

Université Paris-Dauphine
Master 213 Droit Notarial

Droit des biens
Arnaud Raynouard
Arnaud.raynouard@dauphine.fr

Xavier Amar
Promo 2010/2011

Droit des biens

Arnaud RAYNOUARD

Introduction

Le droit romain avait une vision de la propriété qui correspond parfaitement à l'analyse qui est faite aujourd'hui de la propriété. D'une certaine manière, on revient aujourd'hui à cette vision plus économique. Ainsi, le Code civil a prévu des règles applicables qui répondent précisément aux difficultés que soulève l'analyse économique. Si on donne du pouvoir sur un bien à quelqu'un, comme un usufruit, il y a toujours des effets pervers (non voulus) : c'est le résultat d'un texte qui crée une situation qui n'a pas été voulue par le législateur, et qui se révèle positive ou négative.

Le Code civil de 1804 avait déjà anticipé de nombreux problèmes que l'on retrouve aujourd'hui.

C'est dans cette optique qu'il est intéressant de poser quelques éléments d'**analyse économique de la propriété**.

L'analyse économique du droit est l'application à des concepts juridiques de la démarche et des outils de sciences économiques, et notamment le passage de mécanismes d'économétrie, soit l'utilisation d'études empiriques pour vérifier certains postulats.

Dans le cadre de l'analyse économique, la propriété est le fait d'*attribuer à une seule personne ou à un groupe de personnes le pouvoir de décision sur la façon d'utiliser une ressource, ainsi que les gains ou les pertes qui résulteraient d'une ressource*. C'est le **pouvoir de décision**.

Or, dans une société, le pouvoir de décision appartient au gérant, alors que le propriétaire est l'associé. Le **coût d'agence**, c'est le fait que les **intérêts des dirigeants au quotidien vont différer de ceux des actionnaires**. Il faut donc des mécanismes pour que les actionnaires puissent contrôler l'action des dirigeants. **Pour les économistes, le propriétaire d'une société est le dirigeant, et l'actionnaire est finalement simplement un créancier** de la société d'une certaine manière. La propriété pour les économistes, c'est le pouvoir de décision.

La propriété finalement, c'est le fait que la **ressource est retirée de la libre accessibilité**. Si on retire le bien de la libre accessibilité, on ne peut le faire qu'en donnant le pouvoir à une personne. Le tuteur a bien un pouvoir de décision sur les biens de l'incapable, et il va pouvoir faire des actes comme un propriétaire. Ainsi, la chose va être réservée au propriétaire : c'est la notion d'**exclusivité**.

Dès lors, trois questions se posent :

- Pourquoi cette appropriation exclusive rend-elle le bien d'avantage disponible pour l'ensemble de la communauté ? le fait de faire naître un marché crée une mobilité des biens beaucoup plus grande.
- Pourquoi est ce que la propriété continue-t-elle aujourd'hui à être un pilier de l'organisation sociale ? Elle existe depuis les sociétés primitives, mais elle est préférée aujourd'hui à d'autres modes de gestion (libre accès à tous, attribution par une autorité, lotterie...). Au regard de ces trois modes d'attribution de ressources rares, la propriété demeure un des meilleurs moyens, mais pas nécessairement, et pas toujours !
- Comment en est-on arrivés à créer de nouvelles formes de propriété ? Ce sont surtout des nouveaux biens, et non pas une nouvelle propriété ? Finalement, comment est-ce qu'on en arrive à étendre la propriété ?

Traditionnellement, on est propriétaire de son bien immobilier. Progressivement, la terre, l'immobilier va devenir objet de l'appropriation, ceci avec des systèmes comme celui anglais, à savoir le fait que la couronne, l'Eglise conserve une bonne partie de la propriété immobilière du pays de Gales par exemple. Les propriétaires ont en fait un simple droit de jouissance.

Il y a même eu une extension de la propriété à d'autres formes de biens, comme l'image, etc... Ce sont clairement des biens objets de propriété aujourd'hui.

Le rôle essentiel de la propriété est aujourd'hui indiscutable, mais aujourd'hui, un certain nombre de ressources ne peuvent pas ou ne doivent pas faire l'objet d'une appropriation (voies publiques, voies navigables, espace aérien...).

Les *creative commons*, c'est une forme de copyright, créé en réaction au copyright américain : ils sont nés notamment par rapport aux droits de propriété sur internet (téléchargement, etc...). C'est simplement la recreation d'une forme d'appropriation dite créative, c'est-à-dire qu'on met sur le réseau une œuvre de l'esprit, mais au lieu de la mettre sous un copyright, je la mets sous un *creative commons*, et je dis exactement quels sont les droits que j'accorde aux utilisateurs.

Les *patent pools*, c'est mettre des brevets dans une « piscine », et permettre l'accès à tous ceux qui ont mis dans la piscine. C'est le même mécanisme que les sites de téléchargement qui permettent de télécharger à hauteur de ce qu'on peut uploader.

Pour Douglass North, économiste américain, prix Nobel d'économie de 1993, a beaucoup travaillé sur des questions de droit et de développement. Ce seraient des arrangements institutionnels. Il considère que le développement de l'occident est lié précisément à avoir créé des institutions politiques qui permettent précisément d'un côté de protéger la propriété, et de l'autre d'en limiter les éventuels gâchis ou spoliations. Ainsi, si jamais ses effets ne sont pas atteints, la propriété ne serait pas absolue, au point d'en avoir des effets négatifs. L'exclusivité caractérise le plus la propriété.

L'exclusivité est importante, car si un bien était en libre accès, il risquerait d'y avoir surconsommation, à moins que le bien existe en abondance. Si la ressource est abondante, personne n'a d'intérêt à s'en priver, ni d'aménager l'accès à cette ressource.

C'est la question des *freeriders*, en français des passagers clandestins, pour savoir qui profite d'un bien alors que ce sont les autres qui payent.

Pour qu'un bien fasse l'objet d'une exclusivité, il faut que l'objet auquel on va appliquer la propriété supporte une forme d'exclusivité. Elle n'a pas besoin d'être parfaite, mais elle doit être suffisante. Or, cela induit un contrôle, une sanction et une mise en application de la sanction.

Le titulaire de la propriété va exercer trois prérogatives : pour les économistes, les trois prérogatives connus par les juristes (*usus*, *fructus*, *abusus*) sont liés à la propriété, mais le titulaire de ces prérogatives sera un propriétaire, alors même qu'en droit, on considèrera que ce n'est pas un propriétaire.

L'avantage de ces prérogatives se trouve sur le terrain des incitations. En conférant une propriété privée (*fructus* et *abusus*), on donne un intérêt direct pour le propriétaire. Ainsi, ceci va l'inciter à gérer au mieux, et de manière innovante, ces objets de propriété. C'est un effet incitatif, qui ne passe pas forcément par la propriété de l'article 544 C. Civ. Par exemple, l'usufruitier est titulaire de prérogatives, mais il n'est pas propriétaire. Pour préserver la propriété, il va falloir trouver des mécanismes qui vont assurer la conservation des biens : l'usufruitier qui n'est pas propriétaire, et qui se fiche du bien, va être obligé de le restituer, afin d'assurer la bonne gestion et utilisation du bien.

Si on a accès égal au bien, on va utiliser la ressource de manière à maximiser sa situation individuelle. Or, en cas d'égal accès, on constate une maximisation individuelle, sans égard pour la préservation collective du bien. Progressivement, on va vers une ruine collective, parce que la ressource sera dilapidée. L'exemple typique, ce sont les quotas de pêche. Ceci soulève un problème moral, qui appelle donc une régulation : c'est là qu'on trouve tout le débat entre le non interventionnisme, et l'intervention de la personne publique.

Si on compare le mécanisme de la propriété à un mécanisme dans lequel on serait en position d'utiliser un bien par la violence ou par la force, et que c'est le plus fort qui va pouvoir utiliser la chose, comme il sait qu'il va pouvoir se faire déposséder, il va maximiser le plus possible, même au détriment du capital.

Enfin, si on a des mécanismes d'appropriation qui reposent sur le favoritisme, le problème qui se pose peut ruiner une société : on trouve un problème de redistribution, et donc d'incitation à entreprendre.

L'abusus est la possibilité de pouvoir détruire ou aliéner un bien : cette capacité attachée à la propriété de transférer le droit permet la création d'un marché. Ce mécanisme permet également la formation d'un prix. Cela permet une incitation à une bonne gestion et à une responsabilisation des acteurs. Du coup, l'avantage comparatif de la propriété repose sur trois éléments :

- Grâce à la propriété, il y a une réduction des coûts du fonctionnement de l'échange. On n'a pas besoin d'une structure administrative complexe, on réduit la violence, etc...

- Cela joue un rôle d'information : c'est parce qu'il y a une propriété individualisée qu'on sait qu'un bien est disponible sur un marché.
- Cela permet d'accorder des prérogatives (incitations fortes).

Ce mécanisme d'allocation des ressources rares, tel que les économistes le voient et l'utilisent, a vocation à évoluer car la rareté et les ressources évoluent. Le mécanisme qui est apte à gérer la rareté va évoluer. Pour les juristes, il y a une nécessité, qui est de voir si la forme de l'appropriation est la seule possible ? Y a-t-il d'autres moyens pour arriver à une situation économique viable ?

On se demande si le droit des biens permet l'appropriation des valeurs mobilières ?

Approche historique

En 1804, lors de la rédaction du Code civil, on dit que la propriété est unifiée : le Code civil adopte un seul article, l'article 544, qui dit que « *la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue qui soit, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements* ». Un seul texte fait donc naître une conception unitaire. On ne distingue plus la propriété selon la nature mobilière ou immobilière du bien.

Les régimes étaient radicalement différents. Or, sous l'ancien droit, on distinguait clairement deux types de propriétés, et on pensait qu'elles étaient différentes.

Toutefois, la réalité des choses continue à exister. On ne saisit pas de la même manière un meuble ou un immeuble. En outre, dans le Code civil, il n'y a quasiment que des notions de propriété immobilière. Il n'y a pas de vrai régime développé en matière mobilière.

Le droit des biens a donc évolué, et il y a quatre traits marquants, découlant du fait que 1804 est en rupture idéologique et théorique sur la notion de propriété : il n'y a plus qu'une seule propriété.

