HAL
archives-ouvertes.fr

Les limitations au droit de propriété en matière immobilière

Marianne Rolain

▶ **To cite this version:**

Marianne Rolain. Les limitations au droit de propriété en matière immobilière. Droit. Université Nice Sophia Antipolis, 2015. Français. ¡ NNT : 2015NICE0037 ¿.

HAL Id: tel-01249616

https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01249616

Submitted on 4 Jan 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ NICE SOPHIA ANTIPOLIS
FACULTÉ DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE DE NICE
CERDP, Centre d'Études et de Recherches de Droit des Procédures, EA n°1201

LES LIMITATIONS AU DROIT DE PROPRIÉTÉ EN MATIÈRE IMMOBILIÈRE

Thèse pour le doctorat en Droit présentée et soutenue publiquement le 30 novembre 2015

par

Marianne ROLAIN

Membres du Jury

Monsieur Christophe ALBIGES
Professeur à l'Université de Montpellier, Rapporteur

Monsieur William DROSS
Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon 3), Rapporteur

Madame Blandine MALLET-BRICOUT
Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon 3)

Monsieur Jean-François RENUCCI
Professeur à l'Université Nice Sophia Antipolis

Monsieur Yves STRICKLER
Professeur à l'Université Nice Sophia Antipolis (Directeur de recherche)

L'université n'entend donner aucune approbation ou improbation aux propos tenus dans la présente thèse. Ceux-ci sont propres à leur auteur.

J'adresse ma profonde reconnaissance à Monsieur le professeur Yves STRICKLER pour avoir accepté de diriger ma thèse, mais aussi pour ses conseils et sa disponibilité qui ont été de véritables sources d'inspirations et d'encouragements.

Et je remercie ma famille et mes proches pour leur soutien sans faille durant toutes ces années.

À Thomas

SOMMAIRE

PARTIE 1. LES LIMITATIONS, TÉMOINS DE L'ADAPTATION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

TITRE 1. Les limitations, témoins de la mutation du droit de propriété

Chapitre 1. Les origines fondamentales des limitations au droit de propriété
Chapitre 2. Le développement multidimensionnel des limitations au droit de propriété

TITRE 2. Les limitations, témoins de l'instrumentalisation du droit de propriété

Chapitre 1. Les démembrements du droit de propriété, l'instrumentalisation de ses utilités
Chapitre 2. La dématérialisation du droit de propriété, l'instrumentalisation de sa valeur

PARTIE 2. LES LIMITATIONS, VECTEURS DE PROTECTION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

TITRE 1. La protection de la valeur du droit de propriété, effet de l'encadrement des limitations

Chapitre 1. L'organisation du contrôle des limitations du droit de propriété
Chapitre 2. La pluralité de sanctions des limitations au droit de propriété

TITRE 2. La protection de la portée du droit de propriété, conséquence de la considération des limitations

Chapitre 1. La garantie de la valeur fondamentale du droit de propriété
Chapitre 2. La nécessité de repenser le droit de propriété par ses limitations

TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Adde	Ajouter
Aff.	Affaire
AJCT	L'actualité juridique : Collectivités territoriales
AJDA	L'actualité juridique : Droit administratif
AJDI	L'actualité juridique : Droit immobilier
Al.	Alinéa
AP	Assemblée plénière
APD	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière
BOI	Bulletin officiel des impôts
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CCH	Code de la construction et de l'habitation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
C. envir.	Code de l'environnement
C. expr.	Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique
Cf.	*Confer*, reportez-vous à
CGI	Code général des impôts
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
Chron.	Chronique
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de Justice des communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne (depuis 2009)
Coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
cons.	Considérant
Contra	Solution contraire
C. pén.	Code pénal
C. rur.	Code rural
C. urba.	Code de l'urbanisme
D.	Recueil Dalloz
DA	Droit Administratif
Dr. et Patri.	Droit et patrimoine
éd.	Édition
Ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	*Ibidem*, au même endroit
In	Dans
Infra	Ci-dessous

***JCP* A.**	Semaine juridique édition Administrations et collectivités territoriales
***JCP* E.**	Semaine juridique édition Entreprise et affaires
***JCP* G.**	Semaine juridique édition Générale
***JCP* N.**	Semaine juridique édition Notariale et immobilière
J.O.	Journal officiel
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
Mél.	Mélanges
n°/n^{os}	Numéro/numéros
op. cit.	*Opus citatum*
p.	Page
pp.	Pages
préc.	Précité
Préf.	Préface
PUAM	Presses Universitaires d'Aix Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RDC	Revue des contrats
RDI	Revue de droit immobilier
RDP	Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rec. Lebon	Recueil des décisions du Conseil d'État
Rép. Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Rép. min.	Réponse ministérielle
RFDA	Revue française de droit administratif
RFFP	Revue française de finances publiques
RIDE	Revue internationale de droit économique
RJEP	Revue juridique de l'économie publique
RLDC	Revue Lamy droit civil
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
S.	Recueil Sirey
s.	Suivant(e)s
spéc.	Spécialement
ss.	Sous
Supra	Ci-dessus
t.	Tome
TA	Tribunal administratif
T. confl.	Tribunal des conflits
TGI	Tribunal de grande instance
th.	Thèse
TI	Tribunal d'instance
V./v.	Voir
Vol.	Volume

INTRODUCTION

1. À Rome, une pratique courante consistait à exproprier des terres pour les offrir aux soldats vétérans[1]. VIRGILE lui-même subit une telle expropriation, mais grâce à l'appui d'Octave, le futur Auguste, il obtint la restitution de ses biens. VIRGILE utilisa alors son vécu pour dépeindre la détresse de l'exproprié et la brutalité du nouveau propriétaire dans une poésie élégiaque, dont est extrait ce dialogue[2] :

LYCIDAS

Quo te, Mœri, pedes ? an, quo via ducit, in urbem ?

MŒRIS

O Lycida, vivi pervenimus, advena nostri
(Quod numquam veriti sumus) ut possessor agelli
Diceret : " Hæc mea sunt ; veteres migrate coloni ! "
Nunc victi, tristes, quoniam fors omnia versat,
Hos illi (quod nec vertat bene) mittimus hædos[3].

[1] Le service militaire durait en moyenne 25 ans. Cette durée dépendait de l'affectation : infanterie, cavalerie…
[2] VIRGILE, *Bucoliques*, IX vers 1 à 6, éd. Goelzer. Ces vers ont été publiés vers l'an -39 av. J.-C.
[3] Traduction : LYCIDAS : « Hé bien, Méris, où te portent tes pas ? Sans doute à la ville où mène ce chemin ? ». MÉRIS : « Oh Lycidas, n'avons nous tant vécu pour que voir (malheur inimaginable !) un étranger devenu propriétaire de notre modeste héritage nous dire : "Ces biens sont à moi ; retirez-vous, vous les anciens possesseurs" ! Et maintenant, vaincus, désolés, victimes du sort qui bouleverse tout, nous lui menons ces chevreaux (que cela ne lui porte pas chance !) ».

2. Plus de deux mille ans après ces vers[4], les limitations du droit de propriété, et particulièrement celles qui se rapportent à la matière immobilière, peuvent toujours susciter de fortes émotions. Notamment dans le cas des expropriations de grande ampleur comme celles visant la création d'une ligne TGV ou d'un aéroport, où le désarroi des propriétaires s'exprime par des manifestations, des chaînes humaines, des occupations et des procès. À la réaction des propriétaires s'ajoutent des enjeux environnementaux, politiques, sociaux et économiques. Ces enjeux exacerbent les tensions entre les propriétaires et les pouvoirs publics.

La poésie de VIRGILE et les réactions contemporaines des expropriés illustrent un fait : le droit de propriété est source de polémiques. Il faut alors en chercher les raisons en Droit, dans la définition du droit de propriété et ses interprétations.

3. Malgré des critiques anciennes[5] et un avant-projet de réforme[6] qui projetait de le modifier[7], l'article 544 du Code civil est toujours censé définir le droit de propriété[8]. Cet article dispose que « la propriété est 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 ».

Or, à la simple lecture de l'article 544 apparaît une difficulté terminologique : « la propriété » et « le droit de propriété » sont-ils synonymes ? Il est possible d'en douter d'une part parce que le Code civil, notamment à l'article 543[9], évoque non pas « la propriété » mais « le droit de propriété » et qu'il distingue ce dernier du droit de jouissance. D'autre part, le Code civil utilise parfois le terme de « propriété » pour désigner l'objet du droit[10], comme cela est souvent le cas dans le langage courant[11]. En outre, étymologiquement, le mot latin *proprietas*

---

[4] L'analyse historique de l'évolution du droit de propriété et de ses limitations faisant partie intégrante de la thèse, il lui est consacrée une section : *cf.* pp. 33 et s., n^{os} 25 et s.

[5] VAREILLES-SOMMIERES (de la Broüe de) G., La définition et la notion juridique de la propriété, *RTD civ.* 1905, p. 443.

[6] PÉRINET-MARQUET H. (sous la direction de), *Proposition de l'association H. CAPITANT pour une réforme du droit des biens*, Litec, Coll. Carré Droit, Paris, 2009.

[7] Art. 534 avant-projet de réforme : « La propriété est le droit exclusif et perpétuel d'user, de jouir et de disposer des choses et des droits. Elle confère à son titulaire un pouvoir absolu sous réserve des lois qui la règlementent ».

[8] C'est ce qu'a affirmé le Conseil constitutionnel : décision n°2011-169 QPC du 30 septembre 2011, cons. 9, J.O. du 1er octobre 2011, p. 16527.

[9] Mais également aux articles 710-1, 2227, 2372 et 2510 du Code civil.

[10] Art. 646 C. civ. : « Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contigües (…) ». Art. 673 C. civ. : « Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres, arbustes et arbrisseaux du voisin peut contraindre celui-ci à les couper (…) ».

[11] DROSS W., *Droit des biens*, Montchrestien, Coll. Domat droit privé, Paris, 2^{e} éd., 2014, p. 42, n°37 ; MÉMETEAU G., *Droit des biens*, Larcier, Coll. Paradigme, Bruxelles, 7^{e} éd., 2014, p. 79.

signifie propriété, au sens de ce qui présente un caractère propre[12]. Les origines du droit de propriété[13] ne se trouvent donc pas dans le terme de *proprietas* mais dans celui de *dominium*, qui désigne « le pouvoir exclusif que l'on a sur une chose »[14].

Toutefois, l'article 544 précise que « la propriété est un droit ». Il réalise ainsi une jonction qui permet d'assimiler dans ce cas la propriété et le droit de propriété. Les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 utilisant la même formulation : le droit de propriété y est présenté comme un droit naturel et imprescriptible de l'Homme, et comme un droit inviolable et sacré[15].

Une difficulté similaire a été rencontrée au sujet de l'article 1er du protocole n°1 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, qui énonce que « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens (…) ». Il fallu que la Cour de Strasbourg précise qu' « en reconnaissant à chacun le droit au respect de ses biens, l'article 1er du protocole n°1 garantit en substance le droit de propriété »[16].

Par conséquent, même si « le droit de propriété » et « la propriété » sont employés habituellement comme des synonymes, il serait plus opportun de les distinguer juridiquement.

4. En se fondant sur l'article 544 du Code civil, le droit de propriété est défini traditionnellement[17] par les prérogatives qu'il confère au propriétaire : l'*usus*, le *fructus* et

---

[12] Frédéric ZENATI-CASTAING explique dans ce sens que la *proprietas* est « la qualité qu'a une chose d'être propre » : ZENATI-CASTAING F., La propriété, mécanisme fondamental du droit, *RTD civ.* 2006, p. 445.

[13] Il s'agit ici des origines étymologiques uniquement car en droit romain la *proprietas* comportait en elle-même un rapport de domination. Sur ce point V. ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, pp. 280-281, n°3.

[14] ZENATI-CASTAING F., préc.

[15] Art. 2 DDHC : « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression » ; art. 17 DDHC : « la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

[16] CEDH *Marckx c./ Belgique* du 13 juin 1979, Série A n°31, §63.

[17] La plupart des manuels ne manquent pas de le définir ainsi : BERGEL J.-L., *Le droit des biens*, PUF, Coll. Que sais-je, Paris, 2e éd., 1990, pp. 30 et s. ; CHEYNET DE BEAUPRÉ A., *Droit des biens*, Vuibert, Coll. Dyna'sup Droit, Paris, 2010, pp. 57 et s., nos100 et s. ; CORNU G., *Droit civil, les biens,* Montchrestien, Coll. Précis Domat droit privé, Paris, 13e éd, 2007, pp. 66 et s., nos26 et s. ; COURBE P. et LATINA M., *Droit civil. Les biens*, Dalloz, Coll. Mémentos, Paris, 7e éd., 2014, pp. 36 et s. ; DRUFFIN-BRICCA S., et HENRY L.-C., *Droit des biens*, Gualino-Lextenso, Coll. Mémentos, Paris, 6e éd., 2015, pp. 53 et s. ; MALAURIE Ph. et AYNÈS L., *Les biens*, L.G.D.J., Coll. Droit civil, 6e éd., 2015, pp. 139 et s., nos432 et s. ; MATHIEU M.-L., *Droit civil, Les biens*, Dalloz, Coll. Sirey Université, Paris, 3e éd., 2013, pp. 76 et s., nos201 et s. ; REBOUL-MAUPIN N., *Droit des biens*, Dalloz, Coll. Hypercours, Paris, 2014, 5e éd., pp. 198 et s., nos235 et s. ; SCHILLER S., *Droit des biens*, Dalloz, Coll. Cours, Paris, 6e éd., 2013, pp. 67 et s., nos74 et s. ; SEUBE J.-B., *Droit des biens*, Litec, Coll. Objectif Droit - Cours, Paris, 6e éd., 2014, pp. 27 et s., nos69 et s. ; STRICKLER Y., *Les biens*, PUF, Coll. Thémis Droit, Paris, 2006, pp. 363 et s., nos255 et s. ; TERRÉ F. et SIMLER Ph., *Droit civil. Les biens*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 9e éd., 2014, pp. 131 et s., nos120 et s.

Plus mesurés sur cette définition : ATIAS Ch., *Droit civil, les biens*, Lexisnexis, Coll. Manuel, Paris, 12e éd., 2014, pp. 80 et s., nos101 et s. et pp. 91 et s., nos119 et s. (il estime que l'article 544 est « une disposition inutile », que le droit de propriété est « plus qu'une somme de prérogatives », mais admet les trois caractères) ; DROSS W., *op. cit.*, pp. 19 et s., nos5 et s. (il remplace les attributs du propriétaire par les utilités de la chose

l'*abusus*, c'est-à-dire respectivement les droits d'usage, de jouissance et de disposer d'une chose[18] ; et par ses caractères : exclusif, perpétuel et absolu[19]. Selon cette conception classique, il constitue « le droit le plus complet que l'homme puisse exercer sur une chose »[20]. Et à ce titre il est qualifié de droit réel principal[21]. Il est également considéré comme un droit subjectif et individuel. Le droit de propriété du Code civil ayant pris ces caractéristiques en réaction à la propriété féodale, « l'avènement du droit de propriété tel qu'il est aujourd'hui connu serait donc l'histoire d'une individualisation »[22].

Cette vision du droit de propriété allant dans un sens libéral, certains auteurs ont mis en avant sa fonction sociale. Pour DUGUIT le droit de propriété était une fonction sociale en ce sens qu'il avait vocation à accomplir un devoir au profit du plus grand nombre et non pas uniquement pour le propriétaire[23]. Ses idées ont été reprises par quelques auteurs[24]. Et bien qu'elles aient été longtemps mises de côté, par certains aspects il semblerait qu'elles soient d'actualité, et que le droit de propriété fasse l'objet d'une « socialisation »[25].

Puis, les partisans de la théorie dite moderne ont tenté de redéfinir le droit de propriété[26]. GINOSSAR et Frédéric ZENATI-CASTAING ont développé une conception renouvelée du droit de propriété, qui n'est alors plus un droit réel tout en demeurant un droit subjectif[27]. Il se définit par la relation exclusive qui unit une personne à un bien, ce qui donne le pouvoir à cette personne d'exclure tous tiers[28]. Ils expliquent également que, de cette manière, le droit

---

c'est-à-dire sa valeur d'usage ou sa valeur d'échange, et substitue le caractère absolu par celui de totalité) ; MÉMETEAU G., *op. cit*., pp. 96 et s. (il n'évoque pas le caractère exclusif et il considère que le caractère absolu du droit de propriété porte sur ses trois attributs).

[18] Bien que l'article 544 n'évoque pas le droit d'usage, *cf. infra* n°56.

[19] Sur les critiques portant sur le caractère absolu, *cf. infra* n^{os}62-63, n°689. Et pour une étude récente du caractère absolu du droit de propriété, par le biais d'une analyse obligationnelle : THOMASSIN N., *De la propriété, Contribution à une théorie générale*, th. Paris XI, 2009.

[20] TERRÉ F. et SIMLER Ph., *op. cit.,* 2014, p. 63, n°50.

[21] Sur l'opposition entre droit réel et droit personnel : *cf. infra* n^{os}204 et s.

[22] ROCHFELD J., *op. cit*., p. 290, n°11 ; STRICKLER Y., *op. cit*., p. 304, n°224.

[23] DUGUIT L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, F. Alcan, Paris, 2^{e} éd., 1920.

[24] RENARD G. et TROTABAS L., *La fonction sociale de la propriété privée*, Recueil Sirey, Paris, 1930 ; JOSSERAND L., Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau, *in* Mél. SUGIYAMA, Association japonaise des juristes de langue française, Maison France-Japon, Tokyo, 1940, p. 95 ; LABORDE-LACOSTE M., La propriété immobilière est-elle une « fonction sociale » ?, *in* Mél. BRETHE DE LA GRESSAYE, Editions Bière, 1967, p. 373.

[25] ROCHFELD J., *op. cit.,* pp. 291 et s., n^{os}12 et s.

[26] D'abord : GINOSSAR S., *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, L.G.D.J., Paris, 1960 ; GINOSSAR S., Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel, *RTD civ*. 1962, p. 573. Puis : ZENATI F., *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon III, 1981, 2 vol.

[27] *Cf. infra* n°205.

[28] ZENATI F., th. préc., pp. 541 et s., n^{os}399 et s. *Cf. infra* n^{os}705 et s.

de propriété peut porter sur des droits[29], et donc sur des créances[30]. Cependant, même si le Conseil constitutionnel[31] et la Cour de cassation se sont récemment prononcés en faveur de la notion de propriété des créances[32], la théorie moderne ne forge toujours pas notre droit positif[33].

Par conséquent, la question de la définition du droit de propriété continue à faire débat. Partant, d'autres approches ont vu le jour[34]. L'objectif de toutes ces définitions est d'actualiser le droit de propriété pour qu'il corresponde le plus possible à la réalité. Mais le droit de propriété ne cesse d'évoluer, pour être davantage valorisé.

5. Le droit de propriété tel qu'il est envisagé dans le Code civil relève du droit romano-civiliste. Or, il existe d'autres systèmes juridiques, tels que celui de la *Common Law* ou du droit musulman, lesquels possèdent une vision différente du droit de propriété.

Dans le droit anglo-américain de la *Common law*, le droit de propriété recouvre une pluralité de notions[35]. Il peut ainsi faire l'objet d'une division entre le *legal ownership* qui correspond à une propriété juridique, et l'*equitable ownership* qui désigne une propriété qui octroie un droit d'usage. De même, le droit de la *Common law* établit une distinction de « la propriété en matière de biens réels (*real property*), ou de biens personnels (*personal property*) »[36]. En outre, ce droit de propriété, qui est censé dériver de la Couronne, est défini par la doctrine anglo-américaine comme un *bundle of rights*[37], ce qui correspond à un « agrégat » de droits mais aussi d'obligations. De cette manière, la *Common law* fait une place aux limitations du

[29] Cette partie de la théorie moderne a ensuite été développée par Julien LAURENT : LAURENT J., *La propriété des droits*, th. Paris I, Préf. Th. REVET, L.G.D.J., 2012.

[30] Cela a été développé par Yaëll EMERICH : EMERICH Y., *La propriété des créances : approche comparative*, th. Lyon III, Préf. F. ZENATI-CASTAING, L.G.D.J., 2007.

[31] Décision n°2010-607 DC du 10 juin 2010, cons. 9, J.O. du 16 juin 2010, p. 10988 ; décision n°2013-343 QPC du 27 septembre 2013, cons. 7, J.O. du 1er octobre 2013, p. 16305. *Cf. infra* n°682.

[32] Civ. 2e, 3 mai 2007, n°05-19.439 : *Bull. civ.* II, n°121 ; Civ. 1re, 28 mars 2012, QPC n°12-40.002 : *Bull. civ.* I, n°78. *Cf. infra* n°682.

[33] MAZEAUD V., Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RTD civ.* 2014, p. 29.

[34] FABRE-MAGNAN M., Propriété, patrimoine et lien social, *RTD civ.* 1997, p. 583 ; BLANLUET G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français : recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, th. Paris II, Préf. P. CATALA et M. COZIAN, L.G.D.J., 1999 ; DROSS W., Une approche structurale de la propriété, *RTD civ.* 2012, p. 419 ; LARDEUX G., Qu'est-ce que la propriété ?, *RTD civ.* 2013, p. 741 ; CHAZAL J.-P. La propriété : dogme ou instrument politique ? Où comment la doctrine s'interdit de penser le réel, *RTD civ.* 2014, p. 763.

[35] Pour une étude sur ce sujet, V. PAPANDREOU M.-F., *Le droit anglais des biens*, th. Strasbourg III, Avant-propos C. WITZ et Préf. G. SAMUEL, L.G.D.J., 2004.

[36] EMERICH Y., Regard civiliste sur le droit des biens de la common law : pour une conception transsystémique de la propriété, *Rev. gén. dr.* 2008, p. 339, spéc. 343, n°5.

[37] La paternité de cette expression est attribuée à deux auteurs anglo-américains : HONORÉ et HOHFELD. V. EMERICH Y., préc., spéc. p. 347, n°11.

droit de propriété[38]. *Une* conclusion identique peut être faite dès lors que la *Common law* reconnaît une variété d'intérêts (*interests*). Yaël EMERICH illustre ceci en prenant l'exemple d'un « propriétaire qui loue sa maison pendant un certain temps »[39]. Le bailleur (*landlord*) et le preneur (*tenant*) se voient tous les deux reconnaître un « intérêt propriétaire » dans la terre. Les formes d'appropriation anglo-saxonnes ne pourraient donc pas s'insérer dans la division civiliste des droits patrimoniaux, puisque le locataire possède un droit sur la chose, et que la propriété est « relationnelle », c'est-à-dire qu'elle se conçoit de personne à personne[40].

Le droit de propriété en droit musulman est, quant à lui, de nature divine, puisqu'il provient de Dieu. Par conséquent, selon la loi coranique le propriétaire doit davantage être considéré comme un « dépositaire aux prérogatives étendues »[41].

Par ailleurs, d'autres conceptions du droit de propriété peuvent subsister en dehors d'un système juridique. Il en est ainsi du droit local du peuple des Aït M'Hand qui ont développé des formes de propriétés communes afin de réguler leurs activités agro-pastorales[42]. Toutefois, le recul du pastoralisme au profit de l'arboriculture a fait évoluer l'appropriation des terres, faisant ainsi apparaître une parcellisation des terres collectives.

Ainsi, le droit de propriété s'est pas perçu de la même manière selon le lieu où il s'applique, et il est également soumis à une évolution, parfois rendue nécessaire par des changements qui portent sur son utilisation.

6. À titre de comparaison, le droit de propriété des personnes publiques a fait l'objet d'une évolution remarquable. En effet, d'après l'article L.3111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques « les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L.1, qui relèvent du domaine public, sont inaliénables et imprescriptibles ». L'inaliénabilité s'explique par l'affectation de ces biens domaniaux à l'usage public ou aux services publics[43]. Toutefois, la doctrine, par l'intermédiaire de Philippe YOLKA, a développé une théorie de la propriété publique qui se distingue de la domanialité publique[44]. Selon cette conception, la domanialité publique se caractérise par l'affectation et afin de la protéger, elle bénéficie d'un

[38] Sur la place des limitations dans les théories juridiques et économiques, *cf. infra* n^os^702 et s.
[39] EMERICH Y., préc., spéc. p. 360, n^os^32-33.
[40] EMERICH Y., préc., spéc. p. 356, n°26.
[41] BARRIERE F., Propriété, fiducie et sukuk, *JCP* E 2011, n°10, 1203, spéc. n°33.
[42] VANUXEM S., L'appropriation au/du terroir Aït M'Hand, incursion dans le Haut Atlas marocain, https://hal.archives-ouvertes.fr.
[43] JurisClasseur Administratif, V° « Domaine public – Protection juridique », par DUFAU J., 24 juillet 2006.
[44] YOLKA Ph., *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, th. Paris II, Préf. Y. GAUDEMET, L.G.D.J., 1997.

régime exorbitant de droit commun[45]. La propriété publique, quant à elle, existe en tant que notion organique, c'est-à-dire parce qu'une personne publique est propriétaire[46], et elle possède des caractères qui lui sont propres : l'incessibilité[47] et l'insaisissabilité[48].

7. Or cette propriété publique présente des similitudes avec la propriété privée qui laissent penser que ces deux propriétés « dérivent d'un même concept général de propriété »[49].

D'une part, la propriété publique bénéficie désormais de la même protection constitutionnelle que celle accordée à la propriété privée[50]. En effet, dans deux décisions de 1986, le Conseil constitutionnel a supprimé toutes distinctions entre la propriété privée et la propriété publique, au nom du principe d'égalité devant la loi et les charges publiques[51]. Dorénavant, il vise également les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789[52]. Il faut donc comprendre que ces articles sont applicables à la propriété publique. Néanmoins, même si cette solution semble constante, elle n'en reste pas moins surprenante. D'ailleurs, Nicolas MOLFESSIS s'en étonnait en expliquant que les articles 2 et 17 n'ont ni l'un, ni l'autre, été prévus pour protéger la propriété de l'État[53]. En effet, si la propriété publique est protégée par l'article 17, cela revient à dire que la privation de propriété publique doit être justifiée par la nécessité publique, ce qui semble paradoxal. Et quant à l'article 2, étant donné qu'il fait référence à un droit de l'Homme, il devrait s'appliquer à un droit individuel voire à un droit collectif, mais pas à un droit qui bénéficie à l'État. Mais cela s'explique par le fait que le premier

[45] YOLKA Ph., th. préc., p. 572 ; MOYSAN H., *Le droit de propriété des personnes publiques*, th. Paris II, Préf. D. TRUCHET, L.G.D.J., 2001, p. 73.
[46] YOLKA Ph., th. préc., spéc. conclusion générale.
[47] YOLKA Ph., th. préc., pp. 578 et s.
[48] YOLKA Ph., th. préc., pp. 581 et s.
[49] YOLKA Ph., th. préc., p. 175. Dans un sens similaire : PAULIAT H., Droit réel et propriété publique : une conciliation délicate (à propos de la décision n°94-346 DC du Conseil constitutionnel du 21 juillet 1994), *D.* 1990, p. 93. Selon Hélène PAULIAT, les deux propriétés sont fondées sur « des principes communs ».
[50] DELVOLVÉ P., Droit de propriété et droit public, *in* Mél. BRAIBANT, Dalloz, 1996, p. 149, spéc. p. 153 : « Le droit de propriété a d'abord été conçu pour les personnes privées et exprimé à leur profit contre les personnes publiques. Or, par une sorte de retour de balancier, le droit public a contribué à le reconnaître au profit des personnes publiques dans le cadre du droit administratif (et) plus récemment au niveau constitutionnel ».
[51] Décision n°86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, cons. 58, J.O. du 27 juin 1986, p. 7978 ; et décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, cons. 47, J.O. du 19 septembre 1986, p. 11294.
[52] Décision n°2008-567 DC du 24 juillet 2008, cons. 25, J.O. du 29 juillet 2008, p. 12151; décision n°2009-594 DC du 3 décembre 2009, cons. 15, J.O. du 9 décembre 2009, p. 21243; décision n°2010-618 DC du 9 décembre 2010, cons. 44, J.O. 17 décembre 2010, p. 22181; décision n°2010-67/86 QPC du 17 décembre 2010, cons. 3, J.O. du 19 décembre 2010, p. 22373; décision n°2011-118 QPC du 8 avril 2011, cons. 5 et 6, J.O. du 9 avril 2011, p. 6363 ; décision n°2013-687 DC du 23 janvier 2014, cons. 52 et 53, J.O. du 28 janvier 2014, p. 1622.
[53] MOLFESSIS N., *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, th. Paris II, Préf. M. GOBERT, L.G.D.J., 1997, p. 90.

propriétaire de France souhaite valoriser son droit de propriété, et il recherche donc des moyens pour le protéger[54].

D'autre part, cette volonté de rentabiliser les biens appartenant aux personnes publiques a rejailli sur le domaine public, puisque ce dernier est nécessairement une propriété publique. En conséquence de quoi « l'émergence d'une conception du domaine public comme "richesse à exploiter" a entraîné une évolution du régime de son exploitation économique »[55]. Ainsi, au-delà des quelques exceptions aux principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité prévues par le Code général de la propriété des personnes publiques[56], des instruments permettant de mettre en place une gestion domaniale ont vu le jour. En premier lieu, au sujet des autorisations d'occupation privative du domaine public, le Conseil constitutionnel a considéré que la constitution de droits réels sur le domaine public n'était pas contraire au principe d'inaliénabilité[57]. Une solution contraire aurait été surprenante puisque le bien immobilier d'une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique[58]. En cas d'occupation privative du domaine public les personnes publiques perçoivent une redevance qui « tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation »[59]. D'ailleurs, pour améliorer les recettes, les personnes publiques sont tentées d'instituer des redevances illégales[60] ou excessives[61]. Et en second lieu, la loi *Pinel*[62] a instauré un droit de présentation au bénéfice des commerçants des halles et marchés titulaires d'une autorisation d'occupation depuis au moins trois ans[63], ainsi que la possibilité d'exploiter un fonds de commerce sur le domaine public, « sous réserve de l'existence d'une clientèle propre »[64].

8. Il s'ensuit que l'étude des limitations apportées au droit de propriété est l'occasion d'établir que l'évolution du droit de propriété en droit privé est à l'image de celle du droit public, à la fois innovante et iconoclaste. Il ne sera pas pour autant question d'étudier

---

[54] GAUDEMET Y., À propos de la valorisation économique des propriétés publiques, *RDP* 2012, n°5, p. 1223. *Adde* GAUDEMET Y., L'avenir du droit des propriétés publiques, *in* Mél. TERRÉ., PUF, 1999, p. 567.

[55] MOYSAN H., *Le droit de propriété des personnes publiques*, th. Paris II, Préf. D. TRUCHET, L.G.D.J., 2001, p. 175.

[56] Art. L.3112-1 et s. CGPPP.

[57] Décision n°94-346 DC du 21 juillet 1994, cons. 14, J.O. du 23 juillet 1994, p. 10635.

[58] Il s'agit d'un bail emphytéotique administratif qui comporte quelques spécificités par rapport à celui de l'article L.451-1 du Code rural et de la pêche maritime : art. L.1311-2 CGPPP.

[59] Art. L.2125-3 CGPPP.

[60] CE 31 mars 2014, *Commune d'Avignon*, n°362140.

[61] CE 16 mai 2011, *Commune de Moulins*, n°317675 : *Rec. Lebon* p. 242.

[62] Loi dite « loi Pinel » n°2014-626 du 18 juin 2014 *relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises*, J.O. du 19 juin 2014, p. 10105.

[63] Art. L.2224-18-1 CGPPP.

[64] Art. L.2124-32-1 CGPPP. Sur les conséquences de ces dispositions : BACHELIER G., Les habits particuliers de la propriété des personnes publiques, *Justice et cassation* 2015, p. 13, spéc. pp. 22 et s.

particulièrement les domaines nouveaux du droit de propriété[65], dont l'existence a été mise en avant dès 1982 par le Conseil constitutionnel[66]. En effet, pour apercevoir un changement, il est nécessaire de se placer dans le domaine d'élection du droit de propriété, c'est-à-dire la matière immobilière. De plus, ce n'est pas parce que l'adage « *res mobilis res vilis* » n'est plus une vérité qu'il faut renier l'immeuble au profit du meuble. Et à bien des égards, « l'immeuble conserve encore aujourd'hui – et conservera toujours – sur le meuble la supériorité qu'il tient de l'éternité »[67].

9. En effet, l'immeuble tient sa vitalité de la permanence de ses critères, de la pluralité de ses aspects et de la sécurité juridique qu'il offre au propriétaire.

En premier lieu, concernant ses critères, l'immeuble se distingue en principe du meuble par sa fixité[68]. Il possède également une valeur économique, qui se présente aussi bien d'une façon « statique » par la simple valeur vénale de l'immeuble, que de façon « dynamique » par son utilisation ou son exploitation[69]. Et surtout, pour bien des gens, l'immeuble acquis est le lieu d'habitation et donc, de vie.

En deuxième lieu, concernant la pluralité de ses aspects, matériellement l'immeuble peut aussi bien être un fonds de terre cultivable ou constructible, une maison, un ensemble immobilier ou encore un animal[70]. Plus déroutant encore, corporellement, l'immeuble n'est pas toujours appréhendable. Il en est ainsi de l'usufruit qui porte sur un immeuble, des servitudes et des actions en revendication[71]. Ces diversités de formes sont transcrites juridiquement par trois catégories d'immeubles[72] : les immeubles par nature[73], les immeubles par leur destinations[74] et ceux par l'objet auquel ils s'appliquent[75]. Ces catégories ne laissent

[65] Telles que la propriétés publique mais également les propriétés incorporelles.
[66] Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, cons. 16, J.O. du 17 janvier 1982, p. 299.
[67] DROSS W., L'immeuble dans le projet de réforme du droit des biens, *in* ALBIGES Ch. et HUGON Ch. (sous la direction scientifique de), *Immeuble et droit privé, Approches transversales,* Lamy, Coll. Axe Droit, 2012, p. 23, spéc. pp. 45-46, n°49.
[68] Le Doyen CORNU, *op. cit.*, p. 32, n°12, ajoutait un « critère finaliste » qu'il tirait de l' « affectation des choses ». Il visait surtout la catégorie des immeubles par destination.
[69] DROSS W., préc. spéc. pp. 39 et s., n^{os}38 et s.
[70] Art. 522 C. civ. : « les animaux que le propriétaire du fonds livre au fermier ou au métayer pour la culture (…) ». Avant la loi n°2015-177 du 16 février 2015 *relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*, J.O. du 17 février 2015, p. 2961, l'article 524 du Code civil visait les « pigeons des colombiers », les « lapins de garennes » et certains « poissons ».
[71] Art. 526 C. civ.
[72] Art. 517 C. civ.
[73] Art. 518 et s. C. civ.
[74] Art. 524 et s. C. civ.
[75] Art. 526 C. civ.

pas de place à la volonté des parties[76]. L'avant-projet de réforme du droit des biens prévoyait de conserver cette classification mais d'en regrouper les éléments de façon à ce qu'à un article corresponde une catégorie d'immeuble[77]. L'article 527 de cet avant-projet intégrait les volumes et les lots de copropriété dans la catégorie des immeubles par nature[78].

En troisième et dernier lieu, les immeubles apportent une sécurité juridique à leur propriétaire car chaque transfert de propriété fait l'objet d'une publicité foncière auprès du service de la publicité foncière, et par l'intermédiaire du notaire. Au contraire, « en fait de meubles, la possession vaut titre »[79], ce qui paraît éphémère[80].

Ces spécificités confèrent une « dimension quasi-mystique » à l'immeuble[81]. D'une certaine manière, l'homme projette sur l'immeuble qu'il possède l'espoir d'une éternité[82].

10. *A priori*, entre un droit de propriété, « pilier » de l'ordre juridique[83], et l'objet sur lequel il porte, l'immeuble, qui symbolise la stabilité, il pourrait paraître surprenant de vouloir étudier les limitations du droit de propriété en matière immobilière. Pourtant, le droit de propriété, particulièrement lorsqu'il est appliqué aux immeubles, fait effectivement l'objet de limitations. Le problème est alors de savoir dans quel sens est entendu ce terme de « limitation ». Etymologiquement, le mot provient du latin *limitatio* qui signifie bornage, délimitation. Ainsi, le premier sens de limitation est l' « action de marquer une limite sur le terrain »[84]. Or, en droit il est possible de trouver des limitations qui ont ce sens. Elles ont d'ailleurs tendance à s'appliquer horizontalement. Le bornage[85], par exemple, consiste à déterminer « la ligne séparative de deux fonds à l'aide de signes matériels que l'on appelle des bornes »[86]. Il peut être amiable ou judiciaire[87], obligatoire ou non[88]. Cependant « en lui-

[76] Civ. 3e, 26 juin 1991, n°89-18.638 : *Bull. civ.* III, n°197.
[77] PÉRINET-MARQUET H., *op. cit.*, pp. 117-118.
[78] À ce sujet, V. LOTZ J., *La division de l'immeuble, Contribution à une théorie de la propriété*, th. Strasbourg, 2014, p. 151, n°158.
[79] Art. 2276 al. 1er C. civ.
[80] Toutefois, certains meubles ont un régime particulier visant à les immatriculer, tels que les véhicules, les bateaux et les avions.
[81] STRICKLER Y., *op. cit.*, p. 91, n°52.
[82] Dans ce sens : DROSS W., préc. spéc. p. 46.
[83] CARBONNIER J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur, (Le droit de propriété depuis 1914),* L.G.D.J., 9e éd., 1998, p. 179.
[84] Grand Larousse de la langue française en sept volumes, t. 4 Ind/Ny, sous la direction de GUILBERT L., LAGANE R. et NIOBEY G., 1975.
[85] Art. 646 C. civ.
[86] TERRÉ F. et SIMLER Ph., *op. cit.*, p. 241, n°277.
[87] Il est souvent mis en œuvre préalablement à l'ouverture d'un contentieux (notamment pour constater un empiètement, et exercer une action en revendication).
[88] Il est obligatoire dans le cadre d'un lotissement. Son absence peut entraîner la nullité de la vente : art. L.111-5-3 du Code de l'urbanisme, et à compter du 1er janvier 2016 : art. L.115-4 et L.115-5 du Code de l'urbanisme

même, le bornage n'affecte pas la propriété immobilière ; il en détermine seulement l'assiette, c'est-à-dire l'objet, mais à sa limite, à la marge »[89]. De manière très claire, la Cour de cassation a rappelé récemment que le bornage n'attribue pas la propriété de la portion du terrain borné[90]. Au-delà du bornage, la délimitation physique entre deux fonds peut être renforcée par des clôtures[91] et des plantations[92], implantées en limites divisoires pour les premières, et à une distance règlementaire pour les secondes. Par ailleurs, un terrain peut se retrouver délimité de manière naturelle par des cours d'eau. L'assiette du fonds changera en fonction des lais et relais ou des alluvions, ainsi que le prévoient les articles 556 et suivants du Code civil. Toutefois, ces limitations portent davantage sur l'immeuble que sur le droit de propriété. Autrement dit ces limitations physiques n'entraînent pas de limitations juridiques.

