle ne donne aucune pouvoir positif à celui qu'elle astreint, ne confère aucun pouvoir caractéristique de la titularité d'un droit subjectif, ne s'offre tout simplement pas à une quelconque maîtrise contrairement aux créances. Mais si le droit personnel se présente comme un droit patrimonial, il reste à établir, avec précision, en

¹⁹⁶⁴ C. civ., art. 1217.

¹⁹⁶⁵ H., L. et J. MAZEAUD *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1 : *Obligations. Théorie générale*, 9^{ème} éd. par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, pp. 7 s., n° 10 s.

¹⁹⁶⁶ Cf. supra n° 42 s.

quoi il l'est réellement, particulièrement lorsque la prestation à laquelle le débiteur est tenu a un objet non-monnaire.

B. La disponibilité du droit personnel

426. Disponibilité de principe des créances. Contrairement aux dettes, la disponibilité des droits personnels est avérée. Ceux-ci sont en principe cessibles, transmissibles, saisissables, en un mot : disponibles. Leur valeur s'évince des échanges dont ils peuvent être les objets, intègre le patrimoine de leurs titulaires, intéresse leurs créanciers et sert de base à l'imposition¹⁹⁶⁷. Si certains droits personnels demeurent incessibles ou insaisissables (créances alimentaires, prestations de sécurité sociale, etc.), leur indisponibilité ne saurait les disqualifier de leur qualité de biens, cette indisponibilité étant accidentelle et non structurelle et prenant moins racine dans le droit personnel lui-même que dans la personne de son titulaire dont la protection est recherchée¹⁹⁶⁸. Pas plus ne doit-on encore considérer que l'*intuitus personae* attaché à certaines créances les disqualifierait : ces considérations constituent moins un obstacle dirimant à leur patrimonialité qu'une exception purement factuelle. Enfin ne doit-on considérer que l'inaliénabilité conventionnelle d'un droit personnel constitue une exception à sa patrimonialité : le droit ne cesse pas d'être patrimonial sitôt qu'il est temporairement soustrait aux échanges.

Ces prétendus obstacles levés, il est possible d'affirmer que tout droit personnel est patrimonial en cela qu'il est en principe disponible. L'indisponibilité accidentelle de certains droits personnels est alors indifférente sur la qualification.

427. La disponibilité discutée des créances non-monnaies. Certains auteurs ont toutefois émis des réserves quant à la patrimonialité de l'ensemble des droits personnels, doutant de la disponibilité et de l'évaluabilité de certaines créances non-monnaies. Contrairement aux créances monétaires qui sont en principe disponibles – sauf exceptions – et qui ne sont généralement pas caractéristiques des contrats qui les génèrent, certaines créances non-monnaies ne seraient pas directement ouvertes aux échanges. Tel est le cas des créances

¹⁹⁶⁷ Jusqu'à la suppression de l'impôt de solidarité sur la fortune, la titularité des droits personnels était imposée comme l'était la titularité des droits réels. La cour d'appel de Paris a en effet considéré que le prix de cession de parts sociales fixé dans une promesse de vente constituait une créance certaine incluse dans les biens imposables du cédant (CA Paris, 1^{er} avril 2005, RG n° 03-9069).

¹⁹⁶⁸ Cf. supra n° 248 s.

résultant de la mise à disposition d'une chose ou des créances de prestation de service¹⁹⁶⁹. Dans ces hypothèses où les créances caractéristiques sont indissociables du contrat, leur titulaire disposerait moins de celles-ci que du contrat qui les génère. Autrement dit, la transmission de ces créances s'opérerait moins par une cession ordinaire de créance, acte typique de disposition, que par une cession du contrat lui-même. Comme le soulignent ainsi Messieurs François et Dross à propos du contrat de bail, l'on ne saurait admettre que le locataire puisse céder sa seule créance de jouissance à un tiers sans lui transmettre dans le même temps l'obligation qui pèse sur ses épaules de conserver et de restituer la chose à l'échéance du contrat¹⁹⁷⁰. L'on se trouverait dès lors nécessairement dans le cadre d'une cession de contrat, le cessionnaire n'étant pas un simple ayant cause du cédant mais se substituant plus radicalement à lui dans ses rapports avec le cédé. Aucun effet translatif ne s'opérerait, aucune créance ne se trouvant transmise sinon la qualité même de contractant, plaçant le cessionnaire, pour reprendre l'exemple donné ci-dessus, dans la position tout à la fois de créancier de la jouissance et de débiteur de l'obligation de conservation et de restitution. L'on s'expliquerait pareillement l'insaisissabilité de telles créances, indissociables des dettes que le contrat génère, ainsi que l'impossibilité de les affecter en garantie. Leur nature non-monétaire disqualifierait leur mobilisation, ce qu'une partie de la doctrine a tôt fait de confirmer¹⁹⁷¹. Au nom d'une analyse moniste de la cession de contrat, celle-ci n'opérerait pas addition d'une cession de créance et d'une cession de dette mais véritable substitution du cessionnaire au cédant, sans transport d'obligations¹⁹⁷². Cette position a ultérieurement reçu les faveurs du législateur qui, par la réforme du droit des obligations, a coulé la cession de contrat dans le même moule que la cession de dette (accord du cédé préalablement à la cession, solidarité sauf clause contraire entre le cédant et le cessionnaire, etc.¹⁹⁷³) et dont le rapport de présentation remis au Président de la République précise que la

¹⁹⁶⁹ Pour une catégorisation, v. not. J. FRANÇOIS, « Les créances sont-elles des biens ? » art. cité, pp. 171 s., n° 35 s.

¹⁹⁷⁰ W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, p. 901, n° 493-2 ; J. FRANÇOIS, « Les créances sont-elles des biens ? », art. cité, p. 473, n° 37.

¹⁹⁷¹ L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. P. Malaurie, Economica, coll. « Études et Recherches », 1984, p. 37, n° 29, pour qui la cession d'une obligation non-monétaire est une cession de contrat. *Contra*. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. III : *Le rapport d'obligation*, 9^{ème} éd., Sirey, 2015, p. 354, n° 359, pour qui toutes les créances sont cessibles.

¹⁹⁷² L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, op. cit., pp. 158-159, n° 218 et p. 264, n° 398.

¹⁹⁷³ Sur ces similitudes, v. P. SIMLER, « Cession de créance, cession de dette, cession de contrat », CCC n° 5, mai 2016, dossier 8, spéc. n° 14 s.

cession de contrat ne correspond pas à « la simple adjonction d'une cession de dette et d'une cession de créance »¹⁹⁷⁴.

428. Cession de créances non-monétaires et cession de contrat. Serait-ce pourtant à dire que la cession de contrat n'est « pas un instrument possible de mobilisation des créances »¹⁹⁷⁵ ? Doit-on définitivement admettre que les créances non-monétaires sont insusceptibles d'actes de disposition *ut singuli* et même d'une évaluation directe¹⁹⁷⁶ ? Une réponse nuancée peut être apportée : c'est une chose de dire que la cession d'une telle créance est impossible¹⁹⁷⁷, une autre de dire que la cession de contrat constitue une alternative valable emportant une partie des effets attendus d'une cession de créance. Si l'on ne peut aujourd'hui concevoir une cession de créance non-monétaire autonome de la cession du contrat lui-même¹⁹⁷⁸, force est d'admettre que le cessionnaire se trouve malgré tout investi de la qualité de créancier du cédé, tout comme il l'aurait été en cas de cession ordinaire de créance. Certes, il est créancier *et débiteur* du cédé, par cela que la cession de contrat l'investit de la qualité de contractant. Mais il n'en demeure pas moins que, activement, il est bel et bien devenu titulaire de la créance qui appartenait avant au cédant. Somme toute, la dissociation de la qualité de créancier et de la qualité de contractant n'est qu'une formule de style : si la créance n'est pas transmise, la qualité de créancier l'est à tout le moins, ce qui revient sensiblement au même d'un point de vue actif, le cessionnaire pouvant exiger du cédé qu'il exécute à son égard sa prestation. Il apparaît par conséquent que si la cession de contrat n'est pas à *proprement parler* un canal de mobilisation des créances, les

¹⁹⁷⁴ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2006-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 février 2016.

¹⁹⁷⁵ J. FRANÇOIS, « Les créances sont-elles des biens ? », art. cité, p. 173, n° 37.

¹⁹⁷⁶ *Ibid.*, p. 174, n° 37, considérant que le prix qui peut accompagner la cession d'un contrat ne correspond pas à la valeur de la créance « transmise » ou du contrat « cédé », « puisque la cession de contrat n'entraîne en réalité aucune transmission ». En somme, « le prix, qui n'est pas celui de l'acquisition d'une chose, est corrélativement celui d'un service. Il rémunère le cédant pour le service qu'il rend au cessionnaire en lui permettant de devenir le contractant du cédé ». Et de conclure : « les créances en nature, contrairement aux créances pécuniaires, ne sont susceptibles d'aucune évaluation en argent, et cela même si leur apparente cession, par le truchement de la mal nommée cession de contrat, permet l'obtention d'un prix ».

¹⁹⁷⁷ Cette opinion est au demeurant contestée par certains auteurs qui relèvent que certaines obligations non-monétaires, comme l'obligation de délivrance, sont cessibles ou même plus largement susceptibles d'être nanties (V. ÉGÉA, « La circulation d'une créance non monétaire. L'exemple de la délivrance », *D.* 2012, p. 2111 *sq.* ; M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, préf. L. Aynès, Economica, coll. « Recherches Juridiques », t. 31, 2012, pp. 357 s., n° 513 s.).

¹⁹⁷⁸ Tel n'a d'ailleurs pas toujours été le cas. C'est ainsi que, avant que la réforme du droit des obligations ne rebatte les cartes, la Cour de cassation avait retenu qu'une cession de portefeuille d'assurance s'analysait en une cession de contrat, « c'est-à-dire une cession de créances » (Cass. 1^{ère} civ., 5 février 2009, n° 08-10.230, *Bull. civ. I*, n° 23). Faute d'avoir un contenu propre, la cession de contrat s'analysait comme la conjonction d'une cession de créances et d'une cession de dettes.

effets d'une telle cession demeureront, pour l'aspect « créance », identiques à ceux d'une authentique cession de créance. En cela, la patrimonialité des créances peut être attestée, qu'elles soient directement (modèle de la cession de créance) ou indirectement mobilisables (modèle de la cession de contrat).

429. L'évaluation et la mobilisation des créances non-monétaires. Il faut encore noter que l'impossibilité supposée de mobiliser directement la plupart des créances non-monétaires n'est pas un obstacle à leur évaluation. Il est vrai pourtant que l'évaluation d'un droit non directement mobilisable pourrait d'emblée apparaître comme compromise : faute d'être cessible, le droit ne pourrait recevoir de valeur de marché. L'évaluation consistant en la détermination du prix de marché d'un droit, une telle démarche serait impossible à l'égard de droits précisément exclus de celui-ci. Cependant, l'évaluation du droit, réel ou personnel, ne peut se départir d'une évaluation de l'objet de ce droit, qu'il s'agisse d'une chose (droit réel) ou d'une prestation (droit personnel). La valeur d'une créance dépend donc de son objet, la prestation, dont la valeur de marché peut être aisément retrouvée.

Quant aux créances monétaires, la donne est simplifiée, pour la simple raison que la prestation monétaire vaut autant, ou presque, que la somme qu'il s'agit de mobiliser. Quant aux créances non-monétaires, la démarche est identique, l'évaluation étant celle de la prestation non-monnaire. Somme toute, toute prestation ayant un prix de marché (le prix du service recherché) et toute créance ayant pour objet une prestation, toute créance est patrimoniale, sa valeur dépendant ultimement de la valeur de la prestation qui en constitue l'objet¹⁹⁷⁹. Comme le dit encore Monsieur François, toute prestation ayant un prix de marché, c'est ce prix qui s'imprimera sur les créances, « la patrimonialité de la prestation se [communiquant] nécessairement au droit qui porte sur elle »¹⁹⁸⁰.

Monsieur Dross s'est cependant montré réservé sur cette interprétation. Selon lui, la valeur de telles créances non-monétaires ne saurait au contraire « se [ramener] à celle de la prestation due »¹⁹⁸¹. Une telle lecture aboutirait selon lui à faire l'impasse sur la solvabilité du débiteur, que l'on se trouve en présence d'une créance non-monnaire ou d'une créance monétaire : la situation du débiteur biaiserait le calcul de la valeur de la prestation en raison d'un aléa irréductible dans l'exécution de celle-ci. Cette critique ne paraît pas décisive. L'aléa fait en effet

¹⁹⁷⁹ En ce sens, J. FRANÇOIS, « Les créances sont-elles des biens ? », art. cité, p. 177, n° 42.

¹⁹⁸⁰ *Ibid.*, p. 177, n° 43.

¹⁹⁸¹ W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 902, n° 493-2.

intégralement partie de la notion même de droit personnel, quelle que soit la prestation à laquelle le débiteur est astreint, ce que Monsieur François avait d'ailleurs relevé¹⁹⁸². La contrepartie due par le cessionnaire d'une créance monétaire sera fréquemment inférieure au montant facial de celle-ci, compte tenu d'une hypothétique inexécution par le débiteur de son obligation. L'aléa inhérent à l'exécution d'une obligation personnelle ne saurait donc suffire à discréditer le recours à cette méthode d'évaluation indirecte des créances, dont la valeur résulte moins du droit personnel lui-même que de la valeur de la prestation attendue, ensuite atténuée par les perspectives de son obtention¹⁹⁸³.

430. Incidence patrimoniale des créances. Le titulaire d'une créance est par conséquent « riche » de son droit à l'obtention d'une prestation. Pourtant, comme le souligne Monsieur François, il existe des créances qui n'auront aucune incidence patrimoniale, comme les créances de services. Aussi note-t-il que « le locataire ne devient pas plus riche du fait de sa location, qui est au contraire pour lui une source de dépenses »¹⁹⁸⁴. Serait-ce alors à dire que certaines créances non-monétaires ne sont définitivement pas patrimoniales ? Nullement, Monsieur François relevant malgré tout leur nature patrimoniale, « quand bien même elles n'enrichissent pas le créancier, tout simplement parce que les services à la personne ont un prix de marché »¹⁹⁸⁵. À cela peut-on ajouter que la patrimonialité de la créance se trouve attestée sitôt que l'investissement supporté par le débiteur « lui coûte quelque chose, même si ce n'est qu'un peu de son temps », le créancier retirant de cette activité un avantage quelconque¹⁹⁸⁶.

431. Conclusion de la section I. Le droit personnel se présente dans sa face interne comme un droit résolument tourné vers l'obtention d'une prestation devant être accomplie par un débiteur. Quant à son contenu, le droit personnel investit une personne du droit d'exiger l'exécution d'une prestation. Quant à son objet, le droit personnel est entièrement tourné vers

¹⁹⁸² J. FRANÇOIS, « Les créances sont-elles des biens ? », art. cité, p. 169, n° 32.

¹⁹⁸³ V. en ce sens Y. EMERICH, *La propriété des créances : approche comparative*, op. cit., p. 93, n° 155, pour qui la créance constitue « la valeur patrimoniale ou le bien que représente pour le créancier l'expectative de la prestation du débiteur ».

¹⁹⁸⁴ J. FRANÇOIS, « Les créances sont-elles des biens ? », art. cité, p. 175, n° 39.

¹⁹⁸⁵ *Ibid.*, p. 177, n° 43.

¹⁹⁸⁶ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, op. cit., p. 214, n° 308. Adde. Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF, coll. « Thémis », 2006, p. 69, n° 89 pour qui « la position personnelle s'exprime dans deux valeurs comptables opposées ». Sur l'appréhension de la dette comme point déterminant de la valeur de l'obligation, v. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., p. 2, n° 2. V. également J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. « Précis », 2^{ème} éd., 2010, pp. 674-675, n° 436.

une prestation, une norme de comportement. C'est ce droit d'exiger l'exécution d'une prestation qui intègre le patrimoine de son titulaire, qui constitue le bien. Ce droit, quel que soient ses formes, peut être considéré comme pleinement patrimonial : évaluable à travers la prestation qui en est l'objet et disponible entre les mains de son titulaire, il constitue une richesse pour son titulaire.

Le même constat doit pouvoir être fait pour les droits sociaux, qui ne sont au fond qu'une variété de droits personnels.

SECTION II. LE DOMAINE DES DROITS PERSONNELS : LA QUESTION DES DROITS SOCIAUX

432. Plan. La nature des droits sociaux – titres financiers et parts sociales – a donné lieu à une abondante littérature, excédant les frontières du droit des sociétés et du droit financier et intéressant ainsi directement le droit des biens¹⁹⁸⁷. Leur rattachement à une catégorie de droits patrimoniaux plutôt qu'à une autre ne semble toujours pas résolue¹⁹⁸⁸, en témoignent les débats encore vifs entourant la notion de « valeur mobilière »¹⁹⁸⁹ et plus largement celle de « titre financier »¹⁹⁹⁰, que la doctrine majoritaire tend à qualifier, après le législateur¹⁹⁹¹, de « biens abstraits »¹⁹⁹² ou plus radicalement d'objets de propriété, tout comme le titre qui les constate¹⁹⁹³.

¹⁹⁸⁷ F.-X. LUCAS, « Retour sur la notion de valeur mobilière », *BJS* n° 8-9, 1^{er} août 2000, p. 765, spéc. n° 3 ; T. BONNEAU, « Commentaire de l'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers », *JCP E* n° 5, 29 janvier 2009, 1105, spéc. n° 10.

¹⁹⁸⁸ Sur les incertitudes nées de la réforme des instruments financiers de 2009, v. not. P. LE CANNU et B. DONDERO, « La réforme des instruments financiers », *RTD Com.* 2009, p. 380 *sq.*

¹⁹⁸⁹ Sur l'ambiguïté de cette notion, v. not. P. GOUTAY, « La notion de valeur mobilière », *D.* 1999, p. 226 *sq.*

¹⁹⁹⁰ Si toute valeur mobilière est un titre financier, tous les titres financiers ne sont pas des valeurs mobilières : la catégorie des titres financiers englobe en effet celle des valeurs mobilières sans s'y résumer (en ce sens, v. T. BONNEAU, « Commentaire de l'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers », art. cité, spéc. n° 11). C'est ainsi que les parts ou actions d'organismes de placement collectif et de fonds communs de titrisation ne sont plus considérées comme des valeurs mobilières, quand les titres de capital émis par les sociétés par actions (actions ordinaires, actions de préférence et titres rémunérateurs) et les titres de créance (obligations, titres participatifs et titres subordonnés) le sont. Les valeurs mobilières sont ainsi des titres financiers conférant des droits identiques par catégories : tel est leur critère (T. BONNEAU, « Valeurs mobilières et titres financiers en droit français », *RDBF* n° 2, mars 2009, dossier 10, spéc. n° 3).

¹⁹⁹¹ CMF, arts. L. 211-4 s. et L. 214-8 s. ; C. com., art. L. 228-1 s.

¹⁹⁹² P. LE CANNU, « L'ambiguïté d'un concept négatif : les valeurs mobilières », *BJS* n° 4, 1^{er} avril 1993, p. 395, spéc. n° 19.

¹⁹⁹³ Ainsi assiste-t-on à un indigeste mélange des genres, où le droit est analysé comme une créance, mais où le titre est analysé comme un objet de propriété. Quoique l'on reconnaisse la nature personnelle du droit de l'associé ou de l'actionnaire contre la société, l'on s'empresse aussitôt d'y surajouter un droit de propriété, portant sur le droit. Admettant cette superposition, v. not. G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. I, 12^{ème} éd. par R. ROBLOT, LGDJ, 1986, spéc. pp. 795, n° 1149-1150 ; D. OHL, *Rép. Soc.* Dalloz, v° « Valeurs mobilières », 2019,

Pourtant, rien ne semble indiquer que les droits sociaux et les titres qui les constatent soient de véritables objets de propriété. Tout indique à l'inverse qu'il ne s'agit que d'une fâcheuse « dérive terminologique »¹⁹⁹⁴. Cette remarque vaut tout particulièrement pour les titres financiers, figurant avec les contrats financiers dans la catégorie plus vaste des instruments financiers¹⁹⁹⁵, que d'aucuns cherchent très intuitivement à inscrire dans la catégorie des droits réels. Pourtant, une telle lecture n'apporte rien à la compréhension de ces instruments, pas plus d'ailleurs qu'elle n'explique leur négociabilité, que l'on tient comme trait saillant de leur qualification mais qui relève en réalité du seul aspect externe du droit. Bien au contraire, il apparaît que les droits sociaux, constatés par des parts sociales pour les sociétés de personnes ou par des titres de capital pour les sociétés de capitaux, ne sont jamais plus que des droits personnels, offrant à leur titulaire les prérogatives essentielles du droit de créance à l'encontre du débiteur ayant émis ces titres et ultimement redevable à son égard d'une prestation, monétaire ou non¹⁹⁹⁶. Tout droit social ne demeure jamais plus qu'un droit à l'exécution d'une prestation et ne s'offre pas à une jouissance à titre de propriétaire. Quant au titre qui le constate, toute tentative d'en faire un objet de propriété doit être fermement rejetée : ni le titre, ni le droit que ce titre constate ne saurait être qualifié de chose appropriable. Aussi, à la réfutation de la nature réelle des droits sociaux (§1) succédera naturellement l'affirmation de leur nature personnelle (§2).

§1. Réfutation de la nature réelle des droits sociaux

433. Plan. L'appréhension des droits sociaux comme des droits de nature réelle repose sur une double erreur : l'absence de distinction de l'*instrumentum* et du *negotium* (A) et l'incorporation du droit dans le titre (B), ce qu'il convient de critiquer.

n° 41-42. Une telle construction confine pourtant au byzantinisme juridique, ce qu'un auteur a heureusement critiqué (F. NIZARD, *Les titres négociables*, av.-propos J.-P. Dumas, préf. H. Synvet, Economica et Revue Banque Edition, 2003, spéc. pp. 319 s., n° 693 s.), notant que le recours au terme de « propriété », s'il est inexact, est néanmoins doté un « large impact psychologique », le titulaire du droit se sentant « rassuré » (*ibid.*, p. 3, n° 2).

¹⁹⁹⁴ A. REYGROBELLET, « Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires. Le droit de propriété du titulaire d'instruments financiers dématérialisés », *RTD Com.* 1999, p. 305, spéc. n° 2. Bien qu'il se demande si le recours au terme de propriété ne serait pas abusif, l'auteur entend au contraire démontrer l'inverse.

¹⁹⁹⁵ P. GOUTAY, « La notion d'instrument financier », *Dr. et patr.* n° 82, 1^{er} mai 2000.

¹⁹⁹⁶ La réflexion peut d'ailleurs sans mal être étendue aux parts de fonds commun de placement (FCP) et de titrisation (FCT), alors même que ces fonds ne sont que des patrimoines d'affectation sans personne à leur tête. Sur la question, cf. infra n° 441.

A. Confusion de l'*instrumentum* et du *negotium*

434. La distinction souhaitée de l'*instrumentum* et du *negotium*. L'appréhension du titre social et plus spécifiquement du titre financier comme un objet de propriété prend racine dans une certaine confusion, que la dématérialisation des titres par la loi du 30 décembre 1981 n'a pas résolue et a même empirée¹⁹⁹⁷. Pris en tant qu'*instrumentum*, le titre n'est jamais plus qu'une preuve de la qualité d'associé¹⁹⁹⁸, une sorte de donnée publicitaire. Est-ce alors à dire que l'instrument publicitaire absorbe le droit qu'il constate et que tant le titre que le droit sont des objets de propriété ? Quoique cette opinion soit aujourd'hui majoritaire, elle demeure contestable en ce qu'elle perpétue une confusion regrettable entre l'*instrumentum* et le *negotium*.

435. La confusion de l'*instrumentum* et du *negotium* avant 1981. Avant l'adoption de la loi de 1981, cette confusion était pourtant tolérée¹⁹⁹⁹. Puisque la qualité d'actionnaire s'établissait par la remise d'un titre vif, simple morceau de papier de nature corporelle, l'on inclinait naturellement à considérer que ce titre incorporait la qualité d'associé, par un tour de passe-passe intellectuel ou quelque « habilité verbale » produisant des « effets heureux »²⁰⁰⁰. Somme toute, puisque le titre au porteur se prêtait à une emprise réelle et puisque le titre établissait la qualité d'associé, l'on admit que le droit que le titre social constatait lui empruntait sa nature. Ainsi considéra-t-on l'*instrumentum*, le titre représentatif de la qualité d'associé, comme une chose appropriable, tout comme le *negotium*, le droit représenté et incorporé au titre²⁰⁰¹. L'avantage d'une telle représentation était certain : chose corporelle, le titre (et le droit) se cédait facilement, comme toute autre chose corporelle. Mieux, le porteur du titre se trouvait protégé contre toute dépossession indésirable par la seule possession de ce dernier, l'article 2276 du Code civil instituant à son bénéfice une présomption de propriété sitôt qu'il en était entré en possession de bonne foi. Mais cette représentation, si elle était commode, avait tout

¹⁹⁹⁷ Loi n° 81-1160 du 30 décembre 1981, art. 94-II.

¹⁹⁹⁸ Sur la distinction entre associé et actionnaire, v. P. REIGNÉ et T. DELORME, « Réflexions sur la distinction de l'associé et de l'actionnaire », *D.* 2002, p. 1330 *sq.*

¹⁹⁹⁹ J. LARGUIER, *Essai sur la notion de titre en droit privé*, préf. J.-M. Jeanneney, Dalloz, 1951, p. 244 s., n° 218 s. Pour un exposé de la théorie de l'incorporation, v. J. GRANOTIER, *Le transfert de propriété des valeurs mobilières*, préf. D. Cohen, Economica, coll. « Recherches Juridiques », t. 23, 2010, pp. 34 s., n° 52 s. Pour une critique de la théorie de l'incorporation, v. not. F.-X. LUCAS, « Retour sur la notion de valeur mobilière », art. cité, n° 20.

²⁰⁰⁰ P. DIDIER, « Les biens négociables », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 327, spéc. p. 341, n° 17.

²⁰⁰¹ J.-M. DELLECI, « Le nouveau droit de propriété des titres négociés », *JCP E* n° 25, 23 juin 1994, 368, spéc. n° 5.

d'un « leurre »²⁰⁰², symptôme d'une « béance intellectuelle » que l'artifice employé dissimulait mal²⁰⁰³ : l'incorporation de la qualité d'associé dans le titre papier ne pouvait suffire à faire du droit un simple objet de propriété. C'était là confondre l'*instrumentum*, constatant la qualité d'associé, et le *negotium*, le droit lui-même.

436. La confusion de l'*instrumentum* et du *negotium* après 1981. L'on pouvait espérer que la loi de 1981 remette de l'ordre. Il n'en fut rien. Certes, en substituant à la remise d'un titre vif une inscription en compte constatant le droit d'associé, le législateur semblait pourtant condamner l'analyse précédente : l'*instrumentum* n'étant plus une chose corporelle, le droit qu'il constate ne peut recevoir la même qualité. Mieux, en exigeant que les titres soient inscrits entre les mains de l'émetteur ou d'un intermédiaire²⁰⁰⁴, le législateur semblait encore mettre fin à toute confusion entre le droit et le titre. Mais l'extraction du droit du titre n'apparaît à l'analyse que comme un trompe-l'œil, preuve en est qu'elle fut contournée pour des raisons purement pragmatiques : afin d'assurer la négociabilité des titres et d'assurer à leurs titulaires une protection de leur investissement contre toute dépossession, la doctrine perpétua la confusion du titre et du droit. Deux voies ont en effet été suivies pour contrer les effets de cette désincorporation. La première, minoritaire, a été de considérer que l'inscription en compte conservait une nature corporelle, le changement d'*instrumentum* n'affectant pas la nature corporelle du titre²⁰⁰⁵. La seconde, majoritaire, a été – et est encore – de considérer que l'inscription en compte est une chose incorporelle directement susceptible de possession et d'appropriation²⁰⁰⁶. Quelle que soit la voie choisie, le résultat demeure le même : le titre (matériel ou non) continue d'incorporer le droit, celui-ci étant résumé à une chose susceptible d'appropriation, parce qu'incorporé dans un titre qui serait lui-même susceptible d'appropriation.

²⁰⁰² F. NIZARD, *Les titres négociables*, op. cit., p. 11, n° 22.

²⁰⁰³ P. LE CANNU, « L'ambiguïté d'un concept négatif : les valeurs mobilières », art. cité, n° 16.

²⁰⁰⁴ CMF, art. L. 211-3.

²⁰⁰⁵ V. not. D.-R. MARTIN, « Du titre et de la négociabilité », *D.* 1993, p. 20 *sq.* et du même auteur, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », *D.* 1996, p. 47 *sq.*

²⁰⁰⁶ En ce sens, v. not. A. REYGROBELLET, « Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires. Le droit de propriété du titulaire d'instruments financiers dématérialisés », art. cité, spéc. n° 8 ; T. BONNEAU, « Commentaire de l'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers », art. cité, n° 12 ; S. ARNAUD, S. GINON et F. PETIT, « Le transfert de propriété des valeurs mobilières », *JCP N* n° 24, 15 juin 2012, 1258 ; J.-J. DAIGRE et P. PAILLER, « Commentaire de l'ordonnance du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers », *Rev. soc.* 2009, p. 37, spéc. n° 28.

B. L'incorporation du droit dans le titre

437. Pérennité contestable de l'incorporation du droit dans le titre. Les deux approches précédemment évoquées (l'inscription a une nature corporelle ou a la nature d'une chose incorporelle) sont discutables. Quant à la première, elle est tout bonnement invraisemblable : un titre inscrit en compte n'est certainement pas une chose corporelle, même lorsque le compte dont il est question se résume à un registre papier²⁰⁰⁷. Un titre n'est pas une chose mais une mesure publicitaire. Quant à la seconde, elle est exagérée : un titre n'étant pas une chose et encore moins une chose incorporelle, la propriété ne peut s'en saisir. Certes, si d'aucuns continuent de distinguer le droit et le titre, ne reconnaissant comme objet de propriété que le second²⁰⁰⁸, le résultat demeure fort contestable. De manière générale, l'on peut relever que la qualité d'associé ne saurait se résumer au titre qui la constate, dont la seule fonction, quel que soit le support, est publicitaire²⁰⁰⁹. Le changement de forme de l'*instrumentum* n'atteint donc pas sa nature, puisqu'il demeure un moyen de preuve de la qualité d'associé : simple condition de négociabilité du titre et non d'existence²⁰¹⁰, l'inscription a pour seule finalité de rendre les droits transmissibles et opposables, n'ayant pas pour fonction de « [créer] la titularité de celui qu'elle désigne »²⁰¹¹, peu important que les titres se matérialisent dans un titre vif ou dans une écriture²⁰¹².

438. Rejet de la nature réelle du titre et du droit. Sitôt l'*instrumentum* distingué du *negotium*, la nature du droit d'associé peut être recherchée, sans que l'analyse ne soit plus

²⁰⁰⁷ Comme le résume Monsieur Lucas, malgré « la magie du verbe [...] il convient de se ressaisir car de la magie au mirage du verbe il y a peu et il nous semble que le magicien est, pour l'occasion, devenu illusionniste » (F.-X. LUCAS, « Retour sur la notion de valeur mobilière », art. cité, n° 19).

²⁰⁰⁸ V. not. Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, Economica, 11^{ème} éd., 2001, p. 795, n° 748 : « à la différence de l'obligataire, l'actionnaire n'est pas le créancier de la société. Il n'est pas non plus copropriétaire d'une fraction de son actif correspondant au montant de ses droits sociaux. Il a un *titre de capital* qui, en contrepartie de l'apport effectué lors de l'entrée dans la société, lui donne des droits. Il faut par conséquent distinguer les droits exercés par l'actionnaire sur son titre, qui sont des droits réels de propriété et les droits attachés au titre, qui sont des droits personnels exercés contre la société ».

²⁰⁰⁹ Cf. supra n° 199 et 202.

²⁰¹⁰ C. com., art. L. 228-10, al. 1. En ce sens, A.-L. ARCHAMBAULT, *La nature juridique des valeurs mobilières*, th. Paris I, 1998, p. 82, n° 289 ; F.-X. LUCAS, « Retour sur la notion de valeur mobilière », art. cité, n° 21 : « le droit du souscripteur préexiste à l'inscription en compte [...]. Certes, l'inscription en compte est la condition de l'exercice des droits attachés à une valeur mobilière mais cela ne suffit pas à y voir la valeur mobilière. L'inscription en compte n'est qu'une condition de preuve et d'opposabilité à la personne morale émettrice et aux tiers du droit qu'est la valeur mobilière, laquelle existe indépendamment de l'inscription en compte pour la bonne et simple raison qu'une formalité imposée à des fins d'opposabilité est sans effet sur l'essence du droit ».

²⁰¹¹ F. NIZARD, *Les titres négociables*, op. cit., p. 292, n° 644.

²⁰¹² F.-X. LUCAS, « Retour sur la notion de valeur mobilière », art. cité, n° 6, soulignant que le changement d'*instrumentum* a opéré une « nouvelle matérialisation » des titres.

polluée par les débats sur la nature de l'*instrumentum*. Pris en tant que tel, le droit d'associé ne saurait se résumer à un droit réel. Sur quoi porterait en effet le droit réel, si ce n'est l'actif social qui appartient déjà à la personne morale ? L'interposition de la personne morale, avec son propre patrimoine, rend en effet inconcevable la propriété des associés sur l'actif de cette dernière²⁰¹³. Faudrait-il alors admettre que l'associé est propriétaire de son droit contre la personne morale ? L'argument est très fréquemment avancé par la doctrine, citant à grands renforts la thèse de Ginossar, ne pouvant concevoir que l'appartenance et la disposition d'un droit existent indépendamment de la propriété²⁰¹⁴. Mais outre que cette superposition de droits ne signifie pas grand-chose et néglige la distinction fondamentale entre l'aspect interne et l'aspect externe du droit, elle échoue surtout à expliquer la disponibilité et l'opposabilité du droit social de son titulaire, lesquelles ne dépendent pas de la propriété mais de la seule titularité.

Loin d'être un droit réel, le droit social se coule à l'inverse dans le moule du droit personnel.

§2. Affirmation de la nature personnelle des droits sociaux

439. Plan. Pour identifier la nature du droit d'un associé, il faut en revenir à la raison qui l'a poussé à s'associer. Le « but social » de toute société, comme le relèvent Messieurs Le Cannu et Dondero, n'est autre que l'objet à atteindre. L'article 1832 du Code civil n'en fait pas mystère : le but de toute société est le partage d'un bénéfice ou d'économies, devant profiter à chaque associé²⁰¹⁵. Mais antérieurement à tout bénéfice, encore faut-il une mise, que seuls les futurs coassociés sont en mesure d'apporter en s'associant ou en acquérant des parts de capital de la société²⁰¹⁶. Autrement dit, il faut un apport, un investissement. Aussi peut-on assimiler

²⁰¹³ Cass. Civ., 3 mars 1829, S. 1828-1829, 1, p. 241 : « le fonds social n'est, pendant la durée de la société, la propriété particulière d'aucun des coassociés : il appartient exclusivement à la collection des associés, qui forme un être moral, lequel, en sa qualité de propriétaire du fonds social, est créancier ou débiteur, soit envers les tiers, soit même envers chaque associé : chacun de ceux-ci n'a, et ne peut avoir, sur ce fonds social, qu'un droit éventuel et subordonné aux résultats de la liquidation et du partage de la société ».

²⁰¹⁴ A. REYGROBELLET, *La notion de valeur mobilière*, th. Paris II, 1995, n° 1092 ; A.-V. LE FUR, « L'appréhension par le droit de l'incorporalité, l'exemple des valeurs mobilières », *RLDC* n° 65 (supplément), novembre 2009, p. 25, spéc. p. 26. V. également M. JEANTIN, « Le droit financier des biens », in *Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 3, spéc. p. 10, qui tient pour une « évidence que la propriété peut porter sur des valeurs incorporelles », se référant ainsi aux travaux de Ginossar. V. surtout J. GRANOTIER, *Le transfert de propriété des valeurs mobilières*, *op. cit.*, pp. 46 s., n° 76 s. ; D. OHL, *Rép. Soc.* Dalloz, v° « Valeurs mobilières », *op. cit.*, n° 42, ce dernier distinguant « les droits que la valeur mobilière constate et les droits dont elle peut faire l'objet », écrivant que « le droit réel ne porte pas sur la créance sous-jacente mais sur le bien qu'elle représente ».

²⁰¹⁵ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2019, p. 201, n° 259. Dans le même sens, v. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 32^{ème} éd., 2019, p. 454, n° 1098.

²⁰¹⁶ Sur la question, v. P. LE CANNU, « Qu'est-ce qu'un actionnaire ? L'état d'actionnaire à l'épreuve du droit des sociétés. L'acquisition de la qualité d'actionnaire », *Rev. soc.* 1999, p. 519 sq.

l'associé à un prêteur, apportant son concours à une société cherchant à se financer²⁰¹⁷. En contrepartie d'un apport, quelle que soit sa forme, il obtiendra des droits sociaux, traduisant sa vocation à l'obtention des bénéfices escomptés ainsi que la restitution de son apport initial²⁰¹⁸, l'apport n'étant pas une œuvre de charité mais un projet intéressé, une sorte de prêt²⁰¹⁹. Ce droit à l'obtention de bénéfices et la restitution de son investissement sont des droits personnels qu'il a directement contre la société, redevable à son égard d'« intérêts » pécuniaires et extrapécuniaires²⁰²⁰. Il convient cependant d'apporter certaines précisions sur l'objet de ce type de créance, par essence protéiforme, multiforme. Elle présente premièrement un aspect pécuniaire (A) et deuxièmement un aspect politique (B).

A. Aspect pécuniaire du droit social

440. Une multitude de créances. Premièrement, la créance de l'associé présente un aspect pécuniaire. À vrai dire, l'associé n'a pas qu'une seule créance à l'encontre de la société, mais une multitude, traduisant toutes sa vocation au partage des bénéfices : droit aux dividendes, droit aux réserves, droit à l'éventuel boni de liquidation, droit à la reprise des apports. Tous ces droits sont la contrepartie de la mise initiale et sont acquis à l'associé dès son entrée en société. Ils seront tous exercés contre la personne morale, redevable personnellement et sur son patrimoine propre de prestations monétaires²⁰²¹.

441. Le cas des fonds communs de placement et de titrisation. Cette affirmation ne sonne pourtant pas comme une évidence s'agissant des parts de fonds communs de placement (FCP) et de fonds communs de titrisation (FCT), même s'il s'agit de titres financiers comme les titres de capital que constituent les actions²⁰²². Le législateur décrit en effet ces fonds communs de

²⁰¹⁷ F.-X. LUCAS, « Retour sur la notion de valeurs mobilières », art. cité, n° 12.

²⁰¹⁸ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 87, n° 243.

²⁰¹⁹ Comp. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 186, n° 241, qui voient dans l'apport une forme d'échange. Cette analyse en termes de prêt explique d'ailleurs pourquoi l'associé est considéré, en cas de liquidation, comme un créancier hypo-chirographaire, n'étant payé qu'en tout dernier.

²⁰²⁰ Aussi qualifie-t-on parfois la part sociale de part d'intérêt (en ce sens, v. J.-F. ARTZ, *Rép. Soc.* Dalloz, v° « Action », 2019, n° 43 s.).

²⁰²¹ Exceptionnellement toutefois, le paiement du dividende pourra prendre une forme non-monnaire, en nature. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle retenu, par exemple, que la remise de biens immobiliers valait paiement du dividende (Cass. Com., 12 février 2008, n° 05-17.085, *Bull. civ.* IV, n° 33).

²⁰²² Sur la question des actions détenues par les OPCVM et la qualité d'actionnaire, v. not. Y. GUYON, « Qu'est-ce qu'un actionnaire ? L'actionariat indirect. Le cas des organismes de placement collectif en valeurs mobilières », *Rev. soc.* 1999, p. 551 sq.

« copropriétés » de titres financiers et certains auteurs n'hésitent pas à considérer les souscripteurs comme véritablement propriétaires des titres qui y sont contenus²⁰²³. Dans la mesure où ces fonds n'ont pas de personnalité juridique, contrairement d'ailleurs aux sociétés d'investissement à capital variable (SICAV) avec lesquelles ils forment la catégorie des organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) et dans la mesure où ils ne constituent alors que des patrimoines d'affectation sans titulaire à leur tête²⁰²⁴, l'on avance l'argument selon lequel le souscripteur ne saurait avoir un droit personnel à l'encontre du fonds, faute pour ce dernier d'être associé à un débiteur, étant directement « propriétaire » de l'actif qui s'y trouve²⁰²⁵.

Force est pourtant d'admettre que l'analyse ne convainc pas. Le refus d'octroyer la personnalité morale à ces fonds communs n'accrédite nullement la thèse d'un droit de propriété des souscripteurs sur les parts du fonds, si ce n'est la volonté du législateur de créer un véhicule d'investissement fiscalement intéressant pour les investisseurs et la société de gestion à l'origine de celui-ci : n'étant pas des « sujets fiscaux », les fonds communs se trouvent exclus du champ d'un quelconque impôt. Quant aux souscripteurs personnes physiques, ils bénéficient d'une réduction d'impôt sur le revenu, tout comme ils bénéficiaient, avant la suppression de l'ISF, d'une réduction d'impôt sur la fortune. Les investisseurs personnes morales pourront, quant à eux, bénéficier d'une réduction d'impôt sur les sociétés²⁰²⁶. Surtout, en dépit de l'absence de personnalité morale des fonds communs, aucun obstacle ne se dresse sitôt qu'il s'agit d'admettre la nature personnelle des droits des porteurs de parts. D'abord, aucun pouvoir sur les actifs du fonds n'est reconnu aux souscripteurs, pas plus d'ailleurs qu'à leurs créanciers²⁰²⁷. L'argument tiré de la cessibilité des parts doit pareillement être rejeté, cette cessibilité n'accréditant aucunement une propriété des souscripteurs sur les parts²⁰²⁸. Ensuite, même si le fonds n'a pas la personnalité morale, l'on peut tout à fait considérer la société de

²⁰²³ T. BONNEAU, « Les fonds commun de placement, les fonds communs de créance, et le droit civil », *RTD Civ.* 1991, p. 1, spéc. n° 2. Dans le même sens, v. Y. CHARTIER, « Les nouveaux fonds communs de placement », *JCP* 1980, I, 3001, spéc. n° 27.

²⁰²⁴ Sur l'originalité des cessions de créances à ces fonds, v. A. GAILLIARD, « De la difficulté d'exister sans personnalité juridique : les curiosités d'une cession de créances à un fonds commun de titrisation », *RTD Com.* 2018, p. 841 *sq.*

²⁰²⁵ T. BONNEAU, « Les fonds commun de placement, les fonds communs de créance, et le droit civil », art. cité, n° 16.

²⁰²⁶ F. MOULIN et D. SCHMIDT, *Les fonds de Capital Investissement*, Gualino, 4^{ème} éd., 2018, spéc. pp. 644 s.

²⁰²⁷ M. STORCK, « De la nature juridique des fonds communs de placement », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 509, spéc. p. 510.

²⁰²⁸ *Contra*. T. BONNEAU, « Les fonds commun de placement, les fonds communs de créance, et le droit civil », art. cité, n° 20.

gestion comme débitrice de l'obligation, prenant *in fine* la décision d'émettre et de racheter des parts ou encore de distribuer les bénéfices. L'originalité de la situation tient à ce que si la société de gestion est débitrice, ce ne sera pas sur son patrimoine propre mais sur le patrimoine d'affectation que constitue le fonds commun. Comme l'explique parfaitement Monsieur Nizard, si la société de gestion doit exécuter le *debitum*, celle-ci n'est pas liée par l'*obligatio* : la société de gestion « s'abrite véritablement derrière le fonds car toutes les décisions “du” fonds sont en réalité les décisions de la société de gestion et parce que le patrimoine du fonds sert d'écran à la société de gestion »²⁰²⁹. Aussi peut-on retenir que les porteurs de parts de fonds communs sont bien titulaires de droits à l'exécution de prestations à l'encontre de la société de gestion, l'obligation se résolvant sur le patrimoine d'affectation que constitue le fonds²⁰³⁰. Somme toute, la situation du souscripteur de parts se rapproche singulièrement de la situation d'un associé, créancier d'une société.

442. Particularité des droits pécuniaires. Ces droits présentent une autre particularité, tenant à la nature fondamentalement aléatoire du contrat de société : ils sont une simple expectative, une « vocation »²⁰³¹. Ces droits existent en puissance mais peuvent très bien ne jamais se réaliser, soit que la société décide de ne pas distribuer les bénéfices, soit que la société ne le puisse faute pour elle d'avoir réalisé un résultat suffisant²⁰³², soit encore que la liquidation de la société ne fasse pas apparaître un boni ou ne permette pas la restitution des apports. En somme, ces droits personnels sont affectés d'une fragilité intrinsèque, liée aux vicissitudes économiques de la vie d'une société. Ce constat est particulièrement éloquent s'agissant des dividendes. Si l'on reconnaît à l'associé un droit de principe sur ces derniers, encore faut-il souligner qu'il n'a aucun droit actuel sur les bénéfices non encore distribués sous forme de dividendes, ceux-ci n'ayant pas d'existence juridique tant que la société ne s'est pas prononcée

²⁰²⁹ F. NIZARD, *Les titres négociables*, op. cit., p. 46, n° 87.

²⁰³⁰ *Ibid.*, p. 43, n° 79. Comp. M. STORCK, « De la nature juridique des fonds communs de placement », art. cité, p. 515, juxtaposant un droit de propriété et un droit personnel et considérant que « le porteur de parts n'a pas un droit de propriété sur les instruments financiers composant l'actif du fonds, il est copropriétaire de l'ensemble du fonds pris en tant qu'universalité, et il est titulaire d'un droit de créance envers la société de gestion et le dépositaire. La part d'un FCP représente une fraction de l'actif détenu par le fonds : en vérité, le porteur n'est pas titulaire d'un droit réel sur cette part, mais bien d'un droit personnel ».

²⁰³¹ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 224, n° 519 ; P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 145, n° 170.

²⁰³² Ou ne le puisse en raison de l'obligation de constituer une réserve légale ne laissant aucun reliquat. Pour la SARL, v. ainsi C. com., art. L. 232-10.

sur la distribution des bénéfices sous cette forme²⁰³³. C'est pourquoi la doctrine évoque souvent la nature éventuelle de ces droits²⁰³⁴ ou à tout le moins leur nature conditionnelle²⁰³⁵. Si le principe de ces droits est donc acquis dès l'entrée de l'associé dans la société, leur réalisation demeure hypothétique²⁰³⁶. Ces droits existent en puissance, mais leur exercice demeure incertain. C'est en cela qu'ils seraient simplement éventuels ou conditionnels, ne pouvant exister qu'une fois les conditions nécessaires réunies²⁰³⁷. Mais quoique leur réalisation reste

²⁰³³ P. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial. Société commerciales*, Dalloz, coll. « Précis », 23^{ème} éd., 2020, p. 385, n° 348, notant au sujet des dividendes qu'ils « n'ont pas d'existence juridique avant la constatation des sommes distribuables par l'organe social » et que l'associé « n'a jusqu'à cette date aucune créance à ce titre sur la société ».

²⁰³⁴ Admettant cette qualification, v. G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. I, *op. cit.*, p. 796, n° 1150 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit des affaires. Les sociétés commerciales*, t. II, 21^{ème} éd. par M. GERMAIN et V. MAGNIER, LGDJ, 2014, p. 79, n° 1591 ; P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, pp. 145-146, n° 172 ; F. NIZARD, *Les titres négociables*, *op. cit.*, pp. 22-23, n° 42.

²⁰³⁵ W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, *op. cit.*, p. 935, n° 506-1, développant une analyse assez originale de cette situation, assimilant le versement du dividende à une libéralité et considérant qu'en cas de dissolution de la société, les associés viendraient comme des héritiers (*ibid.*, pp. 935-936, n° 506-1 et 506-2). L'analyse paraît cependant contestable. La prétendue intention libérale de la société est introuvable et le versement du dividende apparaît bien au contraire comme la contrepartie de la mise initiale. Quant à la dissolution de la société, une distinction s'impose. S'agissant du droit au remboursement des apports, il n'est nullement question d'y voir un partage sur le modèle du partage successoral, mais au contraire une opération de liquidation, pesant sur la société dont la personnalité morale perdure jusqu'à la clôture de la liquidation. S'agissant du droit au *boni* de liquidation et si l'actif a été entièrement liquidé, les associés ne sont plus que créanciers du liquidateur qui représente la société. C'est seulement si l'actif n'a pas été entièrement liquidé que l'on se retrouve dans une situation proche de l'indivision successorale. En vertu de l'effet déclaratif du partage, l'on considérera alors les associés comme rétroactivement propriétaires de la part qui leur sera alors attribuée. Sur cette question, v. not. F. NIZARD, *Les titres négociables*, *op. cit.*, p. 23 s., n° 44 s.

²⁰³⁶ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 146, n° 174, qui soulignent que si le principe d'une distribution est admis, il n'est pourtant « jamais acquis d'avance ».

²⁰³⁷ Si la majeure partie de la doctrine assimile les droits éventuels et les droits sous condition suspensive, considérant que la naissance de ces droits est subordonnée à un événement futur et incertain (en ce sens, v. not. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. III : *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, p. 310, n° 305 ; J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, th. Paris, 1955, pp. 185 s.), une distinction pourrait tout de même être tentée entre ces deux catégories, suivant en cela le propos de Demogue, qui chercha à véritablement autonomiser la notion de droit éventuel dans deux articles restés célèbres (dans le même sens, v. également I. NAJJAR, « L'éventuel », *D.* 2012, p. 758 *sq.*). Selon Demogue, la différence entre le droit conditionnel et le droit éventuel est double. D'abord, quand le premier voit son *existence* suspendue à la réalisation d'un événement futur et incertain, le second verrait simplement son *exécution* suspendue à la réalisation d'un tel événement. Ainsi, le droit éventuel serait un droit déjà né et actuel, quand le droit sous condition suspensive ne le serait pas (R. DEMOGUE, « De la nature et des effets du droit éventuel », *RTD Civ.* 1906, p. 231, spéc. pp. 236-237). Ensuite, dans le droit éventuel et contrairement au droit sous condition suspensive, il importe peu que l'événement attendu soit l'un des éléments essentiels de l'existence du contrat, soit en somme un fait intrinsèque. Comme l'écrit Demogue, « tout acte juridique auquel manque encore un des éléments essentiels d'après sa nature peut être dès à présent valable, lorsque certains éléments primordiaux, notamment le consentement, existent déjà » (R. DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD Civ.* 1905, p. 723, spéc. p. 729). Si cette distinction est originale, il faut cela dit constater qu'aucune réelle différence de régime ne singularise ces droits. Si le droit sous condition suspensive n'est pas encore né, son titulaire n'est pas pour autant sans droit, tout comme le serait le titulaire d'un droit éventuel (J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. III : *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, p. 304, n° 297). Ainsi le droit sous condition suspensive est-il transmissible à cause de mort ou cessible entre vifs, tout comme il est susceptible d'être donné en usufruit. Ainsi est-il encore susceptible de faire l'objet de mesures conservatoires ou même de saisie. Somme toute, l'inexistence du droit sous condition suspensive se trouve contournée par l'existence d'un germe de droit, signe qu'il existe déjà en puissance. L'hésitation quant à la

incertaine, ces droits n'en demeurent pas moins certains dans leur principe²⁰³⁸, existant en germe et investissant leur titulaire de créances qui se concrétiseront sitôt que la société prendra la décision d'attribuer sous forme de dividendes les bénéfices réalisés ou sitôt que les conditions économiques permettront l'émergence d'un boni en cas de liquidation de la société.

En pratique toutefois et dans une société saine, ces remarques demeurent théoriques. Il est ainsi fréquent, pour ne pas dire habituel, de voir l'intégralité des bénéfices disponibles être distribuée, après dotation des réserves légales le cas échéant ou des réserves statutaires ou libres. La distribution des bénéfices notamment sous forme de dividendes apparaît d'ailleurs et surtout comme le but auquel tend toute société. De la sorte, une clause qui priverait un associé de toute distribution de bénéfices, pendant la durée de vie de la société, serait annulée au nom de la prohibition des clauses léonines qui « [contredisent] la vocation même de la société, qui est le partage des profits »²⁰³⁹.

B. Aspect politique du droit social

443. Diversités des aspects politiques. La créance de l'associé présente un aspect extrapécuniaire, un aspect politique. Le droit à l'information, le droit de participer aux délibérations collectives, le droit de vote, sont des composantes *en principe* essentielles du droit de tout associé dont la société est redevable à son égard. D'aucuns relèvent toutefois que la nature extrapécuniaire de ces prérogatives politiques discréditent la qualification de droit personnel ou rendent à tout le moins *sui generis* ce droit personnel²⁰⁴⁰. L'argument ne semble pas insurmontable. L'on peut en effet analyser la situation de la société *pour partie* sous les

terminologie employée peut donc être relativisée, ces droits ne se distinguant pas relativement à leur régime respectif.

²⁰³⁸ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, pp. 1420-1421, n° 1347 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2018, p. 737, n° 1320.

²⁰³⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés, op. cit.*, p. 455, n° 1103. Dans le même sens, P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés, op. cit.*, p. 146, n° 173. Aussi, l'argument tiré de la potestativité de la condition doit être rejeté (comp. W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 935, n° 506-1, qui considère là que c'est une condition potestative). Aucune société ne peut aller contre le but social et se réserver le droit de distribuer à sa seule discrétion des bénéfices. Surtout, il n'est pas certain que la décision de la société soit discrétionnaire et dépende de sa seule volonté, puisque la décision de distribuer les bénéfices dépend pour partie de la santé financière de la société. En cela, l'on ne saurait considérer cette décision comme potestative. V. not. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, p. 1412-1413, n° 1340.

²⁰⁴⁰ En ce sens, W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 932, n° 505-1. V. également C. LARROUMET et B. MALLET-BRICOUT, *Traité de droit civil, t. II : Les biens, droits réels principaux*, Economica, coll. « Corpus droit privé », 6^{ème} éd., 2019, p. 7, n° 5, pour qui « il n'est pas possible de ramener la part sociale à un simple droit de créance contre la société », ni non plus « de l'analyser en un droit réel », concluant qu' « il convient d'y voir un droit sur un bien d'une nature particulière ».

auspices des obligations en nature : délivrer l'information, permettre à l'associé de participer aux délibérations et de voter²⁰⁴¹. Ces prestations apparaissent encore comme la contrepartie de la mise initiale, l'associé comptant certes réaliser des bénéfices, mais comptant encore participer au projet commun qui l'a amené à s'associer²⁰⁴². À ce titre, la société devrait apparaître comme personnellement engagée à permettre à l'associé de participer aux décisions collectives : si les dirigeants le sont *ès* qualité, faisant ainsi encourir la nullité de délibérations faute d'avoir permis à l'associé de s'exprimer dûment²⁰⁴³, la personne morale devrait l'être directement également. C'est d'ailleurs ce que prévoit l'article 1242-1 du projet de réforme du droit de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017, définissant la faute de la personne morale comme celle résultant de celle de ses organes ou d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement²⁰⁴⁴.

Toutefois, si les pouvoirs politiques de l'associé sont assimilables à des créances, ils n'y sont toutefois pas entièrement réductibles, dévoilant ainsi leur singularité. Ces droits revêtent également une dimension extrapatrimoniale, assurant à l'associé de s'épanouir dans la société²⁰⁴⁵, et plus prosaïquement de contrôler la gestion par la société de son actif. Tout comme le droit de vote citoyen est une prérogative extrapatrimoniale destinée à rendre la personne « vivante » dans la cité, le droit de vote de l'associé obéit à la même finalité. Les prérogatives politiques de ce dernier, plus largement, apparaissent aussi comme la garantie du bon fonctionnement de la société, tout comme le droit de vote citoyen assure, dans une société démocratique, la bonne marche d'un tel régime.

444. Importance relative des prérogatives politiques. En dépit de leur importance, ces prérogatives politiques ne sont pas absolument essentielles à la qualification de droit social. Si

²⁰⁴¹ F. NIZARD, *Les titres négociables*, op. cit., pp. 19 s., n° 37 s. *Contra*. W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, op. cit., p. 932, n° 505-1 : « il demeure délicat de réduire un droit de vote à un droit de créance, même ayant un autre objet que pécuniaire. Le créancier est celui qui peut exiger de son débiteur tel ou tel comportement particulier. En votant (par exemple un *quibus*), l'associé n'exige rien de la personne morale ».

²⁰⁴² F.-X. LUCAS, « Retour sur la notion de valeurs mobilières », art. cité, n° 13 : « ces prérogatives politiques ne permettent pas d'écarter le rattachement à la catégorie des droits de créance ; tout au plus conduisent-elles à souligner l'originalité de la nature du droit conféré par l'action à l'actionnaire ».

²⁰⁴³ V. not. C. com., arts. L. 235-1 s. Sur les sanctions pénales des dirigeants pour non-respect des prérogatives pécuniaires et politiques des associés, v. B. BOULOC, « Qu'est-ce qu'un actionnaire ? Qualité d'actionnaire et droit pénal », *Rev. soc.* 1999, p. 743 sq.

²⁰⁴⁴ Sur la question, v. N. BARGUE, « Le défaut d'organisation ou de fonctionnement de la personne morale », *D.* 2019, p. 1667 sq.

²⁰⁴⁵ F. NIZARD, *Les titres négociables*, op. cit., pp. 20-21, n° 39, définissant le droit de vote comme le pouvoir en vertu duquel « une personne peut contribuer à déterminer les décisions d'une personne morale dont elle est membre ».

l'on ne peut concevoir de priver intégralement l'associé de son droit au bénéfice²⁰⁴⁶, l'on peut tout à fait envisager des associés uniquement munis de prérogatives pécuniaires. C'est ainsi qu'il existe certaines actions n'offrant à l'actionnaire aucun droit politique. Tel est le cas des actions de préférence, par lesquelles les actionnaires peuvent se trouver privés du droit de vote²⁰⁴⁷. Tel est encore le cas des actions possédées par une société sur une autre dont elle détient le contrôle, se trouvant alors privée de ses droits de vote à l'assemblée générale de cette dernière²⁰⁴⁸.

445. Conclusion de la section II. Les droits sociaux (actions et parts sociales) et plus largement tous les titres financiers (titres de capital, titres de créance, parts de fonds communs, etc.) sont assurément des biens. Droits patrimoniaux, ils s'offrent à leurs titulaires comme des objets de maîtrise, ces derniers voyant leur appartenance pleinement garantie. Mais s'il s'agit de biens, ces droits relèvent surtout de la catégorie des droits personnels. Ils offrent à leurs titulaires des prérogatives à l'encontre d'une personne (société) ou à tout le moins d'un patrimoine (cas des fonds communs). Si ces droits appartiennent à leur titulaire, il ne saurait être question de les analyser comme des objets de propriété. Tout droit patrimonial appartient en effet à son titulaire, sans que la grâce de la propriété n'y soit pour quelque chose, elle qui demeure un pouvoir sur une chose et aucunement un pouvoir sur un droit. Ultimement, l'examen de l'aspect interne des droits sociaux fait apparaître leur nature de droits personnels. L'examen de leur aspect externe révèle quant à lui leur appartenance à la catégorie des droits patrimoniaux, objets d'un rapport de titularité²⁰⁴⁹.

²⁰⁴⁶ V. toutefois C. com., art. L. 225-199, s'agissant de la perte, pour les actions intégralement ou partiellement amorties, du droit au premier dividende et du droit au remboursement de la valeur nominale (actions de jouissance). V. également C. com., art. L. 225-210 al. 4, privant la société possédant ses propres actions du droit aux dividendes et des droits de vote (actions autodétenues).

²⁰⁴⁷ C. com., art. L. 228-11.

²⁰⁴⁸ C. com., art. L. 233-31. Pour d'autres illustrations, v. not. C. com., arts. L. 225-10, al. 2 ; L. 225-88, al. 4 ; L. 225-111 ; L. 225-138, al. 1. Quoique les obligations et titres de créance ne soient pas des droits sociaux, l'on peut tout de même noter, dans un même ordre d'idées, que leurs titulaires, s'ils ont des droits pécuniaires contre la société ayant émis ces titres, ne disposent en revanche d'aucun droit politique individuel. Seul le représentant de la masse des obligataires s'en trouve investi, encore qu'il ne s'agisse que d'un droit à l'information. S'il peut ainsi accéder aux assemblées générales des actionnaires et se voir communiquer les mêmes documents que ces derniers, c'est sans voix délibérative toutefois (C. com., art. L. 228-55. Sur la question, v. P. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, op. cit., pp. 444-446, n° 399-401).

²⁰⁴⁹ En ce sens, F. NIZARD, *Les titres négociables*, op. cit., p. 309, n° 677 : « une valeur mobilière constate un droit personnel, or le droit exclusif que l'on peut exercer sur un droit personnel n'est pas de la propriété mais de la titularité. Et ce n'est pas là qu'une simple question de langage. Le titulaire de valeurs mobilières est celui à qui ces valeurs appartiennent *exclusivement*. Ces valeurs mobilières sont à lui et à lui seul. Il est le seul à pouvoir en user et en disposer. Pour traduire cette idée d'appartenance exclusive, le langage commun utilise le terme de propriété : on dit bien que ce qui est à moi est ma propriété. Pourtant, juridiquement, il ne s'agit pas ici de propriété. La

propriété suppose un pouvoir direct sur une chose, ou du moins, la possibilité juridiquement sanctionnée d'exercer un pouvoir direct sur une chose. Or, en dernière analyse, la satisfaction du titulaire de valeurs mobilières dépend de l'exécution des droits de nature personnelle que son titre constate ». Dans le même sens, v. H. CAUSSE, « Valeurs mobilières : un concept positif », *LPA* n° 126, 21 octobre 1994, spéc. n° 27 : « les valeurs mobilières sont des biens incorporels dont on ne peut être que "titulaire". Un régime de la "titularité" est-il en marche qui empêcherait l'expansion de l'hégémonique "propriété" ? ».

CONCLUSION DU CHAPITRE II

446. Nature des droits personnels. Le droit personnel se distingue radicalement du droit réel, aussi bien quant à son objet que quant à son contenu. Pouvoir juridique de contrainte, le droit personnel investit son titulaire de prérogatives tournées vers l'obtention d'une prestation de la part d'un débiteur, à l'inverse du droit réel qui investit son titulaire d'un droit de jouissance sur une chose. La prestation, qui n'est autre que l'exécution d'une norme de comportement, est précisément l'objet du droit personnel. Son obtention suppose par conséquent le concours du débiteur, la satisfaction du créancier ne pouvant être obtenue que médiatement. L'objet du droit personnel – la prestation – doit être fermement distingué des formes que cette prestation peut prendre, le créancier n'ayant pas de droit, par exemple, sur la chose que le débiteur se serait engagé à donner ou qu'il aurait promis de mettre à sa disposition, ni même sur le débiteur lui-même qui se serait engagé à la fourniture d'un service personnel.

Ce droit à l'exécution d'une prestation constitue un bien. Sa nature patrimoniale se trouve attestée, que la prestation prenne une forme monétaire ou non, cette prérogative appartenant au créancier de manière exclusive et étant parfaitement disponible entre ces mains. S'il est certain que la mobilisation *ut singuli* des créances non-monétaires peut à certains égards paraître compromise à raison de leur nature indissociable du contrat, il serait erroné de penser que ces créances ne sont pas patrimoniales. Toute créance a en effet, par le truchement de la prestation, une valeur, toute prestation ayant une valeur de marché. L'existence d'un marché des services suffit donc à attester la patrimonialité de toutes les créances, quand bien même certaines créances ne sont mobilisables que par la voie de la cession de contrat.

447. Nature des droits sociaux. La définition donnée des droits personnels a encore vocation à s'appliquer aux droits sociaux – titres financiers et parts sociales – qui sont pourtant habituellement analysés, tant par le législateur que par une partie importante de la doctrine, comme des objets de propriété au seul motif que leur titulaire peut en disposer librement et que ces droits sont opposables *erga omnes*. Tout indique pourtant que, dans leur aspect interne, ces droits ne diffèrent guère des droits personnels, ayant pour objet et contenu l'exécution par un débiteur (la personne morale) de prestations monétaires (aspect pécuniaire) ou extra-monétaires (aspect politique).

Les droits sociaux investissent en effet l'associé de prérogatives monétaires à l'encontre de la personne morale, traduisant sa vocation au partage des bénéfices, mais également de

prérogatives politiques, pouvant pour partie être analysées sous le prisme de créances en nature. En aucun cas ces droits ne sauraient être analysés comme des droits réels prétexte pris de leur négociabilité ou de leur opposabilité, ces aspects ressortissant à la face externe de l'ensemble des droits patrimoniaux.

CONCLUSION DU TITRE I

448. Aspect interne des droits réels et personnels. Pris dans leur aspect externe, tous les droits patrimoniaux se ressemblent : appartenant de manière exclusive au sujet, ils se prêtent encore à la maîtrise, étant des valeurs par principe disponibles pour leur titulaire. Cette unité dans l'extériorisation des biens ne saurait toutefois faire oublier que les droits patrimoniaux, pris cette fois-ci dans leur aspect interne, sont irréductibles les uns aux autres. Cette différence a conduit la doctrine à faire de la distinction de deux types de ces droits – les droits réels et les droits personnels – la *summa divisio* des droits patrimoniaux. Quand les premiers ont pour objet et contenu l'exercice de prérogatives matérielles de jouissance sur une chose, les second ont pour objet et contenu l'exercice de prérogatives juridiques de contrainte à l'encontre d'un débiteur, tenu de l'exécution d'une prestation à raison d'une norme de comportement. Cette *summa divisio* résumerait à elle seule la diversité des droits patrimoniaux dont une personne peut être titulaire. Mais elle se révèle imparfaite, à plusieurs égards.

449. Faiblesse de la *summa divisio*. Premièrement, cette *summa divisio* manque de solidité. Les critères de distinction des droits réels et personnels traditionnellement mis en avant pour la justifier (droit de suite, droit de préférence, opposabilité) s'avèrent inopérants à singulariser une catégorie par rapport à une autre. L'objet de ces droits peine encore à être parfaitement délimité, la chose du droit réel manquant cruellement de consistance, la prestation du droit personnel peinant pour sa part à être distinguée des différentes formes par lesquelles elle est susceptible de se manifester.

Deuxièmement, cette *summa divisio* a des frontières poreuses, de nombreux droits parvenant difficilement à trouver leur place dans cette architecture, oscillant entre des qualifications opposées : les baux réels, les usufruits de droits personnels ou les droits sociaux pouvant en témoigner. Pire encore, cette *summa divisio* se trouve perturbée par la figure des droits potestatifs, qui s'y insèrent particulièrement mal.

Troisièmement, cette *summa divisio* admet en son sein des « droits » qui, à l'évidence, n'en sont pas : les servitudes, qui ne sont que des charges bénéficiant à des fonds et non aux personnes ; les sûretés réelles, qui ne sont que des accessoires du droit de gage général des créanciers ; les concessions funéraires, qui ne sont que des tolérances de la commune dans le dessein de favoriser le culte des morts.

450. Mise en ordre de la *summa divisio*. Si cette *summa divisio* présente certaines faiblesses, il convient de la réformer. La première tâche est de revenir à la simplicité : tantôt le droit met en relation une personne et une chose, reconnaissant à la première des prérogatives matérielles de jouissance ; tantôt le droit met en relation deux personnes, reconnaissant à l'une d'elles des prérogatives juridiques de contrainte à l'encontre de l'autre, tenue d'exécuter une prestation. Ce recentrage de la définition des droits réels et des droits personnels sur le contenu et l'objet de ces droits fournit un principe de classement fiable, autour duquel ces droits peuvent être ordonnés, sans plus d'ailleurs être parasités par la figure des droits potestatifs qui, en dernière analyse, peuvent ressortir de la sphère de tous les droits subjectifs.

Le droit réel a pour modèle évident la propriété, laquelle cesse d'être analysée comme le connecteur des biens au sujet pour redevenir un simple mode de jouissance des choses corporelles. Tout droit réel est par conséquent un droit de jouissance, un droit aux services ou aux utilités d'une chose que son titulaire peut retirer sans le moindre intermédiaire. Cette définition a pour vertu de permettre de faire un tri dans l'ordre des prétendus droits réels, certains de ces droits n'en étant guère.

Le droit personnel, quant à lui, peut être recentré autour du concept de « prestation », seule elle constituant l'objet de ces droits. Cette définition permet d'attirer dans son orbite les droits sociaux qui investissent simplement leur titulaire d'un droit à l'exécution d'une prestation, monétaire ou non.

451. Dépassement de la *summa divisio*. La division des droits réels et des droits personnels étant réhabilitée, force est pourtant d'admettre qu'elle ne parvient pas à assumer son rôle de *summa divisio* des droits patrimoniaux, échouant à rendre compte de la diversité de l'ensemble de ces droits. De nombreux droits ne sont en effet ni des droits de jouissance, ni des droits à l'exécution d'une prestation. À côté des figures classiques de droits patrimoniaux, une place doit être réservée à des droits qui, par leur objet et leur contenu, s'en distinguent radicalement.

Ce seul constat suffit dès lors à abandonner cette *summa divisio*, ce dont on peut désormais se convaincre en étudiant les figures modernes de droits patrimoniaux.

TITRE II. LES FIGURES MODERNES

452. Nouvelle catégorie de droits patrimoniaux : les droits d'exploitation. Ainsi que le remarquait le Doyen Savatier, la distinction des droits réels et personnels, pour englobante qu'elle paraisse à première vue, n'en demeure pas moins une photographie imparfaite de l'ensemble des droits patrimoniaux d'une personne, n'en épuisant qu'une partie²⁰⁵⁰. Entre les droits tournés vers la jouissance d'une chose et les droits tournés vers l'obtention d'une prestation, une place doit en effet être réservée à d'autres droits, conférant à leurs titulaires le pouvoir d'exercer une activité et de retirer de cette activité les fruits que cette dernière est susceptible de générer²⁰⁵¹. Comme l'écrivait encore Savatier, « il ne s'agit pas seulement d'une tendance. C'est tout un statut auquel le législateur prête son autorité »²⁰⁵². Aussi n'est-il pas interdit de proposer, après d'autres, la reconnaissance d'une nouvelle catégorie de droits patrimoniaux²⁰⁵³ qui ne se limiterait pas à regrouper les seuls « droits intellectuels » ou « droits de clientèle »²⁰⁵⁴ appartenant à une personne, s'ouvrant au contraire à d'autres types de droits dont l'unité peut être décelée²⁰⁵⁵. Ces droits peuvent être qualifiés de « droits d'exploitation »²⁰⁵⁶.