- Les **propriétés simultanées** des biens fonciers : c'est l'idée selon laquelle pendant très longtemps, des origines jusqu'à la révolution française, on connaît sous l'ancien droit des propriétés dites simultanées. **L'immeuble supporte plusieurs propriétés.** Chacune de ces propriétés porte sur une utilité distincte du fonds. Le roi était propriétaire de l'ensemble du territoire, et le duc détenait la jouissance de sa terre. Ce duc allait donner le droit de pâture, le droit de résider, etc, à ses vassaux.
- La **propriété exclusive** des biens, qui apparaît à partir de la Révolution. Aucun texte du Code ne distingue propriété mobilière et propriété immobilière. En outre, d'un point de vue politique, la propriété est à l'époque l'instrument de libération de l'homme du système du servage (article 17 DDHC).
- La **propriété mobilière** : celle-ci a très peu évolué au fil des âges. Le régime suit une conception très réaliste. Le meuble est par essence mobile, il a une vocation à circuler, et il est entièrement soumis au pouvoir d'un individu.
- La situation actuelle marquée par un **droit des biens en pleine mutation**. On trouve une renaissance des propriétés simultanées (copropriété juridique de l'immeuble bâti : les parties communes, propriété du dessous et du dessus...). L'exclusive de la propriété immobilière est en recul face au droit de l'exploitant. C'est classiquement le droit du fermier à bail, qui a des droits contre le propriétaire, l'expropriation pour cause d'utilité publique, les servitudes d'intérêt général, la fiscalité (atteinte au droit du propriétaire au profit de la collectivité).
Enfin, la mutation se caractérise aussi par le fait que la nature physique des biens perd de l'importance, notamment avec le développement des biens incorporels. Il faut distinguer les biens incorporels que l'on ne peut saisir (une tradition) et immatériels. Il n'y a pas tant de biens immatériels que ça : il y a un bien scriptural.

Le 20^e siècle était le siècle du contrat. Le 21^e sera celui des biens. La fiducie qui est présentée sur le terrain du contrat est bien un mécanisme d'appropriation. Il en est de même au niveau de l'EIRL.

Chapitre 1 : Rappels théoriques

1. Classifications

1.1. La nature corporelle ou incorporelle des biens

On est en présence d'une distinction assez évidente. Pour la plupart des gens, le bien et son corps sont confondus. On considère qu'est un bien une chose qui a un corps. Certains auteurs ont pu considérer que s'il n'y avait pas de corps, on ne serait pas en présence d'un bien.

François Terré écrivait encore en 2005 que les titres de société n'étaient des biens qu'en raison de leur support, ce qui revient à dire que tout ce qui est incorporel aujourd'hui n'est pas un bien. C'est évidemment faux.

Les **droits sont des biens**. On peut se poser la question au sujet de l'information : tout dépend des droits. Enfin, les universalités (fonds de commerce, portefeuille de titres...) sont a priori incorporelles. Il y a quand même des questions qui se posent.

Un **bien corporel** est un bien qui a une **consistance**, que l'on peut saisir à la main. On trouve toutes les choses de la nature, et toutes les choses créées par l'homme. Dès lors il peut exister des biens corporels sans maître, alors que les biens incorporels, notamment les œuvres de l'esprit, ne peuvent pas exister sans maître.

Les *res nullius* sont des choses sans maître, dont on peut devenir propriétaire par occupation.

Les *res derelictae* sont des choses abandonnées. C'est une chose sans maître, dont l'ancien maître a eu la volonté d'abandon de la propriété. Si en revanche c'est une perte, l'emprise matérielle a disparu mais la volonté d'abandon n'existe pas. Concernant l'épave et le trésor, il y a un régime particulier pour les choses perdues ou découvertes.

Les **biens incorporels**, ce sont en fait les **droits**. Ces droits consistent en un rapport juridique entre deux personnes déterminées ou déterminables. On va trouver dans ces rapports des droits personnels ou des droits réels.

Les droits personnels sont les droits de créance, qui s'exercent au profit d'une personne contre une autre personne. Le risque d'exécution est plus fort, puisque l'inexécution de quelqu'un est toujours possible.

Les droits personnels sont des biens incorporels, qui figurent à l'actif du patrimoine. Ils peuvent être transmis, ils peuvent être utilisés à titre de garantie. Encore une fois, toute la doctrine a discuté cette notion jusqu'à la fin du 20^e siècle.

Aujourd'hui, on va avoir des mécanismes spécifiques pour faire circuler une créance.

Les droits réels sont les droits sur la chose d'autrui. Autrement dit, la propriété n'est pas un droit réel : ça n'a pas de sens. Par exemple, on trouve l'usufruit, les servitudes, les droits du fiduciaire sur le patrimoine... Le droit de propriété n'a de sens qu'à l'égard des autres. La propriété est donc un mécanisme, un lien d'appropriation de droits personnels, de droits réels, et de droits de propriété.

Derrière un droit réel, il y a deux éléments caractéristiques : un droit de suite, et un droit de préférence. Il est absurde de dire que la propriété confère un droit de suite et un droit de préférence pourtant. Ainsi, le droit de suite et le droit de préférence n'ont de sens que dans le cadre d'un droit réel.

Concernant les propriétés incorporelles, il faut évoquer les **clientèles**, à la fois civiles et commerciales : concernant les clientèles commerciales toutefois, il y a une réglementation plus ferme, puisque le régime du fonds de commerce comprend sa clientèle. Concernant la clientèle civile, il est difficile de mettre en œuvre ce concept reconnu par le droit. Il est difficile de vendre une clientèle civile, puisqu'il n'y a pas de registre civil.

Concernant les **offices ministériels**, il s'agit d'une propriété incorporelle, en ce sens que le bénéficiaire du droit d'exploitation est titulaire d'une propriété dans son patrimoine.

Concernant les **universalités**, de fait ou de droit, leur intérêt est de voir comment elles transforment le traitement juridique des éléments le composant de l'universalité elle-même. C'est un ensemble de biens qui sont constitutifs d'un bien distinct.

1.2. La nature mobilière ou immobilière des biens

Un bien immobilier est un bien dont la situation physique est immobile, alors que le bien mobilier est mobile. Il y a pourtant aussi des biens mobiliers qui ne se déplacent pas, et des biens immobiliers qui se déplacent (on a déjà déplacé un immeuble).

La loi nous dit qu'il y a trois types d'immeuble. Selon l'article 516 du Code civil, « *tous les biens sont meubles ou immeubles* ». L'article 517 précise que « *les biens sont immeubles par leur nature, par leur destination ou par l'objet auxquels ils s'appliquent* ».

1.1.1. Les immeubles

1.1.1.1. *Les immeubles par nature*

Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par nature. Or, ce n'est que le sol qui est immeuble par nature. Ici, les bâtiments sont immeubles par accession.

Il peut se poser certaines questions, comme celles de savoir ce qu'est une éolienne. Ce n'est en tous cas pas un bien immobilier par nature.

1.1.1.2. *Les immeubles par destination*

Le bien meuble est considéré comme immeuble à titre accessoire de l'immeuble auquel il se rattache. Il s'agit des meubles nécessaires à l'exploitation par exemple. C'est une justification économique : il meuble est indissociable de l'immeuble.

Quels sont les critères qui disent qu'un meuble est immeuble par destination ? L'article 524 du Code civil précise que « *sont aussi immeubles par destination tous effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure* ».

Il y a deux critères : placer pour le service du fonds (on parle d'attache dans le Code civil), et

1.1.1.3. *Les immeubles par l'objet auxquels ils s'appliquent*

Les droits immobiliers sont immobiliers. L'objet du droit étant immobilier, la nature immobilière réagit sur le droit. C'est absurde pourtant, mais c'est ce qu'on trouve dans l'article 526 : l'usufruit des valeurs immobilières, les servitudes ou services fonciers, et les actions tendant à revendiquer un immeuble. C'est une catégorie très dérogatoire.

Par conséquent, pour rendre opposable ces trois catégories, il faut les publier, comme s'il s'agissait de la propriété d'un immeuble.

1.1.2. Les meubles

Si tous les biens ont vocation à être immeubles, ça veut dire que les meubles sont une catégorie résiduelle.

A la définition posée par la loi (plutôt inutile, puisque le critère est la mobilité), celle-ci a ajouté la catégorie des meubles par anticipation. La loi a ajouté cette idée de l'extension de la catégorie du bien meuble aux droits mobiliers.

1.1.2.1. *Les meubles par nature*

« *Sont meubles par leur nature les animaux et les corps qui peuvent se déplacer d'un point à un autre* ». Depuis 1999, les animaux ne sont plus des biens, donc plus des meubles. Ce sont plutôt des universalités.

Dès que les meubles ont une certaine stabilité ou une certaine valeur, on leur donne un régime juridique qui s'éloigne du régime juridique des meubles pour se rapprocher de celui des immeubles (aéronefs, bateaux (plaisance), navires (professionnels)...), ceci pour leur donner une sécurité juridique qui se rapproche de celle portant sur les transactions immobilières.

La particularité du régime des biens meubles par nature, c'est un régime peu formaliste, dans le mode d'acquisition et sa preuve. Ce régime est fondé sur l'apparence, et la nécessité d'une transaction rapide : d'où le rôle dévolu à la possession. Or, c'est un peu artificiel pour les meubles incorporels. Même si la monnaie scripturale demeure un bien meuble, son régime juridique ne sera pas exactement le même que pour un bien meuble corporel. Il y a toutefois une présomption de propriété des sommes figurant sur un compte pour le titulaire du compte.

Les mécanismes sont donc finalement assez cohérents, assez simples.

Il y a une distinction dans les biens meubles : il s'agit des meubles meublant. Cela a un intérêt, du point de vue fiscal, et du point de vue des sûretés : un privilège immobilier, une sûreté va pouvoir s'étendre aux meubles meublants. Lorsque la loi l'envisage, cela peut déterminer l'assiette d'un droit.

Par exemple, le bailleur d'un bien immobilier a un privilège dont l'assiette porte sur les meubles meublant le bien loué. Il y a donc un intérêt attaché à la catégorie « meubles meublants ». La limite est posée toutefois par les meubles nécessaires pour occuper l'espace.

Du point de vue fiscal, dans les successions, il y a un forfait pour les meubles meublants. On ne va pas tous les évaluer, on va entrer, si on le souhaite, dans le forfait « meubles meublants ».

Par exemple, si on hérite d'une maison dans laquelle il y a une collection de tableaux, il faut se demander s'il s'agit d'une universalité ou de meubles meublants attachés à la maison.

1.1.2.2. Les meubles par anticipation

C'est une catégorie que l'on ne trouve pas par la loi, mais qui est prévue par la jurisprudence : c'est le mouvement inverse de l'immeuble par destination. Il s'agit des immeubles qui vont devenir meubles.

Si on les considère comme des immeubles tant que la pomme est attachée à l'arbre, ça veut dire que la vente est une vente immobilière. C'est un peu compliqué pour vendre des pommes. Le fait d'anticiper permet tout simplement d'utiliser aujourd'hui le régime peu formaliste et souple de la vente d'un bien mobilier alors que le bien est immobilier.

1.1.2.3. Les droits mobiliers

L'article 529 du Code civil indique que certains biens sont mobiliers par détermination de la loi, comme les actions ou effets dans les compagnies de finance, etc... Il s'agit des titres de société commerciale.