11. Dans un second sens, le terme « limitation » signifie l'« action de borner, de restreindre », dont les synonymes seraient des mots tels que : « restriction, contrôle et contingentement »[93]. Ce type de limitation peut être illustré de manière verticale par le « mécanisme de l'accession »[94] prévu par l'article 546 du Code civil[95], et plus spécifiquement pour les choses immobilières, par l'article 552 du même Code qui explique à son alinéa premier que « la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous ». Pour ce dernier article, les rédacteurs du Code civil se sont inspirés de la maxime romaine « *usque ad caelum et usque ad inferos* » selon laquelle « le droit de propriété n'avait de limites ni en hauteur ni en profondeur »[96].

12. D'une part, en profondeur, d'après l'article 552 alinéa 3 du Code civil, le propriétaire du sol peut procéder à toutes fouilles ou constructions, mais ses droits sur les produits des fouilles pourront être limités par « des lois et règlements relatifs aux mines, et

---

(modification issue de l'ordonnance n°2015-1174 du 23 septembre 2015 *relative à la partie législative du livre Ier du Code de l'urbanisme*, J.O. du 24 septembre 2015, p. 16803).

[89] Répertoire Dalloz de droit immobilier, V° « Bornage », par ATIAS Ch., octobre 2013, n°5.

[90] Civ. 3e, 10 juillet 2013, n°12-19.416 et n°12-19.610 : *Bull. civ.* III, n°97.

[91] Art. 647 C. civ.

[92] Art. 671 C. civ.

[93] Grand Larousse de la langue française en sept volumes, t. 4 Ind/Ny, sous la direction de GUILBERT L., LAGANE R. et NIOBEY G., 1975.

[94] DROSS W., *Le mécanisme de l'accession, Éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, th. Nancy II, 2000. Selon William DROSS, « l'accession est une union de deux biens engendrant l'éviction du propriétaire du bien accessoire au profit du propriétaire du bien principal », spéc. p. 513, n°526, c'est également « une règle juridique (…) visant à assurer le maintien d'une unité structurelle ou économique (…) », spéc. p. 515, n°526, et « un moyen de défense » qui bénéficie au propriétaire de la chose, spéc. p. 516, n°527.

[95] Art. 546 C. civ. « la propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s'appelle *droit d'accession* ».

[96] Répertoire Dalloz de droit immobilier, V° « Accession », par COHET-CORDEY F., avril 2015, n°95.

des lois et règlements de police ». Effectivement, dès 1810 le statut des mines a été réglementé afin que l'Etat soit le seul bénéficiaire des gisements qualifiés de mines[97]. Il a ensuite été codifié en 1956[98], puis réformé en 2011[99]. Dorénavant l'article L.131-1 du nouveau Code minier prévoit que « les mines ne peuvent être exploitées qu'en vertu d'une concession ou par l'Etat ». Ce Code réglemente également les carrières, dont les exploitants doivent obtenir une autorisation administrative[100]. Dans un autre domaine, le législateur a ajouté une nouvelle exception à cet article 552 alinéa 3 pour contrôler les fouilles archéologiques. L'article 13 de la loi du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive[101], aujourd'hui codifiée à l'article L.541-1 du Code du patrimoine dispose notamment que « les dispositions de l'article 552 du Code civil relatives aux droits du propriétaire du sol ne sont pas applicables aux vestiges archéologiques immobiliers »[102]. Le Conseil d'Etat a jugé cette disposition contraire à l'article 1er du protocole n°1 en ce qu'il ne ménageait pas un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et celles de la sauvegarde du droit de propriété, du moins pour les personnes qui étaient propriétaires du sol antérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi[103]. Quant aux personnes devenues propriétaires postérieurement à cette entrée en vigueur, le Conseil d'État a estimé que l'article L.541-1 les empêchait uniquement de se prévaloir de la présomption de propriété de l'article 552 pour revendiquer d'éventuels vestiges. Pour ces dernières, il n'y aurait pas de privation de leur droit de propriété[104].

Finalement les seules véritables applications de l'accession en dessous du sol[105] se bornent aux possibilités de capter les eaux souterraines[106], de s'opposer aux empiètements portant sur le sous-sol[107] et d'obtenir une indemnisation en cas d'expropriation du tréfonds[108]. Dans cette dernière hypothèse l'indemnisation est souvent réduite à un euro symbolique depuis que la densité des villes a révélé l'intérêt d'aménager le sous-sol à des profondeurs auparavant non

[97] Loi du 21 avril 1810, rec. Duvergier p. 90.
[98] Décret n°56-838 du 16 août 1956, J.O. du 21 août 1956, p. 8004.
[99] Ordonnance n°2011-91 du 20 janvier 2011 *portant codification de la partie législative du Code minier*, J.O. du 25 janvier 2011, p. 1467.
[100] Art. L.131-2 C. minier.
[101] Loi n°2001-44 du 17 janvier 2001 *relative à l'archéologie préventive*, J.O. du 18 janvier 2001, p. 928.
[102] Toutefois le décret d'application n°2011-573 *relatif à la partie réglementaire du Code du patrimoine*, J.O. du 26 mai 2011, p. 9084, permet au propriétaire de prouver que le vestige lui appartient.
[103] CE 24 avril 2012, *Ministre de la culture et de la communication c./ Mathé-Dumaine*, n°346952 : *Rec. Lebon* p. 172.
[104] Et elles obtiendront une « indemnité destinée à compenser le dommage » qui pourrait leur être occasionné par les autorités publiques pour accéder audit vestige : art. L.541-1 al. 2 C. patri.
[105] Même la découverte d'un trésor n'est pas totalement favorable au propriétaire du sol si c'est un tiers qui a effectué cette découverte : *cf.* art. 716 C. civil.
[106] Civ. 3e, 26 novembre 1974, n°73-12.124 : *Bull. civ.* III, n°441.
[107] Civ. 3e, 8 novembre 1978, n°77-13.563 : *Bull. civ.* III, n°340.
[108] Civ. 3e, 10 juillet 1969, n°68-70.075 : *Bull. civ.* III, n°570.

utiles. Un projet d'envergure comme celui de l'instauration d'un tram en partie souterrain, comme c'est le cas à Nice, s'avèrerait encore plus coûteux à la collectivité si la majorité des copropriétés concernées n'avait pas accepté l'expropriation de leur tréfonds pour un euro.
Ainsi, le déplacement des limitations portant sur l'immeuble à celles portant sur le droit de propriété commence à être perceptible, étant donné qu'elles nécessitent le versement d'indemnité. Toutefois, elles ne seront pas davantage examinées puisqu'elles demeurent assez peu nombreuses et que dans leurs principes elles semblent justifiées.

13. D'autre part, en hauteur, selon l'article 552 alinéa 2, « le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre *Des servitudes ou services fonciers* ». Ainsi, en dehors des servitudes, lesquelles seront étudiées en tant que démembrement des utilités juridiques du droit de propriété[109], le Code civil laisse entendre que le propriétaire du sol est également propriétaire du volume d'air qui le domine[110]. En outre, par le biais de l'article 555 du Code civil, l'accession s'avère utile pour régler des conflits dans l'hypothèse où le constructeur n'est pas le propriétaire du fonds[111]. L'accession permet au propriétaire de la chose principale, c'est-à-dire du sol, d'évincer le propriétaire de la chose accessoire, notamment des constructions[112] tout en indemnisant le propriétaire de l'accessoire[113].
Toutefois, en premier lieu, l'air est considéré comme une *res communes*, « qui n'appartient à personne et dont l'usage est commun à tous »[114]. Cet usage est néanmoins particulièrement réglementé, notamment dans le domaine aéronautique. D'ailleurs, les aéromodèles télépilotés, plus communément appelés drones, ont fait récemment l'objet de deux arrêtés[115] pour les classer en sept catégories, de A à G, en fonction de leurs finalités[116], de leur poids et de leur mode de propulsion, et ainsi déterminer si leur décollage est conditionné par une autorisation de vol, la titularité de la licence de pilote voire la réalisation d'heures de vol. Cela signifie

[109] *Cf. infra* n°231 et n°234.
[110] Sur la notion de volume, *cf. infra* n^{os}182 et s.
[111] DROSS W., th. préc., pp. 213 et s., n^{os}215 et s.
[112] DROSS W., th. préc., pp. 135 et s., n^{os}138 et s.
[113] DROSS W., th. préc., pp. 213 et s., n^{os}272 et s. William DROSS démontre que l'indemnité due au propriétaire de l'accessoire se fonde non pas sur l'enrichissement sans cause mais sur la revendication en valeur de l'accessoire.
[114] Art. 714 C. civ.
[115] Arrêté du 11 avril 2012 *relatif à la conception des aéronefs civils qui circulent sans aucune personne à bord, aux conditions de leur emploi et sur les capacités requises des personnes qui les utilisent*, J.O. du 10 mai 2012, p. 8643 ; arrêté du 11 avril 2012 *relatif à l'utilisation de l'espace aérien par les aéronefs qui circulent sans personne à bord*, J.O. du 10 mai 2012, p. 8655.
[116] C'est-à-dire pour le loisir, pour effectuer des prises de vue aérienne ou pour tout autre travail, comme par exemple des relevés topographiques par des géomètres : DEMPURÉ F., Bienvenue dans le monde des drones, *JCP* N 2015, 1146.

donc que non seulement le survol des fonds n'est pas soumis à l'accord des propriétaires concernés, mais encore qu'un propriétaire de deux terrains, voulant faire décoller son drone à partir du premier pour aller au second, sera contraint de respecter ces réglementations. Bien entendu à ce niveau la limitation concerne davantage la liberté du propriétaire que le droit de propriété lui-même[117].

Et en second lieu, lorsque le propriétaire souhaite construire, il est soumis à de nombreuses réglementations prévues par le droit de l'urbanisme ou le droit de l'environnement[118]. Par conséquent, l'accession n'apporte au propriétaire qu'une protection limitée de son volume d'air. En outre, la présomption de propriété qu'elle entraîne oblige le propriétaire à se servir de différents instruments s'il envisage de dissocier le bâti du non bâti[119], ou deux parties bâties entre elles[120]. Ainsi qu'à pu l'écrire le Doyen CORNU, « la vision géométrique d'une maîtrise individuelle absolue sur la colonne d'air au droit du sol n'est décidément pas adéquate. Aire d'action ou d'exclusivité, la propriété du dessus est limitée (…) »[121].

Le terme de « limitation » peut ainsi revêtir plusieurs significations, mais seules celles qui restreignent le droit de propriété, en allant pour certaines jusqu'à l'éteindre, seront examinées[122].

14. Le domaine de recherche de ces diverses limitations se doit d'être large pour mieux en percevoir les effets sur le droit de propriété.

Au regard des textes, le Code civil tient un rôle important dans l'existence des limitations, principalement à travers ses articles 544 *in fine*, 545 sur l'expropriation, et 543 pour les démembrements. Les articles 578 et suivants concernant l'usufruit, les droits d'usage et d'habitation ainsi que les articles 637 et suivants se rapportant aux servitudes, sont quant à eux des illustrations des démembrements. Mais des lois telles que celles du 10 juillet 1965 en matière de copropriété [123] et du 6 juillet 1989 relative aux baux d'habitation[124] contiennent également des limitations du droit de propriété. De plus, l'article 1er du protocole additionnel

[117] V. HANICOTTE R., Une nouvelle catégorie d'OVNI juridique : les drones, *Gaz. Pal.* 2014, n°317, p. 6.
[118] *Cf. infra* nos143 et s.
[119] Par exemple, par l'intermédiaire d'un bail à construction : *cf. infra* nos186 et s.
[120] Par exemple, en créant une copropriété ou en effectuant une division en volumes : *cf. infra* nos169 et s.
[121] CORNU G., *op. cit*., p. 201, n°82.
[122] Par conséquent, le bornage, les clôtures et les cours d'eau ne seront pas davantage étudiés. Il en sera de même pour l'accession puisque même si elle réalise une expropriation du propriétaire des constructions, c'est-à-dire de l'accessoire, elle est considérée comme un mode d'acquisition de la propriété par l'article 712 du Code civil, et elle peut être envisagée comme un « moyen de défense » du propriétaire du principal en préservant une certaine « unité structurelle et économique » (*cf supra* p. 22, note n°94).
[123] Loi n°65-557 du 10 juillet 1965, J.O. du 11 juillet 1965, p. 5950
[124] Loi n°89-462 du 6 juillet 1989, J.O. du 8 juillet 1989, p. 8541.

à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales constitue un outil précieux pour qualifier les limitations. Par ailleurs, des limitations sont également présentes en grand nombre en dehors du droit civil et notamment dans le Code de commerce, le Code rural, le Code de l'urbanisme, le Code de l'environnement et le Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Au niveau de la jurisprudence, les analyses des juges de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif doivent être comparées, leurs compétences étant souvent partagées. Et en tant que droit fondamental, le droit de propriété est également concerné par les décisions du Conseil constitutionnel et les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de Justice de l'Union européenne.

15. Malgré leur nombre important, les limitations du droit de propriété sont rarement étudiées dans leur ensemble, puisque les thèses qui les ont abordées l'ont fait soit sous un angle historique[125], soit en recherchant les limites du droit de propriété « en hauteur et en profondeur » c'est-à-dire uniquement vis-à-vis de l'article 552 du Code civil[126], soit encore, les investigations ont été limitées aux privations[127], au droit de disposer[128], au droit de l'urbanisme[129] ou au droit fiscal[130].

Dans les manuels qui évoquent les limitations, soit elles ne sont traitées que d'une manière ponctuelle pour mentionner l' « intervention étatique » dans le cadre de la politique d'aménagement [131] ou pour évoquer certaines restrictions tels l'abus de droit et les inconvénients anormaux du voisinage[132], soit les auteurs effectuent une classification. Certains ont pris le parti de classer les limitations en fonction des sources[133]. Ils distinguent alors entre d'une part les limitations jurisprudentielles qui désignent l'abus de droit et les troubles anormaux du voisinage, et d'autre part les limitations légales qui se rapportent notamment à l'urbanisme (expropriation, préemption), l'environnement, la construction, le droit rural et la fiducie. D'autres auteurs ont classé les limitations en fonction de leurs

[125] HAYEM H., *Essai sur le droit de propriété et ses limites*, th. Dijon, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1910.
[126] BROUILLAUD P., *Des limites du droit de propriété en hauteur et en profondeur*, th. Bordeaux, 1926.
[127] BIGLIONE F., *La notion de privation de propriété, Etude relative à la propriété immobilière*, th. Aix-Marseille III, 1998.
[128] MILLEVILLE S., *Les restrictions au droit de disposer*, th. Paris II, 2008.
[129] MARZELLIER M., *La propriété privée confrontée au droit de l'urbanisme*, th. Paris II, 1996.
[130] BZOWSKI G., *L'instrumentalisation fiscale du droit de propriété*, th. Panthéon-Assas, 2011.
[131] CORNU G., *op. cit*., pp. 188 et s., n^{os}77.
[132] SCHILLER S., *op. cit*., pp. 94 et s., n^{os}112 et s.
[133] COURBE P. et LATINA M., *op. cit.*, p. 41 ; MÉMETEAU G., *op. cit*., pp. 102 et s. ; REBOUL-MAUPIN N., *op. cit*., pp. 313, n^{os}381 et s.

finalités[134], c'est-à-dire soit en fonction de l'intérêt général ou de l'intérêt public de la limitation, ce qui vise par exemple les hypothèses des réglementations d'urbanisme ou de construction, les servitudes d'utilité publique ; soit en fonction d'un intérêt privé comme celui des propriétés voisines à travers les servitudes. Ils évoquent alors en outre soit l'abus de droit et le trouble de voisinage, soit les clauses d'inaliénabilité et les droits de préemption au profit des indivisaires et des locataires.

16. Il est ainsi possible de constater que les limitations du droit de propriété ne font pas apparaître de consensus doctrinal. Tout d'abord, tous les auteurs ne citent pas les limitations d'origine étatique telles que celles provenant du droit de l'urbanisme ou du droit de l'environnement. Cela peut s'expliquer par « le lent désintérêt de la doctrine privatiste pour les limitations apportées par les lois et règlements aux pouvoirs du propriétaire », renvoyant aux publicistes l'exposé des « limitations apportées par l'avènement du droit public »[135]. Pourtant, elles ont un rôle important dans l'évolution du droit de propriété en droit privé. Ensuite, les démembrements du droit de propriété ne semblent pas être considérés comme des limitations, à l'exception des servitudes. Or, lorsque l'on transfère à un tiers des avantages que l'on possède sur un immeuble, le droit de propriété n'est plus tout à fait le même. Pour autant, il ne faut pas y voir un retour à la féodalité, à partir du moment où les démembrements ne sont pas perpétuels et que le système de la publicité foncière continue à être efficace. Enfin, un certain nombre de limitations sont très peu mentionnées. Il en est ainsi des droits des locataires parce qu'ils sont qualifiés de droits personnels, et des propriétés-garantie telle que la fiducie, alors que la propriété du fiduciaire est une propriété particulière.
Par conséquent, la présente étude se propose d'envisager les limitations au droit de propriété en matière immobilière de façon étendue en annalysant les limitations d'origines aussi bien étatiques, légales que contractuelles et dépendant de la seule volonté du propriétaire.

17. À la vue de tous ces éléments, la question qui se pose est de savoir si les différentes limitations constatées sont le symbole de la dégénérescence du droit de propriété en matière immobilière[136]. La multiplication des limitations oblige à se demander si le droit de propriété, parfois présenté comme absolu, ne serait pas devenu l'exception, et les limitations, elles, le principe. En effet, le nombre des limitations et la pluralité de leurs formes

[134] BERGEL J.-L., *op. cit*., pp. 37 et s. ; STRICKLER Y., *op. cit.,* pp. 305 et s., n^{os}225 et s.
[135] DROSS W. Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ?, *RTD civ*. 2015, p. 27.
[136] BERGEL J.-L., *op. cit*., p. 29.

permettent de s'interroger sur une éventuelle remise en cause du modèle classique du droit de propriété.

En réalité, plus qu'une interversion du droit de propriété et de ses limitations, il s'agira de voir de quelles manières les rapports entre le droit de propriété et ses limitations peuvent être équilibrés entre l'intérêt général d'une part, et l'intérêt du propriétaire, d'autre part. En effet, si la relation entre le droit de propriété et ses limitations doit être équilibrée, il faut admettre non seulement leur coexistence, mais aussi leurs apports réciproques.

L'objectif de cette étude sera donc de déterminer l'influence constructive de chacune des limitations sur le droit de propriété, et de démontrer que ces limitations ont fini par faire évoluer le droit de propriété, à tel point qu'une reconceptualisation de ce droit paraît nécessaire. En effet, il ne faut pas oublier que « le plus bel hommage à l'œuvre des anciens n'est pas dans la poussière figée des timides respects, mais dans l'effort constant pour son adaptation au progrès de chaque jour »[137]. Il convient pour cela de remettre en cause ce que l'on croit connaître, notamment le droit de propriété de 1789 et 1804, les idées de démembrement et de dématérialisation, ou encore le principe de l'autorité judiciaire gardienne de la propriété privée.

18. Afin de mesurer toute l'influence des limitations sur le droit de propriété en matière immobilière, il conviendra tout d'abord de comprendre leurs origines et leur mouvement d'extension. Avec un fondement tel que l'intérêt général les limitations ne pouvaient que se développer. Ensuite, il s'agira de constater que petit à petit elles créent de nouvelles formes d'appropriation, moins exclusives, qui remettent au cause la conception classique du droit de propriété. Le droit de propriété se transforme donc pour correspondre aux besoins de son propriétaire, et parfois même, de ses utilisateurs. Les limitation participent à son évolution, elles l'adaptent aux besoins de la société. En ce sens, les limitations se comportent comme les **témoins de l'adaptation du droit de propriété** (Partie 1).

Tel un Janus, les limitations du droit de propriété peuvent présenter un autre visage. L'encadrement des limitations par le biais d'un contrôle permettant de les qualifier et de les sanctionner, protège *in fine* la valeur du droit de propriété, même si cette protection peut parfois paraître minime. En effet, si les limitations sont contrôlées, cela permet de maintenir un équilibre entre elles et le droit de propriété. En outre, la réaction des juges face aux atteintes portées au droit de propriété a permis de renforcer sa portée en en faisant un droit

[137] BROUILLAUD P., th. préc., p. 185.

fondamental. Et finalement cette valeur fondamentale permet de conserver le droit de propriété comme modèle, tout en repensant son concept à la lumière des limitations. Par conséquent, les limitations peuvent également être les **vecteurs de la protection du droit de propriété** (Partie 2).

PARTIE 1. LES LIMITATIONS, TÉMOINS DE L'ADAPTATION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

PARTIE 2. LES LIMITATIONS, VECTEURS DE PROTECTION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

PARTIE 1. LES LIMITATIONS, TÉMOINS DE L'ADAPTATION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

19. Le droit de propriété est un modèle souvent adopté ou imité[138]. Il semble incontournable dès l'instant où une chose acquiert une valeur aux yeux de la société[139]. Cette force d'attraction s'explique par l'aspect protecteur du droit de propriété, qui pourrait être formulé ainsi : qui dit propriété dit « maîtrise souveraine »[140]. En 1789, l'idée était d'associer le droit de propriété à la liberté de l'individu pour rompre avec la théorie du « double domaine ». Or, à ce jour, les enjeux politiques ont dépassé la crainte d'une restauration de l'Ancien régime et de ses propriétés simultanées[141]. Il faut désormais faire face à d'autres enjeux : d'abord les enjeux sociaux, notamment au sujet du logement, qui est un problème récurrent, et qui a des incidences sur le droit de l'urbanisme, et sur le bail d'habitation, puis les enjeux économiques, surtout en période de crise, afin de créer des outils souples et sûrs pouvant être utilisés par les investisseurs et les créanciers. Et enfin, il est nécessaire de prendre en considération les enjeux environnementaux, pour assurer la préservation du patrimoine commun de l'humanité. Ces enjeux constituent les socles du développement des limitations du droit de propriété.

20. En plus d'être un modèle, le droit de propriété est considéré aujourd'hui comme un des piliers de l'ordre juridique[142]. Pourtant, il a évolué de façon considérable depuis le droit romain et continue sa progression de nos jours. Les citoyens de 1789, par l'intermédiaire de leurs parlementaires, ont désigné le droit de propriété comme étant « un droit inviolable et sacré »[143]. Actuellement, il semble davantage être devenu un outil au service de son propriétaire. Sans oublier que le droit de propriété foncier constitue le terrain d'élection des contraintes urbanistiques et environnementales.

Ainsi, les multiples limitations dont le droit de propriété fait l'objet l'ont fait évoluer et l'ont contraint à s'adapter aux besoins modernes. Néanmoins, la conception du droit de propriété

---

[138] MOUSSERON J.-M., RAYNARD J. et REVET Th., De la propriété comme modèle, *in* Mél. COLOMER, Litec, 1993, p. 281, spéc. p. 305.
[139] MOUSSERON J.-M., Valeurs, biens, droits, *in* Mél. BRETON et DERRIDA, Dalloz, 1991, p. 277, spéc. p. 279.
[140] XIFARAS M., *La propriété – Etude de philosophie du droit*, PUF, Coll. Fondements de la politique, Paris, 2004, pp. 23 et s.
[141] LARDEUX G., Qu'est-ce que la propriété ?, *RTD civ.* 2013, p. 741.
[142] CARBONNIER J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur, (Le droit de propriété depuis 1914),* L.G.D.J., 9e éd., 1998, p. 179,
[143] Art. 17 DDHC.

de 1789 demeure la base du droit actuel. Preuve en est que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 a été intégrée au bloc de constitutionnalité[144], et constitue ainsi un des fondements du Conseil constitutionnel pour rendre des décisions faisant suite à des questions prioritaires de constitutionnalité.

Pour connaître l'étendue de cette évolution, il convient d'étudier le rôle que possèdent les limitations du droit de propriété. Un certain nombre de limitations se comportent comme des témoins de la mutation du droit de propriété (Titre 1), alors que d'autres vont jusqu'à être les témoins de son instrumentalisation (Titre 2).

TITRE 1. Les limitations, témoins de la mutation du droit de propriété

TITRE 2. Les limitations, témoins de l'instrumentalisation du droit de propriété

[144] Implicitement en 1971 et explicitement en 1982, *cf. infra*, n°590.

TITRE 1. Les limitations, témoins de la mutation du droit de propriété

21. Selon les époques, le droit de propriété a une portée différente. Et les limitations au droit de propriété sont autant de curseurs qui vont donner des indices quant à sa portée. Cela veut dire que le droit de propriété et les limitations sont interdépendants. L'étude des limitations est donc un moyen de dresser un état des lieux du droit de propriété.

22. Pour mesurer l'effort d'adaptation du droit de propriété contraint à muter face à ses limitations, il est nécessaire d'étudier les origines à la fois historiques et techniques des limitations. Ces origines sont fondamentales (chapitre 1), car elles donnent une légitimité historiques et juridiques aux limitations. Elles sont le support du développement multidimensionnel des limitations au droit de propriété (chapitre 2).

Chapitre 1. Les origines fondamentales des limitations au droit de propriété

Chapitre 2. Le développement multidimensionnel des limitations au droit de propriété

Chapitre 1. Les origines fondamentales des limitations au droit de propriété

23. Tout a commencé par trois mots – *haec mea res* – (cette chose est à moi). On les a dits, au début, en latin, puis dans tous les dialectes du monde occidental[145]. Cette petite phrase a pu aussi bien être prononcée par un enfant qui souhaitait récupérer son jouet, que par un adulte qui désignait sa maison. Le sentiment de propriété peut ainsi être considéré comme universel et n'est pas toujours conscient. Il provient souvent d'une conception territoriale, puis il se développe sous la forme d'une maîtrise d'une personne sur une chose. Pourtant, la définition du droit de propriété diffère d'une époque à une autre, en raison des facteurs économiques et sociaux qui vont moduler sa portée.

24. Cette modulation s'effectue par l'augmentation ou la diminution des limitations au droit de propriété. Un constat historique permet de démontrer qu'il existe fondamentalement un perpétuel mouvement d'équilibre entre le droit de propriété et ses limitations (Section 1).
Or, actuellement nous assistons à une multiplication des limitations. Par conséquent, cet équilibre semble remis en cause. Cela s'explique par l'extension du domaine de l'intérêt général, qui est le justificatif générique des limitations. Ainsi, une approche technique confirmera que l'intérêt général est le fondement des limitations au droit de propriété (Section 2).

[145] LANVERSIN (de) J., *La propriété : une nouvelle règle du jeu ?,* PUF, Droit d'aujourd'hui, 1975, p. 9.

Section 1. Le constat historique : un perpétuel mouvement d'équilibre entre le droit de propriété et ses limitations

25. Le droit de propriété et ses limitations ont évolué au fil des siècles. Il est même possible de décomposer en deux stades le cycle de l'évolution du droit de propriété[146].
Tout d'abord, le droit de propriété se consolide, soit lentement par le biais de mesures prises petit à petit[147], soit de façon radicale par un changement global[148]. Pendant cette période, les limitations au droit de propriété sont de plus en plus restreintes. Elles subissent ce mouvement, mais sans disparaître.
Et au cours du second stade, les rôles s'inversent. Les limitations du droit de propriété se multiplient. Elles diluent la portée du droit de propriété, mais sans le dissoudre.
Les civilisations antérieures à la civilisation romaine n'ont pas développé un véritable régime du droit de propriété[149]. Il a fallu attendre les Romains pour faire évoluer le concept du droit de propriété, dont l'aboutissement eut lieu à l'époque classique par la création d'une propriété absolue[150]. Dans ce contexte, les limitations au droit de propriété étaient considérées comme de véritables atteintes au droit de propriété.

26. Après la chute de l'Empire romain d'occident en 476 avant J.-C., l'influence du droit romain a diminué au profit des coutumes barbares. Peu à peu le droit de propriété a effectué un lent mouvement vers son morcellement pour en arriver à la propriété féodale. Les limitations au droit de propriété étaient nombreuses et la propriété était éclatée. Ainsi, de

[146] TRÉBULLE F. G., La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel, *in* Mél. MALINVAUD, Lexisnexis, 2007, p. 659 : « L'histoire du droit fait apparaître un mouvement de balancier par lequel à une période de primauté de l'individuel succède toujours un retour à une conception de la perception de ce droit ».
[147] Il s'agit de la propriété quiritaire romaine.
[148] C'est la Révolution française.
[149] Les babyloniens ont élaboré le Code d'Hammourabi (environ 1750 av. J.-C.), qui fait simplement référence au droit de propriété individuelle : V. STRICKLER Y., *op. cit.*, p. 299, n°220.
Les Grecs ont reconnu la propriété à travers la loi de Dracon (621 av. J.-C.) et la loi de Solon (594 av. J.-C.) qui organisaient les rapports de voisinage et notamment des contraintes d'urbanisme (distance inconstructible, servitude de passage ou de puisage) : V. POUMARÈDE J., *Histoire du droit privé : la propriété,* U.N.J.F, 2011, leçon n°1.
Quant aux philosophes grecs, Platon a pensé pendant sa jeunesse que la propriété devait être collective, avant d'abandonner cette idée. Et à l'inverse, Aristote a toujours défendu la propriété privée : V. LEVY J.-P. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 2010, pp. 329 et 330.
[150] LEVY J.-P. et CASTALDO A., *op. cit.,* p. 340.

l'époque romaine à l'époque féodale, la relation entre le droit de propriété et ses limitations était déséquilibrée[151]. Aucun des systèmes n'a perduré car l'équilibre était trop instable (§1).
La complexité et l'inégalité du régime féodal ont provoqué une réaction de type allergique. Le droit de propriété a été reconstruit, repensé, et des principes fondamentaux ont été posés. Mais en raison des circonstances politiques, économiques et sociales, le régime proposé s'est avéré volontairement déséquilibré en faveur du droit de propriété (§2).

§1. Un équilibre instable du droit romain à l'époque féodale

27. Les deux millénaires joignant ces deux époques ont tout connu sur les fluctuations du droit de propriété et de ses limitations. Les Romains ont peu à peu développé le droit de propriété, et même s'ils n'ont pas connu que le droit de propriété individuel, leur époque est le plus souvent considérée comme le temps de l'absolutisme (A). À l'inverse, l'époque féodale symbolise le temps des limitations (B).

A. Le droit de propriété en droit romain : le temps de l'absolutisme

28. L'évolution de la propriété immobilière s'est faite en deux temps. Tout d'abord, le développement de la puissance de Rome a permis de préciser l'idée d'une propriété individuelle, pour aboutir à la propriété quiritaire (1). Puis, la crise économique et l'unification des types de propriétés ont fait reculer l'intérêt privé au profit de l'intérêt général (2).

1. L'élaboration de la propriété quiritaire

29. Chez les auteurs, les avis divergent sur le point de savoir si les Romains connaissaient la propriété immobilière privée individuelle avant la loi des XII Tables. Malgré tout, il semble admis que de petites propriétés individuelles existaient[152].
Quoi qu'il en soit, trois types de propriété ont bien été répertoriés dans la Rome ancienne.

---

[151] Sur l'ensemble de cette évolution, V. Association Congrès des Notaires de France, *Code civil, Les défis d'un nouveau siècle,* 100e Congrès des notaires, 2004, pp. 35 et s. ; RENAUT M.-H., *Histoire du droit de la propriété*, Ellipses, Coll. Mise au point, Paris, 2004, pp. 61 et s.
[152] Pour plus de détails V. LEPOINTE G., *Droit romain et ancien droit français (Droit des biens)*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 1958, p. 11 et LEVY J.-P. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 2e éd., 2010, p. 307.

Tout d'abord il y avait la propriété collective de la *gens*, c'est-à-dire de la famille au sens large. Tous les membres de la famille pouvaient aider à l'exploitation, mais sans avoir la propriété personnelle d'une partie de la terre exploitée[153].

Par ailleurs, le *pater familias* pouvait avoir une petite propriété, composée d'une maison et d'un jardin. Le *pater familias* pouvait cultiver la terre, mais il ne pouvait pas en disposer car il devait la transmettre à ses héritiers masculins.

Et enfin, grâce aux conquêtes, le domaine de l'Etat, *ager publicus*, s'est développé.

Ainsi, la propriété romaine primitive était plutôt relative puisqu'elle ressemblait plus à une possession qu'à une propriété. Elle était également limitée par des servitudes. Ces dernières étaient d'ailleurs considérées non pas comme des droits réels, mais comme des sortes de propriétés. Par exemple, pour une servitude de passage, le propriétaire du fonds dominant était considéré comme propriétaire du chemin[154].

30. Ce n'est qu'à la fin de la République qu'un système unifie la condition juridique des terres pour les citoyens romains[155]. Les possesseurs deviennent propriétaires quiritaires en vertu du *dominium ex iure Quiritium*[156].

La propriété quiritaire est considérée comme le modèle du droit de propriété individuel[157]. Pourtant, elle était conditionnée et ne pouvait donc s'appliquer qu'à certaines personnes et à certaines terres.

En effet, premièrement, le propriétaire devait être citoyen romain ou avoir le *commercium*, c'est-à-dire la possibilité d'effectuer des actes juridiques selon le mode romain[158]. Deuxièmement, la chose devait être susceptible de faire l'objet d'une propriété quiritaire. Cela excluait les fonds de terres non italiques et toutes les choses extra-patrimoniales. Troisièmement, la chose devait être acquise par un mode approprié[159].

Par ailleurs, le propriétaire quiritaire avait le *jus utendi fruendi et abutendi re sua quatenus juris ratio patitur,* ce qui signifie : le droit d'user de la chose (l'*usus*), de jouir des fruits (le *fructus*) et de l'aliéner (l'*abusus*) dans la mesure où la raison de droit le permet. Mais ce n'est

---

[153] LEPOINTE G., *Droit romain et ancien droit français (Droit des biens)*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 1958, pp. 9 et s.

[154] LEVY J.-P. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 2e éd., 2010, p. 331.

[155] Association Congrès des Notaires de France*, Code civil, Les défis d'un nouveau siècle,* 100e Congrès des notaires, 2004, p. 35.

[156] I.e. en vertu du droit des *quirites*, c'est-à-dire des citoyens romains.

[157] OURLIAC P. et GAZZANIGA J.-L., *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Albin Michel, Coll. L'évolution de l'humanité, Paris, 1985, p. 218.

[158] LEVY J.-P. et CASTALDO A., *op. cit.*, pp. 343 et 344.

[159] Par exemple : la mancipation (acquisition selon une cérémonie), l'*in jure cessio* (acquisition judiciaire), l'usucapion (acquisition par la possession prolongée).

qu'au XIX[e] siècle que les attributs de la propriété quiritaire ont été mis en évidence. En effet, même si les Romains effectuaient des démembrements, et se répartissaient les prérogatives du droit de propriété, ils n'avaient jamais défini la propriété par la somme de ses trois attributs.

31. Ce n'est également qu'aux alentours du XIX[e] siècle que le droit de propriété quiritaire a été considéré comme un droit absolu, exclusif et perpétuel. Pourtant, à Rome il existait déjà des limites aux prérogatives du propriétaire, soit dans l'intérêt privé, soit dans l'intérêt public[160]. Ainsi, par exemple, il fallait laisser un espace de deux pieds entre deux constructions[161], pour laisser le passage et éviter les incendies. Il y avait également des règles d'urbanisme assez strictes concernant notamment l'alignement des rues ou la hauteur des maisons. Des restrictions étaient donc bien imposées aux propriétaires. À l'instar du droit de propriété actuel, il est difficile de dire que le droit de propriété quiritaire était absolu[162].
Le caractère exclusif connaissait également des tempéraments puisqu'il existait des démembrements de propriété ainsi que des copropriétés indivises à la suite de successions.
Enfin, le caractère perpétuel présentait également des exceptions mais plus limitées. En effet, la propriété pouvait cesser lorsque son objet devenait une *res nullius*[163], soit en vertu d'un droit divin[164], soit en vertu d'un droit humain[165]. Par exemple, pendant l'exil de Cicéron, sa propriété avait été consacrée : elle est devenue sacrée, *res sacrae*. Quand il revint, il dut demander l'annulation de la mesure religieuse pour la récupérer[166].

32. Peu à peu, la propriété individuelle a perdu de son éclat avec la reconnaissance de la propriété prétorienne, puis sa fusion avec la propriété quiritaire. Or, à l'origine, le propriétaire prétorien n'était qu'un possesseur de bonne foi[167]. Il ne détenait pas le *dominium*. Il ne s'agissait que d'une propriété de fait, dont la mise en œuvre punissait le propriétaire négligent. La propriété prétorienne s'acquérait par un mode irrégulier de transfert de

[160] LEVY J.-P. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, Dalloz, Coll. Précis Paris, 2[e] éd., 2010, p. 340.
[161] Soit environ 59,2 cm (un pied≃29,6 cm).
[162] Sur les difficultés d'interprétation du caractère absolu du droit de propriété : *cf. infra*, n°62.
[163] Chose qui n'appartient à personne.
[164] *Res nullius divini iuris* : cette catégorie comprend les *res sacrae*, les *res sanctae* et les *res religiosae.*
[165] *Res nullius humani iuris* : cette catégorie comprend les *res communes*, les *res publicae*, les *res universitatis*.
[166] Exemple tiré de LEVY J.-P. et CASTALDO A., *op. cit.*, p. 343.
[167] BREGI J.-F., Volonté et biens en droit romain, *in Volonté et biens, regards croisés*, L'Hamattan, 2013, p. 136.

propriété[168]. Cette décadence du droit de propriété a été accompagnée du développement de l'intérêt général.

2. Le développement de l'intérêt général

33. Le Bas-Empire connaît une crise économique, sociale et politique. Les réformes agraires ont été un échec. La propriété individuelle fait l'objet de plus en plus de limitations et ce, dans l'intérêt général. Désormais on prend davantage en compte l'intérêt collectif, de sorte que les mesures d'utilité publique sont plus nombreuses et plus strictes.

Tout d'abord, le droit de l'urbanisme s'est renforcé afin de préserver la sécurité et l'hygiène ; des droits de vue et de lumière sont prévus en cas de construction ou de réparations d'immeubles[169].

Puis, à la fin du III^e^ siècle, sous Dioclétien, si le propriétaire laissait ses terres en friches, elles pouvaient être attribuées à un cultivateur. Il s'agissait donc d'une expropriation pour cause d'utilité publique « en cas de nécessité »[170]. Cette mesure visait à augmenter le nombre de fermiers ; mais elle n'a pas suffit.

Peu à peu l'Etat a attaché les cultivateurs aux terres qu'ils travaillent et a institué un régime proche de l'esclavage, le colonat[171]. Le colon était attaché à la terre et il était sous la dépendance juridique du propriétaire. Il s'agissait d'une sorte de tenure[172].

À partir du IV^e^ siècle, la propriété du sous-sol a fait l'objet d'une réforme limitative. En effet, une loi de Gratien et Valentinien II prévoyait que celui qui trouvait un gisement pouvait l'exploiter, sans être propriétaire et sans même avoir l'accord du propriétaire.

34. Le droit romain a ainsi laissé un symbole, la propriété quiritaire, considérée comme une propriété individuelle absolue. Mais il ne faut pas oublier que les limitations se sont peu à peu intensifiées et qu'au Bas-Empire, le régime de la propriété avait changé. Il était alors empreint de limitations et annonçait le système féodal présent dans l'Ancien droit.