La famille des droits d'exploitation est vaste. Aussi convient-il d'ores et déjà de les ordonner afin de s'en faire une idée précise. Une distinction peut d'emblée être opérée selon leur origine :

²⁰⁵⁰ R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD Civ.* 1958, p. 331, spéc. p. 331, n° 1.

²⁰⁵¹ V. G. CORNU, *Droit civil. Les biens*, Montchrestien, coll. « Précis Domat droit privé », 13^{ème} éd., 2007, pp. 14-16, n° 7, relevant l'émergence de « valeurs qui sont directement liées à l'activité des personnes », mais auxquelles il déniait la qualification de richesses patrimoniales et donc de biens, faute pour ces valeurs d'être « irréductiblement marginales », car étant par trop « liées à la qualité des personnes ».

²⁰⁵² R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, première série : *Panorama des mutations*, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1964, p. 370, n° 310.

²⁰⁵³ E. PICARD, *Le droit pur*, Paris, Ernest Flammarion, 1908, pp. 91 s., § 53 s. ; P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *RTD Civ.* 1935, p. 251, spéc. p. 286, n° 6. *Contra.* W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, p. 853, n° 467-1, considérant que la division classique des droits patrimoniaux se suffit à elle-même et que la reconnaissance d'une nouvelle catégorie est un « aveu d'impuissance [qui] traduit la division architectonique du droit entre les personnes et les choses ».

²⁰⁵⁴ Sur l'assimilation des droits intellectuels aux droits de clientèle, v. P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », art. cité, pp. 295 s., n° 7 s., qu'il définit comme « un droit qui assure à son titulaire, vis-à-vis de tous, l'exclusivité de la reproduction soit d'une création nouvelle, soit d'un signe distinctif » (*ibid.*, p. 301, n° 9).

²⁰⁵⁵ Se montrant hostile à cette nouvelle classification, v. F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », in *APD*, t. 43 : *Le droit et l'immatériel*, Sirey, 1999, p. 79, spéc. p. 88 : « devant la figure inhospitalière du droit réel dont l'objet est inadapté, on range les nouveaux biens immatériels sous les notions inédites et imaginatives de monopoles d'exploitation, droits de clientèle, droits intellectuels ».

²⁰⁵⁶ Rapp. A.-V. LE FUR, « L'acte d'exploitation de la chose d'autrui », *RTD Civ.* 2004, p. 429 *sq.*, définissant l'exploitation comme « l'action de mettre en valeur un bien en vue d'en retirer un profit ».

d'un côté figureront les droits d'exploitation concédés, de l'autre les droit d'exploitation conquis²⁰⁵⁷. Une brève typologie de ces droits devrait permettre de justifier leur regroupement au sein d'une catégorie autonome, non réductible à la classification traditionnelle des droits réels et personnels.

453. Typologie des droits d'exploitation. Les droits d'exploitation concédés sont ceux que la puissance publique confère à certaines personnes en vue de réaliser une activité, via l'octroi d'autorisations administratives²⁰⁵⁸. Dans ces situations, l'originalité tient dans le fait que la puissance publique, avant d'octroyer ces droits, aura préalablement soustrait l'exercice de certaines activités de la sphère de la liberté d'entreprendre, faisant de l'interdit la règle et de la permission l'exception²⁰⁵⁹. Une personne se trouvera investie d'un monopole sur l'exercice d'une activité contingentée, d'un privilège²⁰⁶⁰, la concurrence étant là neutralisée ou du moins relativisée, la personne se voyant reconnaître le droit d'exploiter cette activité ou plus largement d'en tirer parti²⁰⁶¹.

Les droits d'exploitation conquis résultent pour leur part non plus d'une concession des pouvoirs publics, mais directement de l'activité même de la personne²⁰⁶². Par son activité même

²⁰⁵⁷ Rappr. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2013, spéc. pp. 241-242, n° 22, distinguant les biens « qui émanent du jeu d'autorisations de la loi » et ceux « qui résultent de l'activité productive des personnes ». V. également R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », art. cité, pp. 354-355, n° 42-45, opposant les propriétés intellectuelles, « privilèges d'exploitation nés d'une création » et les licences, « privilèges, avantages et primes d'économie dirigée ».

²⁰⁵⁸ Rappr. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, coll. « Droit fondamental », 3^{ème} éd., 2008, pp. 95-96, n° 50-51, distinguant, dans la famille des « droits incorporels », les monopoles d'exploitation et les autorisations administratives.

²⁰⁵⁹ Rappr. A. BERNARD, « L'autorisation administrative et le contrat de droit privé », *RTD Com.* 1987, p. 1, spéc. pp. 2-3, pour qui l'autorisation, « qu'elle se nomme permis, visa, licence ou agrément apparaît à la suite d'une interdiction générale posée par la loi. L'administration, après avoir constaté la conformité du projet à la politique poursuivie par les pouvoirs publics, permet à son titulaire d'ignorer, pour l'avenir, l'interdiction qui ne le concerne plus ». V. également en ce sens H. PÉRINET-MARQUET, « Regard sur les nouveaux biens », *JCP G* n° 44, 1^{er} novembre 2010, doct. 1100, spéc. n° 10 s.

²⁰⁶⁰ M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006-4(I), p. 1805, spéc. p. 1829, n° 45, voyant dans ces droits des « libertés quantifiées ». *Contra*. J. LAURENT, *La propriété des droits*, préf. T. Revet, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 537, 2012, spéc. p. 102, n° 127, considérant qu'il s'agit davantage d'une « concession sur l'activité désormais restreinte ». Rappr. W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, *op. cit.*, pp. 906-907, n° 494-2, pour qui les licences, bien qu'elles « procèdent d'une restriction du champ d'une liberté », n'en partageraient toutefois pas la nature.

²⁰⁶¹ J. LAURENT, *La propriété des droits*, *op. cit.*, pp. 98 s., n° 120 s., considérant que ces autorisations « offrent à leur bénéficiaire l'accès à une activité dont le volume est justement contingenté par les pouvoirs publics ».

²⁰⁶² La doctrine les qualifie volontiers de « propriétés incorporelles » ou de « droits intellectuels », y voyant des « monopoles d'exploitation ». En ce sens, v. not. H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1 : *Introduction à l'étude du droit*, 12^{ème} éd. par F. CHABAS, Montchrestien, 2000, pp. 267 s., n° 157 s. ; J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 18^{ème} éd., 2021, p. 286, n° 213 ; J. GHESTIN, H. BARBIER et J.-S. BERGÉ, *Traité de droit civil*, t. I : *Introduction générale*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2018, pp. 260-261, n° 327. Certains auteurs rangent également sous ce terme les offices ministériels (en ce sens,

et sans intervention préalable des pouvoirs publics, une personne se trouve investie d'un droit d'exploitation sur les fruits de son activité. L'on songe là principalement aux « propriétés intellectuelles », investissant une personne du pouvoir d'exploiter une création ou une invention, mais encore aux droits de clientèle, permettant à une personne de retirer les fruits que celle-ci est susceptible de générer.

454. Aspect interne des droits d'exploitation. Dans leur aspect interne, ces droits convergent vers une certaine unité et demeurent à l'évidence irréductibles aux droits réels ou aux droits personnels. D'une part, malgré le qualificatif de « propriétés incorporelles » parfois employé à leur égard ou à l'égard du moins des « propriétés intellectuelles », ces droits ne sont pas des droits réels²⁰⁶³. Leur objet n'est pas une chose sinon l'exercice d'une activité ou l'exploitation des fruits de celle-ci ; toute tentative d'assimilation doit être partant rejetée car tendant au syncrétisme. D'autre part, quoique certains de ces droits procèdent d'une autorisation administrative, ils ne sont pas non plus des droits personnels, les pouvoirs publics n'étant pas tenus d'une obligation négative de laisser-jouir²⁰⁶⁴ mais apparaissant comme les garants du monopole qu'ils ont fait naître, autrement dit de l'exclusivité dans l'exploitation de l'activité.

455. Qualification de biens des droits d'exploitation. Ces droits sont à l'évidence des droits patrimoniaux. Leur titulaire se trouve d'abord investi d'un monopole d'exercice, cette exclusivité trahissant le rattachement de ces droits au sujet. Ensuite et surtout, ces droits sont

C. LARROUMET et A. AYNÈS, *Traité de droit civil*, t. I : *Introduction à l'étude du droit*, Economica, coll. « Corpus droit privé », 6^{ème} éd., 2013, p. 378, n° 523).

²⁰⁶³ Comp. J. GHESTIN, H. BARBIER et J.-S. BERGÉ, *Traité de droit civil*, t. I : *Introduction générale*, *op. cit.*, pp. 261-262, n° 327, qui relèvent néanmoins que cette terminologie « fait ressortir une certaine analogie avec les droits réels ». V. également H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1 : *Introduction à l'étude du droit*, *op. cit.*, p. 282, n° 170, pour qui ces expressions « sont inexactes, non seulement parce qu'un droit réel ne peut porter que sur une chose matérielle (on dit : « corporelle »), mais parce que ces droits ne confèrent pas toujours les mêmes pouvoirs que le droit de propriété », concédant toutefois que ces droits « se rapprochent du droit de propriété en ce que, comme lui, ils s'analysent en un droit exclusif d'exploitation ». *Contra*. J. LAURENT, *La propriété des droits*, *op. cit.*, pp. 101-104, n° 127-129, pour qui l'ensemble des droits émanant de la puissance publique sont des droits réels (entendus comme des rapports d'obligation relativement à une chose), l'État concédant aux titulaires de ces droits « un accès aux utilités de ce bien-monopole. La teneur de cette prestation est principalement *négative* : contrairement aux apparences, l'État *souffre* l'accès à l'activité qu'il entend restreindre ».

²⁰⁶⁴ En ce sens, M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », art. cité, p. 1829, n° 45. *Contra*. W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, *op. cit.*, pp. 903 s., n° 494 s., pour qui la puissance publique serait « débitrice d'une obligation de ne pas faire », puisqu'elle s'interdirait de sanctionner le bénéficiaire du droit auquel elle aura préalablement reconnu un monopole.

tous, sauf exceptions, parfaitement disponibles pour leur titulaire²⁰⁶⁵. Si le doute n'est plus permis au sujet des droits de propriété intellectuelle²⁰⁶⁶, il ne l'est en partie plus pour les clientèles depuis le début du XXI^{ème} siècle. Il en va de même des autorisations administratives, dont la patrimonialité se voit également attestée par les récentes évolutions législatives et jurisprudentielles, contrairement à ce qu'enseignait une doctrine traditionnellement hostile au commerce, au sens large, de ces autorisations, distinguant ainsi entre les autorisations personnelles et réelles, les premières étant censées être, contrairement aux secondes, revêches à toute patrimonialisation²⁰⁶⁷. En somme, l'ensemble de ces droits relève incontestablement de la qualification de biens.

456. Plan. À la lumière de cette présentation, il convient d'identifier ces figures modernes de droits patrimoniaux que sont les droits d'exploitation. À la figure des droits d'exploitation concédés (**Chapitre I**) succédera ainsi celle des droits d'exploitation conquis (**Chapitre II**).

²⁰⁶⁵ J.-V. MAUBLANC, *Le marché des autorisations administratives à objet économique*, av.-propos J.-F. Lachaume, préf. P. Terneyre, LGDJ, coll. « Bibl. dr. public », t. 311, 2019, pp. 43 s., n° 64 s.

²⁰⁶⁶ Cass. civ., 25 juin 1902, « Lecocq », *DP* 1903, 1, p. 5, obs. A. Colin ; Cass. civ., 14 mai 1945, « Canal », *S.* 1945, 1, p. 101, obs. H. Batiffol : les droits « d'exploiter exclusivement les produits » d'une création sont, ainsi que l'a relevé la Cour de cassation, des biens « entrant dans le commerce ».

²⁰⁶⁷ V. par ex. A. BERNARD, « L'autorisation administrative et le contrat de droit privé », art. cité, p. 3 ; P. DELVOLVÉ, « La patrimonialité des actes administratifs : rapport de synthèse », *RFDA* 2009, p. 44 *sq.*

CHAPITRE I. LES DROITS D'EXPLOITATION CONCÉDÉS

457. Approche transdisciplinaire. Les droits d'exploitation se divisent en deux catégories selon leur origine, résultant soit d'une concession de la puissance publique, soit de l'activité même de la personne. Si l'on ne saurait douter de la pertinence d'étudier les droits résultant de l'activité de la personne dans une thèse de droit privé, l'on pourrait toutefois émettre certaines réserves sur l'étude des droits résultant d'autorisations administratives ou faire montre à tout le moins d'un certain étonnement. Il est vrai que la doctrine privatiste consacre bien peu de lignes aux autorisations administratives, considérant peut-être que ces questions n'intéressent pas le droit privé ou croyant sans doute, comme l'enseignait la doctrine publiciste du siècle passé, qu'en aucun cas ces autorisations administratives ne pourraient un jour revêtir le qualificatif de biens²⁰⁶⁸.

Ce relatif désintérêt des privatistes pour ces questions de droit public est toutefois fort regrettable. La doctrine publiciste a en effet depuis longtemps dépassé le cloisonnement artificiel qui sépare le droit public du droit privé et n'hésite plus à voir dans la patrimonialisation des autorisations administratives une réalité incontestable, gommant de plus en plus, d'ailleurs, la fragile distinction des autorisations personnelles et réelles²⁰⁶⁹. Aussi convient-il de dépasser l'apparente opposition entre ces disciplines afin de mesurer pleinement la qualité de biens de ces autorisations administratives.

458. Caractère exceptionnel des autorisations administratives. Les droits d'exploitation, lorsqu'ils sont concédés par la puissance publique, naissent de la limitation d'une liberté et apparaissent comme des exceptions à un principe d'interdiction posé par le Souverain²⁰⁷⁰. Ce

²⁰⁶⁸ Suffit-il là d'évoquer le célèbre arrêt « Dame veuve Trompier Gravier », rendu le 5 mai 1944 par le Conseil d'État et au terme duquel il fut jugé que constituerait un « acte immoral sinon délictueux » de faire commerce des actes administratifs (*Rec. CE* p. 133). C'est encore ce qu'écrivait Waline : « la vente [de l'autorisation administrative] contre une prime est abusive, parce que le titulaire fait argent d'un avantage obtenu gratuitement » (M. WALINE, obs. sous CE, 23 novembre 1955, « Dame Dupont », *Rec. Lebon*, p. 555). Sur cette hostilité traditionnelle – depuis dépassée – à l'égard de la représentation comme biens des autorisations administratives, v. J. LAULHÉ, « La vénalité des actes administratifs », *AJDA* 1961, p. 424 *sq.*

²⁰⁶⁹ V. not. F. BRENET, « La patrimonialisation des autorisations administratives – Réalités et implications », *Dr. administratif* n° 8-9, août 2007, étude 14 ; J.-V. MAUBLANC, *Le marché des autorisations administratives à objet économique*, av.-propos J.-F. Lachaume, préf. P. Terneyre, LGDJ, coll. « Bibl. dr. public », t. 311, 2019, p. 47, n° 72.

²⁰⁷⁰ É. PICARD, *La notion de police administrative*, préf. R. Drago, LGDJ, coll. « Bibl. de droit public », t. 146, 1984, vol. 2, p. 736 : « dès lors qu'une autorisation préalable est requise pour exercer telle activité, cela signifie que [...] l'activité est en principe interdite ». Dans le même sens, v. J.-V. MAUBLANC, *Le marché des autorisations*

dernier, en neutralisant la liberté d'entreprendre des personnes à l'égard de certaines activités, vient mécaniquement créer des situations d'exclusivité, des « monopoles d'intérêt privé »²⁰⁷¹ ou des privilèges²⁰⁷² au bénéfice de ceux qui auront réussi à franchir l'interdit en obtenant une autorisation d'exercice²⁰⁷³. Que l'on songe par exemple aux avocats aux Conseils, aux exploitants de taxis ou aux débitants de boissons alcoolisées : dans tous ces cas, en instaurant un *numerus clausus* dérogeant à l'interdiction d'exercer l'activité, le Souverain rend l'accès à l'activité contingenté et donc exceptionnel²⁰⁷⁴. C'est précisément cette sélection à l'entrée qui fait de l'autorisation administrative, véritable droit d'exercer une activité, une denrée rare et un objet de richesse²⁰⁷⁵. Comme le souligne Monsieur Mignot, cette « liberté quantifiée » se trouve objectivée ; la liberté, initialement commune, se transforme en un droit qui se patrimonialise par l'effet de sa rareté²⁰⁷⁶.

459. Patrimonialité des autorisations administratives. Ce droit d'exercer l'activité espérée, rendu possible par le principe même de l'autorisation des pouvoirs publics, a en lui-même une valeur déterminée par sa rareté, suscitant mécaniquement un désir concurrent auprès de personnes qui n'ont pas ce droit, faute pour lui de n'être offert qu'à quelques heureux élus²⁰⁷⁷. Autrement dit, « le mécanisme même des autorisations administratives implique la

administratives à objet économique, op. cit., p. 2, n° 3, remarquant que l'autorisation procède « d'un régime préventif érigeant l'interdiction en principe, la permission devenant l'exception ».

²⁰⁷¹ A. BERNARD, « L'autorisation administrative et le contrat de droit privé », *RTD Com.* 1987, p. 1, spéc. p. 11.

²⁰⁷² P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *RTD Civ.* 1935, p. 251, spéc. p. 252, n° 1.

²⁰⁷³ J.-F. CALMETTE, *La rareté en droit public*, préf. L. Rapp, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2004, p. 203 : le « choix du bénéficiaire de l'acte par l'Administration entraîne inévitablement une situation d'exclusion pour les autres agents n'ayant pu bénéficier du privilège ».

²⁰⁷⁴ En ce sens, v. M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006-4(I), p. 1805, spéc. p. 1826, n° 41.

²⁰⁷⁵ D. TRUCHET, « État et marché », in *APD*, t. 40 : *Droit et esthétique*, Sirey, 1996, p. 315, spéc. p. 322 : « lorsque ces autorisations sont accordées dans le cadre d'un "numerus clausus", ce contingentement induit instantanément un nouveau marché qui est tout bonnement celui des autorisations ». Rappr. CAA Bordeaux, 28 avril 2009, « Sté Domaine Clarence Dillon », n° 08BX00116, qui reconnaît la « valeur des autorisations administratives délivrées ».

²⁰⁷⁶ M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », art. cité, pp. 1830-1831, n° 47-49.

²⁰⁷⁷ *Ibid.*, p. 1831, n° 49. Dans le même sens, v. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2013, pp. 241-242, n° 22.

création d'une valeur »²⁰⁷⁸ et l'émergence d'un marché²⁰⁷⁹. Ceci explique pourquoi ce droit, quel que soit ses formes, doit être considéré comme une richesse patrimoniale, intéressant au premier chef son titulaire, mais encore ses créanciers ou l'administration fiscale. En somme, ce droit, quelle que soit sa forme, doit être considéré comme un bien.

460. Plan. Deux types de droits d'exploitation concédés peuvent être distingués : d'une part, les droits d'exercice, procédant négativement de la création de barrières à l'entrée d'une profession (**Section I**) et d'autre part, les droits à produire, procédant négativement de la limitation de la production ou de la commercialisation de certains produits (**Section II**)²⁰⁸⁰.

SECTION I. LES DROITS D'EXERCICE

461. Plan. S'il existe bon nombre de droits d'exercice²⁰⁸¹, donc de droits concédés par les pouvoirs publics permettant à leur titulaire d'exercer une activité, il reste possible de les regrouper au sein de deux catégories parentes, ces deux types de droits constituant des agréments. D'un côté figurent les droits résultant de l'octroi d'une licence d'activité (§1) et de l'autre, une variété de licences résultant d'une délégation de puissance publique, à savoir les droits spécifiques résultant de la charge d'un office ministériel (§2).

²⁰⁷⁸ M. CORMIER, « Fondements de la patrimonialité des actes administratifs », *RFDA* 2009, p. 1, spéc. p. 5. Rapp. F. BATAILLER, « Les “*beati possidentes*” du droit administratif (Les actes unilatéraux créateurs de privilèges) », *RDP* 1965, p. 1051, spéc. p. 1055, remarquant que les actes administratifs ont toujours été considérés comme des objets de spéculation. V. enfin J.-V. MAUBLANC, *Le marché des autorisations administratives à objet économique*, *op. cit.*, p. 56-57, n° 88 : « en soumettant une activité économique à autorisation préalable, l'État leur confère mécaniquement une utilité. Un droit exclusif est concédé au titulaire, lequel lui permet d'exercer, par dérogation au régime général d'interdiction, une activité lucrative ».

²⁰⁷⁹ J. BLANCHET, L. LORVELLEC et P. RAPHAEL, *Le droit à produire en agriculture*, Éd. France Agricole, Paris, 1996, p. 101 : « l'économie a montré que les vraies valeurs ne sont plus seulement la terre, les troupeaux et les machines mais ces droits sans consistance matérielle, ces autorisations d'accéder à une ressource ou à un marché ».

²⁰⁸⁰ Cette partition est fréquemment employée par les auteurs s'étant intéressés à la question et qui distinguent les situations dans lesquelles le nombre d'agents est limité d'un côté de celles dans lesquelles c'est la production qui l'est d'un autre côté. En ce sens, v. M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », art. cité, p. 1826, n° 41-42 ; J. LAURENT, *La propriété des droits*, préf. T. Revet, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 537, 2012, pp. 99-100, n° 123 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit.*, pp. 241-242, n° 22.

²⁰⁸¹ Sur la diversité de ces autorisations administratives, v. J.-V. MAUBLANC, *Le marché des autorisations administratives à objet économique*, *op. cit.*, *passim*.

§1. Les licences

462. Plan. Après avoir défini les licences (A), l'on s'emploiera à montrer qu'il s'agit de droits parfaitement patrimoniaux et donc de biens (B).

A. Définition des licences

463. Définition et système de licences. Les licences peuvent être définies de manière générique comme les autorisations accordées par la puissance publique à certaines personnes en vue de l'exercice d'une activité que le Souverain souhaite voir encadrée²⁰⁸². Autrement dit, les licences sont des autorisations d'exercice, des agréments ou visas, existant dans le sillage d'interdictions préalablement décidées. Tantôt, c'est la santé publique ou la sécurité qui justifie la limitation du nombre d'agents aptes à exercer l'activité questionnée (« licences IV » de débits de boissons, licences d'exploitation d'officines pharmaceutiques, licences d'exportation d'armes à feu, licences de distribution de tabac²⁰⁸³). Tantôt, ce sont des considérations purement économiques qui justifient la limitation de leur nombre (licences de taxi, ainsi que la pléthore d'autorisations d'occupation du domaine public). Dans chacun de ces cas, l'exercice de l'activité se trouve conditionné par la limitation en amont du nombre de candidats possible à l'obtention de ces droits. C'est cette limitation qui confère au droit concédé sa rareté – les pouvoirs publics organisant ici le contingentement – et qui explique sa valeur.

Cette limitation peut prendre plusieurs formes. Bien souvent, la loi exige que le candidat à l'octroi d'une autorisation administrative présente certaines qualités professionnelles. Ainsi les chauffeurs de taxi doivent-ils être aptes à l'exercice de la profession, remplir des conditions d'honorabilité professionnelle et être titulaires d'une carte professionnelle délivrée par l'autorité administrative²⁰⁸⁴. De même les vendeurs professionnels et courtiers désirant occuper un emplacement sur un marché d'intérêt national doivent-ils faire la preuve de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés²⁰⁸⁵. Par ailleurs, il est également envisageable que le candidat à l'octroi d'une autorisation administrative acquitte un « droit

²⁰⁸² Ne seront pas ici traitées les autorisations purement personnelles octroyées à des personnes, comme les permis de conduire, les permis de port d'armes, les licences de chasse ou les permis de stationnement octroyées aux personnes handicapées.

²⁰⁸³ La vente au détail de tabac est d'ailleurs expressément qualifiée de « monopole » par l'article 568 du Code général des impôts, ce monopole revenant à l'administration qui en délègue l'exercice à des préposés via l'octroi de licences.

²⁰⁸⁴ C. transp., arts. L. 3120-2-1 et L. 3120-2-2.

²⁰⁸⁵ C. com., art. R. 761-15, al. 1^{er}.

d'entrée » pouvant prendre la forme d'un droit de première accession²⁰⁸⁶, suivie d'une formation spécifique préalablement à l'octroi de l'autorisation²⁰⁸⁷ ou fournisse à l'autorité administrative un rapport de présentation relatif à l'activité qu'il entend développer²⁰⁸⁸.

B. Patrimonialité des licences

464. Une patrimonialité discutée. Une fois les autorisations acquises, elles feront naître dans le patrimoine de leurs titulaires un véritable droit patrimonial à l'exercice d'une activité, que l'on peut qualifier de « privilège d'exercice »²⁰⁸⁹. La reconnaissance de la nature patrimoniale de ces droits ne semblait pourtant pas si évidente il y a de cela encore quelques décennies, pour plusieurs raisons. C'est d'abord le principe de gratuité des actes administratifs, ensuite le caractère personnel des autorisations et enfin le caractère régalié et révocable de l'autorisation qui semblaient condamner toute patrimonialité des droits ainsi concédés²⁰⁹⁰, ce que les juridictions administratives ont plusieurs fois rappelé, estimant que les autorisations administratives n'avaient pas de valeur patrimoniale car étant éminemment personnelles²⁰⁹¹, demeurant alors indisponibles pour leurs titulaires et donc incessibles²⁰⁹² ou intransmissibles²⁰⁹³, quand bien même l'administration aurait consenti par avance à ce que leurs titulaires cèdent leurs droits à des tiers de leur choix²⁰⁹⁴.

465. Le droit de présentation comme palliatif à la non-patrimonialité des licences ?

Dans le même temps pourtant – et de manière paradoxale –, le législateur offrait aux titulaires de certains droits (ainsi qu'à leurs ayants droit) la possibilité non pas de transmettre directement

²⁰⁸⁶ Pour les demandes d'occupation d'un marché d'intérêt national : C. com., art. R. 761-23, al. 1^{er}.

²⁰⁸⁷ Pour les exploitants de débits de boissons : CSP, art. L. 3332-1-1, al. 2 ; pour les titulaires d'une officine de pharmacie : CSP, art. L. 5125-8.

²⁰⁸⁸ Pour les demandes d'occupation d'une zone de mouillage et d'équipements légers sur le domaine public maritime : CGPPP, art. R. 2124-41.

²⁰⁸⁹ T. SOLEILHAC, « Vers une commercialité des autorisations administratives », *AJDA* 2007, p. 2178 *sq.*

²⁰⁹⁰ F. BOUYSSOU, « Les autorisations administratives, sources de propriété privée ? », in D. TOMASIN (dir.), *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2007, p. 157, spéc. n° 8.

²⁰⁹¹ CE, 1^{er} décembre 1982, « Commune d'Arcachon », *Rec. CE* 1982, p. 1677.

²⁰⁹² CE, 6 novembre 1998, « Assoc. Amicale des bouquinistes des quais de Paris », n° 171317 ; CAA Marseille, 15 décembre 2003, « Partouche », n° 01MA01008.

²⁰⁹³ CE, 5 décembre 1951, « Podio », *Rec. CE* 1951, p. 570 ; CE, 5 juillet 1933, « Sieur Burgess-Moore », *Rec. CE* 1933, p. 742.

²⁰⁹⁴ CE, 6 mai 1985, « Assoc. Eurolat et Crédit Foncier de France », n° 41589, *Rec. CE* 1985, p. 141.

ceux-ci, mais de soumettre un successeur à l'agrément de l'administration, le droit de présentation²⁰⁹⁵ apparaissant comme un palliatif à l'incessibilité des titres et donc des droits qu'ils faisaient naître. Il le fit pour la première fois par le décret n° 83-228 du 22 mars 1983²⁰⁹⁶, en permettant à l'exploitant de cultures marines sur le domaine public maritime de demander qu'un tiers lui soit substitué²⁰⁹⁷. Depuis, plusieurs textes de même nature ont vu le jour, contournant l'incessibilité du titre par la technique du droit de présentation. Le décret n° 91-1110 du 22 octobre 1991 offre ainsi à l'exploitant d'une zone de mouillage ou d'équipement léger la possibilité de sous-traiter tout ou partie de la zone en présentant un tiers au préfet²⁰⁹⁸. De même, la loi n° 95-66 du 20 janvier 1995 offre aux exploitants de taxi titulaires d'une autorisation de stationnement la possibilité de présenter à titre onéreux un successeur à l'autorité administrative sous condition d'exploitation effective et continue de la profession²⁰⁹⁹. En outre, le décret n° 2005-1595 du 19 décembre 2005 permet notamment au titulaire d'une autorisation d'occupation exclusive d'un marché d'intérêt national de présenter un successeur au gestionnaire du domaine public après trois ans d'activité²¹⁰⁰. Enfin, la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014, dite « loi Pinel », qui a autorisé l'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public (artificiel)²¹⁰¹, sous réserve de l'existence d'une clientèle propre²¹⁰², prévoit que le titulaire d'un fonds de commerce ou d'un fonds agricole investit, à son décès, ses ayants droit de la possibilité de demander une autorisation d'occupation temporaire du domaine public identique à celle qui lui avait été accordée ou à défaut, permet à ces derniers de présenter une

²⁰⁹⁵ L'expression de « droit de présentation » est, soit dit en passant, fort malvenue. Loin de constituer un droit, le droit de présentation constitue à l'inverse une obligation pesant sur les épaules du titulaire de l'autorisation : celui-ci s'engage, envers un tiers, à le présenter à l'administration. Débiteur d'une obligation de faire, le titulaire de l'autorisation n'est donc qu'astreint à l'exécution d'une prestation, et non investi d'une prérogative patrimoniale.

²⁰⁹⁶ V. toutefois l'article 91 de la loi du 28 avril 1816, qui autorisa le titulaire d'une charge publique à présenter un successeur à l'administration. Sur la particularité de ces titres, cf. infra n° 469 s.

²⁰⁹⁷ C. rur., art. R. 923-32. Sur la question, v. not. R. MONGRUEL, J. A. PÉREZ AGÚNDEZ et S. GIRARD, « Droit à produire transférables. Le marché des concessions conchylicoles et ses effets non désirés », *Économie rurale* n° 306, juillet-août 2008, p. 23 sq.

²⁰⁹⁸ CGPPP, art. R. 2424-53.

²⁰⁹⁹ C. transp., art. L. 3121-2, al. 2.

²¹⁰⁰ C. com., art. R. 761-24. V. également CGCT, art. L. 2224-18-1 (Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014, art. 71), qui précise que le titulaire d'une autorisation d'occupation peut présenter au maire une personne comme successeur en cas de cession de son fonds.

²¹⁰¹ Antérieurement à cette loi, le juge se montrait hostile à une telle possibilité (CE, 19 janvier 2011, « Commune de Limoges », n° 323924). En revanche, la constitution de baux commerciaux sur le domaine public reste interdite, en raison de l'incompatibilité du droit au renouvellement du preneur et de la précarité des titres domaniaux (C. com., art. L. 145-2-I, 3°).

²¹⁰² CGPPP, art. L. 2124-32-1.

personne comme successeur²¹⁰³. Ce « droit de préférence »²¹⁰⁴, qui confère un « nouveau titre au cessionnaire pressenti »²¹⁰⁵, peut encore être exercé entre vifs, l'acquéreur demandant alors par anticipation une autorisation d'occupation domaniale pour exploiter le fonds de commerce, qui prendra effet à compter de la réception par l'administration de la preuve de la réalisation de la cession du fonds²¹⁰⁶.

466. Confirmation de la patrimonialité des licences. Tel qu'on le voit, la technique du droit de présentation apparaît à première vue non seulement comme un palliatif à l'indisponibilité du titre, mais encore comme la garantie que le successeur du titulaire initial présente les qualités requises pour bénéficier du monopole recherché. Mais, à l'examen, cette indisponibilité du droit est en trompe-l'œil. Sauf motifs particuliers²¹⁰⁷, l'administration ne peut en effet s'opposer à la désignation d'un successeur, ne faisant que ratifier le choix du titulaire initial sans pouvoir s'opposer, pour d'autres raisons que celles qui justifiaient l'octroi du titre initial, à ce choix²¹⁰⁸. Pire, le recours au droit de présentation s'apparente à un procédé somme toute assez « occulte »²¹⁰⁹ pour ne pas dire hypocrite²¹¹⁰. Dans de nombreux cas en effet, la loi offre au titulaire d'une autorisation administrative la possibilité de céder directement son droit à un tiers, sous la réserve – souvent peu contraignante – d'un droit de regard de l'administration²¹¹¹. Ainsi le droit réel conféré par une autorisation d'occupation temporaire du

²¹⁰³ CGPPP, art. L. 2124-34.

²¹⁰⁴ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, LexisNexis, coll. « Manuel », 4^{ème} éd., 2018, p. 203, n° 523.

²¹⁰⁵ P. HANSE, *J-Cl. Propriétés publiques*, v° « Modalités d'attribution des autorisations d'occupation et d'utilisation des biens publics », Fasc. 77-50, 2018, n° 42.

²¹⁰⁶ CGPPP, art. L. 2124-33.

²¹⁰⁷ Ainsi la cession de titres miniers et de stockage souterrain est-elle soumise à un contrôle strict de l'administration (C. min., art. 119-6), tout comme la cession d'autorisations d'usage de fréquence de radiodiffusion (C. P. et C. E., art. L. 42-2 et L. 42-3).

²¹⁰⁸ V. par exemple, au sujet des marchés d'intérêts nationaux, C. com., art. R. 761-24 : « le gestionnaire ne peut refuser à la personne présentée comme successeur l'autorisation de s'établir à titre exclusif dans un emplacement du marché si elle remplit les conditions prévues à l'article R. 761-15 et si elle exerce les mêmes activités que son prédécesseur ». V. également, au sujet des exploitants de taxi, C. transp., art. L. 3121-2, al. 2. Sur la question, v. Y. JÉGOUZO, « Les autorisations administratives vont-elles devenir des biens meubles ? », *AJDA* 2004, p. 945 *sq.* ; F. BRENET, « La patrimonialisation des autorisations administratives – Réalités et implications », art. cité, n° 9.

²¹⁰⁹ P. DELVOLVÉ, « La patrimonialité des actes administratifs : rapport de synthèse », art. cité, p. 47.

²¹¹⁰ Comme l'écrit Monsieur de Gaudemar, « cette manière de procéder fait penser au théâtre classique où, pour respecter la règle des trois unités, on rassemble dans une même journée les événements d'une vie. Peu importe que ce ne soit pas crédible, l'essentiel est que les règles soient sauves » (H. DE GAUDEMAR, « Les quotas d'émission de gaz à effet de serre », *RFDA* 2009, p. 25, spéc. p. 28).

²¹¹¹ Admettant la cession d'une licence de débit de boissons : Cass. Req., 9 janvier 1933, *S.* 1933, 1, p. 72. Admettant la cession d'un permis de construire : C. urb., art. R. 333-7. Admettant la cession d'un permis exclusif de carrières : C. min., art. L. 143-1. Admettant la cession d'un créneau horaire aéroportuaire : Règlement CEE n° 95-93 du Conseil du 18 janvier 1993 fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux

domaine public peut-il être notamment cédé entre vifs ou transmis à cause de mort aux héritiers ou au conjoint de son titulaire²¹¹² à l'occasion de la cession du titre lui-même²¹¹³. Il en va de même des droits résultant d'un bail emphytéotique administratif, pouvant être cédés à une personne subrogée au preneur dans les droits et obligations découlant de ce bail²¹¹⁴. La même solution est encore retenue à l'endroit des autorisations d'utilisation de fréquences radioélectriques délivrées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) ou par l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP)²¹¹⁵, titres d'occupation du domaine public dont le Conseil d'État a expressément reconnu la nature créatrice de droits²¹¹⁶ : ces autorisations peuvent en effet faire l'objet de cessions après notification adressée à l'ARCEP et ce, alors même que pendant longtemps, le juge estimait que le caractère strictement personnel de ces autorisations s'opposait à leur cession²¹¹⁷. Enfin, ce sont plus globalement les autorisations délivrées en matière de santé qui peuvent faire l'objet d'actes de nature patrimoniale et plus particulièrement de cessions : autorisations d'importation de médicaments²¹¹⁸, autorisations nationales de mise sur le marché de médicaments²¹¹⁹, licences d'exploitation des officines pharmaceutiques²¹²⁰, autorisations

horaires dans les aéroports de la Communauté, art. 8 bis. Sur cette question, v. P. RODIER, « La patrimonialité des créneaux horaires aéroportuaires », *RFDA* 2018, p. 143 *sq.*

²¹¹² CGPPP, arts. L. 2122-7, L. 2122-20 ; CGCT, art. L. 1311-6.

²¹¹³ À s'en tenir à l'article L. 2122-7 du Code général de la propriété des personnes publiques, seul le droit réel, et non le titre d'occupation, serait cessible. Mais comme le souligne justement Monsieur Foulquier, « cette formulation de l'article L. 2122-7 n'a d'autre but que de ne pas attaquer de front le principe de non-disposition des actes administratifs. En réalité, le droit réel attaché au titre garantit le droit d'occuper le domaine. Dès lors, en cédant son droit réel, en pratique, le titulaire cède aussi le droit d'occuper le domaine » (N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 418, n° 1086).

²¹¹⁴ CGCT, art. L. 1311-3, 1°.

²¹¹⁵ CP et CE, arts. L. 42-3 et R. 20-44-9-3 s. Toutefois, il convient de souligner que la cession d'une autorisation d'utilisation de fréquence peut être neutralisée par l'ARCEP notamment en cas de risque d'une création d'une situation anticoncurrentielle entre les agents économiques. Sur la question, v. D. RAPONE, « La patrimonialité des actes administratifs en matière de communications électroniques », *RFDA* 2009, p. 39, spéc. p. 42.

²¹¹⁶ CE, sect., 10 octobre 1997, n° 134766 ; CE, 29 juillet 1998, n° 125260 ; CE, 30 juin 2006, n° 289564, *Rec. CE*, p. 309.

²¹¹⁷ CE, 11 décembre 1991, « Association Styx FM », *D.* 1992, p. 359. Sur la question, v. M. MOLINER-DUBOST, « Requiem pour le principe d'incessibilité des autorisations administratives », *AJDA* 2004, p. 2141 *sq.*

²¹¹⁸ CA Paris, 14 juin 2001, n° 98-23242.

²¹¹⁹ CSP, art. R. 5121-46.

²¹²⁰ CSP, arts. L. 5125-7 s.

sanitaires²¹²¹, autorisations médico-sociales²¹²², autorisations de création d'un établissement de santé et autorisations nécessaires à l'exploitation de certains équipements médicaux²¹²³.

Il devient dès lors compliqué de défendre le recours au procédé du droit de présentation ou à tout le moins de déceler derrière son existence la négation de la patrimonialité des autorisations administratives. Non seulement ce procédé est ouvertement contourné par la possibilité de céder directement le droit, mais les garanties que ce procédé offre (le contrôle de l'administration sur le successeur) se retrouvent encore en cas de cession pure et simple du droit. Enfin, et de l'avis d'une partie de la doctrine, ce droit de présentation ne correspond ni plus, ni moins, qu'à une cession déguisée²¹²⁴. Aussi, pour prendre l'exemple de l'exploitant de taxi, celui-ci présente moins un successeur à l'administration qu'il ne cède en réalité son autorisation de stationnement. Il semble alors que la justification du droit de présentation s'évanouit sitôt que l'on s'aperçoit que dans tous les cas, l'administration conserve un droit de regard sur le cessionnaire ou successeur, cela pour s'assurer que le monopole concédé bénéficie à des personnes présentant les qualités requises. Une telle analyse est à mettre en regard d'un arrêt rendu en 2015 par le Conseil d'État, par lequel le caractère personnel des autorisations administratives a été réduit à la portion congrue. Dans son arrêt « Prest'air », le Conseil d'État a en effet fini par admettre que les autorisations ou conventions d'occupation du domaine public étaient toutes cessibles, avec l'accord exprès du gestionnaire avant la cession²¹²⁵, considérant même que les titulaires d'autorisations d'occupation du domaine public avaient tous un « quasi-droit au renouvellement » de leur titre selon l'expression de Monsieur Foulquier²¹²⁶, ce que le Conseil d'État a ensuite à demi-mot consacré en 2017²¹²⁷.

467. Expression de la patrimonialité des licences. En admettant la circulation des titres domaniaux et de toutes les autorisations administratives, le législateur et le juge permettent à ces droits, initialement personnels et incessibles, d'acquérir une véritable profondeur

²¹²¹ CSP, arts. L. 6122-8 et R. 6122-35.

²¹²² CASF, art. L. 313-9.

²¹²³ Sur cette question, v. J.-M. LEMOYNE DE FORGES, « La patrimonialité des actes administratifs en matière de santé », *RFDA* 2009, p. 32, spéc. p. 34.

²¹²⁴ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, op. cit., p. 382, n° 990. V. également M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », art. cité, p. 1839, n° 67.

²¹²⁵ CE, 18 septembre 2015, « CCI de la région de la Guyane c/ Société Prest'air », n° 387315.

²¹²⁶ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, op. cit., pp. 201-202, n° 520, se demandant ainsi si l'on ne se dirige pas vers la reconnaissance du bail commercial du domaine public, le droit au renouvellement du bail n'entrant plus en contradiction avec les principes de la domanialité publique.

²¹²⁷ CE, 25 janvier 2017, « Commune de Port-Vendres 2 », n° 395314.

patrimoniale, devenant par principe et non plus par exception, ouverts aux échanges²¹²⁸. Quant aux autorisations administratives encore déclarées incessibles par la loi²¹²⁹, leur patrimonialité ne saurait être niée, ces droits ayant une valeur économique indiscutable²¹³⁰. Quant à leur incessibilité, elle est pour la plupart d'entre eux battue en brèche par le procédé du droit de présentation qui mime les effets d'une cession et constitue, en vérité, une cession déguisée. Cette patrimonialité des droits résultant de l'octroi de licences au sens large du terme se trouve d'ailleurs attestée. D'un point de vue fiscal et comptable d'abord, prime un principe de réalité, le Conseil d'État considérant que les autorisations administratives doivent entrer dans l'actif immobilisé de leur titulaire et figurer à son bilan²¹³¹. D'un point de vue civil ensuite, ces autorisations administratives sont susceptibles d'être affectées en garantie²¹³² et de faire l'objet de saisies entre les mains de l'autorité administrative les ayant accordées²¹³³, à condition toutefois que l'autorisation ne soit pas utile à l'exercice d'une activité professionnelle²¹³⁴.

En tant qu'elles sont la « condition juridique d'une activité économique »²¹³⁵ et sont dotées des caractères de la patrimonialité²¹³⁶, les licences peuvent donc être considérées comme des biens²¹³⁷. Ces droits investissent leurs titulaires de prérogatives toutes tournées vers l'exercice

²¹²⁸ J.-F. GIACUZZO, *J-CI. Propriétés publiques*, v° « Domaine public. Règles générales d'utilisation. Utilisation conforme », Fasc. 70-10, 2015, n° 55 ; P. LAFAGE, *J-CI Propriétés publiques*, v° « Occupation privative du domaine public. Titres unilatéraux », Fasc. 78, 2013, n° 182.

²¹²⁹ Autorisation d'exploitation d'une installation nucléaire de base (art. 29 du décret n° 2997-1557) ; autorisation d'exploiter une installation classée (C. envir., art. L. 561-1) ; licence de transport intérieur (C. transp., art. L. 3411-1).

²¹³⁰ J.-V. MAUBLANC, *Le marché des autorisations administratives à objet économique*, *op. cit.*, pp. 126-127, n° 202.

²¹³¹ CE, 15 décembre 1982, *RJF* 1983, comm. 77, p. 84, pour les licences de débits de boissons ; CE, 26 juillet 1985, *Dr. fiscal* 1985, comm. 2275, p. 1530, pour les autorisations sanitaires ; CE, 22 mai 1989, *Rec. CE* 1989, p. 339, pour les quotas de production de sucre. Sur la question, v. plus généralement M. COLLET, « Les aspects comptables et fiscaux de la patrimonialité des actes administratifs », *RFDA* 2009, p. 8, spéc. pp. 10-11 ; M. CORMIER, « Fondements de la patrimonialité des actes administratifs », art. cité, pp. 5-6.

²¹³² C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, *Economica*, coll. « Recherches Juridiques », t. 35, 2016, spéc. p. 417, n° 410.

²¹³³ Cass. avis, 8 février 1999, *Bull. avis* n° 1, *D.* 1999, p. 287, obs. C. Brenner ; CA Paris, 4 juillet 2002, *JurisData* n° 2002-190606, pour les « Licences IV ». V. également TGI Lyon, 15 mai 2001, *Dr. et proc.* 2002, p. 39, obs. C. Brenner, pour les autorisations de stationnement délivrées aux exploitants de taxi. Sur la question, v. not. N. CAYROL, *Droit de l'exécution*, LGDJ, coll. « Domat droit privé », 2^{ème} éd., 2016, p. 301, n° 535 ; M. et J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, LexisNexis, coll. « Manuel », 9^{ème} éd., 2017, pp. 540-541, n° 1594-1596.

²¹³⁴ CPCE, art. L. 112-2, 5°.

²¹³⁵ T. SOLEILHAC, « Vers une commercialité des autorisations administratives », art. cité.

²¹³⁶ V. déjà Cass. 1^{ère} civ., 27 décembre 1963, *AJDA* 1964, p. 240, reconnaissant la valeur patrimoniale des autorisations d'occupation du domaine public.

²¹³⁷ V. cependant CAA Marseille, 12 juin 2006, n° 04MA01375, n° 04MA01594, n° 04MA01595, n° 04MA01606 et n° 04MA01373, considérant que les autorisations administratives ne sauraient être considérées comme des biens au sens de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, prenant le contrepied d'un arrêt rendu par la CEDH et

d'une activité et demeurent patrimoniales, tout comme le sont les droits réels et personnels à côté desquels ils figurent dans le patrimoine de leurs titulaires. Le même constat peut être fait à propos d'autorisations administratives spéciales, conférant à leurs titulaires le bénéfice d'un office ministériel.

§2. Les offices ministériels

468. Plan. Après avoir défini les offices ministériels (A), l'on s'emploiera à montrer, comme pour les licences, qu'il s'agit de droits parfaitement patrimoniaux et donc de biens (B).

A. Définition des offices ministériels

469. Nature de l'office. Tout comme les pouvoirs publics contingentent l'accès à certaines activités, ils sont encore à même de restreindre l'exercice d'activités spécifiques, précisément liées à l'organisation et au fonctionnement de la justice²¹³⁸. L'accès à l'activité dépend alors de l'octroi d'un titre, que constitue précisément l'office ministériel²¹³⁹. Ce titre – l'office – a pour origine une délégation de puissance publique et constitue une variante d'autorisation administrative conférant un véritable monopole d'exercice ayant pour objet une activité réglementée en lien avec la justice (notaires, greffiers, huissiers, avocats aux Conseils, etc.). Toute la question demeure de savoir si ce titre constitue un droit patrimonial et donc un bien.

B. Patrimonialité des offices ministériels

470. L'office ministériel, entre vénalité et patrimonialité. Historiquement, le droit d'exercer une fonction publique dépendait du paiement, par le prétendant au titre, d'une somme d'argent au pouvoir royal. Dans ce système de vénalité des offices, l'exercice de l'activité supposait initialement que le Roi vende une part de « l'autorité publique »²¹⁴⁰. Mais si l'officier

reconnaissant comme biens les intérêts économiques liés à l'exploitation d'un débit de boissons (CEDH, 7 juillet 1989, n° 10873/84, *Tre Traktörer Aktielobag c/ Suède*). Sur les premiers arrêts, v. P. YOLKA, « Patrimonialité des autorisations administratives : les limites d'une évolution », *JCP A* n° 23, 4 juin 2007, 2141.

²¹³⁸ W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, pp. 903-904, n° 494-1.

²¹³⁹ M. GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, t. 43, Paris, Panckoucke et Dupuis, 1791, v° « Office ».

²¹⁴⁰ C. LOYSEAU, *Les cinq livres du droit des offices*, in *Œuvres*, Livre III, Lyon, Compagnie des Libraires, 1701, p. 159.

ministériel devait acheter son titre, ce dernier ne s'analysait pas pour autant tel un bien²¹⁴¹ : l'exercice de l'activité dépendait du bon vouloir du Roi et le paiement du titre s'analysait davantage comme un droit d'accès, son titulaire ne pouvant le transmettre à autrui²¹⁴². Autrement dit, une distinction était opérée entre la vénalité des offices et leur patrimonialité²¹⁴³, la première ne supposant pas la seconde. C'est seulement à compter du XV^{ème} siècle que la patrimonialité des offices fit son apparition. Comme le souligne Lachenal, Louis XI finit par poser le principe de perpétuité de l'office, offrant *de facto* à son titulaire la possibilité de « trafiquer de sa fonction »²¹⁴⁴. Charles IX, par la procuration *ad resignandum*, décida ensuite d'offrir aux officiers ministériels (« résignants ») la possibilité de renoncer à leur charge au profit de tiers (« résignataires ») sous la réserve de payer un droit de mutation²¹⁴⁵. Sous Henri IV enfin, l'on offrit au titulaire de l'office la possibilité de transformer son office viager en office héréditaire après acquittement d'une taxe annuelle (la « paulette » ou « droit annuel »)²¹⁴⁶. Ainsi coexistaient, à la fin de l'Ancien régime, un double système : celui de la vénalité des offices (paiement de la charge aux pouvoirs publics) et celui de leur patrimonialité (possibilité de faire commerce du titre).

Cependant, dès la nuit du 4 août 1789, l'Assemblée Constituante procéda à l'abolition, notamment, de la vénalité des offices et des privilèges. Par décret des 4, 6, 7, 8 et 11 août 1789, la vénalité des offices de judicature fut officiellement supprimée. Suivront la liquidation des offices ministériels auprès des tribunaux (Loi des 24 décembre-23 février 1791) ou encore la liquidation des offices de notaires (Loi des 29 septembre-6 octobre 1791). Mais si la vénalité des offices a été supprimée, leur patrimonialité fut au contraire reconnue avec la restauration de la Monarchie²¹⁴⁷, quoique cette analyse soit encore contestée aujourd'hui. Par la loi de

²¹⁴¹ *Contra*. B. BEIGNER et B. BERNABÉ, « Office, charge et fonds : notions distinctes », *JCP N* n° 45, 9 novembre 2012, 1362, spéc. n° 3.

²¹⁴² L. LACHENAL, *De la patrimonialité des offices ministériels*, th. Lyon, 1931, p. 11.

²¹⁴³ En ce sens, v. F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 377, 2002, spéc. p. 228, n° 298 : « la vénalité désigne la pratique du gouvernement négociant les fonctions publiques en faisant payer aux particuliers une somme d'argent afin de les leur conférer », alors que « la patrimonialité caractérise la situation dans laquelle l'office ministériel représente une valeur pour son titulaire ainsi qu'un existant juridique revêtu des divers attributs de la patrimonialité à savoir la cessibilité et la transmissibilité ».

²¹⁴⁴ L. LACHENAL, *De la patrimonialité des offices ministériels*, *op. cit.*, p. 13.

²¹⁴⁵ F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, *op. cit.*, p. 229, n° 300.

²¹⁴⁶ P. LOUIS-LUCAS, *Étude sur la vénalité des charges et fonctions publiques et sur celle des offices ministériels depuis l'Antiquité Romaine jusqu'à nos Jours*, vol. 2 : *Ancien droit français ; Droit intermédiaire*, Paris, Ernest Thorin, 1883, p. 63.

²¹⁴⁷ J. AUDIER, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, préf. J. Kayser, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 159, 1979, pp. 15 s., n° 7 s.

finances du 28 avril 1816, l'on instaura la possibilité pour le titulaire d'un office public de présenter un successeur au garde des Sceaux. Comme l'écrit Monsieur Paul, aucune négociation n'existe désormais entre l'État et les officiers ministériels, sinon directement entre les seuls officiers ministériels : « la négociation a lieu entre [les officiers ministériels] et porte sur une créance particulière constituée non par la somme versée initialement au Trésor par le premier titulaire mais par un droit, celui de présenter un successeur à l'autorité publique. Le droit conféré par cette loi se ramène ainsi à la promesse faite par le gouvernement au titulaire de l'office de nommer le successeur qu'il présentera si ce dernier réunit certaines conditions »²¹⁴⁸.

471. Critique de la patrimonialité des offices ? D'aucuns considèrent pourtant que cette patrimonialité est en trompe-l'œil, à commencer par Monsieur Paul qui souligne que « la loi de finances de 1816 n'a pas davantage institué la patrimonialité des offices par le biais de la création du droit de présentation, droit patrimonial cessible »²¹⁴⁹. Pourtant, ce que monnaie le titulaire de l'office n'est pas un prétendu droit patrimonial de présentation (celui-ci d'ailleurs s'analyse davantage comme une obligation qui pèse sur ses épaules de présenter, moyennant finance, un tiers à l'administration²¹⁵⁰), sinon l'office lui-même. La pudeur des termes employés ne saurait masquer que c'est bien le titre que l'on cède à travers la présentation du successeur à l'administration, laquelle constitue une cession qui tait son nom. Depuis que la vénalité des offices a été supprimée, il serait même contradictoire de soutenir que le titre reste indisponible à l'inverse de la finance²¹⁵¹ : si, avant la Révolution, le titre était indisponible car appartenant au Roi et si seule la finance faisait l'objet de tractations entre officiers ministériels, tel n'est plus le cas depuis 1816, depuis donc que les officiers ministériels se succèdent autour du même titre.

D'autres auteurs se montrent également sceptiques quant à cette patrimonialité des offices, écrivant que le droit de présentation, « dans la mesure où il n'a que très exceptionnellement été remis en cause, a fini, à tort, par représenter un capital monnayable », ajoutant que « c'est par ce biais que le spectre de la vénalité a fait sa réapparition »²¹⁵². De toute évidence, cette analyse

²¹⁴⁸ F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, op. cit., p. 230, n° 302.

²¹⁴⁹ *Ibid.* Dans le même sens, distinguant l'office (hors du commerce) et la finance (droit patrimonial de présentation), v. J. HÉRAIL, *Rép. Civ. Dalloz*, v° « Office public ou ministériel », 2019, n° 5.

²¹⁵⁰ Cf. supra note sous n° 465.

²¹⁵¹ Sur l'application de cette distinction en matière de clientèle, cf. infra n° 539.

²¹⁵² B. BEIGNER et B. BERNABÉ, « Office, charge et fonds : notions distinctes », art. cité, n° 5. Ces mêmes auteurs se montrent d'ailleurs particulièrement critiques sur le concept même de « patrimonialité des offices ». Pour eux,

est étonnante. D'abord et comme cela fut relevé, ce n'est pas le droit de présentation qui fait l'objet d'opérations patrimoniales, sinon le titre lui-même. Ensuite, la patrimonialité du titre, quoiqu'elle soit contestée, n'implique aucunement d'admettre un retour de la vénalité des offices, définitivement abolie à compter de 1789.

472. Rejet de la critique. Reste donc la question de la qualification du titre lui-même. Pour Monsieur Paul, ce droit, bien qu'il soit une « source de richesse pour le bénéficiaire », ne constituerait pas un droit patrimonial, donc un bien, « n'étant pas, en [lui-même], un existant juridique figurant dans le patrimoine de l'officier ministériel ni d'ailleurs dans celui de l'État. L'officier ne peut rien transmettre car rien ne lui appartient à l'issue de sa nomination et de l'exercice durant une certaine période de l'activité ainsi autorisée. Son titre n'est pas tant *extra-commercium* qu'objet inexistant d'une obligation de transférer la propriété en ce qu'il n'appartient à personne de délivrer un tel titre à la place de l'État »²¹⁵³. La formule ne résiste pourtant pas à l'analyse. Le contingentement de l'activité décidé par les pouvoirs publics a pour effet mécanique de faire du droit d'exercer l'activité une exception à un principe d'interdiction et donc de faire du droit un objet de richesse. Tout comme les licences sont de véritables biens, les offices ministériels le sont encore, demeurant disponibles pour leur titulaire malgré l'hypocrite recours à l'expression de « droit de présentation » censée retrancher le titre de la sphère patrimoniale²¹⁵⁴. C'est ainsi que la Cour de cassation a, par plusieurs fois, affirmé que la vente des offices était admise²¹⁵⁵, tout comme elle a pu enjoindre l'État à indemniser le titulaire de l'office n'ayant pas trouvé de successeur²¹⁵⁶ ou à l'indemniser en cas de destitution²¹⁵⁷. De même le Conseil d'État a-t-il retenu qu'en cas de suppression de l'office, son titulaire était en droit d'exiger des titulaires d'offices ayant leur charge à proximité qu'ils

« parler de “cession d'un office ministériel”, de “vénalité” ou de “patrimonialité des offices” est aujourd'hui un non-sens - reste que l'usage de cette métonymie lourde de conséquences perdure » (*ibid.*, n° 3).

²¹⁵³ F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil, op. cit.*, p. 232, n° 304.

²¹⁵⁴ Rapp. C. BRENNER, obs. sous Cass. avis., 8 février 1999, préc., *D.* 1999, p. 287, note 10, relevant que « l'indisponibilité des offices ministériels et clientèles civiles est hypocritement tournée par la pratique tolérée de la rétribution des droits de présentation ou de cessions déguisées ».

²¹⁵⁵ Cass. req., 20 juin 1820, « Lavalley c/ Gainé », *S.* 1821, 1, p. 43 ; Cass. req., 13 juin 1910, *S.* 1913, 1, p. 347 ; Cass. 1^{ère} civ., 7 décembre 2004, n° 01-10.271, *Bull. civ.* I, n° 307, soumettant la cession d'offices publics ou ministériels aux règles « de droit commun de la vente mobilière ». Certains auteurs considèrent pourtant que dans ces arrêts, la Cour de cassation confondrait le titre et la finance, en validant le transfert de l'office (B. BEIGNER et B. BERNABÉ, « Office, charge et fonds : notions distinctes », art. cité, n° 6).

²¹⁵⁶ Cass. Civ., 9 décembre 1946, *D.* 1947, p. 110.

²¹⁵⁷ Cass. 1^{ère} civ., 22 mars 1983, n° 82-10.940, *Bull. civ.* I, n° 105.

l'indemnisent²¹⁵⁸ parce qu'ils profiteraient « d'une extension de compétence »²¹⁵⁹. Enfin l'État a-t-il également indemnisé les greffiers des juridictions civiles et pénales à l'occasion de la suppression, par la loi n° 65-1002 du 30 novembre 1965, de ces offices. Aussi pourrait-on admettre, dans la même veine, que le droit portant sur l'office ministériel soit grevé d'une sûreté²¹⁶⁰ et même saisi par un créancier présentant les conditions requises pour exercer la profession : sitôt que les autorisations d'exercice constituent des éléments du patrimoine de leur titulaire, rien n'interdit, en principe, qu'ils soient les objets de telles opérations²¹⁶¹. Si, en général, la nature personnelle d'un bien l'exclut de l'assiette de la saisie, la possibilité pour le saisi de proposer la vente amiable d'un bien initialement exclu de cette assiette devrait suffire à accréditer la pleine patrimonialité et donc la saisie, en particulier, des offices²¹⁶².

Ce n'est pas à dire toutefois que la nature régaliennne du titre disparaisse : procédant d'une autorisation administrative d'exercer une activité, le titre demeure *in fine* précaire, à l'image des licences. Mais il faut, dans le même temps, relativiser le rôle de l'autorité administrative délivrant le titre : en pratique, le refus d'agréer un successeur demeure rarissime, la quasi-automaticité de la délivrance de l'agrément accréditant l'idée que derrière la technique du droit de présentation, c'est bien le titre que l'on cède²¹⁶³.

473. Conclusion de la section I. Les droits d'exercice, figures de droits d'exploitation concédés, constituent indéniablement des droits patrimoniaux. Dans leur aspect interne, ils confèrent à leur titulaire le droit d'exercer une activité dont l'accès est par principe restreint, mais exceptionnellement ouvert par le jeu d'autorisations administratives. Qu'il s'agisse des licences ou des offices, ces titres se présentent comme des droits patrimoniaux pour leur titulaire, comme des richesses disponibles figurant pleinement dans leur patrimoine. Si l'on a

²¹⁵⁸ CE, 3 juillet 1974, n° 85-764 et 85-765 ; CE, 13 mai 1964, *Rec. CE* 1964, p. 295.

²¹⁵⁹ W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, pp. 904-905, n° 494-2. Dans le même sens, J. HÉRAIL, *Rép. Civ. Dalloz*, v° « Office public ou ministériel », *op. cit.*, n° 7.

²¹⁶⁰ Comp. C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens, op. cit.*, p. 418, n° 410, pour qui la nature strictement personnelle et régaliennne du titre s'opposerait à ce qu'une sûreté greève directement le droit.

²¹⁶¹ Sauf l'exception de l'article L. 112-2, 5° du Code des procédures civiles d'exécution.

²¹⁶² En ce sens, C. BRENNER, obs. sous Cass. avis., 8 février 1999, *préc.*, art. cité, note 10.

²¹⁶³ *Contra*. B. BEIGNER et B. BERNABÉ, « Office, charge et fonds : notions distinctes », art. cité, n° 5, pour qui « la présentation ne vaut pas provision » et pour qui « ce n'est définitivement pas l'office qui est transmis, mais sa valeur ». Sans revenir sur cette contradiction entre titre et finance depuis l'abandon de la vénalité des offices, l'on se contentera de relever que la figure éminente des pouvoirs publics sur le contrôle des offices suffit à assurer l'honorabilité des officiers ministériels successifs.

pu douter de la patrimonialité de ces droits et la masquer par la technique du droit de présentation, il faut dorénavant rejeter cette hypothèse.

À côté de ces des droits d'exercice, mention doit désormais être faite des droits à produire, constituant également des droits d'exploitation concédés.

SECTION II. LES DROITS À PRODUIRE

474. Structure des droits à produire. Lorsque l'exercice d'une activité se trouve contingentée par les pouvoirs publics, elle acquiert, du fait de sa rareté, une véritable profondeur patrimoniale. Dans cette hypothèse, le droit procède directement d'une autorisation. Mais il peut également arriver, pour paradoxal que ce soit, que le droit procède non plus directement d'une autorisation mais bien d'une interdiction. Telle est précisément l'hypothèse des droits à produire, où le droit naît dans le sillage d'une interdiction, celle de produire au-delà d'une certaine quantité.

Si les pouvoirs publics peuvent décider de restreindre l'exercice d'une activité en filtrant en amont les candidats au titre, ils peuvent pareillement imposer aux titulaires du droit d'exercice des limites quant à la production et la commercialisation de certains produits. Que l'on songe ainsi aux productions de gaz à effet de serre (GES) : les établissements industriels, ayant préalablement obtenu une autorisation d'exercice (l'autorisation d'installation), seront néanmoins contraints par les pouvoirs publics en ne pouvant produire des GES que dans les limites fixées par la loi. En somme, non seulement l'accès à l'exercice d'une activité se trouve en amont conditionné à l'obtention d'un titre, mais la production se trouve encore limitée en aval par un principe d'interdiction de produire au-delà du seuil²¹⁶⁴ que symbolise le quota, « sorte de ticket de rationnement »²¹⁶⁵. Mais, quoique le droit limite en aval les capacités productives d'une personne en posant un principe d'interdiction via un quota, cette interdiction de produire peut elle-même constituer, de manière originale, un droit à produire, sous deux aspects. D'abord, l'interdiction de produire au-delà d'un seuil génère en creux un droit de produire dans les limites du seuil. La production devient une denrée rare et l'interdiction la mesure de la production : le droit de produire doit s'exercer de manière parcimonieuse, faute

²¹⁶⁴ Sur cette double autorisation (autorisation préalable d'installation classée, et autorisation de polluer), v. not. M. MOLINER-DUBOST, « Le système français d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre », *AJDA* 2004, p. 1132 *sq.* ; H. DE GAUDEMAR, « Les quotas d'émission de gaz à effet de serre », art. cité.

²¹⁶⁵ F. BOUYSSOU, « Les autorisations administratives, sources de propriété privée ? », art. cité, n° 28.

d'être sanctionné en cas de franchissement du quota. La liberté de produire se transforme alors, par l'effet d'interdictions de produire au-delà d'un seuil, en un droit à produire, dont la rareté fait la valeur. Ensuite et surtout, sitôt qu'un producteur n'atteint pas le seuil de production, il peut transférer cette marge de production à un autre producteur qui, ayant lui-même atteint son seuil de production, pourra le dépasser grâce à la marge acquise auprès du premier producteur économe. En cela, le quota, c'est-à-dire l'interdiction de produire au-delà d'un certain seuil (ou le droit de produire dans les limites de ce seuil), génère par conséquent un droit à produire de manière excédentaire. Sous ces aspects, il apparaît que le droit à produire est un droit patrimonial. Sa valeur vient de sa rareté, résulte du contingentement de la production décidé par les pouvoirs publics²¹⁶⁶. Celle-ci explique encore sa circulation, le droit à produire restant pouvant être transmis à autrui, qui peut produire de manière excédentaire. Il existe cela dit différents degrés de patrimonialité des droits de produire, ce qu'il convient d'aborder.

475. Plan. Certains droits à produire, à raison des politiques décidées en matière agricole, ont tout bonnement disparu (§1). D'autres, en revanche, se présentent comme des valeurs pleinement disponibles entre les mains de leurs titulaires (§2). D'autres, enfin, voient leur patrimonialité limitée (§3).

§1. Les droits à produire disparus

476. Plan. L'étude des droits à produire disparus qu'étaient les quotas laitiers et betteraviers n'a pas qu'un intérêt historique (A). Le système de ces droits a en effet servi de modèle à d'autres droits à produire plus que jamais d'actualité, tout comme il peut servir de cadre à l'émergence de nouvelles figures de droits à produire, pour le moment encore en germes. Si ces droits ont fini par être supprimés et remplacés par les droits à paiement de base (B), leur étude s'avère donc importante : elle permet de prendre la mesure du phénomène de patrimonialisation de l'ensemble des droits à produire.

²¹⁶⁶ Rappr. F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, op. cit., p. 235, n° 309 : « il semble, en effet, qu'il soit difficile d'analyser le droit à produire autrement que comme un droit patrimonial [...]. Il est vrai que cette situation peut sembler paradoxale dans la mesure où un droit à produire ne constitue qu'une limitation d'un droit naturel et fondamental à produire en quantité illimitée. Néanmoins, dans un système réglementé comme l'est celui de la production laitière, la liberté de produire en quantité illimitée n'existe pas. Elle n'est donc pas elle-même une source de valeur ».

A. Les quotas laitiers et betteraviers

477. Origine des quotas laitiers et betteraviers. Si le système des quotas d'émission de GES constitue aujourd'hui un modèle abouti et relativement pérenne de frein à l'émission de certains produits, les pouvoirs publics ont également eu recours à ce système afin de limiter une production très largement excédentaire en matière agricole. Au sortir de la Seconde Guerre mondiale pourtant, l'heure n'était pas à la limitation de la production. Bien au contraire, l'Europe se relevait péniblement, et afin de l'aider, chaque État décidait d'encourager la production de nourriture et plus particulièrement de lait de vache et de sucre. Mais la production tourna vite à la surproduction : l'offre se montra très largement supérieure à la demande et les prix s'effondrèrent d'eux-mêmes dès la fin des années 1960, laissant les producteurs dans une situation dramatique. Aussi fut-il décidé, dans le cadre de la politique agricole commune (PAC) créée en 1962, de soutenir les producteurs de lait et de sucre en instaurant des quotas de production et de commercialisation : des quotas betteraviers pour le sucre (1968) et des quotas laitiers pour le lait de vache (1984). L'objectif poursuivi était double : en rationalisant la production et la commercialisation de lait et de sucre et en instaurant une limite de production, les pouvoirs publics s'assuraient de faire concorder l'offre et la demande²¹⁶⁷, tout comme ils assuraient dans le même temps aux producteurs un prix minimum de vente²¹⁶⁸. Il fut ainsi décidé d'attribuer des quotas à chaque pays, lesquels eurent ensuite la charge de répartir des « références individuelles » entre les producteurs, tenus de ne pas commercialiser au-delà d'un certain seuil – cette limite étant censée engendrer une baisse de production – sous peine de s'exposer à des pénalités financières. Si ces quotas ont fini par disparaître au 1^{er} avril 2015 pour les quotas laitiers et au 1^{er} octobre 2017 pour les quotas betteraviers, leur nature de droits patrimoniaux a beaucoup fait débat.

478. Patrimonialité des quotas laitiers et betteraviers. En dépit de l'hostilité de la Cour de cassation qui envisageait les quotas laitiers comme des autorisations administratives non négociables et donc incessibles²¹⁶⁹ et de celle du législateur qui a toujours montré sa réticence

²¹⁶⁷ L'État français soutenait déjà en réalité les producteurs avant l'instauration des quotas et références individuelles, mais en rachetant les surplus de production au prix le plus fort.

²¹⁶⁸ C. HAUT et M. RAISON, Rapport d'information n° 556 de la commission des affaires européennes du Sénat sur la situation du secteur laitier après les quotas, 25 juin 2015, p. 9.

²¹⁶⁹ Cass. 3^{ème} civ., 31 octobre 2012, n° 10-17.851, *Bull. civ.* III, n° 156, considérant que « les quotas laitiers ne peuvent faire l'objet d'une valorisation dans le cadre de la cession d'une exploitation agricole ».