Avant 1804, l'immeuble joue un rôle fondamental, que ce soit dans la composition du patrimoine ou dans l'affirmation d'un pouvoir politique. Ainsi, les biens mobiliers considérés comme d'une grande importance sont considérés comme immobiliers. Le fait d'acheter une rente perpétuelle fait naître une créance contre l'Etat. Comme c'était important, le grand livre de la rente et la rente perpétuelle étaient considérés comme un bien immobilier. En 1804, puisqu'on revient sur ça, on a besoin d'affirmer que les parts de société sont des meubles.

1.3. La distinction quant à la valeur des choses

Les biens sont des choses vivantes : leur configuration peut évoluer. La substance d'un bien peut s'accroître, soit par un apport extérieur, soit par génération spontanée (une créance d'argent produisant un intérêt s'accroît par elle-même). Ceci soulève tout une série de questions d'un point de vue économique, et en droit.

La question est de savoir si le nouveau bien se détache ou non du premier bien. En outre, est-ce que le nouveau bien s'ajoute au premier bien, ou remplace le premier bien ?

C'est pour ça qu'il y a des classifications particulières, que l'on connaît.

1.3.1. Les biens frugifères

1.3.1.1. Les produits et les fruits

Un **produit** est un bien qui **provient d'un autre bien en le détruisant** (carrière : à force d'exploiter, on détruit le bien initial). Un bien frugifère est un bien qui produit d'autres biens, sans destruction immédiate du bien dont il est issu. La distinction est essentielle, car les questions en droit vont être essentielles.

Si les biens sont frugifères ou non, il va falloir déterminer les pouvoirs, l'appropriation, etc... Comme les biens mobiliers vont nécessiter une gestion particulière, il va falloir déterminer les pouvoirs que le gestionnaire a.

Un **fruit** est quelque chose qui est **produit par un bien qui ne se détruit pas**. Le terme de fruit désigne des biens de toute nature, alors que le terme de revenus est destiné uniquement aux sommes d'argent. Un revenu est un fruit, mais comme ils 'agit d'une somme d'argent, un régime spécifique va s'appliquer.

On distingue :

- le fruit naturel : produit sans intervention de l'homme,
- le fruit industriel : produit à la fois par l'homme et naturellement,
- et le fruit civil (entièrement le résultat de l'activité humaine).

Ce qui est important, c'est de distinguer fruit et produit.

Si on constitue un usufruit sur une carrière, c'est un problème, puisque l'usufruit comporte la charge de conserver la substance du bien. Or, avec une carrière, ça pose un problème. C'est la même chose pour une cave à vin.

C'est pour ça qu'il y a des contrats spéciaux, particuliers, qui ont été mis en place pour les carrières. Le bail peut aussi soulever des incompatibilités, puisque le preneur va modifier la substance des lieux loués.

Les conséquences en droit, c'est surtout sur le régime des fruits qu'il faut l'évoquer.

1.3.1.2. Les conséquences de la distinction

La propriété des fruits : lorsqu'ils naissent, les fruits sont considérés comme faisant partie du bien qui les a produits. Par **accession**, le propriétaire du bien devient propriétaire des fruits. On accède à la propriété du fruit par la propriété du bien.

C'est dans cette idée qu'on dit que **l'accessoire suit le principal**. Le lien physique entre les deux disparaît dans les fruits naturels et industriels. Le propriétaire du capital devient propriétaire des fruits, puisque ce sont des accessoires du principal. On peut presque dire qu'il y a eu une dématérialisation de la conception de l'accession, puisque cela s'applique aussi aux fruits civils (force de travail, création de richesse).

Aujourd'hui, la force du travail même devient un bien. D'une certaine manière, c'est un peu ce à quoi on arrive avec l'EIRL, l'auto-entrepreneur, etc... On arrive simplement à la mise à disposition de la force de travail. On substitue la relation de travail par la mise à disposition de la force de travail. Tout ceci donne un cadre juridique à une situation économique et sociale nouvelle, qui est la disparition du travail salarié.

L'administration des fruits : ici, on est au cœur de l'enjeu de la qualification : quels sont les actes qu'une personne non propriétaire peut accomplir sur des biens dont elle assure la gestion ? La ligne de démarcation est simple, et repose sur des classifications simples : acte de conservation, d'administration et de disposition.

Tout ce qui consiste en une **aliénation ne peut pas être accompli**, normalement, **par le tiers**, quand bien même on lui aurait donné des pouvoirs. Les actes de disposition ne peuvent pas être accomplis par le tiers. Si c'est un bien frugifère, le tiers peut réaliser tout acte de conservation et d'administration.

Or, **l'acte de disposition est parfois nécessaire à la gestion** : le portefeuille de valeurs mobilières par exemple. Ne pas vendre des titres et les remplacer par d'autres reviendrait à porter atteinte au capital. Dans certaines situations particulières, il y a une marge d'appréciation.

Le **possesseur ne fait jamais sien les fruits, sauf lorsque le possesseur est de bonne foi** (art. 549).

La réforme de l'indivision n'a pas simplifié le régime : on conserve les catégories suscitées, imprécises. Toutefois, il faut remarquer qu'il est difficile d'anticiper sur toutes les situations qui peuvent se présenter.

1.4. La distinction quant à l'existence des choses

Pour approprier quelque chose, il faut qu'elle existe. Toutefois, est ce qu'on peut vendre quelque chose qui n'existe pas ? Oui, on peut, il s'agira d'une **chose future**. C'est une première catégorie liée à l'existence.

Si on prête un plateau de fromage, le fromage est un **bien consommible**. Si c'est à charge de restitution, il faut savoir si on peut restituer quelque chose d'équivalent.

Si on nous prête de l'argent, on nous prête des **biens fongibles** : on doit restituer la valeur, et pas exactement les mêmes billets.

1.4.1. Les choses futures

L'article 1130 nous dit que **les choses futures peuvent être l'objet d'obligations**. Les pactes sur succession future sont toutefois prohibés (en principe). Un certain nombre de stipulation et de situations sont considérés comme acceptables aujourd'hui, alors même que c'était un pacte sur succession future à une époque (donation de parts de sociétés civiles à des héritiers).

On peut prévoir aujourd'hui une obligation portant sur un bien futur. Ceci a toutefois une conséquence dans notre système juridique : si on rédige un contrat portant sur la création d'un bien à venir (VEFA), il y a toute une série de conséquences. La plus importante porte sur le transfert de propriété. Quand on vend une chose future, on

en devient propriétaire à la création uniquement. Tant que la chose n'est pas créée, on est dans une obligation de faire, et non pas une obligation de livrer.

En droit civil, on ne force pas l'exécution. On compense avec des dommages et intérêts. Toutefois, il y a une solution, à savoir l'astreinte. Il est intéressant de prévoir cette astreinte dans l'acte authentique, car celui-ci a force exécutoire (sous réserve de ne pas oublier le paragraphe « force exécutoire » en fin d'acte).

1.4.2. Les choses fongibles

Il s'agit d'un bien interchangeable. Cette catégorie existe et dont les effets semblent toujours les mêmes : un bien est interchangeable car il est produit en masse (pomme, dernier ouvrage de tel auteur, etc...). Si on nous vend tel numéro ancien d'un livre, ce n'est plus un bien fongible.

Un bien est fongible par essence. On peut toutefois limiter la fongibilité d'un bien. La fongibilité peut être prévue dans un rapport de droit : d'où l'intérêt de prévoir des obligations alternatives ou cumulatives : il s'agit de la possibilité de dire que dans l'exécution, on considère comme interchangeable le bien qu'on va nous remettre. On peut aussi considérer qu'un bien fongible ne le sera pas.

Ce qui est important dans ce cas, c'est le transfert de propriété. Si ce n'est pas un bien fongible, il n'y a pas transfert de propriété. Si c'est un bien fongible, il y a transfert de propriété, avec obligation de faire, à savoir rendre l'équivalent. Il y a une différence entre gage d'espèces, ou nantissement de compte. Dans ce dernier cas, on ne devient pas propriétaire.

Dans une certaine mesure, la fongibilité est relative et peut être aménagée par un contrat.

Normalement, les choses fongibles ne disparaissent pas. On ne peut pas jamais échapper à l'obligation d'exécution d'une restitution de somme d'argent (sauf à prouver qu'il n'y a plus d'argent sur terre).

Concernant la vente d'un bien, il faut distinguer l'unité monétaire comme moyen de paiement. Le seul moyen de paiement qui ait cours légal en France, c'est une somme d'argent libellée en Euros. En revanche, la somme monétaire considérée comme une unité de compte est une unité de mesure, et là, on peut prévoir le contrat dans la monnaie que l'on veut.

1.4.3. Les choses consomptibles

C'est un bien qui est détruit par sa première utilisation.

IL peut y avoir une consomptibilité matérielle (denrées alimentaires) ou consomptibilité civile (bien qu'on envisage dans la relation de droit qu'au regard de la consommation comme une vente de bêtes pour l'abattoir).

L'intérêt attaché à cette catégorie se pose quand à la restitution : c'est impossible, sauf si c'est une chose fongible. En effet, la restitution d'un corps certain est impossible quand il est consomptible. Par conséquent, il y a un risque de perte du bien. Toutefois, si cette perte n'est pas fautive, il y a une exonération de celui qui en était tenu.

1.5. La distinction quant à la commercialité des biens

Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous la modification prévue par la loi. On peut disposer de ses biens comme on le souhaite.

En droit, disposer d'un bien est se priver de tout ou partie de ses utilités. On vend ou on constitue une charge réelle sur un bien.

Sous les modifications établies par la loi, cela veut dire que c'est sous réserve des règles spécifiques qui viendraient porter atteinte à la libre disposition.

Or, la commercialité pose des règles qui viennent limiter les pouvoirs d'un propriétaire.

Quand la loi affirme qu'un propriétaire a la libre disposition, c'est un peu un pléonasme. Ce qui est important, c'est que l'article 537 pose un principe d'ordre public de **libre disposition**. L'ordre public vient limiter en négatif la liberté, puisque l'article 537 interdit par principe aux particuliers de retirer un bien du commerce. On peut décider de ne pas céder, mais on ne peut pas créer une inaliénabilité qui affecterait en tant que charge réelle le bien. On ne peut pas transférer un bien et dire qu'il sera inaliénable.

Lorsque le code vise le commerce juridique, on ne parle pas de commerce. Il s'agit simplement de la capacité d'un bien à faire l'objet d'un rapport d'un droit. Le commerce juridique est compris comme la possibilité pour

un bien d'être l'objet d'un contrat de vente, d'une donation, ou de n'importe quel rapport de droit. Il faut donc voir cet article comme un principe d'ordre public qui interdit de retirer de l'espace juridique un bien, sauf autorisation faite par la loi.

Par conséquent, le bien inaliénable, c'est normalement une création de la loi.

En revanche, il y a une autre catégorie qui relève de cette idée de commercialité, à savoir les biens relevant du **domaine public** ou du domaine privé. Les biens du domaine public vont être soumis à un régime particulier, et ne vont pas pouvoir faire l'objet aussi simplement d'un rapport de droit. Cela ne veut pas dire que tous les biens du domaine public ne peuvent pas être vendus, mais il y a une procédure particulière (déclassement, etc...).