---

[168] Par exemple : une *res mancipi* acquise par tradition au lieu d'une mancipation ou éventuellement de l'in *iure cessio*. Pour d'autres exemples, V. RENAUT M.-H., *Histoire du droit de la propriété*, Ellipses, Coll. Mise au point, Paris, 2004, p. 50 ou LEVY J.-P. et CASTALDO A., *op. cit.,* p. 363.

[169] LEPOINTE G., *Droit romain et ancien droit français (Droit des biens)*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 1958, p. 52.

[170] LEPOINTE G., *op. cit.*, p. 51.

[171] LEVY J.-P. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 2^e^ éd., 2010, p. 360.

[172] *Cf. infra* n°37.

B. L'Ancien droit : le temps des limitations

35. La chute de l'Empire romain d'occident, l'arrivée des barbares et l'installation des Francs ont marqué un repli de la propriété exclusive (1). La propriété collective des Germains a rencontré la propriété individuelle des Romains. Cela a créé un régime de transition, qui rendra inexistante la propriété individuelle dans le système féodal (2).

1. La propriété franque : le repli de la propriété individuelle

36. Les Germains vivaient en clan, et par conséquent le collectif primait sur l'individuel. Leur propriété était collective et familiale[173].
Malgré tout, à l'époque franque subsistaient soit de grands domaines appartenant à l'aristocratie, dénommés *villae*, soit des petites propriétés privées appelées *proprium* ou *terra propria* par les Mérovingiens, puis *allodia,* c'est-à-dire alleux, par les Carolingiens[174].
Mais les quelques propriétaires fonciers qui existaient à ces époques devaient se protéger seuls contre les invasions et les pillages. Le pouvoir central s'affaiblissant de plus en plus, c'était la loi du plus fort, le *faustrecht*, le droit du brigand et de l'audacieux, qui était respecté[175].

37. Puis, progressivement et au détriment du pouvoir du Roi, les seigneurs ont tenté d'asseoir leur autorité. Ainsi sont apparues les tenures, lesquelles ont marqué le début de la féodalité.
Tout d'abord, « la précaire » s'est développée[176]. Elle consistait en un contrat passé entre un paysan et un puissant, par lequel le paysan demandait à ce qu'une terre lui soit concédée. La remise de cette terre pouvait être révoquée à tout moment par le concédant. En échange le paysan devait effectuer des services ou payer des redevances, en argent ou en nature. Cette concession avait à l'origine une durée de cinq ans, puis elle est devenue viagère et enfin héréditaire. Le tenancier avait un droit réel sur la terre qu'il cultivait.

[173] Il ne faut pas oublier que ces informations ne proviennent pas de sources directes, mais de l'interprétation des textes de deux romains célèbres : César et Tacite.
[174] LEPOINTE G., *Droit romain et ancien droit français (Droit des biens)*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 1958, pp. 164 et s.
[175] HAYEM H., *Essai sur le droit de propriété et ses limites*, th. Dijon, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1910, p. 9.
[176] Au VI^{e} siècle : le précaire, nom masculin, et à partir du VII^{e} siècle, la précaire, nom féminin.

La seconde sorte de tenure était le bénéfice, qui vient du latin *beneficium* qui signifie bienfait. Le bénéfice portait le plus souvent sur des terres plus étendues que la précaire. Par ailleurs, le bénéfice était un cadeau offert par le Roi en récompense de services rendus ou en rémunération de services attendus[177]. À l'origine, le bénéfice était viager puisqu'il était lié à la fonction de son bénéficiaire. Mais à partir du X^e^ siècle, les bénéfices se sont renforcés en devenant héréditaires. Puis, les seigneurs se sont permis de concéder également des sous-bénéfices[178].

À cette époque, le système foncier commençait à se compliquer car ce n'était pas le tenancier qui travaillait la terre : il la concédait à des sous tenanciers par le biais de précaires.

38. Les terres libres, alleux, sont devenues de plus en plus rares à cause de la pression que les seigneurs faisaient sur les alleutiers pour qu'ils cèdent leurs biens. En échange, les seigneurs concédaient une tenure et assuraient la protection de leur tenancier. À la fin du XIII^e^ siècle, la coutume des régions du Nord imposa la règle « *Nulle terre sans seigneur* »[179]. Cela signifiait que les terres étaient présumées être des tenures[180]. Par contre, au Sud[181], la coutume fut inversée : « *Nul seigneur sans terre* ». À défaut de preuve contraire, les terres étaient présumées être des alleux.

Ces terres étaient libres dans la mesure où l'alleutier ne devait pas payer de redevance. Par contre, il était soumis à la justice du seigneur, ainsi qu'aux contraintes collectives du village[182].

Pendant la période franque[183], la propriété foncière s'est peu à peu démembrée entre les droits du seigneur et les droits du tenancier.

Ce système des tenures laissait présager une nouvelle évolution du droit de propriété. Avec la propriété féodale, la propriété individuelle est devenue inexistante.

---

[177] BART J., *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXème siècle*, Montchrestien, Coll. Domat droit privé, Paris, 2e éd., 2009, p. 37.

[178] Association Congrès des Notaires de France*, Code civil, Les défis d'un nouveau siècle,* 100e Congrès des notaires, 2004, p. 38.

[179] Notamment en Bretagne, où il s'agit d'une présomption irréfragable.

[180] LEVY J.-P. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 2e éd., 2010, p. 437.

[181] Les pays allodiaux se situent majoritairement dans le Sud de la France, mais il y avait également la Bourgogne et la Lorraine.

[182] PATAULT A.-M., *Introduction historique au droit des biens*, PUF, Coll. Droit fondamental, Paris, 1989, p. 52.

[183] La période franque s'étend du Ve siècle au IXe siècle.

2. La propriété féodale : l'inexistence de la propriété exclusive

39. Par la suite, la notion de tenure a évolué à tel point que lui a été substitué le terme de fief. D'ailleurs, à l'origine le fief concernait n'importe quelle tenure, puis a été restreint aux tenures nobles. Il existait alors trois types de concession de terres. En premier lieu, les fiefs étaient donc des terres concédées à un vassal à charge de foi et hommage et de services nobles[184]. En second lieu, la censive permettait la concession à perpétuité de la terre moyennant des services non nobles, et notamment le paiement d'une redevance. Cette dernière pouvait être payée en argent, le cens, ou en nature, c'est-à-dire sur une partie de la récolte, le champart[185]. Enfin, il existait les tenures serviles c'est-à-dire les terres concédées à un serf. Celui-ci n'était pas libre, il était « taillable et corvéable à merci ».
Durant cette époque, les tenures ne font l'objet d'aucune réglementation. Cette excessive liberté donnée aux seigneurs fut à l'origine d'innombrables abus. Pourtant le tenancier possédait l'*usus*, le *fructus* et moyennant le paiement d'une redevance ou de l'autorisation du seigneur, l'*abusus*. Le seigneur avait quant à lui plutôt des droits financiers et des droits de justice.

40. La répartition des droits entre le tenancier et le seigneur a été théorisée à partir du XIII^{e} siècle[186]. Il s'agit de la théorie dite du « double domaine » opposant le domaine utile du vassal ou tenancier, et le domaine direct ou éminent du seigneur.
Selon cette théorie, le tenancier avait le droit de jouir des terres, d'en recueillir les fruits et de les aliéner, après avoir obtenu l'accord du seigneur ou/et avoir payé des droits de mutation.
Et, le seigneur avait le droit de procéder à l'investiture du vassal, le droit d'effectuer la commise du fief[187], et le droit de percevoir le cens ou les droits de mutation.

41. Le pouvoir royal s'est renforcé au fil des siècles pour en arriver à un rare degré de puissance au XVIII^{e} siècle[188]. Le pouvoir était alors centralisé à l'extrême et les relations entre le Roi et ses vassaux étaient hiérarchisées. Cette organisation a bien évidemment des conséquences sur le droit de propriété puisque toutes ces personnes avaient des droits sur la

[184] RENAUT M.-H., *Histoire du droit de la propriété*, Ellipses, Mise au point, Paris, 1re éd., 2004, p. 64.
[185] Association Congrès des Notaires de France*, Code civil, Les défis d'un nouveau siècle,* 100^{e} Congrès des notaires, 2004, p. 38.
[186] RENAUT M.-H., *op. cit.*, p. 65.
[187] I.e. la confiscation du fief.
[188] HAYEM H., *Essai sur le droit de propriété et ses limites*, th. Dijon, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1910, p. 26.

terre. À force de divisions, le droit de propriété a pu être morcelé entre huit différents « prétendants et exerçants droits et propriétés sur un héritage », ainsi qu'a pu le démontrer BONCERF[189] : celui qui cultive, le seigneur de la directe, le décimateur[190], le curé qui perçoit la dîme d'agneau ou autre dîme de sang, le seigneur voisin possédant le droit de chasse, le seigneur titulaire d'une rente suzeraine, le droit de parcours[191], et enfin le bailleur.

42. Contrairement à l'époque romaine, dans l'Ancien Droit, les limitations au droit de propriété étaient courantes et acceptées. Ainsi, accéder à une parcelle enclavée, prendre l'eau d'une rivière, avoir une vue sur le fonds voisin étaient des choses normales, réglées par les usages[192].

À l'inverse, les droits seigneuriaux étaient de plus en plus mal supportés. Par exemple, le droit de chasse est devenu un monopole de la Noblesse au XIV^{e} siècle et les paysans qui continuaient de chasser étaient sévèrement punis. De plus, les seigneurs possédaient le droit de ravage. Par conséquent, les paysans ne pouvaient pas clôturer les terres car ils devaient laisser passer les seigneurs qui chassaient.

De son côté, le Roi invoquait de plus en plus souvent l'intérêt général pour effectuer des expropriations. Et les transferts de propriété étaient justifiés par la nécessité publique ou l'utilité publique.

Ainsi, à cette époque, le droit de propriété était limité en raison de la multitude de droits qui coexistaient sur une même terre, et par le pouvoir du Roi et des seigneurs. Le droit de propriété ne pouvait alors se concevoir que par ses limitations.

43. À l'aube de la Révolution, le régime foncier était devenu complexe, aussi bien matériellement qu'intellectuellement.

En effet, en premier lieu, le droit de propriété était éclaté. Ce n'était plus qu'un amas de prérogatives distribuées au gré de la volonté des puissants, des usages ou de la coutume. Il était donc difficile de répertorier les personnes ayant un droit sur le même terrain. Par exemple, dans une même forêt, une personne pouvait avoir droit aux taillis, une autre aux arbres de haute futaie. Dans un étang, le premier pouvait avoir un droit aux poissons quand

[189] BONCERF P.-F., *Les inconvéniens des droits féodaux ou réponse d'un Avocat au Parlement de Paris, à plusieurs vassaux des seigneuries de …. de …. etc*, 1791, p. 6 en note.
[190] Il s'agit de celui qui avait le droit de lever la dîme ecclésiastique dans une paroisse.
[191] Il s'agit d'un droit d'emmener les bestiaux paître sur une terre.
[192] OURLIAC P. et GAZZANIGA J.-L., *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Albin Michel, Coll. L'évolution de l'humanité, Paris, 1985, p. 228.

l'étang était en eau, et le second pouvait avoir droit à la culture de la terre quand il était asséché[193].

En second lieu, le droit de propriété était désincarné, en ce sens qu'il n'avait plus de réelle signification, il n'existait plus en tant que tel. En effet, la notion importante à l'époque féodale était la saisine. Or, la saisine englobait la propriété et la possession. La notion de saisine était plus concrète que la possession, et moins abstraite que la propriété. Ainsi, avoir la saisine sur une terre permettait d'en retirer les fruits, le *fructus*. La société de l'époque était agricole, par conséquent tirer des revenus était primordial. Le fait de disposer du bien, de pouvoir le vendre, importait peu. Ainsi, personne ne s'inquiétait réellement de savoir lequel du propriétaire éminent ou du propriétaire utile était le « propriétaire »[194].

44. Ce qui posait problème n'était donc pas le régime du droit de propriété en lui-même, mais le manque d'égalité entre les Hommes. Pour les Révolutionnaires, le droit de propriété était un moyen de rétablir cette égalité. Ils vont donc mettre en place un régime volontairement déséquilibré en faveur de la propriété individuelle.

§2. Un déséquilibre voulu de 1789 à 1804

45. En 1789, le système foncier est à reconstruire. Grâce à la Révolution, les terres n'appartiennent plus à des sujets du Roi, mais à des citoyens tous égaux en droit[195]. Les Révolutionnaires vont donc élaborer un droit de propriété indivisible (A). Puis, c'est dans un souci d'organisation du pays et du droit de propriété qu'en 1804, Napoléon Bonaparte fait élaborer le Code civil (B).

A. 1789 : la volonté d'un droit de propriété indivisible

46. Le 5 mai 1789, les Etats généraux ont été réunis par le Roi, Louis XVI, qui leur indiqua leurs missions. Ils devaient l'aider à trouver des moyens pour faire des économies pour le Royaume, et calmer l'agitation ambiante en étudiant les doléances faites à travers le pays[196]. Les députés se mirent donc au travail. La plupart d'entre eux étaient des hommes

[193] LEVY J.-P. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 2e éd., 2010, pp. 425 et 426.
[194] LEVY J.-P. et CASTALDO A., *op. cit.*, p. 426.
[195] Article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.
[196] Archives parlementaires, première série (1789-1799), t. VIII, p. 2.

cultivés qui connaissaient et adhéraient aux idées des philosophes des XVII[e] et XVIII[e] siècles[197]. Ces idées annonçaient (1) quelle serait la valeur du nouveau droit de propriété (2).

1. Les idées annonciatrices

47. Dans le milieu des philosophes, plusieurs débats avaient lieu concernant le droit de propriété afin de savoir s'il était un droit naturel, et s'il était légitime[198].
Pour GROTIUS, le droit de propriété n'était pas un droit naturel[199]. Selon lui, à l'origine tout était commun[200], mais la mésentente entre les Hommes les a obligés à partager les biens par le biais de conventions[201]. La propriété n'était alors qu'une création de la loi. Par conséquent, le législateur pouvait limiter la propriété, ou même, priver des individus de la propriété par une expropriation. Le droit de propriété serait ainsi modulé en fonction des circonstances économiques ou sociales.
HOBBES pensait également que le droit de propriété ne tirait pas ses origines du droit naturel[202]. Selon lui l'état de guerre avait poussé les individus à confier leur propriété dans les mains d'une seule personne, le maître. Ce dernier était devenu le seul propriétaire. Les individus ne pouvaient récupérer des droits qu'en bénéficiant d'une concession du Prince. Ainsi, pour HOBBES le droit de propriété privé n'était pas concevable.

48. À l'inverse, LOCKE a développé l'idée de la propriété comme droit naturel antérieur à la société. C'était un partisan de la vision absolutiste du droit de propriété. Pourtant il précisait que : « le droit de propriété est un droit absolu, parce que naturel, et ce doit être un droit réglementé à raison même de son absolutisme, le gouvernement devant imposer à chacun le respect de la souveraineté du propriétaire sur son patrimoine »[203]. Ce que voulait dire LOCKE, c'est que la réglementation du droit de propriété est nécessaire pour garantir sa propre protection.

---

[197] À titre d'exemple, les députés du tiers-états étaient en grande partie avocats.
[198] POUMAREDE J., De la difficulté de penser la propriété (1789-1793), *in Propriété & Révolution : actes du colloque de Toulouse, 12-14 octobre 1989*, Centre national de la recherche scientifique, 1990, p. 27. Jacques POUMAREDE fait la distinction entre la conception naturaliste de la propriété (Ecole du droit naturel, Physiocrates et LOCKE) et la conception volontariste (Grotius, Jurieu, Barbeyrac, Rousseau), préc., pp. 29 à 32.
[199] GROTIUS H., *Le droit de la guerre et de la paix*, Librairie de Guillaumin et Cie, Paris, 1867.
[200] En ce sens : LEVY J.-P. et CASTALDO A., *op. cit.,* p. 477.
[201] Pour plus d'explications : V. HAYEM H., *Essai sur le droit de propriété et ses limites*, th. Dijon, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1910, pp. 171 et s.
[202] HOBBES T., *Léviathan*, Folio, coll. Folio essais, 2000, mais le Léviathan a été publié pour la première fois en 1651 en anglais, puis en latin en 1668.
[203] LOCKE J., *Essai sur le gouvernement civil*, Flammarion, Coll. Garnier Flammarion, 2[e] éd., 1999 : paru pour la première fois en 1690.

Par ailleurs, LOCKE estimait que c'est par le travail que l'homme devient propriétaire. Par conséquent, pour lui, les terres appartiennent à celui qui les cultive.

49. L'opinion de ROUSSEAU illustre la controverse sur la légitimité du droit de propriété. En effet, dans un premier temps, il affirmait que : « le premier qui, ayant enclos un terrain, s'avisa de dire, *ceci est à moi*, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. Que de crimes, de guerres, de meurtres, que de misères et d'horreurs n'eût point épargné au genre humain celui qui, arrachant les pieux ou comblant le fossé, eût crié à ses semblables : *gardez-vous d'écouter cet imposteur ; vous êtes perdus si vous oubliez que les fruits sont à tous et que la terre n'est à personne* »[204]. Et un an plus tard, il précisait pourtant que « le droit de propriété est le plus sacré de tous les droits des citoyens, et plus important à certains égards que la liberté même (…) ; la propriété est le vrai fondement de la société civile, et le vrai garant des engagements des citoyens (…) »[205]. Ainsi, ROUSSEAU n'était pas contre l'existence du droit de propriété, mais il semblait se méfier du mode d'appropriation.

50. Enfin, les physiocrates[206] ont développé une philosophie économique, qui fut également une source d'inspiration pour les députés. Selon eux, la richesse provenait de l'agriculture, et par conséquent la propriété foncière devait être protégée. Pour les physiocrates, le régime féodal freinait l'économie car il ne permettait pas un rendement optimal des terres[207]. Par contre, ils ne remettaient pas en cause l'autorité du roi et des seigneurs. La théorie des physiocrates s'est développé sous Louis XVI, sous l'influence notamment de TURGOT qui dirigeait le Contrôle général des finances[208].
C'est donc en ayant à l'esprit ces idées philosophiques et économiques que les députés vont élaborer la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et créer un nouveau droit de propriété.

[204] ROUSSEAU J.-J., *Œuvres complètes, t. 3, Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Gallimard, Coll. La Pléiade, Paris, 1964, p. 164.
[205] ROUSSEAU J.-J., *op. cit.,* p. 264.
[206] Par exemple : F. QUESNAY, A. R. J. TURGOT.
[207] Dans ce sens : BONCERF P.-F., *Les inconvéniens des droits féodaux ou réponse d'un Avocat au Parlement de Paris, à plusieurs vassaux des seigneuries de …. de …. etc*, 1791.
[208] LEVY J.-P. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 2e éd., 2010, p. 448.

2. Le droit de propriété de 1789

51. Les députés ont estimé devoir poser les principes fondamentaux dans une déclaration des droits, qui serait une sorte de préambule à la Constitution. Ainsi, à partir du 17 août 1789, les députés ont présenté différents projets de déclaration. La plupart d'entre eux mentionnaient le droit de propriété[209]. Puis, les députés se sont mis à discuter de chaque article et mettront une dizaine de jours pour réunir les dix-sept articles constitutifs de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. L'article 2 de la Déclaration est adopté le 20 août 1789, selon la formulation suivante : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont : la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». La propriété doit donc être considérée comme un droit naturel en ce sens que tout citoyen a le droit de devenir propriétaire.

Enfin, le 27 août 1789 un député du nom de Duport présente le projet de l'article 17 de la Déclaration[210]. De son initiative personnelle, il propose la formule connue actuellement[211], et l'article est adopté sans débat[212]. Les députés sont effectivement pressés d'entamer la rédaction de la Constitution. L'article 17 précise que : « la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen se pose ainsi en ardent défenseur de la propriété, droit naturel et imprescriptible de l'homme, droit inviolable et sacré, c'est-à-dire plus simplement, du droit de propriété[213].

---

[209] Selon G. SICARD, « un tel consensus conduit à présumer que ce « droit de propriété » n'a pas été tiré du néant par les constituants de 1789, et que sa proclamation complète et couronne une tradition multiséculaire », Le droit de propriété avant l'article 17 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, *in Propriété & Révolution : actes du colloque de Toulouse, 12-14 octobre 1989*, Centre national de la recherche scientifique, 1990, p. 1,

[210] Sur la distanciation discursive et la brèche idéologique des articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789, V. KOUBI G., De l'article 2 à l'article 17 de la Déclaration de 1789 : la brèche dans le discours révolutionnaire, *in Propriété & Révolution : actes du colloque de Toulouse, 12-14 octobre 1989*, Centre national de la recherche scientifique, 1990, p. 65,

[211] Plus exactement, l'article 17 évoquait à l'origine « les propriétés » et non « la propriété ». Cela n'a été rectifié qu'en 1793 sous le prétexte qu'il s'agissait d'une faute d'orthographe. Or, l'usage du pluriel révèle surtout qu'en 1789, le droit de propriété était imprégné de superpositions, notamment entre la propriété directe et la propriété utile. À ce sujet, V. COMBY J., L'impossible propriété absolue, *in Un droit inviolable et sacré, la propriété, Actes du colloque organisé les 13-14 novembre 1989 à Paris,* ADEF, Paris, 1991, p. 9, spéc. p. 1.

[212] POUMAREDE J., De la difficulté de penser la propriété (1789-1793), *in Propriété & Révolution : actes du colloque de Toulouse, 12-14 octobre 1989*, Centre national de la recherche scientifique, 1990, p. 27. Mais J. POUMAREDE explique que lors de sa publication, l'article 17 vise « les propriétés » au lieu de « la propriété », à la suite d'une modification effectuée par le Roi.

[213] Certains auteurs estiment que la qualité de propriétaire serait garantie par l'article 2, et les biens, objets de propriété, seraient quant à eux protégés par l'article 17 : LUCHAIRE pense que l'article 2 a consacré le droit à la propriété, et l'article 17 le droit de propriété. Il justifie son opinion en faisant remarquer que l'article 2 ne vise

52. Le droit de propriété est sacralisé, mais une exception est tout de même prévue : lorsqu'il est nécessaire de priver un individu de sa propriété et que cette nécessité est reconnue par la loi, cet individu pourra être évincé, à condition que lui soit octroyé une juste et préalable indemnité. Les expropriations doivent donc être légalement justifiées et indemnisées. Mais elles sont nécessaires aux révolutionnaires pour mettre en œuvre de nouvelles politiques d'urbanisme.

Par ailleurs, les constituants nationalisent, par un décret du 2 novembre 1789, les propriétés de l'Eglise catholique ainsi que les propriétés des personnes morales[214] dans le cadre d'une mission d'utilité publique[215]. En réalité, l'objectif est de trouver de l'argent pour mener à bien l'œuvre de la Révolution. Et pour les révolutionnaires, ces privations au droit de propriété des personnes morales, se justifient par le fait que cette propriété n'a pas la même nature que celle des particuliers et peut lui être sacrifiée[216]. Il s'agit de la théorie de la personne morale – fiction.

Pour Hélène PAULIAT, les révolutionnaires ont consacré le droit de propriété limité par l'expropriation car « la consécration du droit, à un moment donné, doit être faite en intégrant les limites traditionnelles, classiques, dans l'état de droit immédiatement antérieur »[217]. Il s'agit d'un constat de raison. Mais les révolutionnaires souhaitaient insuffler de la nouveauté dans la Déclaration des droits de l'homme, poser des principes fondamentaux. L'article 17 n'a pas été proposé avec l'intention d'intégrer les limites de l'Ancien droit ; cela serait allé à l'encontre des objectifs de la Déclaration. Par contre, les députés étaient assez instruits, ils connaissaient l'Histoire et s'intéressaient à la philosophie. Ils savaient que donner une propriété illimitée sur un terrain aurait tendance à nuire à la société, ne serait-ce que par des constructions insolites.

---

pas le droit de propriété, mais la propriété. Puis, il fait un parallèle avec les autres droits en expliquant que l'on dit « droit à la liberté » ou « droit à la sûreté », plutôt que « droit de liberté » ou « droit de sûreté », *in*, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Economica, Paris, 1987, p. 270.

Dans le même sens, M. DEBENE explique que : « l'article 17 concerne le droit de propriété, le droit qui s'exerce sur les biens (…). L'article 2 s'attache en fait non au contenu mais au contenant. Enumérant les « *droits naturels* » de l'homme il souligne les « *droits à* » : droit à la liberté, droit à la sûreté, droit à la propriété. C'est ici non la propriété (les propriétés) qui est concernée mais la capacité d'être propriétaire, l'aptitude à la devenir, le pouvoir d'approprier. Pour le technicien du droit, c'est le patrimoine. L'article 2 vise l'être (et sa possibilité d'être propriétaire) ; l'article 17 protège l'avoir », *in Propriété & Révolution : actes du colloque de Toulouse, 12-14 octobre 1989*, Centre national de la recherche scientifique, 1990, p. 88.

[214] Il s'agit des biens des maîtrises et jurandes, des états provinciaux, des congrégations, des collèges et institutions d'enseignement public, des corporations, des sociétés académiques.

[215] PATAULT A.-M., *Introduction historique au droit des biens*, PUF, Coll. Droit fondamental, Paris, 1989, p. 189.

[216] PATAULT A.-M., *op. cit.*, p. 190.

[217] PAULIAT H., *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat,* th. Limoges, Préf. J. MORANGE, PUF, 1991, T. 1 : p. 72.

Par conséquent, il est possible de penser que les députés ont plutôt estimé que le droit de propriété devait être proclamé comme inviolable et sacré, afin de réjouir les citoyens ; mais en même temps, la propriété devait être limitée pour assurer une meilleure cohésion sociale. De plus, il est probable que la mise en œuvre de la mesure d'expropriation ne devait être qu'exceptionnelle.

53. La nuit du 4 août 1789, l'Assemblée nationale a voté l'abolition du régime féodal pour calmer les émeutes qui avaient lieu dans les campagnes[218]. Mais les députés ne souhaitaient pas abolir les droits féodaux sans contrepartie car pour eux cela niait le droit de propriété lui-même[219]. En outre, le Roi s'est opposé à cet arrêté. Ainsi, il faudra attendre la chute de la Monarchie et la loi du 17 juillet 1793, loi dite « de colère », pour que l'abolition soit effective et générale.

C'est également sous la Convention, par un décret du 10 juin 1793, que la question des communaux est réglée. En effet, en 1792, un premier décret avait bien ordonné le partage des communaux, mais aucune indication sur le mode de partage n'avait été émise. Les communaux étaient donc restés des terres où tous les habitants du village pouvaient exercer l'*usus* et le *fructus*[220]. Or, l'idée des Révolutionnaires était de multiplier le nombre de petits propriétaires, ce que permettait le partage des communaux. Cependant, même si en 1793 ce partage est réglementé, il ne reste que facultatif. Ainsi, beaucoup de communes ont refusé le partage. Et pour celles dans lesquelles le partage a été décidé, le résultat a été un échec. Les propriétés ainsi créées étaient soit trop petites pour les éleveurs, soit de mauvaises qualités pour les cultivateurs.

La Révolution a permis de poser les principes du droit de propriété réunifié et d'abolir le régime féodal. Mais dorénavant, une organisation du droit de propriété est nécessaire.

B. 1804 : l'organisation nécessaire du droit de propriété

54. Au lendemain de la Révolution, la propriété fait l'objet d'une vénération presque religieuse[221]. À titre d'exemple, un décret du 8 juillet 1795 indique qu' « il sera placé à la

[218] Archives parlementaire, première série (1789-1799), t. VIII, p. 356.
[219] BART J., *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXème siècle*, Montchrestien, Coll. Domat droit privé, Paris, 2e éd., 2009, p. 410 ; STRICKLER Y., *op. cit.,* p. 315, n°227, b.
[220] RENAUT M.-H., *Histoire du droit de la propriété*, Ellipses, Coll. Mise au point, Paris, 2004, p. 65.
[221] PATAULT A.-M., *Introduction historique au droit des biens*, PUF, Coll. Droit fondamental, Paris, 1989, p. 232.

sortie principale de chaque commune l'inscription suivante : Citoyen, respecte les propriétés et les productions d'autrui ; elles sont le fruit de son travail et de son industrie ».
Pour la garantir, il est donc nécessaire d'instaurer des règles plus précises que les principes fondamentaux posés dans la Déclaration des droits de l'homme. Un régime juridique du droit de propriété est élaboré par les rédacteurs du Code civil de 1804 (1). Par la suite, les caractères du droit de propriété ont été dégagés (2).

1. Le régime juridique du droit de propriété

55. Après 1789, le droit de propriété individuel est mis en avant de façon excessive pour trois raisons.
Tout d'abord, le droit de propriété est protégé pour une raison politique[222]. Il faut consolider les droits des acquéreurs des biens nationaux. En effet, ces derniers craignent que les « émigrés » revendiquent leurs propriétés après leur retour en France[223].
De plus, le droit de propriété est associé étroitement au concept de liberté[224]. Etre propriétaire c'est être le maître chez soi, c'est être libre.
Enfin, la propriété est considérée comme un droit naturel qui préexiste aux êtres humains et s'impose à eux[225].
C'est à la lumière de ces postulats qu'il faut lire le projet de loi sur la propriété présenté par PORTALIS[226]. Il définit la propriété comme « le droit de jouir et de disposer de son bien de la manière la plus absolue » et indique que « ce principe est comme l'âme universelle de toute la législation ». Il va même jusqu'à affirmer que le droit de propriété « est aussi précieux que la vie même, puisqu'il lui assure les moyens de la conserver ».

56. En présentant le titre relatif au droit de propriété, PORTALIS a annoncé en substance les articles 544, 545, 546 et suivants du Code civil.

---

[222] CHEYNET DE BEAUPRÉ A., *Droit des biens*, Vuibert, Coll. Dyna'sup Droit, Paris, 2010, pp. 64 et 78.
[223] C'est d'ailleurs ce qui se produisit. Une loi adoptée le 27 avril 1825, dite loi du « milliard des émigrés » dut prévoir un système d'indemnisation.
[224] LEPAGE H., La propriété deux siècles après : qu'en reste-t-il ?, *Administrer* 1989, p. 25 et s. Selon M. LEPAGE, « *(...) admettre l'existence d'une liberté individuelle entraîne nécessairement la reconnaissance du concept de propriété car l'homme ne saurait être pleinement libre si on ne commence pas par lui assurer la pleine disposition de son esprit (la propriété de soi), de son travail, des fruits de son travail, de ce à quoi il a apporté de la valeur en y mêlant son labeur et sa créativité* ».
[225] LEPAGE H., *supra* et RENOUX-ZAGAME M.-F., *Histoire du droit de la propriété*, Administrer 1989, pp. 13 et s.
[226] PORTALIS J.-E.-M., *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. des publications du Centre de Philosophie du Droit, Aix-en-Provence, 1988, pp. 111 et s.

Ainsi, le célèbre article 544 dispose que : « la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

PORTALIS semble diviser cet article en deux parties : la première étant le « grand principe de la propriété », et la seconde témoignant du « pouvoir de l'Etat sur les biens des particuliers ». Or, comme a pu le proposer COSTE-FLORET, la première partie de l'article 544 peut également être divisée en deux parties[227].

Ainsi, l'article présenterait d'abord les attributs du droit de propriété : le droit de jouir et de disposer des choses. Cela correspond classiquement aux trois prérogatives qui ont été reconnues *a posteriori* aux propriétaires quiritaires, à savoir : l'*usus*, le droit de se servir du bien, ou de ne pas s'en servir, le *fructus*, le droit de jouir du bien, d'en percevoir les fruits et revenus, ou de ne pas les percevoir, et l'*abusus*, le droit de disposer du bien et même de le détruire. Il faut toutefois noter que les rédacteurs du Code civil n'ont pas pris la peine d'insérer le droit d'user à l'article 544. La raison avancée de cette absence serait que l'usage n'est qu'une forme de l'usufruit, qui n'est autre que la jouissance[228]. Or, cette explication n'est exacte qu'au regard du langage courant, lequel assimile bien volontiers l'usage et la jouissance. En droit, le droit d'usage signifie le droit de se servir personnellement sur le bien d'autrui et d'en percevoir les fruits dans la limite de ses besoins et de ceux de sa famille. Le droit de jouissance a un sens plus large puisqu'il « autorise la perception des fruits et des revenus du bien »[229].

Et ensuite, l'article 544 proclamerait le caractère absolu du droit de propriété[230].

57. Enfin, ainsi que l'indique PORTALIS de façon détaillée et précautionneuse, « la vraie liberté consiste dans une sage composition des droits et des pouvoirs individuels avec le bien commun. Quand chacun peut faire ce qui lui plaît, il peut faire ce qui nuit à autrui, il peut faire ce qui nuit au plus grand nombre. (…) On doit être libre avec les lois, et jamais contre elles. De là, en reconnaissant dans le propriétaire le droit de jouir et de disposer de sa propriété de la manière la plus absolue, nous avons ajouté *: pourvu qu'il ne fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». Il prépare les citoyens à l'idée que le droit de propriété pourra être limité, notamment par l'Etat. Mais ce dernier n'est plus un monarque

[227] COSTE-FLORET P.*, La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil et depuis le Code civil*, th. Montpellier, Recueil Sirey,1935, p. 50.
[228] ZENATI F., *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon 3, 1981, Vol. 1, p. 53.
[229] STRICKLER Y., *op. cit.*, p. 67, n°41.
[230] *Cf. supra* sur les caractères du droit de propriété, n^{os}61 et s.

absolu, c'est un arbitre qui peut limiter la propriété individuelle dans l'intérêt général. TERRAT est allé plus loin dans ce raisonnement. Pour lui, cela signifierait que « la société a (…) des droits, et [que] ce sont ces droits (…) qui viennent limiter et restreindre ceux de la propriété individuelle. Il faut donc que la propriété se plie et s'adapte à la nature sociable de l'homme, qu'elle subisse des restrictions sans lesquelles la vie sociale deviendrait impossible »[231].

58. D'ailleurs, pour l'Homme, l'article 545, qui concerne l'expropriation, semble bien la limitation la plus contraignante qui existe, puisqu'elle emporte dépossession du bien. L'article 545 dispose 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 ». Les termes de cet article rappellent ceux de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Toutefois, « la nécessité publique, légalement constatée » fait place à une « cause d'utilité publique », ce qui semble déjà moins restrictif[232]. En 1789, c'est la loi qui doit constater la nécessité publique, alors qu'en 1804, il n'y a plus de référence à la loi. Mais les rédacteurs du Code civil étaient bien conscients de ce manque de précision. Par la suite, une loi du 8 mars 1810 a instauré le régime de l'expropriation pour cause d'utilité publique[233].

59. Enfin, les articles 546 et suivants du Code civil illustrent le droit d'accession, qui fait du droit de propriété, un droit en perpétuelle extension[234]. Ainsi l'article 546 prévoit que « la propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. (…) ». Et l'article 552 dispose que « la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous ». Ce droit d'accession est bien un des avantages à être propriétaire. Mais étant donné qu'il n'est pas d'ordre public, il est possible d'y déroger par convention. De plus, le bénéfice qu'en tirera le propriétaire fera le plus souvent l'objet d'une indemnisation.

---

[231] TERRAT B., Du régime de la propriété dans le Code civil, *in Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire,* Présentation de J.-L. HALPERIN, Dalloz, 2004, p. 350.
[232] *Cf. infra* n°71.
[233] *Cf. infra* n^{os}110 et s.
[234] Au sujet de l'accession : *cf. supra* n^{os}11 et s.

60. Le droit de propriété semble donc bénéficier d'un régime assez extensif, mais PORTALIS énonce que « le droit de propriété, quelque étendu qu'il soit comporte quelques limites que l'état de société rend indispensables »[235].

Tout d'abord les services fonciers ou servitudes sont définis par l'article 637 du Code civil comme des « charge(s) imposée(s) sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire ». L'existence d'une servitude grève le fonds servant d'un droit réel immobilier. Le propriétaire du fonds servant perd la pleine maîtrise de son terrain. Les servitudes peuvent avoir une origine naturelle[236], une origine légale[237], ou une origine conventionnelle[238]. Elles constituent des limitations au droit de propriété qui se justifient soit par le respect du voisinage, soit par l'intérêt public.

Puis, PORTALIS évoque une seconde limitation au droit de propriété justifiée par « le maintien de la sûreté commune ». Il s'agit des réglementations d'urbanisme notamment nécessaires à la « régularité et (..) à la beauté des édifices (…) ».

Cela témoigne du fait que bien des limitations au droit de propriété existaient dès l'origine du Code civil, auprès du droit de propriété. D'ailleurs, cette réalité transparaît lors de l'étude des caractères du droit de propriété.

2. Les caractères du droit de propriété

61. Les caractères du droit de propriété n'ont été énumérés qu'une dizaine d'années après la rédaction du Code civil, par une interprétation de la doctrine du XIX^{e} siècle et notamment d'AUBRY et RAU, ainsi que de DEMOLOMBE. Il est cependant admis que ces caractères étaient déjà présents en 1804[239].

Ces caractères sont les symboles de l'absolutisme du droit de propriété. D'ailleurs, le caractère absolu est le plus important, car de lui, vont découler les deux autres, c'est-à-dire le caractère exclusif et le caractère perpétuel. Pourtant, le marquis de VAREILLES-SOMMIERES réfute un à un ces trois caractères. Pour lui, le droit de propriété n'aurait qu'un caractère, à savoir « d'être un droit général aux services d'une chose, c'est-à-dire le droit d'en tirer non pas certains services déterminés, non pas un groupe déterminé de services, mais tous

[235] PORTALIS J.-E.-M., *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. des publications du Centre de Philosophie du Droit, Aix-en-Provence, 1988, p. 120.
[236] Lorsqu'elles dérivent de la situation des lieux : articles 640 à 648 du Code civil. Par exemple : la servitude d'écoulement des eaux pluviales ou usées.
[237] Articles 649 à 685-1 du Code civil. Par exemple, les servitudes d'utilité publique.
[238] Elles sont appelées « servitudes du fait de l'homme » et prévues par les articles 686 à 710 du Code civil. Par exemple, la servitude de passage.
[239] LEVY J.-P. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 2^{e} éd., 2010, p. 441.

les services sauf exceptions, la généralité des services, tous les services qui sont libres ou qui le deviendront. C'est d'être un droit de puissance générale sur la chose »[240]. Le droit de propriété n'aurait qu'un caractère, celui de la généralité.

62. Concernant le caractère absolu, ainsi que l'affirme William DROSS, l'article 544 du Code civil aurait tout aussi bien pu énoncer que « *la propriété est un droit absolu sur les choses,* car le cœur de la notion de propriété gît bel et bien dans cet adjectif : absolu »[241]. Le législateur de 1804 a insisté sur ce terme par la formule « la plus absolue », qui est un superlatif « pléonasmique »[242]. Or, ainsi que le fait remarquer de VAREILLES-SOMMIERES le terme absolu « exprime une qualité insusceptible de degré »[243]. Pourtant, le législateur de 1804 est réputé pour sa maîtrise du français. C'est pourquoi on ne peut que penser qu'il a volontairement souhaité appuyer l'adjectif « absolu ». Cela est confirmé par le fait que le texte initial du Code civil prévoyait plutôt l'expression « la pleine propriété ». Les auteurs du Code civil étaient hostiles aux formes incomplètes et relatives de la propriété féodale[244]. Il faut se souvenir qu'ils souhaitaient garantir les nouveaux propriétaires des biens nationaux de la valeur de leur droit de propriété[245].