à valoriser les exploitations agricoles²¹⁷⁰, tout laisse à penser que ces droits étaient pourtant patrimoniaux. Tout d'abord, il convient de rejeter l'argument selon lequel les autorisations administratives, prétexte pris qu'il s'agit d'actes de l'administration, ne sauraient constituer des droits patrimoniaux ou à tout le moins des droits dans le commerce. Le phénomène de patrimonialisation des autorisations administratives, déjà détaillé, a toutes les raisons de concerner les quotas et références individuelles qui sont pareillement des autorisations administratives offrant à leurs titulaires un droit à produire. L'examen de la nature des quotas d'émission de GES suffit d'ailleurs à s'en convaincre²¹⁷¹. Ensuite, il faut pareillement remarquer que le quota (ne serait-ce que pour le quota laitier), véritable « droit à commercialiser un volume donné de lait sans pénalité financière »²¹⁷², est l'élément essentiel de toute exploitation²¹⁷³. C'est lui qui confère à cette dernière toute sa valeur et conditionne l'exercice, par l'exploitant, de son activité ainsi que sa production. Aussi ne peut-on considérer que le quota serait dénué de toute valeur patrimoniale²¹⁷⁴, en dépit de l'incessibilité supposée de ce droit²¹⁷⁵ et de sa non-valorisation²¹⁷⁶ : non seulement cette incessibilité se justifiait par le fait que le quota était intimement lié à l'exploitation elle-même (de sorte que la cession du quota ne pouvait se faire qu'à l'occasion de la cession du foncier)²¹⁷⁷, mais cette incessibilité *ut singuli* du quota s'est même trouvée contredite non seulement en pratique²¹⁷⁸ mais encore par certains textes du Code rural. Ainsi était-il prévu, dans une sous-section du Code rural intitulée « Transfert des quantités de référence laitières »²¹⁷⁹, qu'en cas notamment de vente, location, donation ou transmission de l'exploitation, la quantité de référence laitière se trouverait

²¹⁷⁰ B. GRIMONPREZ, « La valorisation de l'exploitation agricole : totem et tabou », in *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 413, spéc. pp. 413-414.

²¹⁷¹ Cf. infra n° 482.

²¹⁷² F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, op. cit., p. 235, n° 309.

²¹⁷³ En ce sens, T. REVET, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} octobre 2003, n° 02-14.958, *RTD Civ.* 2003, p. 730.

²¹⁷⁴ La Cour de cassation a ainsi validé le raisonnement d'une cour d'appel qui, au nom de la valeur patrimoniale de quotas betteraviers, a pu condamner les bailleurs d'une exploitation agricole sur le fondement de l'enrichissement injustifié (Cass. 3^{ème} civ., 30 septembre 2015, n° 14-19.763, inédit).

²¹⁷⁵ C'est d'ailleurs pourquoi les anciens articles D. 654-88-1 et suivants du Code rural prévoyaient que le producteur abandonnant totalement ou partiellement sa production laitière pouvait prétendre au versement d'une indemnité, qui était fonction de ses quantités de référence restantes. V. sur la question R. LEVESQUE, R. KERISIT et X. OGER, « La valeur foncière des quotas laitiers », *Études foncières*, n° 62, mars 1994, p. 30 sq.

²¹⁷⁶ Cass. 3^{ème} civ., 31 octobre 2012, préc.

²¹⁷⁷ F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, op. cit., pp. 236-237, n° 311.

²¹⁷⁸ Il n'était pas rare en effet qu'à l'occasion d'une location de terres, le preneur tente, en fin de bail, d'obtenir un prix du bailleur pour les quotas restants. Sur ce point, v. J.-V. MAUBLANC, *Le marché des autorisations administratives à objet économique*, op. cit., pp. 86-84, n° 145-146.

²¹⁷⁹ C. rur., arts. D. 654-101 s. anc.

pareillement transférée au cessionnaire²¹⁸⁰ sous réserve que ce dernier poursuive la production²¹⁸¹. De même, l'ancien article D. 654-111, I du Code rural autorisait le transfert, indépendamment des terres, des quantités de référence laitière, dans le souci « d'améliorer de manière durable la structure des exploitations laitières ». Enfin était-il permis au ministre chargé de l'agriculture et au ministre chargé du budget, après avis de FranceAgriMer, l'établissement national des produits de l'agriculture et de la mer, de « déterminer pour chaque campagne les modalités d'application d'un dispositif de transfert de quantités de référence laitière sans terre entre producteurs », étant précisé que ces transferts s'opéraient « contre le paiement par les producteurs attributaires des références libérées » et contre une indemnité « versée aux producteurs cédant la quantité de référence dont ils [disposaient] »²¹⁸². Ainsi qu'on le voit, la nature patrimoniale des quotas laitiers ne faisait pas de doute²¹⁸³, ce raisonnement pouvant être étendu aux quotas betteraviers.

B. Les palliatifs à leur suppression : les droits à paiement de base

479. Présentation et nature des droits à paiement de base. La fin des quotas laitiers et betteraviers respectivement en 2015 et 2017 a rebattu les cartes. Dorénavant, la production de lait et de sucre ne se trouve plus entravée par l'existence de quotas ; n'étant plus contingentée, elle change de nature : le droit à produire disparaît au profit de la liberté de produire, laquelle ne saurait être patrimoniale, faute de n'être pas, par principe, interdite et restreinte²¹⁸⁴. D'un point de vue économique, ce changement a été brutal pour les producteurs²¹⁸⁵. C'est donc pourquoi le législateur a renforcé, dès 2015, le système des droits à paiement unique (DPU),

²¹⁸⁰ C. rur., art. D. 654-101, al. 1^{er} anc.

²¹⁸¹ C. rur., art. D. 654-105 anc.

²¹⁸² C. rur., art. D. 654-112-1 anc.

²¹⁸³ En ce sens, v. B. MALLET-BRICOUT et N. REBOUL-MAUPIN, *D.* 2013, p. 2123 *sq.* ; W. DROSS, « Les quotas laitiers sont-ils des biens ? », *RTD Civ.* 2013, p. 157 *sq.* et du même auteur, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, pp. 905-906, n° 494-2. V. déjà L. LORVELLEC, « Quotas laitiers et exploitation agricole », *Dr. rur.* n° 138, 1985, n° 138, p. 524 *sq.*

²¹⁸⁴ P. LAMBARÉ, « Quelles conditions d'accès au marché des éleveurs après les quotas laitiers ? », *Économie rurale* n° 364, avril-juin 2018, p. 55, spéc. n° 3, qui relevant que l'on est passé d'une « régulation administrative (volumes) et interprofessionnelle (qualité, prix) » à une « gestion privée entre producteurs et collecteurs/transformateurs ».

²¹⁸⁵ La fin des quotas laitiers et betteraviers, guidée par la demande en lait et en sucre des pays émergents, n'a en effet pas permis aux producteurs et exploitants de bénéficier du regain de la demande, le prix du lait et du sucre demeurant inférieur aux coûts de revient des producteurs (<http://webagri.fr>, « Quotas laitiers. Un an après, le trop-plein en Europe pèse sur les prix », 25 février 2016).

désormais dénommés droits à paiement de base (DPB), censés atténuer les effets néfastes de la disparition des quotas pour les agriculteurs, et issus également de la PAC.

Afin de soutenir les agriculteurs²¹⁸⁶, le ministère de l’agriculture et de l’alimentation offre en effet différentes aides au revenu de base. Parmi ces aides, figure le DPB, versé en fonction des surfaces détenues par les agriculteurs, auquel peuvent s’ajouter le « paiement vert » – visant à rémunérer des actions spécifiques en faveur de l’environnement – et le « paiement redistributif » – destiné à valoriser les productions à forte valeur ajoutée ou génératrices d’emplois. Il ne fait aucun doute que ces droits s’analysent comme des « droits patrimoniaux dans la mesure où ils ont une valeur économique liée à la possibilité de leur transmission définitive ou temporaire »²¹⁸⁷. D’aucuns s’accordent ainsi à voir dans ces droits des biens, parfaitement disponibles entre les mains de leurs titulaires : ces droits sont en effet cessibles et transmissibles entre agriculteurs, tout comme ils peuvent être loués²¹⁸⁸, ainsi que cela résulte notamment des articles D. 615-19, II et D. 615-29, al. 1^{er} du Code rural. Comme le précise d’ailleurs la Cour des comptes européenne, « chaque DPB donne à son détenteur un droit transférable au paiement annuel d’un montant donné, s’il est associé à un hectare de surface agricole admissible (“activation”) ». En principe, sont concernées toutes les terres arables, les prairies permanentes et les terres sous cultures permanentes. La valeur totale maximale de tous les DPB dans une région ou un État membre donné doit se situer dans la limite d’un plafond budgétaire fixe »²¹⁸⁹. À l’examen, ces droits ne répondent toutefois pas de la qualification de droits à produire²¹⁹⁰, mais s’analysent comme des créances qu’un agriculteur a contre les

²¹⁸⁶ L’on y a ainsi vu une « rente foncière » (F. COLLART-DUTILLEUL, « La nature juridique des droits à paiement unique », *Dr. rur.* n° 6, Juin 2005, colloque 11, spéc. n° 7). Pour une analyse critique du dispositif, v. B. MANDEVILLE, « Regard critique sur l’institution et le fonctionnement des droits à paiement unique », *Dr. rur.* n° 349, janvier 2007, étude 4.

²¹⁸⁷ J.-J. BARBIÈRI, « Vente et droits à paiement unique (visite d’un Huron au royaume des imprimés) », *Dr. rur.* n° 348, décembre 2006, étude 34, spéc. n° 1.

²¹⁸⁸ M.-T. SANCHEZ-BIERRY, « DPB : entre certitudes et incertitudes », *Dr. rur.* n° 445, août 2016, étude 25, spéc. n° 3, et du même auteur, « PAC 2018 et le régime des droits à paiement de base (DPB) : où est-on aujourd’hui ? », *Dr. rur.* n° 469, janvier 2019, étude 2, spéc. n° 15 ; D. ROCHARD, et R.-J. AUBIN-BROUTE, « Les nouveaux paiements directs en faveur des agriculteurs », *Dr. rur.* n° 445, août 2016, étude 24, spéc. n° 7 s. Plus généralement, v. F. ROUSSEL, « Transferts de droits à paiement unique après le 15 mai 2006 (modèles de clauses et modes opératoires) », *Dr. rur.* n° 346, octobre 2006, étude 28 ; E. LEMONNIER, « Droits à paiement unique et ventes », *Dr. rur.* n° 6, juin 2005, colloque 13.

²¹⁸⁹ COUR DES COMPTES EUROPÉENNE, Rapport spécial n° 10-2018 relatif au régime de paiement de base en faveur des agriculteurs, 15 mars 2018, spéc. n° 8.

²¹⁹⁰ F. COLLART-DUTILLEUL, « La nature juridique des droits à paiement unique », art. cité, n° 1, notant que ces droits sont « très différents des droits à produire, à la fois quant à leur objet et quant à leur nature. Comme leur nom l’indique, les droits à produire sont liés à une activité de production agricole, alors que les DPU, par l’effet dit du “découplage”, vont pouvoir être perçus indépendamment de toute activité de production ». Et l’auteur d’ajouter : « les DPU, en raison de leur découplage possible, fût-il partiel, de toute exigence d’une activité productive, sont des droits à ne pas produire » (*ibid.*, n° 2).

pouvoirs publics²¹⁹¹, tenus de lui verser une somme d'argent qui sera fonction de la surface de son exploitation²¹⁹².

§2. Les droits à produire pleinement patrimoniaux

480. Plan. Deux types de droits peuvent être identifiés : ceux naissant des quotas d'émission de gaz à effet de serre (**A**) et ceux naissant des certificats d'économie d'énergie (**B**).

A. Les quotas d'émission de gaz à effet de serre (GES)

481. Origine des quotas d'émission de gaz à effet de serre. Le premier des droits de produire résulte des quotas d'émission de GES²¹⁹³, contraignant chaque émetteur à « limiter ses émissions à un niveau spécifié »²¹⁹⁴. À la suite de la signature le 8 mai 1992 de la Convention cadre des Nations unies sur le changement climatique à l'occasion du Sommet de la Terre à Rio et à la suite de l'adoption du Protocole de Kyoto le 11 décembre 1997, il fut décidé de limiter le rejet des GES naturels et industriels. À cette fin, une Directive européenne a réparti entre les États-membres un certain nombre de quotas, à la charge pour ces derniers de les répartir entre les différents acteurs du secteur industriel et du secteur des transports²¹⁹⁵. En France, cette mesure s'est traduite par l'adoption d'une ordonnance en 2004²¹⁹⁶, ensuite complétée par l'adoption de différents textes encadrant l'émission de GES²¹⁹⁷ dont la substance figure aujourd'hui aux articles L. 229-5 et suivants du Code de l'environnement.

²¹⁹¹ Comp. toutefois F. COLLART-DUTILLEUL, « La nature juridique des droits à paiement unique », art. cité, n° 13, oscillant entre la qualification de « créances qui se transmettent en suivant un formalisme appuyé » et celle de « valeurs mobilières négociables qui se transmettent par simple inscription en compte ». *Contra*. L. BODIGUEL, « Réflexions sur la réforme de la politique agricole commune et les droits à paiement unique », *Gaz. Pal.* n° 223, 11 août 2005, p. 2 *sq.*, y voyant des droits réels ou des autorisations administratives réelles ; B. PEIGNOT, « Une nouvelle donne pour l'agriculture », *Le Trait d'Union*, Juin 2006, p. 26 *sq.*, y voyant des autorisations administratives.

²¹⁹² En ce sens, J.-J. BARBIÈRI, « Vente et droits à paiement unique (visite d'un Huron au royaume des imprimés) », art. cité, n° 1.

²¹⁹³ Outre les quotas d'émission de GES, une place doit également être réservée à d'autres quotas de pollution, ayant pour objet les émissions de carbone : les unités de réduction des émissions (Ures), les unités de réduction des émissions certifiées (URces), les unités de quantités attribuées (UQA) et les unités d'absorption (UA), dont la réglementation figure aux articles L. 229-20 et suivants et R. 229-38 et suivants du Code de l'environnement.

²¹⁹⁴ M. MOLINER-DUBOST, « Le système français d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre », art. cité.

²¹⁹⁵ Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003.

²¹⁹⁶ Ordonnance n° 2004-330 du 15 avril 2004.

²¹⁹⁷ Sur leur ordonnancement et leur succession, v. not. M. PRIEUR, J. BÉTAILLE, M.-A. COHENDET, H. DELZANGLES, J. MAKOWIAK et P. STEICHEN, *Droit de l'environnement*, Dalloz, coll. « Précis », 8^{ème} éd., 2019, pp. 785 s., n° 1061.

482. Patrimonialité des quotas d'émission de gaz à effet de serre. Comme tous les droits d'exploitation concédés et comme les autres droits à produire, le quota symbolise tout à la fois une interdiction, une limite et une permission destinée « à lever une interdiction d'exercice »²¹⁹⁸. Comme l'écrit justement un auteur, « il s'agit de soumettre à autorisation de la puissance publique une émission de gaz à effet de serre qui était auparavant libre et qui le demeure pour les personnes qui n'entrent pas dans le champ d'application du dispositif »²¹⁹⁹. Ainsi, en restreignant la liberté d'émettre des GES, le législateur fait du quota le titre représentant un droit d'émettre²²⁰⁰.

Le quota d'émission de GES est d'abord un droit subjectif conférant une prérogative spécifique, dans l'ombre d'une interdiction d'émettre au-delà d'un certain seuil : le droit de produire des GES, véritable « droit à polluer »²²⁰¹ ou « permis de polluer »²²⁰². Son classement parmi les droits d'exploitation ne fait ainsi aucun doute, quand bien même certains auteurs considèrent que le quota ne serait qu'un droit personnel s'exerçant contre la puissance publique l'ayant délivré²²⁰³. Or, ainsi qu'on l'a en effet déjà relevé²²⁰⁴, l'autorité administrative n'est pas tenue d'une obligation négative de laisser-jouir, le titulaire du quota se trouvant simplement investi d'un droit à produire²²⁰⁵.

Ce droit subjectif, serait-il concédé par la puissance publique et même créé par elle, est ensuite un authentique droit patrimonial et donc un bien. D'aucuns considèrent pourtant que cette qualification entrerait en contradiction avec la nature administrative du quota, une

²¹⁹⁸ T. BONNEAU, « Quotas de CO₂, biens et titres financiers », *BJB* n° 3, 1^{er} mars 2011, p. 207, spéc. n° 2.

²¹⁹⁹ D. ROBINE, « Le transfert de propriété des quotas », *RLDA* 2011, n° 56, spéc. n° 1.

²²⁰⁰ T. REVET, « Les quotas d'émission de gaz à effet de serre (ou l'atmosphère à la corbeille ?) », *D.* 2005, p. 2632 *sq.*

²²⁰¹ M. MOLINER-DUBOST, « Le système français d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre », art. cité. *Contra.*, C. HUGLO, « Les ressources naturelles valorisées : l'exemple des quotas d'émission de gaz à effet de serre », in L. LEVENEUR (dir.), *Les « nouveaux » biens. Nouvelles qualifications ou nouveaux régimes ?*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2020, p. 101, spéc. p. 106, considérant que « les quotas ne peuvent pas correspondre à des droits à polluer même si on les assimile à des autorisations administratives, ce qu'ils ne sont pas et ne peuvent pas l'être compte tenu de leur objet ».

²²⁰² T. REVET, « Les quotas d'émission de gaz à effet de serre (ou l'atmosphère à la corbeille ?) », art. cité.

²²⁰³ T. BONNEAU, « Quotas de CO₂, biens et titres financiers », art. cité, n° 3 ; B. LE BARS, « La nature juridique des quotas d'émission de gaz à effet de serre après l'ordonnance du 15 avril 2004. Réflexions sur l'adaptabilité du droit des biens », *JCP G* n° 28, 7 juillet 2004, doct. 148, spéc. n° 11 ; W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, pp. 906-907, n° 494-2.

²²⁰⁴ Cf. supra n° 454.

²²⁰⁵ Rappr. M. PRADA, « Rapport sur La régulation des marchés du CO₂ », 19 avril 2010, qui considère que le quota ne représente pas un droit de créance (p. 64), ni un droit de propriété (pp. 68-69).

autorisation administrative ne pouvant être un bien²²⁰⁶. Pourtant, cette incompatibilité est en trompe-l'œil, la patrimonialité des autorisations administratives, qu'elles soient personnelles ou réelles, n'étant plus aujourd'hui contestée. Aussi convient-il de rejeter le prétendu obstacle tiré de la nature administrative du quota : quoique délivré par l'autorité publique, il échappe « au contrôle de l'administration »²²⁰⁷ et n'en demeure pas moins un bien²²⁰⁸.

Le quota présente enfin toutes les qualités attendues du bien²²⁰⁹. Né d'une restriction au droit d'émettre, il offre à son titulaire une prérogative rare et donc valorisable sur un marché²²¹⁰. La disponibilité du quota pour son titulaire ne fait d'ailleurs pas de doute, les textes la reconnaissant expressément : ainsi de l'article L. 229-11, I du Code de l'environnement, qui qualifie les quotas d'émission de GES de « biens meubles exclusivement matérialisés par une inscription au compte de leur détenteur » et les dote de caractères largement empruntés aux titres financiers²²¹¹ : ces droits sont ainsi négociables, transmissibles par virement de compte à compte et cessibles dès leur délivrance. Les tribunaux reconnaissant également la pleine appartenance des quotas par leurs titulaires, refusant d'y voir (pas plus d'ailleurs que le produit de leur vente) des biens de retour, dont la « propriété » devrait revenir à la personne publique, eût-elle confié à une société délégataire d'un service public les quotas dont elle était initialement

²²⁰⁶ F. BOUYSSOU, « Les autorisations administratives, sources de propriété privée ? » art. cité, n° 28, qui considère que le quota, qualifié de bien, ne serait pas « une véritable autorisation administrative ».

²²⁰⁷ T. SOLEILHAC, « Vers une commercialité des autorisations administratives », art. cité.

²²⁰⁸ En ce sens, v. not. H. DE GAUDEMAR, « Les quotas d'émission de gaz à effet de serre », art. cité ; Y. JÉGOUZO, « Les autorisations administratives vont-elles devenir des biens meubles ? », art. cité, qui relève que si, « à aucun moment, l'ordonnance ne qualifie explicitement ces quotas d'émissions de gaz à effet de serre d'autorisations administratives », il n'en demeure pas moins que « les exploitants d'installation classées soumis aux dispositions de l'ordonnance se voient délivrer ces quotas par l'autorité administrative ; ils font l'objet d'une notification ; le non-respect des quotas donne lieu à des sanctions. Ce sont donc des autorisations administratives si on veut bien laisser à cette notion la signification qu'elle revêt généralement ».

²²⁰⁹ *Contra.* H. DE GAUDEMAR, « Les quotas d'émission de gaz à effet de serre », art. cité, pour qui les quotas attribueraient moins un droit à polluer qu'une « autorisation de polluer », laquelle ne serait pas de nature patrimoniale.

²²¹⁰ F. BRENET, « La patrimonialisation des autorisations administratives – Réalités et implications », art. cité, n° 8-9.

²²¹¹ D'ailleurs, les quotas étaient jusqu'en 2012 librement négociables sur le marché boursier « Bluenext », filiale du groupe « NYSE Euronext » et de la Caisse des dépôts. Depuis, les transferts s'opèrent sur d'autres plateformes, comme le « European Energy Exchange », le « Chicago Climate Exchange » ou le « Marché climatique de Montréal ». Un auteur considère à ce titre que le quota est, par essence, un titre financier (T. BONNEAU, « Quotas de CO₂, biens et titres financiers », art. cité, n° 6), cet avis n'étant toutefois pas partagé (S. AGBAYISSAH, « Les quotas d'émission de gaz à effet de serre : un camaïeu juridique », *RDBF* n° 3, mai 2012, prat. 3).

titulaire²²¹². Aussi doit-on en toute logique considérer que le quota, en tant que droit patrimonial, puisse faire l'objet d'une sûreté réelle et faire l'objet de saisies²²¹³.

La qualification de bien du quota d'émission de GES, outre qu'elle est confirmée par les textes, trouve pour finir une justification économique²²¹⁴. Comme l'ont montré des auteurs, cette qualification a une vertu essentielle : elle incite les émetteurs à réduire leurs émissions de GES en leur offrant la perspective de revendre la portion non consommée de leurs quotas à d'autres émetteurs plus pollueurs²²¹⁵. Autrement dit, la qualification de bien de ces autorisations administratives de polluer présente l'avantage d'inscrire directement ces dernières dans un système d'échanges, l'objectif étant d'inciter les industriels à moins polluer dans l'espoir de pouvoir y gagner au change.

La technique des quotas d'émission de GES présente des vertus économiques indéniables. Conscient de cela, le législateur a également créé un outil dont le fonctionnement leur est similaire : les certificats d'économie d'énergie.

B. Les certificats d'économie d'énergie (CEE)

483. Nature des certificats d'économie d'énergie. Les certificats d'économie d'énergie (CEE), apparus dans la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 fixant les orientations de la politique énergétique (loi « POPE »), voient leur régime calqué sur celui des quotas d'émission de GES²²¹⁶ et leur réglementation figurer dans le Code de l'énergie²²¹⁷. Le dispositif des CEE présente cela dit une originalité : par les CEE, les pouvoirs publics imposent aux vendeurs d'énergie²²¹⁸, les « obligés », une obligation de réaliser des économies d'énergie. À chaque fin de période²²¹⁹, les « obligés » se voient remettre, s'ils ont réalisé des économies d'énergie, des

²²¹² A. SAMSON-DYE, « La qualification sui generis des quotas de CO2 en concession et DSP », *AJDA* 2016, p. 1502 *sq.* ; J. MARTIN, obs. sous TA Grenoble, 17 juillet 2015 et CA Lyon, 6 octobre 2017, *AJDA* 2018, p. 629.

²²¹³ C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, op. cit., p. 417, n° 410. *Adde.* M. MIGNOT, « Le nantissement de quota d'émission de gaz à effet de serre », *RDBF* n° 4, juillet 2009, étude 26.

²²¹⁴ P. HERBEL et P. KROMAREK, « Un exemple d'instrument économique de protection de l'environnement : la réduction des émissions de gaz à effet de serre », *D.* 2007, p. 963 *sq.*

²²¹⁵ T. REVET, « Les quotas d'émission de gaz à effet de serre (ou l'atmosphère à la corbeille ?) », art. cité ; M. DEFFAIRI, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, préf. M. Deguergue, IRJS Éditions, coll. « Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc », t. 61, 2015, p. 276, n° 431.

²²¹⁶ L. VIDAL, « Les certificats d'économie d'énergie », *RFDA* 2017, p. 487 *sq.*

²²¹⁷ C. éner., arts. L. 221-1 à 12 ; L. 222-1 à 9 ; R. 221-1 à 30 ; R. 222-1 à 12.

²²¹⁸ Sur la nature de l'énergie, cf. supra n° 325 s.

²²¹⁹ L'on dénombre actuellement quatre phases d'obligations : période 2006-2010, période 2011-2014, période 2015-2017 et période 2018-2021. Des discussions ont actuellement lieu afin de définir les 5^{ème} et 6^{ème} périodes

certificats équivalents à ces économies. Une fois ces certificats obtenus, ils pourront, comme les quotas d'émission de GES excédentaires, être l'objet d'échanges. En somme, les CEE apparaissent comme des récompenses offertes en contrepartie de la réalisation d'une économie d'énergie²²²⁰. En interdisant la production d'énergie au-delà d'un seuil déterminé négativement par l'obligation de réaliser des économies d'énergie²²²¹, les pouvoirs publics posent un frein à la liberté de produire indéfiniment de l'énergie. En creux se dessine donc un droit de produire de l'énergie, mais un droit dont les bornes sont fixées par les pouvoirs publics. Ce droit de produire de l'énergie, matérialisé par le CEE, peut alors – et l'analogie avec les quotas d'émission de GES prend tout son sens – être transmis à un autre « obligé » n'ayant pas réussi à réduire sa production d'énergie : parce que l'« obligé » est tenu de ne pas produire plus qu'une certaine quantité, le seul moyen de produire plus est d'acquérir auprès d'un autre « obligé » des CEE²²²².

484. Patrimonialité des CEE. Tout comme les quotas d'émission de GES, le dispositif des CEE « juxtapose obligations et mécanismes de marché », se situe entre « contrainte et incitation »²²²³. Il assure la transformation d'une obligation d'économie d'énergie « en un bien juridique susceptible d'être vendu et échangé par les obligés et les éligibles au dispositif dans le but d'inciter économiquement les obligés à réaliser l'économie d'énergie qui leur est imposée, plutôt que d'acheter de nouveaux certificats à des tiers »²²²⁴. Les CEE se présentent comme des biens créés par les pouvoirs publics, que leur dimension administrative ne saurait gommer²²²⁵. C'est d'ailleurs ce que les textes confirment : les CEE sont expressément qualifiés de « biens meubles négociables » pouvant être « détenus, acquis ou cédés » par toute personne

d'obligations (C. énerg., art. R. 221-1). À chacune de ces phases, les obligations d'économie d'énergie sont accentuées.

²²²⁰ Sur cet aspect incitatif, v. A. RAINAUD, « Les certificats d'économie d'énergie : nature hybride d'un outil de l'État piloté par les acteurs économiques », *Revue juridique de l'environnement* 2016/1 (vol. 41), p. 105, spéc. p. 106 s.

²²²¹ S'il existe une obligation de réduire la production, cela signifie mécaniquement qu'il n'est possible de produire de l'énergie que dans une certaine limite.

²²²² Notons toutefois que certaines personnes, « non-obligées » mais « éligibles » au dispositif, peuvent pareillement effectuer des actions d'économie d'énergie, valorisables en certificats, lesquels pourront être revendus aux « obligés » (C. énerg., art ; L. 221-7). Sur la question, v. not. M. BOUTONNET, « Le contrat et le droit de l'environnement », *RTD Civ.* 2008, p. 1, spéc. n° 18.

²²²³ L. VIDAL, « Les certificats d'économie d'énergie », art. cité. Sur ce double aspect, v. A. RAINAUD, « Les certificats d'économie d'énergie : nature hybride d'un outil de l'État piloté par les acteurs économiques », art. cité, p. 121, notant que si l'on se trouve dans une logique de marché, « l'État reste très interventionniste ».

²²²⁴ M. DEFFAIRI, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 282, n° 442.

²²²⁵ L. VIDAL, « Les certificats d'économie d'énergie », art. cité.

entrant dans le dispositif de l'article L. 221-7 du Code de l'énergie²²²⁶, les CEE devant être « exclusivement matérialisés par leur inscription au registre national des certificats d'économies d'énergie »²²²⁷. Le prix moyen de vente de ces certificats est encore rendu public dans un souci de transparence²²²⁸. Ainsi qu'on le voit, les CEE symbolisent des droits de produire pleinement patrimoniaux²²²⁹.

§3. Les droits à produire faiblement patrimoniaux

485. Plan. À côté des droits de produire pleinement patrimoniaux, il existe des droits de produire faiblement patrimoniaux, n'étant pas, comme les quotas d'émission de GES ou comme les CEE, parfaitement disponibles entre les mains de leurs titulaires, mais sans toutefois tomber hors de la catégorie des biens. Comme pour les droits patrimoniaux traditionnels, la patrimonialité des droits d'exploitation est également susceptible de « degrés »²²³⁰. Tel est principalement le cas des autorisations de plantation et de replantation de vignes (**A**). Tel est encore – pour le moment – le cas d'autres droits qui, dans un avenir proche, pourraient franchir les paliers de la patrimonialité : les quotas de pêche et les unités de biodiversité (**B**).

A. Les autorisations de plantation et de replantation de vignes

486. Système des autorisations de plantation et de replantation de vignes. La catégorie des droits de produire et plus largement des droits d'exploitation concédés se singularise, en tant que catégorie autonome de droits patrimoniaux, par l'origine même de ces droits. C'est par l'autorité publique que ces droits naissent, par le jeu de restrictions à des libertés préexistantes ; c'est encore par elle que le régime de ces droits se détermine. Leur régime est donc loin d'être homogène, lui qui dépend essentiellement de considérations politiques, économiques, environnementales ou agricoles. C'est ainsi que, au nom de la lutte contre la dégradation de l'environnement, le Souverain octroie aux quotas d'émission de GES et aux CEE la nature de droits parfaitement patrimoniaux : en permettant ouvertement leurs échanges et en organisant

²²²⁶ C. énerg., art. L. 221-8.

²²²⁷ C. énerg., art. L. 221-10.

²²²⁸ C. énerg., art. L. 221-11.

²²²⁹ J. MARTIN et G. PELLISSIER, « Chronique de droit des contrats publics », *JCP A* n° 8, 18 février 2019, 2043, spéc. n° 2.

²²³⁰ P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD Civ.* 1966, p. 185, spéc. pp. 206 s., n° 25 s.

leur marché, il entend inciter les émetteurs de GES et les producteurs d'énergie à réduire leurs émissions et productions, en leur offrant la perspective de revendre leur marge d'émission ou de production restante : l'économie se trouve là au service de l'environnement. Mais le Souverain peut aussi, au nom d'une politique de qualité et de valorisation des produits ou même au nom de considérations environnementales²²³¹, restreindre la patrimonialité de certains droits. Tel est précisément ce qu'il fit à l'endroit des autorisations de plantation et de replantation de vignes, dénommés jusqu'en 2012 « droits de plantation et de replantation » et qui voient leur patrimonialité fortement limitée. Ainsi que le relève Madame Couturier dans son commentaire du dispositif législatif, « l'objectif est de maintenir une régulation de la production viticole en organisant une croissance contrôlée du vignoble »²²³². Ces considérations justifient ainsi que ces droits échappent pour partie au marché et demeurent, en principe, à l'abri des échanges. Serait-ce à dire que ces droits ne sont plus patrimoniaux ? Une réponse négative peut être apportée, la commercialité d'un bien pouvant être exceptionnellement neutralisée²²³³.

487. Nature des autorisations de plantation et de replantation de vignes. Les autorisations de plantation, apparus avec le décret n° 53-977 du 30 septembre 1953 et dont le régime a été maintes fois modifié, sont mentionnées aux articles D. 665-1 et suivants du Code rural. Ces droits résultent d'autorisations administratives et répondent au souci d'encadrer au mieux le secteur viticole. À cette fin, c'est la production de vin sur le territoire qui se trouve limitée, grâce aux « instruments de contingentement de la production » que constituent ces autorisations²²³⁴. Concrètement, avant de planter une vigne, tout producteur doit obtenir une telle autorisation auprès de FranceAgriMer. Aussi apparaît-il qu'en limitant la liberté de planter, les pouvoirs publics font naître un véritable droit de planter, ce droit apparaissant comme une exception à l'interdiction de planter librement. Mais contrairement aux autres droits naissant

²²³¹ Tel est en effet l'objectif poursuivi par les députés François Ruffin et Delphine Batho qui, dans une proposition de loi du 30 juin 2020, envisagent l'instauration d'un quota carbone individuel pour limiter l'usage de l'avion (Proposition de loi n° 3164 du 30 juin 2020 visant à instaurer un quota carbone individuel pour limiter l'usage de l'avion, renvoyée à la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire). L'objectif poursuivi par ces députés est ainsi de contraindre « en douceur » la baisse du trafic aérien, dans le souci de limiter les émissions de gaz à effet de serre, en touchant non pas les compagnies aériennes par des taxes, mais bien les particuliers qui se verraient remettre chaque année un « paquet » de quotas carbone individuel de transport aérien. Chaque année serait alors établi un compte créditeur ou débiteur, sans qu'il ne soit pour le moment prévu de récompense au bénéfice de ceux qui auraient été économes, la cession de ces quotas individuels étant par ailleurs expressément interdite (article 1^{er}).

²²³² C. rur., commentaire de la sous-section relative aux autorisations de plantation de vigne, par I. COUTURIER.

²²³³ Sur cette question, cf. supra n° 252 s.

²²³⁴ P. PÉTEL, « Les droits de plantation et le droit d'arracher la vigne », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 799, spéc. p. 799, n° 1.

d'un contingentement de la production, les autorisations de plantation et de replantation ne sont pas librement cessibles. L'objectif poursuivi par le législateur, depuis 2016, confirmé par une instruction technique de la même année, est en effet d'exclure tout « risque de spéculation » autour de ces instruments et ce, jusqu'au 31 décembre 2030²²³⁵. Seules quelques exceptions demeurent, notamment en matière de successions et de donations ou en cas de fusions-absorptions et scissions d'exploitations.

488. Patrimonialité des autorisations de plantation et de replantation de vignes avant 2016. Jusqu'à l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2016 du décret du 30 décembre 2015, la pleine patrimonialité des autorisations de plantation et de replantation ne faisait pourtant guère de doute, bien que la Cour de cassation ait refusé de reconnaître la valeur patrimoniale de ces droits²²³⁶. Quant aux autorisations de replantation, qui sont des droits de plantation nés de l'arrachage ou de la disparition d'une vigne existante, leur nature patrimoniale a très vite été admise, par cela que leur mise en œuvre « n'engendre donc pas d'augmentation du potentiel de production viticole »²²³⁷. Il est vrai qu'initialement, l'article 35 du décret du 30 septembre 1953 les considérait comme « incessibles » et les attachait indissolublement à l'exploitation, ce que confirmera d'ailleurs le décret n° 58-1431 du 30 décembre 1958. Mais peu à peu, la cessibilité du droit de replantation fut admise. D'abord, par le décret n° 64-453 du 26 mai 1964, puis par le décret n° 87-128 du 25 février 1987. Ensuite et surtout, par le règlement n° 1493/1999 du 17 mai 1999 qui, en son article 4, « libérait finalement le système du fait de l'amélioration de "l'équilibre du marché" du vin »²²³⁸. Ainsi furent admis les transferts des droits de replantation.

Quant aux autorisations de plantation, leur patrimonialité fut également reconnue, avant l'entrée en vigueur du décret du 30 décembre 2015. Les anciens articles R. 665-6 et R. 665-9 du Code rural prévoyaient en effet que les titulaires d'autorisations de plantation pouvaient solliciter des droits de plantation auprès d'autres exploitations, dans les conditions prévues par

²²³⁵ Instr. Techn. N° DGPE/SDFE/2016-293 du 5 avril 2016 : DOMAAT n° 16 du 14 avril 2016.

²²³⁶ Cass. 3^{ème} civ., 29 mars 2000, n° 98-18.794, *Bull. civ.* III, n° 71, considérant que les droits de plantation et de replantation étant exclusivement attachés au fonds supportant l'exploitation viticole donnée à bail, ils ne constituent pas en eux-mêmes une amélioration culturale pouvant donner lieu à indemnité. V. également Cass. 3^{ème} civ., 12 juillet 2000, n° 98-18.048, *Bull. civ.* III, n° 142.

²²³⁷ F. BARTHE, « De la terre à l'exploitation de la vigne », *Dr. rur.* n° 405, août 2012, dossier 24, spéc. n° 12. V. également S. CREVEL et F. ROUSSEL, « Entre droit des biens et droit des obligations, l'amphibologie des droits de replantation », *Dr. rur.* 1998, p. 591, spéc. p. 593.

²²³⁸ E. AGOSTINI et F. ROUSSEL, « Les droits de replantation (à propos de l'arrêt Mazoyer) », *D.* 2001, p. 1813 *sq.*

le règlement européen n° 1234/2007 du 22 octobre 2007 portant organisation commune des marchés dans le secteur agricole, tout comme ils organisaient également les transferts de droits de replantation entre exploitations viticoles. Le décret du 30 décembre 2015 marque donc une rupture profonde dans le régime des autorisations de plantation et de replantation²²³⁹. Reste à savoir si cette rupture a eu des conséquences sur la qualification même des autorisations de plantation et de replantation de droits patrimoniaux.

489. Patrimonialité des autorisations de plantation et de replantation de vignes depuis 2016. D'aucuns avancent que l'incessibilité à titre onéreux des autorisations de plantation a affecté leur qualification de biens, écrivant ainsi que « les autorisations de plantation peuvent seulement être qualifiées de droits extrapatrimoniaux »²²⁴⁰. L'argument, justifié par la nature administrative du droit de plantation, paraît douteux. D'abord et ainsi que cela a déjà été expliqué²²⁴¹, il n'existe aucune incompatibilité entre la qualification d'autorisation administrative et celle de bien. Surtout, la nature des autorisations de plantation n'a pas changé à l'occasion du décret de 2015 ; seul son régime a évolué, ces autorisations ayant toujours été des autorisations administratives. Ensuite, la possibilité de transmettre les droits de plantation, même à titre gratuit, accrédite l'idée qu'il s'agit bien de droits patrimoniaux²²⁴². Seule demeure interdite la spéculation. Mais alors, il apparaît que la mise hors du marché des autorisations de plantation n'apparaît que comme un accident et non comme un principe substantiel, apparaît comme une exception à un principe de libre disponibilité qui se justifie par des considérations purement politiques. Surtout, le décret du 30 décembre 2015, en postulant l'incessibilité à titre onéreux de ces autorisations, a dans le même temps considérablement assoupli les conditions nécessaires à l'obtention d'une autorisation de plantation, celle-ci étant depuis lors délivrée

²²³⁹ J.-M. BAHANS et M. MENJUCQ, « Des droits de plantation aux autorisations de plantation de vigne : continuité et discontinuité des politiques viticoles », *Dr. rur.* n° 445, août 2016, étude 27, spéc. n° 12.

²²⁴⁰ *Ibid.*, n° 14.

²²⁴¹ Cf. *supra* n° 455.

²²⁴² Ainsi la commission communale d'aménagement foncier peut-elle procéder à la redistribution et à la cession des droits à la culture de la vigne au sein d'un même périmètre d'aménagement foncier agricole et forestier (C. rur., art. L. 123-32), tout comme FranceAgriMer peut encore autoriser les transferts d'autorisations entre personnes physiques à l'occasion de l'ouverture d'une succession ou par donation, ou entre personnes morales à l'occasion de la fusion-absorption d'un producteur ou de la fusion de deux producteurs (Instruction technique DGPE/SDFE/2016-293 du 5 avril 2016, n° NOR AGRT1608343C, prise en application du règlement n° 1308/2013 du 17 décembre 2013). Enfin, l'on relèvera qu'en cas d'échanges et cessions amiables d'immeubles ruraux, le transfert de propriété entraîne cessibilité des autorisations de plantation, « même si le fonds transféré n'est pas planté en vigne au jour de l'échange » (C. rur., art. L. 124-2). Sur la question, v. F. BARTHE, « De la terre à l'exploitation de la vigne », art. cité, n° 23-26, relevant ainsi que « dès lors que le droit de planter est cessible dans certaines circonstances, difficile de ne pas évoquer sa valorisation, sa patrimonialité ».

gratuitement par l'administration²²⁴³. L'état autour de la délivrance de nouvelles autorisations étant desserré, il n'y a ainsi plus lieu de contraindre les exploitants à se tourner vers le marché pour en obtenir, l'administration s'assurant dans le même temps de la qualité de la production viticole en gardant la mainmise sur la délivrance des autorisations²²⁴⁴. Pour autant, si les autorisations de plantation accusent désormais un fort caractère personnel et moins un caractère réel²²⁴⁵, il serait excessif de considérer qu'il ne s'agit plus de biens. L'on s'en convaincra sans mal en notant que leur valeur, née de leur contingentement, détermine très largement celle de l'exploitation dont elles sont les accessoires²²⁴⁶, un parallèle pouvant facilement être dressé avec les anciens quotas laitiers et betteraviers²²⁴⁷.

Tel qu'on le voit, si les autorisations de plantation et de replantation ne circulent plus aussi librement qu'avant 2016, elles n'en demeurent pas moins d'authentiques droits patrimoniaux. La limitation de leur patrimonialité, loin de les disqualifier, manifeste simplement la mainmise de l'administration sur des instruments désormais soustraits aux logiques marchandes, à l'image d'autres droits patrimoniaux dont la commercialité est pareillement atténuée. Si le Souverain peut ainsi affecter le régime de ces droits, décidant de limiter leur disponibilité et donc leur patrimonialité, il peut encore, pour d'autres droits, opter pour les placer plus largement dans le commerce juridique et économique. De nombreuses voix plaident dès lors pour la reconnaissance de la patrimonialité pleine et entière d'autres droits à produire que sont les quotas de pêche et les unités de biodiversité.

B. Autres illustrations : les quotas de pêche et les unités de biodiversité

490. Vers la cessibilité des quotas de pêche ? Afin d'assurer la reproduction de la ressource halieutique, le Conseil de l'Union européenne fixe chaque année des totaux autorisés de capture

²²⁴³ Règlement n° 1308/2013, considérant 56.

²²⁴⁴ S. DE LOS ANGELES, « La réforme des autorisations de plantation en dix questions », *Defrénois* n° 4, 28 février 2016, p. 186 *sq.* V. également J.-M. BAHANS et M. MENJUCQ, « Des droits de plantation aux autorisations de plantation de vigne : continuité et discontinuité des politiques viticoles », art. cité, n° 4, qui soulignent que le nouveau régime a été adopté en vue de « promouvoir une croissance contrôlée des vignobles, sous l'égide des États ».

²²⁴⁵ Comp. Cass. 3^{ème} civ., 24 mars 1999, n° 97-14.303, *Bull. civ.* III, n° 77, considérant que les droits de plantation et de replantation étaient « attachés à l'exploitation viticole sur laquelle ils sont nés ».

²²⁴⁶ Rapp. E. AGOSTINI et F. ROUSSEL, « Les droits de replantation (à propos de l'arrêt Mazoyer) », art. cité, qui soulignent que « point n'est besoin de revenir sur le fait que les droits de plantation au sens large apportent une plus-value au fonds en constituant le titre qui ouvre la porte à la finance. Comme toute autorisation administrative d'exercer une activité professionnelle, ils sont donc une valeur ». V. également F. BARTHE, « De la terre à l'exploitation de la vigne », art. cité, n° 26.

²²⁴⁷ Cf. supra n° 477 et 478.

(TAC), limitant le tonnage de capture par espèce et par zone. Chaque État se voit offrir une part fixe de TAC (« quotas nationaux »), à charge pour lui de les redistribuer, notamment entre les organisations de producteurs ou entre les différents navires²²⁴⁸, habilités par licence à l'exercice de la pêche²²⁴⁹ et ne pouvant en tout état de cause poursuivre leur activité une fois leur sous-quota épuisé²²⁵⁰. Mais ces droits à produire, nés de la limitation de la liberté de pêcher, demeurent aujourd'hui incessibles, l'objectif défendu par le législateur étant d'assurer un égal accès à la ressource halieutique, ce qu'exprime textuellement l'article L. 921-1, al. 2 *in fine* du Code rural. Les seuls transferts admis de ces quotas sont précisément encadrés par le législateur, n'autorisant la réattribution de l'autorisation de pêche qu'au sein, par exemple, des navires d'un même producteur ou en cas de remplacement d'un producteur²²⁵¹.

Pourtant, prenant exemple sur d'autres pays comme, notamment, la Norvège, l'Islande, la Nouvelle-Zélande ou l'Australie, de nombreuses voix s'élèvent pour admettre la reconnaissance des quotas individuels transférables (QIT). Ces revendications, loin d'être anecdotiques, ont d'ailleurs été de nombreuses fois renouvelées et ce, dès les années 1990²²⁵². Si la reconnaissance des QIT dans l'ordre interne a pu faire douter un auteur²²⁵³, force est d'admettre que le seul obstacle à leur pleine patrimonialisation pourrait prochainement être levé²²⁵⁴, ce qui irait dans le sens d'une harmonisation au niveau mondial de ces pratiques.

491. Vers la cessibilité des unités de biodiversité ? Le même constat est également fait à l'endroit des unités de biodiversité, lesquelles « permettent la mise en œuvre d'un mécanisme de compensation environnementale » et dont le but est de sauvegarder « la biodiversité sur les

²²⁴⁸ C. rur., arts. L. 921-4 et R. 921-35.

²²⁴⁹ CE, 31 juillet 1996, n° 154797.

²²⁵⁰ C. rur., art. R. 921-54.

²²⁵¹ C. rur., art. R. 921-32.

²²⁵² C. BENJAMIN et H. GUYOMARD, « Analyse des modes de régulation publique des pêcheries : applicabilité d'un système de quotas individuels transférables à l'Union européenne », INRA, décembre 1996, spéc. p. 17 s. ; G. BUISSON et M. BARNLEY (Dir.), *Les quotas individuels de pêche transférables. Bilan et perspectives pour une gestion durable des ressources*, avril 2007 ; M. MARCEL-PIERRE et P. CLÉACH, Rapport n° 132 (Sénat) et 1322 (Assemblée nationale) au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et techniques, 11 décembre 2008, pp. 109 s. ; Ministère de l'agriculture, Rapport, sur les quotas de pêche individuels transférables : analyse et propositions de modernisation du système français de gestion des quotas de pêche, octobre 2012 ; Autorité de la concurrence, Avis n° 15-A-19 et relatif aux effets sur la concurrence du mécanisme de répartition des quotas de pêche en France, 16 décembre 2015, ce dernier se montrant ouverte à la mise en place d'un système de QIT (p. 24 s.).

²²⁵³ M. MORIN, « L'avis de l'Autorité de la concurrence sur le mécanisme de répartition des quotas de pêche en France », *Neptunus*, vol. 22, 2016/1.

²²⁵⁴ Sur la question v. G. PROUTIERE-MAULION, « Essai sur la nature juridique du quota de pêche, contribution à la notion juridique de bien », *Annuaire de droit maritime et océanique* n° 21, 1^{er} janvier 2003, p. 307 sq.

terres privées en accordant des crédits de biodiversité aux propriétaires fonciers qui peuvent les échanger pour compenser l'impact de la réalisation de projets d'infrastructures sur l'environnement »²²⁵⁵. D'aucuns plaident pour la mise en œuvre d'un marché de ces unités. Il fut même proposé dans un Livre vert européen de 2007²²⁵⁶ de créer des titres négociables et des crédits « zones humides » parfaitement mobilisables. Comme le souligne un auteur, le mécanisme proposé se calquerait sur celui des échanges de quotas de GES : « des entreprises spécialisées créent des zones humides et vendent ensuite des crédits “zones humides” aux promoteurs », dans le but de « compenser les dégâts inévitables que les projets d'aménagement causent à la biodiversité »²²⁵⁷.

492. Conclusion de la section II. La gamme des droits à produire est riche et prétendre à l'exhaustivité aurait été une ambition excessive dans le cadre de ce travail. Néanmoins, les développements précédents suffisent à dégager les principaux traits permettant d'identifier ces droits. Ces droits sont conférés par la puissance publique qui, limitant une liberté de produire, elle-même déclinable sous de multiples formes (liberté de produire et de commercialiser des denrées alimentaires, liberté d'émettre des GES, liberté de produire de l'énergie, liberté de planter, liberté de pêcher, etc.), crée mécaniquement, dans le sillage de ces interdictions, de véritables droits, rares car contingentés, ainsi que valorisés car rares et essentiels à la poursuite d'une activité. Aussi, la limitation par les pouvoirs publics d'une liberté de produire a pour corollaire nécessaire la mise à jour de droits à produire, ce raisonnement valant pareillement pour les droits d'exercice nés du contingentement d'une liberté d'activité. Ces droits prennent d'ailleurs fréquemment le relais de droits d'exercice, mais s'en distinguent au motif qu'ils n'ont pas spécifiquement pour objet la poursuite d'une activité, sinon la production de produits dans le cadre d'une activité plus générale.

À l'examen, il est apparu que ces droits sont tous patrimoniaux. Si cette patrimonialité apparaît au grand jour pour certains d'entre eux, elle se révèle encore en filigrane pour d'autres. Mais la faible patrimonialité de certains d'entre eux, loin de les disqualifier de la catégorie des droits patrimoniaux, ne fait que renforcer leur attache personnelle à leur titulaire, au nom de

²²⁵⁵ M. DEFFAIRI, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, op. cit., p. 282, n° 443.

²²⁵⁶ *Livre vert sur les instruments fondés sur le marché en faveur de l'environnement et des objectifs politiques connexes*, COM (2007) 140 final, p. 15, point 4.3.

²²⁵⁷ M.-P. CAMPROUX-DUFFRÈNE, « La création d'un marché d'unité de biodiversité est-elle possible ? », *Revue juridique de l'environnement* n° 1, 2009, p. 69, spéc. p. 69. L'auteur se montre cependant réticente à admettre la création d'un tel marché, pour la raison – étonnante – que la biodiversité étant une chose commune, elle « [échapperait] à la patrimonialisation », *ibid.* p. 73.

considérations essentiellement politiques. Il n'existe ainsi pas de différence de nature entre ces droits, mais de simples différences de degrés quant à leur régime.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

493. Nature des droits d'exploitation concédés. Au terme de ce chapitre, il apparaît nécessaire de consacrer, dans la famille des droits patrimoniaux, la catégorie originale que forment les droits d'exploitation concédés par l'administration. Ces droits sont originaux tant par leur origine que par leur aspect interne. Nés de la limitation d'une liberté par les pouvoirs publics, ils apparaissent comme des concessions que le Souverain accorde sur l'exercice d'une activité ou la production de certains produits. Dans le sillage de ces limitations de liberté, les pouvoirs publics accordent à certaines personnes des monopoles d'exercice ou de production, constitutifs de véritables droits subjectifs à l'exercice d'une activité ou à la production de produits.

494. Régime des droits d'exploitation concédés. Leur régime, cependant, ne diffère guère des autres figures classiques de droits patrimoniaux, à ceci près que le Souverain, parce qu'il délivre le titre, reste à même d'affecter leur circulation et même leur existence au nom de considérations politiques ou économiques. La présence éminente des pouvoirs publics dans l'expression de ces droits traduit leur singularité : ces droits demeurent précaires, susceptibles de disparaître du jour au lendemain, soit que l'administration décide de replacer l'activité ou la production dans le domaine de la liberté, soit que ces droits viennent naturellement à s'éteindre une fois les autorisations arrivées à leur terme. Malgré cette limite, ces droits constituent des richesses indiscutables dans le patrimoine de leurs titulaires et demeurent, pour la plupart et sauf limites apportées par le Souverain, aptes aux échanges marchands.

495. Typologie des droits d'exploitation concédés. Ces droits peuvent prendre la forme de droits d'exercice comme de droits à produire. Les droits d'exercice sont des droits qui naissent dans le creux d'interdictions préalables : celles d'exercer une activité économique. En faisant de l'exercice de l'activité une exception, les pouvoirs publics assurent mécaniquement aux titulaires de ces droits d'exercice un monopole d'exercice, prenant la forme d'un permis, d'une licence ou, pour certaines activités réglementées, d'un office ministériel. Les droits à produire obéissent globalement au même schéma, à ceci près que les pouvoirs publics auront, en amont, limité la production ou la commercialisation de certains produits en l'interdisant au plus grand nombre. Le quota comme l'autorisation de production matérialise donc le titre qui figure dans le patrimoine de son titulaire.

À côté de ces droits d'exploitation concédés, une place doit être réservée à d'autres droits d'exploitation, ne naissant plus d'une concession des pouvoirs publics, mais de l'activité créatrice d'une personne : les droits d'exploitation conquis.

CHAPITRE II. LES DROITS D'EXPLOITATION CONQUIS

496. Les droits d'exploitation conquis : entre monopoles et quasi-monopoles. La famille des droits d'exploitation ne saurait être limitée aux seuls droits qui naissent d'une autorisation administrative. Les droits d'exploitation peuvent, en effet, encore naître de l'activité intellectuelle de la personne²²⁵⁸, en somme d'un « acte créateur »²²⁵⁹. Ces droits ne résultant plus d'une concession des pouvoirs publics, ils apparaissent au contraire comme des droits que la personne aura elle-même conquis, par sa seule force de travail²²⁶⁰.

La force de travail peut, dans une première approche très générale, être mise au service de la création d'une œuvre ou au service de la création d'une invention. L'acte de création se verra là récompensé et l'œuvre comme l'invention protégées par un droit offrant à son titulaire le bénéfice exclusif de son exploitation et revêtant les habits d'un droit patrimonial. Mais si l'activité humaine peut générer ou être la cause d'un tel droit privatif, le propos peut-il être généralisé ? Peut-on reconnaître au détenteur d'une information un véritable droit sur son exploitation, alors même qu'elle aurait émergé de son génie ou de son industrie ? Peut-on encore reconnaître au professionnel qui s'est employé à réunir une clientèle fidèle à ses produits ou services un droit sur son exploitation ? L'enjeu est de taille et la question divise. D'aucuns plaident ainsi pour que l'information, comme l'œuvre ou l'invention, soit l'objet d'un authentique droit patrimonial, malgré son caractère *a priori* non rival et non exclusif qui la fait échapper aux prévisions du Code de la propriété intellectuelle. D'aucuns voient encore la clientèle comme l'objet d'un tel droit, malgré sa nature évanescence et la liberté fondamentale des clients qui la forment. Une chose est certaine : le législateur ne s'est jamais clairement prononcé dans un sens ou dans l'autre. Malgré tout, certains indices laissent à penser que la reconnaissance d'un embryon de droit, ou quasi-monopole, reste possible sur ces objets. Telle est en tout cas l'option que l'on s'efforcera de défendre.

Qu'il s'agisse de reconnaître un droit sur une œuvre ou sur une invention et plus largement sur toute production de l'esprit ou du travail ou qu'il s'agisse d'en reconnaître un sur une

²²⁵⁸ C. LARROUMET et A. AYNÈS, *Traité de droit civil*, t. I : *Introduction à l'étude du droit*, Economica, coll. « Corpus droit privé », 6^{ème} éd., 2013, p. 376, n° 518 ; J. GHESTIN, H. BARBIER et J.-S. BERGÉ, *Traité de droit civil*, t. I : *Introduction générale*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2018, p. 260, n° 327 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2013, pp. 241-242, n° 22.

²²⁵⁹ P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, Sirey, 1952, p. 97, n° 21.

²²⁶⁰ P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *RTD Civ.* 1935, p. 251, spéc. p. 260, n° 2 : « ces droits ne représentent pas une simple concession de l'État, ils naissent directement du fait de l'invention ou de la création de l'œuvre. L'État ne peut jouer qu'un rôle *déclaratif*, non attributif, de droits ».

information ou une clientèle, c'est encore et toujours l'effort d'une personne que l'on entend, au fond, récompenser et garantir. Que le droit soit actuellement reconnu ou qu'il n'existe qu'en bribes, son origine procède principalement de la force de travail d'une personne, d'où le qualificatif de droit « intellectuel » plus largement employé à son égard²²⁶¹. C'est précisément là que réside l'unité des droits d'exploitation conquis, paraissant parfois sous les traits d'un véritable droit patrimonial ou parfois sous les traits plus imparfaits d'un quasi-monopole ou monopole de fait, faute pour le Souverain de s'être prononcé (ou faute pour lui de *pouvoir* se prononcer) sur la question.

497. Plan. Aussi s'agit-il d'examiner successivement ces deux figures de droits d'exploitation conquis. D'un côté figurent les droits intellectuels, véritables droits subjectifs de nature patrimonial offrant à leur titulaire le bénéfice, *en droit*, d'une exploitation économique (**Section I**). De l'autre figurent ce que l'on pourrait nommer « quasi-monopoles », embryons de droits subjectifs que certaines personnes s'arrogent et par lesquels ils peuvent, *en fait*, parvenir à l'exploitation d'une richesse (**Section II**).

SECTION I. LES DROITS INTELLECTUELS

498. Plan. Les droits intellectuels, habituellement dénommés droits de « propriété intellectuelle », sont généralement perçus comme d'authentiques droits de propriété ayant pour objets des « choses » incorporelles. La préférence donnée au modèle propriétaire trouve une certaine justification historique (§1), mais doit malgré tout être questionnée : les prérogatives dont sont investis leurs titulaires ne sont pas celles d'un propriétaire. Quant aux objets de telles prérogatives, ce ne sont pas des choses. Ces droits, dans leur aspect interne, permettent à leur titulaire non pas de jouir d'une « chose », mais de retirer les fruits d'une activité créative dans une perspective essentiellement économique. Leur contenu est tout entier tourné vers l'exercice de prérogatives d'exploitation, dont l'objet n'est autre que le résultat de l'effort qui a présidé à la reconnaissance d'un droit. Aussi convient-il de rejeter ce modèle propriétaire au bénéfice de la qualification de droit d'exploitation (§2).

²²⁶¹ W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, p. 795, n° 431 : « le terme générique de “biens intellectuels” pour les désigner est un hommage à leur cause effective : c'est parce que la forme et la fonction émanent d'une activité créatrice ressortissant à l'intellect de l'homme qu'on peut les qualifier ainsi ».

§1. Le modèle propriétaire

499. Plan. La référence propriétaire pour qualifier les droits des créateurs n'est ni neuve, ni anodine. L'on s'en convaincra en retraçant dans un premier temps et dans les grandes lignes seulement les événements qui conduisirent à l'adopter (A) avant d'analyser son actualité en droit positif (B).

A. L'avènement du modèle propriétaire

500. Privilèges des éditeurs. La reconnaissance d'un droit de propriété au bénéfice des créateurs de productions de l'esprit était loin, historiquement, d'être acquise. Vivait, dans l'imaginaire collectif, cette idée tenace que l'auteur ou l'artiste était moins au service de son propre confort qu'à l'élévation spirituelle de la société. Le créateur était ainsi vu comme un être altruiste, consacrant son temps et son génie à l'instruction du peuple à qui il « offrait » sa science et son érudition. Sous l'Ancien Régime, régnait donc une certaine « idéologie du don, du partage et de la gratuité », suivant cette idée que le savoir est « un don divin que les hommes doivent partager gratuitement »²²⁶². Aussi n'était-il nullement question de reconnaître aux auteurs ou artistes quelque droit que ce soit sur leurs créations, d'autant plus que ces derniers cultivaient eux-mêmes cette idéologie du don, considérant comme une bénédiction que leurs œuvres soient diffusées. Revendiquer outre mesure un droit à rémunération eût en effet été faire « honte à leur art sacré »²²⁶³. En vérité, il eût été de toute manière bien peu probable qu'ils obtinssent quoi que ce soit : avec l'introduction de l'imprimerie en France dans la seconde moitié du XV^{ème} siècle, pesaient en effet sur les éditeurs (également imprimeurs) de lourdes charges, que le Souverain s'employa à alléger en reconnaissant à ces derniers de véritables privilèges par lesquels il garantit à ces personnes un monopole temporaire d'exploitation sur les œuvres ainsi éditées et imprimées, pérennisant de ce fait leur activité industrielle de diffusion du savoir, au détriment des auteurs eux-mêmes²²⁶⁴.

²²⁶² L. PFISTER, « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX^e siècle », *RIDA* 2005, p. 116, spéc. p. 127.

²²⁶³ M.-C. DOCK, « Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire », *RIDA* 1974, p. 126, spéc. p. 179.

²²⁶⁴ *Ibid.*, p. 163.

501. Modification de la nature des privilèges. Un premier tournant eut cependant lieu dès le XVI^{ème} siècle. Les raisons qui poussèrent le Souverain à accorder des privilèges avaient disparu : le perfectionnement des machines d'imprimerie et la baisse des coûts pesant sur les éditeurs ne justifiaient plus le maintien de ces monopoles. Mais si les éditeurs pouvaient être soulagés, tel ne fut pas le cas de l'État, qui redoutait que des « doctrines qui pouvaient se révéler préjudiciables » pour lui se mettent à circuler facilement et en quantité²²⁶⁵, certains éditeurs s'en faisant les relais. Aussi fallait-il pour l'État en limiter le nombre, dans l'objectif de contrôler la diffusion des écrits. À cette fin, les privilèges prirent une nouvelle fonction : celle d'imposer une censure. Mieux, les privilèges ne furent plus accordés qu'aux seuls éditeurs « loyaux » au pouvoir central et ayant obtenu une permission d'imprimer : « d'instrument de protection des intérêts de l'éditeur, les privilèges deviennent une institution protectrice de l'ordre public »²²⁶⁶.

502. Revendication des auteurs. Un deuxième tournant eut lieu au XVIII^{ème} siècle, venant cette fois-ci des auteurs, lesquels se mirent à réclamer leur dû, certainement enhardis par les conquêtes de leurs homologues britanniques qui obtinrent, en 1710, la reconnaissance d'un droit exclusif de reproduction à travers le *Statute of Anne* ou Loi de la Reine Anne. C'est précisément un tel droit que revendiquent désormais les auteurs, soutenus dans leur lutte contre les éditeurs (essentiellement parisiens) par bon nombre d'éditeurs de province, fort peu garnis en privilèges. Tout le débat était alors de savoir si l'on pouvait reconnaître à l'auteur un véritable droit sur son œuvre. Les éditeurs parisiens répondirent négativement, considérant que si la création appartient initialement à l'auteur, celle-ci lui échappe sitôt qu'il la transmet à l'éditeur²²⁶⁷, considérant encore qu'un tel droit risquerait d'entraver la diffusion du savoir par cela que les ouvrages se vendraient à un prix trop élevé, compte tenu de la rémunération des auteurs²²⁶⁸. L'intérêt d'une telle position pour les éditeurs était évident : conserver ce que Monsieur Gaudrat nomme justement un « monopole *institutionnel de communication* »²²⁶⁹ et par lequel ils s'assuraient un profit certain dans la compétition économique.

C'est pour résoudre ce conflit qu'un arrêt du conseil d'État du Roi fut rendu, le 30 août 1777, portant règlement sur la durée des privilèges en librairies. Le préambule de cet arrêt est riche

²²⁶⁵ *Ibid.*, p. 167.

²²⁶⁶ *Ibid.*, p. 169.

²²⁶⁷ *Ibid.*, p. 193.

²²⁶⁸ L. PFISTER, « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX^e siècle » art. cité, pp. 139-141.

²²⁶⁹ P. GAUDRAT, « L'importance de la référence propriétaire dans la loi du 11 mars 1957 », *RIDA* 2009, p. 2, spéc. p. 17.

d'enseignements : s'il est reconnu que « le privilège en librairie est une grâce fondée en justice », il est encore reconnu à l'auteur « un droit plus assuré à une grâce plus étendue ». Une conciliation est ainsi opérée entre les intérêts économiques des éditeurs, dont on réduit la durée des privilèges sans pour autant les nier, et ceux des auteurs, auxquels on reconnaît en creux une « propriété de droit » que viendrait garantir un privilège les récompensant de leur travail²²⁷⁰. Le germe d'un droit reconnu aux auteurs fut planté, lequel finit par éclore au lendemain de la Révolution. La suppression des privilèges – y compris ceux des éditeurs et des auteurs – par l'Assemblée Constituante dès la nuit du 4 août 1789 fut l'occasion de redistribuer les cartes.

503. L'impact de la Révolution. Deux importants décrets-lois virent le jour dans les premières années suivant la Révolution, avec pour objectif principal de protéger les intérêts pécuniaires des auteurs en leur reconnaissant un droit exclusif de reproduction de leurs œuvres²²⁷¹. Ce furent d'abord les auteurs dramatiques qui en bénéficièrent, avec le décret-loi des 13-19 janvier 1791 et dont Le Chapelier fut le porte-voix au nom du Comité de constitution, dénonçant en des mots forts le « despotisme qui flétrissait tout, qui portait ses regards sur toutes les institutions pour les maîtriser » et qui « avait envahi cette propriété commune et l'avait mise en privilège exclusif »²²⁷². Ce texte²²⁷³, outre qu'il institue la liberté des théâtres (article 1), reconnaît surtout aux auteurs et à leurs héritiers ou cessionnaires la « propriété de leurs ouvrages durant l'espace de cinq années après la mort de l'auteur » (article 5) ainsi encore qu'un droit exclusif de reproduction à leur bénéfice (article 3). Ce droit fut ensuite reconnu à l'ensemble des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs

²²⁷⁰ En ce sens, v. P. GAUDRAT, « L'importance de la référence propriétaire dans la loi du 11 mars 1957 », art. cité, pp. 21-23 ; M.-C. DOCK, « Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire », art. cité, pp. 193-195.

²²⁷¹ O. LALIGANT, « La révolution française et le droit d'auteur », *RRJ* 1989-2, p. 343, spéc. p. 391. Les éditeurs et comédiens ne furent pas en reste : s'ils venaient certes de perdre leurs privilèges, ils bénéficièrent en retour de la sollicitude des artistes et auteurs eux-mêmes, seuls à même désormais de garantir leurs droits. Comme l'écrit en effet un auteur, « c'est le contrat qui va habiliter juridiquement le libraire ou la compagnie de comédiens à reproduire ou représenter l'œuvre librement créée et à en interdire toute contrefaçon » (A. KEREVER, « Révolution française et droit d'auteur », *RIDA* 1989, p. 3, spéc. pp. 3-4).

²²⁷² I.-R.-G. LE CHAPELIER, Rapport du comité de constitution sur la pétition des auteurs dramatiques, séance du 13 janvier 1791, in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, Première série (1787-1799), t. XXII, du 3 janvier au 5 février 1791, Paris, Librairie Administrative P. Dupont, 1885, pp. 210-214, spéc. p. 210. Le Chapelier soutint encore que « les auteurs dramatiques demandent la destruction du privilège exclusif qui place dans la capitale un théâtre unique où sont forcés de s'adresser tous ceux qui ont composé des tragédies ou des comédies d'un genre élevé ; ils demandent que les comédiens attachés à ce théâtre ne soient plus, ni par le droit, ni par le fait, les possesseurs exclusifs des chefs-d'œuvre qui ont illustré la scène française ; et, en sollicitant pour les auteurs et leurs héritiers ou cessionnaires la propriété la plus entière de leurs ouvrages pendant leur vie et cinq ans après leur mort, ils reconnaissent et même ils invoquent les droits du public, et ils n'hésitent pas à avouer qu'après le délai de cinq ans, les ouvrages des auteurs sont une propriété publique ».

²²⁷³ Complété par le décret-loi des 19 juillet-6 août 1791.

par le décret-loi des 19-24 juillet 1793, présenté cette fois-ci par Lakanal. Ce dernier texte reconnaît à ces artistes et auteurs un véritable « droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages » (article 1) et allonge à dix ans la durée de ce droit au bénéfice de leurs héritiers ou cessionnaires (articles 2 et 7). De très nombreux autres textes verront pareillement le jour dans le siècle qui suivit²²⁷⁴, affermissant et modelant le droit d'auteur jusqu'à l'adoption de la grande loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.

504. Importance de la référence propriétaire. La référence explicite à la propriété dans ces textes révolutionnaires est doublement novatrice : elle marque d'abord la reconnaissance, au profit de l'auteur ou de l'artiste, d'un authentique droit à jouir des fruits de son travail. Elle fait ensuite et surtout de ce droit un droit naturel qui ne dépendrait pas de l'arbitraire de l'État mais « de l'ordre naturel » et « du seul fait de la création intellectuelle »²²⁷⁵. Cette approche propriétaire et naturaliste du droit de l'auteur apparaissait comme une nécessité au lendemain de la Révolution : quel meilleur moyen de garantir l'auteur contre une spoliation sinon en lui reconnaissant un droit de propriété sur son œuvre, droit reconnu comme « inviolable et sacré » par l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen quelques années seulement auparavant ? La référence propriétaire était donc essentiellement opportuniste, mue par la volonté de rompre définitivement avec les vestiges de l'Ancien Régime et le système des privilèges.