On va distinguer au sein du domaine public le domaine public inaliénable et le domaine public aliénable. On ne pourra pas demain faire tomber le lien d'affectation des ogives nucléaires posées sur le territoire. En revanche, on pourra peut être acheter un loft quai d'Orsay là où il y avait un musée si l'Etat a besoin d'argent. Pour devenir aliénable, il faut donc une procédure.

Dans **certaines hypothèses**, la **loi prévoit la possibilité de limiter la circulation d'un bien**. Il s'agit de **l'inaliénabilité** (article 900-1). Il s'agit des clauses de substitution de l'ancien droit : donation à charge pour le gratifié de transmettre le bien à une personne déterminée.

La loi sur les procédures vient aussi perturber le mécanisme, puisqu'elle vient retirer du gage des créanciers certains biens pour les rendre indisponibles.

La jurisprudence considère parfois que sont hors du commerce juridique un certain nombre d'éléments, mais c'est très évolutif. Avant 2000, les créances civiles étaient hors du commerce juridique. Les clientèles civiles étaient hors commerce. Il y avait toutefois une parade, à savoir le droit de présentation. Les créances alimentaires sont hors commerce.

Les sépultures, les souvenirs de famille, sont hors du commerce juridique.

Le fait de retirer du commerce est une **technique législative pour atteindre un but spécifique**. Pour empêcher le braconnage, on sort du commerce la vente du gibier, hors période permise par la loi. C'est efficace pour du gibier fragile, mais pour celui qui supporte la congélation, ça ne change plus rien.

Les produits falsifiés ne peuvent pas être vendus. Les immeubles insalubres non plus.

On peut aussi utiliser **l'inaliénabilité pour prévenir des actes**. On interdit la consommation de substances dangereuses en les rendant illégales, et en les sortant du commerce juridique. L'absinthe, on ne peut pas l'acheter, mais on peut en boire.

Quand on sort un bien du commerce, cela veut simplement dire qu'il n'y a pas d'exécution forcée. Mais on peut toutefois acheter toute substance illicite que l'on veut. Le contrat est formé, mais on peut ne pas l'exécuter. L'inaliénabilité est une exception au principe.

Les produits du corps humain ne sont plus hors du commerce depuis les lois de 1994. En réalité, c'est une inaliénabilité limitée, en ce sens qu'ils ne peuvent pas faire l'objet d'un rapport pécuniaire, mais ils peuvent faire l'objet d'un contrat.

Les lois de 1994 sur la bioéthique ont clairement posé l'idée que l'indisponibilité des produits du corps humain était liée à l'aspect pécuniaire.

2. Notion fondamentale : la propriété

La propriété est une technique fondamentale du droit privé, et même du droit. La relation de propriété peut être considérée comme l'appropriation de l'utilité des choses. Lorsqu'on présente la propriété sous cet angle, on est nécessairement confronté à l'aspect économique de la propriété. D'une certaine manière, on est face à un aspect très fonctionnel.

S'approprier l'utilité des choses, cela implique d'une part de s'opposer à ce que quelqu'un d'autre utilise la chose, et d'autre part que l'on peut revendiquer l'exercice de toutes les utilités. C'est bien la notion de propriété qui va offrir aux sujets de droit cette propriété. Si on ne peut pas faire cela, on n'est pas en présence d'une propriété.

C'est là qu'on voit aussi la distinction : quand on a une créance, on a un sujet de droit qui a une relation de propriété avec un droit de créance. Si on est propriétaire, ça veut dire qu'on peut s'opposer à ce que quiconque d'autre utilise cette créance, et qu'on peut revendiquer la plénitude des utilités attachées à cette créance (exécution forcée, etc...). Cela ne veut pas dire que le rapport entre sujet de droit créancier et sujet de droit débiteur est une relation de propriété. La relativité et les limites des prérogatives vont dépendre de l'objet du droit dont je suis propriétaire.

C'est pour ça qu'on pose en principe que **la propriété est une relation de principe, entre une personne et les biens** (en retenant que les biens, ce sont des droits).

Cette relation de principe déploie ses effets face à une personne, comme la propriété individuelle de l'article 544, soit face à un ensemble de personnes, par la copropriété. Ce n'est alors pas une multitude de propriétés, car sinon, c'est à chaque fois une propriété individuelle.

On connaît plus des formes spéciales de la copropriété qu'une forme générale : on trouve la loi de 1935 sur la copropriété sur les immeubles bâtis. L'indivision du Code civil est la copropriété de base, mais elle reste une exception par rapport à la propriété individuelle.

Aujourd'hui, les hypothèses de propriété collective comme mode normal de gestion sont beaucoup plus fréquentes qu'elles ne l'étaient précédemment.

Les fonds commun de placement sont des indivisions qui n'ont pas vocation au partage. Les SICAV, c'est l'idée de mettre en commun des biens, mais avec l'interposition d'une personne morale. On fait donc disparaître la réalité de la collectivité par l'interposition d'une personne.

La relation de principe de la propriété s'oppose aux droits réels, tels qu'indiqués plus haut, car les droits réels sont un mode exceptionnel d'appréhension des choses déjà appropriées. Dans le cadre d'un droit réel, cela permet au titulaire d'un droit réel de jouir de certaines utilités d'une chose, laquelle est la propriété de quelqu'un d'autre.

La propriété se distingue d'un droit réel, car en réalité, le droit que l'on tire de la reconnaissance d'un droit réel est distinct de la propriété. Si on distingue les deux, on voit qu'on peut être propriétaire d'un droit réel. Un usufruitier peut céder ou nantir son usufruit. Les prérogatives tirées d'un droit réel sont de celles tirées de la propriété.

2.1. La relation de propriété

On tend à considérer qu'il y a deux façons de comprendre le terme de propriété : d'une façon subjective, la propriété, c'est le pouvoir exclusif d'une personne sur un bien. C'est le sens le plus répandu. Mais si on suit une autre acception du terme de propriété, d'une façon objective, c'est le bien envisagé dans sa situation privative. C'est le fait pour un bien d'appartenir à une personne.

Dans un sens objectif, la propriété n'est pas un droit subjectif, puisque c'est la chose elle-même. C'est pour ça qu'il faut considérer la propriété comme un pouvoir. Ce qui est important dans la propriété, ce sont les attributs que cela confère.

Si la propriété est un pouvoir, elle devient simplement la technique de base qui permet d'appréhender l'ensemble des utilités des choses qu'il y a autour de nous. Le texte de principe (art. 544) pose deux attributs, à savoir la **jouissance et la disposition**.

2.1.1. La jouissance

La jouissance, c'est le rapport d'exclusivité. Finalement, plus que le pouvoir de jouir, c'est le pouvoir d'exclure la jouissance des autres. La particularité de ce pouvoir, c'est qu'il est **opposable à tous**. Si on veut déterminer en quoi la propriété est absolue, on tombe sur le problème des droits de même nature.

En outre, ce pouvoir va durer tant que dure la propriété. Du coup, on comprend mieux qu'il y ait un régime spécifique d'extinction de la propriété. Une servitude est nécessairement viagère, sauf si c'est une servitude qui résulte de la loi. Le mode d'extinction de la servitude, c'est lorsqu'elle disparaît l'enclave.

Le pouvoir d'exclure signifie qu'un bien est sous le pouvoir d'une personne déterminée, et donc échappe à toute autre personne. Ce pouvoir résulte d'abord de la volonté, parce que la propriété est avant tout une appréhension virtuelle, et non pas matérielle. Le cœur du droit, c'est la volonté du sujet de droit, et non pas la situation matérielle dans laquelle il est.

Cela étant, l'appréhension physique et matérielle des biens n'est pas quelque chose de secondaire, mais ceci réapparaît sur le terrain de la preuve. Le fait de détenir matériellement n'est pas un élément de validité de la propriété. Ce n'est pas la même chose d'être sur le terrain probatoire que sur le terrain de la validité. Du même coup, l'abandon est la seule possibilité de perdre la propriété. Le fait de perdre quelque chose ne fait pas perdre la propriété.

Cette **exclusivité est protégée par la loi par le droit d'interdire et le droit de conserver**. On trouve le droit de se clore pour un propriétaire terrien.

Pour les choses incorporelles, c'est plus compliqué, car le droit d'interdire est mis en œuvre par des moyens plus abstraits : les inscriptions sur les registres pour protéger le droit d'auteur.

Le propriétaire a le droit de conserver, et se voit offrir des actions par la loi pour protéger sa propriété et les utilités de sa propriété. L'article 545 du Code civil précise que nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité.

La loi règle aussi les questions d'empiètement. La question des rapports de voisinage est un autre exemple de réglementation mise en place pour éviter des contentieux sans fin, car il y a matériellement une difficulté à identifier la limite de l'exclusivité. Les règles sont là pour simplifier les choses.

Il n'y a pas de limite à la propriété : on peut l'utiliser à toute fin, sauf limite posée par la loi.

2.1.2. La disposition

Le pouvoir de disposer, c'est le principe général de l'article 537, à savoir le principe de libre disposition. Concrètement, je peux aliéner un bien, et je peux constituer des droits réels sur ce bien. Ce peut être le contenu, auquel on ajoute évidemment le droit d'abandon.

Le pouvoir de disposer comprend évidemment la possibilité de pouvoir créer des droits personnels. On peut louer son bien, et c'est pour ça que l'on trouve un régime particulier en cas de conclusion d'un bail par un non propriétaire (sous-location).

On retrouve la question des actes d'administration et de disposition, liée à la question de propriété, et vue plus haut.

2.2. La propriété collective

Elle se caractérise classiquement en droit privé par **l'indivision**. La mitoyenneté est une forme de propriété collective sans fin, tant qu'il y a mitoyenneté.

On trouve d'autres régimes spéciaux, comme la loi de 1965.

C'est le **droit de propriété qui est partagé**, et non pas le bien. Cela explique dans l'indivision la jurisprudence Chevet du Moulin, confirmée par la réforme du droit de l'indivision, à savoir le fait qu'un indivisaire est propriétaire de sa part indivise, et n'est pas propriétaire, seul, du bien. La propriété est limitée dans les rapports avec les co-indivisaires par leurs droits. Tous les biens sont subordonnés au partage.

Si en revanche, on cède, on vend ou on nanti sa part, on tombe alors dans une relation d'exclusivité individuelle. Finalement, tous les actes qu'un propriétaire collectif peut passer sur un bien ne sont pas nuls, mais sont subordonnés au partage. Tout dépendra alors de ce qui aura été sous son pouvoir rétroactivement. Si on hypothèque un bien, c'est soumis à la condition que le bien hypothéqué me soit alloti au moment du partage. Si en revanche le bien est alloti à un autre, l'hypothèque n'est plus valable, car on a hypothéqué un bien qui ne nous appartenait pas. Dans un tel cas, l'hypothèque est caduque et tombe.