Dans un premier temps, l'article 544 met en avant le caractère absolu du droit de propriété, ce qui semble signifier qu'un propriétaire aurait un pouvoir illimité sur son bien. Or, dans un second temps, il indique la possibilité d'une restriction : « pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements ». L'article 544 apparaît donc bien comme contradictoire[246]. Et ainsi qu'a pu l'écrire le Marquis de VAREILLES-SOMMIERES, « la définition du Code revient exactement à celle-ci : la propriété est un pouvoir absolu qui n'est point absolu »[247].

---

[240] VAREILLES-SOMMIERES (de la Broüe de) G., La définition et la notion juridique de la propriété, *RTD Civ*. 1905, p. 443, spéc. p. 485.
[241] DROSS W., *Droit des biens*, Montchrestien, Coll. Domat droit privé, Paris, 2e éd., 2014, p. 20, n°7.
[242] CHEYNET DE BEAUPRÉ A., *Droit des biens*, Vuibert, Coll. Dyna'sup Droit, Paris, 2010, p. 65.
[243] VAREILLES-SOMMIERES (de la Broüe de) G., préc. spéc. p. 477.
[244] THIREAU J.-L., La propriété du Code civil : modèles et anti-modèles*, in Code civil et modèles, Des modèles du Code au Code comme modèle,* L.G.D.J., Bibliothèque de l'Institut André Tunc, t. 6, 2005, p. 161 ; V. également DELAVAQUERIE G., *Pour une théorie de la propriété renouvelée, étude commune des propriétés privée et publique*, th. Caen, 2011, p. 122 : « l'emploi de l'adjectif absolu (…) ne fait que rejeter tout idée de propriété divisée ; les rédacteurs du Code civil ont souhaité marquer leur volonté de ne pas laisser de place à un éventuel retour de la propriété féodale ».
[245] PATAULT A.-M., *Introduction historique au droit des biens*, PUF, Coll. Droit fondamental, Paris, 1989, pp. 188-190 ; XIFARAS M., *La propriété – Etude de philosophie du droit*, PUF, Coll. Fondements de la politique, Paris, 2004, p. 97.
[246] COSTE-FLORET P.*, La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil et depuis le Code civil*, th. Montpellier, Recueil Sirey, 1935, p. 49.
[247] VAREILLES-SOMMIERES (de la Broüe de) G.*,* préc. pp. 477 et 478.

Est-ce à dire que le droit de propriété est relatif ? Cette question a fait l'objet de débats dans la doctrine depuis le XIX[e] siècle et est encore d'actualité[248]. Si ce sujet est autant controversé c'est en raison de son enjeu. Qualifier le droit de propriété lui donnerait une mesure, une valeur.

Les absolutistes prétendent que le droit de propriété ne comporte aucune limite puisqu'il est absolu. L'article 544 est pour eux le symbole du caractère absolu du droit de propriété, par conséquent il le protège totalement.

Mais si l'on étudie le problème sous l'angle des relativistes tels que SALEILLES[249] ou PLANIOL[250], il est possible de penser qu'il n'y a qu'une protection fictive, puisque l'Etat peut restreindre le droit de propriété des particuliers. C'est d'ailleurs cette crainte qui a poussé certains membres de la doctrine à créer une nouvelle conception de la propriété, protectrice du droit du particulier, du « détenteur de la richesse », à travers la notion de fonction sociale[251].

63. En réalité, savoir si le droit de propriété est un droit absolu ou relatif est un faux débat pour deux raisons.

La première raison concerne la formule « la plus absolue », sur laquelle se base cette controverse. En effet, il ne faut pas oublier qu'un juriste ne peut pas interpréter un texte sans tenir compte du contexte politique, économique ou social. Sinon ce n'est pas une interprétation juridique, c'est du juridisme. Or, en 1804, Napoléon souhaitait calmer toutes les agitations qu'il y avait eu depuis 1789. Et même s'il était de petite noblesse, il partageait certaines idées révolutionnaires. Son objectif était de conserver les acquis de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, rasséréner les nouveaux propriétaires et par conséquent s'attacher leurs bonnes grâces. Il ne s'agit donc que d'une formule emphatique, un « effet d'annonce »[252], destiné à ravir les propriétaires et les futurs propriétaires[253]. Cela a d'ailleurs très bien fonctionné puisque de nos jours non seulement les propriétaires y croient encore,

[248] Pour un état des lieux de la question V. NIORT J.-F., Le Code civil dans la mêlée politique et sociale, regard sur deux siècles de lectures d'un symbole national, *RTD civ.* 2005, p. 257.
[249] SALEILLES R., Le Code civil et la méthode historique, *in Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire*, Présentation de J.-L. HALPERIN, Dalloz, 2004, p. 111.
[250] RIPERT G., *Traité élémentaire de Droit civil de Marcel PLANIOL*, Tome premier : Principes généraux, Les personnes – Les biens, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1942, pp. 888 et s.,
[251] DUGUIT L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, F. Alcan, Paris, 2[e] éd., 1920, pp. 147 et s.,
[252] STRICKLER Y., *Les biens*, PUF, Coll. Thémis Droit, Paris, 2006, p. 304, n°224.
[253] Ce serait même « un excès et un leurre » selon les termes de Jean-Louis BERGEL, *op. cit*., p. 32.

mais de plus, ils y sont très attachés[254]. Mais dans un même temps Napoléon s'était réservé la possibilité de limiter le droit de propriété puisqu'il était à l'initiative des lois et règlements[255].
La seconde raison a trait au fond du débat, à savoir, la valeur du droit de propriété et le degré de protection qu'il faut lui accorder. Le droit de propriété est peut-être un sentiment universel, mais son régime est bien une création de l'Homme pour l'Homme. Par conséquent, d'un côté, le droit de propriété assure une stabilité à l'Homme, le sécurise et lui donne un sentiment de liberté, de maîtrise sur une chose. Mais, d'un autre côté, les hommes vivent en société et doivent organiser leurs rapports. Par conséquent, dans certaines situations, faire primer l'intérêt du plus grand nombre sur l'intérêt d'un individu peut être nécessaire pour la vie en communauté.
COSTE-FLORET avait bien ressenti l'ambivalence de la notion de propriété et l'avait formulé ainsi : « La propriété se réalise personnellement dans son principe » ; « La propriété se réalise socialement dans son usage »[256].
Ainsi, le droit de propriété doit être considéré comme absolu au niveau intrinsèque, mais il devient relatif dès lors qu'il est en concurrence avec la communauté. Or, il faut bien admettre que les propriétés privées sont de moins en moins isolées les unes des autres, du fait de l'urbanisation et de la performance des moyens de transport. Par conséquent, le caractère absolu du droit de propriété est de plus en plus symbolique. Mais cela ne signifie pas qu'il tombe de son piédestal, puisqu'il continue à avoir une valeur fondamentale[257]. Il demeure un symbole de lutte contre l'arbitraire. Le droit de propriété est un droit fondamental qui doit être protégé dans une certaine mesure, c'est-à-dire sans excéder sa nature, car il faut veiller à respecter un certain équilibre entre l'intérêt de l'Homme et les intérêts des hommes.

64. Les caractères exclusif et perpétuel sont les conséquences de la pleine maîtrise qu'un propriétaire peut avoir sur son bien. Mais à l'instar du caractère absolu, leur portée doit être nuancée.

---

[254] Sur la charge affective de la propriété, V. PATAULT A.-M., *Introduction historique au droit des biens*, PUF, Coll. Droit fondamental, Paris, 1989, p. 235.
[255] COMBY J., L'impossible propriété absolue, *in Un droit inviolable et sacré, la propriété, Actes du colloque organisé les 13-14 novembre 1989 à Paris,* ADEF, Paris, 1991, p. 9, spéc. p. 13.
[256] COSTE-FLORET P.*, La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil et depuis le Code civil*, th. Montpellier, Recueil Sirey, 1935, p. 256.
[257] Dans ce sens : MOLFESSIS N., *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, th. Paris II, Préf. M. GOBERT, L.G.D.J., 1997, p. 51, n°61 : « (…) ce droit a, dans la société politique, un rôle constitutif : il est fondement de la société ». Et *cf. infra* n[os]584 et s.

Ainsi, l'exclusivité signifie que le propriétaire a le monopole des prérogatives portant sur une chose, telle que sa jouissance, et que ce monopole est reconnu par le droit[258]. Le propriétaire pourra exercer une action en revendication si un tiers venait à s'en emparer. Toutefois, ce principe comporte de nombreuses dérogations dès l'instant où des tiers ont des droits qui peuvent concurrencer le droit de propriété. Ces dérogations ne sont pas propres au droit des biens. Par exemple, le régime de l'article 215 alinéa 3 du Code civil prévoit que lors de la vente du logement de la famille, le conjoint propriétaire doit obtenir le consentement à la vente de son époux et ce, même s'il s'agit d'un bien propre. À défaut, celui qui n'a pas donné son consentement peut demander la nullité de l'acte[259]. Par conséquent, un des effets du régime primaire du mariage est de limiter le droit de disposer de l'époux propriétaire. Il n'a plus le monopole des prérogatives et par suite, son droit de propriété n'est plus tout à fait exclusif.

Par ailleurs, une propriété ayant un caractère perpétuel est imprescriptible[260]. Elle ne s'éteint pas par le non-usage[261]. Toutefois, même si la propriété ne peut se perdre par le non-usage, elle peut s'acquérir par l'usage d'autrui par le régime de la prescription acquisitive trentenaire, voire décennale si le possesseur est de bonne foi et possède un juste titre[262]. Le caractère perpétuel peut également être considéré sous un angle objectif, comme étant un droit attaché à l'objet, et donc qui survit au décès du propriétaire[263].

65. À travers les époques, le droit de propriété et ses limitations existent toujours ensemble. Même si leur équilibre est parfois instable, ils forment un tout inséparable, tel un vieux couple qui ne peut vivre l'un sans l'autre.

Les limitations du droit de propriété ont des origines fondamentales non seulement par leur présence historique auprès du droit de propriété, mais aussi par leur justification. Une approche technique des limitations permet de déterminer que l'intérêt général est le fondement des limitations au droit de propriété.

---

[258] STRICKLER Y., *op. cit.*, p. 366, n°259.

[259] Cette action en nullité est ouverte dans un délai d'un an à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, et au plus tard un an après la dissolution du régime matrimonial.

[260] Art. 2227 C. civ.

[261] Ass. Plén., 23 juin 1972, n°70-12.960 : *Bull. civ*. A. P., n°3.

[262] Art. 2272 C. civ.

[263] POURQUIER C., *Propriété et perpétuité, Essai sur la durée du droit de propriété*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Laboratoire de Théorie juridique, Aix-en-Provence, 2000, p. 202 ; BONNET V., La durée de la propriété, *RRJ* 2002, p. 273.

Section 2. L'approche technique : l'intérêt général, fondement des limitations au droit de propriété

66. Les limitations au droit de propriété évoluent, cela a été constaté historiquement. Il est alors nécessaire qu'elles aient un fondement qui leur apporte une légitimité, dans un cadre non plus historique mais technique, et il serait logique que ce fondement soit une notion évolutive.

Dans l'Ancien droit, l'exercice du droit supérieur du souverain, maître du domaine éminent suffisait à justifier les limitations apportées au droit de propriété[264]. Mais, au fur et à mesure que le pouvoir royal s'affaiblissait, les atteintes faites à ce droit étaient de plus en plus mal vécues par la population, d'autant plus que la situation économique n'était pas favorable. Alors, afin de légitimer les expropriations, le Conseil royal des finances tenta de contrôler l'administration royale[265]. Et finalement lors de la Révolution, les députés précisèrent qu'une privation de propriété ne pouvait avoir lieu qu'à certaines conditions, « lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment »[266].

Cette évolution illustre le fait qu'à toutes les époques, les Hommes ont recherché un fondement légitimant des limitations au droit de propriété (§1). Mais une notion qui peut rendre légitime une atteinte au droit de propriété s'avère dangereuse pour les libertés individuelles. De plus, la notion d'intérêt général a subi des critiques de par son caractère flou. C'est pourquoi un encadrement du concept existe actuellement (§2).

§1. La recherche d'un fondement légitime aux limitations

67. La recherche d'une notion justifiant les limitations est loin d'être une quête nouvelle. Des philosophes comme des juristes ont essayé de qualifier les fondements qui permettaient de légitimer les atteintes faites aux intérêts individuels, et notamment au droit de propriété. Les textes fondamentaux, tels l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme, l'article 545 du Code civil et l'article 1er du protocole n°1, utilisent également divers vocables pour légitimer les limitations faites au droit de propriété. Ces différentes sources vont devenir un outil d'évolution pour les limitations au droit de propriété. Si le fondement permettant de

[264] COUZINET J.-F., De la nécessité publique à l'utilité publique : les évolutions du fait justificatif de l'expropriation, *in Propriété & Révolution : actes du colloque de Toulouse, 12-14 octobre 1989*, Centre national de la recherche scientifique, 1990, p. 197.
[265] COUZINET J.-F., préc. spéc. p. 198.
[266] Article 17 DDHC.

légitimer les limitations faites au droit de propriété fait l'objet d'une diversité terminologique (A), il est possible de regrouper ces termes sous la notion d'intérêt général (B).

A. La diversité terminologique du fondement des limitations

68. Les variations terminologiques permettant de justifier les limitations faites au droit de propriété sont nombreuses. Des auteurs ont déjà essayé de les classer, de façon généalogique, ou en recherchant des critères communs[267]. Ils ont beaucoup insisté sur l'existence de notions qui correspondent soit à une vision transcendante, soit à une vision immanente de l'intérêt général. Par exemple, ils ont expliqué que PLATON avait une vision transcendante de l'intérêt général à travers la notion d'intérêt public car il considérait l'intérêt général comme supérieur aux intérêts particuliers[268]. À l'inverse, pour ARISTOTE l'intérêt général était immanent aux intérêts particuliers[269]. Dans son optique, l'intérêt général était un intérêt commun qui ne devait pas prévaloir sur les intérêts particuliers.
Cette distinction entre l'immanence et la transcendance de l'intérêt général s'avère toutefois insuffisante pour définir l'intérêt général pour la simple raison qu'« aucune définition juridique ne peut [en] être donnée»[270]. Ce concept est bien trop complexe et fluctuant. En second lieu, cette distinction oppose de façon trop stricte l'intérêt général et les intérêts particuliers. L'intérêt général ne peut-il pas être profitable à des intérêts particuliers ? Malgré tout, force est de constater que cette opposition domine la matière et a créé une sorte de scission au sein même de la notion d'intérêt général entre l'intérêt général public (1) et l'intérêt général privé (2).

[267] MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, th. Paris II, Préf. J. GHESTIN, L.G.D.J., 2004, pp. 43 et s., n^{os}47 et s. ; RANGEON F., *L'idéologie de l'intérêt général*, th. Amiens, Préf. G. VEDEL, Economica, Paris, 1986, pp. 31 et s. Ils ont également tenté une classification des différentes variations terminologiques de l'intérêt général. Mustapha MEKKI aborde les critères qualitatifs (transcendant/immanent) et les critères quantitatifs (majorité/unanimité), et François RANGEON établit la généalogie de l'intérêt général en distinguant les notions qui démontrent d'abord la naturalisation de l'intérêt général, puis la rationalisation de l'intérêt général.
[268] RANGEON F., th. préc., pp. 41 et s ; MEKKI M., th. préc., p. 43, n°48.
[269] *Ibid*.
[270] PONTIER J.-M., L'intérêt général existe-t-il encore ?, *D.* 1998, chron., p. 327.

1. L'intérêt général public

69. Les limitations faites au droit de propriété ont d'abord eu vocation à satisfaire l'intérêt général de l'Etat. Cet intérêt général qui appartient à l'Etat peut être qualifié de public. Il faut comprendre l'Etat dans son sens juridique le plus noble, c'est-à-dire « la personne morale titulaire de la souveraineté », et non « l'ensemble des organes politiques et des gouvernants »[271]. L'intérêt général public correspond à la fois à l'intérêt de la puissance publique et à l'intérêt de l'ensemble des citoyens[272].

70. L'intérêt public de PLATON et l'intérêt national de SIEYES sont, pour Mustapha MEKKI, les notions voisines de l'intérêt général qui correspondent au critère qualitatif transcendant[273]. Cela voudrait dire que l'intérêt public et l'intérêt national s'imposent strictement aux intérêts particuliers.

La notion d'intérêt public est souvent totalement assimilée à l'intérêt général par les publicistes[274]. Cependant, il semble que la notion d'intérêt public soit privilégiée soit pour évoquer l'intérêt supérieur d'une institution étatique ou communautaire, soit pour effectuer une distinction avec l'intérêt privé[275]. L'intérêt public possède donc avant tout une connotation de droit public.

L'intérêt national, quant à lui, possède une dimension plus solennelle[276]. C'est sûrement pour cela que le juge constitutionnel, après guerre, l'a d'abord utilisé comme fondement des limitations au droit de propriété[277]. Dans ce contexte, il fallait réaffirmer l'identité nationale.

---

[271] Lexique des termes juridiques, Dalloz, 22e éd., 2014-2015, p. 425.

[272] Guillaume MERLAND fait une distinction entre l'intérêt général public médiat et l'intérêt général immédiat : *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, th. Montpellier I., Préf. D. ROUSSEAU, L.G.D.J., 2004, p. 254.

[273] MEKKI M., th. préc., pp. 43 et s., nos48 et s.

[274] Par exemple : TRUCHET D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, th. Paris, Préf. J. BOULOUIS, L.G.D.J., 1977, pp. 277 et s. Toutefois Hervé MOYSAN estime que l'utilité publique domaniale ne peut pas être définie comme un intérêt général, *Le droit de propriété des personnes publiques*, th. Paris II, Préf. D. TRUCHET, L.G.D.J., 2001, p. 61.

[275] MEKKI M., th. préc., p. 36, n°41.

[276] TRUCHET D., th. préc., p. 284.

[277] Décision n°60-7 L du 8 juillet 1960, J.O. des 1er-2 août 1960, p. 7149 : « ce principe fondamental doit être apprécié dans le cadre des limitations de portée générale qui y ont été introduites par la législation antérieure à la Constitution pour permettre certaines interventions de la puissance publique jugées nécessaires, dans l'intérêt national, sur le plan économique et social » ; Décision n°67-44 L du 27 février 1967, J.O. du 19 mars 1967, p. 26 : « il y a lieu d'apprécier les règles et les principes fondamentaux sus-énoncés de l'article 34 de la Constitution dans le cadre des limitations de portée générale qui leur ont été apportées par la législation sur le régime des débits de boissons antérieure à la Constitution, afin de permettre certaines interventions des pouvoirs publics jugées nécessaires, dans l'intérêt national, pour la protection de la santé publique ».

Mais cette notion semble dépassée étant donné qu'actuellement il faut aussi prendre en compte l'intérêt communautaire et l'intérêt européen[278].

71. Les textes fondamentaux opposent deux autres notions au droit de propriété. L'article 17 de la Déclaration de 1789 a précisé que la nécessité publique pouvait légitimer une privation de propriété. Et, l'article 545 du Code civil a reformulé cette possibilité en utilisant le terme d'utilité publique.

Ces deux notions sont difficilement définissables, en raison du caractère variable de leur contenu[279]. Et il est encore plus complexe de les distinguer puisqu'elles possèdent la même fonction : elles servent à légitimer les privations du droit de propriété[280].

Toutefois, il existe entre elles une différence de degré. En effet, la notion d'utilité publique est plus large que celle de nécessité publique. NORY affirme en ce sens que « le mot nécessité désigne ce qui est indispensable, le mot utilité ce qui est convenable »[281]. Cette différence de degré se retrouve également dans une interprétation combinée de la jurisprudence constitutionnelle et européenne. Dans ce sens, Guillaume MERLAND explique que la nécessité publique correspond à un « intérêt général constitutionnellement défini », alors que des normes législatives peuvent exprimer l'utilité publique, à condition que l'intérêt général défendu ait une « importance significative »[282].

La notion de nécessité publique est présente uniquement dans la Déclaration de 1789. C'est pourquoi, les juges continuent à y faire référence uniquement lorsqu'ils visent l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme[283].

---

[278] Pourtant, l'article R.121-4-1 du Code de l'urbanisme prévoit une liste d'opérations d'intérêt national.

[279] Pour l'utilité publique : STRUILLOU J.-F., *Protection de la propriété privée immobilière et prérogatives de puissance publique*, th. Nantes, Préf. R. HOSTIOU, L'Harmattan, 1996, p. 149 et s. : il constate « l'absence de définition écrite » de l'utilité publique, et explique que son contenu est variable. Et R. HOSTIOU, *LPA* 20 juillet 1992, n°87, p. 21 : « la notion d'utilité publique ne fait l'objet d'aucune définition textuelle. C'est un standard dont le contenu est, par nature, éminemment variable. Il n'y a pas d'utilité publique « en soi » mais seulement en fonction des besoins, des choix, des priorités que formule une société, des valeurs dominantes qu'elle reconnaît à un moment donné ».

Quant à la nécessité publique : STRUILLOU J.-F., th. préc., pp. 172 et s., sur l'appréciation de la « nécessité publique » de l'expropriation.

[280] HOSTIOU R., Utilité publique du projet et utilisation privée du bien exproprié, *LPA* 20 juillet 1992, n°87, p 21 : « L'utilité publique dont la fonction est non seulement de légaliser le transfert de propriété mais encore de le faire accepter par les intéressés (…) ».

[281] NORY J., *Le droit de propriété et l'intérêt général,* th. Lille, Imprimerie-Librairie Camille Robbe, Lille, 1923, p. 31. Puis, il illustre son propos : « la nécessité implique la mort pour celui qui s'y soustrait, tandis que l'utilité n'entraîne qu'une souffrance variable, pouvant aller du simple malaise à la crise aiguë ».

[282] MERLAND G., th. préc., pp. 160 et s.

[283] Par exemple : les juges constitutionnels visent l'article 17 de la Déclaration, et par conséquent la nécessité publique, dans la célèbre décision sur les nationalisations de 1982.

À l'inverse, la référence à l'utilité publique est fréquente. L'utilité publique tient sa vitalité de son caractère variable[284] qui lui a permis de faire l'objet d'une extension[285]. À l'origine[286], l'expropriation pour cause d'utilité publique devait servir uniquement à la construction des ouvrages publics ou à la réalisation de travaux publics[287]. Puis, au début du XX^{e} siècle, l'expropriation a été mise en œuvre dans le cadre de missions de service public réalisées par des personnes privées[288]. Enfin, la Cour de Strasbourg a considéré l'utilité publique de façon progressiste, en admettant l'utilité publique pour des « mesures prises dans le cadre d'une politique de justice sociale »[289].

72. La notion d'intérêt général est donc au cœur du droit public[290]. Mais il ne faut pas la concevoir comme une notion réservée au droit public. Des notions d'origine privée illustrent qu'un intérêt général privé existe[291].

2. L'intérêt général privé

73. La reconnaissance d'un fondement légitimant les limitations au droit de propriété qui soit d'origine privée signifie que l'influence du pouvoir étatique laisse place à l'influence d'un groupe de citoyens, dont l'intérêt est défendu à égale mesure de l'intérêt général public.
La première notion correspondant à cette idée est celle d'intérêt commun[292]. Pour Mustapha MEKKI, « le caractère commun de l'intérêt repose soit sur une complémentarité, soit sur une identité, soit enfin sur une certaine convergence des intérêts particuliers »[293]. Ainsi, lorsque les différents membres du groupe ont des intérêts particuliers similaires ou complémentaires, cela crée un intérêt commun. Par exemple, l'article 815-5 du Code civil

[284] HOSTIOU R. Deux siècles d'évolution de la notion d'utilité publique, *in Un droit inviolable et sacré, la propriété, Actes du colloque organisé les 13-14 novembre 1989 à Paris,* ADEF, Paris, 1991, p. 30, spéc. p. 31.
[285] À tel point que René HOSTIOU s'interroge sur une éventuelle dilution de la notion d'utilité publique, Utilité publique du projet et utilisation privée du bien exproprié, *LPA* 20 juillet 1992, n°87, p 21, spéc. p. 22.
[286] Il s'agit de la loi du 3 mai 1841, J.O. du 20 août 1944, p. 120, dont l'esprit était uniquement d'exproprier pour les besoins de travaux publics.
[287] MODERNE F., Regards sur l'expropriation en matière d'urbanisme, *RDI* 1979, p. 148.
[288] HOSTIOU R., préc., DOMESTICI-MET M.-J., Utilité publique et utilité privée dans le droit de l'expropriation, *D*. 1981, Chron. p. 231.
[289] MONTI L., th. préc., p. 329, n°28.
[290] CONSEIL D'ETAT (rapport public 1999, jurisprudence et avis de 1998*), L'intérêt général*, La documentation française, Paris, n°50, p. 271.
[291] *Contra* : MAUPAS L., L'intérêt commun : une notion conceptuelle et fonctionnelle, *in* Mél. P. COURBE, Dalloz, 2012, p. 431. Pour Ludovic MAUPAS, l'intérêt commun s'oppose à l'intérêt général.
[292] Pour F. RANGEON, th. préc., pp. 29 et 30, l'intérêt commun et l'intérêt public sont « les deux faces de l'intérêt général ».
[293] MEKKI M., th. préc., p. 36, n°41.

prévoit qu'un indivisaire peut être autorisé à passer un acte si le refus d'un autre indivisaire met en péril l'intérêt commun[294].

74. Par ailleurs, l'intérêt collectif se révèle également être un intérêt général privé qui se distingue des intérêts particuliers privés. Il est d'ailleurs largement admis que l'intérêt collectif ne correspond pas à la somme des intérêts particuliers[295]. L'intérêt collectif est parfois présenté comme un intérêt intermédiaire entre l'intérêt particulier et l'intérêt général[296]. En réalité, il est ardu de qualifier la relation qui existe entre l'intérêt collectif et l'intérêt général. L'intérêt collectif peut désigner l'intérêt d'un groupe de personnes privées comme l'intérêt de tous les citoyens, ou encore l'intérêt public de l'Etat[297]. Alors, peut-être faudrait-il simplement voir dans le terme de « collectif » un simple qualificatif de l'intérêt, signifiant simplement que l'intérêt est partagé par un ensemble de personnes. Par exemple, la Cour de Strasbourg a expliqué que la construction d'immeubles destinés à une catégorie de personnes défavorisées correspondait à un intérêt d'utilité publique[298]. Pourtant l'intérêt collectif des personnes défavorisées semble bien de nature privée.
En suivant la même logique, l'intérêt général serait l'intérêt partagé théoriquement par tous, mais au mieux par la majorité des personnes[299].

75. L'étude de ces différentes notions permet de comprendre qu'il est bien difficile de trouver un fondement qui soit en même temps suffisamment large pour englober toutes les limitations faites au droit de propriété, et suffisamment légitime pour être accepté par les propriétaires.
Cette distinction fondée sur la scission entre le droit public et le droit privé ne devrait plus exister car la frontière entre ces deux droits est de plus en plus perméable. De plus, l'étude de la notion d'intérêt général démontre qu'il faut transcender cette distinction.

---

[294] MAUPAS L., préc., p. 431. Ludovic MAUPAS explique qu'implicitement l'intérêt commun justifie le recours au mandat tacite et à la gestion d'affaires en matière d'indivision. Il précise également que l'intérêt commun se confond avec l'intérêt collectif si l'on adopte une vision contractuelle de la société
[295] BOY L., *L'intérêt collectif en droit français,* th. Nice, 1979, p. XVII ; MEKKI M., th. préc., p. 37, n°42.
[296] BOY L., th. préc., p. XII.
[297] MEKKI M., th. préc., p. 37, n°42.
[298] CEDH *Zubani c./ Italie* du 7 août 1996, Recueil des arrêts et décisions, 1996-IV, p. 1078, §45.
[299] Mustapha MEKKI, th. préc., pp. 50 et s., n^{os}58 et s. explique que ce point a été discuté par de nombreux philosophes. Pour certains, l'intérêt général contient la notion d'unanimité, alors que pour d'autres il ne concerne que la majorité. Et il conclu alors que « pour être légitime, l'intérêt général doit être l'intérêt de tous. Pour être réaliste, l'intérêt général ne peut être que celui d'une majorité ». Et, pour NORY, th. préc., p. 24, « l'intérêt général apparaît (…) d'abord comme l'intérêt d'une majorité ».

B. La notion d'intérêt général

76. Il n'y a « jamais eu de définition claire et stable » de l'intérêt général[300], car l'intérêt général est une notion à contenu variable[301]. Ainsi, au lieu de tenter de lui donner une définition, il vaut mieux essayer de le décrire d'une façon matérielle[302]. On peut alors que constater qu'il possède une nature protéiforme (1) en raison des multiples facettes dont il se compose, et qu'il s'agit finalement d'une notion générique (2).

1. Une nature protéiforme

77. L'intérêt général possède plusieurs facettes. C'est pour cette raison qu'il a une nature protéiforme. Actuellement, il est possible de recenser cinq facettes, mais l'intérêt général évolue avec la société. Par conséquent, à l'avenir, il est possible que d'autres facettes voient le jour[303]. Pour l'heure, l'intérêt général possède les facettes suivantes : politique, publique, privée, économique et sociale.

Tout d'abord, la facette politique de l'intérêt général est souvent opposée à son aspect juridique[304]. Pourtant, la facette politique a une existence propre. Dans ce sens François RANGEON dénombre deux conceptions de l'intérêt général politique[305]. Ainsi, l'intérêt général peut s'entendre comme l'intérêt de la Nation ou comme l'intérêt de l'Etat[306]. Chaque gouvernant a sa propre conception de l'intérêt général, orientée soit vers l'intérêt de la Nation soit vers l'intérêt de l'Etat. Mais lorsqu'il prendra une décision susceptible de porter atteinte au droit de propriété des particuliers, il est probable qu'il étudiera d'abord les répercussions du projet sur l'opinion publique.

---

[300] RANGEON F., th. préc., p. 8.
[301] MEKKI M., th. préc., p. 35, n°37.
[302] TRUCHET D., L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre, *in*, CONSEIL D'ETAT (rapport public 1999, jurisprudence et avis de 1998*), L'intérêt général*, La documentation française, Paris, n°50, pp. 361 et s., spéc. p. 372 : « Fonctionnellement unitaire, l'intérêt général est extraordinairement divers matériellement, si divers qu'il est proprement indéfinissable ».
[303] Il est possible de dire que l'intérêt général possède un caractère relatif.
[304] RANGEON F., th. préc., chapitre préliminaire, explique que l'idéologie de l'intérêt général présente une version politique et une version juridique ; CONSEIL D'ETAT (rapport public 1999, jurisprudence et avis de 1998*), L'intérêt général*, La documentation française, Paris, n°50, p. 268 : « notion juridique et politique, elle est au cœur d'une théorie du politique qui n'entend pas exhorter les individus à devenir meilleurs mais cherche à déterminer les modalités institutionnelles qui puissent favoriser l'harmonie sociale alors même qu'il n'est pas possible de compter sur la vertu des hommes ».
[305] RANGEON F., th. préc., pp. 14 et s.
[306] De GAULLE a été un partisan de l'intérêt national, V. *Discours et messages, Avec le renouveau,* Plon Club français des bibliophiles, Paris, 1972, p. 112.

Assez proche de la facette politique, la facette publique de l'intérêt général se retrouve notamment à travers la notion d'intérêt public. Cette facette de l'intérêt général permet de justifier l'action de l'administration lorsqu'elle porte atteinte au droit de propriété de ses administrés.

Souvent opposée à la facette publique, la facette privée de l'intérêt général, troisième aspect, se situe à deux niveaux. Elle existe grâce aux notions d'intérêt commun et d'intérêt collectif, mais aussi par l'effet des différentes incursions du droit privé dans le droit public[307]. La thèse de Mustapha MEKKI illustre également toute l'importance de l'intérêt général dans le droit privé[308].

78. Enfin, les facettes économiques et sociales de l'intérêt général apparaissent comme les plus novatrices. Pourtant, en les étudiant, il est possible d'y voir une résurgence des théories utilitaristes et volontaristes.

L'approche utilitariste développée par BENTHAM et SMITH assimile l'intérêt général à l'avantage économique, et considère que le libre jeu des intérêts privés renforcera l'intérêt général[309]. Cette facette économique de l'intérêt général s'est développée dans le droit positif à travers la notion d'utilité publique[310], et de son contrôle effectué par la méthode dite du bilan coût-avantage[311].

La facette sociale de l'intérêt général n'est pas nouvelle. Dans la conception volontariste initiée par ROUSSEAU, l'intérêt général était la clef de l'unité sociale[312]. Pour cela, l'intérêt général était considéré comme l'expression de la volonté générale[313]. Il ne correspondait donc pas à la somme des intérêts particuliers. Cette approche rousseauiste se retrouve d'ailleurs à l'article 6 de la Déclaration de 1789, qui proclame que « la loi est l'expression de la volonté générale ». En pratique, cette facette sociale de l'intérêt général a d'abord été associée à l'idée de solidarité[314]. L'Etat s'est alors de plus en plus intéressé au bien-être de ses citoyens. C'est ce qui a été appelé l'Etat-Providence.

---

[307] *Cf. supra* n[os]73 et s.

[308] MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, th. Paris II , Préf. J. GHESTIN, L.G.D.J., 2004.

[309] CONSEIL D'ETAT (rapport public 1999, jurisprudence et avis de 1998*), L'intérêt général*, La documentation française, Paris, n°50, pp. 253 et s.

[310] MEKKI M., th. préc., p. 39, n°43.

[311] *Cf. infra* n°99.

[312] ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social,* Nathan, Coll. Integrales de Philo, Paris, 2009.

[313] CONSEIL D'ETAT (rapport public 1999, jurisprudence et avis de 1998*), L'intérêt général*, La documentation française, Paris, n°50, pp. 257 et s.

[314] RANGEON F., th. préc., p. 191.

En 1923, NORY évoquait déjà la question de l'hygiène, de la santé publique et de la salubrité publique, et il faisait référence à des lois anciennes qui élaboraient les premières réglementations dans ces domaines[315]. Par contre, il hésitait sur la qualification du fondement de ces atteintes au droit de propriété, puisqu'il utilisait d'abord le terme d'utilité publique, puis d'utilité sociale et enfin d'intérêt général[316]. Actuellement, la facette sociale de l'intérêt général n'a pas qu'un caractère sanitaire, elle évolue dans le cadre du droit de l'environnement et de l'organisation de la vie collective[317].

79. En raison de sa nature protéiforme, l'intérêt général ne peut être défini strictement. C'est pour cela qu'il est également possible de qualifier l'intérêt général de notion générique.

2. Une notion générique

80. La notion d'intérêt général peut être entendue comme une notion générique à la fois parce que de nombreuses notions qui lui sont voisines sont considérées comme ses synonymes, et parce qu'elle contient une dimension universelle.

Ainsi, les différentes facettes de l'intérêt général se retrouvent dans des notions voisines de l'intérêt général. Par exemple, l'intérêt public est considéré par les publicistes comme un synonyme de l'intérêt général[318]. Cela leur permet notamment de mieux justifier les transferts de propriété au profit de l'Etat ou de ses collectivités.

De même, l'utilité publique se distingue assez difficilement de l'intérêt général. En effet, dans l'arrêt *James*, la Cour européenne des droits de l'Homme a décidé que « quand bien même il existerait des différences, à l'article 1 (P1-1), entre les notions d'"utilité publique" et d'"intérêt général", (…) on ne saurait établir entre elles aucune distinction fondamentale comme le font les requérants »[319]. Ces derniers estimaient que l'article 1er du protocole additionnel n°1 faisait une distinction entre les notions d'utilité publique et d'intérêt général pour laisser plus de latitude aux Etats pour réglementer l'usage des biens que pour priver du droit de propriété[320].

---

[315] NORY J., th. préc., pp. 57 et s.
[316] NORY J., th. préc., p. 57, p. 61 et p. 68.
[317] *Cf. infra* n°74.
[318] TRUCHET D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, th. Paris, Préf. J. BOULOUIS, L.G.D.J., 1977, p. 277 ; et H . PAULIAT, th. préc., t. 2, p. 37, remarque également que « l'intérêt général est fréquemment confondu avec l'intérêt public ».
[319] CEDH *James c./ Royaume-Uni* du 21 février 1986, Série A n°98, §43.
[320] Article 1 du protocole n°1 :
« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens.

Il est vrai qu'au niveau de la finalité de l'ingérence, une distinction est traditionnellement opérée entre une privation de propriété dans un but d'utilité publique et la réglementation de l'usage des biens dans un but d'intérêt général ; mais elle n'implique pas véritablement de conséquence lors du contrôle de la finalité de l'ingérence[321].

D'ailleurs, on peut penser que c'est plus par une « habitude de langage » que l'on fait référence à une cause d'utilité publique pour décider d'une privation de propriété[322]. Cette habitude se perpétuerait car la notion d'utilité publique est présente dans les textes fondamentaux[323], comme dans la phase administrative de la procédure d'expropriation, à travers les termes d'enquête d'utilité publique[324] et de déclaration d'utilité publique[325].

Enfin, la notion d'utilité sociale[326] est assimilée à l'intérêt général aussi bien dans le domaine sanitaire[327], qu'en matière de préemption[328].

81. L'intérêt général est, par conséquent, une notion suffisamment large pour fonder toutes les limitations au droit de propriété. Ses diverses facettes et les nombreuses notions qui lui sont voisines donnent au concept d'intérêt général une dimension universelle. Cette faculté d'adaptation à un ensemble varié de domaines permet également d'y voir une notion générique.

Tout d'abord, l'intérêt général n'est pas qu'une notion juridique, c'est « un concept fondateur de la société et de l'Etat »[329], et une notion universelle car « elle imprègne, en France, les représentations des hommes politiques de toutes tendances, des juristes, des philosophes, quelles que soient leurs orientations idéologiques ; tout le champ social, dans la mesure où il est institutionnalisé (…) est pénétré de représentations de l'intérêt général »[330].

De plus, la notion d'intérêt général transcende la distinction entre l'intérêt public et l'intérêt privé. Dans ce sens, Mustapha MEKKI en conclut que « l'intérêt général n'est pas

---

Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.
Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

[321] *Cf. infra* n[os]433 et s.
[322] STRUILLOU J.-F., th. préc., p. 150.
[323] L'article 545 du Code civil et l'article 1[er] du protocole n°1.
[324] Art. L.110-1 et s. C. expr.
[325] Art. L.121-1 et s. C. expr.
[326] EUILLET A., L'utilité sociale, une notion dérivée de celle d'intérêt générale, *RDSS* 2002, p. 207.
[327] NORY J., th. préc., p. 21.
[328] PÉRINET-MARQUET H., Droit de préemption et formation du contrat, *AJDI* 1998, p. 25.
[329] CONSEIL D'ETAT (rapport public 1999, jurisprudence et avis de 1998*), L'intérêt général*, La documentation française, Paris, n°50, p. 247.
[330] LAFFONT J.-J., Intérêt général et intérêts particuliers, *in* CONSEIL D'ETAT (rapport public 1999, jurisprudence et avis de 1998*), op. cit.,* p. 421,

exclusivement celui de l'Etat et comprend désormais un ensemble d'intérêts collectifs émanant de la société civile. (…) Il prend, à l'époque contemporaine, une coloration "humaniste" qui s'articule notamment autour du principe de dignité de la personne humaine »[331]. Pour cette raison, l'intérêt général se retrouve aussi bien à l'échelle locale, nationale, européenne et communautaire[332].