505. Fonction des droits de « propriété intellectuelle ». Si le législateur reconnut au créateur un droit de propriété sur les fruits de son travail, il le fit encore en contemplation de l'intérêt du public à qui ces œuvres sont destinées, cultivant un compromis « entre l'intérêt

²²⁷⁴ Décret-loi du 1^{er} septembre 1793 reconnaissant aux auteurs dramatiques la propriété de leurs ouvrages ; décret du 1^{er} germinal an XIII (22 mars 1805) reconnaissant la propriété des ouvrages posthumes ; décret du 7 germinal an XIII (29 mars 1805) concernant la propriété des livres d'église ; décret du 8 juin 1806 réglementant le statut des auteurs ; décret du 20 février 1809 relatif aux manuscrits des archives ; décret du 5 février 1810 relatif à la répression de la contrefaçon ; décret du 15 octobre 1812 relatif au Théâtre-Français ; ordonnance du 6 juin 1814 relatif aux dessins manuscrits des cartes marines ; loi du 6 mars 1841 relative aux douanes ; loi des 3-17 août 1844 reconnaissant aux veuves et enfants d'auteurs d'ouvrages dramatiques le droit d'autoriser la représentation et d'en conférer la jouissance à autrui pendant vingt ans ; décret des 28-31 mars 1852 concernant le régime douanier ; loi des 8-15 avril 1854 reconnaissant aux veuves et enfants d'auteurs, compositeurs et artistes le bénéfice des décrets-lois des 13-19 janvier 1791 et 19-24 juillet 1793 ; décret des 9-31 décembre 1857 relatif au régime colonial ; décret du 29 novembre 1859 relatif au Théâtre-Français ; loi des 16-25 mai 1866 relative à la fabrication et à la vente d'instruments servant à reproduire mécaniquement des airs de musique du domaine privé ; loi des 14-19 juillet 1866 portant à cinquante ans *post-mortem* la durée des droits accordés par les lois antérieures aux héritiers, successeurs, donataires ou légataires des auteurs, compositeurs ou artistes ; décret du 29 octobre 1887 relatif aux colonies.

²²⁷⁵ M.-C. DOCK, « Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire », art. cité, p. 199.

particulier et l'intérêt du public »²²⁷⁶. Car, au fond, l'auteur ou l'artiste crée moins pour lui que pour autrui, contribue à « élever le niveau culturel d'un certain nombre d'individus et, par voie de conséquence, de la société en tant que telle »²²⁷⁷. Son droit est perçu telle une récompense que la société lui devrait en retour de son investissement créatif à son égard, le créateur œuvrant pour le bien commun²²⁷⁸. La raison d'être du droit de propriété du créateur gît alors dans l'intérêt du public à s'élever, à se cultiver²²⁷⁹, ce qui éclaire en retour son régime si particulier : ce droit ouvre pour le créateur un droit à rétribution temporaire fondé sur l'idée qu'en contribuant à élever le niveau de la société, il mérite une récompense²²⁸⁰. C'est ce que résume bien Monsieur Bécourt lorsqu'il écrit que « le droit conféré aux auteurs est destiné à leur permettre d'en disposer pour en retirer une contrepartie pécuniaire, en échange de l'apport de leur œuvre à la collectivité »²²⁸¹.

C'est cette logique de compromis que la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique et les lois qui lui succédèrent se sont efforcées de préserver.

B. Actualité du modèle propriétaire

506. Système de la loi du 11 mars 1957. La loi du 11 mars 1957 apparaît comme la suite naturelle des décrets-lois révolutionnaires de la fin du XVIII^{ème} siècle²²⁸². Elle entérine l'idée

²²⁷⁶ L. PFISTER, « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX^e siècle » art. cité, p. 177.

²²⁷⁷ M. N. STOJANOVIC, « La raison d'être du droit d'auteur », *RIDA* 1979, p. 124, spéc. pp. 129-131. Dans le même sens, v. D. BÉCOURT, « La révolution française et le droit d'auteur, pour un nouvel universalisme », *RIDA* 1990, p. 230, spéc. p. 235, qui relève que « toute création témoigne d'une soif de communiquer, et il n'est d'auteur qui ne souhaite, par le truchement de son œuvre, livrer au public le meilleur de lui-même ».

²²⁷⁸ L. PFISTER, « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX^e siècle » art. cité, pp. 143-147.

²²⁷⁹ D. BÉCOURT, « La révolution française et le droit d'auteur, pour un nouvel universalisme », art. cité, p. 237. Sur les diverses fonctions des droits de propriété intellectuelle, v. S. CHARTRY, « Les droits-modèles de la propriété intellectuelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 139, spéc. pp. 146 s. V. également C. GEIGER, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.* 2010, p. 510 *sq.*

²²⁸⁰ *Comp.* N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, coll. « Manuel », 5^{ème} éd., 2018, pp. 621-622, n° 967, pour qui « la justification du domaine public par l'analyse d'une récompense suffisante accordée au créateur du bien intellectuel ne convainc pas. L'appropriation du bien intellectuel par le créateur ou son ayant droit n'est pas une récompense accordée par la société, c'est l'exercice d'une prérogative essentielle, le droit de propriété sur les meubles. Que les régimes spéciaux de propriété proposés par la propriété intellectuelle instaurent une durée limitée ne doit pas transformer la propriété prérogative fondamentale de notre modèle juridique et social en une propriété récompense, au risque de dénaturer celle-ci et de la fragiliser ».

²²⁸¹ D. BÉCOURT, « La révolution française et le droit d'auteur, pour un nouvel universalisme », art. cité, p. 255.

²²⁸² M.-C. DOCK, « Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire », art. cité, p. 205 : « l'origine naturelle des droits des auteurs était si évidente que, lorsque le contexte politique, social, économique et culturel leur permit de passer dans la législation de l'état "virtuel" à l'état "réel" personne ne s'en montra surpris ni n'envisagea d'en discuter la légitimité et le bien-fondé ».

que la propriété de l'auteur est un droit naturel²²⁸³, un droit fondamental²²⁸⁴ et même un droit de l'Homme²²⁸⁵. C'est d'ailleurs en ce sens que semble se prononcer depuis 1992 le Code de la propriété intellectuelle lui-même, en voyant le créateur tel un propriétaire et en reconnaissant que ce droit naît du seul acte de création, indépendamment désormais de tout critère esthétique ou lié au mérite du créateur²²⁸⁶.

507. Justification doctrinale du modèle propriétaire. Si la doctrine ne paraît pas contester aujourd'hui que le droit du créateur soit une véritable propriété²²⁸⁷, la justification n'est toutefois plus la même qu'hier. La justification naturaliste du droit a en effet laissé place à une justification plus technique, par laquelle l'on s'efforce de faire de la propriété intellectuelle une déclinaison de la propriété du Code civil²²⁸⁸, jusque dans les prérogatives du créateur que l'on analyse désormais sous le prisme du triptyque *usus-fructus-abusus* ressortissant habituellement

²²⁸³ V. DE SANCTIS, « Considérations sur la durée du droit d'auteur », *RIDA* 1954, p. 34, spéc. p. 34 ; F. HEPP, « Le droit d'auteur "propriété incorporelle" ? », *RIDA* 1958, p. 160, spéc. p. 189. V. également, plus récemment, P.-Y. GAUTIER, « L'art et le droit naturel », in *APD*, t. 40 : *Droit et esthétique*, Sirey, 1996, p. 206, spéc. pp. 207 s. ; A. LUCAS, « Le rapport Le Chapelier : retour vers la conception jusnaturaliste du droit d'auteur français », in *Liber amicorum Georges Bonet*, LexisNexis-IRPI, 2010, p. 341, spéc. pp. 355 s. ; F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, coll. « Corpus droit privé », 2011, pp. 3-4, n° 8 ; W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, *op. cit.*, p. 849, n° 464-1 ; P. GAUDRAT, « L'importance de la référence propriétaire dans la loi du 11 mars 1957 », art. cité, p. 41.

²²⁸⁴ Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne du 18 décembre 2000, article 17.2.

²²⁸⁵ Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, article 27. Sur cet aspect, v. not. M. VIVANT, « Le droit d'auteur, un droit de l'homme ? », *RIDA* 1997, p. 60, spéc. p. 103, considérant qu'« il est donc loin d'être incongru de dire que le droit d'auteur pourrait, dans le même temps, être tenu pour un droit de l'Homme et cette qualification rester de pure forme dans certains cas limites ». V. également L. Y. NGOMBE, « Droit naturel, droit d'auteur français et copyright américain », *RIDA* 2002, p. 2, spéc. p. 97, pour qui « le droit des auteurs est un droit de l'homme ».

²²⁸⁶ CPI, art. L. 112-1 : « les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination ». Sur la question, v. C. CARREAU, « Mérite et droit d'auteur », *RIDA* 1981, p. 2, spéc. p. 7 ; Y. GAUBIAC, « La théorie de l'unité de l'art », *RIDA* 1982, p. 2, spéc. p. 5 s. Rapp. E. BOUCHET-LE MAPPIAN, « Propriété intellectuelle et droit de propriété en droit anglais, allemand et français », *RIDA* 2011, p. 68, spéc. p. 85, qui relève que tel n'était pas le cas entre le XVI^{ème} et le XVIII^{ème} siècle.

²²⁸⁷ Même si la gêne est palpable. D'aucuns écrivent ainsi que le droit d'auteur « n'est pas *proprio sensu* une propriété » (M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, coll. « Précis », 4^{ème} éd., 2019, p. 51, n° 29). Monsieur Lucas se demande encore si la propriété intellectuelle « est une vraie propriété, entendez celle du droit commun », ou s'il ne s'agit que d'une « approximation » (A. LUCAS, « La nature du droit d'auteur », *RIDA* 2018, p. 25, spéc. pp. 27-28). Plus radicale encore est l'opinion de Monsieur Berlioz, pour qui « les droits de "propriété intellectuelle" n'ont de propriété que le nom. Ils ne correspondent pas au modèle de l'article 544 du Code civil » (P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préf. L. Aynès, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 489, 2007, p. 459, n° 1482).

²²⁸⁸ Rapp. L. PFISTER, « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX^e siècle », art. cité, p. 153 : « pour combattre les critiques de leurs adversaires, les partisans de la propriété littéraire et artistique ne pouvaient se contenter d'arguer que le droit d'auteur avait été qualifié de droit de propriété par les lois ». Il leur fallait ainsi « établir la pertinence de cette qualification légale ».

aux prérogatives dévolues au propriétaire d'une chose corporelle²²⁸⁹. D'aucuns voient ainsi le créateur tel un propriétaire, par cela qu'il peut disposer de son droit en le transmettant, en le cédant ou en le démembrant²²⁹⁰. D'autres tirent encore argument de l'exclusivité que le créateur a dans la « jouissance » de sa création et de l'opposabilité de son droit pour y voir la trace de la propriété, faisant de l'exclusivité « l'essence du droit de propriété »²²⁹¹. Aussi n'est-il pas étonnant de lire sous la plume de certains auteurs que « la possibilité de céder les droits patrimoniaux [de l'auteur] est une expression du pouvoir du propriétaire et de son *abusus* »²²⁹², ou que « les droits de propriété intellectuelle possèdent en commun avec la propriété des choses tangibles les deux prérogatives qui la caractérisent : l'exclusivité et le pouvoir de disposition »²²⁹³.

Pour parfaire l'analogie entre la propriété du Code civil et la propriété intellectuelle²²⁹⁴, d'aucuns soutiennent encore que la création de l'esprit est une chose, certes « incorporelle », mais une chose tout de même, susceptible de fournir des utilités à son maître et susceptible de faire l'objet d'un véritable droit de propriété²²⁹⁵. L'on se plaît à mentionner la plasticité du terme « chose » pour faire des créations les objets d'un droit de propriété intellectuelle²²⁹⁶, au

²²⁸⁹ W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, pp. 821-852, n° 466-1 : « le fait même de pouvoir exploiter l'œuvre et de percevoir les bénéfices de cette exploitation repose précisément sur l'existence d'un droit d'usage au profit de l'auteur [...]. Certes, les modalités concrètes d'usage d'une chose incorporelle ne sont pas identiques à celles d'une chose corporelle, mais cette différence est liée aux spécificités de l'objet approprié et nullement à la relation d'appropriation elle-même ». L'auteur ajoute ainsi que « quel que soit le bien intellectuel en cause, c'est de propriété dont il s'agit » (*ibid.*, p. 848, n° 462). Dans le même sens, v. déjà C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, av.-propos Y. Reboul, préf. C. Caron, Litec, coll. « CEIPI », t. 55, 2010, pp. 79 s., n° 80 s.

²²⁹⁰ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 11^{ème} éd., 2019, pp. 273-274, n° 241 ; C. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G* n° 39, 22 septembre 2004, doct. 162, spéc. n° 8.

²²⁹¹ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, coll. « Manuel », 5^{ème} éd., 2017, p. 268, n° 298. Dans le même sens, v. F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle, op. cit.*, pp. 12-13, n° 25. V. encore F. HEPP, « Le droit d'auteur "propriété incorporelle" ? », art. cité, pp. 177-178. V. enfin E. BOUCHET-LE MAPPIAN, « Propriété intellectuelle et droit de propriété en droit anglais, allemand et français », art. cité, p. 115.

²²⁹² C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*, p. 272, n° 300.

²²⁹³ J.-C. GALLOUX, « Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ? », in *Liber amicorum Georges Bonet*, LexisNexis-IRPI, 2010, p. 199, spéc. p. 204.

²²⁹⁴ Sur cette analogie ou parenté, v. C. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », art. cité, n° 6 s. ; J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 281, spéc. pp. 283 s., n° 9 s. ; P. RECHT, *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété. Histoire et théorie*, Paris, LGDJ, 1969, spéc. pp. 208 s.

²²⁹⁵ J. RAYNARD, « Entre brevet et droit d'auteur. Les quatre points cardinaux de la propriété intellectuelle », *JCP G* n° 14, 1^{er} avril 2013, doct. 399, spéc. n° 4 ; W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 853, n° 467-1 ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 38, n° 12 ; P. BERLIOZ, *La notion de bien, op. cit.*, p. 449, n° 1448 ; C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens, op. cit.*, pp. 49 s., n° 39 s. ; P. SIMLER, *Les biens*, PUG, 3^{ème} éd., 2006, pp. 12-13.

²²⁹⁶ N. BINCTIN, « Les biens intellectuels : contribution à l'étude des choses », *CCE* n° 6, juin 2006, étude 14, spéc. n° 15-16.

motif que la création n'étant pas une personne ni même une création du système juridique, elle devrait être qualifiée de chose, dans une logique finalement binaire²²⁹⁷. Somme toute, comme l'exprime Monsieur Pollaud-Dulian, il s'agit là « d'accepter de reconnaître une certaine plasticité ou une flexibilité au droit de propriété »²²⁹⁸.

508. La « propriété intellectuelle » questionnée. La propriété de l'auteur joue, à n'en point douter, « le rôle d'un slogan, d'un appareil dogmatique »²²⁹⁹. C'est une référence rassérénante²³⁰⁰, qui légitime la prétention de l'auteur dans sa volonté d'obtenir son dû pour l'œuvre créée et exploitée²³⁰¹. Mais est-il bien certain qu'il s'agisse d'un droit de propriété ? Retrouve-t-on dans les prérogatives patrimoniales dévolues à l'auteur, à l'artiste et plus généralement à tout créateur la trace de la propriété ? Si certains auteurs suggèrent, comme un défi à la raison et sans y croire véritablement, d'« éviter le mot »²³⁰², sans doute faut-il les prendre au pied de la lettre.

§2. Le rejet du modèle propriétaire

509. Plan. Les titulaires de droits de « propriété intellectuelle » ne sont aucunement investis d'un droit de propriété sur leurs créations (A). Leurs droits doivent être analysés comme des droits d'exploitation (B).

²²⁹⁷ P. KAMINA, « Brèves réflexions sur la catégorie juridique des propriétés intellectuelles », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, op. cit., p. 441, spéc. p. 445.

²²⁹⁸ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, op. cit., pp. 12-13, n° 25. Dans le même sens, v. A. et H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2017, p. 31, n° 26. Rappr. Cons. const., décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, § 15 : « les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que, parmi ces derniers, figurent les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins ». Dans le même sens, v. Cons. const., décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, § I.

²²⁹⁹ E. BOUCHET-LE MAPPAN, « Propriété intellectuelle et droit de propriété en droit anglais, allemand et français », art. cité, p. 77.

²³⁰⁰ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 12, n° 1 : « la propriété, c'est en effet la sécurité ».

²³⁰¹ A. LUCAS, « La nature du droit d'auteur », art. cité, p. 30.

²³⁰² M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 60, n° 34, lesquels ajoutent que « le droit a bien, selon nous, tous les traits d'une propriété mais vous ne voulez pas qu'on l'appelle propriété ? Eh bien, appelons-le autrement ».

A. La qualification écartée : le droit de propriété

510. Idéologie de la propriété. L'approche propriétaire se justifiait naguère d'un point de vue essentiellement philosophique. L'abolition des privilèges ne pouvait se faire qu'au nom d'une approche naturaliste du droit du créateur, désormais libéré de la toute-puissance des corporations d'éditeurs et de comédiens qui monopolisaient l'ensemble des recettes tirées de l'exploitation de ses œuvres. Le recours à la propriété était ainsi avant tout affaire de symbole ou d'idéologie²³⁰³, elle qui venait de retrouver sa plénitude après avoir été longuement divisée. Aujourd'hui, cette approche ne peut plus guère être valablement défendue. Les justifications apportées au soutien d'une telle approche ne convainquent pas.

511. Confusion des aspects interne et externe des droits. Il est d'abord regrettable de tirer argument de l'exclusivité attachée au droit de « propriété intellectuelle » pour en déduire qu'il s'agisse d'un véritable droit de propriété²³⁰⁴. L'exclusivité, loin de ressortir à la face interne du seul droit de propriété, apparaît comme un caractère commun à l'ensemble des droits subjectifs, parce qu'ils appartiennent au sujet²³⁰⁵. Il en va de même de la disponibilité du droit – et non de son objet, seul le droit étant compris dans le patrimoine –, tout droit patrimonial pouvant être cédé, transmis, nanti, démembré, saisi, etc., en ce qu'il se présente comme une valeur disponible pour son titulaire. La faculté de disposition, loin de ressortir à nouveau à la face interne du seul droit de propriété, prend pour objet l'ensemble des droits patrimoniaux d'une personne²³⁰⁶. La distinction des aspects interne et externe doit par conséquent conduire à extraire de la face interne de la propriété les éléments qui relèvent de la face externe des droits subjectifs. Les

²³⁰³ Rappr. D. BÉCOURT, « La révolution française et le droit d'auteur, pour un nouvel universalisme », art. cité, p. 227, qui relève que « dans l'esprit des législateurs révolutionnaires, le recours au concept de "propriété", participe à la fois d'une sacralisation de la création intellectuelle et d'un caractère défensif où s'équilibrent droits des auteurs et propriété publique ». V. également W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 848, n° 464, relevant qu'« historiquement, cette qualification légale [de propriété] fut dictée lors de la Révolution par un souci moins juridique qu'idéologique : il s'agissait de placer les droits de l'auteur sur son œuvre à l'abri de toute contestation. La propriété étant sacrée, ils en devenaient intouchables ». V. enfin P. GAUDRAT, « L'importance de la référence propriétaire dans la loi du 11 mars 1957 », art. cité, p. 11 : « que ce soit face au pouvoir royal ou face aux pouvoirs d'argent, la propriété fut toujours, à tort ou à raison, tenue pour un rempart de la liberté individuelle ».

²³⁰⁴ Considérant que l'expression de « propriété intellectuelle » a été choisie « pour introduire et renforcer les mots "exclusif et opposable à tous" qui la suivent », et « toutes les fois que l'on veut exprimer l'idée qu'un droit est privatif ou absolu », v. R. PLAISANT, *Propriété littéraire et artistique (Droit interne et Conventions internationales)*, préf. J. Escarra, Librairies Techniques, 1954, fasc. 2, pp. 2-3, n° 5. Rappr. G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUCHEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. I : *Des biens*, Paris, Larose & Forcel, 1896, p. 197, n° 278 : « dans le langage courant et pour une plus grande facilité d'expression, on a étendu le terme "propriété" à des choses incorporelles ; on veut exprimer ainsi le droit exclusif d'en user et d'en disposer ».

²³⁰⁵ Cf. supra n° 211 s.

²³⁰⁶ Cf. supra n° 267 s.

droits de « propriété intellectuelle » ne sauraient alors être qualifiés de droits de propriété prétexte pris de l'exclusivité qu'ils créent au bénéfice de leurs titulaires et de la faculté qu'ont ces derniers de disposer de leurs droits : ce serait, autrement, définir le contenu de ces droits au moyen de caractères communs à l'ensemble des droits patrimoniaux.

512. Nature de la création. Il est ensuite douteux de considérer que les objets sur lesquels portent les droits de « propriété intellectuelle » soient des choses²³⁰⁷, pour en inférer ensuite qu'elles se soumettent à l'empire d'un véritable droit de propriété. Ce sur quoi le droit de « propriété intellectuelle » porte, et ce que le législateur protège, n'est pas le *medium* dans lequel s'incarne la création – au sens large du terme – et qui est nécessaire à son extériorisation (œuvre, marque, invention, base de données, etc.), mais sa substance intellectuelle : la création ne se confond pas avec son support ou dans son mode de communication, ni ne s'y résume²³⁰⁸. La création est une image de l'esprit, une idée nouvelle et formalisée, une « forme mentale originale » propre à son créateur qu'il s'emploie à rendre sensible à travers un *medium* dans l'objectif de toucher un public, par quelque sens que ce soit²³⁰⁹. Il est certain qu'une création, forme interne, doit, pour être communiquée, revêtir une forme externe (ouvrage, tableau, descriptif technique d'une invention, dessin, etc.), manifestant à un degré suffisant la maturation de la forme interne dans l'esprit de son créateur et une certaine originalité ou nouveauté²³¹⁰. Mais si la création suppose, pour exister et partant toucher autrui, une telle incarnation, il est inexact de considérer que le droit n'a d'égard que pour la forme externe : ce que le droit reconnaît et protège est la forme interne, véritable abstraction de l'esprit qui se situe derrière la forme externe dont elle est la substance intellectuelle. C'est notamment ce qu'exprime l'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle, qui considère l'œuvre créée

²³⁰⁷ Sur lesquelles, cf. supra n° 142 s.

²³⁰⁸ CPI, art. L. 111-3, al. 1^{er}. *Contra*. P. MOURON, « De la propriété incorporelle de l'auteur en droit français », *RIDA* 2015, p. 264, spéc. p. 309, considérant que la distinction de la création et de son support « n'est qu'une fiction juridique », et W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 933, n° 456, considérant pour sa part que cette distinction est une « affirmation dogmatique ».

²³⁰⁹ W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 796, n° 432-2 ; P. MOURON, « De la propriété incorporelle de l'auteur en droit français », art. cité, p. 265 ; C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*, pp. 63-65, n° 60-62. Sur les différentes définitions de la création, et spécialement de l'œuvre, v. A. TRICOIRE, « Définir l'œuvre, le défi du droit d'auteur », *D.* 2014, p. 2007 sq.

²³¹⁰ P. GAUDRAT, « Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit », in *Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 195, spéc. pp. 200-201 : « s'il n'y a pas de forme interne, il n'y a pas de création – donc pas d'œuvre protégeable – car on est en présence d'une forme de la nature. Corrélativement, sans le véhicule d'une forme externe, la forme interne est insusceptible d'objectivité, c'est-à-dire de traitement juridique et d'exploitation ; elle n'existe que dans l'esprit de son concepteur, éventuellement dans l'esprit des communicataires ».

« du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l’auteur ». Aussi, cette forme interne ne saurait être qualifiée de chose, n’ayant aucune existence physique, aucun *corpus*. L’objet du droit n’est pas la composition musicale, le livre ou le tableau, mais une idée suffisamment formalisée, à savoir la substance intellectuelle qui a présidé à sa réalisation et qui est décelable dans la forme externe, cette dernière constituant le *medium* par lequel la forme interne s’extériorise²³¹¹. En somme, il est incertain de tenir la forme interne pour autre chose qu’une abstraction de l’esprit, serait-il nécessaire qu’elle s’incarne dans une forme externe pour s’exprimer : derrière la forme externe, derrière les traits du tableau, les portées d’une partition et les lignes de codes, c’est leur substance que le droit entend saisir et protéger, à savoir l’agencement original ou nouveau d’idées ou de concepts préexistants, substance qui transcende son incarnation et n’a, en elle-même, aucune existence sensible.

La forme interne, seul véritable objet du droit de « propriété intellectuelle », n’étant pas une chose, ne se laisse pas saisir par conséquent par le droit de propriété qui est un droit de jouissance²³¹². Aucune utilité n’est susceptible d’être extraite d’une création en tant que forme mentale. Dans sa structure, le droit de « propriété intellectuelle » ne confère aucune prérogative de jouissance matérielle d’une création, n’investit pas son titulaire du droit de retirer d’une création quelque service direct que ce soit. Les prérogatives de l’auteur, de l’artiste-interprète, du producteur d’une base de données, du breveté, du créateur d’une marque, etc., ne sont nullement tournées vers la jouissance matérielle d’une chose, mais vers l’exploitation économique de sa création²³¹³. Une création ne se laisse pas utiliser ou user au sens technique ou matériel du terme, pas plus qu’elle ne se laisse consommer ou détruire et l’on n’attend rien d’elle, à proprement parler, si ce n’est de pouvoir tirer de son existence un bénéfice économique indirect²³¹⁴, né soit de sa reproduction et de sa communication au profit exclusif de son titulaire, soit de l’interdiction qui pèse sur autrui de s’arroger les bénéfices qui en résultent : les

²³¹¹ Rappr. P. GAUDRAT, « Réflexions sur la forme des œuvres de l’esprit », art. cité, p. 208, qui relève avec justesse que « la forme externe n’est pas l’objet véritable du droit d’auteur, puisqu’elle ne suffit pas, à elle seule, à *causer* la protection. C’est, au contraire, dans la forme interne que s’apprécie la condition d’*originalité* ».

²³¹² Sur la propriété, cf. supra n° 351 s.

²³¹³ Rappr. P. CATALA, « L’évolution contemporaine du droit des biens : exposé de synthèse », in *L’évolution contemporaine du droit des biens, Troisièmes Journées René Savatier*, PUF, 1991, p. 181, spéc. p. 189, n° 26, notant que « ce sont des droits sans *corpus*. Leur valeur ne réside pas dans l’épaisseur rassurante de la matière. Elle repose toute sur l’exploitation, c’est-à-dire sur l’activité personnelle du titulaire ou de ses ayants-cause ».

²³¹⁴ Rappr. A. LUCAS, *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 3^{ème} éd., 2004, p. 40, relevant que l’auteur « n’a évidemment pas la prétention de se réserver l’accès intellectuel à la création qu’il a divulguée, mais seulement l’accès juridique, c’est-à-dire la possibilité d’exploiter cette création ».

prérogatives du créateur sont moins des prérogatives de jouissance des utilités de la création que des prérogatives économiques et exclusives d'exploitation.

513. Limites de la « propriété intellectuelle ». Il est enfin étonnant de considérer que la « propriété intellectuelle » constitue une véritable propriété, tout comme il est étonnant de tenir les limites inhérentes à la nature même de ce droit pour de simples exceptions à un droit de propriété. Le « propriétaire » d'une création doit ainsi souffrir, en quelque sorte, de voir celle-ci lui échapper, car la création lui est moins destinée qu'elle est, en réalité, destinée à autrui ou qu'elle a, à tout le moins, vocation à extérioriser une forme²³¹⁵. Même à suivre une vision romantique du droit d'auteur, le créateur crée moins pour lui que pour un public, pour la société, et surtout pour son travail et donc sa subsistance. Ces limites, qui se manifestent principalement dans la durée de ce droit, interdisent de considérer que le « propriétaire » d'une création bénéficie d'une vocation à la jouissance des utilités de cette dernière²³¹⁶. Son droit étant ontologiquement limité, il n'est guère possible d'y voir la généralité qui caractérise le droit de propriété ordinaire, l'objet de son droit devant à terme revenir dans le giron de la collectivité, dans le domaine commun²³¹⁷, car telle est la fonction sociale propre au droit de « propriété intellectuelle ».

Outre la limitation dans le temps de ce droit, d'autres limites l'affectent structurellement, étant contraires à l'idée même de souveraineté dont est investi le propriétaire d'une chose. Si ces entorses prennent parfois la forme de simples exceptions au droit d'exploitation²³¹⁸, elles peuvent encore prendre la forme de véritables limites. C'est ainsi que le titulaire d'un brevet se trouve dans l'obligation, outre de régler chaque année des taxes nécessaires au maintien de son droit²³¹⁹, d'exploiter l'invention qui en constitue l'objet, dans les trois à quatre ans à compter de la délivrance du brevet ou à compter de la date du dépôt de la demande, sous peine qu'un tiers obtienne une licence obligatoire de ce brevet²³²⁰. De la même manière, le titulaire d'une

²³¹⁵ Sauf évidemment les prérogatives extrapatrimoniales dont il dispose, s'il s'agit d'un auteur : droit de divulgation, droit de retrait et de repentir, droit à la paternité et droit au respect de l'œuvre.

²³¹⁶ Rappr. M.-G.-A. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD Civ.* 1905, p. 443, spéc. pp. 455 s., n° 21.

²³¹⁷ N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, p. 621, n° 966, qui relève que le domaine public est un « élément commun à l'ensemble des régimes de propriété du Code de la propriété intellectuelle ».

²³¹⁸ CPI, art. L. 122-5, listant une série – toujours plus longue – d'exceptions au droit exclusif d'exploitation qui appartient à l'auteur d'une œuvre divulguée dans une logique d'accès.

²³¹⁹ CPI, art. L. 613-22.

²³²⁰ CPI, arts. L. 613-11 s.

marque se trouve dans l'obligation de l'exploiter de manière sérieuse pendant une période ininterrompue de cinq ans, sous peine d'être déchu de ses droits²³²¹. Si les objectifs poursuivis par le législateur sont variables, incitant tantôt le breveté à mettre son invention au service de la société ou souhaitant plus prosaïquement « désencombrer les registres qui sont remplis de marques inutilisées »²³²², ces limites révèlent la particularité de ces droits, qui ne sauraient donc être analysés comme de véritables droits de propriété, l'idée de liberté dans la « jouissance » des créations étant absente²³²³.

De toute évidence, la référence propriétaire sied particulièrement mal aux « propriétés intellectuelles », ce qu'une partie de la doctrine a d'ailleurs tôt fait de reconnaître²³²⁴ en proposant de classer ces droits dans une nouvelle catégorie de droits patrimoniaux dénommée « droits de clientèles » ou « droits intellectuels »²³²⁵. C'est cette piste qu'il convient de suivre, ces droits ressortissant plus généralement à la catégorie des droits d'exploitation.

B. La qualification retenue : le droit d'exploitation

514. Absence d'unité des droits de « propriété intellectuelle ». La qualification des droits de « propriété intellectuelle » est malaisée. La difficulté réside essentiellement dans l'absence de classification aboutie de ces droits, que le Code de la propriété intellectuelle divise assez arbitrairement entre les droits de propriété littéraire et artistique et les droits de propriété industrielle. Les critères de distinction traditionnellement avancés sont nombreux : quand la propriété littéraire et artistique ressortirait davantage au domaine du droit civil, la propriété industrielle ressortirait à celui du droit commercial ; quand la propriété littéraire et artistique serait le droit du « beau », la propriété industrielle serait celui de l'« utile » ; l'auteur ou l'artiste ne rechercherait pas le profit, à l'inverse de l'inventeur ; la création littéraire et artistique serait une affaire solitaire et désintéressée, quand la création industrielle serait une affaire collective et tournée vers le profit. Ces critères, aujourd'hui, ne présentent guère plus de pertinence. L'on ne protège plus seulement l'acte créatif ou l'innovation technique, mais l'investissement

²³²¹ CPI, art. L. 714-5.

²³²² J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *Rép. Com.* Dalloz, v^o « Marque de fabrique, de commerce ou de service », 2006, spéc. n^o 340.

²³²³ En ce sens, v. P. BERLIOZ, *La notion de bien*, op. cit., pp. 460-463, n^o 1483-1492.

²³²⁴ Ainsi de l'allemand Kohler ou du belge Picard, considérant que ces droits ne sauraient être catalogués parmi les droits réels (J. KOHLER, *Handbuch des deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung*, Mannheim, J. Bensheimer, 1900, pp. 55 s. ; E. PICARD, *Le droit pur*, Paris, Ernest Flammarion, 1908, pp. 91 s., § 53 s.).

²³²⁵ J. DABIN, « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », *Rev. crit. lég. et jurisp.* 1939, p. 413 sq. ; P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », art. cité, *passim*.

« indépendamment de toute création »²³²⁶ – en témoignent les droits offerts aux producteurs de bases de données ou de phonogrammes et de vidéogrammes –, ainsi encore que « le rapport d'un signe à l'activité, aux produits ou aux services d'un agent économique »²³²⁷ – en témoigne cette fois-ci la palette des droits sur les signes distinctifs, les marques ou les indications géographiques. La distinction entre la création artistique, dont la fonction première serait de servir de « ciment » de la société, et la création technique ou technologique, dont la fonction première serait de servir le « progrès social et le bien-être »²³²⁸, ne supporte que trop difficilement l'inclusion dans le périmètre de la « propriété intellectuelle » de droits qui ne correspondent pas à cette division et que l'on a tantôt logés dans le domaine de la propriété littéraire et artistique (droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, droits des entreprises de communication audiovisuelle, droits des éditeurs et des agences de presse, droits des producteurs de bases de données), tantôt dans celui de la propriété industrielle (marques de produits ou de services, signes distinctifs, indications géographiques, appellations d'origine). À cela doit s'ajouter un autre constat : la création littéraire et artistique s'inscrit de plus en plus dans un schéma mercantile, commercial et collectif, la création devenant une affaire de profits mobilisant de nombreuses personnes²³²⁹. Enfin faut-il encore remarquer la porosité de la frontière entre les droits de propriété littéraire et artistique et les droits de propriété industrielle, certains droits pouvant tantôt relever d'un domaine ou d'un autre, comme les droits sur les créations graphiques qui sont susceptibles d'être protégées au titre des dessins et modèles, de la marque ou du droit d'auteur.

Mais derrière cette mosaïque de régimes peu ordonnée que certains auteurs s'efforcent de réorganiser²³³⁰, il est possible de déceler une unité. Tous ces droits partagent un trait commun :

²³²⁶ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 21, n° 20.

²³²⁷ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, op. cit., p. 1, n° 2.

²³²⁸ N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 44, n° 21.

²³²⁹ A. LUCAS, « La nature du droit d'auteur », art. cité, p. 33.

²³³⁰ Pour Monsieur Dross, la propriété littéraire et artistique devrait être cantonnée aux droits sur les formes belles, quand la propriété industrielle devrait être élargie aux droits sur les fonctions utiles, qu'elles soient techniques (brevets, topographie de semi-conducteurs, certificats d'obtention végétale), esthétique (dessins et modèles), évocatrices (marques) ou communicatrices (droits des producteurs en tout genre, des éditeurs et des agences de presse) (W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, op. cit., pp. 794 s., n° 431 s.). Monsieur Caron propose pour sa part une classification tripartite, distinguant les droits sur les créations artistiques et/ou industrielles, les droits d'occupation portant sur des « espaces virtuels » comprenant les marques et les appellations d'origine, et les droits protégeant les investissements indépendamment de toute création (C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit. pp. 20-21, n° 20). Quant à Monsieur Pollaud-Dulian, il propose également une classification tripartite, distinguant les droits protégeant les « créations de forme » (œuvres, dessins et modèles), les droits protégeant les « innovations techniques » (inventions, obtentions végétales, etc.), et les droits assurant le « rapport d'un signe à l'activité, aux produits ou aux services d'un agent économique » (F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, op. cit., p. 1, n° 2).

ils naissent à raison de l'activité d'une personne et l'investissent en retour du droit d'exploiter les fruits de cette activité. En cela, ces droits, en dépit de leur diversité, sont tous des droits d'exploitation.

515. Justification de la qualification de droit d'exploitation. S'interroger sur la nature d'un droit revient nécessairement à s'interroger sur les prérogatives dont son titulaire est investi. La détermination de la nature du droit passe donc par l'examen de la structure de ce droit, de son aspect interne. Le titulaire d'un droit réel a, *sur une chose*, un *droit de jouissance* plus ou moins étendu. Le titulaire d'un droit personnel a, *contre une personne*, un *droit d'exiger l'exécution d'une prestation*, quelle que soit sa nature. Le titulaire d'un droit de « propriété intellectuelle » a, quant à lui, un *droit d'exploiter les fruits résultant de son activité*, qu'elle soit créative, intellectuelle ou tout simplement économique. Les droits de « propriété intellectuelle » sont donc des *droits d'exploitation* en ceci qu'ils sont tous tournés vers l'obtention d'un gain²³³¹, soit qu'ils investissent leur titulaire de prérogatives destinées à le recueillir, soit qu'ils investissent leur titulaire de prérogatives destinées à priver les tiers de son bénéfice.

L'appréhension des *droits intellectuels* – qualificatif en conséquence bien plus adéquat que celui de droits de « propriété intellectuelle » – comme des droits d'exploitation présente une vertu essentielle : saisir l'essence profonde de ces droits, quelles que soient les divisions, fréquemment questionnées, dont ces droits sont les objets. Comme l'avait déjà relevé la Cour de cassation vers la fin du XIX^{ème} siècle, le propos pouvant sans mal être étendu à tous les droits intellectuels, « sous la dénomination de propriété littéraire, les droits d'auteur donnent seulement à ceux qui en sont investis le privilège exclusif d'une exploitation temporaire »²³³². Là est l'essentiel. Dans leur aspect interne, ces droits offrent à leur titulaire le bénéfice exclusif d'une exploitation pécuniaire. Ce que cherche le titulaire d'un droit intellectuel est, en effet, moins de « jouir » directement de sa création au sens large du terme, à l'image du propriétaire qui jouit des utilités d'une chose, que de tirer un bénéfice pécuniaire, nécessairement indirect, car issu de son exploitation dans le cadre de la compétition économique²³³³.

²³³¹ Rapp. S. DUSSOLIER, « L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, op. cit., p. 263, spéc. p. 265 : « dans le langage courant, exploiter, c'est retirer un profit d'un bien, en tirer parti, ou l'utiliser de manière avantageuse. Ces définitions insistent sur l'objectif économique du verbe ». V. également P. BERLIOZ, *La notion de bien*, op. cit., pp. 468-469, n° 1506 : « l'objet du droit intellectuel est de permettre à son bénéficiaire d'exploiter la chose sur laquelle il porte, c'est-à-dire, essentiellement de maîtriser sa reproduction à des fins lucratives ».

²³³² Cass. req., 25 juillet 1887, « Grus », DP 1888, 1, p. 5.

²³³³ En ce sens, v. G. LOISEAU, « L'immatériel et le contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 353, spéc. p. 358 : « le terme de monopole d'exploitation, employé à leur

La plupart des auteurs favorables à l'analyse des droits intellectuels sur le modèle d'un droit de propriété n'hésitent d'ailleurs pas, assez paradoxalement, à employer ce qualificatif²³³⁴. Ainsi de Monsieur Gautier, qui définit le droit d'auteur comme un « *droit exclusif sur l'exploitation d'[une activité]* »²³³⁵. Ainsi ensuite de Monsieur Pollaud-Dulian qui définit le brevet comme un « titre de propriété [qui] donne à son titulaire un monopole [...] pour l'exploitation de l'invention »²³³⁶. Ainsi également de Monsieur Raynard qui considère que « le contenu du droit de la propriété intellectuelle tient fondamentalement dans un monopole d'exploitation »²³³⁷. Ainsi encore de Monsieur Caron pour qui les droits patrimoniaux de l'auteur « permettent de jouir du bien immatériel qu'est l'œuvre puisqu'il est possible d'en tirer les fruits de l'exploitation »²³³⁸. Ainsi enfin de Monsieur Dross pour qui « la réservation de l'œuvre au profit de son auteur poursuit avant tout un objectif économique. Il s'agit de permettre que seul l'auteur puisse accaparer les revenus tirés de l'exploitation de son œuvre »²³³⁹.

Mais si les droits intellectuels ont pour contenu l'exercice d'un droit d'exploitation, alors faut-il convenir que la référence propriétaire devient superfétatoire²³⁴⁰.

propos, suggère d'ailleurs que la réservation de la chose a moins pour objet une exclusivité sur la chose elle-même que sur le droit de l'exploiter ».

²³³⁴ À l'exception notable de Monsieur Binctin, pour qui s' « il est d'usage de parler de monopole d'exploitation, de droit exclusif ou du caractère exclusif des droits patrimoniaux de l'auteur », « ces références ne sont pas satisfaisantes », l'auteur précisant ainsi que « l'idée d'un monopole renvoie au droit de la concurrence et à une qualification économique » qui ne rendrait pas compte de l'appropriation des créations (N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 129, n° 154). Monsieur Binctin considère toutefois par ailleurs qu' « il ne fait aucun doute que chaque droit de propriété intellectuelle organise au bénéfice de son propriétaire, et avec certaines limites légales, un monopole d'exploitation... il s'agit tout simplement d'une expression qui ne fait que désigner l'effet d'exclusivité qui caractérise le droit de propriété » (N. BINCTIN, « La propriété intellectuelle, un droit de propriété plus qu'une exception », in P. TRÉFIGNY (Dir.), *L'articulation des droits de propriété intellectuelle et du droit de la concurrence*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2020, p. 105, spéc. p. 119). Dans la même veine, Monsieur Galloux écrit lui que l'analogie entre les droits de « propriété intellectuelle » et la qualification de monopole est critiquable en cela qu' « il y a dans le terme "intellectuel" comme un supplément d'âme qui va au-delà d'un constat économique » (J.-C. GALLOUX, « Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ? », art. cité, p. 206).

²³³⁵ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 12, n° 2.

²³³⁶ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, op. cit., p. 305, n° 549.

²³³⁷ J. RAYNARD, « Entre brevet et droit d'auteur. Les quatre points cardinaux de la propriété intellectuelle », art. cité, n° 12.

²³³⁸ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 267, n° 296.

²³³⁹ W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, op. cit., p. 799, n° 433-2.

²³⁴⁰ Comp. W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, op. cit., p. 852, n° 467, qui considère que le monopole du créateur étant « tout comme la propriété, un pouvoir d'exclure », cette qualification ferait double-emploi avec la propriété. Dans le même sens, assimilant le monopole à la propriété, v. P. GAUDRAT, « La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? », *RTD Com.* 2011, p. 562, spéc. n° 32.

516. Fonction économique des droits intellectuels. Si l'on excepte la composante extrapatrimoniale inhérente à certains droits intellectuels – le droit moral – et qui attache l'œuvre à son créateur, il faut convenir, pour l'aspect patrimonial cette fois-ci, que les droits intellectuels sont des droits uniquement destinés à assurer à leur titulaire un bénéfice économique né de l'exploitation d'une création, au sens large du terme, elle-même issue de leur activité économique. En cela, ils peuvent parfaitement être analysés comme des récompenses consécutives à un investissement créatif ou pécuniaire et donc comme des monopoles²³⁴¹, que cet investissement soit ou non profitable à la société. Monsieur Binctin s'est pourtant élevé contre une telle lecture, considérant que les références à la « récompense », à l'« encouragement à la création » ou au « monopole d'exploitation » ont tendance à « éloigner la propriété intellectuelle de ce qu'elle est, un régime spécial de droit des biens, pour lui faire porter les habits de ce qu'elle n'est pas, un régime d'occupation du domaine public, un droit de créance indemnitaire, une appropriation contre l'intérêt général, voire une spoliation »²³⁴². Cette approche des droits intellectuels est pourtant gênante : le créateur ne s'approprie rien du tout ; il n'attend, ni plus ni moins, qu'une « rétribution » ou un « salaire » en contrepartie de son activité²³⁴³ ! Comme le soulignait pertinemment le Doyen Roubier, l'on est bien dans un système de contrepartie, dans la mesure où le destin de la création est d'être communiquée, le droit d'exploitation venant éviter au créateur toute « frustration »²³⁴⁴. Ces droits organisent ainsi, tout simplement, « une bonne “marchéisation” des créations (et des droits qui portent sur elles) »²³⁴⁵, plus qu'ils n'offrent à leur titulaire une quelconque propriété de celles-ci.

Il est vrai, toutefois, que l'analyse de ces droits en termes de « monopoles » pourrait à tout le moins surprendre²³⁴⁶, au pire inquiéter, plus encore depuis que le législateur révolutionnaire

²³⁴¹ P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », art. cité, p. 287, n° 6 ; R. FRANCESCHELLI, « Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz, 1961, p. 453, spéc. p. 453, n° 1.

²³⁴² N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 29, n° 2.

²³⁴³ A. CIAMPI, « Droit d'auteur, droit naturel », *RIDA* 1957, p. 2, spéc. p. 12.

²³⁴⁴ P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », art. cité, p. 281, n° 5.

²³⁴⁵ F. SIIRIAINEN, « Le droit d'auteur à l'épreuve de sa dimension économique : libres propos sur le droit d'auteur économique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, op. cit., p. 673, spéc. p. 675.

²³⁴⁶ L'on sait combien le terme de « monopole » est généralement mal perçu, plus encore lorsque l'on confronte ce terme à la liberté d'entreprendre, dont la valeur constitutionnelle a été reconnue par le Conseil constitutionnel (Cons. const., décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982) et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 14 décembre 2007 (2007/C 303/01), ainsi qu'à la liberté de la concurrence, reconnue par l'article L. 410-2 du Code de commerce. Définissant le terme de manière négative, v. déjà P.-A. MERLIN DE DOUAI, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. VIII, 4^{ème} éd., Paris, Garnery, 1813, v° « Monopole » : « abus de la faculté qu'on s'est procurée de vendre seul des marchandises, des denrées dont le commerce devait être libre ».

a bien pris le soin de promouvoir la « *propriété* » des créateurs contre le *monopole* des éditeurs. Mais au fond, n'est-ce pas à un monopole qu'aboutit la reconnaissance d'un droit intellectuel au bénéfice d'une personne ? N'est-ce pas l'effet des droits intellectuels que d'assurer une situation d'exploitation exclusive à leur titulaire au détriment de la libre concurrence²³⁴⁷ ? Il faut en convenir²³⁴⁸. Le monopole que ces droits assurent à leur titulaire n'a, surtout, rien des monopoles d'antan, eux qui procédaient du seul bon vouloir du Souverain. Mais ils en conservent tout de même la fonction, qui est de neutraliser, de manière temporaire eu égard à l'intérêt de la société, toute initiative d'un tiers qui chercherait à tirer profit, au détriment de son titulaire, du bénéfice économique qui en résulte. Comme l'écrivait justement le juriste italien Francesco Ferrara, les droits intellectuels sont des « droits à caractère patrimonial sur la base desquels il est assuré à leur titulaire une certaine activité de gain, de préférence et avec l'exclusion de tous les autres »²³⁴⁹.

517. Aspect interne des droits intellectuels. L'exploitabilité constitue le cœur de la définition des droits intellectuels, leur « élément caractéristique »²³⁵⁰. C'est ce que le Doyen Roubier avait parmi les premiers remarqué, lorsqu'il écrivit que « le contenu de ce droit, c'est un droit d'exploitation, un monopole »²³⁵¹. Comme le remarque encore un auteur, « l'exploitation est la fonction de tous les droits intellectuels. Quels qu'ils soient, droit de marque, de brevet, d'auteur, d'obtention végétale, de dessin ou modèle, ils confèrent à leur titulaire une exclusivité sur l'exploitation de leur création ou signe distinctif »²³⁵². Le vocabulaire employé par le législateur pour décrire les prérogatives des titulaires de ces droits patrimoniaux ne trompe guère, lui qui décline sous diverses expressions « la notion centrale

²³⁴⁷ En ce sens, v. R. FRANCESCHELLI, « Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur », art. cité, pp. 453-454, n° 1 : « avec l'expression "droits de monopole", je tends à souligner ce qui me semble être le caractère fondamental que ces droits présentent au point de vue de leur structure. Mais l'expression porte aussi en soi une trace au moins de l'élément fonctionnel de ces droits, c'est-à-dire du fait que [...] les brevets, les modèles, les droits d'auteur, les marques, exercent une fonction de concurrence ; et cela aussi bien parce qu'ils sont des moyens pour mieux conduire la lutte commerciale qui s'appelle justement concurrence que parce qu'ils en expriment dialectiquement la négation par l'octroi, à leur auteur, du droit de faire seul, d'être seul à pouvoir fabriquer et offrir les choses qui constituent l'objet de l'invention, ou du modèle, ou du droit d'auteur [...] ou à user sur des produits le signe qu'il a déposé comme marque ».

²³⁴⁸ Rappr. P. GAUDRAT, « L'importance de la référence propriétaire dans la loi du 11 mars 1957 », art. cité, p. 31, relevant que le droit *sui generis* du producteur d'une base de données revêt tous les traits du monopole. Le propos peut sans mal être étendu à tous les droits.

²³⁴⁹ F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, part. I, Roma, Athenaeum, Roma, 1921, p. 373, traduit par R. FRANCESCHELLI, « Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur », art. cité, p. 462, n° 12.

²³⁵⁰ P. KAMINA, « Brèves réflexions sur la catégorie juridique des propriétés intellectuelles », art. cité, p. 448.

²³⁵¹ P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », art. cité, p. 290, n° 6.

²³⁵² S. DUSSOLIER, « L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur », art. cité, pp. 269-270.

d'exploitation »²³⁵³ : reproduction, représentation, communication, production, distribution, fabrication, utilisation...²³⁵⁴, autant d'expressions qui révèlent la nature profondément économique de ces droits dans leur aspect interne et leur rattachement à la notion plus générique d'« exploitation », tournée vers l'obtention d'un « profit pécuniaire », pour reprendre la formule de l'article L. 123-1 du Code de la propriété intellectuelle. Ce que recherche le titulaire d'un droit intellectuel est le bénéfice d'un gain que la création, au sens large du terme, est susceptible de lui fournir dans la compétition économique. Il s'agit de droits de retirer les fruits produits par l'exploitation (en somme, un gain pécuniaire), sous quelque forme que ce soit, d'une telle activité. C'est ce que le Souverain assure, ni plus, ni moins.

Tous les droits intellectuels obéissent à ce même schéma et tous investissent leur titulaire d'un « droit d'interdire »²³⁵⁵, synonyme en fin de compte d'exclusivité et d'opposabilité, résultant de leur seule titularité. Parce qu'il s'agit de monopoles d'exploitation, les gains issus de l'exploitation des créations doivent échoir à leur seul titulaire. Le droit d'exploitation a en effet pour corollaire naturel une interdiction d'exploitation²³⁵⁶ : chaque fois qu'un tiers souhaitera exploiter l'œuvre sans y être invité, il se verra privé des profits que cette exploitation génère. Tout ceci montre bien que le législateur ne reconnaît et ne protège que les prérogatives économiques qui appartiennent aux titulaires de ces droits intellectuels, quitte même à évincer ces derniers, souvent au nom de l'intérêt général²³⁵⁷, s'ils sont dans l'incapacité d'exploiter convenablement les produits de leur activité²³⁵⁸.

518. Conclusion de la section I. Les mal nommés droits de « propriété intellectuelle », loin d'être de véritables droits de propriété, ressortissent bien au contraire à la famille des droits d'exploitation conquis. S'ils naissent de l'activité d'une personne – encore que certains supposent un enregistrement pour valablement exister –, ils n'ont pas pour contenu l'exercice

²³⁵³ *Ibid.*

²³⁵⁴ V. ainsi, pêle-mêle, employant ces expressions, CPI, arts. L. 122-1, L. 123-1, L. 131-1, L. 212-3, L. 213-1, L. 215-1, L. 216-1, L. 513-4, L. 611-1, L. 613-1, L. 622-5, L. 623-4, I, L. 713-2, L. 713-3, etc.

²³⁵⁵ Employant précisément cette expression, v. CPI, art. L. 342-1. Employant indirectement cette expression, v. not CPI, arts. L. 513-4, L. 622-5, L. 713-2, L. 713-3.

²³⁵⁶ En ce sens, R. FRANCESCHELLI, « Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur », art. cité, p. 454, n° 2.

²³⁵⁷ B. WARUSFEL, « La propriété intellectuelle comme politique publique », in *Mélanges en l'honneur du professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, LexisNexis, coll. « CEIPI », 2014, p. 391, spéc. pp. 394 s.

²³⁵⁸ Ainsi de l'obligation du titulaire d'une marque de faire une exploitation sérieuse et continue de celle-ci, ou de celle du breveté d'exploiter l'invention. Sur cet aspect, v. not. M. SABATIER, *L'exploitation des brevets et l'intérêt général d'ordre économique*, préf. A. Françon, Librairies techniques, coll. « CEIPI », 1976, spéc. pp. 121 s.

de prérogatives de jouissance sur une chose. Ils investissent leur titulaire d'un droit d'exploitation, lui permettant de retirer un gain d'une activité dont il est à l'origine. Tel est le cœur de ces droits.

La famille des droits d'exploitation conquis ne saurait encore se limiter aux seuls droits intellectuels valablement reconnus par le législateur. Dans l'ombre de ces monopoles authentiques ou – si l'on veut bien admettre ce pléonasme – de ces monopoles *de droit*, figurent des monopoles *de fait* ou quasi-monopoles : des situations dans lesquelles, en l'absence d'un droit subjectif, une personne s'arroge l'exploitation économique de certains objets qui peinent encore à être correctement conceptualisés.

SECTION II. LES QUASI-MONOPOLES

519. Plan. Deux objets peinent aujourd'hui à faire l'objet d'un authentique droit d'exploitation : l'information et la clientèle. Ils échappent, par leur nature, à la logique des droits patrimoniaux, ne se laissent pas saisir par le moindre droit privatif. Pourtant, *en fait*, une personne pourra s'arroger une certaine exclusivité sur leur exploitation. C'est ce qu'il convient de vérifier en abordant successivement le droit sur l'information (§1) et le droit sur la clientèle (§2).

§1. Le droit sur l'information

520. Définition de l'information. L'information peut être définie comme une « formulation destinée à rendre un message communicable » par le biais de signes intelligibles²³⁵⁹. « Élément de connaissance de l'état du réel »²³⁶⁰, l'information est une « connaissance susceptible d'être représenté[e] à l'aide de conventions pour être conservé[e], traité[e] ou communiqué[e] »²³⁶¹.

²³⁵⁹ P. CATALA, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *D.* 1984, p. 97, spéc. p. 98, n° 5 et du même auteur, « La "propriété" de l'information », in *Mélanges Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 97, spéc. p. 101, n° 10. Dans le même sens, v. E. DARAGON, « Étude sur le statut juridique de l'information », *D.* 1998, p. 63, spéc. n° 16 ; J.-C. GALLOUX, « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, p. 229, spéc. n° 5-6.

²³⁶⁰ J. PASSA, « La propriété de l'information : un malentendu ? », *Dr. et patr.* n° 91, 1^{er} mars 2001. Dans le même sens, v. M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préf. G. Loiseau, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 464, 2006, p. 150, n° 125.

²³⁶¹ Arrêté du 22 décembre 1981 sur l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique (*JONC*, 17 janvier 1982, p. 624). Employant la même formule, v. loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle dans sa version initiale et loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. La cour d'appel

En somme, l'information est tout à la fois action et message, communication et savoir communiqué²³⁶².

L'information est protéiforme. Elle est historique ou d'actualité, relative à la personne ou à des produits, de nature commerciale ou de nature publique. Son régime est à l'image de ses incarnations : variable. Sa connaissance est tantôt encouragée, tantôt défendue ; son traitement est tantôt contrôlé, tantôt libre ; sa divulgation est tantôt obligatoire, tantôt interdite ; sa connaissance est tantôt donnée à tous, tantôt réservée à quelques heureux élus. En bref, l'information est un Janus moderne aux mille visages, un objet aussi varié que les réalités qu'il décrit²³⁶³.

521. Patrimonialisation de l'information. L'information, par-delà ses incarnations, est devenue depuis les années 1960 et les progrès scientifiques en matière informatique²³⁶⁴ une « ressource stratégique essentielle »²³⁶⁵. Le traitement informatique de quantités colossales d'informations par de véritables « industries de la propriété »²³⁶⁶ leur ouvre les portes du marché. Les éditeurs de logiciels et producteurs de bases de données, les sociétés de e-commerce, les « GAFAM²³⁶⁷ », les régies publicitaires, les bureaux d'études, les télécoms, les partis politiques, les industries pharmaceutiques et alimentaires, les groupes semenciers et agroalimentaires, les compagnies d'assurance et les banques, ainsi finalement que n'importe quel commerçant voient dans l'information un objet de richesse essentiel au bon développement de leur activité²³⁶⁸. L'information devient à certains égards un « bien informationnel »²³⁶⁹, un indiscutable objet de richesse et d'échanges²³⁷⁰.

de Paris définit également l'information comme un « élément de connaissance susceptible d'être présenté à l'aide de conventions pour être conservé, traité ou communiqué » (CA Paris, 18 mai 1988, *D.* 1990, p. 35).

²³⁶² *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} éd., v^o « Information ».

²³⁶³ J. PITET, *Le capital informationnel : biens informationnels et choses communes*, Mémoire de Master II Droit du numérique, Administration – Entreprises, Paris I, 2014, pp. 12 et 25.

²³⁶⁴ M. SAKALAKI et Y. THEPAUT, « La valeur de l'information », *Questions de communication*, 8, 2005, p. 356 sq.

²³⁶⁵ E. DARAGON, « Étude sur le statut juridique de l'information », art. cité, n^o 1.

²³⁶⁶ P. AIGRAIN, *Cause commune – L'information entre bien commun et propriété*, Fayard, 2005, pp. 79-81

²³⁶⁷ Les sociétés Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft, ainsi que toutes les autres sociétés d'envergure mondiale (Airbnb, Netflix, Twitter, Uber, etc.).

²³⁶⁸ I. BEYNEIX, « Le traitement des données personnelles par les entreprises : big data et vie privée, état des lieux », *JCP G* n^o 46-47, 9 novembre 2015, doct. 1260, spéc. n^o 17.

²³⁶⁹ M. VIVANT, « À propos des « biens informationnels » », *JCP* 1984, I, 3132.

²³⁷⁰ Même si toutes les informations n'ont évidemment pas vocation à circuler. V. ainsi C. pén., art. 411-6 : « le fait de livrer ou de rendre accessibles à une puissance étrangère, à une entreprise ou organisation étrangère ou à leurs agents des renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont l'exploitation, la divulgation ou la réunion est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation

Peu d'informations résistent à ce mouvement. Celui-ci touche même – et surtout – les données à caractère personnel²³⁷¹, véritable « or noir » d'internet²³⁷² dont la collecte et le traitement génèrent des revenus aussi bien directs qu'indirects notamment à travers la publicité ciblée qui en résulte²³⁷³. Le Souverain acte désormais ce phénomène de patrimonialisation des informations à caractère personnel, ne cherchant pas à l'interdire, sinon à l'encadrer en garantissant un contrôle minimal des personnes sur le devenir des informations qui les concernent²³⁷⁴. C'est peut-être là d'ailleurs toute l'ambivalence du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, dit « RGPD »²³⁷⁵. Si ce texte²³⁷⁶ reconnaît aux personnes physiques le « contrôle des données à caractère personnel les concernant » et un « droit à la protection des données à caractère personnel »²³⁷⁷, c'est sans que soit remis en cause le « libre flux des données à caractère personnel entre les États membres » ou entre « acteurs publics et privés »²³⁷⁸. La patrimonialisation des informations – ou du moins de certaines informations – est une réalité, le droit se devant de composer avec²³⁷⁹.

est puni de quinze ans de détention criminelle et de 225 000 € d'amende ». De même, toutes les informations n'ont pas vocation à être connues. Tel est le cas de certaines informations connues par l'administration elle-même et pouvant notamment relever de la défense nationale. Leur accès est ici conditionné à une habilitation de sécurité et leur compromission pénalement sanctionnée (CRPA, arts. L. 311-5 et L. 311-6, C. pén., art. 413-10. V. également C. déf., arts. R. 2311-2 et R. 2311-3, distinguant trois types d'informations selon leur niveau de classification : information « très Secret Défense », information « Secret Défense », et information « Confidentiel Défense »).

²³⁷¹ L'article 4.1 du RGPD définit l'information ou donnée personne comme « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable ».

²³⁷² N. MARTIAL-BRAZ, J. ROCHFELD et E. GATTONE, « Quel avenir pour la protection des données à caractère personnel en Europe ? », *D.* 2013, p. 2788, spéc. n° 1.

²³⁷³ V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère numérique*, Odile Jacob, coll. « Corpus », 2015, spéc. p. 19, soulignant que « tous les intermédiaires qui offrent des services dits gratuits se financent, en réalité, par des transactions sur les données et informations relatives au comportement des usagers lors de leur navigation. Un fichier de mille personnes contenant des données de base est vendu en moyenne 60 centimes, mais le prix peut grimper à 250 euros pour des profils détaillés ».

²³⁷⁴ Cass. com., 25 juin 2013, n°12-17.037, *Bull. civ.* IV, n° 108 : « un fichier de clientèle informatisé contenant des données à caractère personnel, qui n'a pas été déclaré auprès de la Commission nationale informatique et libertés, n'est pas dans le commerce, et sa vente a un objet illicite ». Comme le précisa la Cour de cassation dans son étude annuelle pour l'année 2019, cet arrêt admet en creux que si les formalités avaient été respectées, la cession eût été licite (COUR DE CASSATION, *La propriété dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Étude annuelle 2019, La documentation française, 2020, p. 54).

²³⁷⁵ Sur cette ambivalence, v. P. MOURON, « Pour ou contre la patrimonialité des données personnelles », *Revue Européenne des Médias et du Numérique*, n° 46-47, 2018, p. 90 sq.

²³⁷⁶ Complété en droit interne par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

²³⁷⁷ RGPD, considérants n° 7 et 9.

²³⁷⁸ RGPD, considérants n° 3, 5 et 12.

²³⁷⁹ Rapp. P. STORRER, « Pour un droit commercial de l'exploitation des données à caractère personnel », *D.* 2013, p. 1844, spéc. n° 2, notant que « la réalité est aujourd'hui celle-ci : les données à caractère personnel sont “entrées

522. Plan. Reste néanmoins une inconnue. Si certaines informations sont aujourd’hui l’objet d’échanges, une gêne persiste dès lors que l’on tente de les envisager comme des objets appropriés ou plus simplement comme des objets d’exclusivité. Certains auteurs n’hésitent pourtant pas à franchir le pas, souhaitant voir dans l’information – y compris les données à caractère personnel²³⁸⁰ – un objet susceptible d’être approprié²³⁸¹ à l’image des créations et des inventions dont elle forme, souvent, le matériau de base. Une telle approche est pour le moins gênante, devant être rejetée (A). Si un droit sur l’information devait exister, il ne saurait concerner toutes les informations, devant prendre en toute hypothèse la forme d’un quasi-monopole (B).

dans le commerce’’, aiguissent un appétit commercial (*cloud computing, big data, etc.*) au-dessus des forces de notre droit positif ». Rappr. N. OCHOA, « Pour en finir avec l’idée d’un droit de propriété sur ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition », *RFDA* 2015, p. 1157 *sq.*, critiquant par ailleurs la « vision naïve selon laquelle il ne s’agirait que de redonner à la personne fichée la “maîtrise de ses données” », pointant au contraire une « dynamique de simplification de la réglementation relative aux traitements de ce type de données » et ajoutant que « la subjectivisation du droit des données personnelles ne peut s’inscrire dans une optique romantique de promotion du libre-arbitre de la personne mais, plus prosaïquement, comme une mesure d’assouplissement d’un régime de police encadrant une activité porteuse d’un intérêt général fort : le traitement des données personnelles, autrement dit le fichage des personnes ».

²³⁸⁰ En dernier lieu, v. L. LÉGER (Dir.), I. LANDREAU, G. PELIKS, N. BINCTIN et V. PEZ-PÉRARD, Rapport du groupe « Génération libre » : *Mes data sont à moi. Pour une patrimonialité des données personnelles*, janvier 2018. V. déjà P. CATALA, « Ébauche d’une théorie juridique de l’information », art. cité, p. 102, n° 27, pour qui l’individu disposerait sur ses données personnelles de « prérogatives relevant du droit réel ». Dans le même sens, v. P. BELLANGER, *La souveraineté numérique*, Éd. Stock, 2014, *passim* ; I. BEYNEIX, « Le traitement des données personnelles par les entreprises : big data et vie privée, état des lieux », art. cité, spéc. n° 25.

²³⁸¹ Posant comme postulat que l’information est susceptible de faire l’objet d’un droit réel de propriété, ne serait-il qu’« embryonnaire », v. P. CATALA, « La “propriété” de l’information », art. cité, p. 110, n° 31 et du même auteur, « Ébauche d’une théorie juridique de l’information », art. cité, pp. 97-98, n° 3-7. Allant dans le même sens, M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes, op. cit.*, p. 155, n° 131 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit d’accès à l’information, ou le nouvel équilibre de la propriété », in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 759 *sq.* ; F. SIIRIAINEN, « L’appropriation de l’information, grandeur ou décadence de la propriété ? », in J. DE BANDT et G. GOURDET (Dir.), *Immatériel, nouveaux concepts*, Economica, 2001, p. 127 *sq.* Plus mesurés, voyant dans l’information l’objet d’une « réservation », d’une « privatisation » ou d’une « monopolisation », J. DUPRÉ, « Espionnage économique et droit : l’inutile création d’un bien informationnel », *Lex Electronica*, 2001, <http://www.lex-electronica.org/docs/articles150.pdf>, spéc. p. 8, n° 18 ; J.-C. GALLOUX, « Ébauche d’une définition juridique de l’information », art. cité, n° 29 ; C. GEIGER, « La privatisation de l’information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *RIDE*, 2006/4, p. 395, spéc. p. 398 ; M. SAKALAKI et Y. THEPAUT, « La valeur de l’information », art. cité, p. 359 ; M. VIVANT, « La privatisation de l’information par la propriété intellectuelle », *RIDE*, 2006/4, p. 361, spéc. p. 370, n° 6. V. en dernier lieu S. CARRE, « Libre circulation des données, propriété et droit à l’information : à propos du règlement (UE) 2018/1807 du 14 novembre 2018 », *Dalloz IP/IT* 2020, p. 228 *sq.*

A. Rejet de la thèse de la propriété

523. Une question d’opportunité. C’est d’abord l’opportunité d’une telle appropriation qui est discutée²³⁸². Est-il souhaitable que l’information, quelle qu’elle soit, fasse l’objet d’un véritable rapport d’exclusivité, aussi puissant que l’est la propriété ? Est-il seulement possible de le faire ? Cela paraît fort peu réaliste, particulièrement s’agissant d’informations dont la diffusion est recherchée ou s’agissant d’informations que des personnes parviendraient en toute légitimité à découvrir par elles-mêmes. Cette généralisation paraît encore dangereuse en ce qu’elle viendrait porter atteinte à deux libertés qui s’opposent précisément à une soustraction généralisée de l’information du savoir commun : la liberté d’information et la liberté d’expression.

D’un autre côté, il ne paraît pas non plus justifié de voir dans certaines informations – les données à caractère personnel – des objets appropriés, d’aucuns pointant à juste titre le risque qu’il y aurait à « favoriser exagérément les opérateurs et/ou d’occulter le lien avec la personne »²³⁸³. Bien au contraire, loin d’avoir la propriété de telles informations, il semble que la personne n’ait sur elles que des droits de nature extrapatrimoniaire²³⁸⁴, manifestant un « droit fondamental à l’autodétermination informationnelle »²³⁸⁵. Ces droits sont des extensions de ses droits extrapatrimoniaux, étant destinés à assurer son intégrité physique et morale relativement aux nouvelles menaces qui planent sur sa personne dans la sphère numérique²³⁸⁶ et aux nouveaux enjeux suscités par l’informatique en général. Par eux, la personne pourra accéder ou rectifier l’information²³⁸⁷, s’opposer à son traitement ou réclamer sa limitation²³⁸⁸, exiger l’effacement de l’information comme sa portabilité²³⁸⁹, ou encore organiser la conservation,

²³⁸² En ce sens, v. A. et H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, p. 39, n° 30.

²³⁸³ V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l’ère numérique*, *op. cit.*, p. 63.

²³⁸⁴ *Ibid.*, pp. 63-64. C’est d’ailleurs ce que confirme expressément le législateur aux articles 226-16 et suivants du Code pénal dans une section relative aux atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques.

²³⁸⁵ J. ROCHFELD, « Contre l’hypothèse de la qualification des données personnelles comme des biens », in E. NETTER et A. CHAIGNEAU (Dir.), *Les biens numériques*, Ceprisca, coll. « Colloques », 2015, p. 221, spéc. p. 231, n° 11.

²³⁸⁶ N. MALLEY-POUJOL, « Appropriation de l’information : l’éternelle chimère », *D.* 1997, p. 330, spéc. n° 16 et du même auteur, v° « Information (approche juridique) », in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (Dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, coll. « Quadrige », 2017.

²³⁸⁷ RGPD, arts. 15 et 16.

²³⁸⁸ RGPD, ars. 21 et 18.

²³⁸⁹ RGPD, ars. 17 et 20. Le droit à la portabilité des données permet à la personne physique d’obtenir que les informations la concernant soient directement transmises d’un organisme à un autre. Ainsi que le prévoient les Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données élaborées par le Groupe de travail « article 29 »

l'effacement ou la communication de ses données à son décès²³⁹⁰. Admettre une propriété de l'information personnalisée par la personne directement concernée reviendrait à accrédi- ter la thèse d'une propriété de soi, d'une propriété portant sur les attributs moraux qui singularisent la personne.