L'hypothèque de la part indivise est toutefois toujours valable.

La structure de base de la copropriété, c'est l'indivision ordinaire. Après, on trouve toute la question des indivisions dites forcées. C'est le régime issu de la réforme qu'il faut voir, régime qui a simplifié la mise en œuvre des pouvoirs sur les biens indivis.

- Les indivisions perpétuelles

Concernant les indivisions perpétuelles, on trouve l'indivision des immeubles bâtis, ou la mitoyenneté. Il y a encore des formes d'indivision légale qui sont discutées. Il s'agit en fait d'indivisions dont on neutralise le partage.

On trouve alors des biens liés à la famille : les souvenirs de famille. Ce sont des biens attachés au patrimoine affectif de la famille, et qui sont maintenus en indivision (médailles, photos, carnets de notes...). Des discussions se posent concernant l'apparition d'un patrimoine familial. Le patrimoine familial devrait être constitué comme une indivision forcée.

En 1942, un projet de loi avait suggéré d'instituer la personnalité morale de la famille. On revenait au pater familias qui avait tous les pouvoirs. Ce n'est pas uniquement une réminiscence d'un passé monarchiste pourtant. Ce n'est pas une vision dépassée de la famille : le Code civil du Québec connaît, protège et encadre un patrimoine familial. En l'état du droit positif français toutefois, on en est très loin.

La même idée avait été proposée concernant la communauté entre époux (selon Carbonnier en 1942). Même si on voit cette thèse resurgir parfois, elle n'est pas encore validée. Elle vient toutefois de retrouver une certaine validité avec la fiducie, l'EIRL, qui reconnaissent l'existence d'un patrimoine affecté. Une affectation communautaire liée à la création d'une communauté pourrait être une solution (mariage et PACS) mais il faudrait leur donner un régime plus poussé que l'indivision.

- L'entreprise

L'entreprise, c'est une thèse de Talaire, qui est assez remarquable : il disait que le problème de la personne morale, ce n'est pas la morale, c'est la personne. En réalité, la personne morale est une appropriation collective de moyens de production ou d'action. Ainsi, au lieu de personnifier le raisonnement du droit des sociétés, on l'aurait vu sous l'angle de l'appropriation de moyens.

- La tontine

La tontine, c'est l'idée qu'un ensemble d'acquéreur sera réputé propriétaire unique du bien. Pendant la vie de la tontine, c'est une propriété collective. Tous les actes accomplis par les tontiniers sont subordonnés à l'issue de la tontine, car c'est le dernier survivant qui est réputé propriétaire rétroactivement. Tous les actes accomplis par les autres ne sont pas valables.

La jurisprudence a dit et redit que la tontine n'est pas une indivision, ce qui veut dire qu'il faut organiser les droits des uns et des autres pendant la vie de la tontine.

La saisie pratiquée par l'un des créanciers est donc impossible, puisqu'il n'est pas propriétaire. Le bien en tontine n'est aliénable qu'avec l'ensemble des tontiniers. Aucun tontinier n'a de droit de propriété sur l'objet avant le décès des autres. Et le tontinier n'a qu'un droit de créance, et non pas un droit d'appropriation sur la chose, sous réserve de la propriété de son droit.

Comme la jurisprudence a dit que ce n'était pas une indivision, c'est le seul exemple de droit positif pour lequel on est dans une copropriété sans régime.

2.3. Les droits réels

Il s'agit d'un droit sur la chose d'autrui. Cette théorie générale est très caractéristique : il y a une grande diversité des droits réels. Le plus abouti des droits réels, c'est peut être la propriété du fiduciaire. La souplesse conventionnelle de la fiducie permet de transférer au fiduciaire l'intégralité des pouvoirs d'un propriétaire (ce qu'on ne peut pas faire dans l'usufruit).

Avant cela, le droit réel le plus large était l'usufruit, en transférant l'usus et le fructus, et en conservant l'abusus.

Le droit d'usage est un droit réel personnel, sans création d'un patrimoine affecté (contrairement à la fiducie), qui confère à un titulaire l'usage d'une chose, et le droit de percevoir les fruits dans les limites de ses besoins.

Le droit d'habitation est un droit d'usage appliqué à une habitation.

La servitude est un droit réel réel et non pas personnel. C'est un droit réel sur la chose d'autrui, au profit d'une autre propriété, et non pas d'une personne.

Le bail, dont la nature est controversée, est un droit personnel. Toutefois, certains baux sont qualifiés de droits réels : baux emphytéotiques, bail à construction (baux de longue durée).

L'hypothèque est un droit réel, beaucoup plus réduit. C'est un droit réel accessoire, qui nous donne un privilège sur un bien, mais qui est limité, car l'utilité qui nous est offerte est simplement un droit sur la valeur du bien, et non pas sur l'utilisation du bien.

Enfin, le nantissement, avec ou sans dépossession, c'est la même chose : c'est un droit réel personnel. On donne au profit d'un créancier un droit sur la valeur d'un bien, qui lui permet d'être préféré aux autres. L'utilité ici, c'est sa valeur économique.

2.3.1. Régime général

On ne peut pas créer de droit réel en dehors des formes qui sont prévues. De ce point de vue, on distingue les droits réels des droits personnels, qui ne sont limités que par l'imagination des parties.

On ne peut pas créer librement de droits réels, pour deux raisons : la liberté de création des droits réels permettrait d'échapper à la réglementation impérative des biens. Or, cette réglementation est impérative pour des questions de prévisibilité juridique. S'il n'y a pas de prévisibilité de la nature des droits d'appropriation d'une personne, cela veut dire qu'à chaque fois qu'on contracte avec une personne il faut vérifier les pouvoirs de la personne sur tel bien. C'est pour le notaire le fait de vérifier l'origine de propriété sur 30 ans. Ici, c'est relativement limité, mais ça compliquerait beaucoup si on devait l'étendre à tous les biens, même ceux dont la publicité n'est pas assurée en cas de transmission.

Une seconde raison, c'est qu'un propriétaire ne peut pas créer de droit réel sur son propre bien en sa faveur.

2.3.2. Exercice

Concernant l'exercice des droits réels, le principe c'est que tous les droits réels ont une durée limitée à 99 ans au plus. En effet, comme les droits réels engagent la chose, si on permet au droit réel d'être perpétuel, on porte atteinte directement à la propriété.

Il y a une exception, à savoir certaines servitudes. Parce qu'elles sont justifiées par la nature même du bien, ou sa disposition, elles vont durer tant que dure cette situation.

Une société ne peut être titulaire d'un usufruit que pour une durée de 30 ans maximum.

Dans notre conception, le droit réel est une anomalie, puisqu'on a une conception individualiste de la propriété. Il faut favoriser le retour au droit commun, sauf servitude légale.

On peut éteindre un droit réel par paiement, par impossibilité d'exécution, par la confusion, par la renonciation du droit réel, ou par la prescription.

Chapitre 2 : Le patrimoine : unité et diversité

On retrouve aujourd'hui des éléments qui étaient déjà acceptés sous l'empire romain. Les possibilités techniques de droit positif changent néanmoins beaucoup.

1. Cadre théorique

Il s'agit de la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau (19^e siècle).

Les glossateurs sont des personnes qui font des cours de droit civil en 35 volumes, en prenant les articles les uns après les autres. On a donc une vision à la lettre du texte, et beaucoup moins à l'esprit.

Aubry et Rau arrivent à la seconde moitié du 19^e siècle. Ils vont marquer les esprits par leur méthode, et par la théorie du patrimoine. Ce sont les premiers qui vont rompre avec cette approche des glossateurs. Ce sont des auteurs très marquants, car pour la première fois, ils proposent un exposé conceptuel de la matière. La doctrine se crée en échange avec la doctrine allemande, car ces deux auteurs sont alsaciens. Il y a donc une vraie créativité. Les allemands ont une vision plus méthodique du droit. Ces deux auteurs marquent donc une rupture avec l'approche française. Ils vont alors développer leur théorie du patrimoine.

Aujourd'hui, selon Capitant, le patrimoine est l'ensemble des biens et des obligations d'une même personne envisagé comme une universalité de droit comprenant les biens présents et à venir.

Le patrimoine, envisagé comme cela, c'est un peu la coquille par rapport à l'escargot. On se balade tous avec une enveloppe qui contiendrait certains éléments.

D'une vision plus moderne, le patrimoine, c'est une vision comptable du droit. Si le patrimoine c'est l'ensemble des biens et obligations d'une même personne, c'est le bilan comprenant l'actif et le passif, avec les engagements présents et les engagements à venir.

Jusqu'aux IFRS (normes comptables pour investisseurs et non plus pour taxer le résultat), la comptabilité faisait directement référence aux droits et obligations. Aujourd'hui, ces normes s'adressent aux investisseurs, donc c'est un peu moins le cas. Toutefois, cela reste une analyse actif - passif d'un patrimoine.

Certaines notions sont proches du patrimoine, mais sont toutefois très différentes : quand on parle du patrimoine génétique, du patrimoine culturel, du patrimoine commun de l'humanité, on vise tout à fait autre chose. Il y a un point commun, l'universalité, mais c'est le seul. Si on voulait patrimonialiser les éléments de ces autres patrimoines, ce serait par des outils spécifiques (patrimoine génétique... ?). Quand on identifie un tel patrimoine, c'est surtout pour dépatrimonialiser les biens, les sortir du circuit juridique.

Tous les systèmes juridiques ne connaissent pas le patrimoine. Ils fonctionnent quand même, mais ne se servent pas de cette notion. Tel est le cas concernant le common law. Les biens d'une personne en droit anglais sont simplement connus comme ses assets, ses actifs. Du coup, on ne peut pas faire les mêmes opérations juridiques. Si on cède une entreprise, est ce qu'on cède des titres ou une entreprise. Si on cède une entreprise, qu'est ce qu'on cède ? Une activité, une clientèle, un fonds de commerce ? Finalement, on fait une TUP. En droit anglais toutefois, puisqu'il n'y a pas de patrimoine, c'est plus difficile. Il y a d'autres mécanismes pour y arriver.

Le problème à venir est celui d'un anglais qui cède son activité à un français par l'intermédiaire d'une TUP. Comment faire ?

Pour Aubry et Rau, le patrimoine est un ensemble de biens et d'obligations attachés à une personne. Ils restent français, et vont donc présenter une théorie humaniste. L'homme est au centre du raisonnement. Il ne peut y avoir de patrimoine que vis-à-vis d'une personne. On ramène tout à la volonté et au sujet de droit.

C'est une unité juridique, qui forme un tout. Cette unité abstraite est une universalité de droits. L'existence d'une universalité de droits n'empêche pas les éléments la composant de suivre leur propre régime juridique. On se demande alors si on peut considérer l'universalité en soi pour la soumettre à un régime distinct des biens qui la composent.