Enfin, l'intérêt général heurte le droit de propriété dans de nombreux domaines, comme par exemple, la protection du patrimoine[333], l'urbanisme[334], l'environnement[335]. L'intérêt général justifie l'action de l'administration et lui donne les moyens de porter légalement atteinte au droit de propriété[336].

82. On pourrait toutefois se demander comment une notion si large peut servir de fondement. De prime abord, on penserait que l'intérêt général est une notion floue, pourtant ses multiples facettes démontrent qu'elle est extrêmement riche de sens[337]. Son imprécision pourrait également laisser penser qu'elle n'est pas efficace. Or, l'intérêt général permet de légitimer les limitations au droit de propriété, comme en témoigne leur nombre croissant.

83. Il serait finalement possible d'en conclure que « l'intérêt général subsiste, pour la raison simple qu'il est impossible de s'en passer »[338]. En effet, l'intérêt général est une notion bien utile pour rendre légitime une limitation du droit de propriété. Mais il ne doit pas devenir un outil au service exclusif de l'Etat. Ainsi, pour équilibrer la relation entre la puissance publique et le propriétaire, l'intérêt général doit nécessairement être encadré.

---

[331] MEKKI M., th. préc., p. 42, n°45.

[332] HONORAT E., La notion d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, *in* CONSEIL D'ETAT (rapport public 1999, jurisprudence et avis de 1998*), L'intérêt général*, La documentation française, Paris, n°50, p. 387.

[333] Le Code du patrimoine évoque les intérêts historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique, public, notamment dans ses articles L.1 et L.621-1.

[334] Les emplacements doivent correspondre à une finalité d'intérêt général ; les droits de préemption sont exercés à des fins d'intérêt général.

[335] Avec la notion de patrimoine commun de la Nation, *cf. infra* n°167.

[336] CONSEIL D'ETAT (rapport public 1999, jurisprudence et avis de 1998*), L'intérêt général*, La documentation française, Paris, n°50, p. 282.

[337] RANGEON F., th. préc., p. 192.

[338] PONTIER J.-M., L'intérêt général existe-t-il encore ?, *D.* 1998, p. 327.

§2. L'encadrement de l'intérêt général

84. La seule référence à l'intérêt général ne suffit pas à légitimer une atteinte au droit de propriété. Plusieurs raisons ont rendu le contrôle de l'intérêt général nécessaire (A). Par cet encadrement, la fonction de légitimation de l'intérêt général a été renforcée. Et par ricochet, les limitations au droit de propriété se sont multipliées. Il a alors fallu faire appel à de nouveaux instruments pour assurer le respect du droit de propriété (B).

A. Les raisons du contrôle

85. Deux raisons ont contribué largement à la remise en cause de l'intérêt général, et par conséquent à la mise en place d'un contrôle. Il s'agit de la décentralisation en tant que raison structurelle (1), et de la montée de l'écologie, en tant que raison sociologique (2).

1. La raison structurelle : la décentralisation

86. Avec la décentralisation, la puissance publique s'est démultipliée à plusieurs niveaux. L'intérêt général a été disséminé à ces différents niveaux, si bien que les atteintes au nom de l'intérêt général pouvaient survenir de toutes parts. La relation entre la puissance publique et le propriétaire est devenue déséquilibrée. La réforme du droit de l'urbanisme[339] est un exemple du rôle de la décentralisation sur le droit de propriété[340]. Pourtant, la décentralisation n'avait pas pour objectif de porter atteinte au droit de propriété. En effet, de nombreuses prérogatives ont été confiées aux autorités territoriales, et notamment aux communes, parce qu'elles étaient considérées comme plus proches des administrés, donc plus à même de définir leurs besoins[341]. Mais en pratique, cela s'est traduit par une augmentation des restrictions du droit de propriété. La création du droit de préemption urbain (DPU)[342], des projets d'intérêt général (PIG)[343], et du principe de constructibilité limitée[344], sont quelques

[339] Loi n°83-8 du 7 janvier 1983, J.O. du 9 janvier 1983, p. 215, et loi n°85-729 du 18 juillet 1985, J.O. du 19 juillet 1985, p. 8152.
[340] PÉRINET-MARQUET H., La propriété à l'épreuve de la décentralisation*, D.* 1986, Chron, p. 127. Pour l'auteur, la décentralisation a affaibli le droit de propriété.
[341] MARIE S., La décentralisation à l'épreuve des évolutions récentes du droit de l'urbanisme, *RFDA* 2012, p. 854.
[342] Loi n°85-729 du 18 juillet 1985, préc., art. 6, codifié aux articles L.211-1 et s. du Code de l'urbanisme.
[343] Loi n°83-8 du 7 janvier 1983, préc.; pour une vue d'ensemble du PIG, V. LE CORNEC E., Le clair-obscur juridique des projets d'intérêt général (P.I.G.), *Droit et ville* 1998, n°45, p. 252.
[344] Loi n°83-8 du 7 janvier 1983, préc., art. 38, codifié à l'article L.111-1-2 du Code de l'urbanisme.

exemples de ces nouvelles atteintes au droit de propriété. Et même si cette tendance était déjà présente avant les lois de décentralisation, avec les zones d'aménagement différé (ZAD)[345], les zones d'interventions foncières (ZIF) et le plafond légal de densité (PLD)[346], la décentralisation a renforcé les limitations au droit de propriété.

87. D'ailleurs, les droits de préemption en matière d'urbanisme sont l'illustration d'une décentralisation aboutie, mais qui déchante[347].

En effet, à l'heure actuelle, les droits de préemption sont nombreux. Par exemple, l'Etat possède le droit de préemption sur les ZAD[348], le Département[349] utilise son droit de préemption pour protéger les espaces naturels sensibles[350], et la Commune est titulaire du droit de préemption urbain[351]. Or, parfois les zones de ces droits de préemption se chevauchent, ce qui crée des conflits entre les droits de préemption[352].

Entre les ZAD et le DPU, ce conflit est réglé par l'article L.212-1, alinéa 1er, du Code de l'urbanisme qui assure la primauté des ZAD sur le DPU.

À l'inverse, le législateur n'a prévu aucune règle de priorité entre le droit de préemption des espaces naturels sensibles et le droit de préemption des ZAD ou le droit de préemption urbain. Or, le juge admet que l'Etat puisse créer une ZAD à l'intérieur d'une zone de préemption en vue de protéger les espaces naturels sensibles[353]. Mais, en l'absence de dispositions légales, il n'est pas possible de déterminer une hiérarchie entre ces droits de préemption car ils sont tous

[345] Loi n°62-848 du 26 juillet 1962, J.O. du 27 juillet 1962, p. 7411.
[346] Les ZIF et le PLD sont issus de la loi dite « loi Galley », loi n°75-1328 du 31 décembre 1975, J.O. du 3 janvier 1976, p. 132.
[347] Les autres droits de préemption ne se limitent pas au droit de l'urbanisme : pour le droit de préemption de la SAFER *cf. infra*, note 599 ; pour le droit de préemption du locataire d'un bail d'habitation *cf infra* n°259 ; ou d'un bail commercial *cf infra* n°270. Il existe par ailleurs le droit de préemption du coindivisaire (art. 815-14 C. civ., art. 1873-12 C. civ.), le droit de préemption de la Commune en matière de saisie immobilière (art. L.616 CCH) ou sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce, les baux commerciaux et les terrains faisant l'objet de projet d'aménagement commercial (art. L.214-1 et s. C. urba) et d'autres formes de préemption : le droit de préférence des propriétaires de terrains boisés (instauré par la loi n°2010-874 du 27 juillet 2010 *de modernisation de l'agriculture et de la pêche*, J.O. du 28 juillet 2010, p. 13925 ; et à ce jour codifié aux articles L.331-19 et s. du Code forestier), et le droit de priorité des copropriétaires sur les aires de stationnement (instauré par la loi dite « loi Boutin », loi n°2009-323 du 25 mars 2009 *de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion*, J.O. du 27 mars 2009, p. 5408, et inséré à l'article 8-1 de la loi n°65-557 du 10 juillet 1965).
[348] Art. L.212-1 et s. C. urba.
[349] Le Conservatoire de l'espace littoral peut lui être substitué : art. L.322-4 C. envir., pour la procédure V. art. R.142-11 C. urba. À ce sujet : CE 30 janvier 2015, *Commune de Médan*, n°371082.
[350] Art. L.142-1 et s. C. urba, abrogés par l'ordonnance 2015-1174 du 23 septembre 2015 *relative à la partie législative du livre Ier du code de l'urbanisme*, J.O. du 24 septembre 2015, p. 16803 et remplacés par les articles L.215-1 et s. C. urba.
[351] Art. L.211-1 et s. C. urba.
[352] Pour une étude d'ensemble, V. PÉRINET-MARQUET H., Les conflits entre droits de préemption, *JCP* N 2011, Etude 1267.
[353] CE 3 juillet 1998, *Dpt des Yvelines*, n°132250 : *Rec. Lebon* p. 275.

motivés par un intérêt général[354]. En outre, un des principes de la décentralisation est d'assurer l'absence de hiérarchie entre les différentes collectivités. Actuellement ce conflit est réglé par le « prix de la course »[355]. En effet, d'après un arrêt de la Cour de cassation, le notaire doit purger chaque droit de préemption sans faire de hiérarchie[356]. De cette manière, l'autorité la plus diligente préempte et ainsi protège l'intérêt général qu'elle défend. L'intérêt général perd en crédibilité puisque sa défense dépend de la célérité de l'autorité bénéficiaire qui remportera la course du droit de préemption. Il conviendrait de regrouper les services de préemption attachés à chaque collectivité en une seule cellule chargée de coordonner les préemptions. Cette cellule aurait le mérite d'être indépendante des collectivités et de simplifier des démarches administratives des notaires. En cas de conflit, chaque collectivité devrait motiver sa demande de préemption et la cellule trancherait.

88. Enfin, la décentralisation devait marquer un repli du pouvoir central et corrélativement une meilleure acceptation des décisions en matière d'aménagement, par les administrés. Aucun de ces objectifs n'a abouti. En effet, si les collectivités sont plus proches, elles sont également plus sensibles aux sollicitations des administrés[357]. De plus, l'Etat ne s'est désengagé qu'économiquement. En matière de politique d'aménagement, l'Etat continuait à exercer un certain contrôle, notamment à travers les ZAD. Et, lorsqu'il a considéré que les collectivités n'accomplissaient pas correctement leur mission, il s'est donné les moyens de les sanctionner. Un arrêté de carence permet désormais de transférer au préfet le droit de préemption urbain d'une commune si cette dernière ne respecte pas un quota de logements sociaux[358].

89. Les autorités décentralisées ont obtenu plus de pouvoir mais la notion d'intérêt général est devenue plus fluctuante selon la structure qui l'invoque. En effet, il est désormais reconnu que l'intérêt général existe à différentes échelles, notamment à l'échelle des Communes, des Métropoles, des Départements, ou des Régions. Dans ce cas, l'intérêt général

[354] SAINT-ALARY-HOUIN C., Approche conceptuelle du droit de préemption, *JCP* N 2011, Etude 1260, n°24 : « Le respect de l'intérêt général est sous-jacent à tout droit de préemption ».
[355] En pratique, à peine de nullité relative, le notaire devra envoyer une déclaration d'intention d'aliéner (DIA) à chacun des titulaires des droits de préemption, tout en précisant qu'ils sont en conflit.
[356] Civ. 3e, 10 mai 2007, n°05-21.485 : *Bull. civ.* III, n°75.
[357] MARIE S., La décentralisation à l'épreuve des évolutions récentes du droit de l'urbanisme, *RFDA* 2012, p. 854.
[358] La loi dite « loi Boutin » n°2009-323 du 25 mars 2009 *de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion*, J.O. du 27 mars 2009, p. 5408, a ajouté un alinéa à l'article L.210-1 du Code de l'urbanisme, en se fondant sur l'article L.302-9-1 du Code de la construction et de l'habitation.

est parfois nommé intérêt local[359]. Mais il faut bien admettre qu'entre l'intérêt général national et l'intérêt général local[360], il n'y a qu'une différence géographique. Leur fonction de légitimation des atteintes au droit de propriété est identique et peut occasionner des situations conflictuelles. Ainsi, la construction d'infrastructures nationales, comme, par exemple, une ligne de train à grande vitesse, pourrait causer des nuisances à l'échelle locale. Le juge doit donc intervenir pour essayer de concilier l'intérêt général à l'échelle nationale et l'intérêt général à l'échelle locale[361].

La montée de l'écologie a, quant à elle, contribué à renforcer le contrôle de l'intérêt général.

2. La raison sociologique : la montée de l'écologie

90. Tout d'abord, on peut constater que la population française a augmenté de vingt millions d'habitants en cinquante ans[362]. Et, dans le même temps, cette augmentation a été accompagnée d'une forte urbanisation. En conséquence, les territoires à proximité des agglomérations sont devenus plus rares, et ont pris de la valeur. Le droit de l'urbanisme est apparu comme un outil de régulation, et des restrictions au droit de propriété, justifiées par l'intérêt général, ont été créées.

Puis, la concentration urbaine ou péri-urbaine a entraîné l'augmentation de la pollution, en provenance des usines, des autoroutes, des aéroports... Cela a entraîné la montée de l'écologie, laquelle a favorisé l'apparition du droit de l'environnement, dont l'objet est à visée protectrice[363]. Mais parfois, cet objectif est quelque peu détourné. Certains vont défendre non pas l'environnement mais *leur* environnement. Dans ce sens, le syndrome NIMBY ou Not In My Back Yard, qui signifie en français « pas dans mon jardin »[364], correspond aux comportements de nombreux propriétaires qui systématiquement refusent la mise en place de

[359] TRUCHET D., th. préc., p. 285 ; PONTIER J.-M., préc.; MERLAND G., th. préc., p. 258.
[360] J.-M. PONTIER, préc., préfère la notion d' « intérêt public local ».
[361] MERLAND G., th. préc., p. 258.
[362] En 1960 : 45 465 000 habitants, et au 1er janvier 2015: 66 317 994 habitants (source insee).
[363] VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, PUF, Coll. Thémis Droit, Paris, 3e éd., 2011, p. 3.
[364] Sur cette notion, V. CONSEIL D'ETAT (section du rapport et des études), *L'utilité publique aujourd'hui*, La documentation française, Paris, 1999, p. 21 ; DEHARBE D., Vous avez dit « démocratie de proximité » ?, *Environnement* n°4, 2002, comm. 55 ; CHEVALLIER J., Le débat public à l'épreuve, *AJDA* 2013, p. 779.

projets d'intérêt général près de chez eux[365]. Ils s'opposent à toute modification de leur cadre de vie[366].

91. L'urbanisation a d'abord entraîné l'augmentation des réglementations d'urbanisme. Ces dernières ont ensuite évolué pour prendre le motif de la défense de l'environnement. De cette manière, l'intérêt général est devenu plus social. Cela signifie donc que les limitations au droit de propriété doivent être conformes à l'intérêt de la société dans son ensemble, y compris les générations futures. C'est d'ailleurs ce qui est annoncé dans le préambule de la Charte de l'environnement[367].

Pourtant, cela n'a fait que renforcer les moyens d'intervention publique permettant de porter atteinte au droit de propriété privé. La protection de l'environnement est devenu un nouveau mode de limitation du droit de propriété. Le législateur a permis la préemption pour protéger les espaces naturels sensibles[368], et l'expropriation pour risques naturels[369]. Les détenteurs du pouvoir d'exproprier peuvent élaborer des projets d'intérêt général à vocation environnementale[370]. Lorsque la mise en œuvre du projet entraîne des expropriations, l'enquête publique et la déclaration d'utilité publique font l'objet d'un arrêté préfectoral[371]. En réalité, les pouvoirs publics considèrent que la propriété publique est le meilleur moyen de protéger l'environnement[372]. Cette vision est critiquée par une partie de la doctrine qui estime

---

[365] DELAUNAY B., De l'enquête publique au débat public – La consultation des personnes intéressées, *JCP* A. 2011, 2073 : « (…) le syndrome NIMBY suscite un contentieux systématique en la matière, au point que certains préfets ont tenté de recourir à la réquisition pour faire passer des projets. Le juge a cependant rappelé que l'étude d'impact demeurait indispensable ».

[366] Alors que la Cour de cassation indique depuis 2009 que nul n'est assuré de conserver son environnement qu'un plan d'urbanisme peut toujours remettre en question : Civ. 3e, 21 octobre 2009, n°08-16.692 ; *Bull. civ.* III, n°231. Les juges du fond ont réaffirmé cette position : CA Orléans, 5 mars 2012, n°11/00580, *Juris-Data* n°2012-017882, et CA Pau, 1ère ch., 16 mai 2013, n°13/2030, *Juris-Data* n°2013-010245.

[367] « Considérant, Que les ressources et les équilibres naturels ont conditionné l'émergence de l'humanité ; Que l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel ; Que l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains ; Que l'homme exerce une influence croissante sur les conditions de la vie et sur sa propre évolution ; Que la diversité biologique, l'épanouissement de la personne et le progrès des sociétés humaines sont affectés par certains modes de consommation ou de production et par l'exploitation excessive des ressources naturelles ; Que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation ; Qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins ».

[368] Art. L.142-1 C. urba, abrogé par l'ordonnance 2015-1174 du 23 septembre 2015, préc. et remplacé par l'article L.215-1 et s. C. urba.

[369] Art. L.561-1 C. envir.

[370] Art. L.121-9 C. envir.

[371] La déclaration d'utilité publique peut également être prise par arrêté ministériel ou par décret en Conseil d'Etat.

[372] Sur l'utilisation de la propriété publique comme mode de protection de l'environnement, V. INSERGUET-BRISSET V., *Propriété publique et environnement,* th. Limoges, Préf. M. PRIEUR, Av. propos de J. MORAND-DEVILLIER et G. MARTIN, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit de l'urbanisme et de l'environnement, 1994.

au contraire que la propriété privée possède une fonction écologique et recommande de privatiser l'environnement[373].

92. Quoi qu'il en soit, la multiplication des prérogatives de puissance publique a engendré une crise quant à la légitimité de l'intérêt général[374]. Aussi, de nombreux instruments permettant de contrôler l'intérêt général ont été mis en place. Ils ont eu pour résultat de mieux justifier les atteintes faites au droit de propriété.

B. Les instruments du contrôle

93. L'intérêt général, ou plus précisément le motif d'intérêt général, est contrôlé à deux niveaux, en amont de la décision d'aménagement engendrant une limitation au droit des propriétaires (1), et en aval de la décision (2).

1. Le contrôle en amont

94. L'objectif de ce contrôle est d'assurer la légitimité du projet d'aménagement et ainsi d'atténuer les réticences des propriétaires expropriés ou voisins, en leur faisant comprendre que l'intérêt général en cause n'est pas contestable. L'idée est d'obtenir une « définition plus démocratique de l'intérêt général » en consultant ou au moins en informant les administrés des décisions qui peuvent les concerner[375].
L'utilité publique d'un projet entraînant des expropriations est appréciée lors d'une enquête préalable menée par des commissaires enquêteurs[376]. Cette enquête publique a fait l'objet de nombreuses critiques. En premier lieu, elle interviendrait à la fois trop tardivement dans la procédure d'élaboration du projet, et de façon trop prématurée pour que l'on puisse apprécier les conséquences de la réalisation du projet[377]. En second lieu, elle ne ferait pas assez de place au débat public[378]. En effet, l'appréciation de l'utilité publique est laissée à la charge des

[373] Sur ce point V. VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, PUF, Coll. Thémis Droit, Paris, 3e éd., 2011, p. 176.
[374] *Cf. supra* nos67 et s. sur la recherche d'un fondement légitime.
[375] CONSEIL D'ETAT (rapport public 1999, jurisprudence et avis de 1998), *L'intérêt général*, La documentation française, Paris, n°50, p. 288.
[376] L'idée d'un contrôle anticipé de l'utilité publique était déjà présente dans la loi de 1810 sur l'expropriation à travers l'enquête parcellaire.
[377] CONSEIL D'ETAT (section du rapport et des études), *L'utilité publique aujourd'hui*, La documentation française, Paris, 1999, pp. 27 et 28.
[378] DELAUNAY B., De l'enquête publique au débat public – La consultation des personnes intéressées, *JCP* A. 2011, 2073.

commissaires-enquêteurs, qui vont donner un avis motivé, mais qui ne présente aucun caractère contraignant. De plus, la fonction même de commissaire-enquêteur est assez controversée[379].

95. Compte tenu des reproches qui l'ont frappée, l'enquête préalable a fait l'objet de plusieurs réformes destinées à assurer une meilleure information du public[380]. Puis, lors de la dernière réforme de 2012 et 2013[381], le législateur a décidé d'expérimenter la mise à disposition électronique du projet de décision pendant vingt et un jours[382]. Il souhaite ainsi rendre effectif le droit de « participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement », qui est un principe présent dans la Charte de l'environnement et le Code de l'environnement[383]. Malheureusement, cette procédure de participation du public ne s'applique qu'en l'absence de décisions particulières[384] et, par conséquent, elle ne peut pas remplacer l'enquête publique.

96. Le législateur a toutefois mis en place un débat public antérieur à l'enquête publique. D'abord, en 1985, il a créé une concertation obligatoire pour les projets d'aménagement urbain[385]. Par la suite, cette obligation de concertation a été étendue à « toute élaboration ou révision du schéma de cohérence territoriale ou du plan local d'urbanisme »[386]. Mais, les modalités de la concertation ne sont prévues par aucune disposition législative ou réglementaire. Le maire doit seulement présenter le bilan de la concertation devant le conseil municipal. Or, en pratique, ce dernier ne fait qu'en prendre acte sans en débattre[387].

---

[379] CONSEIL D'ETAT (section du rapport et des études), *op. cit.,* pp. 75 et s. *:* le chapitre VI est dédié en partie aux mesures conseillées par le Conseil d'Etat pour faire évoluer la fonction de commissaire enquêteur : diversifier leur recrutement, leur assurer une formation, augmenter leur rémunération, assurer une meilleure organisation de cette fonction, tout en veillant à ce qu'elle reste non professionnelle et qu'elle soit indépendante.
[380] Loi dite « loi Bouchardeau » n° 83-630 du 12 juillet 1983, J.O. du 13 juillet 1983, p. 2156 et loi dite « loi Grenelle II » n° 2010-788 du 12 juillet 2010 *portant engagement national pour l'environnement*, J.O. du 13 juillet 2010, p. 12905.
[381] Loi n°2012-1460 du 27 décembre 2012 *relative à la mise en œuvre du principe de participation du public*, J.O. du 28 décembre 2012, p. 20578 et ordonnance n°2013-714 du 5 août 2013, J.O. du 6 août 2013, p. 13396, texte n°25.
[382] Pour les modalités : art. L.120-1 C. envir.
[383] Art. 7 Charte de l'envir. et art. L.110-1 Code de l'envir.
[384] Article L.120-1 I du Code de l'environnement.
[385] Loi n° 85-729 du 18 juillet 1985, J.O. du 19 juillet 1985 p. 8152, codifiée aux articles L.300-1 et s. du Code de l'urbanisme.
[386] Art. L.300-2 a) C. urba.
[387] DELAUNAY B., De l'enquête publique au débat public – La consultation des personnes intéressées, *JCP* Adm. 2011, 2073.

Puis, la loi *Barnier* de 1995 a créé la Commission nationale du débat public (CNDP)[388], pour veiller au respect de la participation du public lors de l'élaboration des projets d'aménagement ou d'équipement d'intérêt national qui pourraient avoir des conséquences sur l'aménagement ou l'environnement[389]. D'ailleurs, il convient de préciser que ce débat est possible même pour des projets qui n'entraîneraient pas une expropriation.
Enfin, les dispositions de la loi dite *Grenelle II* de 2010 avaient aussi pour but d'informer le public quant aux projets d'urbanisme[390]. Cette loi a notamment consolidé le rôle de la CNDP.

97. L'intérêt général des projets d'aménagement est apprécié au cours du débat public. Les objectifs de ce débat public sont louables puisqu'il s'agit de démocratiser l'enquête publique, de rendre crédible les décisions, et ainsi, d'expliquer en quoi les limitations faites au droit de propriété sont légitimes[391]. Mais l'affaire du projet d'aéroport de Notre-Dame des Landes démontre que le débat public n'est pas une « solution miracle ». En effet, elle peut engendrer une cristallisation des oppositions[392]. De plus, la portée du débat public reste malheureusement aléatoire[393]. Le bon déroulement du débat public dépendra du projet d'aménagement, de l'opinion publique du moment, et de la prise en considération d'un maximum de doléances[394]. Et un débat public n'empêche pas le développement d'un contentieux conséquent[395].
Malgré tout, l'information du public ne peut qu'aider à la compréhension du projet et éviter un contrôle en aval des décisions fondées sur l'intérêt général.

---

[388] Loi dite « loi Barnier » n°95-101 du 2 février 1995 *relative au renforcement de la protection de l'environnement*, spéc. art. 2, J.O. du 3 février 1995, p. 1840. La CNDP a été qualifiée d'autorité administrative indépendante par la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 *relative à la démocratie de proximité*, art. 134, J.O. du 28 février 2002, p. 3808, codifié à l'article L.121-1 du Code de l'environnement.
V. le site internet de la CNDP : http://www.debatpublic.fr/.
[389] Art. L.121-1 C. envir.
[390] Loi dite « loi Grenelle II » n° 2010-788 du 12 juillet 2010 *portant engagement national pour l'environnement*, préc.
[391] CHRETIEN P. et CHIFFLOT N., *Droit administratif*, Dalloz, Coll. Sirey Université, Paris, 13e éd., 2012, p. 435.
[392] CHEVALLIER J., Le débat public à l'épreuve, *AJDA* 2013, p. 779.
[393] CHEVALLIER J., préc.
[394] En réalité, il est possible de considérer que les administrés se comportent de plus en plus comme des consommateurs.
[395] CE 31 juillet 2009, *Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport Notre-Dame-des-Landes*, n°314955 ; CE 27 janvier 2010, *Commune de Vigneux-de-Bretagne*, n°319241 ; CE 17 octobre 2013, *Collectif des élus qui doutent de la pertinence de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes (CEDPA)*, n°358633. Et récemment le Tribunal administratif de Nantes a rejeté les dix-sept recours contre les arrêts préfectoraux autorisant le début des travaux de construction de l'aéroport : TA Nantes, 17 juillet 2015, nos 1307841, 1307843, 1307846, 1308221, 1400329-1400339, 140343, 140355, 1401285, 1401296, 1401304-1401302, 1401685, 1401689, 1401692-1401673, 1410918.

2. Le contrôle en aval

98. Ce contrôle opéré par les juridictions internes et européennes intervient après la décision qui a fait naître une limitation au droit de propriété. Les juges vont vérifier l'existence d'un intérêt général, d'une utilité publique ou d'une nécessité publique et les comparer aux atteintes causées au droit de propriété[396]. En pratique, ils vont rechercher la preuve de l'intérêt général[397]. Pour ce faire, les juges vont appliquer le principe de proportionnalité. En 1974, BRAIBANT évoquait la possibilité d'une généralisation du principe de proportionnalité[398]. À ce jour, l'admission de ce principe est large, puisqu'il est utilisé aussi bien en droit public qu'en droit privé, et aussi bien en droit interne qu'en droit européen.

99. C'est en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique que le juge administratif est le premier à avoir contrôlé la proportionnalité entre l'utilité publique ou l'intérêt général d'une décision administrative, et l'atteinte au droit de propriété. Il faut dire que lorsque l'utilité publique était flagrante, le juge administratif avait peu d'instruments pour effectuer le contrôle de légalité. La carence du contrôle juridictionnel sur la légalité de l'utilité publique était notoire[399]. Il n'avait à sa disposition que le détournement de pouvoir car il refusait de contrôler l'opportunité de la décision. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a fini par adopter la méthode dite du « bilan coût-avantage » dans le célèbre attendu de l'arrêt *Ville Nouvelle-Est* : « une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique, que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement, les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte, ne sont pas excessifs, eu égard à l'intérêt qu'elle présente »[400]. Les termes de l'attendu font partie du langage économique, et laissent ainsi présumer une influence de la théorie utilitariste[401]. Ainsi, le juge se doit de faire la balance entre les avantages et les inconvénients d'une opération administrative. Ce contrôle de proportionnalité

[396] Pour une appréciation de l'étendue des différents types de contrôle juridictionnel, V. STRUILLOU J.-F., th. préc., pp. 168 à 198.
[397] Sur cette notion de preuve de l'intérêt général, V. TRUCHET D., th. préc., pp. 207 et s.
[398] BRAIBANT G., Le principe de *proportionnalité*, *in Le juge et le droit public*, Mél. M. WALINE, t. 2, L.G.D.J., 1974, p. 297.
[399] LEMASURIER J., Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe « bilan coût-avantages », *in Le juge et le droit public,* Mél. M. WALINE, t. 2, L.G.D.J., 1974, p. 551.
[400] CE 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, n°78825 : *Rec. Lebon* p. 409.
[401] *Cf. supra*, n^{os}67 et s.

n'est pas restreint aux cas d'expropriation. Il a aussi été utilisé pour les dérogations aux règles d'urbanisme[402], et des projets d'intérêt général[403].

100. L'intensité du contrôle fait l'objet de débats doctrinaux[404]. Pour certains, il s'agit d'un contrôle « plus poussé » que celui de l'erreur manifeste d'appréciation car en cas de bilan négatif, la décision administrative sera annulée[405]. Pour d'autres, il s'agit plutôt d'un contrôle restreint, limité à l'erreur manifeste d'appréciation[406]. Sans entrer dans ces controverses, il est possible de remarquer une certaine extension de son domaine d'application à deux niveaux :

- La technique du bilan est utilisée pour comparer deux intérêts publics[407].

- Et, quand l'opération entraîne une expropriation, le juge va pouvoir apprécier la nécessité de l'opération eu égard à la possession par l'autorité expropriante d'immeubles sans affectation[408].

Désormais, pour déterminer le caractère d'utilité publique d'une opération, le juge administratif effectue un contrôle *in concreto* de l'utilité publique[409]. Ce contrôle comprend trois étapes. D'abord, le juge s'assure que la finalité de l'opération est d'intérêt général. Puis, il vérifie la nécessité de l'opération, c'est-à-dire qu'il regarde si l'expropriant aurait pu utiliser le patrimoine dont il disposait plutôt que de recourir à une expropriation. Enfin, il effectue le bilan en comparant le coût du projet par rapport à ses inconvénients[410].

101. Malgré des critiques quant à son aspect quelque peu « sophistiqué »[411], ce contrôle pouvait laisser augurer une meilleure protection du droit de propriété en garantissant les administrés contre le pouvoir discrétionnaire de l'administration[412]. Sans aller jusqu'à dire

---

[402] CE 18 juillet 1973, *Ville de Limoges*, n°86275 : *Rec. Lebon* p. 531.
[403] CE 23 mars 1992, *Martin et Fraboulet*, n^os^87601, 87604, 87668 : *AJDA* 1992, p. 334.
[404] Sur ce débat V. WACHSMANN P., Un bilan du bilan en matière d'expropriation, la jurisprudence *Ville Nouvelle Est*, trente ans après, *in Gouverner, administrer, juger*, Mél. J. WALINE, Dalloz, 2002, p. 741.
[405] LEBRETON G., *Droit administratif général,* Dalloz, Coll. Cours, Paris, 7^e^ éd., 2013, p. 509, n°446.
[406] WACHSMANN P., préc., p. 745.
[407] CE 20 octobre 1972, *Soc. Civ. Ste-Marie de l'Assomption*, n°78829 : *Rec. Lebon* p. 657.
[408] CE 20 novembre 1974, *Epx Thony et Hartmann-Six*, n^os^91558, 91559 : *Rec. Lebon* p. 1009.
[409] AUBY J.-M., BON P., AUBY J.-B. et TERNEYRE Ph., *Droit administratif des biens*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 6^e^ éd., 2011, p. 603.
[410] Pour une illustration récente de ces trois étapes : CE 19 octobre 2012, *Commune de Levallois-Perret*, n°343070.
[411] WALINE J., Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation, *in Le juge et le droit public,* Mél. M. WALINE, t. 2, L.G.D.J., 1974, p. 830.
[412] Sur le bilan coût-avantages comme garantie des administrés, V. LEMASURIER J., Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe « bilan coût-avantages », *in Le juge et le droit public,* Mél. M. WALINE, t. 2, L.G.D.J., 1974, p. 558.

que ce contrôle est factice, il est possible de douter de son efficacité[413]. En effet, depuis 1971, seules vingt-cinq décisions du Conseil d'Etat publiées au recueil Lebon ont annulé une déclaration d'utilité publique dans le cadre d'un bilan négatif[414]. Et surtout, aucune des décisions ne concernait des projets d'importance nationale.

La théorie du bilan coût-avantage présente toutefois l'intérêt d'avoir un rôle préventif ou dissuasif, en obligeant l'administration à être précautionneuse lorsqu'elle élabore ses projets[415]. De plus, elle a le mérite d'avoir fait des émules du côté des jurisprudences constitutionnelles, judiciaires et européennes.

102. Le juge européen a appliqué la première fois le principe de proportionnalité pour faire respecter le droit au respect des biens de l'article 1er du protocole n°1 lors de l'arrêt *Sporrong et Lönnroth* de 1982 en recherchant « le juste équilibre devant régner entre la sauvegarde du droit de propriété et les exigences de l'intérêt général»[416]. Le résultat de ce contrôle de proportionnalité est mitigé, car il dépend du type de limitation au droit de propriété. S'il s'agit d'une réglementation de l'usage des biens, le contrôle se limite à l'erreur manifeste, les juges européens laissant aux Etats une large marge nationale d'appréciation[417]. Par contre, en matière d'atteinte à la substance ou de privation de la propriété, le contrôle est plus rigoureux[418], mais l'équilibre des intérêts sera respecté si l'indemnité allouée est considérée comme suffisante[419].

Le juge judiciaire a calqué son contrôle de proportionnalité sur celui du juge européen[420], soit en visant l'article 1er du protocole n°1 et en mentionnant l'existence d'une « charge excessive du fait de l'expropriation »[421], soit en indiquant dans ses motivations une formule similaire à celle retenue par la jurisprudence européenne[422].

---

[413] LEBRETON G., *op. cit*., p. 511, n°446 : « le contrôle du bilan coût-avantages apparaît finalement assez factice. C'est un épouvantail qu'on agite à grands cris pour chasser les moineaux, et qu'on tient prudemment au repos, au mépris des exigences de l'Etat de droit, quand plane l'ombre de la politique gouvernementale ».

[414] AUBY J.-M., BON P., AUBY J.-B. et TERNEYRE Ph., *op. cit.,* p. 608.

[415] MEKKI M., th. préc.*,* pp. 387 et 388, n°638.

[416] CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, Série A n°52, §73.

[417] STRUILLOU J.-F., th. préc., p. 172 ; MONTI L., th. préc., vol. 1, pp. 349 et s. ; sur la marge nationale d'appréciation, *cf. infra* nos463 et s.

[418] Sur le contrôle de proportionnalité du juge européen, *cf. infra* nos450 et s.

[419] Concernant une atteinte à la substance : CEDH *Poiss c./Autriche* du 23 avril 1987, Série A n°117 ; et concernant une privation du droit de propriété : CEDH *James c./ Royaume-Uni* du 21 février 1986, Série A n°98, et CEDH *Häkansson et Sturesson c./ Suède* du 21 février 1990, Série 171-A.

[420] Sur le contrôle de proportionnalité du juge judiciaire, *cf. infra* n°458.

[421] Civ. 3e 19 novembre 2008, n°07-15705 : *Bull. civ.* III, n°176.

[422] Civ 3e 18 mai 2005, n°04-11.349, *Bull. civ*. III, n°109.

Enfin, le juge constitutionnel s'est également inspiré du contrôle de proportionnalité européen, mais à sa manière[423]. Ainsi, par exemple, en présence d'une privation de propriété, dans le cadre de la décision sur les nationalisations[424], le juge s'est contenté de contrôler uniquement l'erreur manifeste d'appréciation[425]. Toutefois, il a veillé à respecter une « stricte proportion entre la valeur du bien et l'indemnisation »[426]. En matière de restriction du droit de propriété, c'est la gravité de l'atteinte qui ne doit pas être disproportionnée par rapport à la protection due au droit de propriété[427]. Ainsi, le Conseil constitutionnel se bornait à contrôler la disproportion manifeste. Ce n'est qu'à l'occasion des QPC que le juge constitutionnel a indiqué que les limites apportées à l'exercice du droit de propriété « doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi »[428]. Ainsi, le Conseil constitutionnel effectue un contrôle de proportionnalité, mais il demeure réduit à un minimum[429].

[423] *Cf. supra* n°99 (bilan coût-avantages)
[424] Décision 81-132 DC du 16 janvier 1982, J.O. du 17 janvier 1982, p. 299.
[425] Ce point a d'ailleurs déclenché des interrogations et des critiques de la part de la doctrine, V. par exemple, HAMON L., *Les nationalisations devant le Conseil constitutionnel*, D. 1983, Chron., p. 79 ; POIRMEUR Y., Le Conseil constitutionnel protège t'il véritablement les droits de l'Homme ?, *in La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Coll. Etudes juridiques, 1999, p. 331.
[426] PHILIPPE X, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, th. Aix-en-provence, Préf. C. DEBBASCH, Economica, Paris, 1990, p. 390.
[427] Décision n°85-198 DC du 13 décembre 1985, J.O. du 14 décembre 1985, p. 14574.
[428] Décision n°2010-60 QPC du 12 novembre 2010, J.O. du 13 novembre 2010, p. 20237 ; décision n°2011-151 QPC du 13 juillet 2011, J.O. du 14 juillet 2011, p. 12250 ; décision n°2011-172 QPC du 23 septembre 2011, J.O. du 24 septembre, p. 16018 ; décision n°2011-193 QPC du 10 novembre 2011, J.O. du 19 novembre 2011, p. 19010 ; décision n°2011-201 QPC du 2 décembre 2011, J.O. du 3 décembre 2011, p. 20497 ; décision n°2011-206/207 QPC du 16 décembre 2011, J.O. du 17 décembre 2011, pp. 21369 et 21370.
[429] Sur le contrôle de proportionnalité du Conseil constitutionnel, *cf. supra* n°458.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

103. La coexistence historique du droit de propriété et de ses limitations prouve le perpétuel mouvement d'équilibre qui les anime. La présence des limitations au droit de propriété n'est pas une nouveauté, mais elle n'est pas non plus à rejeter. Elle est un indice dans l'évolution du droit de propriété : à un intérêt général étroitement circonscrit correspond un droit de propriété sévèrement protégé, à un intérêt général élargi, un droit de propriété menacé[430]. Ainsi, l'intérêt général est le fondement technique des limitations au droit de propriété. Il leur donne une légitimité. Toutefois, pour reprendre l'expression de Xavier PHILIPPE, « l'intérêt général ne peut légitimer n'importe quoi, à n'importe quel prix ! »[431]. Ainsi, pour pouvoir légitimer une limitation au droit de propriété, l'intérêt général doit être expliqué en amont de la décision et pouvoir être contrôlé en aval.