524. Une question politique. Un constat s'oppose ensuite à ce que l'on considère l'information comme un objet appropriable. Certaines informations sont, aujourd'hui, absolument hostiles à tout appropriation, faute d'être destinées par nature à un usage exclusif²³⁹¹. Dans une société de l'information, cela ne saurait surprendre : l'information se partage et se diffuse, devient même l'objet d'un « droit à »²³⁹². Sa rétention se trouve même combattue au nom de l'exigence de libre concurrence qui vient poser une limite générale à l'idée même d'un tel monopole sur l'information au nom d'un « droit d'accès à l'information »²³⁹³. C'est ainsi que l'ancienne Cour de justice des Communautés européennes a pu enjoindre des chaînes de télévision, qui arguaient de leur *copyright* sur les grilles des programmes pour refuser de les communiquer à une maison d'édition souhaitant créer un guide hebdomadaire des programmes, à fournir à cette dernière les informations requises à cette fin par le biais d'une licence, mettant ainsi un frein à leur monopole de fait constitutif d'une

sur la protection des données et adoptées le 13 décembre 2016, ce droit facilite la capacité des personnes concernées « à déplacer, à copier ou à transmettre facilement des données à caractère personnel d'un environnement informatique vers un autre » (spéc. p. 4). Encore faut-il remarquer que ce droit ne saurait s'appliquer aux données traitées sur une autre base légale que le consentement ou l'exécution d'un contrat, ce qui est un point déterminant du dispositif. Analysant le droit à la portabilité comme un « aiguillon de la concurrence », v. E. NETTER, « La portabilité, un droit à inventer », *Daloz IP/IT* 2020, p. 352 *sq.*

²³⁹⁰ Article 85 de la loi informatique et libertés n° 78-17 du 6 janvier 1978 dans sa version modifiée au 1^{er} juin 2019.

²³⁹¹ Ainsi notamment des renseignements figurant dans un annuaire ou des informations d'actualité. V. Cass. req., 8 août 1861, *DP* 1862, 1, p. 136 ; CA Paris, 18 décembre 1924, *D.* 1925, p. 30. Pour d'autres illustrations, v. N. MALLET-POUJOL, v° « Information (approche juridique) », art. cité, p. 664 et les décisions citées. Comp. toutefois M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes, op. cit.*, pp. 150 s., n° 124 s., pour qui l'information est une chose appropriable parfois rendue chose commune par le Souverain et ajoutant que, « en tout état de cause, quel que soit leur degré de réservation, les informations sont pleinement appropriables. Cela étant, elles ne le sont pas toutes. Faute d'être appropriables, certaines informations échouent à se révéler en tant que biens. De fait, elles n'existent que comme choses informationnelles. Mieux, elles sont des choses communes » (*ibid.*, pp. 155-156, n° 131).

²³⁹² V. CRPA, arts. L. 300-1 et L. 321-1, proclamant le « droit de toute personne à l'information » et le droit à la réutilisation des informations publiques. Sur le droit d'accès aux données publiques, v. M. DULONG DE ROSNAY, v° « Données ouvertes (*Open Data*) », in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs, op. cit.* Le justiciable peut encore décider de saisir le juge des référés d'un référé « mesures utiles » ou référé conservatoire (CJA, art. L. 521-2) dans le but d'obtenir la communication d'un document nécessaire pour faire valoir ses droits.

²³⁹³ C. GEIGER, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », art. cité, p. 417.

position dominante²³⁹⁴. C'est ainsi encore que le préambule du Règlement (UE) 2018/1807 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne affirme la nécessité de maintenir un certain niveau de concurrence entre les fournisseurs de services informatiques quant à la mobilité des données²³⁹⁵. Il est même prévu à l'article 6 du Règlement, à travers le concept de « portage des données », la possibilité pour les utilisateurs de transférer des données sans entrave d'un fournisseur de services à un autre, cette possibilité limitant donc en retour le monopole de quelque opérateur que ce soit²³⁹⁶.

525. Une question technique. C'est enfin un argument technique qui peut être mis en avant pour rejeter cette appropriation des informations en général. L'information n'est pas une chose et l'on n'en jouit pas comme l'on jouirait d'une chose. Faute d'avoir un *corpus* apte à supporter la maîtrise, l'information se dérobe par hypothèse à toute emprise matérielle et partant à la propriété.

Serait-ce alors à dire que l'information, comme l'idée, « demeure éternellement libre et ne peut jamais devenir l'objet d'une propriété privée »²³⁹⁷ ou d'un monopole ? Si l'information apparaît en principe comme un objet non rival (sa connaissance ne priverait pas autrui de son bénéfice) et non exclusif (nul ne saurait se « réserver » une information)²³⁹⁸, il n'est pas certain que cela soit toujours vrai.

²³⁹⁴ CJCE, 6 avril 1995, « Radio Telefis Eireann et autres c/ Commission et Magill TV Guide Ltd », C-241/91 et C-242/91, *Rec. I*, p. 743.

²³⁹⁵ Dans un rapport conjoint de 2019, l'autorité de la concurrence française et l'autorité de la concurrence allemande (*Bundeskartellamt*) envisageaient déjà de poser les jalons d'une analyse concurrentielle de l'exploitation des données dans le secteur de l'économie numérique (Rapport « Algorithmes et concurrence », novembre 2019). Sur les données à caractère non personnelles, v. not. R. GUINCHARDAZ et J. PÉNIN, « L'économie de la réutilisation des données (non personnelles) », *Dalloz IP/IT* 2020, p. 218 *sq.* ; K. FAVRO, « “Les données non personnelles” : un nouvel objet juridique », *Dalloz IP/IT* 2020, p. 234 *sq.*

²³⁹⁶ En revanche, cet article prévoit que les informations et exigences fonctionnelles détaillées concernant ce « portage » devraient être définies par les acteurs du marché sous forme de codes de conduite, éventuellement par l'adoption de conditions générales contractuelles types.

²³⁹⁷ T. civ. Seine, 19 décembre 1928, *DH* 1929, p. 79. *Adde.* Cass. 1^{ère} civ., 5 juillet 2006, n° 04-16.687, inédit, refusant de protéger l'idée au titre d'un droit privatif, y voyant un objet de « libre parcours ».

²³⁹⁸ Paris, 18 décembre 1924, *D.* 1925, p. 30 : « les noms, les adresses et les divers renseignements dont se compose un annuaire tel que celui de la société Didot-Bottin sont de notoriété courante et appartiennent, comme le dit le tribunal, au domaine public ». Dans le même sens, au sujet de la composition d'équipes de football, v. CA Versailles, 31 mars 1981, *D.* 1983, p. 89.

B. La thèse du quasi-monopole

526. Bases de données et informations secrètes. D'un côté, le législateur reconnaît au producteurs de bases de données un monopole ayant pour objet l'exploitation des informations qui y sont contenues (1). De l'autre, il reconnaît à tout détenteur d'une information secrète un quasi-monopole sur son exploitation et sa conservation (2).

1. L'exploitation d'une base de données

527. Contenu des droits des producteurs. À l'occasion de l'adoption de la loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998 transposant la Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données²³⁹⁹, le législateur a reconnu au bénéfice des producteurs de ces bases un véritable droit *sui generis*, similaire à un droit voisin²⁴⁰⁰. Ce droit prend naturellement la suite de la protection prévue par l'article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle, bénéficiant notamment aux auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres ou de données diverses comme les bases de données, lesquelles s'entendent, au sens de cet article, d'un « recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen ». Les articles L. 341-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle, en interdisant à quiconque d'extraire ou de réutiliser la totalité ou une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données²⁴⁰¹, offrent dans le même temps au producteur de celle-ci un véritable monopole d'exploitation sur la base elle-même à raison non pas d'une activité créatrice, mais de l'investissement réalisé par le producteur pour sa constitution²⁴⁰². En reconnaissant un tel

²³⁹⁹ Sur le contenu de la notion de base de données, v. M. VIVANT, « Recueils, bases, banques de données, compilations, collections... : l'introuvable notion ? », *D.* 1995, p. 197 *sq.*

²⁴⁰⁰ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, p. 196, n° 182 ; C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, pp. 625-626, n° 638 ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 199, n° 261 ; J. PASSA, « La propriété de l'information : un malentendu ? », art. cité ; A. FRANÇON, « Base de données. Protection par droit d'auteur. Protection par le droit *sui generis* », *RTD Com.* 1999, p. 866 *sq.*

²⁴⁰¹ La « partie substantielle » évaluée quantitativement renvoie au volume de données extrait ou réutilisé par rapport au volume global de données de la base (CJCE, 9 novembre 2004, « Apis-Hristovich EOOD », C 203/02 ; Cass. 1^{ère} civ., 13 mai 2014, n° 12-27.691, n° 13-14.834 et n° 12-25.900, inédit). La « partie substantielle » évaluée qualitativement renvoie quant à elle « à l'importance de l'investissement lié à l'obtention, à la vérification ou à la présentation du contenu de l'objet de l'acte d'extraction et/ou de réutilisation, indépendamment du point de savoir si cet objet représente une partie quantitativement substantielle du contenu général de la base de données protégée » (N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 213, n° 286).

²⁴⁰² C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, pp. 628-629, n° 640 ; B. EDELMAN, « Les bases de données ou le triomphe des droits voisins », *D.* 2000, p. 89, spéc. n° 15 s.

droit d'exploitation sur une base de données dans le creux d'un « droit d'interdire »²⁴⁰³, le législateur confère indirectement à son producteur un monopole sur les informations qui y sont contenues, non pas en tant qu'entités prises individuellement, mais en tant que « blocs d'informations »²⁴⁰⁴.

Comme l'exprime Monsieur Passa, « la finalité du dispositif est de défendre l'investissement qu'implique l'activité de collecte et de traitement des données contre les risques de pillage », seule une extraction ou une réutilisation significativement importante étant interdite²⁴⁰⁵ ou plus généralement des actes de parasitisme. Autrement dit, l'extraction ou la réutilisation de la base de données ne portera atteinte aux droits du producteur que si elle affecte une partie substantielle de la base. Si ces textes ont pour objectif premier de garantir au producteur de la base de données une exploitation exclusive du contenu de celle-ci par cela qu'il aura ordonné et structuré des blocs d'informations²⁴⁰⁶, force est d'admettre que c'est bien la « substance informationnelle » de la base qui se trouvera protégée²⁴⁰⁷ et qui donnera lieu à un monopole d'exploitation²⁴⁰⁸.

Le *droit* à l'exploitation de l'information se trouve caractérisé. Mais il fait figure d'exception. Hormis l'hypothèse du droit *sui generis* des producteurs de bases de données, aucun droit subjectif n'est en effet reconnu au détenteur d'une information singulière. Celle-ci – lorsqu'elle est secrète – ne pourra s'offrir à l'exclusivité que de manière indirecte.

2. Le quasi-monopole sur l'information secrète

528. Caractérisation du quasi-monopole sur l'information. Dans le milieu des affaires, l'information est souvent vue comme la clé du succès d'une entreprise. Sa connaissance place son détenteur dans une position avantageuse par rapport à ses concurrents qui la jalouent. Vecteur d'un gain économique, l'information commerciale ou technique se dote d'une valeur importante, suscitant la convoitise. Souvent obtenue au gré d'âpres efforts de recherches et d'industrie mobilisant des équipes entières ou même au gré du temps et du développement

²⁴⁰³ CPI, art. L. 342-1. V. également CPI, art. L. 341-1, qui se borne à évoquer que le producteur « bénéficie d'une protection du contenu de la base », sans mentionner les prérogatives positives dont il dispose.

²⁴⁰⁴ J. PASSA, « La propriété de l'information : un malentendu ? », art. cité.

²⁴⁰⁵ *Ibid.*

²⁴⁰⁶ En ce sens, M. VIVANT, « Recueils, bases, banques de données, compilations, collections... : l'introuvable notion ? », art. cité, n° 8. V. également en ce sens P. GAUDRAT, « La loi de transposition de la directive 96/9 du 11 mars 1996 sur les bases de données », *RTD Com.* 1998, p. 598 *sq.*

²⁴⁰⁷ M. VIVANT, « An 2000, l'information appropriée ? », in *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997, p. 651, spéc. pp. 662-664, n° 13.

²⁴⁰⁸ En ce sens, v. not. CJCE, 9 novembre 2004, C-203/02, C-46/02, C-338/02 et C-444/02.

d'une clientèle ou d'un réseau, l'information se préserve comme un trésor qu'il ne faudrait pas laisser tomber entre des mains étrangères : formule, recette, savoir-faire, descriptif technique d'un brevet non encore déposé, projet de partenariat ou d'opération de rachat, fichiers clients et fournisseurs, information financière, information technologique..., autant d'informations commerciales plus généralement désignées comme des secrets techniques, secrets de fabrique ou secret des affaires au sens large du terme²⁴⁰⁹, offrant à leurs détenteurs un « avantage concurrentiel » dans la compétition économique²⁴¹⁰.

De manière paradoxale, si ces informations secrètes sont la clé du succès de la majeure partie des entreprises, elles ne font aujourd'hui l'objet d'aucun droit privatif qui offrirait à son détenteur un droit de l'exploiter de manière exclusive sans craindre qu'un tiers s'en arroge les bénéfices. Contrairement aux droits intellectuels, il n'existe pas en effet de droit subjectif à l'exploitation de l'information brute opposable à tous, quiconque étant à même de découvrir par ses propres moyens l'information pouvant en principe l'exploiter sans que son premier détenteur ne puisse s'y opposer. Aujourd'hui, le « droit » sur l'information, loin de s'affirmer publiquement, est un droit clandestin²⁴¹¹, n'existe qu'autant que le secret qui l'entoure se trouve préservé, soit au gré de techniques contractuelles (*via* des clauses de confidentialité et des accords de non-divulgaration ou « *non disclosure agreement* »)²⁴¹², soit au gré de précautions purement matérielles (contrôle d'accès, droit d'administration sur un système, nombre restreint des personnes habilitées, etc.)²⁴¹³. Ce monopole est par conséquent un monopole de pur fait²⁴¹⁴,

²⁴⁰⁹ C. com., arts. L. 151-1 s., spéc. art. L. 151-2 s'agissant du secret des affaires, offrant au « détenteur légitime » d'une information le « contrôle » de celle-ci selon les termes employés. V. également CPI, art. L. 621-1 et C. trav., art. L. 1227-1, s'agissant du secret de fabrication. V. enfin ADPIC, art. 39, s'agissant des renseignements non divulgués.

²⁴¹⁰ Directive (UE) 2016-943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, considérant n° 1.

²⁴¹¹ C. GAVALDA, « Le secret des affaires », *in Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 291, spéc. p. 293, n° 3.

²⁴¹² M. MALAURIE-VIGNAL, « Réflexions sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise contre le piratage économique », *D.* 2012, p. 1415, spéc. n° 22-23 ; J.-C. GALLOUX, « Ébauche d'une définition juridique de l'information », art. cité, n° 13.

²⁴¹³ C'est ainsi que l'AFNOR a publié plusieurs guides destinés à assurer au détenteur d'une information les moyens de la conserver (Guide BP Z74-700 sur les plans de continuité d'activité de mars 2011 ; Guide BP Z90-001 sur la prévention et la gestion de la fuite d'informations de décembre 2014 ; Guide AC Z90-002 sur les bonnes pratiques pour la prévention, la détection et le traitement des nouvelles cyber-menaces de janvier 2018).

²⁴¹⁴ D'aucuns y voient une forme de possession « qui n'est justement pas un droit mais un simple fait » et qui n'en demeure « pas moins protégée en tant que telle », la responsabilité civile permettant « d'en assurer la préservation, parfois sous les formes spécifiques de l'action en concurrence déloyale ou en agissement parasitaire » (W. DROSS, *J.-Cl. Civil Code*, v° « Art. 2255 à 2257 », 2018, n° 20 et dans le même sens A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, préf. M. Cabrillac, Dalloz, coll. « Nvle Bibliothèque de Thèses », vol. 8, 2001, pp. 295 s., n° 563 s.). Une telle caractérisation de la possession de l'information paraît douteuse : la possession étant une apparence de titularité, elle suppose nécessairement un droit dont elle reproduirait la structure. Aussi est-il étonnant d'admettre

dépendant entièrement des précautions prises par son détenteur pour garder l'information cachée et non de la sollicitude du Souverain qui aurait assuré ce dernier d'une véritable droit subjectif sur son exploitation²⁴¹⁵.

Mais quoique ce monopole soit pour le moins relatif et précaire, il se vérifie malgré tout, le législateur comme le juge assurant à rebours, par la présence de sanctions frappant quiconque obtiendrait indument une information de cette nature, l'existence d'un embryon de droit à l'exploitation exclusive de celle-ci dans un dessein économique²⁴¹⁶. L'on pourrait intuitivement songer aux actions antiparasitaires et en concurrence déloyale qui permettent d'« assurer la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif »²⁴¹⁷ et ainsi de contrer les effets de l'exploitation par des tiers non autorisés de l'information, en sanctionnant quiconque tirerait profit de l'investissement d'un autre²⁴¹⁸. Mais si ces mécanismes « permettent de restituer un *ersatz* de protection, en substituant des modalités indirectes de garantie à une prise en compte expresse de ces biens »²⁴¹⁹, ils s'avèrent toutefois insuffisant à caractériser avec précision le monopole du détenteur d'une information sur son exploitation, faute de le reconnaître directement : l'information ne constitue pas l'objet direct de ces actions, sinon la saine concurrence entre opérateurs économiques. Ce que l'on sanctionne est moins l'atteinte directe à un droit sur l'information ou la captation indue d'une information et son exploitation illégitime que l'atteinte au jeu de la concurrence et le détournement d'une clientèle²⁴²⁰.

une possession de l'information tout en refusant de reconnaître qu'elle puisse faire l'objet d'un droit (sur la question, cf. supra n° 192 s.).

²⁴¹⁵ En ce sens, v. J. PASSA, « La propriété de l'information : un malentendu ? », art. cité. V. également P. GOURDON, *L'exclusivité*, préf. P. Le Cannu, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 455, 2006, pp. 56 s., n° 130 s.

²⁴¹⁶ Rapp. O. DE MAISON ROUGE, « Le secret des affaires : la reconnaissance juridique d'un droit de l'information protégée », *Daloz IP/IT* 2018, p. 659 *sq.*, qui rapproche ce « pouvoir de fait » sur l'information à une « forme de possession, par nature relative, sinon éphémère ». V. également P. BERLIOZ, « Informations secrètes de l'entreprise : une protection annoncée », *RDC* n° 1, 31 mars 2015, p. 124 *sq.*, l'auteur relevant que le secret « permet de conserver une emprise exclusive sur l'information, parce qu'il réserve sa connaissance à celui qui l'a obtenue. Toutefois cette réservation est fragile car elle repose sur un mécanisme de protection factuelle dont la destruction est pour ainsi dire irréversible ».

²⁴¹⁷ V. Cass. com., 29 novembre 1960, *Bull. civ. IV*, n° 389 ; Cass. com., 3 octobre 1978, n° 77-10.915, *Bull. civ. IV*, n° 208 ; Cass. com., 18 janvier 1982, n° 81-10.013, *Bull. civ. IV*, n° 19 ; Cass. com., 15 juin 1983, n° 81-15.936, *Bull. civ. IV*, n° 174 ; Cass. com., 6 décembre 1984, n° 82-16.828, *Bull. civ. IV*, n° 335.

²⁴¹⁸ Cass. req., 23 mai 1900, « Havas c/ Alcan-Lévy », *DP* 1902, 1, p. 405 ; TGI Paris, 14 septembre 1994, « Sté Les Échos c/ Sté S & W », *RIDA* 1995, p. 163 ; Cass. com., 26 janvier 1999, n° 96-22.457, inédit. Pour un panorama des différentes sanctions, v. not. M. MALAURIE-VIGNAL, « Réflexions sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise contre le piratage économique », art. cité, *passim*.

²⁴¹⁹ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil. 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297, spéc. p. 344, n° 42.

²⁴²⁰ Sur cette question, cf. *infra* n° 540.

En revanche, l'information se trouve directement au cœur d'un autre mécanisme introduit plus récemment en droit interne : la sanction de l'atteinte au secret des affaires.

529. Vérification du quasi-monopole : l'information protégée au titre du secret des affaires. Ce quasi-monopole sur l'information peut être attesté. Il trouve une solide assise depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, procédant à la transposition en droit interne de la Directive 2016-943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, et prenant directement la suite de l'Accord sur les ADPIC adopté le 15 avril 1994 et protégeant, en son article 39, les « renseignements non divulgués » tels les secrets commerciaux ou connaissances techniques²⁴²¹.

Cette loi organise la protection de toute information secrète et conservée secrètement²⁴²² (le secret étant la condition de la protection) contre toute captation qui résulterait d'un acte illicite²⁴²³ (l'obtention licite de l'information étant la limite de la protection²⁴²⁴) : quiconque obtiendrait, utiliserait ou divulguerait de manière illicite une information de cette nature engagerait donc sa responsabilité civile²⁴²⁵. Si la protection ne suppose pas, ainsi que les promoteurs de la directive du 8 juin 2016 l'ont souligné, la reconnaissance d'un droit exclusif sur celle-ci²⁴²⁶ et si la sanction ne touche que ceux qui ont eu une « conduite illicite et contraire

²⁴²¹ Plusieurs initiatives avaient toutefois vu le jour en France sous l'impulsion de Bernard Carayon dès le début des années 2000. Par deux rapports (« Intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale », Rapport remis au premier ministre en juin 2003, Doc. Fr., 2003 ; « À armes égales », Rapport remis au premier ministre en septembre 2006, Doc. Fr., 2006) et trois propositions de loi (Proposition de loi relative à la protection des informations économiques, Ass. nat., 13 mai 2004, n° 1611 ; Proposition de loi relative à la protection des informations économiques, Ass. nat., 17 juin 2009, n° 1754 ; Proposition de loi visant à sanctionner la violation du secret des affaires, Ass. nat. 22 novembre 2011, n° 3985), le député entendait faire sanctionner – sans succès – la captation d'informations secrètes. Sur le processus ayant mené à l'adoption de la loi du 30 juillet 2018, v. M. DHENNE, « La loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires », *D.* 2018, p. 1817 *sq.*

²⁴²² C. com., art. L. 151-1.

²⁴²³ C. com., art. L. 151-3.

²⁴²⁴ Rappr. J. PASSA, « La propriété de l'information : un malentendu ? », art. cité, qui relève que « la protection n'est assurée que de manière indirecte, par la sanction des circonstances particulières dans lesquelles le secret, quel qu'en soit l'objet, a été obtenu ou utilisé ».

²⁴²⁵ C. com., arts. L. 151-4 et L. 152-2.

²⁴²⁶ Directive du 8 juin 2016, préc., considérant n° 16. V. également le Rapport d'information n° 406 du 6 avril 2018 du Sénat fait au nom de la commission des affaires européennes portant observations sur la proposition de loi transposant la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, p. 31, rappelant qu'aucun droit exclusif ne se trouve attaché au secret. *Adde.* J.-C. GALLOUX, « Secret des affaires et

aux pratiques commerciales honnêtes »²⁴²⁷, il est tout de même remarquable que le législateur ait, dans le creux de ces sanctions, reconnu à son titulaire un succédané de droit à l'exclusivité de l'information dans certaines circonstances. Dès lors en effet que le législateur sanctionne quiconque prendrait connaissance d'une information secrète de manière illicite, il reconnaît dans le même temps à son détenteur légitime un quasi-droit de l'exploiter, précisant encore le contenu de ce quasi-monopole et les prérogatives qui reviennent habituellement à son titulaire. C'est ainsi que l'article L. 151-2 du Code de commerce appréhende le « détenteur légitime » d'une information comme « celui qui en a le contrôle de façon licite ». C'est ainsi encore que l'article L. 151-5 prévoit que l'utilisation ou la divulgation d'une information est illicite lorsqu'elle aura été réalisée « sans le consentement de son détenteur légitime ». C'est ainsi enfin que l'article L. 152-3 prévoit qu'outre le versement de dommages-intérêts, l'auteur de la « soustraction » de l'information peut notamment se voir interdire toute acte de production, d'offre, de mise sur le marché ou d'utilisation de produits résultant de manière significative de l'atteinte au secret des affaires ou se voir ordonner la destruction totale ou partielle de tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique contenant le secret des affaires concerné²⁴²⁸.

530. Justification du quasi-monopole. La reconnaissance d'un tel germe de droit sur l'information peut se justifier. En garantissant au détenteur d'une information un certain monopole sur son exploitation, l'on favorise tout à la fois l'innovation et la concurrence²⁴²⁹. Mieux, on lui offre d'une certaine manière la garantie que son travail de recherche et d'ingénierie ne soit pas pillé par des concurrents malhonnêtes, notamment lorsque l'information découverte ne peut faire l'objet d'un droit privatif tel un brevet, soit parce que l'information ne revêt pas les qualités d'une invention brevetable²⁴³⁰, soit parce que l'inventeur n'en a pas encore

propriété intellectuelle », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 666 ; R. MILCHIOR et V. FOURGOUX, « Directive sur les secrets d'affaires : création d'un nouveau droit de propriété intellectuelle », *AJCA* 2016, p. 391 *sq.*

²⁴²⁷ C. SAPPÀ, « Le secret des affaires dans la société algorithmique : une présence profitable », *RTD Com.* 2019, p. 847, spéc. p. 853.

²⁴²⁸ L'on relèvera là l'emprunt opéré par le législateur aux mesures de sanctions et de réparation des actes de contrefaçon. Sur cette analogie, v. Avis du Conseil d'État n° 394422 du 15 mars 2018 sur la proposition de loi portant transposition de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, n° 3.

²⁴²⁹ Directive du 8 juin 2016, préc., considérant n° 16. V. également l'exposé des motifs précédant la proposition de Directive 2013/0402 du Parlement européen et du Conseil du 28 novembre 2013 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, se référant à la promotion de « l'efficacité économique » et à celle de la « compétitivité ».

²⁴³⁰ Sur le choix de ne pas faire figurer les dispositions issues de la loi de 2018 dans le Code de la propriété intellectuelle, v. Rapport d'information n° 406 du 6 avril 2018 du Sénat fait au nom de la commission des affaires

fait le dépôt, soit parce qu'il ne souhaite pas rendre publique l'information au cœur de son activité²⁴³¹. Surtout, et plus largement, on lui garantit le contrôle de la plupart des informations commerciales au sens large en sa détention.

Mais la reconnaissance d'un tel quasi-monopole n'est pas sans susciter des craintes, notamment quant à la liberté d'expression et la liberté d'information. Si l'article L. 151-8, 1° du Code de commerce considère que le secret n'est pas opposable²⁴³² lorsque son obtention, son utilisation ou sa divulgation est intervenue « pour exercer le droit à la liberté d'expression et de communication », force est d'admettre que cette exception peut sembler ne pas toujours être très bien respectée²⁴³³. En témoigne l'affaire récente des « *Implant Files* »²⁴³⁴ qui a donné lieu à un jugement du tribunal administratif de Paris en date du 15 octobre 2020²⁴³⁵. Dans une enquête menée par le Consortium international des journalistes d'investigation (ICIJ) en 2018, il fut établi que les autorités sanitaires de nombreux États – y compris en France – avaient failli à leur devoir de contrôle en autorisant la mise sur le marché de dispositifs médicaux défectueux ou dangereux. Or, c'est à une fin de non-recevoir opposée par la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) que s'est heurtée, le 25 octobre 2018, l'ICIJ qui souhaitait obtenir des informations sur ces produits. L'argument avancé par la CADA ne fut autre que le secret des affaires, celle-ci considérant que la communication des informations relatives à ces dispositifs médicaux « serait susceptible de porter atteinte au secret des affaires » et notamment à la stratégie commerciale des entreprises visées. Si le tribunal administratif de Paris, saisi par le journal *Le Monde*, a fini par donner tort à la CADA en enjoignant le Laboratoire national de métrologie et d'essais (LNE) et la société GMED, chargés de délivrer le certificat de conformité européen à ces produits, à communiquer dans un délai d'un mois la liste des dispositifs incriminés, il a dans le même temps considéré que la communication de la liste des dispositifs non encore mis sur le marché et des dispositifs non labélisés « reviendrait à révéler des informations confidentielles relatives à la stratégie commerciale des fabricants »²⁴³⁶. S'il est

européennes portant observations sur la proposition de loi transposant la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, p. 31.

²⁴³¹ J.-C. GALLOUX, « Secret des affaires et propriété intellectuelle », art. cité.

²⁴³² Plus généralement, sur les exceptions à la protection du secret des affaires, v. C. com., arts. L. 151-7 à L. 151-9.

²⁴³³ Rapp. CRPA, art. L. 311-6, 1° : ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs « dont la communication porterait atteinte [...] au secret des affaires, lequel comprend le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou industrielles ».

²⁴³⁴ *Le monde*, 30 septembre 2020 et 17 octobre 2020.

²⁴³⁵ TA Paris, 15 octobre 2020, n° 1822236/5-2.

²⁴³⁶ *Ibid.*, § 14.

certain qu'un arbitrage doit être opéré entre les intérêts en présence, force est donc de reconnaître la vigueur de ce quasi-monopole sur l'information, lequel produit des effets heureux pour son détenteur.

Plus largement, derrière la sanction de la captation induite d'une information, se dessine en contrepoint un indiscutable quasi-monopole sur l'information secrète ainsi qu'une certaine exclusivité liée à l'exploitation de celle-ci²⁴³⁷, par cela seulement qu'une personne a une maîtrise sur le sort d'une information secrète en sa détention. Ce monopole de fait, non étayé par un droit privatif, se manifeste encore en matière pénale.

531. Sanctions pénales de la « soustraction » d'informations. À de nombreuses occasions et antérieurement à l'entrée en vigueur de loi du 30 juillet 2018, la Cour de cassation s'est prononcée sur le « vol » d'informations, admettant que de telles informations pouvaient faire l'objet d'une soustraction frauduleuse²⁴³⁸. Si certains auteurs ont considéré que la Cour de cassation consacrait là la nature pleinement appropriable de l'information ainsi que sa nature de chose susceptible d'être soustraite²⁴³⁹, il semble plus prudent de penser que la Cour se soit contentée d'admettre, avant que le législateur ne prenne en main la question à l'occasion de l'adoption de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014²⁴⁴⁰ réprimant plus largement l'accès frauduleux à un système de traitement automatisé de données (STAD)²⁴⁴¹, l'existence d'un

²⁴³⁷ Comp. P. CATALA, « La “propriété” de l'information », art. cité, p. 99, n° 7, considérant que les actions en concurrence déloyale et antiparasitaires, censées réparer le pillage d'informations et contrer les effets de l'exploitation par des tiers non autorisés de celles-ci, trahissent la « préexistence d'un droit sur l'information », mais assimilant ce droit à un droit de propriété. Dans le même sens, v. N. MALLET-POUJOL, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », art. cité, p. 15. V. également M. VIVANT, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », art. cité, p. 375, n° 13, qui parle de « réservation » (*ibid.*, p. 375, n° 13), d'« immobilisation » (*ibid.*, p. 375, n° 13.2) et même de « métapropriété » de l'information (*ibid.*, p. 379, n° 13.2). V. enfin J. DUPRÉ, « Espionnage économique et droit : l'inutile création d'un bien informationnel », art. cité, p. 8, n° 18.

²⁴³⁸ Cass. crim., 8 janvier 1979, « Logabax », n° 77-93.038, *Bull. crim.*, n° 13 ; Cass. crim., 12 janvier 1989, « Bourquin », n° 87-82.265, *Bull. crim.*, n° 14 ; Cass. crim., 1^{er} mars 1989, « Antonioli », n° 88-82.815, *Bull. crim.*, n° 100 ; Cass. crim., 3 mars 1992, n° 90-82.964, inédit ; Cass. crim., 9 septembre 2003, n° 02-87.098, inédit ; Cass. crim., 4 mars 2008, n° 07-84.002, inédit ; Cass. crim., 27 avril 2011, n° 10-86.233, inédit ; Cass. crim., 20 mai 2015, « Bluetouff », n° 14-81.336, *Bull. crim.*, n° 119 ; Cass. crim., 24 janvier 2018, n° 16-86.597, inédit.

²⁴³⁹ Allant dans ce sens, v. not. M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », *D.* 1985, p. 43, spéc. p. 48, n° 28 et du même auteur, « L'arrêt *Bourquin*, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons », *RSC* 1990, p. 507 *sq.* ; P. BOUZAT, « Vol de disquettes et du contenu informationnel de certaines d'entre elles », *RSC* 1990, p. 346 *sq.* ; L. SAENKO, « Vol par téléchargement de données numériques », *D.* 2015, p. 1466, spéc. n° 5. Plus généralement, v. G. BEAUSSONIE, « La pérennité de la protection pénale des biens incorporels », *D.* 2012, p. 137 *sq.*

²⁴⁴⁰ Modifiée par la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015.

²⁴⁴¹ Cf. *infra* n° 533.

quasi-monopole sur l'information caractérisé sitôt que son détenteur n'en avait plus l'exclusivité dans son exploitation²⁴⁴².

532. Le « vol » d'informations. La thèse de la propriété de l'information doit d'abord être écartée. L'information n'est nullement une chose que l'on pourrait soustraire, son « appréhension » – ou sa connaissance – ne privant pas son détenteur originel de la possibilité de continuer à l'exploiter. Surtout, et contrairement aux juges du fond qui ont très volontiers admis que l'information était une chose appropriée susceptible d'être soustraite, la Cour de cassation a toujours fait montre d'un certain mutisme sur la question, préférant en toute hypothèse se retrancher derrière l'appréciation souveraine des faits par les juges du fond²⁴⁴³. Cette position prudente s'explique : valider ouvertement l'interprétation des juges du fond aurait valu reconnaissance de la nature de chose appropriée de l'information, l'incrimination de vol supposant l'appropriation préalable de l'information. Surtout, c'eût été élargir considérablement le domaine du vol en allant à l'encontre de la lettre de l'article 311-1 du Code pénal qui suppose la mainmise sur une chose, ce que la connaissance d'une information par un tiers ne saurait réaliser²⁴⁴⁴. À l'inverse, et même si la rigueur commandait à la Cour de cassation de condamner explicitement les décisions des juges du fond²⁴⁴⁵, une telle condamnation aurait inmanquablement conduit à laisser impunis des actes éminemment blâmables, privant les détenteurs légitimes d'informations commerciales de la possibilité d'une part de les exploiter de manière exclusive et d'autre part d'en garder le contrôle et de se protéger notamment contre certaines cyberattaques. Aussi peut-on comprendre la position de la Cour de cassation qui, faute d'avoir pu s'appuyer sur un texte spécial, a toujours pris soin de rattacher le « vol » de l'information à la soustraction de son support²⁴⁴⁶. Mais au fond, l'objectif poursuivi par la Cour

²⁴⁴² V. déjà J. DEVÈZE, « À propos de l'évolution des “délits contre les biens” », in *Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 359, spéc. p. 373, relevant que le « vol » de l'information « se réduit à l'atteinte au droit qu'a le “propriétaire” de l'idée de ne pas la communiquer à qui il ne veut pas ».

²⁴⁴³ En ce sens, P. BERLIOZ, « Quelle protection pour les informations économiques secrètes de l'entreprise ? », *RTD Com.* 2012, p. 263.

²⁴⁴⁴ J. FRANCILLON, obs. sous Cass. crim., 30 octobre 2013, n° 12-85.618 et CA Paris, 5 février 2014, ch. 10, « Olivier L. c/ MP », *RSC* 2014, p. 119.

²⁴⁴⁵ S. DETRAZ, « Vol de données informatiques », *Gaz. Pal.*, n° 169, 18 juin 2015, p. 8 *sq.* ; S. JOUNIOT, « Vol : avatars d'une infraction protéiforme », *AJ Pénal* 2019, p. 26 *sq.* *Contra.* G. BEAUSSONIE, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal. Contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété*, préf. B. de Lamy, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 532, 2012, pp. 95 s., n° 226 s., l'auteur admettant la dématérialisation de la soustraction.

²⁴⁴⁶ C'est ainsi que dans l'arrêt « Logabax » de 1979, la Cour de cassation n'a appréhendé le « vol » de l'information qu'à travers le vol des documents qui la matérialisaient. Il en est allé de même dans l'arrêt « Bourquin » de 1989, le vol du « contenu informationnel » (des données commerciales) étant absorbé par le vol des supports le renfermant (des disquettes). La même solution est encore retenue dans l'arrêt « Antonioli » de la

de cassation ne fait aucun doute : sanctionner une personne privant le détenteur d'une information de son contrôle (exclusif) de celle-ci²⁴⁴⁷. La « perte » que sanctionne la Cour de cassation dans ces arrêts est donc moins celle d'une information que de l'exclusivité qu'en a son détenteur habituel²⁴⁴⁸. En sanctionnant quiconque priverait de manière illégitime le détenteur d'une information de l'exclusivité qu'il a dans son exploitation, la Cour de cassation reconnaît sans ambages à celui-ci un « droit » préexistant à son exploitation, aussi embryonnaire soit-il.

Même si ces solutions ont vocation à tomber en désuétude depuis l'entrée en vigueur de la loi du 13 novembre 2014 venue absorber le plus gros du contentieux en la matière²⁴⁴⁹, elles demeurent quelque peu problématiques. En admettant que la « soustraction » de l'information se trouve caractérisée par la seule privation de l'exclusivité qu'en a son détenteur dans son exploitation, la Cour de cassation fait de la soustraction un concept excessivement large, la figure du vol en sortant radicalement chamboulée : le vol n'aurait plus seulement pour rôle de sanctionner la privation de la propriété mais toute « perte économique subie par la victime »²⁴⁵⁰ ou plus largement toute privation d'exclusivité. Plus encore, si l'on devait admettre le vol au seul motif qu'il existerait une atteinte à l'exclusivité de l'information, l'on devrait pareillement situer « le seuil de consommation » de celui-ci « dès la prise de connaissance de l'information

même année, la Cour de cassation faisant référence à la « détention matérielle du fichier informatique » subtilisé par une personne, aux fins de valider le raisonnement des juges du fond qui avaient admis le vol de « données comptables et commerciales » qualifiées par ces derniers de « biens incorporels qui se trouvaient être juridiquement la propriété exclusive de l'entreprise ». C'est encore la « détention matérielle du fichier informatique » subtilisé par une personne qui justifia, dans l'arrêt inédit de 1992, l'incrimination de vol, ou la volonté par le prévenu de « s'approprier les informations gravées sur le support matériel » qui a permis de reconnaître, dans l'arrêt de 2003, le vol du « contenu informatif d'une disquette ». Enfin, à l'occasion des arrêts de 2008, 2011 et 2018, la Cour de cassation a pu à demi-mots admettre le « vol du contenu informatif » à l'occasion de la soustraction de plans et de documents. Si la Cour de cassation admet le « vol » d'une information malgré l'absence de soustraction de son support dans l'arrêt « Bluetouff » de 2015, c'est pour l'unique raison qu'elle a étendu de manière prétorienne le domaine de l'article 323-3 du Code pénal, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014, à des faits non initialement réprimés.

²⁴⁴⁷ En ce sens, v. not. H. MATSOPOULOU, « Vol par téléchargement de données informatiques », *RSC* 2015, p. 860 *sq.* ; G. BEAUSSONIE, « L'entrée dans l'ère du vol par téléchargement : à propos de l'épilogue (provisoire ?) de l'affaire Bluetouff », *JCP G* n° 30-35, 27 juillet 2015, 887. Rapp. Cass. crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113, *Bull. crim.*, n° 191.

²⁴⁴⁸ En ce sens, v. A. TOUZAIN, « Regards d'un civiliste sur la notion de bien en matière pénale », in *Des limites à la volonté de puissance ?*, Dalloz, ICP, Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 12, 2017, p. 221, spéc. n° 24. Rapp. J. DUBARRY, « Les pénalistes parlent-ils la même langue que les civilistes ? Regards croisés sur la chose et le bien », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 167, spéc. pp. 172 s., appréhendant moins le vol comme la soustraction d'une chose que comme la soustraction de la « chose » d'autrui.

²⁴⁴⁹ Encore que certaines informations bénéficient d'un régime spécifique de protection. V. not. C. pén., arts. 226-13 sur la violation du secret professionnel et 226-15 sur la violation du secret des correspondances. V. également CSP, art. L. 1110-4 sur le secret médical et CMF, art. L. 511-33 sur le secret bancaire.

²⁴⁵⁰ S. DETRAZ, R. OLLARD et J.-C. SAINT-PAU, « Contre l'incrimination du vol d'information », in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (Dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, opinio doctorum, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, p. 97, spéc. p. 109.

puisque, dès cet instant, le propriétaire [serait] privé de l'exclusivité »²⁴⁵¹. Le domaine du vol se trouverait par conséquent élargi à des hypothèses baroques, comme le remarquent Messieurs Detraz, Ollard et Saint-Pau : « à suivre la logique de l'analyse, le seul fait de lire un document ou de surprendre une conversation porteuse d'informations constitueraient une soustraction »²⁴⁵². Une telle extension du vol est évidemment à craindre et si « le bon sens naturellement est rebelle à une telle extension du délit »²⁴⁵³, encore faut-il l'affirmer clairement, les conséquences qui en résulteraient pouvant être dramatiques.

Un premier pas dans le sens d'une rationalisation de l'infraction fut heureusement franchi à l'occasion de l'examen de la loi du 30 juillet 2018, la commission mixte paritaire constituée à son occasion ayant expressément rejeté la proposition des sénateurs de créer dans le Code pénal une nouvelle section relative au « détournement d'une information économique protégée ». Il faudrait désormais aller plus loin, le législateur devant s'emparer de la question du « vol » d'informations en délimitant ses contours, sans plus la laisser entre les mains des seuls juges²⁴⁵⁴. C'est d'ailleurs ce qu'il fit à l'occasion de la loi du 13 novembre 2014.

533. L'accès frauduleux à un STAD. La loi du 13 novembre 2014, codifiée aux articles 323-1 et suivants du Code pénal, par la généralité de son dispositif, a vocation à phagocyter une part importante du contentieux relatif à la « soustraction » de l'information, la majeure partie des informations d'une entreprise étant aujourd'hui sous forme numérique et contenues dans des STAD. Se trouve aujourd'hui puni le fait d'accéder ou de se maintenir frauduleusement dans un STAD (art. 323-1), d'entraver ou de fausser son fonctionnement (art. 323-2) ou plus généralement d'introduire frauduleusement des données, de les extraire, de les détenir, de les reproduire, de les transmettre, de les supprimer ou de les modifier (art. 323-3).

²⁴⁵¹ *Ibid.* C'est pourtant la solution retenue par les articles 323-1 et suivants du Code pénal en matière de STAD : le seul fait d'accéder ou de se maintenir frauduleusement dans un tel système suffit à caractériser l'infraction.

²⁴⁵² *Ibid.* V. également, dans le même sens, P. CONTE, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 6^{ème} éd., 2019, p. 414, n° 532, soulignant qu'« on éprouve quelque malaise devant les perspectives qu'ouvre pareille solution : si l'on "soustrait" en lisant, est-on voleur si l'on surprend des informations en écoutant aux portes ou en regardant par-dessus un mur ? Sans doute l'usurpation d'une information, soit celle d'un bien désormais susceptible d'avoir une grande valeur économique, doit-elle être parfois pénalement réprimée ; mais pour y parvenir, le recours au vol est un procédé discutable, qui viole la lettre de la loi ("chose") et qui ne connaît d'autres bornes à son champ d'application potentiellement illimité que les choix arbitraires des juges »).

²⁴⁵³ J. DEVÈZE, « Le vol de "biens informatiques" », *JCP* 1985, I, 3210, spéc. n° 17.

²⁴⁵⁴ Sur ces questions, v. not. P. BERLIOZ, « Quelle protection pour les informations économiques secrètes de l'entreprise ? », art. cité, *passim* ; E. RASCHEL, « Réflexions sur la pénalisation de la violation du secret des affaires », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 675 *sq.*

Il est notable que ces textes ne prennent pas parti sur la nature appropriable ou non de l'information, se bornant à sanctionner quiconque en aurait pris frauduleusement connaissance, quand bien même l'auteur de l'infraction serait reparti « les mains vides » du système d'informations, sans en avoir téléchargé les données. Mais si ces textes ne se prononcent pas sur la « propriété » de l'information, ils admettent en creux, par le truchement des sanctions fulminées, que leur détenteur bénéficie sur elle d'une exclusivité de fait qu'il s'agit de garantir²⁴⁵⁵. C'est cette exclusivité protégée qui témoigne, à nouveau, de l'existence d'un quasi-monopole sur l'information, monopole de fait qui se déduit tant de l'absence d'un droit subjectif à son égard que de l'existence de sanctions venant garantir à son détenteur une certaine maîtrise exclusive sur son devenir.

§2. Le droit sur la clientèle

534. Définition de la clientèle. Dans son sens originel, la clientèle, du latin *clientela*, désignait la condition dans laquelle se trouvait un *cliens*, assujetti à la puissance d'un seigneur. Le client était pour les romains une sorte de vassal et la clientèle l'état dans lequel ce dernier se trouvait vis-à-vis d'autrui, se trouvant être son obligé mais aussi son protégé²⁴⁵⁶. Aujourd'hui, la clientèle reçoit une définition quelque peu différente. Elle désigne généralement l'ensemble des personnes recherchant de manière habituelle les services ou produits d'un professionnel. La clientèle désigne moins la condition dans laquelle se trouve un client que l'espoir, pour le professionnel, de continuer à contracter avec ses clients²⁴⁵⁷.

Prise objectivement et du point de vue du professionnel comme un agrégat de personnes nouant des contrats avec lui, la clientèle peine malgré tout à revêtir le qualificatif de chose, même au sens le plus large du terme. Quoique les personnes qui composent la clientèle soient régulièrement attirées par les services ou produits fournis par un professionnel, il demeure difficile de cristalliser l'ensemble de ces relations en un véritable objet de droit, la fidélité supposée des clients étant toute relative, car leur liberté absolue²⁴⁵⁸. La clientèle est moins une

²⁴⁵⁵ La sanction encourue par le délinquant qui extrairait des données d'un STAD s'avère même plus importante encore que celle prévue en matière de vol, étant de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende (C. pén., art. 323-3) contre trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende (C. pén., art. 311-3).

²⁴⁵⁶ F. GAFFIOT, *Dictionnaire Latin Français*, Hachette, 1934, v° « *Cliens* » et « *Clientela* ».

²⁴⁵⁷ G. RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1951, n° 78.

²⁴⁵⁸ A. DUMOUCHEL, *Étude juridique de la clientèle des fonds de commerce et des professions libérales*, th. Paris, 1907, pp. 51-52.

chose qu'une donnée sociologique²⁴⁵⁹, désigne moins un *étant* qu'un élément statistique²⁴⁶⁰. Ce qu'« a » un professionnel se résume somme toute à la perspective que les clients lui demeurent fidèles et que son volume d'affaires reste identique au gré du renouvellement des personnes recherchant habituellement ou ponctuellement ses produits et services. Aussi la clientèle se résume-t-elle finalement à un objet socio-économique : c'est la perspective pour un professionnel de réaliser, eu égard à son volume d'affaire ordinaire, un certain chiffre d'affaires²⁴⁶¹.

535. Le « problème » de la clientèle. Cet agrégat de personnes et la perspective de contracter avec elles représentent, pour le professionnel, une valeur indiscutable. L'existence d'une clientèle conditionne la réussite et la poursuite de son activité et se présente à ce titre comme la source indispensable de son succès. Aussi se pose naturellement la question de son traitement juridique. Si la clientèle constitue une indiscutable richesse patrimoniale ou la source d'une telle richesse, il reste à savoir si elle peut être l'objet d'un droit patrimonial²⁴⁶². À l'évidence, la clientèle n'étant pas une chose, elle ne peut être saisie par un droit réel de propriété. La volatilité de la clientèle empêche plus largement d'y voir l'objet d'un droit privatif, ce que les juridictions ont déjà eu l'occasion d'affirmer²⁴⁶³.

Pourtant, l'analyse sociologique révèle que si la clientèle ne constitue pas, *en droit*, un objet exclusif, elle peut être, *en fait*, l'objet d'une telle situation d'exclusivité²⁴⁶⁴. Le professionnel se trouve en effet, par l'attachement d'une clientèle à ses services ou à ses produits, dans une « position concurrentielle de pur fait »²⁴⁶⁵, investi d'une exclusivité de fait sur une « part de

²⁴⁵⁹ P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD Civ.* 1966, p. 185, spéc. p. 205, n° 24.

²⁴⁶⁰ R. LIBCHABER, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Biens », 2019, n° 94.

²⁴⁶¹ En ce sens, v. A. JAUFFRET, « Les éléments nouveaux du fonds de commerce », in *Études offertes à Georges Ripert*, t. II, LGDJ, 1950, p. 33, spéc. p. 37, définissant la clientèle comme une « valeur économique constituée par le courant commercial d'affaires qu'il est probable ou possible d'espérer ».

²⁴⁶² F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 377, 2002, p. 187, n° 235.

²⁴⁶³ Considérant ainsi que la clientèle ne peut constituer un objet de droit privatif, v. not. CA Paris, 26 février 1991, *D.* 1992, p. 50, obs. Y. Serra ; Cass. com., 27 février 1996, n° 93-20.691, inédit.

²⁴⁶⁴ Rapp. R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD Civ.* 1958, p. 331, spéc. p. 351, n° 39 : « sans doute, chaque client reste, - sauf quand la loi établit des privilèges, - libre de choisir ses fournisseurs. Mais c'est une liberté asservie par les habitudes, les réflexes, les commodités, parfois, les nécessités matérielles ».

²⁴⁶⁵ Décision de la Commission n° 76/743/CEE du 26 juillet 1976 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/28.996, « Reuter c. BASF »), *JOCE* n° L. 254/40 du 17 septembre 1976.

marché »²⁴⁶⁶. Autrement dit, la clientèle se présente bien comme une « originalité concurrentielle »²⁴⁶⁷. C'est cette situation de quasi-monopole qu'il convient désormais d'expliquer.

536. Plan. Les arguments avancés par une partie de la doctrine contre la patrimonialité de la clientèle doivent d'abord être réfutés (A). À cette réfutation doit succéder l'admission de la nature patrimoniale de la clientèle (B).

A. Réfutation des arguments contre la patrimonialité de la clientèle

537. Les arguments contre « l'appropriation de la clientèle ». Dans une première approche, l'existence d'une telle exclusivité, même de fait, pose problème. La clientèle n'est en effet pas une « chose » que l'on pourrait soustraire à la convoitise d'autrui ou dont on pourrait se réserver le bénéfice jalousement de manière exclusive. Non seulement la liberté des clients fait figure d'obstacle à leur « appropriation » ou à toute réservation, mais il apparaît encore que la liberté de la concurrence autorise toute personne à capter la clientèle *a priori* attachée aux services ou aux produits de son concurrent, que cela soit de manière active – par démarchage ou prospection – ou de manière passive – par la meilleure qualité des produits ou services offerts. Loin d'être captive d'un professionnel, la clientèle se laisse en effet conquérir par quiconque en a l'opportunité. C'est même là le jeu naturel de la concurrence, les tribunaux ne réparant pas, par principe, le dommage concurrentiel causé à un professionnel ayant perdu sa clientèle, ce dommage étant licite²⁴⁶⁸. Sitôt que la concurrence est saine, exercée loyalement et conformément aux usages du commerce, la captation d'une clientèle ne saurait constituer un

²⁴⁶⁶ W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, p. 779, n° 421-3.

²⁴⁶⁷ P. LE FLOCH, *Le fonds de commerce. Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, préf. J. Paillusseau, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 192, 1986, pp. 132-133, n° 144 : « aussi longtemps que la clientèle est définie comme un ensemble de personnes, il est impossible de l'assimiler à un objet de droit. L'idée semble, en revanche, moins choquante lorsque l'on prend le terme clientèle dans le sens que lui donne le droit positif. La position occupée par un commerçant vis-à-vis d'une clientèle est, en effet, inséparable d'une certaine originalité concurrentielle, caractéristique de l'exploitation, et qui est, avant tout, le fruit d'une véritable activité créatrice. Par la somme de clientèle (sic.) qu'elle représente, cette originalité concurrentielle a une valeur économique dont le commerçant peut assez largement se réserver l'exploitation et qui, dans les faits, se révèle susceptible de transmission. Valeur économique protégée et transmissible, elle paraît, ainsi, revêtir les caractères d'un authentique objet de droit ».

²⁴⁶⁸ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, 7^{ème} éd., 2017, pp. 176-178, n° 392-396 ; Y. AUGUET, obs. sous Cass. com., 1^{er} juin 1999, n° 97-15.421, D. 2000, p. 325.

acte illicite par nature²⁴⁶⁹. Comme le disait en somme si bien Roubier, « la clientèle est à qui sait la prendre »²⁴⁷⁰.

Cette volatilité de la clientèle a même justifié, au moins jusqu'au début des années 2000, l'appréhension de la clientèle – particulièrement des professions libérales – comme un objet insusceptible de faire l'objet d'un acte de nature patrimoniale. De l'avis de Monsieur Paul, la clientèle constituait même moins une chose hors du commerce qu'une « chose inexistante »²⁴⁷¹. Le propos se vérifiait parfaitement bien à l'égard des clientèles de professionnels libéraux, considérées comme des « choses » hors du commerce : toute cession d'une clientèle (et l'interdiction corrélative de la conquérir à nouveau) s'analysait comme une atteinte inacceptable à la liberté de choix des clients, « tenus » de ne plus rechercher les produits et services du cédant, sinon ceux du cessionnaire²⁴⁷². Quant aux clientèles des commerçants, l'on parvenait à expliquer leur cessibilité, mais sans pour autant en faire de quelconques objets d'un droit privatif. L'on rattachait en effet la clientèle commerciale au fonds de commerce dont les éléments permettent de la constituer²⁴⁷³. Dès lors, la cession de clientèle commerciale ne pouvait se concevoir autrement que comme une cession du fonds de commerce, donc comme une cession des droits portant sur le matériel ou des droits intellectuels y afférant²⁴⁷⁴. C'est ainsi que la clientèle, qu'elle fût civile ou commerciale, attachée ou non à un pouvoir attractif objectif (le fonds de commerce) ou subjectif (les compétences du professionnel), était systématiquement exclue de la sphère patrimoniale et même de la sphère des choses²⁴⁷⁵.

²⁴⁶⁹ Jugeant ainsi que le maintien de relations contractuelles entre d'anciens salariés et d'anciens fournisseurs de leur employeur s'inscrivait « dans le cadre de la liberté du commerce et de l'industrie », CA Paris, 27 mars 1996, *D.* 1997, p. 99, obs. Y. Serra. V. dans le même sens Cass. com., 1^{er} juin 1999, préc. Initialement pourtant, la Cour de cassation considérait que commettait un acte de concurrence déloyale l'ancien salarié qui démarchait la clientèle de son ancien employeur (Cass. com., 6 mai 1986, n° 84-16.537, *Bull. civ.* IV, n° 78 et 84-15.808, *Bull. civ.* IV, n° 79). Quoique cette solution fut abandonnée, la cour d'appel de Paris précisa toutefois qu'« un ancien salarié ne peut, sans commettre un acte de concurrence déloyale, enlever à son ancien employeur une clientèle qu'il lui avait apportée lorsqu'il était son salarié » (CA Paris, 3 avril 1997, *D.* 1999, p. 103, obs. Y. Auguet).

²⁴⁷⁰ P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », art. cité, p. 294, n° 7.

²⁴⁷¹ F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, op. cit., p. 189, n° 238.

²⁴⁷² Cass. req., 12 mai 1885, *DP* 1886, 1, p. 175 ; Cass. civ., 29 mars 1954, *JCP* 1954, II, 8249 ; Cass. 1^{ère} civ., 7 février 1990, n° 88-18.441, *Bull. civ.* I, n° 38.

²⁴⁷³ En ce sens, v. J. DERRUPPE, « Fonds de commerce et clientèle », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 231, spéc. p. 242, n° 16.

²⁴⁷⁴ Non seulement la Cour de cassation a-t-elle fait de la clientèle l'élément essentiel du fonds de commerce (Cass. civ., 15 février 1937, *S.* 1937, 1, p. 169), mais elle a encore fait dépendre l'existence de la clientèle de la préexistence d'un fonds, par l'exigence de réalité et de certitude de celle-ci (Cass. com., 27 février 1973, *D.* 1974, p. 283, obs. J. Derruppe).

²⁴⁷⁵ Défendant cette position, v. not. R. SAVATIER, « L'introduction et l'évolution du bien-clientèle dans la construction du droit positif français », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz-Sirey, 1960, p. 559 sq. ; P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », art. cité, p. 205, n° 24 ; Y. SERRA, « La clientèle », *Dr. et patr.* 1996, p. 64 sq.

Une telle représentation de la clientèle, pour partagée qu'elle soit, peine cependant à convaincre entièrement. Non seulement le postulat – relatif à la liberté des clients – qui la soutient est discutable, mais il apparaît encore que le droit traite la clientèle comme un objet patrimonial. Il n'y a qu'un pas alors à franchir pour considérer que la clientèle puisse être l'objet d'un droit patrimonial.

538. La liberté des clients : un faux enjeu. Il a fréquemment été avancé que la liberté de choix des clients constituait un frein à la pleine patrimonialisation de la clientèle : liberté de ne plus rechercher les produits et services d'un professionnel, liberté de rechercher ceux d'un concurrent. Cette liberté des clients apparaissait comme un frein à l'« appropriation » de la clientèle, mais encore comme un frein à sa patrimonialisation : faute de pouvoir compter sur la fidélité d'une clientèle, un professionnel ne pouvait se l'accaparer ; céder à un tiers une clientèle attachée à ses services et produits en s'interdisant de la conquérir de nouveau revenait encore à hypothéquer la liberté de choix des clients en leur interdisant de rechercher les services ou produits du cédant et en les obligeant – prétendument – à rechercher ceux du cessionnaire.

Une telle position a pourtant été balayée par la Cour de cassation dans son arrêt rendu le 7 novembre 2000, par lequel elle reconnut que la clientèle civile pouvait faire l'objet d'une cession. La liberté de choix des clients ne constitue dès lors plus un frein à la patrimonialisation de la clientèle mais sa boussole, la cession n'étant admise qu'à la condition que se trouve « sauvegardée la liberté de choix du patient »²⁴⁷⁶. Il n'existe plus d'antinomie entre la possibilité de céder une clientèle civile et la sauvegarde de la liberté de choix des clients la composant.

D'aucuns ont contesté cette solution. C'est d'abord le caractère paradoxal de la solution qui fut l'objet des critiques : la possibilité de céder la clientèle civile entrerait en contradiction avec la proclamation de la liberté des clients, laquelle serait « exclusive de l'idée même d'appropriabilité »²⁴⁷⁷. C'est ensuite l'autonomie de la cession de clientèle civile qui fut contestée : faute de pouvoir céder l'élément attractif de clientèle que constitue « la confiance que les clients placent dans le professionnel »²⁴⁷⁸, la cession serait en réalité celle du fonds

²⁴⁷⁶ Cass. 1^{ère} civ., 7 novembre 2000, n° 98-17.731, *Bull. civ. I*, n° 283. Employant la même formulation, v. également Cass. 1^{ère} civ., 30 juin 2004, n° 99-20.286, *Bull. civ. I*, n° 195 ; Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, n° 07-11.283, inédit.

²⁴⁷⁷ F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, *op. cit.*, p. 186, n° 234.

²⁴⁷⁸ J. PENNEAU, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 novembre 2000, préc., *D.* 2001, p. 3081.

libéral, comme la cession d'une clientèle commerciale s'opérerait à travers la cession de l'universalité de fait que constitue le fonds de commerce²⁴⁷⁹.

Ces critiques ne sont pas convaincantes, tout comme est superfétatoire la référence faite par la Cour de cassation, dans l'ombre de la cession de la clientèle dorénavant admise, à la liberté de choix des clients. Peut-on sérieusement affirmer que la liberté de choix d'un client sera affectée par l'interdiction pour le cédant de la conquérir à nouveau ? De même, peut-on sérieusement affirmer que la liberté de choix d'un client sera affectée par l'indication par le cédant d'un successeur ? L'on ne saurait valablement prétendre, comme certains, que par l'existence d'une clause de non-concurrence ou par le jeu de l'obligation légale de non-concurrence²⁴⁸⁰, l'on « contraindrait » les clients habituels du cédant à se tourner vers le cessionnaire²⁴⁸¹. C'est là une pure spéculation. Prétendre qu'il serait théoriquement possible de priver un client de sa liberté de choisir est tout bonnement impensable²⁴⁸². Mais alors, au fond, c'est moins le client que l'on cherche à protéger que le cessionnaire, lui qui sait qu'il n'achète qu'un espoir de pouvoir exploiter une clientèle, la possibilité de l'exploiter étant très largement aléatoire – à l'image du contrat qui préside à cette cession – car dépendant en dernier ressort de la volonté des clients de se tourner vers ses services ou produits²⁴⁸³.

Quant à la cession de clientèle civile elle-même, son rattachement au fonds libéral paraît encore inutile. Au contraire, cette cession peut être envisagée de manière parfaitement

²⁴⁷⁹ J. MESTRE et B. FAGES, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 novembre 2000, préc., *RTD Civ.* 2001, p. 130.

²⁴⁸⁰ Sur la coexistence de l'obligation de non-concurrence de plein droit et des clauses de non-concurrence décidées par les parties, v. Y. SERRA, « Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme », *D.* 2010, p. 2440. L'obligation de non-concurrence de plein droit trouve son fondement dans les articles 1626 et 1628 du Code civil, ce que la Cour de cassation a toujours rappelé (Cass. civ., 11 mai 1898, *S.* 1898, 1, p. 265 ; Cass. com., 16 janvier 2001, n° 98-21.145, *Bull. civ.* IV, n° 16).

²⁴⁸¹ O. TOURNAFOND, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 novembre 2000, préc., *D.* 2002, p. 930 ; Y. SERRA, « Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme », *D.* 2018, p. 2326, selon qui « cette obligation de non-concurrence de plein droit porte tout autant atteinte à la liberté de choix des justiciables qu'une obligation d'origine conventionnelle ».

²⁴⁸² Rapp. F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », in *APD*, t. 43 : *Le droit et l'immatériel*, Sirey, 1999, p. 79, spéc. p. 82, notant que « les clientèles civiles tendent d'autant plus facilement à devenir des biens qu'elles n'échappent pas au processus de dissociation d'avec la personne du professionnel. La clientèle tend, de manière universelle, à être le tribut d'une organisation, d'une localisation ou d'un savoir-faire dépersonnalisés et, par suite, réifiable ».

²⁴⁸³ Un arrêt plus récent illustre cette tendance, dans lequel la Cour de cassation valida le raisonnement d'une cour d'appel qui avait considéré comme nul un engagement par lequel le cédant d'une clientèle s'engageait à ne pas concurrencer pendant trois ans le cessionnaire, au motif que cette clause avait pour conséquence « d'interdire [aux clients] de le choisir comme conseil, de sorte que la liberté de choix du client n'est pas respectée » (Cass. 1^{ère} civ., 21 mars 2018, n° 07-16.762, inédit). À l'évidence, le véritable enjeu porte moins sur la liberté des clients que sur la paralysie de l'activité du cédant qui se traduit, selon la cour d'appel, par une interdiction « de conseiller ou assister les clients désignés » ou d'accepter « un dossier que ces clients souhaiteraient lui confier ».

autonome, sans la confondre avec la cession d'un fonds libéral²⁴⁸⁴. Comme le souligne justement Monsieur Revet, en matière libérale, « le courant d'activité procède (procédait ?) essentiellement sinon exclusivement de la confiance que les clients placent dans le praticien lui-même, plus exactement en ses compétences et talents : le facteur attractif de clientèle était donc, non seulement unique mais, de surcroît, de nature personnelle »²⁴⁸⁵. Et l'arrêt de 2000 n'y change rien : la clientèle n'est pas, comme par enchantement, désormais attachée à un fonds libéral dont la seule consistance se résume en réalité intégralement aux « compétences, talents et autres qualités du praticien »²⁴⁸⁶. En pratique, il est d'ailleurs assez rare d'observer la transmission d'un fonds libéral corrélativement à une cession de clientèle : à l'occasion de son départ à la retraite, un chirurgien-dentiste, un médecin, un avocat ou un architecte aura bien davantage tendance à transférer à un confrère déjà établi sa clientèle en invitant celle-ci à rechercher ses services. Quant au cessionnaire, il ne saurait compter que sur le respect par le cédant de ses obligations de non-concurrence et non sur une hypothétique servilité des clients qui, jusque-là, recherchaient les services du cédant.

Finalement, la cession de clientèle se résume à la cession d'un simple espoir de contracter²⁴⁸⁷, dont la consistance dépend d'abord des facteurs attractifs mis en œuvre par le cessionnaire pour fidéliser une clientèle jusque-là attachée au cédant, ensuite de la volonté même des clients de rechercher les services ou produits proposés par le cessionnaire et enfin de l'interdiction pour le cédant de concurrencer le cessionnaire. La liberté du client n'est nullement « mise en cause » à l'occasion de la cession de la clientèle²⁴⁸⁸, laquelle ne saurait aucunement s'analyser comme une « vente de personnes »²⁴⁸⁹.

²⁴⁸⁴ *Contra*. O. TOURNAFOND, art. cité.

²⁴⁸⁵ T. REVET, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 novembre 2000, préc., *RTD Civ.* 2001, p. 167.

²⁴⁸⁶ *Ibid.* En ce sens, v. CA Riom, 26 mai 2005, RG n° 04/987 : « la cession de clientèle envisagée doit, compte tenu de la nature libérale de l'activité d'avocat, s'analyser comme une cession du pouvoir attractif, exercé sur les clients, lequel est lié à un ensemble de qualités subjectives personnelles propres au cédant ».

²⁴⁸⁷ Rapp. H. BARBIER et J. HEINICH, *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Clientèle », 2016, n° 41, analysant la cession de clientèle comme la « vente d'un espoir que cette clientèle demeure attachée au nouveau professionnel ». Comp. F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, *op. cit.*, p. 188, n° 237, considérant à demi-mots qu'il n'est pas envisageable de « céder des éléments attractifs si ceux-ci ne sont pas à ce point efficaces qu'ils ne peuvent entraver une liberté d'aller voir ailleurs ». *Contra*. P. BERLIOZ, *La notion de bien*, *op. cit.*, p. 334, n° 1051 et 1052, considérant que la cession d'une clientèle s'analyse comme une cession de contrats. L'analyse est douteuse, faisant l'impasse sur la liberté du client de ne pas accepter la cession (C. civ., art. 1216 : « un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé », nous soulignons).

²⁴⁸⁸ P. DIDIER, « À quoi sert le concept de clientèle ? », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 339, spéc. p. 341, soutenant précisément l'inverse.

²⁴⁸⁹ P. REIGNÉ, « L'avenir d'une fiction juridique : le particularisme des clientèles des professions libérales », in *Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, 1999, p. 567, spéc. p. 591, n° 6.

Mais bien que la clientèle se résume à la perspective d'entretenir des relations commerciales, bien qu'elle soit de consistance évanescence, cet espoir constitue malgré tout une richesse patrimoniale. Le Souverain traite en effet la clientèle comme un bien ou, pour être plus exact, comme l'objet d'un quasi-droit patrimonial.

B. Admission de la nature patrimoniale de la clientèle

539. La nature patrimoniale de la clientèle. La clientèle constitue, en dépit de son caractère volatile, un objet de droit. La pudeur (pour ne pas parler d'hypocrisie²⁴⁹⁰) des formules employées naguère par la Cour de cassation n'y trompe pas, elle qui admettait la validité des conventions de présentation par lesquelles un professionnel présentait à sa clientèle son successeur²⁴⁹¹. Quoiqu'il se soit agi d'une habile parade pour éviter d'admettre frontalement la cession des clientèles²⁴⁹², les juges y trouvèrent leur compte. Comme le note justement Julien, « il est, cependant, bien difficile, à la vérité, de ne pas apercevoir, dans la matérialité des faits, à travers les divers engagements de présentation et de non-concurrence, la vente des biens corporels indispensables à la profession, et la cession du droit au bail du local où celle-ci s'exerce, une cession pure et simple de clientèle », ajoutant que « l'interdiction des cessions de clientèles de profession libérale n'est qu'une clause de style, sans aucune conséquence pratique ». Aussi, bien que les juges ne pussent « proclamer clairement la validité des cessions de clientèles civiles, ce qui pourrait être considéré comme une hérésie juridique », ils admettaient à tout le moins « les conventions qui y conduisent, tout en n'ignorant pas ce que les apparences trompeuses recouvrent réellement »²⁴⁹³.

La reconnaissance de la nature patrimoniale de la clientèle – et non uniquement du droit de présentation derrière lequel d'aucuns s'abritèrent pour refuser de l'avouer – trouve de nombreux

²⁴⁹⁰ S. FERRÉ-ANDRÉ, « De la patrimonialisation à la commercialisation des clientèles civiles et des professions libérales », *RTD Com.* 1995, p. 565, spéc. n° 13. *Contra.* F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil, op. cit.*, p. 187, n° 235, considérant qu'« il n'y avait nulle hypocrisie dans le fait de constater l'impossibilité de céder la clientèle elle-même tout en admettant la valeur patrimoniale d'un droit de présentation préservant les intérêts du professionnels ».

²⁴⁹¹ V. not. Trib. Civ. Seine, 17 mars 1846, *DP* 1846, 3, p. 62 ; Cass. req., 13 mai 1861, *DP* 1861, 1, p. 326 et les arrêts cités par P. JULIEN, « Les clientèles civiles. Remarques sur l'évolution de leur patrimonialité », *RTD Civ.* 1963, p. 213, spéc. pp. 222-223.

²⁴⁹² V. G. LOISEAU, « L'immatériel et le contrat », art. cité, p. 355, notant que « le contrat de présentation a été, pendant des décennies, le moyen de concilier une extra-commercialité que l'on justifiait par l'*intuitus personae* imprégnant la relation de confiance entre le professionnel et le client et le souci de mobiliser néanmoins la valeur que les clientèles représentent en tant que flux de personnes générant un certain chiffre d'affaires ».