Les caractères ordinaires des éléments du patrimoine sont au nombre de trois :

- Ils sont cessibles entre vifs : on peut les aliéner, par vente, donation ou échange ;
- Ils sont transmissibles à cause de mort : succession, legs ;
- Ils sont saisissables : si le débiteur n'exécute pas ses obligations, ses biens peuvent être saisis par un créancier.

La question est de savoir dans quelle mesure ces traits caractéristiques se reportent sur les biens et non pas seulement sur l'ensemble.

Le patrimoine est donc une émanation de la personnalité. Il faudra donc en tirer un certain nombre de conséquences.

Il s'agit d'une notion abstraite. Le patrimoine est en relation à la personne : pour Aubry et Rau, on s'éloigne considérablement de la vision romaine, que l'on retrouve aujourd'hui avec la fiducie et l'EIRL. On n'y trouve que le patrimonial, à savoir les objets pécuniaires, évaluables en argent. Le 20^e siècle a amené à une patrimonialisation d'à peu près tout. Avec le principe de la réparation intégrale, la question se pose même de savoir si le préjudice accessoire peut être réparé.

Jusque dans les années 1950, on ne pouvait pas monnayer son image. La réputation a également une valeur.

Le patrimoine rassemble donc l'actif et le passif, et rassemble les biens présents et à venir. Pour Aubry et Rau, on en trouve une double base légale dans le Code : l'article 2284 précise que quiconque s'est obligé personnellement est obligé de rembourser sur ses biens présents et à venir. L'article 2285 prévoit que les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers.

Si le droit de gage général n'existait pas, on demanderait beaucoup plus de sûretés spécifiques avant de s'engager.

Seules les personnes ont un patrimoine : à l'époque, la question de la personnalité morale n'est pas tranchée. En outre, chaque personne n'a qu'un patrimoine : c'est logique, puisqu'on est engagé sur l'ensemble de ses biens. Si on avait plusieurs patrimoines, cela poserait problème vis-à-vis des créanciers.

Il y a plusieurs conséquences : le droit français rejette la notion de patrimoine d'affectation : dans son sens le plus pur, le plus simple, il s'agit d'une masse de biens affectée à un objectif. Il n'est pas évident que cela puisse exister réellement.

En outre, le patrimoine protège les créanciers, qui du coup ne voient aucune limite proposée par leurs droits. La capacité à saisir les biens ne voit aucune limite, tant qu'il n'y a pas de patrimoine d'affectation.

L'idée même de patrimoine permet de développer les universalités. Dans les universalités, on va trouver le fonds de commerce, la notion d'entreprise, sous forme sociale ou sous forme individuelle.

Enfin, le droit français va surdévelopper le recours à la personnalité morale, ceci pour contourner les difficultés techniques posées par l'interdiction du patrimoine d'affectation. On crée des structures permettant d'affecter un patrimoine.

Cette théorie est toutefois incomplète et inexacte : parfois, une même masse supporte une pluralité de titulaires (propriétés collectives comme l'indivision). Il existe encore et surtout des situations dans lesquelles à une seule volonté correspond une pluralité de masses. Les exemples classiques depuis 1985 sont ceux de l'exécuteur testamentaire par exemple, qui a dans son patrimoine deux patrimoines, à savoir le sien, et celui qu'il doit transmettre par la suite. Le patrimoine du de cujus n'est pas isolé, même si l'exécuteur testamentaire a une mission, et que son intervention relève autant du mandat que de l'appropriation.

A partir des années 1980, on multiplie les hypothèses qui sont fonctionnellement des exceptions :

- L'EURL, qui modifie la définition de la société qui est un contrat, à la création d'une personne morale par un acte de volonté unilatéral ;
- La SASU
- La détention d'une société civile à 99 % : si je détiens la quasi-totalité des parts, je suis fonctionnellement dans une situation de propriétaire.

Aujourd'hui, il faudrait encore ajouter deux autres mécanismes :

- La fiducie, qui est une affectation du patrimoine. Du côté du fiduciaire, il y a bien deux patrimoines, alors que ce n'est pas le cas du côté du constituant.
- L'EIRL, qui est une consécration de certains éléments de la théorie du patrimoine (donner une force effective à la personnalité) : il y a véritablement création d'un patrimoine affecté, car une personne va bien se trouver à la tête de deux patrimoines.

C'est indiscutablement une explosion de nouvelles potentialités d'un point de vue pratique, et de création de nouveaux schémas, avec un gage réduit par exemple. Il y a donc des complications nouvelles, mais ces nouvelles approches ne viennent pas invalider la construction juridique qu'on a vécue depuis 200 ans.

Le patrimoine est donc amené à jouer un rôle qui n'est plus le même. Par l'allongement de la durée de vie, et l'amélioration de la qualité de la vie, les patrimoines ne vont pas seulement durer plus longtemps, mais ils vont être actifs, et vont être utilisés. On se demande alors s'il faut conseiller de conserver son patrimoine, ou de procéder à des transmissions, voire transmissions transgénérationnelles.

En outre, dans l'espace, il y a aussi une évolution : d'une part, on trouve une globalisation qui soulève des questions de DIP, de comparabilité entre systèmes. D'autre part, et concernant la composition des patrimoines, l'évolution va consister en une part croissante du mobilier dans le patrimoine. L'immobilier était relativement fixe, mais ce n'est pas le cas des biens mobiliers. On peut investir à l'étranger, bouger son patrimoine, et ça modifie les stratégies et la fiscalité. Il faut donc un délai.

On utilise les outils anciens pour d'autres buts que leur but originare. L'évolution porte également sur l'utilisation de l'usufruit sur les clauses bénéficiaires d'un contrat d'assurance vie par exemple.

On utilise aussi des techniques nouvelles, comme la fiducie, ou l'EIRL, qui reste relativement limitée.

Si on décède, on peut transmettre des parts fiduciaires (SCI constituée à cette fin). C'est plus intéressant que de transmettre la fiducie, car celle-ci disparaîtrait à la succession. Ce n'est pas un pacte sur succession future, car il ne reçoit pas en vertu de la mise en fiducie, mais par la succession ab intestat. La question est de savoir si on valorise au moment de la succession, ou au moment de la liquidation de la fiducie. On considère plutôt

aujourd'hui qu'il faut évaluer au moment où la transmission a lieu, car on a un moment certain, mais on peut très bien imaginer que le fisc préfère se ménager d'appréhender la valeur ajoutée créée par la durée de détention.
NB : la succession n'est pas une libéralité (il n'y a pas d'appauvrissement, puisque le patrimoine disparaît).

Aujourd'hui, la création de l'EIRL est basée sur le principe de suppression du lien salarial et de libéralisation du travail. La conception d'Aubry et Rau est dépassée par les prérogatives juridiques d'un côté, et l'étendue de la responsabilité qu'engendre l'exercice de ces prérogatives. C'est là qu'on comprend les notions de patrimoine et de propriété.

Fondamentalement, ce qui est de l'essence de ces mécanismes, c'est la corrélation entre la responsabilité et les prérogatives.

Une fois qu'on a compris cela, on voit quels peuvent être les pièges et les problèmes. Pour PJSA, « à la question existe-t-il une structure idéale de patrimoine vers laquelle tous les patrimoines doivent tendre, il répond qu'il existe une structure idéale pour chaque client en fonction de ses objectifs : c'est l'évolution de son patrimoine au cours de sa vie ». Dans la durée, encore une fois, il faut se dire que dans 5 ou 10 ans, il y aura un changement potentiel de situation, donc changement de structure.

En 2000, PJSA précise que « nous avons particulièrement insisté sur la dissociation de la richesse et du pouvoir ». On pousse à l'extrême les montages avec société civile, et on renoue avec l'usufruit.

2. Les outils

2.1. La fiducie

2.1.1. Sources

C'est un contrat, qui peut toutefois être prévu par la loi. Le législateur s'est réservé la possibilité de prévoir des fiducies légales, notamment décidées par un juge, comme il existe des hypothèques judiciaires.

Aujourd'hui, c'est plutôt le contrat : en outre, la fiducie doit être exprès, ce qui veut dire qu'elle ne peut pas être implicite. Toutefois, le juge n'est pas lié par les qualifications des parties. Cela étant, en pratique, la fiducie doit être écrite. Ce n'est pas une condition *ad validitatem*, mais certaines mentions doivent être mentionnées par écrit, celles-ci *ad validitatem*.

Il y a trois acteurs, mais en pratique, il y a souvent que deux personnes : il y a un constituant, qui crée et qui transfère les biens. La première question qui se pose est celle de savoir si on peut mettre en fiducie des biens dont on n'est pas propriétaire, mais que locataire.

Puisque c'est un transfère, l'amortissement se fait toujours entre les mains du constituant. Ainsi, tous les raisonnements qui peuvent se faire sur parallèle avec un transfert de propriété ne sont pas valables juridiquement.

Le constituant peut être une personne physique ou morale. En 2007, le constituant ne pouvait être qu'une personne morale soumise à l'IS.

Celui qui va récolter les bénéfices du patrimoine au cours de la fiducie, et in fine, sera le bénéficiaire. Très souvent, c'est soit le constituant, soit le fiduciaire. Si c'est le constituant, on crée une fiducie gestion, soit c'est le fiduciaire, et ça devient une fiducie sûreté.

Si je mets en fiducie une assurance vie avec des dividendes, et que je donne ça à un enfant, ce peut être une libéralité. S'il s'agit d'un enfant handicapé, ce peut être un montage pour le protéger, et donc ce ne serait pas une libéralité.

Il en est de même en cas de mise en place d'une assurance responsabilité dommage dans une fiducie au profit d'un tiers complet. L'intérêt peut être d'isoler des actifs, ou bien une assurance avec un support dynamique qui nécessite les arbitrages d'un professionnel, dans le but de protéger les tiers qui bénéficient de l'assurance dommage.

2.1.2. Objet

Concernant les objets mis en fiducie, la loi est très large : c'est tout type d'objet, même un bien mis en indivision.

L'objet de la fiducie, c'est le fait pour le fiduciaire d'agir dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. La seule limite réside dans l'intention libérale.

La loi parle de biens droits et sûretés, mais il suffit de parler de biens.

Il peut y avoir un tiers protecteur : c'est une personne désignée par le constituant, chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat, et les pouvoirs de ce tiers doivent être prévus contractuellement. Ce tiers protecteur joue un rôle essentiel, et il est important de le prévoir. La loi précise que le contrat peut prévoir autrement. Il peut interdire ou empêcher cette liberté.

Simplement, lorsque c'est un constituant personne physique, on ne peut pas limiter la possibilité de désigner un protecteur. Le notaire doit donc nécessairement prévoir, envisager et encadrer cette possibilité dans le cadre de sa mission.

En outre, la question de l'étendue des pouvoirs sera variable.

Il y a tout de même une petite incongruité du texte, qui peut soulever certaines questions : la loi nous dit que le constituant peut prévoir la nomination d'un tiers chargé de préserver ses intérêts. Le tiers ne va donc pas s'intéresser au patrimoine fiduciaire, mais au regard des intérêts du constituant, qui sont liés à l'intérêt de la fiducie. Or, le constituant peut désigner quelqu'un pour qu'il vérifie la préservation de ses droits de constituant.