104. Les limitations font évoluer le droit de propriété vers un droit plus « social », qui prend davantage en compte les intérêts des tiers[432]. Ces intérêts peuvent avoir une nature publique comme une nature privée. La mise en avant d'un intérêt général générique, de nature protéiforme, prouve que le droit de propriété est plus qu'une relation entre une personne et une chose. Cette pluralité de motifs d'intérêt général peut constituer une source d'insécurité juridique puisqu'elle cause une concurrence entre les « grands » et les « petits » motifs d'intérêt général[433]. La prise en compte d'un intérêt général au sens large n'implique pas automatiquement un « dépérissement du droit de propriété mais son adaptation aux nécessités de notre temps »[434]. Cette mutation du droit de propriété ne signifie par pour autant une appropriation collective ou étatique. En revanche, elle entraîne distinctement un développement multidimensionnel des limitations du droit de propriété.

---

[430] HOSTIOU R., Deux siècles d'évolution de la notion d'utilité publique, *in Un droit inviolable et sacré, la propriété, Actes du colloque organisé les 13-14 novembre 1989 à Paris,* ADEF, Paris, 1991, p. 30, spéc. p. 31.
[431] PHILIPPE X, th. préc., p. 392.
[432] Sur la « socialisation » de la propriété, V. ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Paris, 2011, pp. 291 et s., n^{os}12 et s.
[433] MONTGOLFIER (de) J.-F., Le Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées, *Cah. Cons. Const.* 2011, p. 35, spéc. p. 47 ; MAZEAUD V., Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RTD civ*. 2014, p. 29, spéc. n°20.
[434] PEIGNOT B., La propriété foncière saisie par le droit rural, *Justice et cassation* 2015, p. 177, spéc. p. 178.

Chapitre 2. Le développement multidimensionnel des limitations au droit de propriété

105. Fortes de leur fondement, les limitations se sont multipliées. Dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 seul le cas de la privation était mentionné. Dans le Code civil en 1804, l'article 545 prévoyait ce même cas de privation, mais l'article 544, dans sa seconde partie, laissait penser que l'usage du droit de propriété pourrait être restreint par les lois ou par les règlements. Ainsi, après la Révolution, les hypothèses de limitations du droit de propriété semblaient extrêmement réduites, et circonscrites au droit public.

106. Le développement des limitations du droit de propriété a eu lieu de manière multidimensionnel c'est-à-dire d'une part par une extension des modes de limitations (section 1). En effet, désormais la privation de propriété peut avoir lieu pour cause d'utilité privée. Les restrictions ont quant à elles trouvé des échos en jurisprudence et l'interprétation de certains textes ont permis leur extension. Et d'autre part, le développement des limitations s'est effectué par la transformation des formes de limitations (section 2), qui se sont discrètement fondues dans le régime du droit de propriété.

Section 1. L'extension des modes de limitations au droit de propriété

107. Que ce soit dans la Déclaration de 1789 ou dans le Code civil, la seule limitation explicitement envisagée est toujours la privation de la propriété pour cause de nécessité ou d'utilité publique, c'est-à-dire finalement l'expropriation. Au fil des années et des besoins, la finalité de la privation de la propriété s'est élargie en se dédoublant (§1).
À l'inverse, aucun texte n'était reconnu comme étant le fondement des restrictions portées au droit de propriété. Avant de penser à étendre leur domaine, il fallait déjà reconnaître leur fondement. La formulation présente dans l'article 544 du Code civil « pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements », laissait présager l'existence de telles restrictions. Ainsi, leur évolution s'est appuyée sur le développement ou la redécouverte des sources des restrictions (§2).

§1. Le dédoublement de la finalité des privations

108. En principe, la dépossession n'a lieu qu'en faveur de l'Etat. C'est donc l'utilité publique qui légitime la privation de propriété (A). Puis, elle s'est adaptée de manière générale aux évolutions du droit et notamment en faveur de certains particuliers. Ce mode d'extension existe mais il est globalement nié par les juges. Toutefois, il est possible de dire qu'il existe des cas de privation de propriété pour cause d'utilité privée (B).

A. La privation de propriété pour cause d'utilité publique

109. À la suite de la Révolution, la notion de privation de propriété ne concernait que le cas de l'expropriation pour cause de nécessité publique[435] ou d'utilité publique[436]. Puis, elle s'est diversifiée avec la nationalisation, qui serait, selon un auteur, un « mode particulier d'expropriation »[437]. Le domaine des privations pour cause d'utilité publique s'est étendu d'abord de l'expropriation à la nationalisation (1), et ensuite par le passage de la dimension interne à la dimension européenne de la privation de propriété (2).

1. De l'expropriation à la nationalisation

110. Ainsi qu'a pu le remarquer Jean-Louis MESTRE, « l'expropriation pour cause d'utilité publique suit traditionnellement la proclamation du principe de l'inviolabilité de la propriété privée »[438]. Cela se vérifie non seulement pour l'article 17 de la Déclaration de 1789 et l'article 545 du Code civil, mais également au niveau de l'histoire du droit de l'expropriation[439]. Ces deux articles constituent le fondement du droit de l'expropriation car ils posent ses deux conditions essentielles, à savoir, une cause d'utilité publique[440] et une juste et préalable indemnité[441].

---

[435] Art. 17 DDHC.
[436] Art. 545 C. civ.
[437] CHARTIER F., Les nationalisations, Problèmes juridiques en France et dans le Monde, *Gaz. Pal*. 1981, p. 448.
[438] MESTRE J.-L., *L'expropriation face à la propriété (du Moyen-Age au Code civil),* Droits I, 1985, p. 51.
[439] Jean-Louis MESTRE, préc., explique que « les premières formes d'expropriation apparaissent précisément comme une réaction des seigneurs en face de l'affermissement des droits réels de leurs sujets ».
[440] Sur la notion d'utilité publique, *cf infra* n°71.
[441] Sur la notion de juste et préalable indemnité, *cf supra* n^{os}479 et s.

111. Le régime de l'expropriation a d'abord été instauré par la loi du 8 mars 1810. Mais cette loi prévoyait que l'évaluation des indemnités était effectuée par des experts, et ces derniers ont été accusés d'évaluer les biens expropriés de façon trop favorable aux particuliers[442]. Différentes réformes ont donc suivi[443], pour en arriver à l'ordonnance du 23 octobre 1953[444], dont les dispositions ont été codifiées aux articles L. 11-1 et suivants du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique[445]. Enfin, dernièrement, une ordonnance du 6 novembre 2014[446] et un décret du 26 décembre 2014[447] ont réformé une nouvelle fois l'expropriation. L'objectif de cette réforme était de rendre le régime de l'expropriation plus intelligible et accessible[448]. Elle a donc modifié le plan du Code de l'expropriation et mis en place une nouvelle numérotation[449].

Ces textes prévoient qu'une personne publique peut recourir à une expropriation pour que lui soit attribuée la propriété d'un immeuble corporel ou d'un droit réel immobilier. Mais il faut que cette opération ait une finalité d'utilité publique, et qu'elle ait procédé contradictoirement à la détermination des parcelles à exproprier, ainsi qu'à la recherche des propriétaires[450]. Cette double exigence est remplie par l'intervention d'une déclaration d'utilité publique et de l'arrêté de cessibilité pris après enquêtes publiques[451].

L'expropriation témoigne du pouvoir de l'Etat sur la propriété individuelle. Mais ce déséquilibre des forces est atténué par une procédure encadrée et une indemnisation.

112. Au contraire, la nationalisation ressemble plus à une nébuleuse. Son régime a été construit sur la base de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui a fondé son raisonnement sur l'article 17 de la Déclaration de 1789, pour les conditions de la

---

[442] GANEZ-LOPEZ G., *L'expropriation pour cause d'utilité publique*, L'Harmattan, 2003, p. 8.
[443] La loi du 7 juillet 1833 complétée par la loi du 3 mai 1841, le décret-loi du 8 août 1935 complété par un décret-loi du 30 octobre 1935.
[444] Ordonnance n°58-997 du 23 octobre 1958, complétée par les décrets n°59-701 du 6 juin 1959 et n°59-1335 du 20 novembre 1959.
[445] Par les décrets n°77-392 et n°77-393 du 28 mars 1977, J.O. 14 avril 1977.
[446] Ordonnance n°2014-1345 du 6 novembre 2014 *relative à la partie législative du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, J.O. du 11 novembre 2014.
[447] Décret n°2014-1635 du 26 décembre 2014 *relatif à la partie réglementaire pour cause d'utilité publique*, J.O. du 28 décembre 2014, p. 22598.
[448] GILBERT S., Réforme du Code de l'expropriation – Une codification « à droit constant », *JCP* G 2015, 178 ; BON P., D'un Code de l'expropriation à l'autre, *RFDA* 2015, p. 293 ; TIFINE P., Le nouveau Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique : une réforme cosmétique plutôt qu'une réforme de fond, *RDI* 2015, p. 281.
[449] Quelques modifications plus significatives sont à noter, notamment au sujet de l'indemnisation (V. art. L.311-8 et L.211-3 C. expr).
[450] Article L.1 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique.
[451] GANEZ-LOPEZ G., *L'expropriation pour cause d'utilité publique*, L'Harmattan, 2003, pp. 12-13.

nationalisation, et sur l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946[452], pour la détermination des entreprises concernées par la nationalisation. Pour FAVOREU, les décisions des 16 janvier et 11 février 1982[453] forment une « grande décision » car elles marquent une étape essentielle pour la justice constitutionnelle[454]. Effectivement, ce sont des décisions innovantes puisqu'elles créent une nouvelle privation de propriété. Mais il ne faut pas oublier qu'il s'agit de décisions fortement politisées. La nationalisation était dans le programme du Président MITTERRAND. Après son élection, une loi « dite de nationalisation » a été votée par l'Assemblée nationale[455], mais le Sénat a refusé de l'approuver et l'opposition a saisi le Conseil constitutionnel.

113. Par définition, une nationalisation a pour effet de transférer à l'Etat l'ensemble des biens d'une entreprise déterminée, ou encore le patrimoine des entreprises formant un secteur d'activité déterminée[456]. L'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 dispose en effet que « Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité »[457]. Et pour le Conseil constitutionnel cette disposition ne comporte ni une obligation, ni une limite pour le législateur[458]. Les nationalisations ont un caractère exceptionnel[459].

Les nationalisations peuvent concerner des biens immobiliers, mais à condition qu'ils participent aux moyens de production, et qu'ils appartiennent à une entreprise dont

[452] Al. 6 Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ».

[453] Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, J.O. du 17 janvier 1982, p. 299 ; décision n°82-139 DC du 11 février 1982, J.O. du 12 février 1982, p. 560.

[454] FAVOREU L., Une grande décision, in, Nationalisations et Constitution, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Droit public positif, Paris, 1982, p. 19.

[455] Loi n°82-155 du 11 février 1982 *de nationalisation*, J.O. du 13 février 1982, p. 566 : cette loi prévoyait la nationalisation de cinq sociétés industrielles (Compagnie générale d'électricité ; Compagnie de Saint-Gobain ; Pechiney-Ugine-Kuhlmann ; Rhône-Poulenc S.A. ; Thomson-Brandt), de Banques et de deux compagnies financières (Compagnie financière de Paris et des Pays-Bas ; Compagnie financière de Suez).

[456] CHARTIER F., Les nationalisations, Problèmes juridiques en France et dans le Monde, *Gaz. Pal*. 1981, p. 448.

[457] LOUSSOUARN Y., DRAGO R. et DELVOLVE P., Consultations, *in, Nationalisations et Constitution,* Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Droit public positif, Paris, 1982, pp. 117 à 122, sur les notions de service public national et de monopole de fait, et notamment l'intervention de CAPITANT à l'Assemblée Constituante lors de l'examen du premier projet de Constitution en 1946, qui estime que « le service public n'est pas une circonstance de fait, c'est une circonstance de droit ; c'est, en d'autres termes, la nationalisation, (…) le projet de la commission revient à dire : il y a nationalisation lorsqu'il y a nationalisation ».

[458] FAVOREU L., *op. cit.,* p. 52, interprète le considérant 17 de la décision du 16 janvier 1982 et il explique les thèses avancées par la majorité et l'opposition concernant la signification de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946.

[459] HAMON L., Les nationalisations devant le Conseil constitutionnel*, D.* 1983, Chron, p. 80.

l'exploitation correspond à un service public ou à un monopole de fait. Par conséquent, la nationalisation d'un bien immobilier n'a pas lieu indépendamment d'une entreprise, car il est compris dans la valeur de l'entreprise. C'est pour cela que lors de l'indemnisation, seule sera mentionnée la valeur des actions ou parts sociales.

114. Les conditions de la nationalisation empruntent celles de l'expropriation puisqu'elles se fondent également sur l'article 17 de la Déclaration de 1789. Ainsi, il faut qu'il y ait une nécessité publique, et une juste et préalable indemnité.

D'après l'article 17 de la Déclaration, la nécessité publique doit être « légalement constatée », c'est-à-dire que la loi doit rendre compte de l'exigence de la privation de propriété. Toutefois, le Conseil constitutionnel dans sa décision de 1982 a limité le contrôle de la nécessité publique à l'erreur manifeste d'appréciation[460]. Or, ainsi que le remarque Nicolas MOLFESSIS, laisser le législateur apprécier la nécessité publique, c'est en quelque sorte lui faire confiance[461]. C'est finalement lui donner plus de pouvoirs que ce qu'avaient prévu les rédacteurs de l'article 17 de la Déclaration de 1789.

Quant aux conditions de l'indemnisation, le caractère préalable est assuré par la remise d'actions inscrites à la cote officielle et immédiatement négociables. Précision étant ici faite que les actions cotées en Bourse sont évaluées en fonction de la moyenne du cours de la Bourse, et les actions non cotées sont estimées en tenant compte de la situation comptable et du bénéfice moyen des exercices[462].

Le caractère juste a entraîné plus de débats[463]. Finalement, le Conseil constitutionnel a estimé que « les actionnaires des sociétés visées par la loi de nationalisation ont droit à la compensation du préjudice subi par eux, évalué au jour du transfert de propriété, abstraction faite de l'influence que la perspective de la nationalisation a pu exercer sur la valeur de leurs titres »[464].

Ainsi, les contours de la nationalisation semblent ressembler à l'expropriation, mais ils sont plus flous. Cela s'explique par le fait qu'elles sont peu courantes ; la tendance actuelle étant plutôt aux privatisations. Mais le fait est qu'elles ont contribué à étendre le domaine de la privation de propriété en droit français.

---

[460] Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, cons. 20, préc.

[461] MOLFESSIS N., *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, th. Paris II, Préf. M. GOBERT, L.G.D.J., 1997, p. 70, n°83.

[462] Pour les critiques de ces méthodes d'évaluation, V. LUCHAIRE F., Doctrine, nécessité ou poésie ?, *in, Nationalisations et Constitution*, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Droit public positif, Paris, 1982, pp. 76 à 80.

[463] C'est d'ailleurs la question de l'indemnisation qui a motivé l'opposition à saisir le Conseil constitutionnel.

[464] Décision 81-132 du 16 janvier 1982, cons. 47, préc.

2. De la dimension interne à la dimension européenne

115. La dimension interne de la privation de propriété apparaît assez restreinte puisque l'expropriation constitue la principale privation. Au contraire, la notion européenne de la privation de propriété n'a jamais été réservée au cas de l'expropriation et est donc interprétée de façon extensive. L'alinéa 2 de l'article 1er du Protocole n°1 prévoit que « nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ». Cet alinéa contient deux des trois conditions qui font l'objet d'un contrôle par la Cour européenne des droits de l'Homme.

D'abord, la privation de propriété n'est possible que pour une cause d'utilité publique. Mais cette expression varie dans le temps et l'espace selon la Cour de Strasbourg[465]. Ainsi, parfois elle sera largement entendue et englobera des mesures prises dans le cadre d'une politique de justice sociale[466].

Ensuite, ces mesures d'utilité publique doivent provenir d'une loi ou s'effectuer dans le respect des principes généraux du droit international[467]. Toutefois, le critère de la légalité[468] de l'ingérence est soumis à la marge d'appréciation des Etats[469].

Enfin, la dernière condition est issue de la jurisprudence et c'est la plus innovante. La Cour estime qu'il faut qu'il y ait « un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »[470].

116. Au départ, la Cour européenne des droits de l'homme s'est contentée de sanctionner les privations arbitraires, puis la notion a été élargie à toutes les mesures relatives à la dépossession directe voire indirecte de la propriété[471]. Ainsi, la privation de propriété au sens européen concerne l'expropriation[472], la nationalisation[473], la vente forcée[474], le

[465] Par exemple : CEDH *Handyside c./ Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, Série A n°29. Et pour l'étude de la finalité en présence d'une privation de propriété : *cf. infra* nos443 et s.
[466] CEDH *James c./ Royaume-Uni* du 21 février 1986, Série A n°98.
[467] Au sujet des principes généraux du droit international : *cf infra* n°438.
[468] Pour l'étude de la condition de légalité en cas de privation : *cf. infra* nos435 et s.
[469] Au sujet de la marge nationale d'appréciation : *cf infra* nos463 et s.
[470] CEDH *James c./ Royaume-Uni* du 21 février 1986, préc., §50. Pour l'étude de la proportionnalité en cas de privation : *cf. infra* nos455 et s.
[471] MONTI L., *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit de propriété*, th. Nice, 2001, 1er vol., p. 231.
[472] Depuis 1979 : Comm. EDH *Andorfer Tonwerke c./ Autriche* du 13 décembre 1979, aff. n°7987/77, D.R. 18, p. 31. Pour d'autres exemples : *cf. infra* nos390 et s.
[473] CEDH *Lithgow et autres c./ Royaume-Uni* du 8 juillet 1986, Série A n°102, §107.
[474] CEDH *James c./ Royaume-Uni* du 21 février 1986, préc.

remembrement[475], mais aussi de façon plus originale, l'expropriation de fait[476]. La Cour européenne estime qu'une expropriation de fait est une privation de propriété si l'atteinte a pour effet de dépouiller les particuliers de l'usage ou de la disponibilité du bien, même en l'absence de transfert de propriété[477]. Par ailleurs, la Cour a même étendu la privation de propriété à la suppression rétroactive d'un droit de créance en réparation contre l'Etat[478].

117. Une reconnaissance extensive de la privation de propriété pour cause d'utilité publique pourrait signifier que le droit de propriété est mieux protégé qu'auparavant. Or, il ne suffit pas de qualifier une mesure comme privative de propriété pour que cette mesure soit considérée comme une atteinte portée au droit de propriété[479]. Ainsi, l'élargissement du domaine des privations n'est pas en lui-même un gage de protection, mais au contraire, il témoigne d'une certaine régression du droit de propriété conçu comme étant inviolable et sacré. La privation de propriété s'est étendue en fonction des besoins des personnes publiques, dans une certaine mesure à des personnes privées. Elle serait alors une privation de propriété pour cause d'utilité privée.

B. La privation de propriété pour cause d'utilité privée[480]

118. Certains mécanismes présents dans le droit privé aboutissent à une dépossession au profit de personnes privées, notamment le voisin, l'ex-époux, ou le possesseur. Pourtant, le Conseil constitutionnel lutte farouchement contre l'idée d'une privation de propriété. Cela est explicite en matière de mitoyenneté forcée (1) et d'attribution judiciaire d'un bien en guise de prestation compensatoire (2). Et quant au cas de la prescription acquisitive (3), la Cour de cassation a refusé de soumettre le problème au Conseil Constitutionnel.

[475] CEDH *Piron c./ France* du 14 novembre 2000, aff. n°36436/97, §39.
[476] CEDH *Papamicalopoulos et autres c./ Grèce* du 24 juin 1993, Série 260-B, §43.
[477] Sur la notion d'expropriation de fait : *cf. infra* n*os*397 et s.
[478] CEDH *Draon et Maurice c./ France* du 6 octobre 2005, aff. n°11810/03.
[479] Sur le contrôle circonspect à des fins d'appréciation des limitations : *cf. infra* n^{os}431 et s.
[480] CHEYNET DE BEAUPRÉ A., L'expropriation pour cause d'utilité privée, *JCP* G. 2005. I.,144. Adde, BÉNABENT A., Nouvelle prestation compensatoire en nature : compatibilité avec la Conv ? EDH ?, *D*. 2001, p. 1036, sur la notion d' « expropriation pour cause de nécessité privée » ; MARGUÉNAUD J.-P., La protection européenne contre « les expropriations pour cause d'utilité privée », *Justice et cassation* 2015, p. 169.

1. Le cas de la mitoyenneté forcée

119. La mitoyenneté forcée est prévue par l'article 661 du Code civil[481]. Elle permet au propriétaire du fonds voisin de demander à ce que lui soit cédée la mitoyenneté du mur de séparation. En outre, la Cour de cassation considère cette faculté d'acquérir la mitoyenneté comme absolue[482]. Le propriétaire du mur se trouve contraint de céder la moitié du mur et la parcelle sur laquelle il repose. C'est pourquoi certains auteurs estiment que « le caractère forcé de la cession (…) en fait une forme d'expropriation »[483]. Il semble en effet qu'il s'agisse au moins d'une forme de privation de propriété.

120. Cependant, à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité le Conseil constitutionnel s'est prononcé dans le sens contraire[484]. Selon lui le propriétaire qui a cédé la mitoyenneté « continue à exercer sur son bien tous les attributs du droit de propriété », car le droit privatif de propriété ne disparaît pas, il devient un droit indivis. Par conséquent, il n'y a pas de privation de propriété, telle qu'elle est prévue par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Mais il estime que « l'atteinte portée aux conditions d'exercice du droit de propriété par l'article 661 du code civil ne méconnaît pas l'article 2 de la Déclaration de 1789 » car elle ne présente pas « un caractère de gravité tel qu'elle dénature le sens et la portée de ce droit »[485].

121. Le Conseil constitutionnel refuse ainsi de voir une dépossession même partielle dans la mitoyenneté forcée, alors que le propriétaire du mur perd la moitié de la propriété, ou

[481] L'article 661 du Code civil dispose que : « Tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie, en remboursement au maître du mur la moitié de la dépense qu'il a coûté, ou la moitié de la dépense qu'a coûté la portion du mur qu'il veut rendre mitoyenne et la moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti. La dépense que le mur a coûté est estimée à la date de l'acquisition de sa mitoyenneté, compte tenu de l'état dans lequel il se trouve ».
[482] Civ. 3e, 25 avril 1972, n°71-10.119 : *Bull. civ.* III, n°258.
[483] Ainsi, pour François TERRÉ et Philippe SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 9e éd., 2014, p. 674, n°750, c'est une « forme d'expropriation », alors que pour Aline CHEYNET DE BEAUPRÉ, préc., n°21 et William DROSS, *Droit des biens*, Montchrestien, Coll. Domat droit privé, Paris, 2e éd., 2014, p. 293, n°355, c'est une « véritable expropriation pour cause d'utilité privée », et pour Jean NORY, *Le droit de propriété et l'intérêt général,* th. Lille, Imprimerie-Librairie Camille Robbe, Lille, 1923, p. 70, « il ne semble pas douteux qu'il y ait là une expropriation réelle ».
[484] Décision n° 2010-60 QPC du 12 novembre 2010, J.O. du 13 novembre, p. 20237. Au sujet de cette décision, V. CHEYNET DE BEAUPRÉ A. Question prioritaire de mitoyenneté, *D*. 2011, p. 652 ; REVET Th., La « cession » forcée de mitoyenneté est déclarée conforme à la Constitution, *RTD civ*. 2011, p. 144 ; TRANCHANT L., La cession forcée de mitoyenneté de l'article 661 du Code civil mise à la question prioritaire devant le Conseil constitutionnel, *RDI* 2010, p. 538.
[485] Décision n° 2010-60 QPC du 12 novembre 2010, cons. 6, préc.

au moins la moitié de la valeur du mur[486]. De plus, s'il ne s'agit pas d'une dépossession, pourquoi y a-t-il indemnisation[487]? Pour les juges constitutionnels, cette cession forcée de mitoyenneté serait plutôt « un service que le voisin rend au maître du mur en acceptant d'assumer la charge de cette face de mur »[488]. Or, même si le nouveau copropriétaire va devoir assumer l'entretien du mur, il bénéficie des avantages de la mitoyenneté prévus aux articles 657 et 658 du Code civil. Il va notamment pouvoir appuyer sur le mur des constructions et des plantations, voir même louer le mur pour qu'y soient placés des panneaux publicitaires.

2. Le cas de l'attribution judiciaire d'un bien en guise de prestation compensatoire

122. Aux termes de l'article 270 du Code civil, la prestation compensatoire est « destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vies respectives ». Or, selon l'article 274 du Code civil, l'exécution de la prestation compensatoire en capital peut se faire soit par le versement d'une somme d'argent, soit par l'attribution de biens en propriété ou d'un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit. La possibilité d'attribution judiciaire de la pleine propriété d'un bien date de la loi du 30 juin 2000[489]. Cette attribution peut être considérée comme étant une « sorte d'expropriation pour cause d'utilité privée »[490]. En effet, l'attribution en pleine propriété d'un bien qui appartient à l'époux débiteur de la prestation compensatoire n'est pas soumise à son accord, sauf dans le cas où il s'agit de biens reçus par succession ou par donation[491].

123. C'est dans ce contexte d'attribution judiciaire forcée que la Cour de cassation a saisi le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité pour savoir si les dispositions de l'article 274 2° du Code civil portaient atteinte à l'article 17 de la

[486] REVET Th., La « cession » forcée de mitoyenneté est déclarée conforme à la Constitution, *RTD Civ.* 2011, p. 144.
[487] Il convient de noter que la détermination de l'indemnisation à la suite d'une cession de mitoyenneté ne suit pas la méthode d'indemnisation en matière d'expropriation (absence des caractères juste et préalable).
[488] CHEYNET DE BEAUPRÉ A., Question prioritaire de mitoyenneté, *D.* 2011, p. 652.
[489] Loi n°2000-596 du 30 juin 2000 *relative à la prestation compensatoire*, du J.O. du 1er juillet 2000, p. 9946.
[490] MASSIP J., Divorce : la réforme des prestations compensatoires, *Rep. Defrénois,* 15 décembre 2000, n°23, art. 37267, p. 1328, n°8.
[491] Civ. 1re, 12 novembre 2009, n°08-19.166 : *Bull. civ.* I, n°225.

Déclaration de 1789[492]. Selon le Conseil constitutionnel l'article 274 2° ne constitue pas une privation de propriété car cette attribution n'est qu'une « modalité de paiement d'une obligation judiciairement constatée » qui a pour objectif de faciliter le règlement des effets pécuniaires du divorce[493]. La Haute autorité a réservé son interprétation quant à l'existence d'une atteinte au droit de propriété sur le fondement de l'article 2 de la Déclaration de 1789. Elle a considéré que la mesure n'est « proportionnée au but d'intérêt général poursuivi que si elle constitue une modalité subsidiaire d'exécution de la prestation compensatoire en capital ; que, par conséquent, elle ne saurait être ordonnée par le juge que dans le cas où, au regard des circonstances de l'espèce, les modalités prévues au 1° (de l'article 274) n'apparaissent pas suffisantes pour garantir le versement de cette prestation »[494].

124. Cette décision a été accueillie avec un certain scepticisme par la doctrine[495]. En effet, cette cession judiciaire forcée aboutit à une perte de propriété pure et simple pour le débiteur de la prestation compensatoire. La situation est au moins aussi flagrante que pour la cession forcée de mitoyenneté. De plus, la manière dont le Conseil constitutionnel s'y est pris pour affirmer la constitutionnalité de la disposition est particulière, puisqu'il utilise la technique de la réserve d'interprétation[496]. En effet, il estime que l'article 274 2° est conforme à la Constitution « sous réserve » que cette mesure soit utilisée de façon subsidiaire. De cette façon, le juge constitutionnel ajoute une condition à la loi. C'est pourquoi Jean HAUSER estime que si les juges de la Cour de cassation n'étaient pas d'accord, à l'avenir, avec cette interprétation de l'article 274 2° du Code civil, ils pourraient relever le manque de base légale des jugements et arrêts prononcés par les juges du fond qui appliqueront la solution du Conseil constitutionnel[497]. L'article 62 alinéa 3 de la Constitution ne vise expressément que les décisions du Conseil constitutionnel et non ses interprétations[498]. Mais, cette hypothèse

[492] Civ. 1re, 17 mai 2011, n°11-40.005.
[493] Décision n°2011-151 QPC, 13 juillet 2011, cons. 5, J.O. du 14 juillet 2011, p. 12250.
[494] Décision n°2011-151 QPC, 13 juillet 2011, cons. 8, préc.
[495] HAUSER J., Prestation compensatoire : constitutionnalité de l'attribution d'un bien en propriété, *RTD Civ.* 2011, p. 750 ; REVET Th., La cession judiciaire forcée de biens à titre d'exécution en capital de la prestation compensatoire est conforme à la Constitution à condition d'être subsidiaire à la modalité d'exécution de cette dette au moyen d'un versement de somme d'argent éventuellement garanti par des sûretés, *RTD Civ*. 2011, p. 565.
[496] DI MANNO Th., L'influence des réserves d'interprétation, *in La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Coll. Etudes juridiques, 1999, pp. 189 et s.
[497] HAUSER J., préc. Et DROSS W., L'abandon d'un bien à titre de prestation compensatoire est-il contraire au droit de propriété ?, *RTD civ*. 2014, p. 688 : la technique des réserves d'interprétation « dépouille l'autorité judiciaire de sa fonction naturelle et légitime d'interprète des lois ».
[498] Selon l'article 62 alinéa 3 de la Constitution, « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et

pose des difficultés quant à l'autorité des interprétations du Conseil constitutionnel. De plus, il semble difficile de séparer la réserve d'interprétation de la décision. Autrement dit, la réserve d'interprétation fait partie de la décision. Mais quoi qu'il en soit, même si l'on pourrait penser que les juges judiciaires et administratifs ne sont pas liés juridiquement par son interprétation[499], le Conseil d'Etat et la Cour de cassation se conforment aux interprétations du Conseil constitutionnel[500]. Suivre l'interprétation du Conseil constitutionnel permet d'assurer une conception unitaire de la constitutionnalité et partant, une certaine sécurité juridique[501], à défaut d'une lisibilité de la loi[502].

125. Finalement, la Cour de cassation a fait totalement « allégeance »[503] à cette réserve d'interprétation dans un arrêt du 28 mai 2014 allant jusqu'à la viser[504]. Mais étant saisie de cette affaire, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé le 10 juillet 2014 que cette attribution judiciaire forcée au titre de la prestation compensatoire constituait une privation de propriété en raison de « l'existence d'un transfert forcé, intégral et définitif de propriété » et de « la charge spéciale et exorbitante » supporté par le propriétaire dépossédé[505]. Ainsi, pour l'instant seul le juge de la Cour de Strasbourg reconnaît que cette attribution constitue une privation, que l'on peut qualifier « d'utilité privée »[506].

---

juridictionnelles ». Il ne fait donc aucun doute que les décisions du Conseil constitutionnel sont opposables *erga omnes*.

[499] DI MANNO Th., préc., pp. 205 et s. L'auteur indique que le juge est en principe tenu de se saisir d'office du contournement de la réserve d'interprétation, mais encore faut-il qu'il la connaisse. Selon lui, le juge pourrait « s'abstenir de soulever le moyen tiré de la méconnaissance de la chose jugée par le Conseil constitutionnel », mais que cela n'a pas été vérifiée en pratique. Il cite quelques actes de « rébellion » contre l'autorité des réserves d'interprétation de la part de magistrats, s'exprimant à titre personnel, ou d'autorités administratives. Il précise que les Hautes juridictions ont toujours fini par se soumettre aux réserves d'interprétation.

[500] MATHIEU B., Pour une reconnaissance de l' « autorité de la chose interprétée » par le Conseil constitutionnel*, D*. 2003, p. 1507 et Répertoire de contentieux administratif, V° « Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs (chapitre 2 - Portée des décisions du Conseil constitutionnel) », notamment n°[s]133 et s. sur l'autorité de la chose interprétée des décisions du Conseil constitutionnel, VERPEAUX M., juin 2011,

[501] FAVOREU L., L'application de l'article 62, alinéa 2, de la Constitution par la Cour de cassation, *D*. 2001, p. 2683.

[502] Dans ce sens, J. HAUSER, *préc*. s'indigne au sujet de la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel : « Nul n'est censé ignorer la loi, et la jurisprudence française civile, administrative, constitutionnelle, strasbourgeoise, luxembourgeoise et autres … ! ».

[503] DROSS W., préc.

[504] Civ. 1re, 28 mai 2014, n°13-15.760 : *Bull. civ*. I, n°95. *Cf. infra* n°650.

[505] CEDH *Milhau c./ France* du 10 juillet 2014, aff. n°4944/11, §45 et §53. *Cf. infra* n°651.

[506] HAUSER J., Formes de la prestation compensatoire : transfert de propriété, capital ou rente, note ss Civ. 1re, 28 mai 2014, n°13-15.760, *RTD* civ. 2014, p. 630.

3. Le cas de la prescription acquisitive

126. Dans un autre domaine, la Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel la question de la conformité de la prescription acquisitive[507] aux articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789. La Cour de cassation a estimé que « 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 »[508]. Mais, si la Cour de cassation n'a pas hésité à se prononcer de cette façon, c'est que sa position est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme[509].

Pourtant, le mécanisme de la prescription acquisitive permet à l'occupant de devenir propriétaire alors qu'il y en avait déjà un. Il est alors possible de la considérer non pas comme une « expropriation sans indemnisation », mais comme une « règle indispensable »[510]. En effet, le droit se situe en faveur de l'occupant car il n'apprécie pas que le *verus dominus* soit inactif[511]. Le principe est donc que celui qui se désintéresse de sa propriété peut la perdre dans le cas où une autre personne s'y intéresse. Finalement, la survivance du droit de propriété est une question de circonstances pour le propriétaire qui n'agit pas comme tel, et une question d'opportunité pour l'occupant. Mais, ce qui prime aux yeux des juges c'est « la stabilité d'une situation de fait perpétuée paisiblement pendant plus de trente ans »[512]. La privation de propriété est réelle, mais elle se justifie à la fois pour assurer la paix publique, et une meilleure rentabilité du bien.

127. Les hypothèses de privation de propriété sont rarement reconnues, le plus souvent pour assurer la permanence de la loi ou d'une situation de fait qui arrange la collectivité. C'est

[507] Selon l'article 2258 du Code civil, la prescription acquisitive permet « d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi ».
[508] Civ. 3e, 17 juin 2011, n°11-40.014 : *Bull. civ.* III, n°106 ; Civ. 3e, 12 octobre 2011, n°11-40.055 : *Bull. civ.* III, n°170.
[509] CEDH *JA. Pye (Oxford) Ltd et JA. Pye (Oxford) Land Ltd c./ Royaume-Uni* du 30 août 2007, aff. n°44302/02.
[510] DROSS W., *op. cit.,* p. 225, n°268.
[511] CHEYNET DE BEAUPRÉ A., *op. cit.*, p. 271.
[512] CA Papeete du 4 mars 1999, data n°1999-041630.

certainement cette réflexion qui a fait dire à LUCHAIRE que « la propriété donne (…) le sentiment d'un artichaut dont la collectivité ne peut s'emparer en totalité sans une juste indemnité ; mais qu'elle peut dépouiller feuille à feuille »[513].
Un même constat peut être effectué lorsque les sources des restrictions portées au droit de propriété ont évolué.

§2. L'évolution des sources des restrictions

128. Pour limiter le droit de propriété de façon légitime, la jurisprudence a joué un rôle de précurseur pour trouver les fondements du trouble causé au voisin (A). Puis de manière générale, la jurisprudence s'est appuyée sur les textes fondamentaux existants en les interprétant de manière extensive (B).

A. Le rôle précurseur de la jurisprudence pour le trouble causé au voisin

129. Limiter l'exercice du droit de propriété n'était pas le souci de la jurisprudence, mais une conséquence de sa volonté de sanctionner l'exercice égoïste de la propriété en vue de nuire à autrui[514]. Il s'agissait de protéger les voisins, propriétaires ou non, de l'exercice abusif du droit de propriété. Ainsi, le respect des droits du voisin constitue l'une des premières limitations dans l'exercice du droit de propriété[515].
La philosophie de cette limitation se trouve dans l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui indique que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme », et notamment le droit de propriété « n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. (…) ». Le propriétaire doit donc prendre garde à ne pas troubler la jouissance paisible des voisins, en exerçant son droit de propriété.
Assez rapidement, les juges ont émis l'idée qu'il fallait protéger le voisin contre un exercice excessif du droit de propriété. Ils ont d'abord fondé leurs décisions sur des principes coutumiers[516]. Ceci étant, il a fallu tenir compte du fait qu'il n'y a pas qu'un propriétaire qui

[513] LUCHAIRE F., La lecture actualisée de la Déclaration de 1789, *in La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, PUF, 1989, p. 230.
[514] ROZES L., L'évolution de la propriété en droit civil, *Droit et ville* 1998, n°45, p. 247.
[515] PATAULT A.-M., La propriété absolue à l'épreuve du voisinage au XIX^{e} siècle, *in* Mél. IMBERT, PUF, Paris, 1989, p. 457 : « la propriété absolue suppose, pour sa plénitude, un propriétaire sans voisin ».
[516] Cass. 14 septembre 1816, Journal des audiences de la Cour de cassation, De Seligny greffier en chef, vol. 1817, p. 82 : « attendu que chacun peut user de sa chose comme il lui plait, y a ajouté la condition à celui qui use

peut causer un trouble au voisin[517]. Par conséquent, le fondement ne pouvait être uniquement basé sur l'article 544 du Code civil.

Ainsi, les juges ont essayé de trouver des fondements pour sanctionner l'exercice exagéré du droit de propriété. Mais cela s'est avéré être un travail difficile car les textes étaient inadaptés aux cas qu'ils rencontraient. Les juges ont alors créé un principe autonome pour le trouble anormal de voisinage (1) et un critère spécifique pour l'abus du droit de propriété (2).

1. La création d'un principe autonome pour le trouble anormal de voisinage

130. Concevoir un fondement pour les troubles du voisinage a d'abord causé des difficultés à la doctrine. Pour certains, le trouble du voisinage était un problème de limitation de l'étendue du droit de propriété[518]. Et l'enjeu du débat était de savoir quelle était la nature de l'obligation de respecter le voisin. Avait-elle un caractère réel ? S'agissait-il d'une obligation *propter rem*[519] ou d'une obligation personnelle[520] ? Pour d'autres, il s'agissait plutôt d'un problème de responsabilité civile avec une faute de nature délictuelle ou quasi-délictuelle[521].