²⁴⁹³ P. JULIEN, « Les clientèles civiles. Remarques sur l'évolution de leur patrimonialité », art. cité, pp. 222-229, n° 8-13. Dans le même sens, v. P. ESMEIN, « Une clientèle de profession libérale est-elle un bien patrimonial ? », *Gaz. Pal.* 1952, I, doct. p. 14.

renforts en droit interne²⁴⁹⁴. C'est ainsi que, dès le milieu du XIX^{ème} siècle, la Cour de cassation admit que la finance attachée aux titres d'officiers ministériels tombait dans la masse commune du couple. Si le titre d'exercice restait propre au titulaire de l'office²⁴⁹⁵, la valeur de la clientèle attachée à celui-ci (ou du droit de présentation y afférant) devenait un bien commun²⁴⁹⁶. Initialement réservée aux offices ministériels, et quoique cette distinction du titre et de la finance ait suscité (et suscite encore) certains atermoiements au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux²⁴⁹⁷, elle fut malgré tout par la suite étendue aux titulaires de licences d'exploitation²⁴⁹⁸ ou d'autorisations administratives²⁴⁹⁹, mais encore aux professionnels libéraux²⁵⁰⁰. C'est ce que la Cour de cassation a plusieurs fois rappelé, faisant figurer à l'actif de la communauté conjugale aussi bien le droit de présenter un successeur à la clientèle que l'engagement de ne pas le concurrencer²⁵⁰¹. De même, à une époque plus récente et par deux arrêts du 12 janvier 1994, la

²⁴⁹⁴ La CEDH reconnaît pour sa part de manière constante que la clientèle constitue, en raison de sa valeur patrimoniale, un bien au sens de la première de l'article 1 du Protocole n° 1 additionnel à la Convention : CEDH, 26 juin 1986, « Van Marle et autres c. Pays-Bas », n° 8543/79, 8674/79, 8675/79 et 8685/79 ; CEDH, 9 novembre 1999, « Döring c. Allemagne », n° 37595/97 ; CEDH, 6 février 2003, « Wendenburg et autres c. Allemagne », n° 71630/01 ; CEDH, 24 mai 2005, « Buzescu c. Roumanie », n° 61302/00 ; CEDH, déc., 22 mai 2006, « Lederer c. Allemagne », n° 6213/03.

²⁴⁹⁵ Sur la nature des offices ministériels, cf. supra n° 469 s.

²⁴⁹⁶ Cass. civ., 4 janvier 1853, *DP* 1853, 1, p. 73 ; Cass. req., 6 janvier 1880, *DP* 1880, 1, p. 361.

²⁴⁹⁷ Sur l'enjeu de la qualification, v. A.-V. VINCENT, « Le “titre” et la “finance” : état des lieux d'une distinction controversée », *Revue juridique personnes et famille* n° 2, 1^{er} février 2020. Suggérant de ne plus distinguer entre le titre et la finance, v. G. PAISANT, « Peut-on abandonner la distinction du titre et de la finance en régime de communauté ? Contribution à l'étude des propres par nature », *JCP* 1984, I, 19 ; G. CHABOT, « Retour sur la distinction du titre et de la finance », in *Mélanges en l'honneur du Professeur R. Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 35 sq. Suggérant au contraire de maintenir cette distinction, J.-J. DAIGRE, « Patrimonialité des clientèles civiles : du cabinet au fonds libéral », *Dr. et patr.* 1995, p. 36 sq. ; S. FERRÉ-ANDRÉ, « De la patrimonialisation à la commercialisation des clientèles civiles et des professions libérales », art. cité, *passim*. Pour une application de la distinction en matière de droits sociaux, v. G. DROUOT, « L'agrément de l'héritier : de l'utilité de distinguer le titre de la finance », *RTD Civ.* 2017, p. 305 sq. ; Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2018, n° 17-16.198, *Bull. civ.* I, n° 61.

²⁴⁹⁸ Pour une licence de taxi, v. Cass. 1^{ère} civ., 16 avril 2008, n° 07-16.105, *Bull. civ.* I, n° 121.

²⁴⁹⁹ Pour une concession administrative de conchyliculture, v. Cass. 1^{ère} civ., 8 décembre 1987, n° 86-12.426, *Bull. civ.* I, n° 333 ; Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2006, n° 03-19.728, *Bull. civ.* I, n° 148.

²⁵⁰⁰ Pour d'autres illustrations, v. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, Dalloz, coll. « Précis », 8^{ème} éd., 2019, p. 248, n° 310 et la jurisprudence citée. En revanche, la Cour de cassation a très clairement manifesté son intention de ne pas appliquer cette distinction au cas de l'étude d'un administrateur judiciaire, en s'appuyant sur l'article R. 814-72 du Code de commerce qui dispose qu'« en aucun cas une valeur représentative d'une clientèle correspondant à l'activité d'administrateur judiciaire ou de mandataire judiciaire ne peut être inscrite à l'actif du bilan de la société » et sur l'article L. 811-1 du même Code définissant la profession (Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2014, n° 13-14.884, *Bull. civ.* I, n° 97). Aussi, en l'espèce, la Cour de cassation refuse de porter à l'actif de la communauté la valeur patrimoniale de l'étude d'administrateur judiciaire, ce professionnel n'intervenant qu'à la demande du juge et n'ayant pas de clientèle propre pouvant être valorisée.

²⁵⁰¹ Cass. 1^{ère} civ., 29 avril 1954, *JCP* 1954, II, 8249, obs. P. Bellet ; Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 1956, *D.* 1956, p. 523, obs. R. Percerou ; Cass. 1^{ère} civ., 9 novembre 1959, *JCP* 1960, II, 11404, note P. Esmein ; Cass. 1^{ère} civ., 9 octobre 1962, *D.* 1962. 724. Sur ces arrêts, v. P. JULIEN, « Les clientèles civiles. Remarques sur l'évolution de leur patrimonialité », art. cité, p. 231, n° 16.

première chambre civile de la Cour de cassation a encore considéré que « la clientèle civile d'un époux exerçant une profession libérale [devait] figurer dans l'actif de la communauté pour sa valeur patrimoniale, comme constituant un acquêt provenant de l'industrie personnelle de cet époux, et non un propre par nature avec charge de récompense » (1^{er} arrêt), ajoutant que « l'avantage pécuniaire que peut procurer [...] la présentation d'un successeur à sa clientèle constitue une valeur patrimoniale qui doit être portée à l'actif de la communauté, et estimée au jour du partage » (2nd arrêt)²⁵⁰². La même solution fut encore admise en 1996 et 2001, la Cour de cassation appliquant sa jurisprudence aux clientèles constituées par des médecins²⁵⁰³.

L'on voit bien que, ainsi considérée, la clientèle se révèle comme un objet pleinement patrimonial. Plus encore, il apparaît que cet objet patrimonial tend à acquérir une certaine autonomie, existant encore dans le patrimoine d'un professionnel malgré l'impossibilité pour lui de l'exploiter. Ce constat ressort directement d'un arrêt rendu en 2015 par la Cour de cassation dans lequel elle considéra qu'une société de commissaires aux comptes pouvait parfaitement céder une clientèle qu'elle ne pouvait plus exploiter, sans que la cession ne soit prohibée²⁵⁰⁴. Enfin, il est notable que le droit fiscal appréhende la clientèle comme un objet de droit patrimonial, l'article 719 du Code général des impôts soumettant à un droit d'enregistrement toutes les « mutations de propriété à titre onéreux de fonds de commerce ou de clientèle ».

Sitôt admise la nature patrimoniale de la clientèle, il convient de déterminer le droit qui s'exerce dessus.

540. Le droit sur la clientèle. La clientèle est, à l'image de la création ou de l'invention, le résultat d'un effort humain. Elle naît de la force de travail d'une personne qui, par son implication, arrivera à attirer à elle des clients recherchant ses services ou ses produits. Cette masse fluctuante de personnes que constitue la clientèle représente pour le professionnel un objet qu'il peut exploiter, dont il peut tirer profit. La clientèle représente pour lui l'espoir de

²⁵⁰² Cass. 1^{ère} civ., 12 janvier 1994, n° 91-18.104, *Bull. civ. I*, n° 10 ; n° 91-15.562, *Bull. civ. I*, n° 11.

²⁵⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 17 décembre 1996, n° 93-17.602, *Bull. civ. I*, n° 449 ; Cass. 1^{ère} civ., 2 mai 2001, n° 99-11.336, *Bull. civ. I*, n° 110.

²⁵⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 9 juillet 2015, n° 14-12.994, *Bull. civ. I*, n° 24. En l'espèce, il était question d'un avocat qui avait cédé sa clientèle à un cabinet qu'il avait rejoint en tant que collaborateur. Ultérieurement, le cabinet a délaissé la branche « avocats » de son activité pour devenir un cabinet de commissaires aux comptes, ce qui incita l'avocat initialement cédant à chercher à récupérer la clientèle qu'il avait transmise au cabinet lorsqu'il le rejoint. Comme le rappelle la Cour de cassation, « si la société n'était plus autorisée à poursuivre son activité de conseil auprès de ses clients dont elle certifiait les comptes, elle pouvait céder à un tiers la clientèle de l'activité qu'elle délaissait, quelles qu'aient été les raisons de la cession, choisie ou forcée ».

contrats futurs, la perspective d'un enrichissement et la condition même du développement de son activité. Lorsqu'elle fut amenée à trancher la question de la nature de la clientèle d'un franchisé ou d'un concessionnaire²⁵⁰⁵, la Cour de cassation reconnut alors qu'une personne, le franchisé, pouvait se dire titulaire d'une clientèle locale qu'il avait « créée par son activité » et qui restait indépendante de la clientèle attachée à la notoriété de la marque du franchiseur sur le plan national²⁵⁰⁶. La clientèle naît donc sans ambiguïté de l'activité d'une personne qui peut valablement l'exploiter.

L'exploitation d'une clientèle – et le parallèle peut être fait avec l'exploitation d'une information brute – ne résulte toutefois pas d'un titre légal. Faute d'avoir un droit privatif sur la clientèle, « sa réservation » est par conséquent purement factuelle, dépend des moyens mis en œuvre par un professionnel pour la fidéliser. Mais quoique ce monopole soit imparfait, quoiqu'il ne soit qu'un quasi-monopole, il existe néanmoins en fait. Aussi, lorsqu'un professionnel cède sa clientèle, il ne cède finalement rien d'autre que ce monopole de fait lui permettant d'exploiter sa clientèle, c'est-à-dire de conclure d'éventuels contrats avec les clients qui la composent²⁵⁰⁷. L'existence d'un tel quasi-monopole fut même reconnue par la Cour de cassation lorsqu'elle valida la convention par laquelle une maison de retraite concéda à titre onéreux l'exercice privilégié dans ses locaux d'actes infirmiers sur ses pensionnaires, établissement qui s'interdisait même de solliciter le concours d'autres infirmiers pour effectuer les soins²⁵⁰⁸. Ici, les infirmiers choisis se trouvaient dans une véritable situation « monopolistique », pouvaient librement « exploiter la clientèle formée des pensionnaires »²⁵⁰⁹.

²⁵⁰⁵ Jusqu'au revirement réalisé en 2002, la jurisprudence tantôt considérait que le franchisé pouvait disposer d'une clientèle personnelle, à condition de démontrer l'existence d'une clientèle attachée à son activité personnelle et distincte de la clientèle attirée par la marque, ou attachée à un élément objectif du fonds de commerce (v. not. TGI Évry, 9 décembre 1993 et 3 novembre 1994, *D.* 1997, p. 57, obs. D. Ferrier) et tantôt présumait l'autonomie de la clientèle du commerçant intégré (CA Paris, 4 octobre 2000, 2 arrêts, *RTD Com.* 2001, p. 50, obs. J. Derruppé). Sur cette question, v. A. REYGROBELLET et C. DENIZOT, *Dalloz Action Fonds de commerce*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2012-2013, n° 13.100 s. ; J. DERRUPPÉ et T. DE RAVEL D'ESCLAPON, *Rép. Com. Dalloz*, v° « Fonds de commerce », 2016, n° 131 s.

²⁵⁰⁶ Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 2002, n° 00-20.732, *Bull. civ.* III, n° 77.

²⁵⁰⁷ En ce sens, T. REVET, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 janvier 2007, n° 04-20.711, *RTD Civ.* 2008, p. 123, relevant qu'« un acte “sur clientèle” consiste, pour une personne ayant la maîtrise d'un facteur attractif de clients (bien isolé, ou, plus fréquemment, organisation universelle constitutive d'un fonds incorporel), à transférer cette maîtrise (en propriété ou en jouissance) à un tiers qui, ainsi substitué, recueillera le bénéfice de l'effet d'attraction : les clients s'adresseront à lui, en terme de volume d'affaires, de la même façon qu'ils s'adressaient à l'auteur du transfert ».

²⁵⁰⁸ Cass. 1^{ère} civ., 16 janvier 2007, préc.

²⁵⁰⁹ T. REVET, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 janvier 2007, préc., art. cité.

Même la liberté de choix des patients n’y fit rien alors même que, dans les faits, celle-ci se trouvait limitée à la portion congrue²⁵¹⁰.

Cette quasi-exclusivité sur la clientèle, bien qu’elle ne soit que factuelle et somme toute assez aléatoire, trouve en outre certains appuis. D’abord, l’existence d’une obligation légale de non-concurrence (mais également les clauses de non-concurrence et de non-réinstallation) donne une consistance à ce quasi-monopole sur la clientèle au bénéfice du cessionnaire de celle-ci, qui se réservera dès lors un semblant d’exclusivité sur son exploitation, le cédant s’interdisant de la conquérir à nouveau²⁵¹¹. Ensuite et surtout, le droit organise la protection de celui dont la clientèle viendrait à être captée de manière malhonnête par un concurrent, cette donnée établissant l’existence d’un droit primitif à l’exploitation d’une clientèle. En principe, et en vertu de la liberté de la concurrence, toute personne peut capter la clientèle d’autrui, le dommage concurrentiel étant licite²⁵¹². Seule demeure sanctionnée la faute dans la captation de la clientèle, celle-ci pouvant résulter de manœuvres déloyales, du dénigrement du concurrent, de l’emploi d’informations inexacts ou mensongères ou encore de la soustraction de documents ou de l’utilisation de code d’accès aux fichiers fournisseurs²⁵¹³. C’est ainsi que l’action en concurrence déloyale, malgré le fait que la Cour de cassation a déjà affirmé qu’elle « a pour objet la protection de celui qui ne peut se prévaloir d’un droit privatif »²⁵¹⁴, peut malgré tout constituer le moyen de lutter contre la captation malhonnête d’une clientèle²⁵¹⁵. Cette action ne préserve pas un titre légal sur la clientèle, son fondement résidant dans les seules dispositions relatives aux délits et quasi-délits²⁵¹⁶, mais rend tout de même tangible et certain le pouvoir de

²⁵¹⁰ J. MESTRE et B. FAGES, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 janvier 2007, préc., *RTD Civ.* 2007, p. 336.

²⁵¹¹ La Cour de cassation veille pourtant à interpréter de manière stricte toute clause de non-réinstallation ou de non-concurrence. C’est ainsi qu’elle affirma que « les clauses de non-réinstallation conclues entre professionnels de santé, susceptibles de porter atteinte tant à la liberté d’exercice de la profession qu’à la liberté de choix des patients, sont d’interprétation stricte et ne peuvent être étendues au-delà de leurs prévisions » (Cass. 1^{ère} civ., 4 février 2015, n° 13-26.452, *Bull. civ.* I, n° 28). Ne concurrence donc pas le cessionnaire d’une clientèle le cédant de celle-ci qui s’installe dans une commune voisine et continue d’entretenir des relations avec des anciens clients demeurés dans la commune où il était initialement installé.

²⁵¹² Y. PICOD, Y. AUGUET et N. DORANDEU, *Rép. Com.* Dalloz, v° « Concurrence déloyale », 2018, n° 24.

²⁵¹³ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen, op. cit.*, pp. 176-178, n° 392-396 ; Y. AUGUET, obs. sous Cass. 1^{er} juin 1999, préc., art. cité. Pour des illustrations, v. not. Cass. com., 27 février 1996, préc. ; Cass. com., 19 décembre 2000, n° 98-22.596, inédit ; Cass. com., 11 février 2003, n° 00-15.149, *Bull. civ.* IV, n° 17.

²⁵¹⁴ Cass. com., 29 novembre 1960, préc. ; Cass. com., 3 octobre 1978, préc. ; Cass. com., 18 janvier 1982, préc. ; Cass. com., 15 juin 1983, préc. ; Cass. com., 6 décembre 1984, préc. V. supra n° 528.

²⁵¹⁵ En ce sens, v. P. ROUBIER, « Théorie générale de l’action en concurrence déloyale », *RTD Com.* 1948, p. 541 sq. ; R. SAVATIER, « Essai d’une présentation nouvelle des biens incorporels », art. cité, pp. 352-353, n° 40 ; Y. SERRA, « La clientèle », art. cité.

²⁵¹⁶ Cass. com., 29 mai 1967, *Bull. civ.* III, n° 209 ; Cass. com., 30 mai 2000, n° 98-15.549, inédit.

l'attirer et de l'exploiter²⁵¹⁷. Autrement dit, bien que la clientèle ne soit pas l'objet d'un véritable droit privatif²⁵¹⁸ et bien que l'action en concurrence déloyale n'ait pas vocation à protéger un droit de propriété²⁵¹⁹, la clientèle demeure traitée *comme* l'objet d'un quasi-monopole à certains égards. L'action en concurrence déloyale révèle l'existence d'un droit primitif à l'exploitation d'une clientèle, d'un quasi-monopole devant être préservé sauf l'hypothèse de la captation licite de cette dernière²⁵²⁰.

541. Conclusion de la section II. La figure des quasi-monopoles est assurément déconcertante au regard des catégories existantes, figurant à l'orée des droits subjectifs. L'originalité de ces situations tient essentiellement aux objets qui sont susceptibles de s'y prêter : l'information et la clientèle, objets dont l'évanescence rend leur appréhension délicate par le droit. Malgré tout, si ces situations n'existent pas comme des droits subjectifs, ils en partagent *en fait* les traits principaux, l'exploitant d'une information pouvant, à certaines conditions, se voir reconnaître un ersatz de droit à son exploitation, tout comme l'exploitant d'une clientèle peut, à certaines conditions également, bénéficier pareillement d'un quasi-droit à son exploitation. Dans ces deux situations, le législateur comme le juge reconnaissent en effet à demi-mots un quasi-monopole au bénéfice de ces personnes, à qui est reconnue une certaine exclusivité dans l'exploitation de ces objets aux contours si particuliers.

²⁵¹⁷ J. PASSA et J. LAPOUSTERLE, *J-Cl. Conc.-Conso.*, v° « Domaine de l'action en concurrence déloyale », Fasc. 240, 2019, n° 3.

²⁵¹⁸ Comp. G. RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, *op. cit.*, n° 86, pour qui le droit du commerçant sur la clientèle serait un « droit de propriété opposable à tous ».

²⁵¹⁹ *Ibid.*, n° 90.

²⁵²⁰ Comp. R. LE MOAL, *Contribution à l'étude d'un droit de la concurrence (nature du droit sur les valeurs concurrentielles)*, th. Rennes, 1972, p. 162, pour qui « l'action en concurrence déloyale a pour objet la reconnaissance d'un droit privatif sur une valeur concurrentielle non protégée par une loi spéciale ».

CONCLUSION DU CHAPITRE II

542. Droits d'exploitation conquis. Les droits d'exploitation conquis sont des droits qui, contrairement aux droits d'exploitation concédés, ne résultent pas d'une autorisation administrative, émanant de la seule force de travail d'une personne. Par son génie créateur ou, plus généralement, son activité professionnelle, elle se voit reconnaître un droit à son exploitation et aux fruits qui en résultent, dans une perspective résolument économique.

La famille des droits d'exploitation conquis est dominée par la catégorie des droits intellectuels ou droits de propriété intellectuelle, véritables monopoles reconnus par le Souverain. Mais à côté de ces monopoles, une place doit être réservée à des « quasi-monopoles » qui, s'ils naissent pareillement de l'activité économique d'une personne, ne sont pas reconnus *en droit* par le Souverain, ne l'étant qu'*en fait*.

543. Droits intellectuels. Les droits intellectuels sont des droits qui naissent à raison de l'activité créatrice d'une personne, au sens le plus large du terme. Ces droits sont habituellement analysés comme des droits de propriété ayant pour objet une chose incorporelle. Cette analyse ne résiste pourtant pas à l'examen : ces droits, loin d'avoir pour contenu et objet un droit de jouissance d'une chose, ne sont jamais plus que des droits permettant à leur titulaire de retirer un gain d'une activité économique. Dans leur aspect interne, ces droits sont en effet tournés vers l'exploitation économique d'une création, dotant leur titulaire d'une exclusivité dans la perception des fruits qu'elle génère.

544. Quasi-monopoles. Contrairement aux droits intellectuels, les quasi-monopoles sont des situations monopolistiques de fait où une personne s'arroge l'exploitation économique d'objets qui échappent, par leur nature, à un droit privatif : l'information et la clientèle, objets par essence évanescents. Paradoxalement, si le Souverain ne reconnaît pas au détenteur d'une information – de certaines informations seulement en vérité – ou d'une clientèle un droit privatif à son exploitation, il garantit tout de même à ce dernier une certaine exclusivité dans celle-ci en sanctionnant quiconque viendrait à le priver de cette exclusivité. C'est dans le creux de ces sanctions que prend forme ce quasi-monopole ou monopole sans droit, le législateur comme le juge reconnaissant à son détenteur un embryon de droit subjectif à son exploitation.

CONCLUSION DU TITRE II

545. Droits d'exploitation. En marge de la distinction classique des droits réels et des droits personnels, une place doit être réservée à des figures modernes de droits patrimoniaux. Si les droits patrimoniaux peuvent avoir pour contenu et objet la jouissance d'une chose ou l'exécution d'une prestation par un débiteur, ils peuvent encore avoir pour contenu et objet l'exercice d'une activité économique et l'extraction du profit pécuniaire qui en résulte. Ces droits peuvent être nommés « droits d'exploitation ».

Ces droits sont sans conteste patrimoniaux. Ils investissent leur titulaire d'un monopole d'exercice et du droit exclusif d'en tirer profit. Ils sont encore en principe disponibles pour lui, ce dernier pouvant en disposer pour la seule raison qu'il en est titulaire et que ces droits ont une finalité essentiellement économique.

La famille des droits d'exploitation est vaste mais peut être ordonnée autour d'une distinction. Le droit d'exploitation résulte tantôt d'une concession de la puissance publique, tantôt de la seule force de travail de son titulaire.

546. Droits d'exploitation concédés. Le droit peut d'abord émaner de la puissance publique, prenant la forme d'une autorisation administrative. Toute l'originalité de ce droit est que son exercice dépend exclusivement de la soustraction en amont, par l'État, de certaines activités de la sphère de la liberté d'entreprendre, l'interdit devenant la règle et la permission l'exception. Le titulaire d'un tel droit se voit investi d'un monopole sur l'exercice d'une activité contingentée, la concurrence se trouvant tantôt neutralisée, tantôt relativisée.

Deux types de droits d'exploitation concédés peuvent être distingués : les droits d'exercice et les droits à produire. Les premiers procèdent de la création de barrières à l'entrée d'une profession (licences ou permis d'exercice d'un côté, offices ministériels et charges publiques de l'autre). Les seconds procèdent de la limitation de la production ou de la commercialisation de certains produits (quotas et autorisations de production). Dans ces deux hypothèses, le droit naît de la limitation de libertés - liberté d'exercice et liberté de produire – et investit en retour son titulaire d'un monopole d'exercice ou d'un monopole de production relativement à l'activité ou au produit dont l'accès a été refusé au plus grand nombre.

547. Droits d'exploitation conquis. Le droit peut ensuite émaner directement de l'activité de son titulaire. Par son activité créatrice ou sa force de travail en général, une personne peut se voir reconnaître des droits à l'exploitation de son activité et aux fruits pécuniaires qu'elle est susceptible de générer.

La famille des droits d'exploitation conquis est dominée par la figure des droits intellectuels, généralement appelés droits de « propriété » intellectuelle. Ces droits sont d'authentiques droits subjectifs de nature patrimoniale revêtant la forme de monopoles d'exploitation. Ils investissent leur titulaire d'un droit d'exploiter une création, au sens large du terme (œuvre, invention, base de données, etc.), et d'en tirer tous les profits qui en résulteraient. Mais ces droits ne sauraient à eux seuls épuiser l'entière famille des droits d'exploitation conquis. À côté de ces monopoles d'exploitation doivent en effet figurer ce que l'on peut nommer des « quasi-monopoles ». Les quasi-monopoles, contrairement aux droits intellectuels, n'existent pas comme des droits subjectifs, n'étant pas reconnus par le Souverain. Mais si ces droits n'existent pas *en droit*, ils existent *en fait*, leur détenteur se voyant malgré tout reconnaître une certaine exclusivité dans leur exploitation, aussi bien par le législateur que par le juge. Deux quasi-monopoles peuvent être identifiés : le quasi-monopole sur l'information et le quasi-monopole sur la clientèle, deux objets qui naissent pourtant, comme la création, de la force de travail d'une personne. Si l'information et la clientèle ne s'offrent donc pas, en droit, à une exploitation exclusive, ils sont traités, en fait, comme les objets d'un tel monopole, le législateur comme le juge garantissant à leur détenteur une exclusivité dans leur exploitation, sans toutefois lui reconnaître un droit subjectif.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

548. La classification. L'opération de classification des biens pouvait s'avérer de prime abord délicate à mener. Le Code civil connaissant de très nombreuses divisions des biens et des choses, il pouvait en effet paraître difficile d'en ériger une en véritable *summa divisio* des biens. Cette crainte devait cependant être relativisée. Dès lors que l'on identifie le bien au droit patrimonial, l'opération de classification s'en trouve considérablement simplifiée, la classification des biens se résumant en somme à celle des droits patrimoniaux, elle-même relativement claire – ou quoi qu'il en soit, moins sujette à controverse que celle entre les meubles et les immeubles ou entre les biens corporels et incorporels que d'aucuns cherchent à ériger en *summa divisio* des biens.

L'opération de classification des biens peut résulter du constat que chaque bien – chaque droit patrimonial – offre à son titulaire des prérogatives spécifiques. Si tous les biens s'extériorisent de manière semblable, tous diffèrent en effet les uns des autres dans leur aspect interne, c'est-à-dire relativement à leur contenu et relativement à leur objet. L'unité du bien ne saurait gommer la diversité des biens. C'est précisément ce que l'on s'est employé à démontrer.

549. Une division principale. La classification des biens est traditionnellement réalisée à partir de la distinction des droits réels et des droits personnels, ayant pour elle le poids des siècles et une simplicité d'énonciation qui en fait la force. L'on enseigne ainsi que le patrimoine se résumerait aux droits réels, droits permettant à leur titulaire de jouir d'une chose, et aux droits personnels, droits permettant à leur titulaire d'exiger d'autrui l'exécution d'une prestation. Cette distinction a le mérite d'être simple : d'un côté les droits sur des choses, de l'autre les droits contre autrui. Mais cette distinction présente de nombreuses failles qui émaillent sa vocation à constituer la grande *summa divisio* des biens.

Cette distinction a fait – et fait encore – l'objet de virulentes critiques, d'aucuns s'employant à montrer l'identité de nature des droits qui la composent ou à montrer la porosité de ses frontières, certains droits peinant à figurer dans l'une ou l'autre des catégories. Cette distinction est encore sujette à critiques en ce qu'elle reposerait sur des critères de distinction peu assurés et ne permettant pas, en tout état de cause, de véritablement singulariser les droits réels et personnels. Plus important encore, cette distinction échoue à embrasser l'ensemble des droits patrimoniaux susceptibles d'appartenir à une personne, certains de ces droits n'ayant pas pour

objet ou contenu des prérogatives matérielles de jouissance ou des prérogatives juridiques de contrainte.

En cela, tant la pertinence que l'utilité de cette *summa divisio* devaient être questionnées. Une chose est toutefois certaine : si cette division ne parvient pas à la généralité, elle demeure d'une importance capitale dans l'appréhension d'une partie des biens d'une personne. Encore fallait-il, pour lui donner toute sa force, la réordonner.

550. Les figures traditionnelles. La distinction classique des droits réels et des droits personnels doit d'abord être apaisée et ordonnée autour d'un principe de classement doté d'une simplicité qui en fait la force. La distinction des droits réels et des droits personnels peut en effet être réalisée sur la base d'une différence d'objet et de contenu de ces droits. Quand les droits réels ont pour objet une chose, les droits personnels ont pour objet une prestation. Quand les droits réels ont pour contenu des prérogatives matérielles de jouissance, les droits personnels ont pour contenu des prérogatives juridiques de contrainte permettant à son titulaire d'exiger d'autrui l'exécution d'une prestation. Ce principe de classement peut utilement servir à partitionner les droits réels et personnels et donc à identifier les droits qui relèvent de l'une ou de l'autre de ces catégories ou même les droits qui n'en relèvent pas.

551. Les figures modernes. La distinction classique des droits réels et des droits personnels doit ensuite être complétée. Cette distinction ne parvient pas à embrasser l'ensemble de tous les droits patrimoniaux, échouant à constituer à elle seule la *summa divisio* des biens. En marge de cette distinction, une place doit par conséquent être réservée à des droits qui confèrent à leurs titulaires le pouvoir d'exercer une activité et d'en retirer les fruits que cette dernière est susceptible de générer. Ces droits sont des droits d'exploitation, nés tantôt d'autorisations administratives, tantôt de la seule force de travail d'une personne, et partageant de nombreux traits communs. Lorsqu'ils naissent d'autorisations administratives, ces droits d'exploitation ont pour originalité de n'apparaître qu'après la soustraction par la puissance publique de l'exercice de certaines activités de la sphère de la liberté d'entreprendre, faisant de l'interdit la règle et de la permission l'exception : le droit naît dans le creux de ces normes d'interdiction, investissant son titulaire d'un monopole d'exercice ou de production. Lorsqu'ils naissent de la force de travail d'une personne, ces droits apparaissent comme des récompenses consécutives à un effort créatif, investissant leur titulaire d'un monopole d'exploitation pécuniaire lui permettant de retirer de l'activité ou de la création tous les gains qu'elle est à même de générer,

prenant parfois la forme d'un quasi-monopole plus imparfait lorsque son objet est une information ou une clientèle. De formes diverses, ces droits n'en demeurent pas moins patrimoniaux, constituant dans le patrimoine de leur titulaire des valeurs disponibles.

La *summa divisio* des droits réels et personnels doit donc, pour être complète, faire une place aux droits d'exploitation dans toute leur diversité. Ce n'est qu'à ce prix que la classification des biens peut être accomplie.

CONCLUSION GÉNÉRALE

552. Objectif. L'on pouvait craindre, au commencement de ce travail, de se heurter à une tâche impossible et dénuée de portée : définir le bien, est-ce seulement faisable ? Est-ce encore utile ? Tout semblait avoir été dit du bien, de sa substance comme de son empire. La production doctrinale en la matière, colossale, paraissait avoir fini de réinventer le bien au gré de la diversification des richesses, faisant du bien un objet toujours plus déclinable, toujours plus malléable. Mais ce n'était là, finalement, qu'une impression. La compréhension du bien est, aujourd'hui et bien plus qu'hier, plus confuse, moins assurée. Si l'on se plaît à mentionner sa plasticité, c'est pour masquer la gêne profonde à le définir pour ce qu'il est, lui dont la définition est constamment donnée en contemplation des définitions de la chose et de la propriété. C'est précisément son identité que l'on a souhaité atteindre et dévoiler, en débarrassant le bien de tout déterminisme extérieur à sa nature : le bien n'est pas une chose appropriée, il est *autre chose*, il est *quelque chose* de bien précis.

553. Économie. Le bien est pour commencer une valeur, un objet estimable et d'importance, qui *vaut* littéralement quelque chose, pécuniairement parlant. Comme la vertu, la richesse se donne à voir comme le moyen d'accéder au bonheur, l'acception économique du terme partageant avec l'acception philosophique une proximité indiscutable. Le bien est la valeur que l'on désire et que l'on chérit, celle qui enrichit son maître et suscite la convoitise d'autrui. Le bien est la richesse dont l'appartenance ou la transmission est imposée par l'administration fiscale, est celle qui vint libérer la personne des chaînes de ses créanciers qui acceptèrent de la substituer à son corps. Substantiellement, le bien est une valeur, cette qualité participant de sa nature, aucun bien ne pouvant être dépourvu de valeur.

Le bien est ensuite une valeur en mouvement. C'est la valeur qui peut être transmise et acquise, afin de satisfaire le désir que l'on peut en avoir. Si le bien est une valeur, il est une valeur d'échange, la commercialité du bien – son aptitude à faire l'objet d'échanges – caractérisant le bien tout autant que la valeur, ce que l'administration fiscale comme les praticiens, rompus à la pratique de l'évaluation, n'ont de cesse de rappeler.

554. Droit. Si le bien est un objet économique, il est plus que cela. Il est encore un objet juridique, le Souverain décidant ultimement de consacrer comme biens juridiques les objets

qui, faisant partie d'un marché spontané, peuvent recevoir cette qualification après avoir reçu l'aval du droit. La notion de bien est donc une notion construite, devant nécessairement buter sur des considérations politiques et sur certains tabous propres aux époques et aux lieux. Deux limites s'opposent aujourd'hui à la qualification de bien : le respect dû à la personne et la préservation des choses communes, le Souverain se prononçant ouvertement contre leur patrimonialisation ou leur réification. Ces limites, pourtant, sont très relatives, la personne n'échappant plus au phénomène de la patrimonialité et les choses communes intégrant de plus en plus la sphère des biens. La sphère des biens s'élargit considérablement.

Objet juridique construit, le bien ne peut plus être défini comme une chose, objet naturellement donné. Quand la chose relève du sensible, le bien relève de l'abstrait. Quand la chose est une portion physique du monde, le bien est un objet dont la consistance est purement intellectuelle. Somme toute, l'identité du bien se dessine : il est un droit patrimonial, cet objet recelant toutes les qualités attendues du bien. C'est le droit patrimonial qui se trouve valorisé et admis aux échanges. C'est encore lui qui figure dans le patrimoine et qui fait la synthèse de l'économie et du droit.

555. Appartenance. Si le bien est un droit patrimonial, la question de son rattachement au sujet demeurerait entière. Si l'on a toujours vu dans la propriété le *medium* par lequel le bien appartient au sujet, cet axiome devait être questionné et remis en question. La propriété étant un droit patrimonial comme les autres, elle ne pouvait plus servir de connecteur, sauf à ce qu'elle s'approprie elle-même ou perde tout contenu clair. Le choix fut fait de mobiliser une autre notion jusqu'alors dépourvue de toute charge normative précise : la titularité, seule à même d'expliquer le rattachement exclusif des droits au sujet et seule à même d'expliquer leur égale opposabilité. Ce faisant, c'est la liaison des biens et de la propriété que l'on entendait rompre, dans l'objectif de préserver la cohérence d'ensemble du système.

Cette nouvelle manière d'appréhender l'appartenance des biens invitait naturellement à repenser la notion de possession, que l'on a toujours vue comme un décalque de la seule propriété. Apparence d'appartenance, il apparaît en réalité que la possession doit être désormais rattachée à la seule titularité, qui seule réalise l'appartenance de l'ensemble des droits subjectifs au sujet.

556. Maîtrise. Avec l'appartenance, la maîtrise forme la deuxième face du régime des biens. Mais seule la maîtrise permet de distinguer, dans le domaine de l'appartenance, entre les droits

patrimoniaux et extrapatrimoniaux, seuls les premiers se présentant comme des richesses disponibles pour leur titulaire. La maîtrise suppose en amont la disponibilité, traduction juridique du critère économique de commercialité. Tout bien est par essence disponible, apte à circuler. L'indisponibilité qui peut parfois l'atteindre ne saurait donc le disqualifier, affectant en réalité la personne de son titulaire.

La maîtrise s'incarne en aval dans la disposition, manifestation d'une certaine souveraineté du titulaire sur son bien. Si l'on a toujours pensé la disposition dans l'orbite de la propriété, cette présentation doit dorénavant être dépassée, la disposition étant une faculté à la fois extérieure aux droits patrimoniaux et commune à eux, autorisant n'importe quel titulaire d'un droit patrimonial à le transmettre, le modifier ou l'éteindre. Tout bien se prête pareillement à la maîtrise, sans que la grâce de la propriété n'y soit pour quoi que ce soit. Ainsi demeure sauve l'articulation des droits patrimoniaux, leur appropriation n'étant plus supposée pour expliquer leur circulation.

557. De l'unité à la diversité. L'opération de qualification a fait ressortir l'unité de la notion et l'unité du régime des biens. Tous partagent, dans leur aspect externe, les mêmes qualités. Mais cette unité ne saurait gommer la diversité des biens qui, en tant que droits patrimoniaux, diffèrent les uns des autres dans leur aspect interne. C'est ce que la classification a permis de mettre à jour.

558. Droits patrimoniaux. Les droits réels et les droits personnels sont les figures classiques de droits patrimoniaux. Érigée en *summa divisio* des droits patrimoniaux, cette classification bute pourtant sur deux séries d'obstacles. Les premières sont d'ordre interne : les critères de distinction de ces droits sont mal assurés et les droits qui composent ces catégories ne sont parfois pas à leur juste place. Les secondes sont d'ordre externe : de nombreux droits – les droits d'exploitation – peinent à intégrer ces catégories, n'ayant ni les caractères des droits réels, ni ceux des droits personnels. Aussi fallait-il remettre de l'ordre dans le système des droits patrimoniaux à l'aide d'un critère de classement simple, dépendant uniquement de l'objet et du contenu des droits.

559. Droits réels. Pris dans leur aspect interne, les droits réels peuvent être définis comme des droits de jouissance d'une chose corporelle. Ils investissent leur titulaire de prérogatives

matérielles de jouissance, leur permettant de retirer des choses l'intégralité ou une partie seulement des services qu'elles sont à même de fournir.

Cette définition des droits réels a permis d'écarter de cette famille trois figures traditionnellement analysées comme des droits réels : les servitudes, qui ne sont pas des droits subjectifs mais des services dus à des fonds et non à des personnes ; les sûretés réelles, qui sont des facilitatrices de l'exécution ; les concessions funéraires, qui sont des tolérances de la commune dans le dessein de favoriser le culte des morts. Cette définition a encore permis de préciser les contours de certaines autres figures devant recevoir cette qualification : la propriété, qui n'est qu'un mode de jouissance des choses corporelles ; l'usufruit et l'usage, qui n'ont une nature réelle que dans la mesure où ils procèdent de la propriété ou d'autres droits réels ; les baux réels, qui sont des droits de superficie temporaires.

560. Droits personnels. Contrairement aux droits réels, les droits personnels peuvent être définis comme des droits offerts à une personne d'exiger d'une autre l'exécution d'une prestation. Ces droits sont tous patrimoniaux, que la prestation due soit monétaire ou non, toute prestation ayant une valeur de marché.

Cette définition des droits personnels a permis de rattacher dans leur orbite certains droits que la doctrine analyse pourtant volontiers comme des objets de propriété du seul constat de leur opposabilité et de leur disponibilité : les droits sociaux. Constatant une créance d'un associé contre une personne morale, ces droits ne sont jamais plus que des droits personnels, investissant leur titulaire d'un droit à l'exécution de prestations pécuniaires ou en nature. En aucun cas ces droits ne sauraient être analysés comme des droits réels ou comme des objets d'un droit de propriété.

561. Droits d'exploitation. En marge de la distinction des droits réels et personnels, une place devait être réservée à des figures modernes de droits patrimoniaux, investissant une personne du droit d'exercer une activité et d'en retirer les fruits : les droits d'exploitation. Ces droits peuvent d'abord être concédés par la puissance publique par le biais d'autorisations administratives venant contourner un principe d'interdiction et offrant à leur titulaire un certain monopole dans la poursuite d'une activité réglementée et contingentée. Si ces droits permettent tantôt à leur titulaire d'exercer une activité (licences, permis, offices), tantôt de produire certains produits (quotas, autorisations de production), ils restent structurellement similaires, dépendant de la sollicitude de l'administration.

Ces droits peuvent ensuite germer de l'activité créatrice d'une personne ou de sa seule force de travail. Tout comme les droits d'exploitation concédés, les droits d'exploitation conquis investissent une personne du droit de tirer un profit pécuniaire des fruits de leur activité, paraissant sous les traits de monopoles bien plus pérennes que ceux résultant d'une concession des pouvoirs publics (droits intellectuels), même si certains de ces monopoles, à raison de leurs objets, demeurent encore imparfaits (droits d'exploiter une information ou une clientèle).

562. Bilan. Ce travail fut l'occasion de rompre avec un certain nombre d'idées reçues, que l'absence de réforme substantielle de la discipline depuis 1804 n'a fait que renforcer. Si l'on a, à juste titre, déploré le manque de lisibilité du droit des biens et si l'on s'emploie depuis une dizaine d'années à promouvoir sa refonte, peut-être faudrait-il commencer par la notion qui en est le cœur : le bien. L'on peut alors émettre le vœu que ce travail se montrera utile à qui s'y attèlera pour de bon.

INDEX ALPHABÉTIQUE

- A -

Abusus : 267-268, 353-354, 357, 359, 372

Accession : 138, 334, 380-382, 389

Action en revendication : 214-236

Action confessoire : 215

Action négatoire : 215

Action oblique : 218

Action paulienne : 218

Affectation :

- Biens : 289
- Biens publics : 137-140, 384
- Choses communes : 126
- Patrimoine : 441
- Propriété : 135
- Quasi-usufruit : 375

Aisances de voirie : note sous 402

Animal : 331-335

Apparence (théorie) : note sous 203

Attributs de la personnalité : 113-121

Autorisations administratives : 453, 457-459

Autorisations de plantation et de replantation :
486-489

**Autorisations d'occupation temporaire du
domaine public constitutives de droits réels** :
387-388

- B -

Bail à construction : note sous 380

Bail à réhabilitation : note sous 380

Bail emphytéotique : 380-383

Bail emphytéotique administratif : 385-386

Bail réel immobilier : notes sous 380 et 381

Bases de données : 527

Bien :

- Appartenance : 177-180, 182
- Classification : 289-291
- Chose (distinction) : 6, 10, 150-159
- Commercialité : 65-66, 74
- Critère : 244-246
- Définition : 2-5, 8-9, 153, 154
- Disposition : 264-278
- Existence : 84-86
- Possession : 192-195
- Qualification : 247-263
- Revendication : 214
- Valeur : 8-9, 21, 25-35

Biens à valeur vénale nulle ou négative : 37-41

Biens communs : v. « Communs »

Bien de famille : 247, 409

Biens innés : 113, 115-116

Biens publics : 122, 137-140

Brevet : 133, 201, 512-513, 517, 530

- C -

Cadavre : 106-112

Certificats d'économie d'énergie : 483-484

Charges :

- Biens : 37-39
- Propriété : 134
- Servitudes : 402, 404-405

Chasse :

- Animaux : 333
- Droit de chasse : 369
- Loi Verdeille : 133

Choses :

- Biens (distinction) : 6, 10, 150-159
- Corporelles : 149
- Définition : 143-149
- Droits (distinction) : 146
- Incorporelles : 148
- Jouissance : 321-322
- Personne (distinction) : 88-89, 146

Choses communes : 123-136

Choses consommables : v. Consomptibilité

Choses fongibles : v. Fongibilité

Clientèle : 339, 534-540

Commercialité : 53-75

« **Communs** » : 131

Concession funéraire : 406-410

Consomptibilité : 312, 346, 360, 374, 376

Copropriété : 131

Corps humain : 89-105

Créance :

- Opposabilité : 210
- Patrimonialité : 423-430
- Possession : 203
- Revendication : 230
- Usufruit : 276-277
- *V. aussi Droit personnels*

Création : 512

- D -

Déchets : 37, 101

Démembrement : v. Usufruit

Destination :

- Chose (quasi-usufruit) : 373, 375-376
- Destination commune : 340
- Immobilisation par destination : 338

Dette : 42-47, 421

Disponibilité : 244-246

Disposition :

- Disposition juridique : 265-271
- Disposition matérielle : v. *Abusus*

Dividendes : 440, 442

Dominium : 7, 146, 170-171, 181

Données à caractère personnel : 521

Droits à paiement de base : 479

Droits à produire : 474-492

Droits de la personnalité : v. Attributs de la personnalité

Droits d'exercice : 461-473

Droits d'exploitation :

- Autorisations administratives : 457-458
- Définition : 452, 454-455
- Patrimonialité : 459
- Typologie : 453, 457-457

Droit de préférence : 307, 396-397

Droit de rétention : 398-401

Droit de suite : 307, 397

Droit de superficie : 378-383, 389-391

Droit d'usage et d'habitation : 261, 370

Droits extrapatrimoniaux : 113, 173, 178-179, 195, 204, 245, 249, 284, 297

Droits intellectuels : 498-518

Droits patrimoniaux : v. Bien

Droits personnels : 418-431

Droits potestatifs : 295-299

Droit réels :

- Définition : 304-319
- Objet : 320-348
- Typologie : 349-411

Droits réels de jouissance spéciale : 365-367

Droits sociaux : 432-445

Droits subjectifs : 177-179

- E -

Éléments et produits du corps humain : v. Corps humain

Énergie : 325-330

Évaluation : 66-74

Exclusivité : 170, 172, 177, 213

Extracommercialité : v. Indisponibilité

Extrapatrimonialité : 91-97

- **F** -

Fiducie : 356

Fiscalité : 31-35

Fonds communs : 441

Fonds de commerce : 337-341

Fongibilité : 346, 355

Force de travail : 56, 496, 540

Fructus : 353, 357, 360, 371

- **I** -

Image des biens : note sous 384

Image des personnes : 120-121

Immeubles :

- Animaux : 331-332
- Chose : 145
- Évaluation : 70-71, 73
- Fonds de commerce : 338, 340
- Meubles (distinction) : 154, 289
- Revendication : 223-227, 231
- Servitudes : 402-403

Imprescriptibilité :

- Concessions funéraires : 407
- Domaine public : 138, 248
- Droits extrapatrimoniaux : 113, 204
- Propriété : 224

Inaliénabilité :

- Choses dangereuses : 260-261
- Clauses d'inaliénabilité : 74, 260, 426
- Domaine public : 139-140, 384
- Droit d'usage et d'habitation : 261

Indisponibilité : 247-263

Indivision : 131

Information : 520-533

Insaisissabilité : 254-258

Invention : 147, 201, 496, 512-513

- **J** -

Jouissance : 318, 321-322

- **L** -

Licences : 462-467

- **M** -

Marché : v. Commercialité

Monnaie : 342-348

Monopole : 453, 455, 458, 463, 469, 474

- **N** -

Nexum : 27-28

Numerus clausus des droits réels : 369

- **O** -

Obligation passive universelle : 209-210, 309-310, 312, 315

Obligation personnelle : 310-311, 315, 317

Obligation propter rem : 317, 383, 404

Obligation réelle : 310-311, 315, 317

Occupation : 200-201

Office ministériel : 468-472

Opposabilité : 207-236

Ordre public des biens : 367

- **P** -

Parts sociales : v. Droits sociaux

Patrimoine : 9, 30, 32, 43-44

Patrimoine commun : 48-51

Perpétuité : 366-367, 378

Personne :

- Attributs corporels : v. Corps humain
- Attributs moraux : v. Attributs de la personnalité

Possession : 186-205

Possession d'état : 195, 204

Prescription :

- Acquisitive : 138, 201, 204, 221, 224, 248
- Extinctive : 201, 204, 364-365

Présomption :

- Présomption d'état : 204
- Présomption de propriété : 188
- Présomption de titularité : 197-199, 202-203, 225-228

Prix : 64

Promesse unilatérale de vente : 217, 298

Proprietas : 4

Propriété :

- Absolutisme : 353
- Appartenance : 169, 173
- Biens : 3-5
- Définition : 351-367
- Droit romain : 171
- Exclusivité : 170, 172
- Perpétuité : 364 et 366
- Propriété publique : 137, 140
- Théorie rénovée de la propriété : 11, 245, 311
- Titularité (distinction) : 181-183

Propriété commune : 131

Publicité foncière : 227, 231

- Q -

Quasi-monopole : 519-541

Quasi-usufruit : 372-377

Quotas :

- Quotas betteraviers : 477-478
- Quotas d'émission de gaz à effet de serre : 481-482
- Quotas de pêche : 490
- Quotas laitiers : 477-478

- R -

Restitution : 215

- S -

Sépulture : v. Concession funéraires

Servitudes : 402-405

Souvenirs de famille : 259

Sûretés réelles : 395-397

Système de traitement automatisé de données : 533

- T -

Titularité :

- Appartenance : 177
- Définition : 176, 180
- Disposition : 245, 270
- Droits subjectifs : 177-178
- Exclusivité : 213

Titres financiers : v. Droits sociaux

- U -

Unités de biodiversité : 490

Universalité de fait : 337-341

Usufruit : 272-278, 368-377

Usus : 353, 357, 361

- V -

Valeur :

- Détermination : v. Évaluation
- Théories économiques : 55-60
- Valeur d'échange : 62
- Valeur d'usage : 62
- Valeur vénale : 62-64

Valeurs mobilières : v. Droits sociaux

Vol :

- Énergie : 325, 328-329
- Information : 531-532

BIBLIOGRAPHIE

I. HISTOIRE DU DROIT

A. XIX^{ème} siècle

- ACCARIAS (C.) :** *Précis de droit romain*, t. I, 2^{ème} éd., Paris, Cotillon, 1874
- BEAUNE (H.) :** *Droit coutumier français. La condition des biens*, Paris, Delhomme & Briguet, 1886
- BOUCHETAL-LAROCHE (P.) :** *De la contrainte par corps en droit romain et en droit français*, Paris, Victor Goupy, 1867
- CORNIL (J.) :** *Droit romain : Traité élémentaire des droits réels et des obligations*, Bruxelles, Bruylant-Christophe & C^{ie}, 1885
- DIDIER-PAILHÉ (E.) :** *Cours élémentaire de droit romain*, t. I, 3^{ème} éd., Paris, Larose et Forcel, 1887
- DOMENGET (M. L.) :** *Institutes de Gaius*, Paris, A. Maresq Ainé, 1866
- DUBOIS (E.) :** *Institutes de Gaius*, 6^{ème} éd., Paris, A. Maresq Ainé, 1881
- FLACH (J.) :** *Cujas, les glossateurs et les bartolistes*, Paris, Larose et Forcel, 1883
- HULOT (M.) :** *Les cinquante Livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, t. I, Paris, Rondonneau, 1803
- VON IHERING (R.) :** *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III, trad. O. de Meulenaere, Paris, A. Marescq, 2^{ème} éd., 1880 ;
L'esprit du droit romain dans les différents stades de son développement, t. IV, trad. O. de Meulenaere, Paris, A. Maresq Ainé, 2^{ème} éd., 1880
- JACQUES (C.) :** *Histoire de la distinction des biens meubles et immeubles*, Larose et Forcel, Paris, 1884
- LARICHE (L.-E.-A.) :** *Explication méthodique des Institutes de Justinien*, t. I par **BONJEAN (G.)**, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1878
- LESENNE (N. M.) :** *De la propriété avec ses démembrements (usufruit, usage, habitation et servitudes), suivant le droit naturel, le droit romain et le droit français*, Paris, Cosse et Marchal, 1858
- MAY (G.) :** *Éléments de droit romain*, t. I, Paris, Larose et Forcel, 1890
- MICHELET (M.) :** *Origines du droit français cherchées dans les symboles et formules du droit universel*, Paris, Hachette, 1837
- NISARD (M.) :** *Macrobe (œuvres complètes), Varron (De la langue latine), Pomponius Méla (œuvres complètes)*, Paris, J. J. Dubochet, Le Chevalier et C^{ie}, 1850 ;
Œuvres de Tite-Live, t. I, Paris, Firmin Didot frères, fils et C^{ie}, 1869
- ORTOLAN (J.) :** *Explications historiques des Instituts de l'Empereur Justinien. Histoire et généralisation*, t. I, 8^{ème} éd., Paris, Henri Plon, 1870

- VON SAVIGNY (F. C.) : *Traité de droit romain*, t. I, trad. C. Guenoux, Paris, Firmin Didot Frères, 1855
- TAMBOUR (J.) : *Des voies d'exécution sur les biens des débiteurs dans le droit romain et dans l'ancien droit français avec un appendice sur les effets de la saisie-arrêt dans le droit actuel*, 2 t., Paris, A. Lacour, 1856
- VAINBERG (S.) : *Le nexum et la contrainte par corps en droit romain*, Paris, Ernest Leroux, 1874
- VERMOND (E.) : *Théorie générale de la possession en droit romain*, Paris, Larose, 1895

B. XX^{ème} et XXI^{ème} siècles

- CORNIL (G.) : *Traité de la possession dans le droit romain*, Paris, Albert Fontemoing, 1905
- CUQ (E.) : *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2^{ème} éd., Paris, Plon, 1928
- DEROUSSIN (D.) : *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007
- GIRARD (P.-F.) : *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Arthur Rousseau, 4^{ème} éd., 1906
- HALPÉRIN (J.-L.) : *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008 ;
Histoire du droit privé français depuis 1804, PUF, coll. « Quadrige », 2012
- LÉVY (J.-P.) et
CASTALDO (A.) : *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. « Précis », 2^{ème} éd., 2010
- MONIER (R.) : *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I, Montchrestien, 6^{ème} éd., 1947
- OURLIAC (P.) et DE
MALAFOSSE (J.) : *Histoire du droit privé*, t. II, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 1971
- PATAULT (A.-M.) : *Introduction historique au droit des biens*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1989

II. OUVRAGES GÉNÉRAUX : MANUELS, COURS, TRAITÉS

A. Ancien droit

- DOMAT (J.) : *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, Paris, Delalain, 1777
- GUYOT (M.) : *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, t. 43, Paris, Panckoucke et Dupuis, 1781
- LOYSEAU (C.) : *Les cinq livres du droit des offices*, in *Œuvres*, Livre III, Lyon, Compagnie des Libraires, 1707
- POTHIER (R.-J.) : *Traité du droit de domaine de propriété*, t. I, Paris, Debure père, 1772 ;
Traité de la possession et de la prescription, t. II, Paris, Debure père, 1772 ;
Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orléans, et ressort d'icieux, Paris, Debure, 1780

B. XIX^{ème} siècle

- APPLETON (C.) :** *De la possession et des actions possessoires*, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1871
- AUBRY (C.) et RAU (C.) :** *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. II, 5^{ème} éd. par **RAU (G.)**, **FALCIMAIGNE (C.)** et **GAULT (M.)**, Paris, Marchal et Billard, 1897 ;
Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, t. IX, 5^{ème} éd. par **BARTIN (E.)**, Paris, Marchal et Billard, 1917
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et CHAUVEAU (M.) :** *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. I : *Des biens*, Paris, Larose & Forcel, 1896
- DELSOL (J.-J.) :** *Explication élémentaire du Code Napoléon*, t. I, 2^{ème} éd., Paris, Cotillon, 1867 ;
Explication élémentaire du Code Napoléon, t. III, 2^{ème} éd., Paris, Cotillon, 1867
- DELVINCOURT (C.-E.) :** *Cours de Code Napoléon*, t. I, Paris, P. Gueffier, 1813
- DEMANTE (A. M.) :** *Cours analytique de Code civil*, t. II par **COLMET DE SANTERRE (E.)**, 2^{ème} éd., Paris, E. Plon et C^{ie}, 1881 ;
Cours analytique de Code civil, t. IX par **COLMET DE SANTERRE (E.)**, 2^{ème} éd., Paris, E. Plon, Nourrit et C^{ie}, 1889
- DEMOLOMBE (C.) :** *Cours de Code Napoléon*, t. IX : *Traité de la distinction des biens*, t. I, 4^{ème} éd., Paris, Auguste Durant et L. Hachette & C^{ie}, 1870 ;
Cours de Code Napoléon, t. XI : *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. I, 5^{ème} éd., Paris, Auguste Durand et Hachette et C^{ie}, 1872 ;
Cours de Code Napoléon, t. XIII : *Traité des successions*, t. I, Paris, Cosse, Marchal et Billard, 1875
- DUCROCQ (T.) :** *Cours de droit administratif*, t. II, Paris, Ernest Thorin, 5^{ème} éd., 1877
- DURANTON (A.) :** *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, t. IV, 2^{ème} éd., Paris, Alex-Gobelet, 1828 ;
Cours de droit français suivant le Code civil, t. V, 3^{ème} éd., Paris, Alex-Gobelet, 1834
- FENET (P.-A.) :** *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XI, Paris, 1827 ;
Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. XV, Paris, 1827
- HUC (T.) :** *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. IV, Paris, Cotillon, 1893
- LAURENT (F.) :** *Principes de droit civil français*, t. V, A. Durand & Pedone Lauriel, 1871 ;
Principes de droit civil français, t. VI, A. Durand & Pedone Lauriel, 1871 ;
Principes de droit civil français, t. VII, Paris, A. Durand & Pedone Lauriel, 1872 ;
Principes de droit civil français, t. VIII, A. Durand & Pedone Lauriel, 1873 ;
Principes de droit civil, t. XV, A. Durand & Pedone Lauriel, 1875 ;
Principes de droit civil français, t. XXXVIII, A. Durand & Pedone Lauriel, 1877 ;

- Principes de droit civil*, t. XXX, A. Durand & Pedone Lauriel, 1878 ;
Principes de droit civil français, t. XXXII, A. Durand & Pedone Lauriel, 1878
- MARCADÉ (V.) :** *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. II, 8^{ème} éd., Paris, Delamotte Fils et C^{ie}, 1886
- MERLIN DE DOUAI (P.-A.) :** *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. I, 4^{ème} éd., Paris, Garnery, 1812 ;
Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, t. VIII, 4^{ème} éd., Paris, Garnery, 1813 ;
Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, t. X, 4^{ème} éd., Paris, Garnery, 1813 ;
Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, t. XIV, 4^{ème} éd., Paris, Garnery, 1815
- MOURLON (F.) :** *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon*, t. I, 8^{ème} éd. par **DEMANGEAT (C.)**, Paris, A. Maresq Ainé, 1869
- PARDESSUS (J.-M.) :** *Traité des servitudes, ou services fonciers*, t. I, 8^{ème} éd., Paris, G. Thorel et Guilbert, 1838
- PROUDHON (J.-B.-V.) :** *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation, et de superficie*, t. I, Dijon, Douillier, 1823 ;
Traité du domaine public. De la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public, t. I, Dijon, Victor Lagier, 1833
- PROUDHON (P.-J.) :** *Œuvres complètes de P.-J. Proudhon*, t. I, Paris, A. Lacroix et C^{ie}, 1873
- TOULLIER (C. B. M.) :** *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, t. III, Paris, Warée, 1824
- TROPLONG (R.-T.) :** *De la propriété d'après le Code civil*, Paris, Pagnerre, Paulin & C^{ie} et Firmin Didot Frères, 1848

C. XX^{ème} siècle

- BERTHÉLEMY (H.) :** *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Arthur Rousseau, 9^{ème} éd., 1920
- CAPITANT (H.) :** *Introduction à l'étude du droit civil*. 5^{ème} éd., A. Pedone, 1929
- COLIN (A.) et CAPITANT (H.) :** *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1, 11^{ème} éd. par **JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (L.)**, Dalloz, 1947
- DEMOGUE (R.) :** *Traité des obligations en général*, t. I, Paris, Arthur Rousseau, 1923
- DUGUIT (L.) :** *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 2^{ème} éd., Paris, E. de Boccard, 1921
- GARÇON (E.-A.) :** *Code pénal annoté*, t. I, Sirey, 1901
- HAURIOU (M.) :** *Précis de droit administratif*, Sirey, 10^{ème} éd., 1921
- JOSSERAND (L.) :** *Cours de droit civil positif français*, t. I, Sirey, 3^{ème} éd., 1938
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.) :** *Droit civil. Introduction générale à l'étude du droit*, t. I, Sirey, 2^{ème} éd., 1972 ;
Droit civil. Les biens, Sirey, 2^{ème} éd., 1980 ;

- Droit civil. Les obligations, t. I : Les sources*, Sirey, 2^{ème} éd., 1988 ;
Droit civil. Les biens, par **JOURDAIN (P.)**, Dalloz, 1995
- MAZEAUD (H., L. et J.) :** *Leçons de droit civil, t. I, vol. 1 : Introduction à l'étude du droit*, 12^{ème} éd. par **CHABAS (F.)**, Montchrestien, 2000 ;
Leçons de droit civil, t. I, vol. 2 : Les personnes. La personnalité. Les incapacités, 8 éd. par **CHABAS (F.)** et **LAROCHE-GISSEROT (F.)**, Montchrestien, 1997 ;
Leçons de droit civil, t. II, vol. 1 : Obligations. Théorie générale, 9 éd. par **CHABAS (F.)**, Montchrestien, 1998 ;
Leçons de droit civil, t. II, vol. 2 : Biens. Droit de propriété et ses démembrements, 8 éd. par **CHABAS (F.)**, Montchrestien, 1994
- PLAISANT (R.) :** *Propriété littéraire et artistique (Droit interne et Conventions internationales)*, préf. J. Escarra, Librairies techniques, 1954
- PLANIOL (M.) :** *Traité élémentaire de droit civil, t. I*, 3^{ème} éd., Paris, Pichon, 1904
- PLANIOL (M.) et RIPERT (G.) :** *Traité élémentaire de droit civil, t. I*, 11^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1928 ;
Traité pratique de droit civil français, t. III : Les biens, 2^{ème} éd. par **PICARD (M.)**, LGDJ, 1952
- RIPERT (G.) :** *Traité élémentaire de droit commercial, t. I*, 12^{ème} éd. par **ROBLOT (R.)**, LGDJ, 1986
- ROUBIER (P.) :** *Le droit de la propriété industrielle, t. I*, Sirey, 1952

D. XXI^{ème} siècle

- ATIAS (C.) :** *Droit civil. Les biens*, LexisNexis, coll. « Manuel », 12^{ème} éd., 2014
- AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.) :** *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, coll. « Université », 18^{ème} éd., 2021
- AYNÈS (L. et A.) et CROCQ (P.) :** *Droit des sûretés*, LGDJ, coll. « Droit civil », 13^{ème} éd., 2019
- BELLIVIER (F.) et NOIVILLE (C.) :** *Traité des contrats. Contrats et vivant*, LGDJ, 2006
- BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.) et CIMAMONTI (S.) :** *Traité de droit civil. Les biens*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2010
- BINCTIN (N.) :** *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, coll. « Manuel », 5^{ème} éd., 2018
- BONNEAU (T.) :** *Droit bancaire*, LGDJ, coll. « Domat droit privé », 11^{ème} éd., 2015
- BOSSE-PLATIÈRE (H.), COLLARD (F.), GRIMONPREZ (B.), TAURAN (T.) et TRAVELY (B.) :** *Droit rural*, LexisNexis, 2013
- BOURASSIN (M.), BRÉMOND (V.) et JOBARD-BACHELLIER (M.-N.) :** *Droit des sûretés*, Sirey, 5^{ème} éd., 2016

- BUFFELAN-LANORE (Y.)** et **LARRIBAU-TERNEYRE (V.)** : *Droit civil. Introduction, Biens, Personnes, Famille*, Sirey, coll. « Université », 21^{ème} éd., 2020
- CABRILLAC (M.), MOULY (C.), CABRILLAC (S.)** et **PÉTEL (P.)** : *Droit des sûretés*, LexisNexis, coll. « Manuel », 10^{ème} éd., 2015
- CARBONNIER (J.)** : *Droit civil, t. I : Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. « Quadrige », 2004 ;
Droit civil, t. II : Les biens. Les obligations, PUF, coll. « Quadrige », 2004
- CARON (C.)** : *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, coll. « Manuel », 5^{ème} éd., 2017
- CARON (C.)** et **LÉCUYER (H.)** : *Le droit des biens*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2002
- CAYROL (N.)** : *Droit de l'exécution*, LGDJ, coll. « Domat droit privé », 2^{ème} éd., 2016
- CHANTEPIE (G.)** et **LATINA (M.)** : *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorie et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018
- CONTE (P.)** : *Droit pénal spécial*, LexisNexis, coll. « Manuel », 6^{ème} éd., 2019
- CORNU (G.)** : *Droit civil. Introduction au droit*, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 13^{ème} éd., 2007 ;
Droit civil. Les biens, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 13^{ème} éd., 2007 ;
Droit civil. Les personnes, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 13^{ème} éd., 2007
- COZIAN (M.), VIANDIER (A.)** et **DEBOISSY (F.)** : *Droit des sociétés*, LexisNexis, 32^{ème} éd., 2019
- DESHAYES (O.), GÉNICON (T.)** et **LAITHIER (Y.-M.)** : *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016
- DONNIER (M. et J.-B.)** : *Voies d'exécution et procédures de distribution*, LexisNexis, coll. « Manuel », 9^{ème} éd., 2017
- DROSS (W.)** : *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012
- FABRE-MAGNAN (M.)** : *Droit des obligations, t. I : Contrats et engagement unilatéral*, PUF, coll. « Thémis », 4^{ème} éd., 2016
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.)** et **SAVAUX (E.)** : *Droit civil. Les obligations, t. III : Le rapport d'obligation*, 9^{ème} éd., Sirey, 2015
- FOULQUIER (N.)** : *Droit administratif des biens*, LexisNexis, coll. « Manuel », 4^{ème} éd., 2018
- FRANÇOIS (J.)** : *Traité de droit civil, t. IV : Les obligations. Régime général*, 3^{ème} éd., Economica, coll. « Corpus droit privé », 2013
- GAUTIER (P.-Y.)** : *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 11^{ème} éd., 2019
- GHESTIN (J.)** et **GOUBEAUX (G.)** : *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1990
- GHESTIN (J.), BARBIER (H.)** et **BERGÉ (J.-S.)** : *Traité de droit civil, t. I : Introduction générale*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2018

- GRIMALDI (C.) :** *Droit des biens*, LGDJ, coll. « Manuel », 2^{ème} éd., 2019
- GRIMALDI (M.) :** *Droit des successions*, LexisNexis, coll. « Manuel », 7^{ème} éd., 2017
- GUYON (Y.) :** *Droit des affaires*, t. 1, Economica, 11^{ème} éd., 2001
- HOUTCIEFF (D.) :** *Droit des contrats*, Larcier, coll. « Paradigme », 1^{ère} éd., 2015
- JULIENNE (M.) :** *Le régime général des obligations après la réforme*, LGDJ, 2017
- LAMARQUE (J.), NÉGRIN (O.) et AYRAULT (L.) :** *Droit fiscal général*, LexisNexis, coll. « Manuel », 4^{ème} éd., 2016
- LARROUMET (C.) et AYNÈS (A.) :** *Traité de droit civil, t. I : Introduction à l'étude du droit*, Economica, coll. « Corpus droit privé », 6^{ème} éd., 2013
- LARROUMET (C.) et MALLET-BRICOUT (B.) :** *Traité de droit civil, t. II : Les biens, droits réels principaux*, Economica, coll. « Corpus droit privé », 6^{ème} éd., 2019
- LE CANNU (P.) et DONDERO (B.) :** *Droit des sociétés*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2019
- LUCAS (A.) :** *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 3^{ème} éd., 2004
- LUCAS (A. et H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.) :** *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2017
- MALAUURIE (P.) et BRENNER (C.) :** *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, coll. « Droit civil », 7^{ème} éd., 2016
- MALAUURIE (P.) et FULCHIRON (H.) :** *Droit de la famille*, LGDJ, coll. « Droit civil », 6^{ème} éd., 2017
- MALAUURIE (P.) et MORVAN (P.) :** *Introduction au droit*, LGDJ, coll. « Droit civil », 6^{ème} éd., 2016
- MALAUURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.) :** *Droit des obligations*, LGDJ, coll. « Droit civil », 10^{ème} éd., 2018
- MALAUURIE (P.), AYNÈS (L.) et JULIENNE (M.) :** *Droit des biens*, LGDJ, coll. « Droit civil », 8^{ème} éd., 2019
- MALAUURIE-VIGNAL (M.) :** *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, 7^{ème} éd., 2017
- MALINVAUD (P.) :** *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, coll. « Manuel », 17^{ème} éd., 2017
- MARAIS (A.) :** *Droit des personnes*, Dalloz, coll. « Cours », 3^{ème} éd., 2018
- MERLE (P.) et FAUCHON (A.) :** *Droit commercial. Société commerciales*, Dalloz, coll. « Précis », 23^{ème} éd., 2020
- MOULIN (F.) et SCHMIDT (D.) :** *Les fonds de Capital Investissement*, Gualino, 4^{ème} éd., 2018
- POLLAUD-DULIAN (F.) :** *La propriété industrielle*, Economica, coll. « Corpus droit privé », 2011
- PRIEUR (M.), BÉTAILLE (J.), COHENDET (M.-A.), DELZANGLES (H.),**

- MAKOWIAK (J.) et STEICHEN (P.) :**
- RAYNARD (J.), PY (E.) et TRÉFIGNY (P.) :** *Droit de la propriété industrielle*, LexisNexis, coll. « Manuel », 2016
- REBOUL-MAUPIN (N.):** *Droit des biens*, Dalloz, coll. « Hypercours », 7^{ème} éd., 2018
- REYGROBELLET (A.) et DENIZOT (C.) :** *Dalloz Action Fonds de commerce*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2012-2013
- RIPERT (G.) et ROBLLOT (R.) :** *Traité de droit des affaires. Les sociétés commerciales*, t. II, 21^{ème} éd. par **GERMAIN (M.) et MAGNIER (V.)**, LGDJ, 2014
- SCHILLER (S.) :** *Droit des biens*, Dalloz, coll. « Cours », 9^{ème} éd., 2019
- SEUBE (J.-B.) :** *Droit des biens*, LexisNexis, coll. « Objectif droit – Cours », 6^{ème} éd., 2014
- SIMLER (P.) :** *Les biens*, PUG, 3^{ème} éd., 2006
- STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.) :** *Obligations*, t. I : *Responsabilité délictuelle*, Litec, 5^{ème} éd., 1996
- STRICKLER (Y.) :** *Les biens*, PUF, coll. « Thémis », 2006
- TERRÉ (F.) et SIMLER (P.) :** *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, Dalloz, coll. « Précis », 8^{ème} éd., 2019 ;
Droit civil. Les biens, Dalloz, coll. « Précis », 10^{ème} éd., 2018
- TERRÉ (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.) et CHÉNÉDÉ (F.) :** *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 12^{ème} éd., 2019
- THÉRY (P.) :** *Sûretés et publicité foncière*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^{ème} éd., 1998
- VINEY (G.), JOURDAIN (P.) et CARVAL (S.) :** *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013 ;
Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité, LGDJ, 4^{ème} éd., 2017
- VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.) :** *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, coll. « Précis », 4^{ème} éd., 2019
- ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (T.) :** *Les biens*, PUF, coll. « Droit fondamental », 3^{ème} éd., 2008 ;
Cours de droit civil. Obligations, Régime, PUF, Coll. « Droit Fondamental », 2013