Ainsi, si les intérêts du constituant sont en opposition avec les intérêts du bénéficiaire, il risque d'y avoir un conflit entre les intérêts.

En conclusion, l'objet de la mission du tiers protecteur, c'est l'intérêt du constituant. Ceci est conforme avec le fait que la propriété économique reste entre les mains du constituant. Le but déterminé et les droits du bénéficiaire sont sans doute substitués à la préservation de la propriété économique. L'intérêt du constituant sera toujours supérieur à celui du patrimoine fiduciaire. Si on était en société, il y aurait un intérêt propre distinct de celui des associés.

La loi exige donc un écrit qui désigne les biens, la durée du transfère, à titre de validité dans le cadre de l'article 2018. Pour des biens frugifères, ce n'est peut être pas la peine de le préciser, en revanche, pour des biens futurs, il convient de les mentionner.

Il semble plus prudent de prévoir une clause de remplacement, au cas où.

Il faut encore prévoir la durée du transfère (maximum 99 ans à compter de la signature du contrat), l'identité du constituant, du ou des fiduciaires, l'identité des bénéficiaires ou leur déterminabilité (enfants à naître), la mission du fiduciaire, et l'étendue de ses pouvoirs d'administration et de disposition.

Toujours en termes de validité, la loi impose l'enregistrement dans le délai d'un mois.

Il n'y a pas de sanction attachée au registre national de la fiducie. En l'état du droit positif, il n'y a pas d'opposabilité par exemple.

Enfin, s'il y a des immeubles ou des droits réels immobiliers, il faut procéder aux formalités de publicité foncière.

Toujours à peine de nullité, il faudra un acte notarié dans deux hypothèses :

- lorsque les biens, droits ou sûretés qui sont mis en fiducie sont issus d'une communauté entre époux ou d'une indivision ;
Dans un régime communautaire, on peut se demander quel est l'intérêt d'une fiducie.
- Lorsque les biens sont issus d'une indivision

2.1.3. Les éléments d'opposabilité

Il faut savoir à quel moment la transmission est opposable aux tiers et au débiteur cédé. L'article 1690 C. Civ. prévoit des règles relativement contraignantes : la loi dit que la cession de créance est opposable aux tiers à la date du contrat de fiducie. Il semblerait que ce soit la date de signature. L'enregistrement donne date certaine, mais il y a un délai d'un mois. Par conséquent, si on fait ça le dernier jour, il va falloir prouver que la signature a eu lieu un mois auparavant. L'enregistrement est uniquement un motif de nullité, ce qui veut dire qu'il faut que le contrat préexiste.

En revanche, en ce qui concerne le débiteur cédé, il faut lui notifier la fiducie.

Si on transmet quelque chose en bloc, on donne la mission et le pouvoir d'administrer : ici, on satisfait aux exigences de la loi, mais ce n'est peut être pas suffisant pour éviter tout contentieux.

Si rien n'est mentionné, c'est une cause de nullité de la fiducie. Si on a juste fait mention de quelque chose de large, c'est peut être suffisant. Il vaut mieux préciser l'objectif de la mission.

En outre, le fiduciaire doit rendre compte de sa mission, et il doit mentionner à chaque fois qu'il agit pour le compte du patrimoine fiduciaire qu'il agit en qualité de fiduciaire.

Art.2023 Code civil: Dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs.

Vis-à-vis des tiers, on ne remettra pas en cause l'acte accompli. Dans les rapports avec le constituant, le fiduciaire dépassant sa mission est clairement responsable.

Le fiduciaire est responsable de ses fautes personnelles, de celles commises dans l'exercice de sa mission, mais n'est pas responsable sur son patrimoine propre des pertes du patrimoine en fiducie

La sanction du fiduciaire qui ne serait pas diligent, et qui mettrait en péril les intérêts du constituant, est de mettre fin à la fiducie, qui se transmet à un autre fiduciaire. D'où l'intérêt de prévoir un fiduciaire de remplacement.

Si on ne l'a pas fait, en cas de manquement à ses devoirs, de redressement judiciaire ou de procédure de sauvegarde, le constituant ou le tiers désigné peuvent demander en justice la désignation d'un tiers de remplacement.

2.1.4. Fin de la fiducie

Si l'objet de la fiducie se réalise, la fiducie prend fin. Si le constituant décède, la fiducie prend fin. Si le terme arrive, la fiducie prend fin.

Lorsque la fiducie est constituée à titre de sûreté, le décès du constituant ne met pas fin à la fiducie sûreté.

La fiducie prend fin de plein droit en cas de renonciation de tous les bénéficiaires, sauf stipulation contraire de la fiducie. Typiquement, c'est quelque chose qu'il faut anticiper.

Enfin, lorsqu'il y a une extinction de la fiducie sans bénéficiaire, l'ensemble des droits revient au constituant. A contrario, à chaque fois que le contrat de fiducie prend fin et qu'il y a un bénéficiaire, les biens, droits et sûretés vont au bénéficiaire, qu'il soit constituant ou pas.

Le contrat de fiducie peut être révoqué par le constituant tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire. La question se pose de savoir si on ne peut pas imaginer que le contrat de fiducie est irrévocable, s'il a pour seul objet d'avantager son bénéficiaire.

2.1.5. La fiducie sûreté

Dans le droit commun de la fiducie, on trouve une grande souplesse. Toutefois, lorsque la fiducie est utilisée à titre de sûreté, on tombe dans des textes qui réduisent la souplesse accordée à la fiducie.

Les dispositions des articles 2011 s. C. Civ. constituent le régime primaire de la fiducie. Quand on parle de fiducie sûreté, on ajoute les dispositions des articles 2372-1 et 2488-1. Il s'agit de dispositions concernant les acteurs, les pouvoirs du fiduciaire, etc. Ceci fait dire aux auteurs que la fiducie gestion, qui n'a pas pour objectif de mettre en place une sûreté, est conçue de manière très libérale, alors que la fiducie sûreté est très réglementée.

Si on envisage un mécanisme fiduciaire de gestion et de sûreté (à titre principal ou accessoire), ce sont les dispositions les plus exigeantes et les plus contraignantes qui vont l'emporter.

De ce point de vue, le régime spécial s'applique donc, même si la fonction de sûreté du contrat de fiducie est considérée comme accessoire au regard du contrat global.

Dans le nouveau régime des sûretés, il y a une partie sur les sûretés personnelles, et une partie sur les sûretés réelles. Dans les sûretés réelles, il y a deux sous-parties : une première concernant les sûretés réelles mobilières, et une seconde concernant les sûretés réelles immobilières : d'où ces deux dispositions.

L'article 2372-1 se trouve dans la partie du code « De la propriété cédée à titre de garantie ». On a pu dans la partie offrir un régime dans cette partie, en 2006, quand on a réformé les sûretés : avant, on ne trouvait qu'un mécanisme de sûreté détaillé, à savoir la clause de réserve de propriété. Concernant la propriété cédée à titre de garantie, il n'y avait aucun dispositif.

Concernant les cessions Dailly, il existait une cession à titre de garantie : on cédait son débiteur à titre temporaire, mais si on exécutait son obligation, le cessionnaire restituait les créances. C'était absurde, car on cédait des obligations de payer des sommes d'argent. La pratique disait donc qu'il valait mieux faire une cession directe. La cession à titre de garantie n'était donc pas employée.

En revanche, la cession à titre de garantie de ma propriété mobilière, en dehors du régime du bordereau Dailly, n'était donc pas prévue. La doctrine était divisée quant à l'utilisation d'un bien mobilier à titre de garantie (en dehors des régimes spéciaux, comme les ventes à réméré).

La jurisprudence a admis à ce moment là, notamment dans un acte authentique, un transfert de la propriété des loyers à titre de garantie. La Cour de cassation l'a validée, mais la question ne s'était pas posée dans le cadre de l'opposabilité de ce transfert. La seule affaire dans laquelle elle s'était prononcée concernait la validité du montage, et non pas son opposabilité. Entre temps, la Cour de cassation a dit qu'en cas de transfert de créance à titre de garantie, il fallait utiliser le mécanisme du nantissement.

En 2009, on a introduit ces dispositions, qui donnent corps à la possibilité d'utiliser la propriété à titre de garantie. Toutefois, aucun de ces mécanismes n'a pour conséquence le transfert immédiat de la propriété au moment de la constitution de la fiducie. Ils se contentent de permettre d'isoler la propriété dans un patrimoine fiduciaire, afin de servir de garantie avec un lien direct auprès du bénéficiaire.

L'article 2372-1 porte sur des biens mobiliers, 2488-1 s. portent sur des biens immobiliers.

Ce nouveau régime est plus formel que ce que n'est le régime de la fiducie gestion, car le législateur a raisonné comme en matière de sûreté : il y aurait une partie potentiellement plus faible, celle qui doit fournir la sûreté, puisqu'elle est en demande de financement. Il faut donc protéger le constituant, et non pas laisser toute la liberté qu'on avait sous le régime qui a prévalu entre 2007 et 2009.

2.1.5.1. La propriété mobilière cédée à titre de garantie

En réalité, la propriété n'est pas cédée : on transfère le bénéficiaire du patrimoine fiduciaire à une personne qui en devient propriétaire en cas de manquement à son obligation de la part du débiteur.

Le transfert de propriété d'un bien ou d'un droit peut être cédé à titre de garantie. Il est prévu par exception au texte général que le décès du constituant ne met pas fin à la fiducie. En termes de formalisme, on applique les dispositions générales que nous avons déjà vues, et on y ajoute pour la validité de la fiducie sûreté, la dette garantie et la valeur estimée de ce qui est transféré dans le patrimoine fiduciaire. C'est vrai autant pour les sûretés mobilières que pour les fiducies sûretés immobilières. Il faut donc ajouter la mention de la dette garantie, et la valeur estimée du bien ou du droit qui est transféré.

La propriété d'un bien mobilier ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie : il y a deux interprétations :

Si on parle d'un droit, et une sûreté est un droit. On peut alors mettre dans une fiducie sûreté une autre sûreté. Se pose alors la question de la situation du débiteur initial de l'hypothèque. D'un point de vue économique, on peut donc se refinancer sur un marché comme celui-ci. L'article 2011 parle de biens, droits et sûretés, alors que cet article ne parle que de biens et droits. Est-ce que cela veut dire que ce n'est pas possible ? Le terme « biens droits et sûretés », c'est une facilité de langage du législateur. Par conséquent, quand il ne parle plus de sûretés, il ne l'exclut pas. Quand on est propriétaire d'une sûreté, pourquoi n'aurait-on pas le droit de céder ce droit ?