Il est vrai que la question est délicate puisque l'arrêt fondateur de la théorie des troubles anormaux du voisinage a été rendu au double visa des articles 544 et 1382 du Code civil[522].

Mais peu à peu la responsabilité s'est détachée de la faute. La Cour a abandonné le double visa au profit d'un principe général qui indique que « Nul ne doit causer à autrui un trouble de

---

de n'être nuisible à autrui en aucune manière ». Et Cour royale de Metz, 10 novembre 1808, Journal des audiences de la Cour de cassation, De Seligny greffier en chef, vol. 1821, suppl. p.84 et 85 : « Il est permis à chacun de disposer de sa propriété comme il lui plait mais sans cependant nuire à autrui ».

[517] Pour une étude d'ensemble sur la notion de voisinage, V. LEPAGE A., Le voisinage, *Rép. Defrénois* 1999, art. n°36943, p. 257.

[518] LIBCHABER R., Le droit de propriété, un modèle pour la réparation des troubles du voisinage, *in* Mél. MOULY, Litec, 1998, p. 421. L'auteur explique la controverse autour de la recherche du fondement de la réparation des troubles du voisinage, et démontre l'inadéquation du droit de la responsabilité. Selon lui, la réparation des troubles du voisinage s'écarte du régime de la responsabilité sur trois points : le préjudice réparable, le fait générateur et la personne qui doit réparer le trouble.

[519] CAPITANT H., Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation qui pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage au voisin, *RCLJ* 1900, pp. 156 et s. Pour CAPITANT, il s'agissait d'une obligation *propter rem*, « c'est-à-dire, des obligations qui sont la conséquence de la détention de la chose ». Ces obligations étaient positives, par opposition aux servitudes légales, lesquelles n'imposaient alors qu'une abstention.

[520] Pour POTHIER, il s'agit d'un quasi-contrat, c'est-à-dire un fait licite « d'où résulte quelque obligation d'une personne envers une autre, sans qu'il soit intervenu aucun convention entre elles », *in*, *Coutumes des duché, baillage et prévôté d'Orléans et ressort d'Iceux*, Debure, Paris, Nouv. Ed., 1780, spec. Introduction générale aux coutumes, p. 57, n°115.

[521] CHEYNET DE BEAUPRÉ A., *Droit des biens*, Vuibert, Coll. Dyna'sup Droit, Paris, 2010, p. 71. Géraldine DELAVAQUERIE affirme au sujet des théories de l'abus de droit et du trouble anormal de voisinage que « (…) bien qu'elles reposent sur l'existence d'un droit, ces théories sont des principes de responsabilité et non des limitations à la propriété », *Pour une théorie de la propriété renouvelée, étude commune des propriétés privée et publique*, th. Caen, 2011, p. 492.

[522] Civ., 27 novembre 1844, DP, 45, I., 13, Grands arrêts, n°74-75, 1er arrêt.

voisinage ». La jurisprudence a donc créé un fondement autonome pour le trouble du voisinage basé sur l'anormalité. Le caractère anormal du trouble s'apprécie *in concreto*[523]. Cela est important car il permet de trouver un certain équilibre entre le droit du voisin et le droit du propriétaire commettant le trouble[524].

131. Récemment, à l'occasion du problème des antennes-relais, le juge judiciaire a voulu dissocier la théorie des troubles anormaux du voisinage du droit de propriété. En effet, il a considéré qu'un trouble anormal du voisinage pouvait être autre chose qu'une limitation du droit de propriété, puisqu'il a voulu reconnaître un trouble dès lors qu'il existait un risque[525]. L'avantage de l'extension du champ d'application du trouble anormal du voisinage était de favoriser l'action de la victime prétendue et de lui permettre d'obtenir des dommages et intérêts[526]. Contrairement à la Cour de cassation, le Conseil d'Etat était favorable aux opérateurs de téléphonie mobile[527]. La divergence entre le juge judiciaire et le juge administratif était telle[528] qu'elle a rendu nécessaire l'intervention du Tribunal des conflits, qui a statué sur la répartition de leurs compétences[529]. Ainsi, d'après le Tribunal des conflits, seul le juge administratif peut connaître d'une demande concernant « (…) l'interruption de l'émission, l'interdiction de l'implantation l'enlèvement ou le déplacement d'une station radioélectrique régulièrement autorisée et implantée sur une propriété privée ou sur le domaine public, au motif que son fonctionnement serait susceptible de compromettre la santé des personnes vivant dans le voisinage (…) ». Quant au domaine de compétence du juge judiciaire[530], il se réduit à des affaires intervenant entre un opérateur et des usagers ou des tiers, afin d'obtenir une indemnisation, ou pour faire cesser un trouble anormal de voisinage

---

[523] Civ. 2e, 19 novembre 1986, n°84-16.379 *: Bull. civ.* II, n°172.

[524] En ce sens Agathe LEPAGE, préc., p. 278, explique que : « tant que le trouble se coule dans la normalité, l'obligation qui pèse sur le voisin de le supporter est justifiée. Que cette mesure soit franchie et le trouble, devenant anormal, perd sa légitimité, dans le même temps que s'ouvre le droit à réparation », et p. 279, elle conclue « l'affinement de l'appréciation du [caractère normal ou anormal du trouble] est le ferment d'une solution porteuse d'un équilibre indispensable à une vie en voisinage sinon harmonieuse, du moins pas trop conflictuelle ».

[525] TGI Nanterre, 18 septembre 2008 : *D.* 2008, p. 2916 ; *RDI* 2008, p. 489 ; confirmé par la 14e ch. CA de Versailles, 4 février 2009 : Juris-data n°2009-000135.

[526] PÉRINET-MARQUET H., Remarques sur l'extension du champ d'application de la théorie des troubles du voisinage, *RDI* 2005, pp. 161 et s.

[527] CE 26 octobre 2011, *Commune de Saint-Denis*, n°326492 : *Rec. Lebon* p. 529.

[528] Sur la divergence entre le juge judiciaire et le juge administratif : ROSE-DULCINA F., L'implantation des antennes-relais de téléphonie mobile : la timidité du juge administratif face à l'audace du juge judiciaire, *Constr.-Urb.* 2009, Etude 23 ; FONTANA A., L'antenne-relais, les deux juges et le principe de précaution, *JCP* A 2010, 2332.

[529] Tribunal des conflits, 14 mai 2012, nos 3844, 3846, 3848, 3850, 3852, 3854 (six affaires), *Société Orange France*.

[530] VAN LANG A., La question de la compétence judiciaire dans le contentieux des antennes-relais : fin ou suite ?, *RDI* 2012, p. 612.

dans le cas où les antennes seraient implantées irrégulièrement ou dont le fonctionnement ne serait pas conforme aux prescriptions administratives.

La Cour de cassation semble s'être pliée aux prescriptions du Tribunal des conflits puisqu'elle applique cette répartition des compétences[531]. Cependant, dans une de ses décisions, la Cour de cassation s'est glissée dans une faille, en reconnaissant la compétence du juge judiciaire dans une hypothèse qui n'avait pas été prévue par le Tribunal des conflits[532]. Par conséquent, en ce domaine, une évolution jurisprudentielle est encore possible, voire même attendue[533].

La jurisprudence qui concerne l'abus du droit de propriété est quant à elle beaucoup moins mouvementé puisqu'elle vise de façon constante le critère particulier de l'intention de nuire.

2. La création d'un critère particulier pour l'abus du droit de propriété

132. La reconnaissance de l'abus du droit de propriété marque également les limites du caractère absolu du droit de propriété. Par définition, abuser du droit de propriété signifie que l'on va au-delà de ce qui est permis et ce, de façon intentionnelle. L'abus du droit de propriété a été consacré par la Cour d'appel de Colmar dès 1855, alors qu'un propriétaire avait fait édifier une cheminée dans le seul but d'obscurcir la maison de son voisin[534]. Puis, dans la célèbre affaire Clément-Bayard en 1915, la Cour de cassation a sanctionné le propriétaire qui avait installé des carcasses en bois de seize mètres de hauteur surmontées de tiges de fer pointues, afin de nuire à son voisin qui possédait des ballons dirigeables[535]. La Cour de cassation avait donc retenu l'abus du droit de propriété, car même si un propriétaire a le droit de faire sur son terrain toutes les constructions et plantations qu'il souhaite, cela ne doit être dans l'intention de nuire au voisin. Pour rendre cette décision, la Cour avait notamment visé les articles 544 et suivants et les articles 1382 et suivants.

---

[531] Civ. 1re, 17 octobre 2012, n°10-26.854 : *Bull. civ.* I, n°207 ; Civ. 1re, 17 octobre 2012, n°11-19.259 : *Bull. civ.* I, n°208 ; Civ. 1re, 20 décembre 2012, nos 11-26.817 et 12-10.085 ; Civ. 3e, 19 décembre 2012, n°11-23.566 : *Bull. civ.* I, n°198.

[532] Civ. 1re, 17 octobre 2012, n°10-26.854 : *Bull. civ.* I, n°207 : il s'agissait en l'espèce d'une action en cessation des troubles anormaux avérés, lesquels étaient causés par une antenne-relais conforme aux prescriptions administratives. La Cour a condamné les opérateurs de téléphonie mobile à verser une indemnisation et à procéder au blindage de l'appartement de la requérante.

[533] MALINVAUD Ph., Troubles de voisinage dus aux antennes-relais : où en est-on ?, note ss Civ. 3e, 19 décembre 2012, n°11-23.566, *RDI* 2013, p. 162 ; REPORT P., Les arcanes du contentieux des antennes-relais de téléphonie mobile, *AJDA* 2015, p. 972.

[534] CA Colmar, 2 mai 1855 : *DP* 1856, II, 9.

[535] Req. 3 août 1915, n°00-02.378 : *DP* 1917, II, 79.

133. De par sa similitude avec la jurisprudence antérieure à 1986 concernant le trouble anormal de voisinage, ce visa démontre bien que la frontière entre l'abus de droit et le trouble anormal de voisinage est mince. En effet, dès lors qu'un propriétaire abuse de son droit et nuit à son voisin, il sera possible d'invoquer l'abus de droit comme le trouble anormal de voisinage. La différence entre ces deux limites jurisprudentielles à l'exercice du droit de propriété, réside dans le fait que l'abus de droit repose sur l'intention de nuire, c'est-à-dire une faute intentionnelle, alors que le trouble anormal de voisinage s'attache au dommage[536]. Or, étant donné qu'il est plus délicat de prouver une intention malveillante qu'un trouble ayant un caractère anormal[537], il y a plus de jurisprudence sur le fondement des troubles de voisinage.

134. Pour retenir l'abus de droit, la Cour de cassation recherche une intention de nuire au visa de l'article 544 du Code civil[538], ou une intention malveillante sur le fondement de l'article 1382[539]. Toutefois, elle s'émancipe parfois des articles 544 et 1382 du Code civil en admettant l'abus de droit par la simple recherche d'une intention de nuire[540]. Ainsi, le critère de l'abus de droit est bien l'intention de nuire, même si certains arrêts font ponctuellement référence à l'utilité ou à l'inutilité de l'acte[541].

135. En définitive, pour faire respecter le droit des voisins, les juges ont d'abord utilisé comme principe, l'idée de liberté, proclamée à l'article 4 de la Déclaration de 1789 et comme outils, les articles 544 et 1382 du Code civil. Mais ces articles ne se sont pas révélés suffisamment adaptés pour faire respecter le droit des voisins. La jurisprudence a donc créé

[536] Gérard CORNU explique qu'il s'agit de deux théories à la fois distinctes car elles ne sanctionnent pas le même comportement, et parallèles puisqu'elles s'appliquent dans des situations proches : CORNU G., *Droit civil, les biens,* Montchrestien, Coll. Précis Domat droit privé, Paris, 13e éd, 2007, p. 89, n°39.
[537] DROSS W., *op. cit.*, p. 74, n°76.
[538] Civ. 3e, 20 mars 1978, n°76-12.598 : *Bull. civ.* III, n°128. Dans cette affaire, le propriétaire avait commis un abus de droit en empêchant ses voisins de procéder à des travaux autorisés. Pour la Cour de cassation, « si, selon l'article 544 du Code civil, tout propriétaire a le droit de jouir et de disposer de sa chose de la manière la plus absolue, ce ne peut être qu'à la condition de n'en pas faire un usage prohibé par les lois ou les règlements ou de nature à nuire aux droits des tiers ». Et plus récemment : Civ. 3e 19 décembre 2001, n°00-15.300 : *Bull. civ*. III, n°160.
[539] Civ. 1re, 20 janvier 1964 : *Bull. civ.* I, n°34 : un propriétaire avait fait pousser un rideau de fougères qui empêchait le passage de la lumière chez son voisin, alors que ce dernier avait justement été autorisé à installer une vitre pour avoir plus de lumière.
[540] Civ. 3e, 9 mai 2001, n°99-14.064 : *Rép. Defrénois* 2001, 1123 ; Civ. 3e, 30 octobre 1972, n°71-13.473 : *Bull. civ.* III, n°576.
[541] Civ. 3e, 30 octobre 1972, préc. et Civ. 1re, 20 janvier 1964, préc.

un principe autonome pour le trouble anormal de voisinage, et un critère particulier pour l'abus du droit de propriété[542].

En dehors du cas particulier du voisinage, une interprétation plus large des textes qui servent de fondements aux limitations du droit de propriété est possible.

B. L'interprétation extensive des textes fondamentaux

136. Les textes qui servent actuellement de fondements aux limitations du droit de propriété ne posent pas par principe la possibilité de limiter l'exercice du droit de propriété. Ce ne sont que par des interprétations que le législateur et la jurisprudence les ont utilisés dans ce sens.

En premier lieu, l'article 544 du Code civil met en avant la conception classique du droit de propriété. À ce titre, il est considéré par certains comme la preuve irréfragable du caractère absolu du droit de propriété[543]. Or, la deuxième partie de l'article 544 prévoit une exception selon laquelle les lois et règlements peuvent interdire au propriétaire certains usages de la chose. Cela permet donc, d'une part, de supposer que les codificateurs ont laissé une certaine marge d'appréciation au législateur pour apprécier les contours du droit de propriété. Et, d'autre part, que cet article constitue un premier pilier pour limiter le droit de propriété.

Les servitudes d'utilité publique constituent un exemple de ces limitations législatives et réglementaires qui affectent le droit de propriété, mais qui ne doivent pas excéder un certain seuil de gravité[544]. Jean-Louis BERGEL les définit comme des « charges imposées à des propriétés foncières dans l'intérêt général par des lois ou règlements »[545].

En effet, elles sont prévues par les articles 649 et 650 du Code civil, qui indiquent en substance, d'une part, qu'elles ont pour objet l'utilité publique ou communale[546] et, d'autre part, que des règlements particuliers peuvent déterminer leurs conditions.

---

[542] L'avant-projet de réforme du droit des biens a d'ailleurs consacré un article à l'abus du droit de propriété. L'article 535 dispose que « nul ne peut exercer son droit de propriété dans l'intention de nuire à autrui ».

[543] *Cf. supra* n°63 sur la controverse concernant le caractère absolu ou relatif du droit de propriété.

[544] Le terme même de « servitudes » prête à confusion car il induit qu'il existe un rapport entre un fonds servant et un fonds dominant. Or, à plusieurs reprises la Cour de cassation a indiqué que « l'existence d'un fonds dominant et d'un fonds servant n'est pas essentielle à l'existence d'une servitudes créée par loi » : Civ. 3e, 30 avril 1963 : *Bull. civ.* I, n°239 ; Civ. 3e, 11 décembre 1970, n°69-11.322 : *Bull. civ*. III, n°699 ; Civ. 3e, 15 décembre 1999, n°97-22.161 : *Bull. civ.* III, n°250.

[545] BERGEL J.-L., Droit de propriété et servitude d'utilité publique, *RDI* 2002, p. 383.

[546] Par conséquent, la Cour de cassation en a déduit qu'elles ne doivent pas suivre les règles applicables aux servitudes de droit privé instituées pour l'utilité des particuliers : Civ. 3e, 7 mars 2007 n°05-18.057 : *Bull. civ.* III, n°35.

Ainsi, les articles R.126-1 et suivants du Code de l'urbanisme indiquent notamment que les servitudes d'utilité publique affectant le sol doivent figurer en annexe du plan local d'urbanisme (PLU)[547]. À défaut, la servitude sera inopposable aux demandes d'autorisation de construire[548]. Il est possible de comprendre que les juges considèrent qu'indiquer ces servitudes en annexe du PLU correspond à une mesure de publicité *erga omnes*. Le propriétaire concerné par la servitude est réputé en avoir été informé. Heureusement que l'accessibilité aux PLU et à leurs annexes a été facilitée. En effet, de nombreuses communes ont mis leur PLU sur leur site internet.

Mais, les contraintes imposées par les servitudes sont surveillées. Concernant les servitudes d'utilité publique conférées au profit des concessionnaires de la distribution d'énergie[549], la Cour de cassation a décidé, au visa de l'article 544 du Code civil, que non seulement les propriétaires conservent le droit de démolir, de réparer ou de surélever les immeubles bâtis, de clore leurs terrains et d'y bâtir mais aussi « d'opérer des modifications de leurs propriétés conformes à leur utilisation normale », même si par la suite, cela expose le concessionnaire à des frais supplémentaires[550].

137. En second lieu, l'article 1er du protocole n°1 constitue actuellement le fondement le plus complet des limitations au droit de propriété car il est le seul à contenir autant de modes de limitations en son sein.

En effet, d'une part, la seconde phrase de son alinéa 1er expose clairement le cas de la privation de la propriété, dans des termes qui ressemblent à l'article 545 du Code civil et à l'article 17 de la Déclaration de 1789 : « Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ».

Et d'autre part, des interprétations des juges de la Cour européenne des droits de l'Homme ont permis de donner naissance à deux autres types de limitations. D'abord, l'alinéa 2 a été perçu comme concernant les mesures relatives à la réglementation de l'usage des biens[551]. Puis la

[547] L'annexe des articles R 126-1 et s. contient une liste des servitudes d'utilité publique affectant l'utilisation du sol (I- Servitudes relatives à la conservation du patrimoine, II- Servitudes relatives à l'utilisation de certaines ressources et équipements, III- Servitudes relatives à la défense nationale, IV- Servitudes relatives à la salubrité et à la sécurité publiques).

[548] CAA Lyon, 6 juillet 2004, *M et Mme Detry*, req. n°01LY00120 : *RJ envir*. 2005, p. 244.

[549] Article 12 de la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie, J.O. du 17 juin 1906, p. 4105, abrogé depuis par l'ordonnance n°2011-504 du 9 mai 2011 portant codification du Code de l'énergie, J.O. du 10 mai 2011, p. 7954 (Articles L.323-3 et s. du Code de l'énergie).

[550] Civ. 3e, 19 juin 2002, n°00-11.904 : *Bull. civ.* III, n°147.

[551] Selon Luigi CONDORELLI, *in* PETTITI L.-E., *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article,* Préf. P.-H. TEITGEN, Economica, Paris, 2e éd., 1999, « en somme, le sens de la

première phrase de l'alinéa 1er a été interprétée comme posant le principe général du droit au respect des biens. Cet alinéa 1er est invoqué toutes les fois que les situations n'entrent ni dans une privation du droit, ni dans une réglementation de son usage. Il s'agirait d'une norme autonome depuis l'arrêt *Sporrong et Lönnroth* du 23 septembre 1982, qui a initié l'obligation de maintenir un « juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu »[552].

138. Ces trois normes sont plus ou moins difficiles à délimiter les unes par rapport aux autres. Ainsi, en principe, il y a réglementation de l'usage des biens dès lors qu'il n'y a eu ni de transfert de propriété, ni d'atteintes au droit d'user, de louer ou de vendre[553]. Mais par exemple, dans le cas de la confiscation douanière de pièces d'or introduites en fraude, la Cour européenne estime qu'il s'agit d'un problème de réglementation de l'usage et non d'une privation du droit de propriété[554]. Cela peut toutefois s'expliquer par le fait qu'au Royaume-Uni, l'importation de pièces d'or était prohibée. Ainsi, cette interdiction réglemente l'usage des biens, même si cela aboutit à une confiscation.

La délimitation entre l'atteinte à la substance du droit de propriété et la réglementation de son usage, est encore plus délicate. La réglementation de l'usage laisse penser que l'atteinte porte sur un ou plusieurs attributs du droit de propriété. Par conséquent, si une mesure semble limiter le droit de propriété autrement qu'en touchant directement à ses attributs, il faudra vérifier qu'elle n'atteint pas la substance du droit de propriété.

Au-delà des difficultés de qualification[555], l'article 1 du protocole n°1 apporte un fondement aux Etats pour réglementer l'usage des biens dès lors qu'ils estiment que ces mesures sont justifiées par un intérêt général. Or, ils disposent dans ce domaine d'une marge d'appréciation étendue[556].

139. En dernier lieu, en matière de restriction du droit de propriété, le Conseil constitutionnel joue un rôle à la fois avant-gardiste et rassembleur, en s'appuyant sur l'article

---

disposition, qui se soucie *expressis verbis* de mettre un droit des Etats à l'abri de toute atteinte susceptible de découler des « dispositions précédentes », a été carrément retourné de manière à en tirer une garantie additionnelle en faveur des particuliers. Cette disposition opère à l'égard des dispositions nationales relatives à la réglementation de l'usage des biens ainsi que de celles en matière d'impôt et *similia* ».

[552] CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, Série A n°52, §69.

[553] CEDH *Mellacher et autres c./ Autriche* du 19 décembre 1989, Série A n°169.

[554] CEDH *AGOSI c./ Royaume-Uni* du 24 octobre 1986, Série A n°108.

[555] Concernant les difficultés de qualification, *cf. infra* n°387.

[556] Par exemple, en matière d'urbanisme : CEDH *Jacobson c./Suède* du 25 octobre 1989, Série A n°163 ; en matière de logement : CEDH *Mellacher et autres c./ Autriche* du 19 décembre 1989, Série A n°169. Pour d'autres exemples, *cf. infra* nos425 et s.

2 de la Déclaration de 1789. En effet, contre toute attente, cet article est visé dans les décisions du Conseil constitutionnel quand il s'agit de vérifier s'il y a eu des limitations à l'exercice du droit de propriété. Or, son texte ne permet pas d'imaginer que les rédacteurs de la Déclaration l'avaient conçu dans ce sens. Il s'agit d'une interprétation par comparaison avec la privation de propriété régie par l'article 17 de la Déclaration de 1789.

La Haute autorité est avant-gardiste car elle opère depuis 1984 une distinction entre les atteintes qui dénaturent le sens et la portée du droit de propriété[557], et les limitations qui portent sur l'exercice du droit de propriété[558].

Le Conseil constitutionnel est également un rassembleur car il prend en compte les avancées jurisprudentielles de la Cour européenne des droits de l'homme concernant l'exigence de proportionnalité. Ainsi, depuis l'entrée en vigueur de la QPC[559] il a déclaré qu'il résulte « de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les limites apportées à son exercice doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi »[560].

140. Par conséquent, alors que le droit de propriété est annoncé comme un « droit inviolable et sacré »[561], dont il est possible de jouir et disposer « de la manière la plus absolue » [562], les textes fondamentaux ainsi que leur interprétation jurisprudentielle démontrent que les limitations au droit de propriété sont loin d'être interdites. Au contraire, elles peuvent être justifiées si elles respectent certaines conditions. En outre, elles se présentent sous différentes appellations: privation pour cause d'utilité publique, privation pour cause d'utilité privée, réglementation de l'usage, limitation de l'exercice, atteinte à la substance, dénaturation. L'existence et l'extension de ces différents modes de limitations signifient qu'elles sont modulables en fonction des situations. Cela favorise le développement des limitations du droit de propriété, tout autant que lorsqu'elles opèrent une transformation de leurs formes.

[557] Décision n°84-172 DC du 26 juillet 1984, J.O. du 28 juillet 1984, p. 2496. À ce sujet, *cf. infra* n[os]416 et s.
[558] *Cf. infra* n[os]424 et s.
[559] Sur la question prioritaire de constitutionnalité, *cf. infra* n[os]642 et s.
[560] La première décision en ce sens : décision n°2010-60 QPC du 12 novembre 2010, cons. 3, J.O. du 13 novembre 2010, p. 20237. Pour d'autres exemples, *cf. infra* n[os]384.
[561] Art. 17 DDHC.
[562] Art. 544 C. civ.

Section 2. La transformation des formes de limitations au droit de propriété

141. La décision du 16 janvier 1982 a expliqué que « postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général »[563]. Avec cette phrase, le juge constitutionnel reconnaît que le droit de propriété a évolué en s'adaptant à de nouveaux domaines et aux limitations qui se fondent sur l'intérêt général.

142. Or, avec un fondement tel que l'intérêt général[564], les limitations au droit de propriété sont elles-mêmes adaptables aux évolutions sociales et à l'opinion publique[565]. Par conséquent la forme de ces limitations dépend des besoins des personnes, tant publiques que privées. Par exemple, une Commune ne va plus se contenter de l'expropriation. Mais ces formes de limitations font évoluer le droit de propriété de différentes manières : soit vers un droit diminué, lorsque les personnes publiques utilisent la méthode du démembrement, de façon déguisée (§1). Les limitations qu'elles mettent alors en œuvre peuvent porter atteinte à la valeur juridique et/ou à la valeur économique du droit de propriété. Soit, vers un droit original, dont l'exclusivité est assouplie, quand les personnes privées utilisent la technique de la division de l'immeuble (§2).

§1. La méthode des personnes publiques : le démembrement déguisé

143. Sans recourir à l'expropriation, la méthode du démembrement déguisé permet à l'Etat et aux collectivités territoriales de grignoter le droit de propriété privé. En effet, le démembrement est entendu comme un moyen de conférer des avantages portant sur un bien au profit d'une autre personne que le propriétaire[566]. Un démembrement n'est donc pas un « lambeau » de propriété[567], c'est au contraire ce qui fait son utilité juridique voire son utilité économique. Or, la mise en œuvre des prérogatives de puissance publique va peser sur les

[563] Décision 81-132 DC du 16 janvier 1982, cons. 16, J.O. du 17 janvier 1982, p. 299.
[564] Sur la notion d'intérêt général, *Cf. supra* n°66 et s.
[565] TRUCHET D., *op. cit.,* p. 272.
[566] *Cf. infra* n^{os}204 et s.
[567] VAREILLES-SOMMIERES (de la Broüe de) G., La définition et la notion juridique de la propriété, *RTD Civ*. 1905, p. 492. VAREILLES-SOMMIERES refuse la notion de démembrement : Le « démembrement de la propriété est un néologisme inspiré aux modernes par une vague réminiscence du droit féodal », p. 488 ; « (…) nous sommes sûr *a priori* que la qualification de démembrement de la propriété donnée à l'usufruit, à l'hypothèque, à la servitude, est fausse », p. 490.

démembrements du droit de propriété. Puis ces prérogatives vont se multiplier au détriment du propriétaire, puisque son bien sera amoindri juridiquement et économiquement.
Cette thèse se vérifie d'abord en matière d'urbanisme où de nombreuses réglementations mettent à mal la liberté du propriétaire (A)[568]. La défense de l'environnement a également créé des démembrements du droit de propriété, qui se révèlent attentatoires à la souveraineté du propriétaire (B).

A. Les démembrements attentatoires à la liberté du propriétaire

144. La propriété immobilière privée est-elle devenue une « coquille de noix » ?[569] Cette interrogation n'est pas de pure rhétorique au regard des multiples limitations que subit le propriétaire en droit de l'urbanisme. Et ce phénomène n'est pas isolé. Tout propriétaire peut se trouver confronté à une limitation de son droit de propriété qui touchera, soit la liberté du droit de disposer de son bien (1), soit la liberté du droit d'user et de jouir de son bien (2).

1. Les atteintes à la liberté du droit de disposer

145. La libre disposition des biens par le propriétaire est reconnue à l'article 537 du Code civil, et le Conseil constitutionnel en a fait un des principes fondamentaux du régime de la propriété[570] et ce, depuis 1959[571].
La liberté de disposer de son bien se matérialise négativement par le droit de détruire son bien, et positivement, par le droit de le vendre. Or, certaines réglementations du droit de l'urbanisme vont à l'encontre de ces principes. Elles empêchent le propriétaire de détruire ou de vendre son bien. Ces limitations au droit de propriété peuvent être qualifiées de rampantes. En effet, petit à petit leur objectif est d'aboutir à un transfert de propriété au profit de l'Etat ou d'une collectivité territoriale. Pour arriver à ce résultat, les pouvoirs publics anticipent les besoins d'aménagements, et utilisent certaines dispositions afin de s'approprier les biens en douceur, et surtout sans devoir suivre la procédure d'expropriation *in extenso*.

[568] Pour une réflexion sur la relation entre le droit de l'urbanisme et la liberté, V. SOLER-COUTEAUX P., Le droit d'urbanisme : sous la règle, quelle liberté ?, *RDI* 2009, p. 208.
[569] TOMASIN D., Les atteintes portées au droit de propriété, *Administrer* 1989, p. 20.
[570] LUCHAIRE F., *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Economica, Paris, 1987, p. 272.
[571] Décision n°59-1 FNR du 27 novembre 1959, J.O. du 14 janvier 1960, p. 441.

146. Les emplacements réservés sont prévus soit par les articles L.123-1-5 V du Code de l'urbanisme pour les voies et ouvrages publics, les installations intérêt général, les espaces verts et les espaces nécessaires aux continuités écologiques, soit par l'article L.123-2 du même Code afin de réaliser des programmes de logements dans le cadre de la mixité sociale. Ces emplacements réservés permettent à des personnes publiques, ou à des personnes privées chargées de la gestion de services publics, de « geler » la situation d'un immeuble bâti ou non bâti[572].

Mais ce gel peut être durable[573]. Cela implique que si l'immeuble est bâti, aucune destruction n'est possible, et s'il est n'est pas bâti, les constructions sont impossibles[574]. Or, l'emplacement réservé peut parfois empêcher totalement de construire. Mais aucune indemnité n'est accordée au propriétaire car la propriété n'est pas transférée au bénéficiaire de l'emplacement réservé. Pourtant, le bien ainsi grevé, perd sa valeur économique[575]. De même, l'emplacement réservé ne fait pas l'objet d'une publicité foncière car il n'y a pas eu de transfert de propriété. Les emplacements réservés sont annexés au règlement du plan local d'urbanisme (PLU)[576].

Le Conseil d'Etat a décidé que la réglementation des emplacements réservés ne porte pas atteinte au droit de propriété, en se fondant sur l'article 1er du protocole n°1[577]. Selon le juge administratif, les emplacements réservés sont prévus par la loi. De plus, ils répondent à un but d'intérêt général et les propriétaires concernés peuvent exercer leur droit de délaissement[578]. Il est vrai que le droit de propriété ne disparaît pas, mais la liberté du droit de disposer de son bien fait l'objet d'une atteinte. C'est une limitation au droit de propriété, mais étant donné qu'elle entrave uniquement la liberté de disposition, elle n'est pas reconnue comme telle.

147. Face à cette limitation, le droit de délaissement est considéré comme une garantie accordée au propriétaire[579]. Cela est d'ailleurs confirmé par la Cour européenne des droits de

---

[572] MARZELLIER M., *La propriété privée confrontée au droit de l'urbanisme*, th. Paris II, 1996, vol. 2, p. 31.
[573] CE 19 décembre 2007, *Geoffroy,* n°297148 (l'emplacement réservé avait duré plus de quarante ans).
[574] À part si l'on recourt à un permis de construire à titre précaire (article L.423-1 du Code de l'urbanisme), mais aucune indemnité ne sera donnée pour les constructions réalisées.
[575] Dans ce sens, le TGI de Nanterre, 1ère ch., 12 janvier 1999 (JCP N 2000, p. 16) a estimé que pour un bien frappé d'un emplacement réservé il ne fallait indiquer aucune valeur dans un actif successoral.
[576] En pratique, le notaire connaît la présence d'un emplacement réservé lorsqu'il demande la note d'urbanisme. Le cabinet d'urbanisme le lui matérialise sur un plan. Le notaire en informe les acquéreurs. Puis, il en fait mention dans l'acte et annexe la note d'urbanisme à sa minute.
[577] CE 19 décembre 2007, n°297148, *Geoffroy*.
[578] Des critères permettent de caractériser une installation d'intérêt général justifiant un emplacement réservé : le bénéficiaire doit disposer de la capacité d'exproprier, il doit pouvoir utiliser la procédure d'expropriation, et cette installation doit avoir une fonction collective.
[579] Art. L.123-17 et L.230-1 et s. C. urba.

l'Homme[580]. Pourtant ce droit de délaissement ne donne au propriétaire que « le droit de se dépouiller de son propre bien »[581]. En effet, le bien est paralysé, donc aucune évolution n'est possible. Or, si cela concerne une part substantielle du bien, la seule issue pour le propriétaire est de le céder au bénéficiaire de l'emplacement réservé[582]. En réalité, ce droit de délaissement est considéré comme une garantie parce qu'il donne droit à une indemnisation qui ne tient pas compte de l'existence de l'emplacement réservé. Toutefois, à défaut d'accord amiable, sa date de référence peut remonter à plusieurs années, puisqu'elle date du jour où le dernier document d'urbanisme est devenu opposable aux tiers[583].

148. De la même manière que pour les emplacements réservés, le droit de préemption peut être considéré comme une atteinte faite à la liberté du droit de disposer de son bien[584]. Par définition, le droit de préemption est un droit prévu par la loi qui poursuit une finalité d'intérêt général, et qui permet à son titulaire d'acquérir par priorité un bien dont le propriétaire a déjà trouvé un acquéreur. À première vue, le droit de préemption ne paraît porter qu'une atteinte minime à l'*abusus* du propriétaire. En effet, ce dernier a déjà pris la décision de vendre, donc il n'y a pas d'effet sur sa liberté de vendre[585]. Mais une limitation existe d'ores et déjà car le propriétaire ne peut pas choisir son cocontractant[586]. Il s'agit d'une atteinte à la liberté contractuelle du propriétaire vendeur[587].

---

[580] CEDH *Phocas c./ France* du 23 avril 1996, Recueil des arrêts et décisions, 1996-II, p. 519.

[581] JurisClasseur Construction-Urbanisme V° « Plan local d'urbanisme », LIET-VEAUX G., 1er juillet 2012, H, n°78.

[582] Ce dernier dispose d'un délai d'un an pour se prononcer sur le montant demandé par le propriétaire, et en cas d'accord amiable, le prix d'acquisition doit être payé dans un délai de deux ans. A défaut d'accord, le juge de l'expropriation est saisi par le propriétaire ou par la collectivité publique.

[583] Art. L.230-3 al. 4 C. urba. et art. L.322-2 C. expr. Pour application de ces dispositions : Civ. 3e, 21 mai 2003, n°02-70.013 : *Bull. civ*. III, n°110.

[584] V. par exemple : SAINT-ALARY-HOUIN C., *Le droit de préemption*, th. Paris, Préf. P. RAYNAUD, L.G.D.J, Paris, 1979, pp. 291 et s. ; PÉRINET-MARQUET H., La propriété à l'épreuve de la décentralisation*, D.* 1986, Chron, p. 127 ; PAULIAT H., *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat,* th. Limoges, Préf. J. MORANGE, PUF, 1991, t. 2, p. 34 ; Répertoire Dalloz de droit civil, V° « Préemptions et retraits», par PILLET G., janvier 2014, n°37.

[585] SAINT-ALARY-HOUIN C., *op. cit*., p. 311, explique le vendeur a « rompu les liens affectifs qui l'unissaient à son bien ». Sa volonté de disposer n'est pas affectée puisque la vente dépend de « sa manifestation spontanée et libre ».

[586] S'il conclut la vente au mépris du droit de préemption, il encourt la nullité relative (DPU) ou l'inopposabilité de la vente (droit de préemption de l'indivisaire, du fermier ou de la SAFER), ou la substitution du bénéficiaire à l'acquéreur (droit de préemption du preneur à bail d'habitation), ou/et une réparation financière (droit de préemption du fermier).

[587] Au sujet du droit de préemption de la SAFER, Bernard PEIGNOT estime que ce droit « a pour conséquence de priver le propriétaire, désireux de vendre son bien, de la liberté de choisir l'acquéreur, d'imposer un prix et, en définitive, d'en disposer librement : PEIGNOT B., La propriété foncière saisie par le droit rural, *Justice et cassation* 2015, p. 177, spéc. p. 182.

149. Différentes explications ont été proposées pour tenter de déterminer la nature du droit de préemption[588]. Ainsi, le droit de préemption serait soit un droit de priorité précontractuelle, soit un droit de substitution à l'acquéreur. Pour de nombreux droits de préemption, la qualification du droit de préemption dépendra de celle de la déclaration d'intention d'aliéner. Si cette dernière est analysée comme une offre, même forcée[589], le droit de préemption sera considéré comme un droit prioritaire précontractuel. La décision de préemption vaut acceptation et la vente est alors parfaite. Cette approche met en avant le consentement des parties. Par contre, si la déclaration d'intention d'aliéner est considérée comme une information d'une rencontre des volontés, le droit de préemption s'analysera en un droit de substitution à l'acquéreur. Dans ce cadre, la décision de préemption n'est qu'une opération post-contractuelle. Un accord de volonté existe déjà avec l'acquéreur évincé. La préemption se fait aux conditions définies dans l'accord existant entre le vendeur et l'acquéreur évincé.

150. La loi ALUR n'a pas tout à fait soldé cette controverse[590]. Mais concernant le droit de préemption urbain et le droit de préemption des zones d'aménagement différé, l'article L.213-14 du Code de l'urbanisme précise désormais qu'en cas d'acquisition par voie de préemption « le transfert de propriété intervient à la plus tardive des dates auxquelles seront intervenus le paiement et l'acte authentique ». Cette disposition déroge ainsi à l'article 1583 du Code civil. Par conséquent, cela pourrait signifier que le législateur considère que la déclaration d'intention d'aliéner est une offre, et que l'article L.213-14 permet de déroger au principe du transfert de propriété *solo consensu*.