III. OUVRAGES SPÉCIAUX : THÈSES, MÉMOIRES, MONOGRAPHIES, OUVRAGES COLLECTIFS, DICTIONNAIRES

A. Thèses et mémoires

- ABERKANE (H.) :** *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, préf. M. Fréjaville, Paris, LGDJ, Bibl. de la faculté de droit de l'Université d'Alger, t. 26, 1957

- ANCEL (P.) :** *L'indisponibilité des droits de la personnalité. Une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, th. Dijon, 1978
- ANCIAUX (N.) :** *Essai sur l'être en droit privé*, th. Paris II, 2018
- ANDORNO (R.) :** *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, préf. F. Chabas, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 263, 1996
- ARCHAMBAULT (A.-L.) :** *La nature juridique des valeurs mobilières*, th. Paris I, 1998
- ARNOUX (I.) :** *Les droits de l'être humain sur son corps*, préf. J.-M. Auby, PUB, 1995
- AUDIER (J.) :** *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, préf. J. Kayser, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 159, 1979
- D'AVOUT (L.) :** *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, préf. H. Synvet, Economica, coll. « Recherches Juridiques », t. 12, 2006
- AYNÈS (L.) :** *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. P. Malaurie, Economica, coll. « Études et Recherches », 1984
- AZÉMA (J.) :** *La durée des contrats successifs*, préf. R. Nerson, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 102, 1969
- BARBIÈRI (J.-F.) :** *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels. Contribution à l'étude de la notion de perpétuité dans les actes juridiques*, th. Toulouse, 1977
- BASQUE (R.) :** *De la distinction des droits réels et des obligations*, th. Montpellier, 1914
- BEAUSSONIE (G.) :** *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal. Contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété*, préf. B. de Lamy, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 532, 2012
- BÉNAC-SCHMIDT (F.) :** *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 177, 1983
- BERLIOZ (P.) :** *La notion de bien*, préf. L. Aynès, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 489, 2007
- BERRA (D.) :** *Le principe de libre disposition des biens en droit civil. Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, th. Nancy, 1969
- BLANLUET (G.) :** *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préf. P. Catala et M. Cozian, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 313, 1999
- BOFFA (R.) :** *La destination de la chose*, préf. M.-L. Mathieu-Izorche, Defrénois, coll. « Doctorat & Notariat », t. 32, 2008
- BORILLO (D.) :** *L'homme propriétaire de lui-même. Le droit face aux représentations populaires et savantes du corps*, th. Strasbourg, 1991
- BRENNER (C.) :** *L'acte conservatoire*, préf. P. Catala, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 323, 1999
- CALMETTE (J.-F.) :** *La rareté en droit public*, préf. L. Rapp, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2004
- CASADO (A.) :** *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, préf. G. Loiseau, IRJS Éditions, coll. « Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc », t. 62, 2015

- CHAMARD (C.) :** *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. J. Untermaier, Dalloz, coll. « Nvllle bibliothèque des thèses », vol. 33, 2004
- CHARDEAUX (M.-A.) :** *Les choses communes*, préf. G. Loiseau, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 464, 2006
- CROCQ (P.) :** *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 248, 1995
- DANOS (F.) :** *Propriété, possession et opposabilité*, préf. L. Aynès, Economica, coll. « Recherches Juridiques », t. 15, 2007
- DAVID (A.) :** *Structure de la personne humaine. Essai sur la distinction de personnes et des choses*, PUF, 1955
- DECOCQ (A.) :** *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, préf. G. Levasseur, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 21, 1960, p. 32, n° 40
- DECOCQ (G.) :** *Essai sur l'évaluation*, th. Paris II, 1996
- DEFFAIRI (M.) :** *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, préf. M. Deguegue, IRJS Éditions, coll. « Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc », t. 61, 2015
- DEL REY (M.-J.) :** *Droit des biens et droit de l'environnement*, ANRT, 2002
- DERRUPPÉ (J.) :** *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits personnels*, th. Toulouse, 1951
- DEVILLE (S.) :** *L'objet de la libéralité*, préf. M. Nicod, Defrénois, coll. « Doctorat & Notariat », t. 49, 2012
- DUBARRY (J.) :** *Le transfert conventionnel de propriété. Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, préf. B. Dauner-Lieb et R. Libchaber, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 555, 2014
- DUBERNAT (S.-A.) :** *La non-patrimonialité du corps humain*, th. Bordeaux IV, 2000
- DUCLOS (J.) :** *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, préf. D. Martin, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 179, 1984
- DUMOUCHEL (A.) :** *Étude juridique de la clientèle des fonds de commerce et des professions libérales*, th. Paris, 1907
- EMERICH (Y.) :** *La propriété des créances : approche comparative*, préf. F. Zenati-Castaing, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 469, 2007
- FABRE (M.) :** *L'usufruit atypique : contribution à la notion de démembrement de la propriété*, th. Paris II, 2018
- FOREST (G.) :** *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. Leduc, Dalloz, coll. « Nvllle Bibliothèque de Thèses », vol. 116, 2012
- FROMION-HÉBRARD (B.) :** *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II, 1998
- GAILLIARD (A.) :** *Les fondements du droit des sépultures*, préf. B. Mallet-Bricout, Institut Universitaire Varenne, coll. des Thèses, 2017
- GALBOIS (D.) :** *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie*, th. Paris II, 2018
- GALLOUX (J.-C.) :** *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, th. Bordeaux IV, 1990

- GARY (R.) :** *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. Bordeaux, 1931
- GAUDEMET (E.) :** *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, rééd. Panthéon-Assas, 2014
- GAZIN (H.) :** *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, th. Dijon, 1910
- GIJSBERS (C.) :** *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, coll. « Recherches Juridiques », t. 35, 2016
- GOUBEAUX (G.) :** *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. Tallon, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 93, 1969
- GOURDON (P.) :** *L'exclusivité*, préf. P. Le Cannu, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 455, 2006
- GRANOTIER (J.) :** *Le transfert de propriété des valeurs mobilières*, préf. D. Cohen, Economica, coll. « Recherches Juridiques », t. 23, 2010
- GRZEGORCZYK (C.) :** *La théorie générale des valeurs et le droit. Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, préf. M. Villey, LGDJ, coll. « Bibl. philo. du droit », vol. 25, 1982
- GUINCHARD (S.) :** *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. Nerson, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 145, 1976
- HAGE-CHAHINE (N.) :** *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, th. Paris II, 2014
- HIEZ (D.) :** *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, préf. P. Jestaz, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 399, 2003
- JALLU (O.) :** *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne considérée comme principe des transmissions à titre universel*, th. Paris, 1902
- JEMMAR (S.) :** *L'évaluation des biens et services en droit fiscal*, av.-propos L. Chatel et C. Goarant-Moraglia, préf. D. Gutmann, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2010
- DE JUGLART (M.) :** *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, th. Bordeaux, 1937
- JULIENNE (M.) :** *Le nantissement de créance*, préf. L. Aynès, Economica, coll. « Recherches Juridiques », t. 31, 2012
- KOVAR (J.-P.) :** *L'État et les modes d'organisation du marché*, th. Strasbourg, 2005
- KRIEF-SEMITKO (C.) :** *La valeur en droit civil français. Essai sur les biens, la propriété et la possession*, av.-propos F. Chabas, préf. C. Atias, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2009
- LACAZE (M.) :** *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, préf. A. d'Hauteville, LGDJ, Coll. des Thèses, n° 39, 2010
- LACHENAL (L.) :** *De la patrimonialité des offices ministériels*, th. Lyon, 1931
- LAKSSIMI (T.) :** *La summa divisio des droits réels et des droits personnels. Étude critique*, préf. P. Jacques, Dalloz, coll. « Nvlle Bibliothèque de Thèses », vol. 155, 2016
- LAPORTE (S.) :** *La vénalité des éléments du corps humain*, Mémoire de Master de Droit médical, Lille II, 2004
- LAQUERRIÈRE-LACROIX (A.) :** *L'évolution du concept romain de propriété à l'époque post-classique*, th. Paris II, 2004

- LARGUIER (J.) :** *Essai sur la notion de titre en droit privé*, préf. J.-M. Jeanneney, Dalloz, 1951
- LAROCHE (M.) :** *Revendication et propriété. Du droit des procédures collectives au droit des biens*, préf. P. Théry, Defrénois, coll. « Defrénois & Notariat », t. 24, 2007
- LATINA (M.) :** *Essai sur la condition en droit des contrats*, préf. D. Mazeaud, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 505, 2009
- LAURENT (J.) :** *La propriété des droits*, préf. T. Revet, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 537, 2012
- LE FLOCH (P.) :** *Le fonds de commerce. Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, préf. J. Paillusseau, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 192, 1986
- LE GUEUT (T.) :** *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, th. Paris II, 2012
- LEMAITRE (F.) :** *La monnaie comme objet de sûretés*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, coll. « Bibl. dr. entrep. en diff. », t. 8, 2017
- LE MOAL (R.) :** *Contribution à l'étude d'un droit de la concurrence (nature du droit sur les valeurs concurrentielles)*, th. Rennes, 1972
- LEVENEUR (C.) :** *Le bail réel immobilier*, Mémoire de Master II Droit privé général, Paris II, 2015
- LÉVIS (M.) :** *L'opposabilité du droit réel. De la sanction judiciaire des droits*, préf. P. Raynaud, Economica, coll. « Études et Recherches », 1989
- LÉVY (E.) :** *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, th. Paris, 1896
- LIBCHABER (R.) :** *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préf. P. Mayer, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 225, 1992
- LOISEAU (G.) :** *Le nom objet d'un contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 274, 1997
- LORY (N.) :** *La saisie pénale des biens incorporels*, préf. G. Roussel, L'Harmattan, coll. « Bibliothèques de droit », 2016
- 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*, th. Paris XI, 1999
- LOUIS-LUCAS (P.) :** *Étude sur la vénalité des charges et fonctions publiques et sur celle des offices ministériels depuis l'Antiquité Romaine jusqu'à nos Jours*, vol. 2 : *Ancien droit français ; Droit intermédiaire*, Paris, Ernest Thorin, 1883
- MADDALON (P.) :** *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, préf. A. Fenet, LGDJ, coll. « Bibl. dr. public », t. 253, 2007
- MAETZ (C.-A.) :** *La notoriété. Essai sur l'appropriation d'une valeur économique*, th. Aix-Marseille, 2009
- MARGUÉNAUD (J.-P.) :** *L'animal en droit privé*, préf. C. Lombois, PUF, coll. « Publications de la faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Limoges », 1993
- MARLY (P.-G.) :** *Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, préf. P. Delebecque, LGDJ, coll. « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », t. 4, 2004

- MARTY (J.-P.) :** *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, th. Toulouse, 1976
- MASSON (F.) :** *La propriété commune*, th. Paris I, 2016
- MAUBLANC (J.-V.) :** *Le marché des autorisations administratives à objet économique*, av.-propos J.-F. Lachaume, préf. P. Terneyre, LGDJ, coll. « Bibl. dr. public », t. 311, 2019
- MAYER (M.) :** *Le secret des affaires commerciales*, th. Paris, 1900
- MÉLINE (J.) :** *De la contrainte par corps en droit romain et en droit français*, th. Paris, 1865
- MICHAS (H.) :** *Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle*, th. Paris, 1900
- MINEI (B.) :** *Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance*, th. Paris, 1912
- MILLEVILLE (S.) :** *Les restrictions au droit de disposer*, th. Paris II, 2008
- MOINE (I.) :** *Les choses hors commerce*, préf. E. Loquin, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 271, 1997
- NAJJAR (I.) :** *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, préf. P. Raynaud, LGDJ, « Bibl. dr. privé », t. 85, 1967
- NERSON (R.) :** *Les droits extrapatrimoniaux*, LGDJ, 1939
- NIZARD (F.) :** *Les titres négociables*, av.-propos J.-P. Dumas, préf. H. Synvet, Economica et Revue Banque Édition, 2003
- OESTERLÉ (O.) :** *Comparaison de la notion et de la protection de la propriété des biens meubles en France et en Angleterre*, Mémoire de Master II Droit européen comparé, Paris II, 2014
- OLLARD (R.) :** *La protection pénale du patrimoine*, préf. V. Malabat, coll. « Nvllle Bibliothèques de Thèses », vol. 98, 2010
- PAPANDRÉOU-DETERVILLE (M.-F.) :** *Le droit anglais des biens*, av.-prop. C. Witz, préf. G. Samuel, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 418, 2004
- PARANCE (B.) :** *La possession des biens incorporels*, av.-propos F. Terré, préf. L. Aynès, LGDJ, coll. « Bibl. de l'Institut André Tunc », t. 15, 2008
- PAUL (F.) :** *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 377, 2002
- PAVAGEAU (S.) :** *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, préf. S. Braconnier, LGDJ, coll. de la Faculté de droit et des sciences sociales, Université de Poitiers, 2006
- PÉLISSIER (A.) :** *Possession et meubles incorporels*, préf. M. Cabrillac, Dalloz, coll. « Nvllle Bibliothèque de Thèses », vol. 8, 2001
- PICARD (É.) :** *La notion de police administrative*, préf. R. Drago, LGDJ, coll. « Bibl. dr. public », t. 146, 1984, vol. 2
- PITET (J.) :** *Le capital informationnel : biens informationnels et choses communes*, Mémoire de Master II Droit du numérique, Administration – Entreprises, Paris I, 2014

- PONTES VIEIRA (I.) :** *La valeur en droit fiscal et douanier*, préf. J.-C. Martinez, LGDJ, coll. « Bibl. fin. publ. et fisc. », t. 56, 2012
- PRIEUR (S.) :** *La disposition par l'individu de son corps*, préf. E. Loquin, Les Études Hospitalières, coll. « Thèses », 1999
- PRODAN (C.) :** *Essai d'une théorie générale des droits réels et des droits de créance*, th. Paris, 1909
- QUÉRU (R.) :** *Synthèse du droit réel et du droit personnel*, th. Caen, 1905
- RAVAIL (P. J.) :** *De l'objet de la possession. Essai sur le droit français et le droit actuel*, Paris, Arthur Rousseau, 1899
- RAVANAS (J.) :** *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, préf. P. Kayser, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 153, 1978
- RENOUF (M.) :** *Contribution à l'analyse juridique de la notion de valeur. Essai sur les biens à valeur négative*, th. Caen, 2012
- RENET (T.) :** *La force de travail (étude juridique)*, préf. F. Zenati, Litec, coll. « Bibl. dr. entreprise », t. 28, 1992
- REYGROBELLET (A.) :** *La notion de valeur mobilière*, th. Paris II, 1995
- RIGAUD (L.) :** *Le droit réel. Histoire et théories. Son origine institutionnelle*, A. Nauze, 1912
- SABATHIÉ (E.) :** *La chose en droit civil*, th. Paris II, 2004
- SABATIER (M.) :** *L'exploitation des brevets et l'intérêt général d'ordre économique*, préf. A. Françon, Librairies techniques, coll. « CEIPI », 1976
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.) :** *Le droit de préemption*, préf. P. Raynaud, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 164, 1979
- SAUTAI (P.) :** *L'usufruit des valeurs mobilières*, Dalloz, 1925
- SCAPEL (J.) :** *La notion d'obligation réelle*, préf. P. Jourdain, PUAM, 2002
- SÉJEAN-CHAZAL (C.) :** *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Dalloz, coll. « Nvle Bibliothèque de Thèses », vol. 190, 2019
- SERNA (M.) :** *L'image des personnes physiques et des biens*, préf. B. Oppetit, Economica, coll. « Droit des Affaires et de l'Entreprise », 1997
- SIMLER (C.) :** *Droit d'auteur et droit commun des biens*, av.-propos Y. Reboul, préf. C. Caron, Litec, coll. « CEIPI », t. 55, 2010
- TERRÉ (F.) :** *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. R. Le Balle, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 2, 1956
- TOMASSIN (N.) :** *De la propriété. Contribution à une théorie générale*, th. Paris IX, 2009
- TORCK (S.) :** *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles*, th. Paris II, 2001
- TORRE-SCHAUB (M.) :** *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 363, 2002
- TOSI (I.) :** *Acte translatif et titularité des droits*, préf. M.-L. Mathieu-Izorche, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 471, 2006
- TOUZAIN (A.) :** *La consignation*, th. Paris II, 2018

- TROTABAS (L.) :** *De l'utilisation du domaine public par les particuliers. Essai de classification juridique*, th. Paris, 1924
- VANUXEM (S.) :** *Les choses saisies par la propriété*, préf. T. Revet, IRJS Éditions, coll. « Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc », t. 35, 2012
- VERDIER (J.-M.) :** *Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, th. Paris, 1955
- VERN (F.) :** *Les objets juridiques. Recherche en droit des biens*, préf. P. Jacques, Dalloz, coll. « Nvle Bibliothèque de Thèses », vol. 200, 2020
- WALRAVENS (A.) :** *Le droit de préemption*, th. Paris II, 2015
- WINTGEN (R.) :** *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrats à l'égard des tiers en droit français et allemand*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 426, 2004
- WITZ (C.) :** *La fiducie en droit privé français*, préf. D. Schmidt, Economica, 1981
- XIFARAS (M.) :** *La propriété. Étude de philosophie du droit*, PUF, coll. « Fondements de la politique », Série Essais, 2004
- YOLKA (P.) :** *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, coll. « Bibl. dr. public », t. 191, 1997
- ZENATI (F.) :** *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon III, 1981

B. Monographies

- AIGRAIN (P.) :** *Cause commune – L'information entre bien commun et propriété*, Fayard, 2005, pp. 79-81
- BAUD (J.-P.) :** *L'affaire de la main volée, une histoire juridique du corps*, Seuil, 1993
- BELLANGER (P.) :** *La souveraineté numérique*, Éd. Stock, 2014
- BENABOU (V.-L.) et ROCHFELD (J.) :** *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère numérique*, Odile Jacob, coll. « Corpus », 2015
- BETCH (M.) :** *Le juge judiciaire et l'impôt*, préf. C. Favre, LexisNexis, coll. « Litec Fiscal », 2010
- BLANCHET (J.), LORVELLEC (L.) et RAPHAEL (P.) :** *Le droit à produire en agriculture*, éd. France Agricole, Paris, 1996
- BOURJOL (M.) :** *Les biens communaux. Voyage au centre de la propriété collective*, LGDJ, coll. « Décentralisation et développement local », 1989
- CARBONNIER (J.) :** *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd. 2001
- DABIN (J.) :** *Le droit subjectif*, préf. C. Atias, rééd Dalloz, 2008
- DEMOGUE (R.) :** *Les notions fondamentales du droit privé*, rééd. La Mémoire du Droit, 2001
- DUGUIT (L.) :** *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Félix Alcan, 1912

- GÉNY (F.) :** *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, préf. R. Saleilles, 2^{ème} éd., LGDJ, 1919
- GINOSSAR (S.) :** *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960
- DE LANVERSIN (J.) :** *La propriété. Une nouvelle règle du jeu ?*, PUF, coll. « Droit d'aujourd'hui », 1975
- MOTULSKY (H.) :** *Écrits. Études et notes de procédure civile*, préf. G. Bolard, rééd. Dalloz, 2^{ème} éd., 2010
- PÉRINET-MARQUET (H.) :** *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Litec, coll. « Carré droit », 2009
- PICARD (E.) :** *Le droit pur*, Paris, Ernest Flammarion, 1908
- RABAGNY (A.) :** *L'image juridique du monde*, PUF, coll. « Droit, éthique, société », 2003
- RECHT (P.) :** *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété. Histoire et théorie*, Paris, LGDJ, 1969
- RIPERT (G.) :** *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1951 ; *Les forces créatrices du droit*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1955
- ROCHFELD (J.) :** *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2013
- ROGUIN (E.) :** *La règle de droit. Étude de science juridique pure*, Lausanne, Rouge, 1889
- ROTHBARD (M.) :** *L'éthique de la liberté*, Les belles lettres, 1991
- ROUBIER (P.) :** *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963
- SALEILLES (R.) :** *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, 2^{ème} éd., Cotillon, Paris, 1901 ; *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, 2^{ème} éd., Paris, Arthur Rousseau, 1922
- SAVATIER (R.) :** *Les métamorphoses économiques et sociales aujourd'hui*, 1^{ère} série : *Panorama des mutations*, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1964
- SUPIOT (A.) :** *La Gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015
- THIERS (A.) :** *De la propriété*, Paris, Paulin, Lheureux et C^{ie}, 1848
- UTOPIA (MOUVEMENT) :** *Propriété et communs*, préf. B. Coriat, éd. Utopia, coll. Controverses, 2017
- VILLEY (M.) :** *Le droit romain*, rééd. PUF, 2012

Dossier pratique « Évaluation », Éd. Francis Lefebvre, 8^{ème} éd., 2015

C. Ouvrages collectifs

- ANDREU (L.) – DIR. :** *Liberté contractuelle et droits réels*, Institut Universitaire Varenne, coll. « Colloques & Essais », 2015
- ANDREU (L.) :** « Analyse et régime des droits de jouissance spéciale », p. 133

- BOFFA (R.) :** « L'ordre public des biens du XXI^e siècle : rapport de synthèse », p. 277
- GÉNICON (T.) :** « L'ordre public des biens et les servitudes : réflexion sur les incidences du droit de jouissance spéciale », p. 109
- LEGAL (P.) :** « Les vertus de la propriété partagée. Des fondements de l'Ancien droit aux attentes contemporaines », p. 16
- TADROS (A.) :** « La liberté d'aménager les droits réels principaux », p. 87
- ANDRIEUX (J.-P.),
COMBETTE (C.),
CONDETTE-MARCANT
(A.-S.) et ROUGER-
THIRION (D.) – DIR. :** *La chair. Perspectives croisées*, Mare & Martin, coll. « Libre droit », 2018
- CRETTEZ (B.) :** « Une analyse économique d'un marché répugnant de la chair », p. 299
- DE BANDT (J.) et
GOURDET (G.) – DIR. :** *Immatériel, nouveaux concepts*, Economica, 2001
- SIIRIAINEN (F.) :** « L'appropriation de l'information, grandeur ou décadence de la propriété ? », p. 127
- CHÉROT et al. – DIR. :** *Droit et Environnement. Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, PUAM, 1995
- SÉRIAUX (A.) :** « La notion de choses communes. Nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir », p. 23
- GRIMALDI (M.),
KANAYAMA (N.),
KATAYAMA (N.) et
MEKKI (M.) – DIR. :** *Le patrimoine au XXI^e siècle : regards croisés franco-japonais*, Société de législation comparée, 2012
- D'AVOUT (L.) :** « Notions fondamentales et domaine du droit privé des biens. Comparaisons franco-allemandes », p. 49
- LAURENT-BONNE (N.),
POSE (N.) et SIMON (V.)
– DIR. :** *Les piliers du droit civil. Famille, propriété, contrat*, Mare & Martin, coll. « Histoire du droit & des institutions », 2015
- FAIVRE-
FAUCOMPRÉ (R.) :** « Aux origines du concept moderne de propriété : *dominium* et *proprietas* dans le droit romano-canonique (XII^e-XV^e siècle) », p. 103
- GIJSBERS (C.) :** « L'évolution contemporaine du droit de propriété en France », p. 139

- PRÉVOST (X.) :** « La renaissance du caractère exclusif de la propriété dans la doctrine humaniste », p. 119
- LEVENEUR (L.) – DIR. :** *Les « nouveaux » biens. Nouvelles qualifications ou nouveaux régimes ?*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2020
- CHILSTEIN (D.) :** « La notion de bien confrontée aux choses dépourvues de valeur : l'exemple des biens à valeur vénale négative », p. 39
- HUGLO (C.) :** « Les ressources naturelles valorisées : l'exemple des quotas d'émission de gaz à effet de serre », p. 101
- MALABAT (V.), DE LAMY (B.) et GIACOPELLI (M.) – DIR. :** *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, opinio doctorum, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009
- DETRAZ (S.), OLLARD (R.) et SAINT-PAU (J.-C.) :** « Contre l'incrimination du vol d'information », p. 97
- MARTIAL-BRAZ (N.) et ZOLYNSKI (C.) – DIR. :** *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, LGDJ-Lextenso, coll. « Droit et économie », 2013
- BINET (J.-R.) :** « La gratuité des éléments et produits du corps humain : entre esquive et faux semblant », p. 263
- NETTER (E.) et CHAIGNEAU (A.) – DIR. :** *Les biens numériques*, Ceprisca, coll. « Colloques », 2015
- ROCHFELD (J.) :** « Contre l'hypothèse de la qualification des données personnelles comme des biens », p. 221
- OPHÈLE (C.) et REMY (P.) – DIR. :** *Traditions savantes et codifications*, LGDJ, coll. de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, 2007
- LIBCHABER (R.) :** « Droit des biens et droit savant : le double abandon du Code », p. 143
- TOMASIN (D.) – DIR. :** *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2007
- BOUYSSOU (F.) :** « Les autorisations administratives, sources de propriété privée ? », p. 157
- CHAMARD-HEIM (C.) :** « Les frontières de la propriété. Le domaine public », p. 83
- LAVIALLE (C.) :** « Regard sur l'appropriation publique », p. 225

TRÉFIGNY (P.) – DIR. : *L'articulation des droits de propriété intellectuelle et du droit de la concurrence*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2020

BINCTIN (N.) : « La propriété intellectuelle, un droit de propriété plus qu'une exception », p. 105

D. Dictionnaires, Lexiques, Vocabulaires

ACADÉMIE FRANÇAISE *Dictionnaire*, 9^{ème} éd.

ALLAND (D.) et RIALS (S.) – DIR. : *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2003

FRIER (P.-L.) : v^o « Patrimoine »

GUTMANN (D.) : v^o « Droit subjectif »

CABRILLAC (R.) – DIR. : *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2019*, LexisNexis, 10^{ème} éd., 2019

CANTO-SPERBER (M.) – DIR. : *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, t. 1, PUF, coll. « Quadrige », 2004

GOFFI (J.-Y.) : v^o « Animaux »

MONTEFIORE (A.) : v^o « Identité morale »

CORNU (G.) – DIR. : *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 13^{ème} éd., 2020

CORNU (M.), ORSI (F.) et ROCHFELD (J.) – DIR. : *Dictionnaire des biens communs*, PUF, coll. « Quadrige », 2017

DULONG DE ROSNAY (M.) : v^o « Données ouvertes (*Open Data*) »

MALLET-POUJOL (N.) : v^o « Information (approche juridique) »

MANGLOTE (P.-A.) : v^o « Logiciel libre (approche économique) »

PERROUD (T.) : v^o « Accès (enjeux pratiques) »

- GAFFIOT (F.) :** *Dictionnaire Latin Français*, Hachette, 1934
- GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.) – DIR. :** *Lexique des termes juridiques 2020-2021*, Dalloz, 28^{ème} éd., 2020
- LALANDE (A.) :** *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* 2^{ème} éd., PUF, coll. « Quadrige », 2006
- ROLAND (H.) et BOYER (L.) – DIR. :** *Adages du droit français*, Litec, 3^{ème} éd., 1992
- SILEM (A.), GENTIER (A.) et ALBERTINI (J.-M.) – DIR. :** *Lexique d'économie*, Dalloz, 14^{ème} éd., 2016
- TAILLET (R.), VILLAIN (L.) et FEBVRE (P.) :** *Dictionnaire de physique*, 3^{ème} éd., de boeck, 2015
- TALBOT (E.) :** *Dictionnaire français-grec*, 13^{ème} éd., Paris, Delalain frères, 1894
- Dictionnaire français-grec*, A. Hatier, 1956
- Trésor de la Langue Française Informatisé (TLFI)*

IV. ARTICLES

- ACQUARONE (D.) :** « L'ambiguïté du droit à l'image », *D.* 1985, p. 129
- AGBAYISSAH (S.) :** « Les quotas d'émission de gaz à effet de serre : un camaïeu juridique », *RDBF* n° 3, mai 2012, prat. 3
- AGOSTINI (E.) et ROUSSEL (F.) :** « Les droits de replantation (à propos de l'arrêt Mazoyer) », *D.* 2001, p. 1813
- ALBIGES (C.) :** « L'obligation d'exploiter un bien », *RTD Civ.* 2014, p. 795
- AMADEI (J.-P.) :** « Sur la nature du droit de propriété du domaine privé », *RDP* 1998, p. 505
- ANCEL (P.) :** Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.* 1999, p. 771
- DE LOS ANGELES (S.) :** « La réforme des autorisations de plantation en dix questions », *Deffrénois* n° 4, 28 février 2016, p. 186
- ANTIPPAS (J.) :** « Propos dissidents sur les droits dits "patrimoniaux" de la personnalité », *RTD Com.* 2012, p. 35
- ANTOINE (S.) :** « L'animal et le droit des biens », *D.* 2003, p. 2651

- ARNAUD (S.), GINON (S.)** et **PETIT (F.)** : « Le transfert de propriété des valeurs mobilières », *JCP N* n° 24, 15 juin 2012, 1258
- ATIAS (C.)** : « Des vocations à la propriété », in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 597
- AUBERT (J.-L.)** : « Le droit de disposer de l'immeuble », in *Études offertes à Jacques Flour*, Répertoire Defrénois, 1979, p. 1
- D'AVOUT (L.)** : « De l'utilité résiduelle du droit commun en matière de transfert d'actions et autres titres financiers », *D.* 2010, p. 123
- AZENCOT (M.)** : « La transmission des promesses unilatérales de vente », *JCP N* n° 10, 6 mars 1992, 100336
- AZZI (T.)** : « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD Civ.* 2007, p. 227
- BACHELIER (G.)** : « L'évaluation fiscale des biens et des services », *Dr. fiscal*, n° 39, 25 septembre 2002, 31
- BAHANS (J.-M.)** et **MENJUCQ (M.)** : Des droits de plantation aux autorisations de plantation de vigne : continuité et discontinuité des politiques viticoles », *Dr. rur.* n° 445, août 2016, étude 27
- BARALE (J.)** : « Le régime juridique de l'eau, richesse nationale (Loi du 16 décembre 1964) », *RDP* 1965, p. 615
- BARBIÈRI (J.-F.)** : « Les souvenirs de famille : mythe ou réalité juridique ? », *JCP* 1984, I, 3156 ; « Revirement : le "droit de jouissance spéciale" peut à nouveau être perpétuel ! », *LPA* n° 167-168, 22 août 2018, p. 10
- BARBIÈRI (J.-J.)** : « Vente et droits à paiement unique (visite d'un Huron au royaume des imprimés) », *Dr. rur.* n° 348, décembre 2006, étude 34
- BARGUE (N.)** : « Le défaut d'organisation ou de fonctionnement de la personne morale », *D.* 2019, p. 1667
- BARTHE (F.)** : « De la terre à l'exploitation de la vigne », *Dr. rur.* n° 405, août 2012, dossier 24
- BATAILLER (F.)** : « Les "beati possidentes" du droit administratif (Les actes unilatéraux créateurs de privilèges) », *RDP* 1965, p. 1051
- BATIFFOL (H.)** : « Problèmes contemporains de la notion de biens », in *APD*, t. 24 : *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 9
- BEAUSSONIE (G.)** : « La pérennité de la protection pénale des biens incorporels », *D.* 2012, p. 137 ; « L'entrée dans l'ère du vol par téléchargement : à propos de l'épilogue (provisoire ?) de l'affaire Bluetouff », *JCP G* n° 30-35, 27 juillet 2015, 887
- BECET (J.-M.)** : « Patrimoine et littoral. La loi littoral envisagée à l'aune de la notion de patrimoine », in *Mélanges en l'honneur d'Alain Le Bayon*, L'Harmattan, 2005, p. 220
- BÉCOURT (D.)** : « La révolution française et le droit d'auteur, pour un nouvel universalisme », *RIDA* 1990, p. 230
- BEIGNER (B.)** et **BERNABÉ (B.)** : « Office, charge et fonds : notions distinctes », *JCP N* n° 45, 9 novembre 2012, 1362

- BÉNAC-SCHMIDT (F.) :** « La promesse unilatérale de vente : à propos de deux questions d’actualité », *D.* 1990, p. 7 ;
« Dans une promesse de vente, l’obligation du promettant est une obligation de faire », *D.* 1994, p. 507
- BENSAMOUN (A.) :** « La personne morale en droit d’auteur : auteur contre-nature ou titulaire naturel ? », *D.* 2013, p. 376
- BÉRAUD (R.) :** « L’indisponibilité juridique », *D.* 1952, p. 188
- BERLIOZ (P.) :** « Quelle protection pour les informations économiques secrètes de l’entreprise ? », *RTD Com.* 2012, p. 263 ;
« Informations secrètes de l’entreprise : une protection annoncée », *RDC* n° 1, 31 mars 2015, p. 124 ;
« Article 1338 : la cession de dette », *RDC* n° 3, 1^{er} septembre 2015, p. 803 ;
« La cession des droits sociaux. Le transfert de propriété », *Rev. soc.* 2015, p. 14
- BERNARD (A.) :** « L’autorisation administrative et le contrat de droit privé », *RTD Com.* 1987, p. 1
- BERTREL (J.-P.) :** « L’accession artificielle immobilière. Contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie », *RTD Civ.* 1994, p. 737
- BEYNEIX (I.) :** « Le traitement des données personnelles par les entreprises : big data et vie privée, état des lieux », *JCP G* n° 46-47, 9 novembre 2015, doct. 1260
- BINCTIN (N.) :** « Les biens intellectuels : contribution à l’étude des choses », *CCE* n° 6, juin 2006, étude 14
- BLANLUET (G.) :** « Brèves réflexions sur la propriété économique », *Dr. et patr.* n° 91, mars 2001, p. 80
- BODIGUEL (L.) :** « Réflexions sur la réforme de la politique agricole commune et les droits à paiement unique », *Gaz. Pal.* n° 223, 11 août 2005, p. 2
- BONNEAU (T.) :** « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil », *RTD Civ.* 1991, p. 13 ;
« Commentaire de l’ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers », *JCP E* n° 5, 29 janvier 2009, 1105 ;
« Valeurs mobilières et titres financiers en droit français », *RDBF* n° 2, mars 2009, dossier 10 ;
« Quotas de CO2, biens et titres financiers », *BJB* n° 3, 1^{er} mars 2011, p. 207
- BOREL (J.-P.) :** « La gestion des concessions funéraires », *AJ Collectivités Territoriales* 2019, p. 81
- BOUCHET-LE MAPPIAN (E.) :** « Propriété intellectuelle et droit de propriété en droit anglais, allemand et français », *RIDA* 2011, p. 68
- BOUL (M.) :** « Les “public goods” : traduction juridique d’une notion économique », *RFDA* 2013, p. 557
- BOULOC (B.) :** « Qu’est-ce qu’un actionnaire ? Qualité d’actionnaire et droit pénal », *Rev. soc.* 1999, p. 743
- BOUTONNET (M.) :** « Le contrat et le droit de l’environnement », *RTD Civ.* 2008, p. 1
- BOUZAT (P.) :** « Vol de disquettes et du contenu informationnel de certaines d’entre elles », *RSC* 1990, p. 346

- BOYER (L.) :** « Les promesses synallagmatiques de vente. Contribution à la théorie des avants-contrats », *RTD Civ.* 1949, p. 1
- BRENET (F.) :** « La patrimonialisation des autorisations administratives – Réalités et implications », *Dr. administratif* n° 8-9, août 2007, étude 14
- BRIERLEY (J. E. C.) :** « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », *RIDC* vol. 47, n° 1, 1995, p. 33
- BROCA (S.) et EYNAUD (P.) :** « Biens communs et outils numériques : le cas des logiciels libres », *Juris associations* 2014, n° 501, p. 33
- BROVELLI (G.) :** « “Commun”, entre utopies et réalités », in *Mélanges en l’honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 177
- BRUGUIÈRE (J.-M.) :** « L’immatériel à la trappe », *D.* 2006, p. 2804 ;
« La patrimonialisation de l’image : état des lieux », *Legicom* 2009/2, n° 43 ;
« “Droits patrimoniaux” de la personnalité. Plaidoyer en faveur de leur ;intégration dans une catégorie des droits de la notoriété », *RTD Civ.* 2016, p. 1 ;
« “Le bruit et l’odeur” ... de nos campagnes. Trouble du voisinage et/ou patrimoine commun ? », *D.* 2020, p. 1183
- BUAT-MÉNARD (E.) :** « La place de l’animal dans la succession », *AJ Famille* 2012, p. 80
- BUSSON (B.) :** « L’aliénation des chemins ruraux : évolutions récentes », *AJDA* 2002, p. 612
- CABRILLAC (M.) :** « Les conflits entre les cessionnaires d’une même créance transmise par bordereau », *D.* 1990, p. 127
- CAIRE (A.-B.) :** « Le corps gratuit : réflexions sur le principe de gratuité en matière d’utilisation de produits et d’éléments du corps humain », *RDSS* 2015, p. 865
- CAMPROUX-DUFFRÈNE (M.-P.) :** « La création d’un marché d’unité de biodiversité est-elle possible ? », *Revue juridique de l’environnement* n° 1, 2009, p. 69
- CANDIAN (A.) :** « La notion de biens », *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11. 3, 2007
- CARBONNIER (J.) :** « Approches générales », in *APD*, t. 42 : *L’argent et le droit*, Sirey, 1998, p. 7
- CARON (C.) :** « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G* n° 39, 22 septembre 2004, doct. 162
- CARRE (S.) :** « Libre circulation des données, propriété et droit à l’information : à propos du règlement (UE) 2018/1807 du 14 novembre 2018 », *Dalloz IP/IT* 2020, p. 228
- CARREAU (C.) :** « Mérite et droit d’auteur », *RIDA* 1981, p. 2
- CARTIER-FRÉNOIS (M.) :** « Le statut juridique de l’animal à travers la jurisprudence récente », *Dr. rur.* n° 432, avril 2005, étude 7
- CASTAGNÉ (S.) :** « Maîtriser l’utilisation du quasi-usufruit », *JCP N* n° 29, 18 juillet 1997, 4099, p. 987
- CATALA (P.) :** « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD Civ.* 1966, p. 185 ;
« Ébauche d’une théorie juridique de l’information », *D.* 1984, p. 97 ;
« La “propriété” de l’information », in *Mélanges Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 97 ;

- « L'évolution contemporaine du droit des biens : exposé de synthèse », in *L'évolution contemporaine du droit des biens, Troisièmes Journées René Savatier*, PUF, 1991, p. 181 ;
- « L'immatériel et la propriété », in *APD*, t. 43 : *Le droit et l'immatériel*, Sirey, 1999, p. 61 ;
- « La matière et l'énergie », in *Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, 1999, p. 557
- CATALA-FRANJOU (N.) :** « De la nature juridique du droit de rétention », *RTD Civ.* 1967, p. 9
- CAUDAL (S.) :** « L'eau de mer. Réflexions sur son statut juridique et sa protection », in *Mélanges offerts à E. Langavand*, L'Harmattan, 1999, p. 64
- CAUSSE (H.) :** « Valeurs mobilières : un concept positif », *LPA* n° 126, 21 octobre 1994
- CHABOT (G.) :** « Retour sur la distinction du titre et de la finance », in *Mélanges en l'honneur du Professeur R. Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 35
- CHAMOULAUD-TRAPIERS (A.) :** « La possession du nom patronymique », *D.* 1998, p. 39
- CHAPUT (J.-C.) et ROCHEGUDE (S.) :** « De la notion de droit de superficie à celle de volume immobilier », *Deffrénois* n° 8, 30 avril 2007, p. 573
- CHARPENTIER (J.) :** « L'humanité : un patrimoine, mais pas de personnalité juridique », in *Études en hommage à Alexandre Kiss*, Éditions Frison-Roche, 1998, p. 17
- CHARTIER (Y.) :** « Les nouveaux fonds communs de placement », *JCP* 1980, I, 3001
- CHARTRY (S.) :** « Les droits-modèles de la propriété intellectuelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 139
- CHAUVEAU (M.) :** « Classification nouvelle des droits réels et personnels », *Rev. crit. lég. et jurisp.* 1931, p. 539
- CHAZAL (J.-P.) :** « L'usufruit d'un fonds de commerce », *Deffrénois* n° 3, 15 février 2001, p. 167 ;
- « L'usufruit et l'associé », *Deffrénois* n° 12, 30 juin 2002, p. 743 ;
- « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *RTD Civ.* 2014, p. 763 ;
- « Le propriétaire souverain : archéologie d'une idole doctrinale », *RTD Civ.* 2020, p. 1
- CHÉNÉDÉ (F.) :** « La personnification de l'animal : un débat inutile ? », *AJ Famille* 2012, p. 72
- CHESTRIT-ATLAN (K.) :** « La réification du corps dans la maternité », *CDS* n° 2, 2004, p. 155
- CHILSTEIN (D.) :** « Les biens à valeur vénale négative », *RTD Civ.* 2006, p. 663
- CIAMPI (A.) :** « Droit d'auteur, droit naturel », *RIDA* 1957, p. 2
- CLAM (J.) :** « Monnaie et circulation. Contribution à une analyse structurelle du médium monétaire », in *APD*, t. 42 : *L'argent et le droit*, Sirey, 1998, p. 153
- CLÉMENT (E.) :** « Les hésitations du droit français sur la prostitution des majeurs », *RSC* 2015, p. 813
- CLERGERIE (J.-L.) :** « Les sépultures sur terrain privé », *AJ Collectivités Territoriales* 2011, p. 441
- COHET-CORDEY (F.) :** « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD Civ.* 1998, p. 819

- COLAS (E.) :** « Tous les types de droits réels de jouissance spéciale peuvent-ils être perpétuels ? », *LPA* n° 201, 8 octobre 2018, p. 7
- COLLART-DUTILLEUL (F.) :** « La nature juridique des droits à paiement unique », *Dr. rur.* n° 6, Juin 2005, colloque 11
- COLLET (M.) :** « Les aspects comptables et fiscaux de la patrimonialité des actes administratifs », *RFDA* 2009, p. 8
- COMBE (C.) :** « Les droits réels sur le domaine public. Ambiguïtés et limites », *Dr. admin.* n° 12, 2001, chron. 22
- CORMIER (M.) :** « Fondements de la patrimonialité des actes administratifs », *RFDA* 2009, p. 1
- CORNU (M.) :** « Le corps humain au musée, de la personne à la chose ? », *D.* 2009, p. 1907 ; « Entre nature et culture, les fonctions renouvelées de la notion de patrimoine », in *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 219 ; « L'image des biens publics, le pas de deux du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 490
- COURTEIX (S.) :** « De l'accès équitable à l'orbite des satellites géostationnaires », *AFDI* 1985, p. 791
- COUTURIER (I.) :** « Remarques sur quelques choses hors du commerce », *LPA* 6 et 13 septembre 1993, p. 7
- CREVEL (S.) et ROUSSEL (F.) :** « Entre droit des biens et droit des obligations, l'amphibologie des droits de replantation », *Dr. rur.* 1998, p. 591
- CROCQ (P.) :** « Propriété fiduciaire, propriété unitaire », in *La fiducie dans tous ses états*, Journée nationale de l'Association Henri Capitant, t. XV, Dalloz, 2011, p. 9 ; « Opposabilité, publicité et connaissance des droits », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 289
- CUMYN (M.) :** « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématisme du droit », *Les Cahiers de droit*, vol. 52, n° 3-4, septembre-décembre 2011, p. 351
- DABIN (J.) :** « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », *Rev. crit. lég. et jurispr.* 1939, p. 413 ; « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD Civ.* 1962, p. 20
- DAIGRE (J.-J.) :** « Patrimonialité des clientèles civiles : du cabinet au fonds libéral », *Dr. et patr.* 1995, p. 36
- DAIGRE (J.-J.) et PAILLER (P.) :** « Commentaire de l'ordonnance du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers », *Rev. soc.* 2009, p. 37
- DAIGUEPERSE (C.) :** « L'animal, sujet de droit, réalité de demain », *Gaz. Pal.* 1981, p. 160
- DANOS (F.) :** « Le rôle de l'inscription en compte dans l'acquisition des titres financiers », *Dr. et patr.* n° 192, 1^{er} mai 2010 ; « Publicité foncière et transfert de propriété », *Dr. et patr.* n° 219, 1^{er} novembre 2012, p. 23 ; « Perpétuité, droits réels sur la chose d'autrui et droit de superficie », *Deffrénois* n° 21, 15 novembre 2012, p. 1067 ; « La qualification des droits des différentes parties à une opération de fiducie », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2012, p. 137 ;

- « Le droit réel de jouissance spéciale attaché à un lot de copropriété peut être perpétuel », *RDC* n° 3, 19 septembre 2018, p. 436
- DARAGON (E.) :** « Étude sur le statut juridique de l'information », *D.* 1998, p. 63
- DARGENTAS (E.) :** « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », *RPDP* 1977, p. 413
- DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER (O.)** « Domaine public et droits réels. Commentaire de la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le Code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public », *JCP G* n° 1, 4 janvier 1995, doct. 3812
- DELAGE (P.-J.) :** « L'animal, la chose juridique et la chose pure », *D.* 2014, p. 1097 ;
« Vers l'appropriation privée des ressources naturelles célestes : quelques remarques critiques », *D.* 2016, p. 551
- DELLECI (J.-M.) :** « Le nouveau droit de propriété des titres négociés », *JCP E* n° 25, 23 juin 1994, 368
- DEL REY (M.-J.) :** « La notion controversée de patrimoine commun », *D.* 2006, p. 388
- DEL REY-BOUCHENOUF (M.-J.) :** « Les biens naturels. Un nouveau droit objectif : le droit des biens spéciaux », *D.* 2004, p. 1615
- DELRIEU (S.) :** « L'animal domestique : un statut juridique en construction », *RLDC* n° 138, juin 2016, p. 47
- DELVOLVÉ (P.) :** « La patrimonialité des actes administratifs : rapport de synthèse », *RFDA* 2009, p. 44 ;
« L'utilisation privative des biens publics », *RFDA* 2009, p. 229 ;
« Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence », *RFDA* 2010, p. 1125 ;
« Le bail réel immobilier administratif », *RDI* 2013, p. 405
- DEMOGUE (R.) :** « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD Civ.* 1905, p. 723 ;
« De la nature et des effets du droit éventuel », *RTD Civ.* 1906, p. 231 ;
« La notion de sujet de droit », *RTD Civ.* 1909, p. 611 ;
« Les souvenirs de famille et leur condition juridique », *RTD Civ.* 1928, p. 27
- DERRUPPÉ (J.) :** « Fonds de commerce et clientèle », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 231
- DESMOULIN-CANSELIER (S.) :** « De la sensibilité à l'unicité : une nouvelle étape dans l'élaboration d'un statut *sui generis* pour l'animal ? », *D.* 2016, p. 360
- DETRAZ (S.) :** « Vol de données informatiques », *Gaz. Pal.*, n° 169, 18 juin 2015, p. 8
- DEVÈZE (J.) :** « Le vol de "biens informatiques" », *JCP* 1985, I, 3210 ;
« À propos de l'évolution des "délits contre les biens" », in *Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 359
- DHENNE (M.) :** « La loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires », *D.* 2018, p. 1817
- DIDIER (P.) :** « Les biens négociables », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 327 ;
« À quoi sert le concept de clientèle ? », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 339

- DOCK (M.-C.) :** « Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire », *RIDA* 1974, p. 126
- DOCKÈS (E.) :** « Essai sur la notion d'usufruit », *RTD Civ.* 1995, p. 479
- DRAGO (R.) :** « Nature juridique de l'espace hertzien », in *Études réunies en l'honneur de M. De Juglart*, Montchrestien, 1986, p. 363
- DREVEAU (C.) :** « La propriété foncière à l'épreuve de la protection du patrimoine culturel, historique et archéologique », in *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 341
- DREYER (E.) :** « La dignité opposée à la personne », *D.* 2008, p. 2730
- DROSS (W.) :** « La revendication dans les procédures collectives : une imposture ? », *Dr. et patr.*, n° 200, 1^{er} février 2011, p. 30 ;
« Une approche structurale de la propriété », *RTD Civ.* 2012, p. 419 ;
« Le transfert de propriété en droit français », *RDC* n° 4, 1^{er} octobre 2013, p. 1694 ;
« Les quotas laitiers sont-ils des biens ? », *RTD Civ.* 2013, p. 157 ;
« La perpétuité du droit réel de jouissance spéciale : une réponse en trompe-l'œil », *RTD Civ.* 2018, p. 712
- DROSS (W.) et MALLET-BRICOUT (B.) :** « L'avant-projet de réforme du droit des biens : premier regard critique », *D.* 2009, p. 508
- DROUILLER (C.) :** « Perpétuité et droits réels de jouissance spéciale au regard de l'ordre public », *AJ Contrat* 2019, p. 170
- DROUOT (G.) :** « L'agrément de l'héritier : de l'utilité de distinguer le titre de la finance », *RTD Civ.* 2017, p. 305
- DUBARRY (J.) :** « Les pénalistes parlent-ils la même langue que les civilistes ? Regards croisés sur la chose et le bien », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 167 ;
« Comment cantonner le domaine des droits réels de jouissance spéciale pour préserver celui des autres droits réels ? », *D.* 2019, p. 1689
- DUBERTRE (M.) et MANGENET (D.) :** « Réforme du droit des titres : commentaire de l'ordonnance du 8 janvier 2009 », *D.* 2009, p. 448
- DUMAS-LAVENAC (S.) :** « La patrimonialisation du corps humain : introduction juridique », *CDS* n° 18, 2014, p. 47
- DUSSOLIER (S.) :** « L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 263
- DUTRIEUX (D.) :** « La transmission des sépultures », *JCP N* n° 46, 17 novembre 2000, p. 1655 ;
« La délivrance des concessions funéraires et des sépultures dans le cimetière communal », *JCP A* n° 42, 13 octobre 2003, 1933, p. 1356 ;
« La reprise des concessions funéraires », *JCP A* n° 16-18, 18 avril 2006, 1100 ;
« Peut-on céder une concession funéraire de famille à un tiers ? », *JCP N* n° 50, 13 décembre 2013, 1291 ;
« Don du corps à la science et restitution à la famille de la dépouille ou des cendres : les raisons d'un interdit », *LPA* n° 32, 13 février 2015, p. 6
- DUVERS (C.) :** « La propriété collective », *LPA* n° 90, 6 mai 2002, p. 4
- EDELMAN (B.) :** « Esquisse d'une théorie du sujet : l'homme et son image », *D.* 1970, p. 119 ;
« Les bases de données ou le triomphe des droits voisins », *D.* 2000, p. 89 ;

- « De la propriété-personne à la valeur-désir », *D.* 2004, p. 155
- EECKHOUDT (M.) :** « Droits réels de jouissance spéciale : un inventaire à la Prévert », *LPA* n° 235, 23 novembre 2018, p. 9
- ÉGÉA (V.) :** « La circulation d'une créance non monétaire. L'exemple de la délivrance », *D.* 2012, p. 2111
- EMERICH (Y.) :** « Regard civiliste sur le droit des biens de la common law : pour une conception transsystémique de la propriété », *Revue générale de droit*, vol. 37, n° 2, 2008, p. 339 ;
« Les biens et l'immatérialité en droit civil et en common law », *Les Cahiers de droit*, vol. 59, n° 2, 2018, p. 389
- ESMEIN (P.) :** « Une clientèle de profession libérale est-elle un bien patrimonial ? », *Gaz. Pal.* 1952, I, doctr. p. 14
« Le culte des morts », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. II, Paris, Sirey, 1963, p. 541
- FABRE-MAGNAN (M.) :** « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD Civ.* 1996, p. 85 ;
« Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.* 1997, p. 583 ;
« De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente », *D.* 2015, p. 826
- FARJAT (G.) :** « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche », *RTD Civ.* 2002, p. 221
- FATÔME (E.) :** « À propos de la réglementation de l'occupation du domaine public après le Code général de la propriété des personnes publiques », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 329
- FATÔME (E.) et
TERNEYRE (P.) :** « Droits réels sur le domaine public de l'État : clarification ou multiplication des interrogations ? », *AJDA* 1995, p. 905 ;
« Quel est le propriétaire des ouvrages construits sur le domaine public ? », obs. sous CE, 21 avril 1997, « Ministre du Budget c/ Société Sagifa », *RDF* 1997, p. 935
- FAVRO (K.) :** « “Les données non personnelles” : un nouvel objet juridique », *Dalloz IP/IT* 2020, p. 234
- FERRÉ-ANDRÉ (S.) :** « De la patrimonialisation à la commercialisation des clientèles civiles et des professions libérales », *RTD Com.* 1995, p. 565
- FIORINA (D.) :** « L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières », *RTD Civ.* 1995, p. 48
- FOMETEU (J.) :** « La notion juridique de titularité : un essai de conceptualisation », *RLDI* n° 27, 1^{er} mai 2007
- FOURNIER (A.) et
JACQUOT (H.) :** « Le nouveau statut des occupants du domaine public », *AJDA* 1994, p. 759
- FRANCESCHELLI (R.) :** « Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz, 1961, p. 453
- FRANÇOIS (J.) :** « Les créances sont-elles des biens ? », in *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2008, p. 149 ;
« Retour sur la revendication des sommes d'argent », *D.* 2012, p. 1493 ;
« Les opérations sur la dette », *RDC hors-série*, 1^{er} avril 2016, p. 45 ;

- « Qu'est-ce qu'un droit réel de jouissance spéciale ? », *D.* 2019, p. 1660
- FRANÇON (A.) :** « L'usufruit des créances », *RTD Civ.* 1957, p. 1 ;
« Base de données. Protection par droit d'auteur. Protection par le droit *sui generis* », *RTD Com.* 1999, p. 866
- FRENETTE (F.) :** « Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues », *Les Cahiers de droit* vol. 20, n° 3, 1979, p. 439
- FRISON-ROCHE (M.-A.) :** « Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété », in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 76
- FOULQUIER (N.) :** « Droit réel, "bail à construction" et domaine public », *RDI* 2016, p. 549 ;
« L'image des biens publics et leur utilisation », *RFDA* 2018, p. 461
- GABOLDE (G.) :** « L'évolution du droit de la chasse depuis un demi-siècle », in *Études offertes à Georges Ripert*, t. II, LGDJ, 1950, p. 79
- GAILLARD (E.) :** « La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français », *D.* 1984, p. 161
- GAILLIARD (A.) :** « Sacraliser la nature plutôt que la personnifier (ou les mirages de la personnification) », *D.* 2018, p. 2422 ;
« De la difficulté d'exister sans personnalité juridique : les curiosités d'une cession de créances à un fonds commun de titrisation », *RTD Com.* 2018, p. 841
- GALLOUX (J.-C.) :** « Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français », *Les Cahiers de droit*, vol. 30, n° 4, 1989, p. 1011 ;
« Éthique et brevet ou le syndrome bioéthique », *D.* 1993, p. 83 ;
« *De corpore jus* », *LPA* n° 149, 14 décembre 1994 ;
« Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, p. 229 ;
« L'utilisation des matériels biologiques humains : vers un droit de destination », *D.* 1999, p. 13 ;
« Le corps humain dans le Code civil », in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Univ. Panthéon-Assas (Paris II), 2004, p. 385 ;
« Les dispositions de la loi du 6 août 2004 relatives aux inventions biotechnologiques », *RDSS* 2005, n° 2, p. 206 ;
« Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ? », in *Liber amicorum Georges Bonet*, LexisNexis-IRPI, 2010, p. 199 ;
« Secret des affaires et propriété intellectuelle », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 666
- GARRIGUES (B.) :** « La contre-prestation du franc symbolique », *RTD Civ.* 1991, p. 459
- GAUBIAC (Y.) :** « La théorie de l'unité de l'art », *RIDA* 1982, p. 2
- GAUDEL (P.-J.) :** « L'évaluation fiscale des titres de société », in *Études à la mémoire du professeur Maurice Cozian*, Litec, 2009, p. 473
- DE GAUDEMAR (H.) :** « L'inaliénabilité du domaine, une nouvelle lecture », *Dr. et patr.* n° 179, 1^{er} mars 2009, p. 74 ;
« Les quotas d'émission de gaz à effet de serre », *RFDA* 2009, p. 25 ;
« Jubé au Conseil constitutionnel : la constitutionnalité consacrée de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité du domaine public », *JCP G* n° 8, 25 février 2019, 212

- GAUDEMET (J.) :** « Naissance d'une notion juridique. Les débuts de l'«obligation» dans le droit de la Rome antique », *in APD*, t. 44 : *L'obligation*, Dalloz, 2000, p. 19
- GAUDEMET (Y.) :** « Les droits réels sur le domaine public », *AJDA* 2006, p. 1094 ;
« Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit public », *RDI* 2009, p. 8
- GAUDRAT (P.) :** « Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit », *in Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 195 ;
« La loi de transposition de la directive 96/9 du 11 mars 1996 sur les bases de données », *RTD Com.* 1998, p. 598 ;
« L'importance de la référence propriétaire dans la loi du 11 mars 1957 », *RIDA* 2009, p. 2 ;
« La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? », *RTD Com.* 2011, p. 562
- GAUTIER (P.-Y.) :** « L'art et le droit naturel », *in APD*, t. 40 : *Droit et esthétique*, Sirey, 1996, p. 206
- GAVALDA (C.) :** « Le secret des affaires », *in Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 291
- GEIGER (C.) :** « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.* 2010, p. 510 ;
« La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *RIDE*, 2006/4, p. 395
- GIACUZZO (J.-F.) :** « Le pleurant n° 17 du tombeau de Philippe le Hardi : histoire d'un meuble national », *RFDA* 2018, p. 1057
- GINOSSAR (S.) :** « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD Civ.* 1962, p. 573
- GOBERT (M.) :** « Réflexions sur les sources du droit et les «principes» d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos des maternités de substitution) », *RTD civ.*, 1992, p. 489
- GODECHOT-PATRIS (S.) :** « L'enfant venu d'ailleurs face à l'interdit. Perspective de droit international privé », *in Mélanges Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 293
- GODON (L.) :** « Un associé insolite : le nu-propriétaire de droits sociaux », *Rev. Soc.* 2010, p. 143
- GOUBEAUX (G.) :** « La carence du débiteur, condition de l'action oblique. Questions de fond et questions de preuve », *in Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 147
- GOTAL (J.-L.) :** « Présomption de titularité des droits d'exploitation au profit des personnes morales : la Cour de cassation maintient sa jurisprudence », *RIDA* 1998, p. 64
- GOUTAY (P.) :** « La notion de valeur mobilière », *D.* 1999, p. 226 ;
« La notion d'instrument financier », *Dr. et patr.* n° 82, 1^{er} mai 2000
- GOYARD-FABRE (S.) :** « La chose juridique dans l'idéalisme moderne », *in APD*, t. 24 : *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 151
- GRANET-LAMBRECHTS (F.) :** « Les dons d'organes, de tissus, de cellules et de produits du corps humain : de la loi Caillavet aux lois de bioéthiques », *RDSS* 1995, p. 1

- GRIMALDI (M.) :** « L'emploi des deniers grevés d'usufruit », *Defrénois* n° 4, 28 février 1999, p. 193 ;
« Le patrimoine au XXI^e siècle », in *Liber Amicorum Georges Daublon*, Defrénois, 2001, p. 127
- GRIMALDI (M.) et DAMMANN (R.) :** « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009, p. 670
- GRIMONPREZ (B.) :** « La fonction environnementale de la propriété », *RTD Civ.* 2015, p. 539 ;
« La valorisation de l'exploitation agricole : totem et tabou », in *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 413
- GROULIER (C.) :** « Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ? », *AJDA* 2005, p. 1034
- GRUA (F.) :** « Le dépôt de monnaie en banque », *D.* 1998, p. 259 ;
« Qu'est-ce qu'un compte en banque ? », *D.* 1999, p. 255
- GRZEGORCZYK (C.) :** « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? », in *APD*, t. 24 : *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 259
- GUINCHARDAZ (R.) et PÉNIN (J.) :** « L'économie de la réutilisation des données (non personnelles) », *Dalloz IP/IT* 2020, p. 218
- GUTMANN (D.) :** « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », in *APD*, t. 43 : *Le droit et l'immatériel*, Sirey, 1999, p. 65
- GUYON (Y.) :** « Qu'est-ce qu'un actionnaire ? L'actionnariat indirect. Le cas des organismes de placement collectif en valeurs mobilières », *Rev. soc.* 1999, p. 551
- HAGE-CHAHINE (F.) :** « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD Civ.* 1982, p. 705
- HAMEL (J.) :** « Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie », in *Mélanges juridiques dédiés à M. le Professeur Sugiyama*, Iwanami, Kanda, Tokio, 1940, p. 83
- HANSENNE (J.) :** « De l'obligation réelle accessoire à l'obligation réelle principale », in *Études dédiées à A. Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 325
- HASSLER (T.) :** « La crise d'identité des droits de la personnalité », *LPA* n° 244, 7 décembre 2004, p. 3
- HATOUX (B.) :** « L'évaluation des biens en matière d'enregistrement », *RJF* février 2002, p. 117
- HAUSER (J.) :** « La mort en ce jardin : suite et fin », *D.* 2010, p. 760
- HAUTEREAU-BOUTONNET (M.) :** « Faut-il accorder la personnalité juridique à la nature ? », *D.* 2017, p. 1040
- HÉDIN (B.) :** « Le point sur... les règles d'inhumation dans le cimetière communal », *AJ Collectivités Territoriales* 2018, p. 439
- HENNION-JACQUET (P.) :** « Le paradigme de la nécessité médicale », *RDSS* 2007, p. 1038
- HENRIOT (J.) :** « De l'obligation comme chose », in *APD*, t. 24 : *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 235
- HEPP (F.) :** « Le droit d'auteur "propriété incorporelle" ? », *RIDA* 1958, p. 160
- HERBEL (P.) et KROMAREK (P.) :** « Un exemple d'instrument économique de protection de l'environnement : la réduction des émissions de gaz à effet de serre », *D.* 2007, p. 963

- HERMITTE (M.-A.) :** « Le corps hors du commerce, hors du marché », in *APD*, t. 33 : *La philosophie du droit aujourd'hui*, Sirey, 1988, p. 323
- HILT (P.) :** « L'animal de compagnie lors de la séparation du couple », *AJ Famille* 2012, p. 74
- HOUTCIEFF (D.) :** « Cession de dette ou délégation : transport de dette ou nouveau débiteur ? », *Dr. et patr.*, n° 249, 1^{er} juillet 2015
- HUET (M.) :** « Le droit de jouir. Essai sur les métamorphoses de la propriété matérielle et immatérielle dans les domaines immobilier et urbain », in *Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 263
- HUET-WEILLER (D.) :** « La protection juridique de la voix humaine », *RTD Civ.* 1982, p. 497
- HUYGUE (M.) :** « Redéfinir le concept de valeur vénale », *AJDI* 1999, p. 893
- JACK (A.) :** « Les conventions relatives à la personne physique », *Rev. crit. lég. et jurisp.* 1933, p. 362
- JAMIN (C.) :** « Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », *RTD Civ.*, 1994, p. 934
- JARIEL (L.) :** « Copropriété : arrêts relatifs aux droits réels et au droit processuel », *Defrénois* n° 17, 25 avril 2019, p. 17
- JAUBERT (P.) :** « Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité », *RTD Civ.* 1945, p. 75
- JAUFFRET (A.) :** « Les éléments nouveaux du fonds de commerce », in *Études offertes à Georges Ripert*, t. II, LGDJ, 1950, p. 33
- JEANTIN (M.) :** « Le droit financier des biens », in *Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 3
- JÉGOUZO (Y.) :** « Les autorisations administratives vont-elles devenir des biens meubles ? », *AJDA* 2004, p. 945
- JOSSERAND (L.) :** « La personne humaine dans le commerce juridique », *D.* 1932, p. 1 ;
« Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », in *Mélanges juridiques dédiés à M. le Professeur Sugiyama*, Iwanami, Kanda, Tokio, 1940, p. 96 ;
« Essai sur la propriété collective », in *Le Code civil. 1804-1904. Livre du centenaire*, rééd. Dalloz, 2004, p. 358
- JOUNIOT (S.) :** « Vol : avatars d'une infraction protéiforme », *AJ Pénal* 2019, p. 26
- JUEN (P.) :** « La compatibilité du principe d'inaliénabilité avec la constitution de droits réels », *RDI* 2000, p. 121
- JULIEN (P.) :** « Les clientèles civiles. Remarques sur l'évolution de leur patrimonialité », *RTD Civ.* 1963, p. 213
- JULIENNE (M.) :** « La cession de dette : une théorie inachevée », *Dr. et patr.* n° 260, 1^{er} juillet 2016
- KAMINA (P.) :** « Brèves réflexions sur la catégorie juridique des propriétés intellectuelles », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 441

- KAYSER (P.) :** « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », *RTD Civ.* 1971, p. 445
- KELSEN (H.) :** « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. 43, 1926, p. 561
- KEREVER (A.) :** « Révolution française et droit d'auteur », *RIDA* 1989, p. 3
- KHAIR (D.) :** « Les titres d'occupation de la zone des "cinquante pas géométriques" », *RFDA* 2012, p. 1159
- KOURALEVA (P.) :** « L'usufruit, démembrement du droit de propriété ? », *LPA* n° 122, 19 juin 2009, p. 6
- KRAMPE (C.) :** « Obligation comme bien. Droit français et allemand », in *APD*, t. 44 : *L'obligation*, Dalloz, 2000, 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 (I), p. 789
- LABBÉE (X.) :** « La valeur des choses sacrées ou le prix des restes mortels », *D.* 2005, p. 930 ;
« Les « choses sacrées » existent à nouveau en droit », *JCP G* n° 5, 31 janvier 2011, 104 ;
« Sacré cadavre », *JCP G* n° 8, 21 février 2011, 197 ;
« Les reliques sacrées sont hors du commerce », *JCP G* n° 50, 10 décembre 2012, 1322
- LABROT (V.) :** « Réflexions sur la patrimonialisation. Ou quand "la fabrication des pères" peut éclairer le recours intensif à la notion de patrimoine en droit de l'environnement naturel et culturel », in *Mélanges en l'honneur d'Alain Le Bayon*, L'Harmattan, 2005, p. 13
- LALIGANT (O.) :** « La révolution française et le droit d'auteur », *RRJ* 1989-2, p. 343
- LAMBARÉ (P.) :** « Quelles conditions d'accès au marché des éleveurs après les quotas laitiers ? », *Économie rurale* n° 364, avril-juin 2018, p. 55
- LAMBERT (T.) :** « Le brevet et la personne. Brefs propos sur un rendez-vous manqué », *D.* 2005, p. 2005
- LARDEUX (G.) :** « Qu'est-ce que la propriété ? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l'histoire », *RTD Civ.* 2013, p. 741 ;
« La perpétuité des droits réels ou Boileau à la Cour de cassation : vingt fois sur le métier ... », *LPA* n° 193, 26 septembre 2018, p. 3
- LARRERE (R.) :** « La protection de la nature et les animaux », *Revue Semestrielle de Droit Animalier* 2016, n° 1, p. 265
- LARROUMET (C.) :** « Le conflit entre cessionnaires successifs d'une créance transmise par bordereau », *JCP E* n° 41, 11 octobre 1990, 15877
- DE LATAULADE (D.) et BOCQUET (A.) :** « L'avenir du bail à construction », *Gaz. Pal.* 1974, 1, p. 439
- LAUDE (A.) :** « La fongibilité : diversité des critères et unité des effets », *RTD Com.* 1995, p. 307
- LAULHÉ (J.) :** « La vénalité des actes administratifs », *AJDA* 1961, p. 424

- LAULIER (R.) :** « Le régime juridique de l'accès aux ressources halieutiques à l'épreuve de la théorie classique du patrimoine », *Dr. rur.* n° 398, décembre 2011, étude 15
- LAURENT (J.) :** « Consécration d'un droit réel de jouissance spéciale perpétuel entre lots de copropriété », *Deffrénois* n° 43, 25 octobre 2018, p. 33
- LAVIALLE (C.) :** « L'affaire "des paillotes" et la domanialité publique », *RFDA* 2005, p. 105 ;
« Les aisances de voirie », *Le trait d'union* 2011, n° 3, p. 7 ;
« La réserve des cinquante pas du Roi ou la naissance du domaine public », *RFDA* 2014, p. 451
- LE BARS (B.) :** « La nature juridique des quotas d'émission de gaz à effet de serre après l'ordonnance du 15 avril 2004. Réflexions sur l'adaptabilité du droit des biens », *JCP G* n° 28, 7 juillet 2004, doct. 148
- LEBORGNE (A.) et GOUBEAU (G.) :** « La vigueur du principe de gratuité des éléments et produits du corps humain », *RLDC* n° 110, décembre 2013, p. 85
- LECA (A.) :** « *Corpus id est persona* ? Réflexions à propos de la situation juridique du corps humain », *CDS* n° 2, 2004, p. 37
- LE CANNU (P.) :** « L'ambiguïté d'un concept négatif : les valeurs mobilières », *BJS* n° 4, 1^{er} avril 1993, p. 395 ;
« Qu'est-ce qu'un actionnaire ? L'état d'actionnaire à l'épreuve du droit des sociétés. L'acquisition de la qualité d'actionnaire », *Rev. soc.* 1999, p. 519
- LE CANNU (P.) et DONDERO (B.) :** « La réforme des instruments financiers », *RTD Com.* 2009, p. 380
- LE COZ (P.) :** « La patrimonialisation du corps humain : aspects philosophiques et enjeux éthiques », *CDS* n° 18, 2014, p. 27
- LÉCUYER (H.) :** « Redéfinir et définir les biens ? », *JCP G* n° 2 (hors-série), 1^{er} décembre 2007, 100044 ;
« La garantie de révision de prix », *Dr. et patr.* n° 175, 1^{er} novembre 2008
- LE DOLLEY (E.) :** « La valeur vénale des titres », *Dr. fiscal* n° 44, 30 octobre 2002, étude 36
- LEDUC (F.) :** « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? », *RTD Civ.* 1997, p. 307
- LE FUR (A.-V.) :** « L'acte d'exploitation de la chose d'autrui », *RTD Civ.* 2004, p. 429 ;
« L'appréhension par le droit de l'incorporalité, l'exemple des valeurs mobilières », *RLDC* n° 65 (supplément), novembre 2009, p. 25
- LEMENNICIER (B.) :** « Le corps humain : propriété de l'État ou propriété de soi ? », *Droits*, n° 13, 1991, p. 111
- LEMONNIER (E.) :** « Droits à paiement unique et ventes », *Dr. rur.* n° 6, juin 2005, colloque 13
- LEMOYNE DE FORGES (J.-M.) :** « La patrimonialité des actes administratifs en matière de santé », *RFDA* 2009, p. 32
- LEPAGE (A.) :** « Protection de la voix en tant qu'attribut de la personnalité », *D.* 2002, p. 2375
- LEPERS (J.) :** « Un reste humain peut-il appartenir au domaine public ? », *AJDA* 2008, p. 1896
- LEVESQUE (R.), KERISIT (R.) et OGER (X.) :** « La valeur foncière des quotas laitiers », *Études foncières*, n° 62, mars 1994, p. 30
- LIBCHABER (R.) :** « L'usufruit des créances existe-t-il ? », *RTD Civ.* 1997, p. 615 ;