Le principe de spécialité n'est pas balayé : il faut identifier la dette garantie et la valeur estimée du bien. C'est important, car elle permet de jouer sur la recharge. L'intérêt de la recharge est d'éviter des frais, car on n'a pas besoin de reconstituer une hypothèque : on reprend la précédente. Cette idée a été appliquée à la fiducie sûreté, qui est donc rechargeable : le bénéficiaire de la fiducie maintient le bénéfice, en termes de rang et de date de constitution.

Toutefois, dans le cadre de la fiducie, on ne peut recharger qu'à hauteur du patrimoine fiduciaire. Pour éviter des calculs complexes, il vaut mieux prendre la totalité du patrimoine fiduciaire pour constituer la recharge, et pas seulement une fraction.

La fiducie sûreté gomme la différence entre bien immobilier et bien mobilier. Il y a une raison tout à fait valable à cela : c'est le mécanisme propriétaire qui compte, et non pas le type de bien.

Ce qui est plus discutable en opportunité, c'est de savoir pourquoi avoir renforcé le formalisme et les règles du mécanisme de la fiducie utilisée dans le cadre d'une sûreté, sans laisser sa souplesse, quitte à avoir envisagé un contrôle du juge.

La loi est venue simplifier le mécanisme en cas de transfert de propriété, en permettant deux choses : la clause de voie parée, et la clause de pacte commissaire.

La clause de voie parée est une clause qui permet au bénéficiaire d'une hypothèque conventionnelle de vendre le bien sans passer par le mécanisme de la saisie et l'adjudication. Normalement, elle est interdite.

Le pacte commissaire est un pacte par lequel le débiteur accepte le transfert de propriété en cas d'inexécution. Or, si la valeur du bien a été modifiée entre la signature du pacte et le transfert de propriété, cela n'a aucune conséquence juridique. La loi a bien prévu que le transfert de propriété a lieu au moment de la réalisation de la clause bénéficiaire. Lorsque la loi indique qu'on transfère la propriété des créances de fiducie, en réalité, on transfère la propriété fiduciaire des créances. Les éventuels conflits entre cession de créance professionnelles ne doivent pas s'opposer à la fiducie parce qu'au moment où on la constitue, c'est le droit qui est constitué.

Il y a des exigences plus strictes pour la fiducie sûreté : certains éléments doivent être prévus dans la fiducie sûreté, et il y a donc un supplément de protection pour le rédacteur d'acte.

2.2. L'EIRL

Il s'agit d'une loi du 15 juin 2010, dont les décrets d'application ne sont pas encore sortis (notamment pour la partie fiscale).

Aujourd'hui, on ne peut constituer qu'un seul patrimoine affecté, et donc qu'une seule EIRL, mais à compter du 1^{er} janvier 2013, on pourra multiplier les patrimoines affectés.

L'article 8 a donné le pouvoir au gouvernement de légiférer par voie d'ordonnance. Le nouveau dispositif s'insère aux articles L. 226 s. C. Com. Un sujet de droit peut être titulaire de plusieurs patrimoines. L'EIRL permet donc à une personne de créer de manière étanche un second patrimoine.

Le patrimoine affecté devra nécessairement indiquer, et prévoir que l'entrepreneur individuel incorpore une dénomination comprenant son nom suivi de la mention EIRL. Dans le cadre du bordereau Dailly, sa validité était soumise non seulement au titre cession de créance professionnelle, et la mention de la loi « pris en application de la loi... », cet élément pourrait être utilisé pour faire tomber les EIRL.

2.2.1. *La mise en place*

2.2.1.1. Les acteurs

Il s'agit de tout entrepreneur individuel, et de toute activité, commerciale ou non. C'est un régime qui transcende la population. Ça ne marche que pour les activités réelles professionnelles, à titre individuel. Cela ne vise donc que les entrepreneurs individuels, et non pas les sociétés (elles ont déjà leur mécanisme d'affectation patrimonial). Ce ne sont donc que les personnes physiques.

On n'affecte donc pas le patrimoine privé, mais on affecte le patrimoine professionnel. Le regard n'est pas le même.

Le mineur émancipé peut être entrepreneur, qu'il soit commerçant ou non. La loi a prévu désormais à l'article 389-8 qu'un mineur peut être autorisé par ses parents, avec ou sans l'autorisation du juge des tutelles, à accomplir seul des actes [...] pour les besoins de la création ou de la gestion d'une EIRL. Par conséquent, le mineur émancipé peut être commerçant sur autorisation du juge. C'est une disposition assez intéressante.

De manière assez incompréhensible, la loi abandonne sa mission de protection, qui est assignée au droit. Pourquoi permettre à un mineur d'être commerçant aujourd'hui ?

Ici, la loi ne protège plus. Prenez votre envol, et si vous ne savez pas voler, vous apprendrez en retombant. En pratique, ça n'aura pas forcément beaucoup de répercussion, mais il est important que le notaire soit prévenu.

L'époux ou le conjoint commun en bien et le co-indivisaire sont pris en compte, en créant une contrainte assez forte : la personne mariée sous un régime communautaire, quand elle affectera un bien au patrimoine professionnel, devra obtenir l'accord exprès de son conjoint et devra l'informer de ses droits. EN matière d'EURL, seule l'exigence d'information existe. L'article 526-11 pose les mêmes exigences pour l'indivisaire.

2.2.1.2. La constitution du patrimoine affecté

La constitution du patrimoine affecté résulte du dépôt d'une déclaration au registre de publicité légale s'il est immatriculé, le registre choisi en cas de double immatriculation, avec mention de l'un sur l'autre, et pour les personnes physiques qui ne sont pas tenus de s'immatriculer au greffe du tribunal commercial de leur ressort. Le TGI devra donc tenir un registre spécial.

Ceci pose le problème du lieu du principal établissement : le plus simple, sans doute, sera de partir sur l'idée de leur lieu de résidence, car ils exercent souvent chez eux.

2.2.1.3. L'affectation patrimoniale

On trouve deux types d'affectations : l'affectation obligatoire, et l'affectation facultative.

Il y a une **affectation obligatoire**, composée de l'ensemble des biens, droits, obligations et sûretés nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle. Ce sera plus facile à identifier pour les artisans que pour les professions intellectuelles.

En dehors de cette affectation nécessaire, la loi **permet aussi d'affecter** les biens, droits, obligations et sûretés utilisés pour son activité professionnelle (et non pas obligatoires) : il y a une condition d'**utilité**.

Se pose alors la question de l'affectation d'un portefeuille de titres. Pour un architecte, on se dit que ça n'est pas nécessaire. Toutefois, si c'est utile pour pouvoir obtenir des financements, on peut se poser la question. On ne sait pas trop.

En cas de manquement grave de l'entrepreneur, ça fait sauter l'affectation.

Quand on parle d'un bien utilisé, est ce qu'il faut comprendre qu'un bien facultativement affecté n'était plus utile sorte du patrimoine ? Il semblerait que la condition d'affectation se vérifie au moment de la déclaration d'affectation.

A l'inverse, un bien qui n'avait pas été utilisé au moment de l'affectation et qui le devient nécessiterait une nouvelle affectation, car la première affectation ne semble pas être valable.

Le critère d'utilisation va être le plus important, et à ce moment là, le gage général des créanciers sera limité.

Certaines mentions sont nécessaires sur la déclaration d'affectation. C'est le dépôt qui crée l'affectation.

On doit donc y trouver des mentions indiquées sur L. 626-8 : ces mentions doivent être contrôlées par l'organisme qui effectue le dépôt. Il faut avoir vérifié que les déclarations comportent un état descriptif, qui doit mentionner d'une part l'affectation à une activité professionnelle, et spécifier ces éléments en nature, qualité, quantité et valeur.

En outre, la déclaration doit faire mention de l'objet de l'activité professionnelle à laquelle on va affecter, certains documents nécessitant certaines formalités (bien immobilier, bien d'une certaine valeur...). Pour affecter un immeuble, il faudra faire intervenir un notaire.

En ce qui concerne la sanction du non respect de ces règles, c'est l'acte du notaire qui va déterminer la consistance de ce qui va être transféré dans le patrimoine d'affectation.

2.2.1.4. Le régime fiscal

On devrait être en présence d'un régime de neutralité fiscale. Il n'y a pas d'incidence, puisque le titulaire est le même. Toutefois, en cas d'affectation d'un immeuble, il faudra le mentionner à la conservation des hypothèques, et cela devrait engendrer des coûts.

Le risque, c'est que la constitution d'un patrimoine affecté ne soit assimilé par l'administration fiscale à un apport en société, et donc à son régime fiscal. A ce moment là, on raisonnerait comme en matière d'EURL, et les plus values seraient donc imposables. Juridiquement, cela aboutirait à une plus-value avec soi-même. Si ça devait être cela, y aura-t-il un grand intérêt à l'EIRL par rapport à l'EURL ? Ce n'est pas sur, si ce n'est que la souplesse de l'EIRL demeure intéressante.

Finalement, dans quelle mesure la faiblesse des capitaux propres des EURL est liée à l'application de la fiscalité de l'apport en société ? Soit on démontre que la faiblesse des capitaux propres de ces sociétés est liée au type d'opération, soit on démontre que les gens qui créent des EURL ont des capitaux à apporter, et que le régime fiscal dés-incite à le faire, et cela aurait alors le même effet dans l'EIRL.

La doctrine fiscale pourrait toutefois être sensible à l'argument de fiscaliser afin de supprimer l'affectation sans poursuite d'un objet économique.

2.2.2. L'efficacité de l'EIRL

Il y a réellement une entorse faite au fait que le sujet de droit a bien deux patrimoines. En revanche, on retrouve l'application de 2284 pour chacune des classes de créanciers distinctes. Au sein de cette classe, il y aura donc des créanciers privilégiés et des créanciers non privilégiés. La question se posera donc du lien entre les deux : est ce que je peux demander à mon entrepreneur individuel de se porter caution sur son patrimoine privé ? L'EIRL n'a pas la personnalité morale, donc on ne peut pas se porter caution pour soi-même.

Tous les créanciers auxquels la déclaration sera opposable ont pour seul gage le patrimoine d'affectation. En revanche, la question se pose de savoir en cas d'insuffisance d'actif : contrairement à ce qu'on a vu dans la fiducie, les créanciers ne peuvent pas se reporter sur le patrimoine personnel. En revanche, le profit réalisé sera saisissable (après les frais de vie = salaire). Le bénéfice réalisé, au regard du dernier exercice clos, pourra être saisi par les créanciers professionnels.

Le grand intérêt toutefois de l'EIRL, c'est que par la suite, on pourra opter pour l'IS.

L'opposabilité du patrimoine d'affectation pourra s'étendre aux créanciers antérieurs, qui auront toutefois un droit d'opposition lors de la publicité de la déclaration d'affectation. S'ils ne forment pas opposition, soit parce qu'ils ont oublié, soit parce qu'ils n'avaient rien à dire, c'est bon. Si c'est parce qu'ils n'ont pas été informés, la déclaration d'affectation leur sera inopposable.

2.3. Les sociétés