- « L'argent, entre matière et mémoire », in *APD*, t. 42 : *L'argent et le droit*, Sirey, 1998, p. 115 ;
- « Perspectives sur la situation juridique de l'animal », *RTD Civ.* 2001, p. 239 ;
- « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil. 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297 ;
- « Une fiducie française, inutile et incertaine... », in *Liber Amicorum Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 303 ;
- « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defrénois* n° 15, 30 août 2007, p. 1094 ;
- « Une cession temporaire d'usufruit ? », *Defrénois* n° 15, 15 septembre 2008, p. 1656 ;
- « La souffrance et les droits. À propos d'un statut de l'animal », *D.* 2014, p. 380
- LIMBACH (F.) :** « L'habilitation à disposer pour autrui », *RTD Civ.* 2020, p. 45
- LLOREND (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.) :** « Les occupations privatives du domaine public : un espoir déçu », *RFDA* 2006, p. 935
- LOISEAU (G.) :** « Typologie des choses hors du commerce », *RTD Civ.* 2000, p. 47 ;
- « Pour un droit des choses », *D.* 2006, p. 3015 ;
- « L'immatériel et le contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 353 ;
- « Le contrat de don d'éléments et produits du corps humain. Un autre regard sur les contrats réels », *D.* 2014, p. 2252
- LOMBARD (F.) :** « L'image des biens publics ne bénéficie pas du régime de la domanialité publique », *RTD Com.* 2018, p. 628
- LOPARD (C.) :** « Le gagiste *a non domino* », *LPA* n° 16, 22 janvier 2004, p. 5
- LORVELLEC (L.) :** « Quotas laitiers et exploitation agricole », *Dr. rur.* n° 138, 1985, n° 138, p. 524
- LUCAS (A.) :** « Le rapport Le Chapelier : retour vers la conception jusnaturaliste du droit d'auteur français », in *Liber amicorum Georges Bonet*, LexisNexis-IRPI, 2010, p. 341 ;
- « La nature du droit d'auteur », *RIDA* 2018, p. 25
- LUCAS (F.-X.) :** « Retour sur la notion de valeur mobilière », *BJS* n° 8-9, 1^{er} août 2000, p. 765
- LUCAS DE LEYSSAC (M.-P.) :** « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », *D.* 1985, p. 43 ;
- « L'arrêt *Bourquin*, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons », *RSC* 1990, p. 507
- MAEVILLE (L.) et HAYE (I.) :** « Le sang de cordon ombilical n'est plus un déchet opératoire », *D.* 2011, p. 2215
- MAINGUY (D.) :** « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », *RTD Civ.* 2004, p. 1
- DE MAISON ROUGE (O.) :** « Le secret des affaires : la reconnaissance juridique d'un droit de l'information protégée », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 659
- DE MALAFOSSE (J.) :** « La propriété gardienne de la nature », in *Études offertes à Jacques Flour*, Répertoire Defrénois, 1979, p. 335

- MALAUURIE-VIGNAL (M.) :** « Réflexions sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise contre le piratage économique », *D.* 2012, p. 1415
- MALINVAUD (P.) :** « Bail réel immobilier et bail réel immobilier administratif. Offre de loi du Club des juristes », *RDI* 2013, p. 369 ;
« L'animal va-t-il s'égarer dans le Code civil ? », *D.* 2015, p. 87
- MALLET-BRICOUT (B.) :** « Le fiduciaire propriétaire ? », *JCP E* n° 8, 25 février 2010, 1191 ;
« Fiducie et propriété », in *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 297 ;
« Éléments constitutifs de la possession : permanence ou renouvellement des débats ? », *Dr. et patr.* n° 230, novembre 2013, p. 41 ;
« Baux réels et solidarité », *RTD Civ.* 2016, p. 943
- MALLET-POUJOL (N.) :** « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997, p. 330
- MANDEVILLE (B.) :** « Regard critique sur l'institution et le fonctionnement des droits à paiement unique », *Dr. rur.* n° 349, janvier 2007, étude 4
- MARAIS (A.) :** « Conserver, aujourd'hui, le sang du cordon ombilical d'un enfant, en vue de le soigner, demain », *D.* 2017, p. 496
- MARCHADIER (F.) :** « La protection du bien-être de l'animal par l'Union européenne », *RTD Eur.* 2018, p. 251
- MARGUÉNAUD (J.-P.) :** « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, p. 205 ;
« La négation du droit de chasser seul sur son lopin », *RTD Civ.* 2012, p. 703 ;
« Une révolution théorique : l'extraction masquée des animaux de la catégorie des biens », *JCP G* n° 10-11, 9 mars 2015, doct. 305
- MARIA (I.) :** « De l'intérêt de distinguer jouissance et exercice des droits », *JCP G* n° 23-24, 3 juin 2009, doct. 149
- MARTEAU-LAMARCHE (M.) :** « L'imposition du vent ... », in *Études à la mémoire du professeur Maurice Cozian*, Litec, 2009, p. 911
- MARTIAL-BRAZ (N.),
ROCHFELD (J.) et
GATTONE (E.) :** « Quel avenir pour la protection des données à caractère personnel en Europe ? », *D.* 2013, p. 2788
- MARTIN (D.-R.) :** « Du titre et de la négociabilité », *D.* 1993, p. 20 ;
« De la monnaie », in *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica, 1995, p. 333 ;
« De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », *D.* 1996, p. 47 ;
« Aspects de la monnaie électronique », *D.* 2013, p. 2117
- MARTIN (R.) :** « De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété », *RTD Civ.* 1975, p. 52 ;
« Personne et individu (Un arrière-plan de la bioéthique) », in *Études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 481
- MARTY (R.) :** « De l'indisponibilité conventionnelle des biens », *LPA* n° 232 et 233, 21 et 22 novembre 2000, p. 4 et p. 8
- MASPÉTIOL (R.) :** « Ambiguïté du droit subjectif : métaphysique, technique juridique ou sociologique », in *APD*, t. 9 : *Le droit subjectif en question*, 1964, p. 71

- MASSON (F.) :** « Liberté de créer des droits réels sui generis perpétuels en copropriété : la promesse de l'aube ? », *D.* 2018, p. 1577
- MATSOPOULOU (H.) :** « Vol par téléchargement de données informatiques », *RSC* 2015, p. 860
- MAUGÜÉ (C.) et BACHELIER (G.) :** « Genèse et présentation du Code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA* 2006, p. 1073
- MAZEAUD (V.) :** « Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RTD Civ.* 2014, p. 29
- MEILLER (E.) :** « L'universalité de fait », *RTD Civ.* 2012, p. 651
- MEVORACH (N.) :** « Le patrimoine », *RTD Civ.* 1936, p. 811
- MICHAÉLIDÈS-NOUARIOS (G.) :** « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD Civ.* 1966, p. 216
- MIGNOT (M.) :** « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006-4 (I), p. 1805 ;
« Le nantissement de quota d'émission de gaz à effet de serre », *RDBF* n° 4, juillet 2009, étude 26
- MILCHIOR (R.) et FOURGOUX (V.) :** « Directive sur les secrets d'affaires : création d'un nouveau droit de propriété intellectuelle », *AJCA* 2016, p. 391
- MOLFESSIS (N.) :** « De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente ou pourquoi le mauvais usage d'un concept inadapté doit être banni », *D.* 2012, p. 231
- MOLINER-DUBOST (M.) :** « Le système français d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre », *AJDA* 2004, p. 1132 ;
« Requiem pour le principe d'incessibilité des autorisations administratives », *AJDA* 2004, p. 2141
- MONDOU (C.) :** « Les dommages dans les cimetières », *AJ Collectivités Territoriales* 2011, p. 434
- MONGRUEL (R.), PÉREZ AGÚNDEZ (J. A.) et GIRARD (S.) :** « Droit à produire transférables. Le marché des concessions conchylicoles et ses effets non désirés », *Économie rurale* n° 306, juillet-août 2008, p. 23
- MORAND-DEVILLER (J.) :** « Commentaire de la loi n° 95-101 du 22 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement », *AJDA* 1995, p. 439
- MORIN (G.) :** « Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété », in *Études offertes à Georges Ripert*, t. II, LGDJ, 1950, p. 3
- MORIN (M.) :** « L'avis de l'Autorité de la concurrence sur le mécanisme de répartition des quotas de pêche en France », *Neptunus*, vol. 22, 2016/1
- MOURON (P.) :** « De la propriété incorporelle de l'auteur en droit français », *RIDA* 2015, p. 264 ;
« Pour ou contre la patrimonialité des données personnelles », *Revue Européenne des Médias et du Numérique*, n° 46-47, 2018, p. 90
- MOURY (J.) :** « Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente », *D.* 2014, p. 1950

- MOUSSERON (J.-M.) :** « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277
- MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) ET REVET (T.) :** « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, p. 281
- NAJJAR (I.) :** « La potestativité. Notes de lecture », *RTD Civ.* 2012, p. 601 ; « L'éventuel », *D.* 2012, p. 758
- NERSON (R.) :** « La condition de l'animal au regard du droit », *D.* 1963, p. 1
- NETTER (E.) :** « La portabilité, un droit à inventer », *Dalloz IP/IT* 2020, p. 352
- NEUVILLE (S.) :** « Promesse de contrat et contrat d'option », in *Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 783
- NGOMBE (L. Y.) :** « Droit naturel, droit d'auteur français et copyright américain », *RIDA* 2002, p. 2
- NICOLAS (G.) :** « Recherche sur le statut du corps humain : les principes de la domanialité publique pourraient-ils être appliqués au corps humain ? », *CDS* n° 2, 2004, p. 81
- OCHOA (N.) :** « Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété sur ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition », *RFDA* 2015, p. 1157
- OPPETIT (B.) :** « Droit et économie », in *APD*, t. 37 : *Droit et économie*, Sirey, 1992, p. 17 ; « L'ambivalence de l'argent », in *APD*, t. 42 : *L'argent et le droit*, Sirey, 1998, p. 19
- PAISANT (G.) :** « Peut-on abandonner la distinction du titre et de la finance en régime de communauté ? Contribution à l'étude des propres par nature », *JCP* 1984, I, 19
- PASSA (J.) :** « La propriété de l'information : un malentendu ? », *Dr. et patr.* n° 91, 1^{er} mars 2001
- PATAULT (A.-M.) :** « Réflexion sur les limitations du droit de propriété à Rome jusqu'à la fin de la République », *RHD* 1977, p. 239 ; « Regard historique sur l'évolution du droit des biens. Histoire de l'immeuble corporel », in *L'évolution contemporaine du droit des biens, Troisièmes journées René Savatier*, PUF, 1991, p. 5
- PATURET (A.) :** « L'individu entre l'homme et la chose. Note sur l'esclave en droit romain », *Droits* 2010/1, n° 51, p. 3
- PEIGNOT (B.) :** « Une nouvelle donne pour l'agriculture », *Le Trait d'Union*, Juin 2006, p. 26
- PÉREZ-HUALDE (F.) :** « Panorama des biens incorporels en droit argentin », *RLDC* n° 65 (supplément), novembre 2009, p. 37
- PÉRINET-MARQUET (H.) :** « Regard sur les nouveaux biens », *JCP G* n° 44, 1^{er} novembre 2010, doct. 1100 ; « Le droit de jouissance spéciale est perpétuel lorsqu'il est établi entre des lots de copropriété », *JCP G* n° 36, 3 septembre 2018, 893
- PÉROCHON (F.) :** « La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives », *LPA* n° 239, 28 novembre 2008, p. 56

- PERREAU (E.-H.) :** « De la longue possession en matière de nom patronymique », *RTD Civ.* 1905, p. 65 ;
« Des droits de la personnalité », *RTD Civ.* 1909, p. 501
- PERRIER-CUSSAC (M.) :** « Les droits du titulaire d'une concession funéraire », *JCP N* n° 39, 28 septembre 1990, 101171
- PÉTEL (P.) :** « Les droits de plantation et le droit d'arracher la vigne », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 799
- PFISTER (L.) :** « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX^e siècle », *RIDA* 2005, p. 116 ;
« Domaine, propriété, droit de propriété. Notes sur l'évolution du vocabulaire du droit français des biens », *Revue générale de droit*, t. 38/2, 2008, p. 24
- PICARD (M.) :** « L'évolution du régime des biens depuis le Code civil », in *Le droit civil français. Livre-Souvenir des Journées du droit civil français*, Barreau de Montréal, 1934, p. 59
- PIÉDELIÈVRE (A.) :** « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », in *Études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, LGDJ, 1986, p. 55
- PILON (E.) :** « Le problème juridique de l'électricité », *RTD Civ.* 1904, p. 5
- PINNA (A.) :** « La mobilisation de la créance indemnitaires », *RTD Civ.* 2008, p. 229
- PISANI (C.) et BOSGIRAUD (C.) :** « Premières réflexions de la pratique sur le Code général des propriétés publiques », *AJDA* 2006, p. 1098
- POLETTI (L.-A.) :** « Un droit réel de jouissance spéciale grevant un lot au profit d'un autre lot est perpétuel », *Deffrénois* n° 34, 30 août 2018, p. 32
- POLLAUD-DULIAN (F.) :** « La présomption prétorienne de titularité du droit d'auteur dans l'action en contrefaçon », *RTD Com.* 2011, p. 45
- POMART-NOMDEDEO (C.) :** « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *RTD Civ.* 2010, p. 209
- PONTON-GRILLET (D.) :** « Le droit d'usage et d'habitation : diminutif ou substitut du droit d'usufruit ? », *D.* 1992, p. 237
- POUGHON (J.-M.) :** « L'individu, propriétaire de son corps ? Une réponse entre scolastique juridique et réalisme économique », *L'Europe des libertés*, n° 11, juin 2003
- POUMARÈDE (M.) :** « Le bail réel solidaire », *RTD* 2016, p. 544
- POURCEL (E.) :** « À qui appartiennent les biens immobiliers construits par les titulaires de titres d'occupation sur le domaine public constitutifs de droits réels ? », *JCP A* n° 52, 26 décembre 2006, 1319
- PRIGENT (S.) :** « Le dualisme dans l'obligation », *RTD Civ.* 2008, p. 401
- PROUTIERE-MAULION (G.) :** « Essai sur la nature juridique du quota de pêche, contribution à la notion juridique de bien », *Annuaire de droit maritime et océanique* n° 21, 1^{er} janvier 2003, p. 307
- RAINAUD (A.) :** « Les certificats d'économie d'énergie : nature hybride d'un outil de l'État piloté par les acteurs économiques », *Revue juridique de l'environnement* 2016/1 (vol. 41), p. 105

- RAISON (A.) :** « La transmission des concessions funéraires et des tombeaux », *Journal des notaires et des avocats*, 1988, art. 59291, p. 399
- RAMPELBERG (R.-M.) :** « Pérennité et évolution des *res incorporales* après le droit romain », in *APD*, t. 43 : *Le droit et l'immatériel*, Sirey, 1999, p. 35 ;
« L'obligation romaine : perspective sur une évolution », in *APD*, t. 44 : *L'obligation*, Dalloz, 2000, p. 51
- RAPONE (P.) :** « La patrimonialité des actes administratifs en matière de communications électroniques », *RFDA* 2009, p. 39
- RASCHEL (E.) :** « Réflexions sur la pénalisation de la violation du secret des affaires », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 675
- RAYNARD (J.) :** « Entre brevet et droit d'auteur. Les quatre points cardinaux de la propriété intellectuelle », *JCP G* n° 14, 1^{er} avril 2013, doctr. 399
- REIGNÉ (P.) :** « L'avenir d'une fiction juridique : le particularisme des clientèles des professions libérales », in *Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, 1999, p. 567 ;
« Les animaux et le Code civil », *JCP G* n° 9, 2 mars 2015, 242
- REIGNÉ (P.) et DELORME (T.) :** « Réflexions sur la distinction de l'associé et de l'actionnaire », *D.* 2002, p. 1330
- RÉMOND-GUILLOUD (M.) :** « Ressources naturelles et choses sans maître », *D.* 1985, p. 30
- RENET (T.) :** « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Dr. et patr.* n° 124, 1^{er} mars 2004 ;
« Les quotas d'émission de gaz à effet de serre (ou l'atmosphère à la corbeille ?) », *D.* 2005, p. 2632 ;
« L'incorporel en droit des biens », *RLDC* n° 65 (supplément), novembre 2009, p. 9 ;
« Le corps humain est-il une chose appropriée ? », *RTD Civ.* 2017, p. 587
- REYGROBELLET (A.) :** « Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires. Le droit de propriété du titulaire d'instruments financiers dématérialisés », *RTD Com.* 1999, p. 305
- RIGAUD (L.) :** « À propos d'une renaissance du jus ad rem, et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux », *RIDC* vol. 15, n° 3, 1963, p. 557
- RIPERT (G.) :** « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy. À propos de "la vision socialiste du droit" », *Rev. crit. lég. et jurisp.* 1928, p. 21
- RIVES-LANGE (J.-L.) :** « La monnaie scripturale (contribution à une étude juridique) », in *Études de droit commercial à la mémoire de Henri Cabrillac*, Litec, 1968, p. 405
- RIZZO (F.) :** « À propos de la réification de la personne du sportif professionnel salarié », *CDS* n° 2, 2004, p. 107
- ROBERT (A.) :** « La distinction entre le droit de superficie et le bail emphytéotique », *D.* 1993, p. 33
- ROBERT-CADET (I.) :** « L'usufruit des droits sociaux », *LPA* n° 100, 19 mai 2000, p. 54
- ROBINE (D.) :** « Le transfert de propriété des quotas », *RLDA* 2011, n° 56

- ROCHARD (D.) et AUBIN-BROUTE (R.-J.) :** « Les nouveaux paiements directs en faveur des agriculteurs », *Dr. rur.* n° 445, août 2016, étude 24
- ROCHFELD (J.) :** « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 717 ;
« Penser autrement la propriété : la propriété s’oppose-t-elle aux “communs” ? », *RIDE* 2014/3, p. 351
- RODIER (P.) :** « La patrimonialité des créneaux horaires aéroportuaires », *RFDA* 2018, p. 143
- ROMAN (B.) :** « Le patrimoine dans l’avant-projet de réforme du droit des biens », *Deffrénois* n° 5, 15 mars 2009, p. 504
- ROME (F.) :** « Le cadavre humain, hors du marché », *D.* 2010, p. 2145
- ROUAST (A.) :** « L’évolution du droit de propriété », in *Travaux de l’Association Capitant*, t. I, Dalloz, 1946, p. 45
- ROUBIER (P.) :** « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *RTD Civ.* 1935, p. 251 ;
« Théorie générale de l’action en concurrence déloyale », *RTD Com.* 1948, p. 541
- ROUSSEL (F.) :** « Transferts de droits à paiement unique après le 15 mai 2006 (modèles de clauses et modes opératoires) », *Dr. rur.* n° 346, octobre 2006, étude 28
- SACCO (R.) :** « À la recherche de l’origine de l’obligation », in *APD*, t. 44 : *L’obligation*, Dalloz, 2000, p. 33
- SAENKO (L.) :** « Vol par téléchargement de données numériques », *D.* 2015, p. 1466
- SAINT-PAU (J.-C.) :** « La distinction des droits de la personnalité et de l’action en responsabilité civile » in *Études offertes à Hubert Groutel*, Litec, 2006, p. 405
- SAKALAKI (M.) et THEPAUT (Y.) :** « La valeur de l’information », *Questions de communication*, 8, 2005, p. 356
- SALEILLES (R.) :** « Loi du 30 mars 1887 relative à la conservation des monuments et objets d’art ayant un intérêt historique et artistique », *Revue bourguignonne de l’enseignement supérieur*, I, 1891, p. 635 ;
« Étude sur l’histoire des sociétés en commandites », *Annales de droit commercial* 1897, p. 29
- SAMSON-DYE (A.) :** « La qualification sui generis des quotas de CO2 en concession et DSP », *AJDA* 2016, p. 1502
- SANCHEZ-BIERRY (M.-T.) :** « DPB : entre certitudes et incertitudes », *Dr. rur.* n° 445, août 2016, étude 25 ;
« PAC 2018 et le régime des droits à paiement de base (DPB) : où est-on aujourd’hui ? », *Dr. rur.* n° 469, janvier 2019, étude 2
- DE SANCTIS (V.) :** « Considérations sur la durée du droit d’auteur », *RIDA* 1954, p. 34
- SAPPA (C.) :** « Le secret des affaires dans la société algorithmique : une présence profitable », *RTD Com.* 2019, p. 847
- SAULIER (M.) :** « Possession et possession d’état. Réflexion sur la possession comme technique juridique générale », *RTD Civ.* 2016, p. 555
- SAVARIT (I.) :** « Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ? », *RFDA* 1998, p. 305

- SAVATIER (J.) :** « Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui », *LPA* n° 149, 14 décembre 1994
- SAVATIER (R.) :** « *De sanguine jus* », *D.* 1954, p. 141 ;
 « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *RTD Civ.* 1958, p. 1 ;
 « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD Civ.* 1958, p. 331 ;
 « L'introduction et l'évolution du bien-clientèle dans la construction du droit positif français », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz-Sirey, 1960, p. 559 ;
 « Le droit et l'échelle des valeurs », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz, 1961, p. 441
- SCHWARZ-LIEBERMANN
 VON WAHLENDORF
 (H. A.) :** « Le droit et les choses (les biens). Matière et matérialité, "objectivité" et "réalité" dans la perspective du droit », in *APD*, t. 24 : *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 273
- SÉRIAUX (A.) :** « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 801 ;
 « Maternités pour le compte d'autrui : la mainlevée de l'interdit ? », *D.* 2009, p. 1215 ;
 « "Nulle chose sans maître". Enquête sur un principe cardinal de l'ordre juridique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 483
- SERLOOTEN (C.) :** « L'intérêt commun, fondement de l'évolution de l'usufruit des droits sociaux », *Rev. Soc.* 2013, p. 7
- SERNA (M.) :** « La voix et le contrat : le contrat sur la voix », *CCC* n° 9, 1999, chron. n° 9
- SERRA (Y.) :** « La clientèle », *Dr. et patr.* 1996, p. 64
- SEUBE (J.-B.) et REVET
 (T.) :** « L'animal protégé pour lui-même ou pour les sentiments qu'il fait naître ? », *Dr. et patr.* n° 259, juin 2016, p. 68
- SIIRIAINEN (F.) :** « Le droit d'auteur à l'épreuve de sa dimension économique : libres propos sur le droit d'auteur économique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 673
- SIMLER (P.) :** « Cession de créance, cession de dette, cession de contrat », *CCC* n° 5, mai 2016, dossier 8
- SIRINELLI (P.) :** « Le quasi-usufruit », *LPA* n° 89, 26 juillet 1993, p. 22
- SOHM-BOURGEOIS
 (A.-M.) :** « La personnification de l'animal : une tentation à repousser », *D.* 1990, p. 33
- SOLEILHAC (T.) :** « Vers une commercialité des autorisations administratives », *AJDA* 2007, p. 2178
- STOJANOVIC (M. N.) :** « La raison d'être du droit d'auteur », *RIDA* 1979, p. 124
- STORCK (M.) :** « De la nature juridique des fonds communs de placement », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 509
- STORRER (P.) :** « Pour un droit commercial de l'exploitation des données à caractère personnel », *D.* 2013, p. 1844

- STOYANOVITCH (K.) :** « Les biens selon Marx », *in APD*, t. 24 : *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 210
- STRUYCKEN (A. V. M.) :** « L'évolution du droit des biens à travers le nouveau Code civil néerlandais », *in L'évolution contemporaine du droit des biens, Troisièmes journées René Savatier*, PUF, 1991, p. 83
- TAFFOREAU (P.) :** « De la possession d'un droit d'auteur par une personne morale », *CCE* n° 4, avril 2001, chron. 10 ;
« L'être et l'avoir ou la patrimonialisation de l'image des personnes », *CCE* n° 5, mai 2007, étude 9
- TEILLIAIS (G.) :** « La transmission à titre gratuit des concessions funéraires », *JCP N* n° 24, 13 juin 1997, 4067, p. 823
- TERNEYRE (P.) et NOYER (B.) :** « Le bail emphytéotique administratif comme technique contractuelle moderne de valorisation du domaine public des collectivités locales », *LPA* n° 83 et 84, 10 et 12 juillet 1996, pp. 15 et 8
- TERRÉ (F.) :** « Variation de sociologie juridique sur les biens », *in APD*, t. 24 : *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 17 ;
« L'humanité, un patrimoine sans personne », *in Mélanges Philippe Ardat*, LGDJ, 1999, p. 339 ;
« L'être et l'avoir ? La personne et la chose », *in Études offertes à Hubert Groutel*, LexisNexis, 2006, p. 459
- THÉRY (P.) :** « L'appréhension par le droit de l'incorporalité : le droit commun est-il apte à saisir l'incorporel ? », *RLDC* n° 65 (supplément), novembre 2009, p. 47
- THIERRY (J.) :** « La clause d'accroissement dite clause de tontine », *D.* 1994, p. 417
- THIREAU (J.-L.) :** « Hugues Doneau et les fondements de la codification moderne », *Droits*, n° 26, 1997, p. 81
- THOLOZAN (O.) :** « La réification du corps humain en droit civil français », *CDS* n° 2, 2004, p. 11
- THOMAS (Y.) :** « Res, chose et patrimoine (Note sur le rapport sujet-objet en droit romain) », *in APD*, t. 24 : *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 413
- TIXIER (J.-L.) :** « Le bail réel immobilier », *RDI* 2013, p. 398
- TOMASIN (D.) :** « Droit réel de jouissance spéciale et perpétuité », *AJDI* 2019, p. 216
- THOUVENIN (D.) :** « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », *LPA* n° 149, 14 décembre 1994 ;
« Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er}, du Code civil », *D.* 2000, p. 485
- TORCK (S.) :** « La revendication des choses fongibles », *RRJ* 1996, p. 483
- TOUZAIN (A.) :** « Regards d'un civiliste sur la notion de bien en matière pénale », *in Des limites à la volonté de puissance ?*, Dalloz, ICP, Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 12, 2017, p. 221
- TRANCHANT (L.) :** « Copropriété : analyse et portée des arrêts récents de la 3^e chambre civile », *Deffrénois* n° 17, 25 avril 2019, p. 25
- TRÉBULLE (F. G.) :** « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel », *in Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 659

- TREPOZ (E.) :** « La substance dans le Code civil », *RRJ* 2006, p. 1275
- TRICOIRE (A.) :** « Définir l'œuvre, le défi du droit d'auteur », *D.* 2014, p. 2007
- TRUCHET (D.) :** « État et marché », in *APD*, t. 40 : *Droit et esthétique*, Sirey, 1996, p. 315
- VALÉRY :** « Maison de commerce et fonds de commerce », *Annales de droit commercial* 1902, p. 208
- DE VAREILLES-SOMMIÈRES (M.-G.-A.) :** « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD Civ.* 1905, p. 443 ;
« Du conflit de créances et du droit de préférence entre créanciers », *Rev. crit. lég. et jurisp.* 1906, p. 474 ;
« De la copropriété », *Rev. crit. lég. et jurisp.* 1907, p. 530
- VERN (F.) :** « Le droit réel de jouissance spéciale, toujours ? », *Gaz. Pal.* n° 26, 17 juillet 2018, p. 17
- VIDAL (L.) :** « Les certificats d'économie d'énergie », *RFDA* 2017, p. 487
- VIENNOIS (J.-P.) :** « La revendication des créances », *RRJ* 2001-4 (I), p. 1421
- VILLEY (M.) :** « Les Institutes de Gaïus et l'idée du droit subjectif », *RHD* 1946, p. 1 ;
« L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *RHD* 1946, p. 201 ;
« Du sens de l'expression jus in re en droit romain classique », in *Mélanges Fernand de Visscher*, t. II, 1949, p. 417 ;
« Le *ius in re* du droit romain classique au droit moderne », *RHD* 1950, p. 197 ;
« Préface historique », in *APD*, t. 24 : *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 1
- VINCENT (A.-V.) :** « Le "titre" et la "finance" : état des lieux d'une distinction controversée », *Revue juridique personnes et famille* n° 2, 1^{er} février 2020
- DE VISSCHER (F.) :** « Du "jus abutendi" », *RTD Civ.* 1913, p. 337
- VISSER'T HOOFT (H. P.) :** « Les actes de disposition concernant le corps humain : quelques remarques philosophiques », in *APD*, t. 24 : *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 88
- VIVANT (M.) :** « À propos des "biens informationnels" », *JCP* 1984, I, 3132 ;
« Recueils, bases, banques de données, compilations, collections... : l'introuvable notion ? », *D.* 1995, p. 197 ;
« An 2000, l'information appropriée ? », in *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997, p. 651 ;
« Le droit d'auteur, un droit de l'homme ? », *RIDA* 1997, p. 60 ;
« La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE*, 2006/4, p. 361
- VOIRIN (P.) :** « La composition des fortunes modernes au point de vue juridique », *Revue générale de droit*, 1930, p. 102
- VULLIERME (J.-L.) :** « La chose, (le bien) et la métaphysique », in *APD*, t. 24 : *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 31
- WARUSFEL (B.) :** « La propriété intellectuelle comme politique publique », in *Mélanges en l'honneur du professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, LexisNexis, coll. « CEIPI », 2014, p. 391
- YOLKA (P.) :** « L'insaisissabilité des biens publics (regards sur un mouvement immobile) », *JCP A* n° 48, 26 novembre 2007, 2307 ;

« La propriété (singulière et plurielle) de l'occupant du domaine public », *AJDA* 2016, p. 625

- ZENATI (F.) :** « Revendication de choses fongibles », *RTD Civ.* 1990, p. 109 ;
 « Nomenclature des droits réels », *RTD civ.* 1993, p. 162 ;
 « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305 ;
 « Clause d'accroissement », *RTD Civ.* 1995, p. 151 ;
 « L'immatériel et les choses », in *APD*, t. 43 : *Le droit et l'immatériel*, Sirey, 1999, p. 79 ;
 « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métépsychose de la valeur) », in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 605 ;
 « Mise en perspective et perspective de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 2003, p. 673
- ZENATI-CASTAING (F.) :** « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 589

V. RÉPERTOIRES ET ENCYCLOPÉDIES

A. Répertoire Dalloz

- ARTZ (J.-F.) :** *Rép. Soc.* Dalloz, v° « Action », 2019
- BARBIER (H.) et HEINICH (J.) :** *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Clientèle », 2016
- BERCHON (P.) :** *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Sépulture », 2016
- BOUDOT (M.) :** *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Bien de famille », 2012
- BRENNER (C.) et LEQUETTE (S.) :** *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Acte juridique », 2019
- CHAMOULAUD-TRAPIERS (A.) :** *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Usufruit », 2019
- DERRUPPÉ (J.) et DE RAVEL D'ESCLAPON (T.) :** *Rép. Com.* Dalloz, v° « Fonds de commerce », 2016
- DJOUDI (J.) :** *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Revendication », 2019
- GRIMONPREZ (B.) :** *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Superficie », 2013
- HÉRAIL (J.) :** *Rép. civ.* Dalloz, v° « Office public ou ministériel », 2019
- LEPAGE (A.) :** *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Droits de la personnalité », 2020
- LIBCHABER (R.) :** *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Biens », 2019
- LOISEAU (G.) :** *Rép. Com.* Dalloz, v° « Nom commercial », 2011
- OHL (D.) :** *Rép. Soc.* Dalloz, v° « Valeurs mobilières », 2019
- PENNEAU (J.) et TERRIER (E.) :** *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Corps humain – Bioéthique », 2019

- PICOD (Y.), AUGUET (Y.)** et **DORANDEU (N.)** : *Rép. Com.* Dalloz, v° « Concurrence déloyale », 2018
- REDON (M.)** : *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Animal », 2020
- ROUVIÈRE (F.)** : *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Cession de dette », 2018
- SCHMIDT-SZALEWSKI (J.)** : *Rép. Com.* Dalloz, v° « Marque de fabrique, de commerce ou de service », 2006
- SCHÜTZ (R.-N.)** : *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Inaliénabilité », 2019
- SÉRIAUX (A.)** : *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Patrimoine », 2016
- TIXIER (J.-L.)** : *Rép. Civ.* Dalloz, v° « Bail emphytéotique », 2019

B. Encyclopédie Jurisclasseur

- BINET (J.-R.)** : *J-Cl. Civil Code*, v° « Art. 16 à 16-14 », Fasc. 12, 2016 ;
J-Cl. Civil Code, v° « Art. 16 à 16-14 », Fasc. 20, 2015 ;
J-Cl. Civil Code, v° « Art. 16 à 16-14 », Fasc. 22, 2016 ;
J-Cl. Civil Code, v° « Art. 16 à 16-14 », Fasc. 24, 2017 ;
- CHAMARD-HEIM (C.)** : *J-Cl. Propriétés publiques*, v° « Sortie du domaine public », Fasc. 53, 2013
- DROSS (W.)** : *J-Cl. Civil Code*, v° « Art. 1341-1 », 2020 ;
J-Cl. Civil Code, v° « Art. 1341-2 », 2020 ;
J-Cl. Civil Code, v° « Art. 2255 à 2257 », 2018 ;
J-Cl. Civil Code, v° « Art. 2258 à 2271 », 2018 ;
J-Cl. Civil Code, v° « Art. 2276 et 2277 », 2018
- DUFAU (J.)** : *J-Cl Propriétés publiques*, v° « Droits réels sur le domaine public national », Fasc. 79-30, 2020
- ECKERT (G.)** : *J-Cl Propriétés publiques*, v° « Bail emphytéotique administratif », Fasc. 79-40, 2017
- GIACUZZO (J.-F.)** : *J-Cl Propriétés publiques*, v° « Domaine public. Règles générales d'utilisation. Utilisation conforme », Fasc. 70-10, 2015
- HANSE (P.)** : *J-Cl. Propriétés publiques*, v° « Modalités d'attribution des autorisations d'occupation et d'utilisation des biens publics », Fasc. 77-50, 2018
- KAIGL (P.)** : *J-Cl. Civil Code*, v° « Art. 714 », 2017
- LABBÉE (X.)** : *J-Cl. Civil Code*, v° « Art. 16 à 16-13 », Fasc. 50, 2016
- LAFAGE (P.)** : *J-Cl Propriétés publiques*, v° « Occupation privative du domaine public. Titres unilatéraux », Fasc. 78, 2013
- DE LAMBERTYE-AUTRAND (M.-C.)** : *J-Cl. Civil Code*, v° « Art. 516 », 2017
- LOISEAU (G.)** : *J-Cl. Civil Code*, v° « Art. 527 à 532 », Fasc. 10, 2019
- MANSON (S.)** : *J-Cl Propriété publiques*, v° « Domaine public. Utilisations du domaine public terrestre autres que la circulation », Fasc. 72, 2014 ;
J-Cl. Notarial Répertoire, v° « Biens. Biens domaniaux », Fasc. 110, 2016

| | |
|---|--|
| MANSON (C.) et YOLKA (P.) : | <i>J-Cl</i> Propriétés publiques, v° « Droits réels sur le domaine public local », Fasc. 79-41, 2017 |
| MIGNOT (M.) : | <i>J-Cl</i> . Civil Code, v° « Art. 2272 à 2275 », 2018 |
| PASSA (J.) et LAPOUSTERLE (J.) : | <i>J-Cl</i> . Conc.-Conso., v° « Domaine de l'action en concurrence déloyale », Fasc. 240, 2019 |
| SIMLER (P.) : | <i>J-Cl</i> . Civil Code, v° « Art. 1196 à 1198 », 2017 |
| SORBARA (J.-G.) : | <i>J-Cl</i> . Propriétés publiques, v° « Biens communaux », Fasc. 34-20, 2020 |
| WITZ (C.) : | <i>J-Cl</i> . Civil Code, v° « Art. 2284 et 2285 », 2016 |
| YOLKA (P.) : | <i>J-Cl</i> . Propriétés publiques, v° « Distinction du domaine public et du domaine privé », Fasc. 10, 2020 ; <i>J-Cl</i> Propriétés publiques, v° « Servitudes sur les propriétés publiques », Fasc. 55, 2017 |
| YOLKA (P.) et TARLET (F.) : | <i>J-Cl</i> . Propriétés publiques, v° « Domaine public mobilier », Fasc. 45, 2017 |

VI. OBSERVATIONS ET CHRONIQUES

A. Observations

| | |
|--|---|
| AGOSTINI (F.-X.) : | Obs. sous Cass. 3 ^{ème} civ., 31 octobre 2012, <i>LPA</i> n° 12, 16 janvier 2013, p. 10 |
| AUGUET (Y.) : | Obs. sous Cass. com., 1 ^{er} juin 1999, n° 97-15.421, <i>D.</i> 2000, p. 325 |
| D'AVOUT (L.) et MALLET-BRICOUT (B.) : | Obs. sous Cass. 3 ^{ème} civ., 31 octobre 2012, <i>D.</i> 2013, p. 53 ; Obs. sous Cass. 3 ^{ème} civ., 8 septembre 2016, <i>D.</i> 2017, p. 134 |
| BERGEL (J.-L.) : | Obs. sous Cass. 3 ^{ème} civ., 31 octobre 2012, <i>RDI</i> 2013, p. 80 |
| BERT (D.) : | Obs. sous CA Paris, 28 janv. 2009, n° 07/06322, <i>D.</i> 2009, p. 1804 |
| BRENNER (C.) : | Obs. sous Cass. avis., 8 février 1999, <i>D.</i> 1999, p. 287 |
| CAPITANT (R.) : | Obs. sous CE, 17 février 1932, « Commune de Barran », <i>D.</i> 1933, p. 49 |
| CARON (C.) : | Obs. sous CA Versailles, 22 septembre 2005, <i>JurisData</i> n° 2005-288693, <i>CCE</i> n° 1, janvier 2006, comm. 4 |
| DROSS (W.) : | Obs. sous Cass. com., 22 mai 2013, n° 11-23.961, <i>RTD Civ.</i> 2013, p. 649 ; Obs. sous Cass. 3 ^{ème} civ., 28 janvier 2015, <i>RTD Civ.</i> 2015, p. 413 |
| DUBERTRET (M.) : | Obs. sous Cass. com., 5 mai 2009, <i>Rev. soc.</i> 2009, p. 580 |
| EDELMAN (B.) : | Obs. sous Cass. 1 ^{ère} civ., 16 septembre 2010, <i>D.</i> 2010, p. 2754 |
| FEYDEAU (M.-T.) : | Obs. sous Cass. 3 ^{ème} civ., 28 janvier 2015, <i>JCP G</i> n° 9, 2 mars 2015, 250 |
| FRANCILLON (J.) : | Obs. sous Cass. crim., 30 octobre 2013, n° 12-85.618 et CA Paris, 5 février 2014, ch. 10, « Olivier L. c/ MP », <i>RSC</i> 2014, p. 119 |
| GHESTIN (J.) : | Obs. sous Cass. com., 12 mars 1985, « Bordas », <i>D.</i> 1985, p. 471 |

- HAURIOU (M.) :** Obs. sous CE, 25 mai 1906, « Min. commerce c/ Chem. de fer d'Orléans », *S.* 1908, 3, p. 65
- JULIENNE (M.) et DUBARRY (J.) :** Obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 28 janvier 2015, *JCP N* n° 8-9, 20 février 2015, 1083
- LIBCHABER (R.) :** Obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 26 septembre 2012, n° 11-16.244, *RDC* n° 2, 1^{er} avril 2013, p. 561 ;
Obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 31 octobre 2012, n° 11-16.304, *RDC* n° 2, 1^{er} avril 2013, p. 584
- LOISEAU (G.) :** Obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 septembre 2010, *D.* 2010, p. 2750
- LUCAS (F.-X.) :** Obs. sous CA Paris, 21 décembre 2003, *RDC* n° 1, 1^{er} décembre 2003, p. 165
- MALLET-BRICOUT (B.) :** Obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 28 janvier 2015, *D.* 2015, p. 599
- MARTIN (J.) :** Obs. sous TA Grenoble, 17 juillet 2015 et CA Lyon, 6 octobre 2017, *AJDA* 2018, p. 629
- MEKKI (M.) :** Obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 31 octobre 2012, *RDC* n° 1, 1^{er} mars 2014, p. 105
- MESTRE (J.) et FAGES (B.) :** Obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 novembre 2000, *RTD Civ.* 2001, p. 130 ;
Obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 janvier 2007, *RTD Civ.* 2007, p. 336
- PENNEAU (J.) :** Obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 novembre 2000, *D.* 2001, p. 3081
- PÉRINET-MARQUET (H.) :** Obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 31 octobre 2012, *Construction – Urbanisme*, n° 1, janvier 2013, repère 1
- POLLAUD-DULIAN (F.) :** Obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 juin 2017, n° 16-16.799, *RTD Com.* 2017, p. 889
- PRONIER (D.) :** Obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 26 juin 1996, n° 94-16.326, *RJDA* juillet 1996, p. 636
- REVET (T.) :** Obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 novembre 2000, *RTD Civ.* 2001, p. 167 ;
Obs. sous Cass. com., 24 septembre 2003, n° 01-11.504, *Bull. civ. I*, n° 147, *RTD Civ.* 2004, p. 117 ;
Obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} octobre 2003, n° 02-14.958, *RTD Civ.* 2003, p. 730 ;
Obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 janvier 2007, *RTD Civ.* 2008, p. 123 ;
Obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 28 janvier 2015, *JCP G* n° 9, 2 mars 2015, 252
- SCHILLER (S.) :** Obs. sous Cass. com., 6 février 2007, n° 05-12.939, *Rev. Soc.* 2008, p. 184
- SIZAIRE (D.) :** Obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 30 mars 2017, n° 15-21.790, *Bull. civ. III*, n° 44, *Construction-Urbanisme* n° 6, juin 2017, comm. 88
- STURLÈSE (B.) :** Obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 28 janvier 2015, *JCP G* n° 9, 2 mars 2015, 251
- TADROS (A.) :** Obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 31 octobre 2012, *D.* 2013, p. 53
- TOURNAFOND (O.) :** Obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 novembre 2000, *D.* 2002, p. 930
- WALINE (M.) :** Obs. sous CE, 23 novembre 1955, « Dame Dupont », *Rec. Lebon*, p. 555

B. Chroniques

- GIACUZZO (J.-F.) et POUMARÈDE (M.) :** « Droit immobilier 2018 », *Dr. et patr.* n° 292, juin 2019, chron. p. 53

- MALLET-BRICOUT (B.) et REBOUL-MAUPIN (N.) :** « Droit des biens », *D.* 2013, p. 2123
- MARTIN (J.) et PELLISSIER (G.) :** « Chronique de droit des contrats publics », *JCP A* n° 8, 18 février 2019, 2043
- SERRA (Y.) :** « Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme », *D.* 2010, p. 2440 ;
« Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme », *D.* 2018, p. 2326

VII. AVIS ET RAPPORTS

- AFNOR** : Guide BP Z74-700 sur les plans de continuité d’activité, mars 2011 ;
Guide BP Z90-001 sur la prévention et la gestion de la fuite d’informations, décembre 2014 ;
Guide AC Z90-002 sur les bonnes pratiques pour la prévention, la détection et le traitement des nouvelles cyber-menaces, janvier 2018
- « ARTICLE 29 » (GROUPE DE TRAVAIL)** : Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, 13 décembre 2016
- AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE :** Avis n° 15-A-19 et relatif aux effets sur la concurrence du mécanisme de répartition des quotas de pêche en France, 16 décembre 2015 ;
Rapport « Algorithmes et concurrence », novembre 2019 (rapport conjoint avec l’autorité allemande de la concurrence, *Bundeskartellamt*)
- AYNÈS (L.) – DIR. :** « Pour une modernisation de la publicité foncière », *Rapport de la Commission de réforme de la publicité foncière*, 12 novembre 2018
- BANQUE DE FRANCE :** *Bulletin de la Banque de France*, n° 218/2, juillet-août 2018
- BENJAMIN (C.) et GUYOMARD (H.) :** « Analyse des modes de régulation publique des pêcheries : applicabilité d’un système de quotas individuels transférables à l’Union européenne », INRA, décembre 1996
- BUISSON (G.) et BARNLEY (M.) – DIR. :** *Les quotas individuels de pêche transférables. Bilan et perspectives pour une gestion durable des ressources*, avril 2007
- CARAYON (B.) :** Rapport au premier ministre, « Intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale », juin 2003 ;
Rapport au premier ministre, « à Armes égales », septembre 2006
- CONSEIL ÉCONOMIQUE SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL (CESE) :** « La biodiversité : relever le défi sociétal », juin 2011
- CONSEIL D’ÉTAT** : Avis n° 394422 sur la proposition de loi portant transposition de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l’obtention, l’utilisation et la divulgation illicites, 15 mars 2018
- COUR DE CASSATION :** *La propriété dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Étude annuelle 2019, La documentation française, 2020

- COUR DES COMPTES EUROPEENNE :** Rapport spécial n° 10-2018 relatif au régime de paiement de base en faveur des agriculteurs, 15 mars 2018
- DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES PUBLIQUES (DGFIP) :** *L'évaluation des entreprises et des titres de sociétés*, novembre 2006
- HAUT (C.) et RAISON (M.) :** Rapport d'information n° 556 de la commission des affaires européennes du Sénat sur la situation du secteur laitier après les quotas, 25 juin 2015
- LE CHAPELIER (I.-R.-G.) :** Rapport du comité de constitution sur la pétition des auteurs dramatiques, séance du 13 janvier 1791, in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, Première série (1787-1799), t. XXII, du 3 janvier au 5 février 1791, Paris, Librairie Administrative P. Dupont, 1885, pp. 210-214
- LÉGER (L.), LANDREAU (I.), PELKIS (G.), BINCTIN (N.) et PEZ-PÉRARD (V.) :** Rapport du groupe « Génération libre » : *Mes data sont à moi. Pour une patrimonialité des données personnelles*, janvier 2018
- MARCEL-PIERRE (M.) et CLÉACH (P.) :** Rapport n° 132 (Sénat) et 1322 (Assemblée nationale) au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et techniques, 11 décembre 2008
- MINISTÈRE DE L'AGRICULTURE :** Rapport, sur les quotas de pêche individuels transférables : analyse et propositions de modernisation du système français de gestion des quotas de pêche, octobre 2012
- PRADA (M.) :** « Rapport sur La régulation des marchés du CO2 », 19 avril 2010
- SÉNAT :** Rapport d'information n° 406 de la commission des affaires européennes portant observations sur la proposition de loi transposant la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, 6 avril 2018
- Livre vert sur les instruments fondés sur le marché en faveur de l'environnement et des objectifs politiques connexes*, COM (2007) 140 final
- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 février 2016

VIII. TEXTES EN LANGUE ÉTRANGÈRES

- FERRARA (F.) :** *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, part. I, Roma, Athenaeum, Roma, 1921
- FREY (R. G.) :** *Interests and Rights. The Case against Animals*, Oxford, Clarendon Press, 1980
- HARDIN (G.) :** « The Tragedy of the Commons », *Science* 1968, vol. 162, p. 1243
- KOHLER (J.) :** *Handbuch des deutschen Patentrechts in rechtvergleichender Darstellung*, Mannheim, J. Bensheimer, 1900
- LEAHY (M. P. T.) :** *Against Liberation. Putting Animals in Perspective*, Londres, Routledge, 1991
- LARENZ (K.) :** *Lehrburch des Schuldrechts*, Bd. I, 14^{ème} éd., 1987

- OSTROM (E.) :** *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990
- PIERRE (B.) :** « Classification of Property and Conceptions of Ownership in Civil and Common Law », *Revue générale de droit*, vol. 28, n° 2, 1997, p. 235
- REGAN (T.) :** *The Case for Animal Rights*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1983
- SAMUELSON (P.-A.) :** « The Pure Theory of Public Expenditure », *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, n° 4, 1954, p. 387
- SINGER (P.) :** *Animal Liberation. A New Ethics for Our Treatment of Animals*, Londres, Thorson, 2^{ème} éd., 1991
- WINDSCHEID (B.) :** *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I, Francfort, Kipp, 8^{ème} éd., 1900
- ZACHARIÆ VON LINGENTHAL (K.-S.):** *Handbuch des Französischen Civilrechts*, t. IV, 4^{ème} éd., Heidelberg, J. C. B. Mohr, 1837

CRC Handkook of Chemistry and Physics, 100th éd, John R. Rumble

IX. AUTRES TEXTES

- ARISTOTE :** *Histoire des animaux*, trad. J. Barthélemy-Saint Hilaire, t. III, Paris, Hachette et C^{ie}, 1883 ;
Les politiques, trad. P. Pellegrin, 2^{ème} éd., GF Flammarion, 1993 ;
De l'âme, trad. R. Bodéüs, GF Flammarion, 1993
- ARRIEN DE NICOMÉDIE :** *Manuel d'Épictète, Le livre de poche*, 2000
- COMTE (A.) :** *Cours de philosophie positive*, t. VI, Paris, 1842
- DENIS (H.) :** *La valeur*, éd. Sociales, 1950 ;
Histoire de la pensée économique, PUF, 2008
- DESCARTES (R.) :** *L'Homme*, Paris, Charles Angot, 1664, *passim*. Sur la question, v. A. Pichot, *Histoire de la notion de vie*, Gallimard, coll. « Tel », 1993
- DOSTALER (G.) :** *Valeur et prix. Histoire d'un débat*, av.-propos M. Beaud, L'Harmattan, coll. « Bibliothèque historique du marxisme », 2013
- DURKHEIM (E.)** *Leçons de sociologie. Physique des mœurs et du droit*, Publications de l'Université d'Istanbul, 1950
- HARRIBEY (J.-M.) :** *La richesse, la valeur et l'inestimable. Fondements d'une critique socio-écologique de l'économie capitaliste*, LLL, 2013
- HAYEK (F.) :** *Droit, législation et liberté*, t. II : *Le mirage de la justice sociale*, préf. P. Nemo, rééd. PUF, coll. « Quadrige », 2013
- HEIDEGGER (M.) :** *Qu'est-ce qu'une chose ?*, trad. J. Reboul et J. Taminiaux, Gallimard, coll. « Tel », 1988
- JACKSON (T.) :** « La prospérité n'est pas l'accumulation des biens », *Alternatives économiques* n° 323, avril 2013
- JORION (P.) :** *Le prix*, Flammarion, coll. « Champs essais », 2016

- LAVELLE (L.) :** *Traité des valeurs, t. I : Théorie générale de la valeur*, Paris, PUF, 1950
- LOCKE (J.) :** *Traité du gouvernement civil*, trad. D. Mazel, GF Flammarion, 2^{ème} éd., 1992
- LORDON (F.) :** *Capitalisme, Désir et Servitude*, Paris, La Fabrique Éditions, 2010
- MARX (K.) :** *Contribution à la critique de l'économie politique*, rééd. éd. sociales, 1957 ; *Le Capital*, Livre I, trad. J. Roy, préf. L. Althusser, rééd. Flammarion, coll. « Champs », 1985 ; *Salaires, prix et profits*, trad. C. Longuet, rééd. Entremonde, coll. « Les cahiers », 2010
- MARX (K.) et ENGELS (F.) :** *Manifeste du Parti communiste*, rééd. Ère nouvelle, Paris, 1895
- MILL (J. S.) :** *L'utilitarisme, t. II*, trad. G. Tanesse, GF Flammarion, 1968
- MOUCHOT (C.) :** *Les théories de la valeur*, Economica, 1994
- ORLÉAN (A.) :** *L'empire de la valeur. Refonder l'économie*, éd. du Seuil, 2011
- PLATON** *Gorgias*, trad. M. Canto, GF Flammarion, 1987
- RICARDO (D.) :** *Des principes de l'économie politique et de l'impôt*, rééd. Flammarion, 1971
- RIFKIN (J.) :** *L'âge de l'accès. La nouvelle culture du capitalisme*, trad. M. Saint-Upéry, Paris, La Découverte, 2005
- ROUBINE (I. I.) :** *Essais sur la théorie de la valeur de Marx*, trad. J.-J. Bonhomme, préf. A. Artous, éd. Syllepse, 2009
- DE SADE (D.-A.-F.) :** *Les infortunes de la vertu*, rééd. Folio Classique, 1970 ; *Justine ou Les Malheurs de la vertu*, rééd. Le livre de Poche, 1973
- SAHLINS (M.) :** *Âge de pierre, âge d'abondance. L'économie des sociétés primitives*, trad. T. Jolas, préf. P. Clastres, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des Sciences humaines », 1976
- SMITH (A.) :** *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations, t. I*, trad. G. Garnier, rééd. Guillaumin, 1881
- VEBLEN (T.) :** *Théorie de la classe de loisir*, trad. L. Évrard, Gallimard, coll. « Bibliothèque des Sciences humaines », 1970
- WALRAS (L.) :** *Éléments d'économie politique pure ou théorie de la richesse sociale*, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1926

X. SITES INTERNET

- DUPRÉ (J.) :** « Espionnage économique et droit : l'inutile création d'un bien informationnel », *Lex Electronica*, 2001, http://www.lex-electronica.org/docs/articles_150.pdf
- OGIEN (R.) :** « La “marchandisation du corps humain” : les incohérences et les usages réactionnaires d'une dénonciation », 2012, <http://www.raison-publique.fr>

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|--|-----------|
| Sommaire | 1 |
| Introduction générale | 3 |
| Partie I. La qualification de bien | 23 |
| Titre I. La nature du bien | 24 |
| Chapitre I. La nature économique du bien..... | 25 |
| Section I. La valeur..... | 26 |
| §1. Justification de la définition valoriste du bien..... | 26 |
| A. L'argument tiré du droit de l'exécution..... | 26 |
| B. L'argument tiré du droit fiscal..... | 31 |
| §2. Implications de la définition valoriste du bien..... | 36 |
| A. L'hypothèse des « biens » à valeur vénale nulle ou négative..... | 37 |
| B. L'hypothèse des dettes..... | 42 |
| C. L'hypothèse des patrimoines communs..... | 50 |
| Section II. La commercialité..... | 54 |
| §1. Justification de la définition marchande des biens..... | 55 |
| A. L'argument tiré des théories économiques de la valeur vénale..... | 55 |
| B. L'argument tiré de la théorie juridique de la valeur vénale..... | 62 |
| §2. Vérification de la définition marchande des biens..... | 68 |
| A. Les principes de l'évaluation..... | 69 |
| B. Les méthodes d'évaluation..... | 70 |
| Conclusion du chapitre I..... | 77 |
| Chapitre II. La nature juridique du bien..... | 78 |
| Section I. La légalité..... | 79 |
| §1. Le rôle du Souverain dans la qualification de bien..... | 79 |
| A. La reconnaissance des biens..... | 79 |
| B. La relativité de la notion de bien..... | 82 |
| §2. Les limites à la qualification de bien..... | 83 |
| A. La personne..... | 83 |
| 1. Le statut du corps, de ses éléments et produits..... | 84 |
| a. La situation du corps, de ses éléments et produits, considérés <i>in situ</i> | 89 |
| i. Le principe de non-patrimonialité du corps humain, de ses éléments et produits.... | 89 |
| ii. Le don d'éléments et de produits du corps humain..... | 92 |
| b. La situation du corps, de ses éléments et produits, considérés <i>ex situ</i> | 96 |
| i. La réification partielle des éléments et produits du corps humain..... | 98 |

| | |
|--|------------|
| ii. La réification contestée du cadavre et des restes humains..... | 103 |
| 2. Le statut des attributs de la personnalité | 108 |
| a. La réification du signe de la personnalité : option rejetée | 110 |
| i. L'hypothèse d'une propriété de soi | 110 |
| ii. L'hypothèse d'une indisponibilité relative du signe..... | 114 |
| b. La création d'un signe émancipé de la personnalité : option retenue | 116 |
| B. Les choses communes et les biens publics..... | 117 |
| 1. Les choses communes..... | 118 |
| a. L'opposition initiale des choses communes et des biens..... | 119 |
| i. La fonction de l'inappropriabilité des choses communes..... | 119 |
| ii. La source de l'inappropriabilité des choses communes..... | 121 |
| b. Le rapprochement possible des choses communes et des biens | 125 |
| 2. Les biens publics..... | 134 |
| Section II. La juridicité | 143 |
| §1. La définition de la chose | 143 |
| A. Définition conceptuelle de la chose | 143 |
| B. Définition technique de la chose..... | 145 |
| §2. La distinction de la chose et du bien | 150 |
| A. Critique de l'identité de la chose et du bien..... | 151 |
| B. Défense de l'identité du bien et du droit patrimonial..... | 152 |
| Conclusion du chapitre II | 157 |
| Conclusion du titre I | 158 |
| Titre II. Le régime du bien..... | 160 |
| Chapitre I. L'appartenance | 161 |
| Section I. La relation d'appartenance : la titularité..... | 162 |
| §1. La notion de titularité | 162 |
| A. Dissociation des biens et de la propriété..... | 163 |
| 1. Exposé des présupposés | 163 |
| 2. Réfutation des présupposés..... | 166 |
| B. Liaison des biens et de la titularité..... | 173 |
| 1. Définition de la titularité | 173 |
| 2. Autonomie de la titularité | 178 |
| §2. L'apparence de titularité : la possession | 183 |
| A. Définition de la possession | 183 |
| 1. Définition classique : une apparence de propriété..... | 184 |
| 2. Définition suggérée : une apparence de titularité..... | 188 |
| B. Fonctions de la possession..... | 192 |
| 1. Fonction probatoire..... | 193 |
| 2. Fonction acquisitive | 197 |
| Section II. La protection de l'appartenance : l'opposabilité | 208 |

| | |
|--|------------|
| §1. Le rattachement de l'opposabilité à la face externe des droits | 209 |
| A. La nature de l'opposabilité | 210 |
| B. Le retranchement de l'opposabilité de la face interne des droits réels..... | 213 |
| §2. La mise en œuvre de l'opposabilité : la revendication | 217 |
| A. Les frontières de l'action en revendication | 218 |
| 1. Revendication et responsabilité..... | 219 |
| 2. Revendication et actions offertes au créancier | 223 |
| 3. Revendication et restitution | 224 |
| B. Le domaine de l'action en revendication | 225 |
| 1. Les litigants revendiquent la même qualité..... | 225 |
| a. En l'absence de transfert d'un droit | 226 |
| i. En matière immobilière | 226 |
| ii. En matière mobilière | 228 |
| b. En cas de transfert d'un droit..... | 229 |
| i. En matière personnelle | 229 |
| ii. En matière réelle..... | 230 |
| 2. Les litigants revendiquent des qualités différentes..... | 232 |
| a. Le conflit entre propriétaire et usager..... | 232 |
| b. Le conflit entre créancier ordinaire et créancier nanti | 233 |
| Conclusion du chapitre I..... | 235 |
| Chapitre II. La maîtrise..... | 237 |
| Section I. Le préalable à la maîtrise : la disponibilité | 238 |
| §1. La disponibilité comme critère décisif du bien | 238 |
| A. Insuffisance de la seule condition de titularité..... | 238 |
| B. Pertinence du critère de disponibilité dans la qualification de bien | 239 |
| §2. L'incidence de l'indisponibilité du droit patrimonial sur la qualification de bien | 240 |
| A. Définition du concept d'indisponibilité | 241 |
| B. L'indifférence de l'indisponibilité du bien sur sa qualification | 246 |
| 1. L'indifférence de l'insaisissabilité en particulier | 247 |
| 2. L'indifférence de l'indisponibilité en général | 252 |
| Section II. L'exercice de la maîtrise : la disposition | 256 |
| §1. Le rattachement de la disposition à la face externe des droits patrimoniaux | 256 |
| A. L'argument classique : l'acte de disposition, un acte de propriétaire | 257 |
| B. Réfutation de l'argument classique..... | 259 |
| §2. La disposition des biens : l'exemple de l'usufruit..... | 265 |
| A. La nature juridique de l'usufruit | 265 |
| B. L'application au cas de l'usufruit des créances | 269 |
| Conclusion du chapitre II | 272 |
| Conclusion du titre II..... | 274 |

| | |
|---|------------|
| Conclusion de la partie I..... | 276 |
| Partie II. La classification des biens..... | 281 |
| Titre I. Les figures classiques..... | 283 |
| Section préliminaire. La question des droits potestatifs..... | 285 |
| Chapitre I. Les droits réels..... | 293 |
| Section I. Définition des droits réels | 294 |
| §1. La nature du droit réel | 294 |
| A. Exposé des thèses critiques..... | 294 |
| 1. Interpénétration des droits réels et personnels | 295 |
| 2. Similitudes des droits réels et personnels..... | 296 |
| B. Réfutation des thèses critiques..... | 301 |
| 1. La question du sujet | 302 |
| 2. La question de la nature obligationnelle des droits réels..... | 303 |
| 3. La question de l'objet des droits | 305 |
| §2. L'objet du droit réel : la chose | 307 |
| A. La jouissance des choses corporelles | 307 |
| B. La « choséité » questionnée | 309 |
| 1. Les choses reconnues | 309 |
| a. L' « énergie »..... | 309 |
| b. L'animal | 314 |
| 2. Les choses non reconnues | 322 |
| a. Les universalités de fait | 323 |
| b. La monnaie | 326 |
| Section II. Typologie des droits réels | 336 |
| §1. Les droits réels reconnus | 336 |
| A. Le droit de propriété | 337 |
| 1. Un droit actuel à la jouissance des choses..... | 337 |
| a. Le mode de jouissance le plus étendu des choses..... | 337 |
| b. Inapplicabilité de la définition aux droits : l'exemple des droits personnels..... | 346 |
| 2. Un arrière-droit à la jouissance des choses | 350 |
| a. Le principe : la vocation du propriétaire à la jouissance de la chose | 351 |
| b. La limite : le cas des droits réels de jouissance spéciale | 352 |
| B. Les droits d'usufruit et d'usage des choses corporelles | 360 |
| 1. La nature des droits d'usufruit et d'usage des choses corporelles..... | 360 |
| 2. La nature du quasi-usufruit | 364 |
| C. Les déclinaisons du droit de superficie | 372 |
| 1. La superficie en droit privé | 373 |
| 2. La superficie en droit public | 377 |
| a. Les baux emphytéotiques administratifs (BEA) | 380 |

| | |
|--|------------|
| b. Les autorisations d'occupation temporaire du domaine public constitutives de droits réels (AOTDR) | 382 |
| c. La reconnaissance d'un droit de superficie à l'occupant du domaine public..... | 384 |
| §2. Les droits réels déclassés | 388 |
| A. Les sûretés réelles | 388 |
| 1. Les sûretés réelles proprement dites | 388 |
| 2. Le droit de rétention..... | 391 |
| B. Les servitudes | 394 |
| C. Les concessions funéraires..... | 401 |
| Conclusion du chapitre I..... | 407 |
| Chapitre II. Les droits personnels | 410 |
| Section I. La définition du droit personnel | 411 |
| §1. La nature du droit personnel | 411 |
| A. Structure du droit personnel..... | 411 |
| B. L'objet et le contenu du droit personnel | 412 |
| §2. La patrimonialité du droit personnel | 414 |
| A. L'appartenance du droit personnel..... | 414 |
| B. La disponibilité du droit personnel | 415 |
| Section II. Le domaine des droits personnels : la question des droits sociaux..... | 420 |
| §1. Réfutation de la nature réelle des droits sociaux | 421 |
| A. Confusion de l' <i>instrumentum</i> et du <i>negotium</i> | 422 |
| B. L'incorporation du droit dans le titre | 424 |
| §2. Affirmation de la nature personnelle des droits sociaux | 425 |
| A. Aspect pécuniaire du droit social..... | 426 |
| B. Aspect politique du droit social | 430 |
| Conclusion du chapitre II | 434 |
| Conclusion du titre I..... | 436 |
| Titre II. Les figures modernes | 438 |
| Chapitre I. Les droits d'exploitation concédés | 442 |
| Section I. Les droits d'exercice..... | 444 |
| §1. Les licences | 445 |
| A. Définition des licences..... | 445 |
| B. Patrimonialité des licences..... | 446 |
| §2. Les offices ministériels | 452 |
| A. Définition des offices ministériels | 452 |
| B. Patrimonialité des offices ministériels | 452 |
| Section II. Les droits à produire..... | 457 |
| §1. Les droits à produire disparus | 458 |
| A. Les quotas laitiers et betteraviers..... | 459 |
| B. Les palliatifs à leur suppression : les droits à paiement de base | 461 |

| | |
|--|-------------------|
| §2. Les droits à produire pleinement patrimoniaux..... | 463 |
| A. Les quotas d'émission de gaz à effet de serre (GES)..... | 463 |
| B. Les certificats d'économie d'énergie (CEE)..... | 466 |
| §3. Les droits à produire faiblement patrimoniaux | 468 |
| A. Les autorisations de plantation et de replantation de vignes..... | 468 |
| B. Autres illustrations : les quotas de pêche et les unités de biodiversité..... | 472 |
| Conclusion du chapitre I..... | 476 |
| Chapitre II. Les droits d'exploitation conquis | 478 |
| Section I. Les droits intellectuels | 479 |
| §1. Le modèle propriétaire | 480 |
| A. L'avènement du modèle propriétaire | 480 |
| B. Actualité du modèle propriétaire | 484 |
| §2. Le rejet du modèle propriétaire | 487 |
| A. La qualification écartée : le droit de propriété..... | 488 |
| B. La qualification retenue : le droit d'exploitation..... | 492 |
| Section II. Les quasi-monopoles..... | 499 |
| §1. Le droit sur l'information..... | 499 |
| A. Rejet de la thèse de la propriété | 503 |
| B. La thèse du quasi-monopole | 506 |
| 1. L'exploitation d'une base de données..... | 506 |
| 2. Le quasi-monopole sur l'information secrète..... | 507 |
| §2. Le droit sur la clientèle..... | 517 |
| A. Réfutation des arguments contre la patrimonialité de la clientèle..... | 519 |
| B. Admission de la nature patrimoniale de la clientèle | 524 |
| Conclusion du chapitre II | 530 |
| Conclusion du titre II..... | 531 |
| <i>Conclusion de la partie II</i> | <i>533</i> |
| <i>Conclusion générale.....</i> | <i>537</i> |
| <i>Index alphabétique.....</i> | <i>543</i> |
| <i>Bibliographie</i> | <i>549</i> |
| <i>Table des matières</i> | <i>603</i> |

Résumé de la thèse : *Le bien juridique. Essai sur le système des droits patrimoniaux*

Malgré son omniprésence dans le discours juridique, le terme « bien » n'est que rarement appréhendé en lui-même. Constamment vu sous l'angle réducteur des choses et de la propriété, il devient pressant de le définir, à l'aube d'une éventuelle réforme du droit des biens. Deux étapes doivent être suivies.

La première est une étape de qualification, consistant à élucider sa nature et son régime. Substantiellement, le bien est un objet tant économique que juridique : objet de valeur apte aux échanges, il est encore un objet dont la qualification dépend de considérations politiques. Objet juridique, le bien se résume plus fondamentalement au droit patrimonial. Tous les droits patrimoniaux – les biens – partagent un régime commun. Tous sont l'objet d'un rapport d'appartenance et d'une maîtrise semblable. Au cœur du régime des biens figure la titularité, unifiant le régime des biens.

La seconde est une étape de classification. L'unité des biens dans leur extériorisation ne saurait en effet faire oublier que les biens diffèrent les uns des autres par leur objet et leur contenu. Ce principe de classement permet de distinguer, à côté des droits réels et des droits personnels dont les contours sont redéfinis, la figure des droits d'exploitation, évoluant en marge de la distinction classique des droits patrimoniaux et dont les aspects se trouvent également présentés.

Mots-clés : Bien - Titularité - Disposition - Opposabilité - Exclusivité - Possession - Propriété - Créance - Droits patrimoniaux - Droits réels - Droits personnels - Droits d'exploitation - Monopole - Valeur

Title and abstract: *Property. Essay on the Patrimonial Rights System*

Despite its omnipresence in the legal discourse, the word “Property” (*Bien*) is hardly considered in itself. Constantly seen through the reductive prism of things and ownership, it has become urgent to define it, at the dawn of a potential reform on Property Law. Two steps must be followed for this purpose.

The first one is a qualification step, consisting in clarifying its nature and its regime. Substantially, Property is both an economical and a legal object: valuable and tradable, it is also an object whose qualification depends on political considerations. As a legal object, property can essentially be defined as a patrimonial right. All patrimonial rights share a common regime. All of them are attached to the person who can control them. At the heart of property regime lies what we call “Holdership” (*Titularité*).

The second one is a classification step. The unity in properties externalization cannot conceal the fact that properties differ from one another in their object and content. With this principle of classification, we can distinguish between, and redefine, real rights (in rem), personal obligation (right to a service) and exploitation rights.

Keywords: Property - “Holdership” - Right to Dispose - Opposability - Exclusivity - Possession - Ownership - Debt - Patrimonial Rights - Real Rights - Personal Obligations - Exploitation Rights - Monopoly - Value