151. Quoi qu'il en soit, il existe également et surtout une atteinte au droit de disposer de l'acquéreur[591]. Cette atteinte serait reconnue par le fait que l'acheteur initial évincé peut réclamer le bénéfice de son acquisition devant les juridictions judiciaires et administratives, si

[588] Pour des explications d'ensemble V. SAINT-ALARY-HOUIN C., *op. cit*., PÉRINET-MARQUET H., Droit de préemption et formation du contrat, *AJDI* 1998, p. 25, SAINT-ALARY-HOUIN C., Approche conceptuelle du droit de préemption, *JCP* N 2011, Etude 1260.
[589] Dans ce sens : AMRANI-MEKKI S., Droit des contrats, octobre 2009-novembre 2010, *D.* 2011, p. 478. *Contra* : PÉRINET-MARQUET H., préc., qui met pourtant en avant un bon nombre de différences entre la déclaration d'intention d'aliéner et l'offre, et notamment l'absence de liberté de volonté du vendeur qui propose son bien au préempteur.
[590] Loi dite « loi ALUR » n°2014-366 du 24 mars 2014 *pour l'accès au logement et un urbanisme rénové*, J.O. du 26 mars 2014.
[591] SAINT-ALARY-HOUIN C., *op. cit. Contra* : BERLIOZ P., Le droit de préemption est-il un droit réel ?, *RDC* 2014, n°3, p. 496 (au sujet des arrêts CJUE *Irmengard Weber c./ Mechthilde Weber* du 3 avril 2014, aff. C-438/12 et Civ. 3e, 9 avril 2014, n°13-13.949 : *Bull. civ*. III, n°52).

la substitution contractuelle n'était pas conforme aux impératifs de l'intérêt général[592]. En effet, à la suite de l'annulation d'une décision de préemption, depuis la jurisprudence *Bour*[593], le Conseil d'Etat avait l'habitude de réintégrer en priorité l'acquéreur évincé dans ses droits[594]. Mais, et contre toute logique[595], la loi ALUR[596] a inséré l'article L. 213-11-1 au Code de l'urbanisme indiquant que lorsque la décision de préemption est annulée ou déclarée illégale, le bien doit d'abord être proposé aux anciens propriétaires, et subsidiairement à l'acquéreur évincé lorsque son nom est inscrit dans la déclaration d'intention d'aliéner[597].

152. En réalité, la plus grande marque de la limitation faite à la liberté de disposer en matière de préemption apparaît lors de l'indemnisation. Hugues PERINET-MARQUET qualifie d'ailleurs cette atteinte à la valeur économique de la propriété, d' « effet indirectement pervers du droit de préemption sur le droit de propriété »[598]. En effet, si l'on prend l'exemple du droit de préemption urbain[599], la Commune qui souhaite préempter peut accepter le prix et les conditions de la déclaration d'intention d'aliéner, mais aussi proposer un autre prix, évidemment plus bas[600]. Dans un délai de deux mois, le vendeur peut soit accepter la nouvelle offre, soit maintenir le prix initial et saisir le juge de l'expropriation pour

[592] SAINT-ALARY-HOUIN C., *préc.,* p. 31.
[593] CE 26 février 2003*, M. et Mme Bour*, n°231558 : *Rec. Lebon* p. 59 : « Considérant que l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir de l'acte par lequel le titulaire du droit de préemption décide d'exercer ce droit emporte pour conséquence que ce titulaire doit être regardé comme n'ayant jamais décidé de préempter ; qu'ainsi cette annulation implique nécessairement, sauf atteinte excessive à l'intérêt général appréciée au regard de l'ensemble des intérêts en présence, que le titulaire du droit de préemption, s'il n'a pas entre temps cédé le bien illégalement préempté, prenne toute mesure afin de mettre fin aux effets de la décision annulée ; qu'il lui appartient à cet égard, et avant toute autre mesure, de s'abstenir de revendre à un tiers le bien illégalement préempté ; qu'il doit en outre proposer à l'acquéreur évincé puis, le cas échéant, au propriétaire initial d'acquérir le bien, et ce, à un prix visant à rétablir autant que possible et sans enrichissement sans cause de l'une quelconque des parties les conditions de la transaction à laquelle l'exercice du droit de préemption a fait obstacle ». Dans ce même sens : CE 29 juin 2011, *SCI LA LAUZIERE*, n°327080 : *Rec. Lebon* p. 308.
[594] DIEU F., Le juge administratif et le juge judiciaire face à l'annulation des décisions de préemption. Des inconvénients du dualisme juridictionnel*, Construction – Urbanisme* n°11, 2010, étude 15.
[595] HICTER H., Conséquences de l'annulation d'une décision de préemption et rétrocession, *JCP* N 2014, 1308.
[596] Loi dite « loi ALUR » n°2014-366 du 24 mars 2014 *pour l'accès au logement et un urbanisme rénové*, J.O. du 26 mars 2014, p. 5809.
[597] Au sujet des dispositions de la loi ALUR concernant le droit de préemption : CARPENTIER E., La loi ALUR et les droits de préemptions publics, *RDI* 2014, p. 240 ; BARADUC É., Le droit de préemption, saisi par la loi ALUR, *Justice et cassation* 2015, p. 27.
[598] PÉRINET-MARQUET H., La propriété à l'épreuve de la décentralisation*, D.* 1986, Chron, p. 127, spéc. n°14.
[599] Il serait possible de prendre l'exemple du droit de préemption de la SAFER : avec l'entrée en vigueur de la loi n°2014-1170 du 13 octobre 2014 *d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt*, J.O. du 14 octobre 2014, p. 16601, son complément avec l'article 113 II de la loi Macron, et son décret d'application n°2015-954 du 31 juillet 2015 *relatif aux sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural*, J.O. 2 août 2015, p. 13250, le droit de préemption de la SAFER a été étendu aux donations hors cadre familial. Or, l'article L.143-16 du Code rural et de la pêche maritime précise que lors de la notification du projet de mutation à titre gratuit, le notaire n'a pas à mentionner de prix. Si la SAFER décide de préempter elle indiquera l'estimation faite par les services fiscaux. Il s'agit donc d'une limitation faite à la liberté de disposer à titre gratuit.
[600] Art. R.213-8 et s. C. urba.

qu'il fixe l'indemnité, soit encore renoncer à vendre son bien[601]. Or, le juge de l'expropriation fixera sans aucun doute un prix inférieur à celui de la déclaration d'intention d'aliéner[602].

153. Dans cette situation, le droit de rétrocession est alors présenté comme une garantie des droits du vendeur et de l'acquéreur évincé[603]. Cette disposition oblige l'organisme qui a préempté et qui n'aurait pas respecté l'usage prévu lors de la préemption, à proposer le bien au vendeur, et si ce dernier n'est pas intéressé, à l'acquéreur évincé[604]. Le droit de rétrocession s'apparente plus à une soupape de sécurité qu'à une réelle garantie pour le propriétaire. Le droit de rétrocession permet d'effectuer un suivi de la préemption, et de contrôler le préempteur. Mais, pour la plupart des propriétaires, il n'y aura aucun intérêt, voire même une impossibilité financière à racheter le bien, puisqu'ils auront remployé l'indemnité issue de la préemption.

154. Ainsi, les pouvoirs publics ne s'arrogent pas le droit de disposer du bien, mais ils le surveillent. Quand le propriétaire souhaite mettre en œuvre son droit de disposer, il se voit opposer une sorte de « joker » de la part de l'Administration. Le propriétaire victime d'atteintes à sa liberté de disposer peut tout de même bénéficier d'une compensation financière, contrairement à celui qui subit des atteintes à sa liberté d'user et de jouir de son bien.

2. Les atteintes à la liberté du droit d'user et de jouir

155. En principe, un propriétaire est libre de tirer de son bien tous les avantages qu'il contient, ou de ne pas le faire. Ainsi, l'article 552 du Code civil dispose que « le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos (…). Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos (…)»[605]. Mais ce même article prévoit également des exceptions, dans les termes suivants : « sauf les

[601] Cette renonciation est tacite si le vendeur ne répond pas dans le délai des deux mois.
[602] Le mode de détermination de la date de référence n'est pas favorable au propriétaire : art. L.213-4 C. urba.
[603] À condition que le nom de l'acquéreur initial soit précisé dans la DIA, ce qui est une formalité facultative. À défaut, il ne peut prétendre au droit de rétrocession.
[604] Par exemple, pour le droit de préemption urbain et le droit de préemption dans les ZAD, l'usage doit être respecté (par l'utilisation ou l'aliénation) dans un délai de cinq ans : art. L.213-11 et R.213-16 C. urba.
[605] Cet article est reconnu comme le fondement du droit d'accession, selon lequel « la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous ». Ce droit d'accession donne ainsi l'impression que le droit de propriété est illimité dans l'espace, mais « l'ordre social actuel ne peut s'accommoder d'une propriété illimitée dans son principe ou son étendue », V. BROUILLAUD P., *Des limites du droit de propriété en hauteur et en profondeur*, th. Bordeaux, 1926, p. 13.

exceptions établies au titre *Des servitudes ou services fonciers* », lequel correspond aux articles 637 à 710 du Code civil. Cet article démontre que la première atteinte à la liberté du droit d'user et de jouir de son bien consiste à limiter le droit de construire. De nombreuses limitations au droit de construire sont présentes dans le droit de l'urbanisme. Le propriétaire perd la liberté d'user de son bien comme il le souhaite et de le faire fructifier[606].

156. Le droit de construire était défini par l'article L.112-1 du Code de l'urbanisme comme étant « attaché à la propriété du sol », mais la loi SRU du 13 décembre 2000 a modifié l'article L.112-1 sans reprendre cette définition[607]. Lors de l'étude de la constitutionnalité de la loi SRU, le Conseil constitutionnel a assimilé l'interdiction de construire à une limitation aux conditions d'exercice du droit de propriété[608].
Il est difficile de dire que le droit de construire constitue en lui-même un attribut du droit de propriété, puisqu'il ne s'agit pas d'une prérogative appartenant exclusivement au propriétaire. Le droit de construire sera détaché du droit de propriété notamment dans le cadre d'un bail à construction, d'un bail emphytéotique ou d'un usufruit[609]. Dans ce sens, le Conseil d'Etat estime que « faute d'être un droit nécessairement attaché à la propriété du terrain, [le droit de construire] relève de l'usage d'un (…) bien » au sens de l'article 1er du protocole n°1 additionnel à la Convention européenne[610]. D'ailleurs, la Cour de Strasbourg a sanctionné la France pour violation du droit au respect des biens, pour ne pas avoir respecté le droit de construire qu'elle avait contractuellement promis au propriétaire[611]. Pour la Cour, le droit de construire est un bien au sens de l'article 1er du protocole n°1 et y porter atteinte constitue une atteinte à la réglementation de l'usage des biens.

157. Les multiples restrictions au droit de construire portant atteinte au droit d'user et de jouir du droit de propriété sont régulièrement dénoncées par la doctrine[612]. Tout d'abord, l'article L.111-1-2 du Code de l'urbanisme limite considérablement le droit de construire des propriétaires dont les terrains sont implantés sur des Communes qui n'ont pas de carte

[606] MARZELLIER M., th. préc., Vol. 1, p. 102.
[607] Loi dite « loi SRU » n°2000-1208 du 13 décembre 2000 *relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, J.O. du 14 décembre 2000, p. 19777.
[608] Décision n°2000-436 DC du 7 décembre 2000, cons. 18, J.O. du 14 décembre 2000, p. 19840.
[609] MAS J.-P. et CALMELS L., Unité foncière, droit de construire et démembrement de propriété, *Constr.-Urb.* N°6, juin 2007, étude 12.
[610] CE 11 février 2004, *Schiocchet*, n°211510 : *Rec. Lebon* p. 65.
[611] CEDH *Consorts Richet et Le Ber c./ France* du 18 novembre 2010, aff. n°18990/07 et n°23905/07.
[612] V. notamment : PÉRINET-MARQUET H., La propriété à l'épreuve de la décentralisation*, D.* 1986, Chron, p. 127 ; TOMASIN D., Les atteintes portées au droit de propriété, *Administrer* 1989, p. 16 ; PAULIAT H., th. préc., t. 2, pp. 26 et s. ; MARZELLIER M., th. préc., Vol. 1, pp. 97 et s.

communale, de PLU ou de document d'urbanisme en tenant lieu, comme par exemple le POS. Cette règle de constructibilité limitée était une limitation importante dans les années 80 puisque peu de Communes avaient encore élaboré un POS. Mais trente ans après, les Communes sans POS ou PLU sont beaucoup plus rares. Il s'agit le plus souvent de petites communes, qui ont parfois des difficultés pratiques et/ou financières pour élaborer de tels documents.

158. Le zonage peut également constituer une restriction conséquente du droit de construire[613]. Dans le cas où le bien est situé dans une zone à urbaniser (zone AU)[614], les équipements tels que la voierie, les réseaux d'eau ou d'électricité sont considérés comme insuffisants. Les constructions sont possibles à la condition d'être accompagnées d'une opération d'aménagement d'envergure. Dans une zone agricole (zone A)[615], seules les constructions à destination agricole sont autorisées[616]. Enfin, dans une zone naturelle ou forestière (zone N)[617], la constructibilité est soumise à l'appréciation du juge.
Lorsqu'elle était saisie pour un problème de zonage, la jurisprudence administrative avait coutume de contrôler uniquement l'erreur manifeste d'appréciation[618]. Mais en 2010, le Conseil d'Etat a semblé renforcer quelque peu son contrôle, en étudiant l'adéquation des objectifs du PLU avec la détermination des zones A et N, mais cette tendance reste à vérifier[619].

159. Enfin, le droit de construire est limité par les autorisations d'urbanisme. Ces dernières ont été simplifiées puis modifiées récemment par diverses réformes[620]. Désormais,

---

[613] Sauf, bien sûr, si le bien est situé dans une zone urbaine (zone U) : art. R. 123-5 C. urba.
[614] Art. R. 123-6 C. urba.
[615] Art. R. 123-7 C. urba.
[616] Rep. Min. Zimmermann, AN 15 janvier 2008, p. 355, question n°828.
[617] Art. R. 123-8 C. urba.
[618] Jurisprudence constante depuis l'arrêt CE 23 mars 1979, *Commune de Bouchemaine*, n°09860 : *Rec. Lebon* p. 127.
[619] CE 31 mars 2010, *Commune de Châteauneuf-du-Rhône*, n° 313762.
[620] Ordonnance n°2005-1527 du 8 décembre 2005 *relative au permis de construire et aux autorisations d'urbanisme*, J.O. du 9 décembre 2005, p. 18997 et son décret d'application n°2007-18 du 5 janvier 2007, J.O. du 6 janvier 2007, p. 225 ; loi n°2006-872 du 13 juillet 2006, *portant engagement national pour le logement*, J.O. du 16 juillet 2006, p. 10662 ; ordonnance n°2011-1539 du 16 novembre 2011 relative à la définition des surfaces plancher prises en compte dans le droit de l'urbanisme, J.O. du 17 novembre 2011, p. 19277 et son décret d'application n°2011-2054 du 29 décembre 2011, J.O. du 31 décembre 2011, p. 22982 ; ordonnance n°2011-1916 du 22 décembre 2011 *relative à certaines corrections à apporter au régime des autorisations d'urbanisme*, J.O. du 23 décembre 2011, p. 21819 et son décret d'application n°2012-274 du 28 février 2012, J.O. 29 février 2012, p. 3563 ; ; la loi dite « loi ALUR » n°2014-366 du 24 mars 2014 *pour l'accès au logement et un urbanisme rénové*, J.O. du 26 mars 2014, p. 5809 ; loi dite « loi Macron » n°2015-990 du 6 août 2015 *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, J.O. du 7 août 2015, p. 13537.

la plupart des travaux ou constructions doivent faire l'objet d'une déclaration préalable, d'un permis d'aménager ou d'un permis de construire[621].

En principe, ces limitations qui restreignent le droit de construire ne sont pas indemnisées par l'Etat[622] car elles sont considérées comme des servitudes d'urbanisme relevant de l'article L.160-5 du Code de l'urbanisme. À l'occasion de l'arrêt *Bitouzet*, le Conseil d'Etat a confirmé la conformité de l'article L. 160-5 à l'article 1er du protocole n°1 en admettant le principe d'une indemnisation si le propriétaire supporte une « charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi »[623]

160. Ce système est beaucoup plus fin que celui du régime féodal. Les limitations portent sur les démembrements de la propriété, et ne transfèrent *a priori* aucun attribut du droit de propriété. En outre, lorsque les atteintes portent sur le droit de disposer, quelques garanties sont proposées aux propriétaires pour éviter de vider totalement le bien de l'ensemble de ses utilités.

Ainsi, utilisé avec parcimonie, ce système pourrait permettre d'assurer l'équilibre entre le respect de la propriété privée et l'intérêt général. Mais les pouvoirs publics contrôlent de façon tellement stricte le droit de disposer, le droit d'user et de jouir du bien, que la liberté du propriétaire est bafouée. Cette conséquence démontre à quel point les valeurs de 1789, la liberté et la propriété, font l'objet d'une mutation et semblent reléguées au second plan. Peut-être est-ce parce que les Hommes ont l'impression qu'il s'agit de principes acquis, qu'ils ne peuvent pas perdre. Cela expliquerait pourquoi un domaine nouveau, l'environnement, fait l'objet de toutes les attentions.

Or, la protection de l'environnement a créé des limitations qui portent atteinte à la liberté du propriétaire, mais surtout à sa souveraineté.

[621] Les cas exemptés d'autorisation d'urbanisme sont listés aux articles R. 421-2 et s. du Code de l'urbanisme.
[622] Concernant les principes qui gouvernent l'indemnisation des restrictions du droit de propriété, *cf. infra* nos493 et s.
[623] CE 3 juillet 1998, *Bitouzet,* n°158592 : *Rec. Lebon* p. 288.

B. Les démembrements attentatoires à la souveraineté du propriétaire

161. Le droit de l'environnement semble être en conflit naturel avec le droit de propriété[624]. Le premier a pour objet de protéger les ressources, alors que le second va souhaiter les utiliser[625]. Ce conflit a été renforcé par le législateur. D'abord, il a indiqué que la protection de la nature est d'intérêt général[626]. Puis, il a intégré la Charte de l'environnement au bloc de constitutionnalité, faisant ainsi de la protection de l'environnement un objectif constitutionnel[627]. Et enfin, en droit européen, la protection de l'environnement[628] peut apparaître comme un « ogre d'intérêt général »[629].

À première vue[630], l'appropriation publique serait considérée comme un moyen de protéger l'environnement (1). En effet, l'appropriation publique présente l'avantage d'ouvrir certains espaces rares au public, mais aussi de garantir l'entretien des biens environnementaux, tout en leur assurant une protection pérenne[631]. Mais son inconvénient majeur est de faire perdre au propriétaire sa souveraineté. Ce dernier a donc tendance à se désintéresser du bien. C'est pourquoi, aujourd'hui, la protection de l'environnement passe plutôt par une incitation étatique (2), qui rend à faire participer le propriétaire privé à la protection de l'environnement.

1. La protection de l'environnement par l'appropriation publique

162. La loi *Barnier* de 1995[632] a énuméré les principes du droit de l'environnement, au nombre desquels se trouvent le principe d'action préventive et le principe de précaution[633]. Les principes du droit de l'environnement ont ensuite été codifiés à l'article L. 110-1 du Code

[624] JÉGOUZO Y., Propriété et environnement, *Rép. Defrénois* 1994, 35764, p. 449.
[625] Il existe cependant des cas où l'intérêt environnemental et l'intérêt du propriétaire vont se rejoindre. Par exemple : CAA Nantes du 27 septembre 2005, *Mme Savelli*, req. n° 04NT00319 (réalisation d'un chemin pédestre en vue d'offrir au public la découverte d'un ensemble de sites caractéristiques au double plan paysager et patrimonial).
[626] Article 1er, Loi n°76-629 du 10 juillet 1976, J.O. 13 juillet 1976, p. 4203.
[627] Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1er mars 2005, J.O. 2 mars 2005, p. 3697.
[628] Consacré notamment dans l'arrêt CEDH *Fredin c./ Suède* du 18 février 1991, Série A n°192. Sur la qualification des limitations à visée environnementale comme des restrictions simples, *cf. infra* n°426.
[629] MARGUÉNAUD J.-P., La petite maison dans la forêt, *D*. 2008, p. 884, à propos de CEDH *Hamer c./ Belgique* du 27 novembre 2007, aff. n°21861/03.
[630] *Cf. infra* n°165 sur les critiques concernant l'appropriation publique comme mode de protection de l'environnement.
[631] JÉGOUZO Y., préc., pp. 460-461.
[632] Loi dite « loi Barnier » n°95-101 du 2 février 1995, préc.
[633] Sur le lien entre le droit de l'environnement, le principe de précaution et l'intérêt général V. BOY L., La référence au principe de précaution et l'émergence de nouveaux modes de régulation, *LPA* 8 janvier 1997, n°4, p. 4.

de l'environnement. La loi *Grenelle II*[634] a ajouté un objectif de développement durable auquel répondent cinq finalités, dont « la cohésion sociale et la solidarité entre les territoires et les générations » et « l'épanouissement de tous les êtres humains ». Et la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte a transformé ces finalités en engagements et le dernier engagement est devenu « la transition vers une économie circulaire »[635].

La logique du droit de l'environnement est d'anticiper les risques naturels afin de préserver les lieux exceptionnels. Mais cette anticipation porte atteinte à la souveraineté du propriétaire, en réalisant pas à pas une appropriation publique. En effet, pour éviter tous risques de dégradation, l'espace à protéger est entouré par des « zones de protection » soustraites aux influences du propriétaire[636]. Par exemple, deux zones sont déterminées dans le cadre d'un plan de prévention des risques naturels[637]. La première zone est exposée directement aux risques, donc toute construction y est en principe interdite. La seconde zone n'est pas exposée aux risques, mais des constructions pourraient aggraver la situation ou provoquer des risques. Par conséquent, ces constructions doivent être réglementées. Ce système semble s'être inspiré d'une loi ancienne relative aux monuments et sites naturels[638], qui a fait l'objet de la théorie jurisprudentielle dite de « l'écrin et du joyau »[639].

163. Ces zones de protection se sont multipliées, et ont été baptisées selon les auteurs, « servitudes environnementales »[640], « servitudes d'environnement »[641] ou encore « servitudes de protection de la nature et de l'environnement »[642]. Ces servitudes limitent considérablement les pouvoirs du propriétaire. Il s'agit par exemple, des réserves

---

[634] Loi dite « loi Grenelle II » n° 2010-788 du 12 juillet 2010, préc.

[635] D'après un avis du 18 août 2015, *vocabulaire de l'environnement (liste de termes, expressions et définitions adoptés)*, J.O. du 18 août 2015 : l'économie circulaire est une « organisation d'activités économiques et sociales recourant à des modes de production, de consommation et d'échange fondés sur l'écoconception, la réparation, le réemploi et le recyclage, et visant à diminuer les ressources utilisées ainsi que les dommages causés à l'environnement ».

[636] GYS F., *Essai sur la notion juridique d'équilibre entre la propriété privée et la protection de l'environnement,* th. Lille, Septentrion, Presses universitaires, 2000, p. 53.

[637] Art. L. 562-1 C. envir.

[638] Loi 2 mai 1930, J.O. du 4 mai 1930, p. 5003.

[639] CE 13 mars 1970, *Dame Benoist d'Anthenay*, n°75820 : *Rec. Lebon* p. 182.

[640] REBILLARD A., *Les servitudes environnementales*, th. La Rochelle, 2005, et INSERGUET-BRISSET V., *Droit de l'environnement*, Presses universitaires de Rennes, Coll. Didact Droit, Rennes, 2005, p. 145.
Astrid REBILLARD précise que l'expression de « servitudes environnementales » a d'abord été utilisée par l'économiste Max FALQUE en 1978 dans le n°18 de la revue Futuribles.

[641] JÉGOUZO Y., préc., p. 455.

[642] PRIEUR M. et HENRIOT G.-C., *Servitudes de droit public et de droit privé*, Editions du Moniteur, Coll. Actualité juridique, Paris, 4e éd., 1979, pp. 215 et s.

naturelles[643], des parcs nationaux[644], de la servitude de passage des piétons sur le littoral[645], le classement ou l'inscription aux monuments historiques[646]. Dans ces zones, l'Etat assure la gestion des espaces, et impose aux propriétaires des obligations de faire ou de ne pas faire. Le propriétaire se verra ainsi interdire tous défrichements, coupes, abattages et arrachages, voire même souvent l'interdiction de construire[647]. Une des facettes de ces servitudes est bien de limiter les droits attachés à la propriété au nom de l'intérêt général[648]. Ces servitudes sont d'ailleurs reconnues par la Cour européenne comme des limitations de l'exercice du droit de propriété[649].

164. Au sens d'Yves JEGOUZO, la qualification de servitude d'environnement englobe trois catégories de servitudes : les servitudes d'urbanisme, les servitudes domaniales[650] et les servitudes d'utilité publique[651]. Or, de la catégorie de la servitude dépend le droit à une indemnisation. En effet si c'est une servitude d'urbanisme, le principe est celui de la non-indemnisation, sauf exceptions[652]. Astrid REBILLARD définit quant à elle les servitudes environnementales comme des « servitudes d'utilité publique instituées dans un but de protection et de gestion de l'environnement »[653]. Cela voudrait-il dire qu'une servitude environnementale pourrait bénéficier d'une indemnisation ? C'est en tout cas ce qu'affirme Astrid REBILLARD en expliquant que ces servitudes doivent ouvrir droit à indemnisation ou

[643] Article L. 332-3 du Code de l'environnement : « (…) Peuvent notamment être réglementés ou interdits la chasse, la pêche, les activités agricoles, forestières, pastorales, industrielles, commerciales, sportives et touristiques, l'exécution de travaux publics ou privés, l'utilisation des eaux, la circulation ou le stationnement des personnes, des véhicules et des animaux (…) ».
[644] L'article L. 331-4 du Code de l'environnement limite et réglemente les travaux, à l'exception des travaux d'entretien normal, aussi bien pour les espaces urbanisés ou non urbanisés du parc.
[645] Article L. 160-6 du Code de l'urbanisme. Le propriétaire perd la souveraineté d'une bande littorale de trois mètres.
[646] Article L. 621-9 du Code du patrimoine : « L'immeuble classé au titre des monuments historiques ne peut être détruit ou déplacé, même en partie, ni être l'objet d'un travail de restauration, de réparation ou de modification quelconque, sans autorisation de l'autorité administrative. (…) ».
[647] Et par exception, les travaux et constructions sont soumis à des autorisations renforcées nécessitant le plus souvent l'autorisation du préfet.
[648] En ce sens, Astrid REBILLARD, th. préc., p. 9. L'autre facette est constituée, selon Astrid REBILLARD, comme les « dommages ou nuisances environnementaux résultant des politiques d'aménagement de l'espace ou d'implantation d'infrastructures sources de nuisances ».
[649] CE 8 juillet 2009, *Oppidum du Puy du Mur*, n°308778 ; CEDH *Köktepe c./ Turquie* du 22 juillet 2008, req. n°35785/03.
[650] La servitude de passage des piétons sur le littoral est, par exemple, considérée comme une servitude domaniale. L'indemnisation du propriétaire du terrain servant est prévue par la loi, mais elle est conditionnée à l'existence d'un dommage direct, matériel et certain (article L. 160-7 du Code de l'urbanisme).
[651] JÉGOUZO Y., préc., p. 455.
[652] *Cf. infra* n^{os}93 et s.
[653] REBILLARD A., th. préc., p. 78.

au moins droit à compensation[654]. La servitude créée par un plan de prévention des risques naturels prévisibles a posé des difficultés de qualification et d'indemnisation. Les juges ont finalement estimé que le plan de prévention des risques valait servitude d'utilité publique parce qu'un tel plan doit être annexé à un plan d'urbanisme[655]. Et ils ont refusé d'appliquer l'article L.160-5 du Code de l'urbanisme au motif que « le législateur a entendu faire supporter par le propriétaire concerné l'intégralité du préjudice résultant de l'inconstructibilité de son terrain nu résultant des risques naturels le menaçant, sauf dans le cas où ce propriétaire supporterait une charge spéciale et exorbitante hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi ». Or, cette dernière exception, tirée de l'arrêt *Bitouzet*, est rarement reconnue[656].

165. Un rapport étroit existe entre le droit de l'urbanisme et le droit de l'environnement[657]. Ces deux droits se sont combinés pour augmenter les prérogatives de puissance publique au détriment de la souveraineté du propriétaire. Les instruments du droit de l'urbanisme ont été adaptés au droit de l'environnement pour permettre une appropriation publique.

Ainsi, l'article L.215-1 du Code de l'urbanisme octroie un droit de préemption au département pour assurer la préservation des espaces naturels sensibles, et ainsi protéger les milieux naturels contre une urbanisation excessive[658].

La loi *Barnier* a instauré une procédure d'expropriation pour cause de risque naturel prévisible[659]. La logique de cette expropriation est plutôt atypique[660]. Cette expropriation est décidée afin de protéger les personnes et leurs biens contre les risques naturels prévisibles. L'appréciation de l'utilité publique est également particulière. Le juge va devoir comparer le coût des moyens de protection contre les risques, au coût des indemnités allouées aux

[654] Dans le même sens : FALQUE M., Plaidoyer pour une indemnisation, *Etudes foncières* n°59, juin 1993, p. 28.

[655] CE 29 décembre 2004, *Société d'aménagement des coteaux de Sainte-Blaine*, req. n°257804 : *Rec. Lebon* p. 478 : « (…) alors même qu'un tel plan de prévention des risques vaut servitude d'utilité publique et doit, en vertu de l'article L.126-1 du code de l'urbanisme, être annexé au plan d'occupation des sols auquel s'est substitué le plan local d'urbanisme, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que les servitudes litigieuses ne pouvaient pas être regardées comme instituées par application du code de l'urbanisme, au sens de l'article L.160-5 de ce code. (…) »

[656] *Cf. infra* n°495.

[657] Pour H. GROUD, il s'agit même d'une relation d'hétéronomie : GROUD H., Les rapports d'hétéronomie entre droit de l'urbanisme et droit français de l'environnement, *Const.-Urb*. n°7, juillet 2007, colloque 17.

[658] Ce dernier peut déléguer son droit de préemption au Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres, à un établissement public chargé d'un parc national ou d'un parc naturel régional, à l'Etat, à une collectivité territoriale, à un établissement public foncier. V. DEVIDAS S., Le droit de préemption sur les espaces naturels sensibles, outil privilégié de la protection de l'environnement, *AJCT* 2013, p. 231.

[659] Art. L.561-1 et s. C. urba.

[660] HOSTIOU R., L'expropriation pour risque naturel, *AJDA* 2012, p. 1324.

expropriés[661]. Ce bilan est purement financier : il aurait donc été possible de penser que le Conseil d'Etat estimerait que le coût financier excessif d'une opération lui ferait perdre son caractère d'utilité publique[662]. Or, le juge administratif a décidé qu' « eu égard à l'intérêt général qui s'attache à la protection des populations contre le risque d'effondrement des carrières souterraines, l'atteinte portée à la propriété privée et le coût de l'opération ne sont pas de nature à retirer à l'expropriation contestée son caractère d'utilité publique »[663]. Il ne s'agit plus d'un bilan coût-avantage, mais d'un bilan coût-risque, qui fait primer la notion de risque sur celle de propriété, et sur la volonté des propriétaires. Au nom des principes de prévention et de précaution, le propriétaire se voit exproprié contre son gré[664].

La protection de l'environnement étant fondée sur l'intérêt général, le législateur et les autorités administratives peuvent mettre en place de nombreuses limitations du droit de propriété, qui font perdre au propriétaire sa souveraineté[665]. L'appropriation publique pour des raisons environnementales ne pouvait donc qu'être mal vécue par le propriétaire, à moins d'une incitation positive mise en place par l'Etat.

2. La protection de l'environnement par l'incitation étatique

166. L'objectif du droit de l'environnement est d'améliorer le cadre de vie des Hommes. Il est donc logique qu'une appropriation publique qui ne tient pas compte de l'individu ne puisse pas protéger efficacement l'environnement. Dans la conclusion de sa thèse Véronique INSERGUET-BRISSET estime que l'appropriation publique, « synonyme d'une mise sous cloche », possède de nombreuses lacunes[666]. La gestion publique n'est pas toujours adéquate, ni constante selon les lieux et les époques. De plus, les propriétaires vont avoir tendance à se désintéresser de leur bien lorsqu'il est grevé de servitudes environnementales. Enfin, l'usage des particuliers est parfois excessif et par conséquent néfaste à l'environnement. Cette dernière lacune a été mise en avant par des anglo-saxons,

[661] Ces indemnités proviennent du fonds de prévention des risques naturels majeurs (FPRNM), qui est financé notamment par des prélèvements effectués sur les contrats d'assurance habitation.
[662] Dans le cadre d'une procédure d'expropriation « classique » : CE 28 mars 1997, *Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne*, n°170856 et n°170857 : *Rec. Lebon* p. 120.
[663] CE 27 juillet 2005, *Mme Constancis et Mme Castinel c./ Préfet des Yvelines*, n°267195 : Juris-Data n°2005-068922.
[664] Mustapha MEKKI parle de « bilan prospectif », th. préc., p. 389, n°638. Il axe sa réflexion sur l'anticipation des risques au bénéfice des générations futures.
[665] HOSTIOU R., La propriété privée face au droit de l'environnement, *Etudes foncières* n°65, décembre 1994, p. 29.
[666] INSERGUET-BRISSET V., *Propriété publique et environnement,* th. Limoges, Préf. M. PRIEUR, Av. propos de J. MORAND-DEVILLIER et G. MARTIN, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit de l'urbanisme et de l'environnement, 1994, p. 287.

d'abord par l'économiste COASE[667], puis par le biologiste HARDIN[668]. Ce dernier a pris l'exemple des vaines pâtures anglaises, sur lesquelles tous les bergers peuvent faire venir paître leur bétail. Or, étant donné que chacun a intérêt à profiter au maximum de cette opportunité, le terrain va être surexploité, ce qui entraîne une perte pour l'environnement et pour l'ensemble des bergers[669].

Certains ont alors émis l'idée d'une protection de l'environnement par la propriété privée[670]. Les partisans de cette position ont tenté de démontrer que le droit de propriété possède une fonction écologique[671]. Le propriétaire souhaitant assurer la pérennité de son bien, il serait par nature soucieux de l'environnement.

167. Mais le « tout public » et le « tout privé » sont chacun incapables de « concilier efficacement exploitation et conservation des espaces naturels »[672]. Pour protéger le droit de l'environnement et faire accepter les limitations qu'il engendre sur le droit de propriété, il est nécessaire d'utiliser des outils qui permettent d'inciter les individus à se soucier de l'environnement.

En premier lieu, le législateur a mis en avant la notion de patrimoine commun de la nation. En effet, l'article L.110 du Code de l'urbanisme devenu l'article L.101-1 du même Code[673], l'article L.110-1 du Code de l'environnement et la Charte de l'environnement y font référence. Provenant du droit international[674], cette notion semble avoir pour vocation de responsabiliser les Hommes en faveur du droit de l'environnement. L'objectif est de créer une

---

[667] COASE R., *The problem of social cost, The journal of law and economics*, volume III, october 1960. Il a analysé ce problème sous l'angle de la pollution émise notamment par les usines. Il a considéré que l'exercice du droit de propriété devait se déterminer en termes de coût. Sa solution est donc d'attribuer aux voisins victimes de la pollution une sorte de droit de propriété, qui leur permettrait de demander au pollueur soit une remise en l'état, soit le rachat de ce droit.

[668] HARDIN G., *The tragedy of the commons*, Sciences, New Series, vol. 162, n°3859, décembre 1968, p. 1243.

[669] Au sujet des théories économiques de la gouvernance des biens communs et de l'accès aux utilités des biens, *cf. infra* n^os^713 et s.

[670] RÉMOND-GOUILLOUD M., L'environnement, sagesse de la propriété, *in Droits de propriété et environnement,* Dalloz, 1997, p. 44 ; SMITH F. L., La protection de l'environnement par la privatisation écologique : un paradigme pour la réforme environnementale, *in Droits de propriété et environnement,* Dalloz, 1997, p. 49.

[671] Pour de plus amples explications : RÉMOND-GOUILLOUD M., *Du droit de détruire, essai sur le droit de l'environnement*, PUF, Coll. Les voies du droit, Paris, 1989, pp. 124 et s. ; VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, PUF, Coll. Thémis Droit, Paris, 3^e^ éd., 2011, pp. 176 et s.

[672] GYS F., *Essai sur la notion juridique d'équilibre entre la propriété privée et la protection de l'environnement,* th. Lille, Septentrion, Presses universitaires, 2000, p. 4.

[673] Ordonnance n°2015-1174 du 23 septembre 2015, préc.

[674] Notamment : Traité sur la Lune signé le 5 décembre 1979, entré en vigueur le 11 juillet 1984 ; Convention sur le droit de la mer de Montego Bay du 10 décembre 1982, entrée en vigueur le 16 novembre 1994.

cohésion non seulement actuelle, mais aussi avec les générations futures[675]. Par conséquent, si le propriétaire se soucie de transmettre un bien préservé aux générations futures, cela atteint son *abusus*[676]. Et si l'Etat doit préserver le bien, il dispose d'un droit d'usage sur les biens, par le biais des servitudes environnementales[677]. Dans ce cadre, les biens font toujours l'objet d'une appropriation publique et le propriétaire perd sa souveraineté pour protéger l'environnement, mais son sacrifice bénéficiera aux générations futures.

En second lieu, la doctrine a proposé l'instauration de servitudes[678] contractuelles de conservation de l'environnement[679], inspirées des *conservation easements* du droit américain[680]. L'équilibre des intérêts s'effectuerait par l'intermédiaire de la liberté contractuelle[681]. L'atteinte au droit de propriété et le respect de l'environnement feraient chacun l'objet d'une négociation. Et les propriétaires pourraient bénéficier d'incitations fiscales. Cependant, au regard des nombreuses réglementations créées par le législateur et fondées sur l'intérêt général environnemental, il semble que l'environnement reste pour l'instant sous l'impulsion exclusive de l'Etat. Toutefois, le législateur souhaite faire participer financièrement le propriétaire privé à la protection de l'environnement. En effet, l'article 6 de la loi du 17 août 2015 prévoyait de fixer une obligation de rénovation énergétique des bâtiments privés résidentiels à l'occasion d'une mutation à partir de 2030[682]. Mais cette disposition a été déclarée contraire à la Constitution car « en ne définissant ni la portée de l'obligation qu'il a posé, ni les conditions financières de sa mise en œuvre, ni celles de son

[675] SAVARIT I., Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ?, *RFDA* 1998, p. 305 ; TRÉBULLE F. G., La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel, *in* Mél. MALINVAUD, Lexisnexis, 2007, p. 659, spéc. p. 661 : le préambule de la Charte de l'environnement « place le constat de l'importance de l'environnement dans la triple perspective du passé (l'émergence de l'humanité), du futur (l'avenir et l'existence même de l'humanité), et du présent (la diversité biologique, l'épanouissement de la personne et le progrès des sociétés humaines sont affectés par certains modes de consommation ou de production et par l'exploitation excessive des ressources naturelles) ».

[676] Dans ce sens : VAN LANG A., *op. cit*., 2011, p. 187.

[677] SAVARIT I., préc.

[678] Il semblerait que seule une servitude ou au moins la reproduction de l'obligation personnelle d'ordre environnemental dans les contrats successifs permette d'informer les sous-acquéreurs de l'existence d'une obligation environnementale : Civ. 3e, 13 décembre 2011, n°10-27.305. À ce sujet V. BOUTONNET M., Le potentiel environnemental du droit civil révélé par la méconnaissance d'une obligation environnementale contractuelle, *D*. 2012, p. 790.

[679] MARTIN G.-J., Pour l'introduction en droit français d'une servitude conventionnelle ou d'une obligation *propter rem* de protection de l'environnement, *RJE* 2008, n°spécial, p. 123. Il propose soit de modifier les articles 637 et 686 du Code civil afin de permettre la création de servitudes au bénéfice d'un « intérêt supérieur » au lieu d'un fonds, et qui pourraient imposer des obligations de faire, soit de créer une obligation réelle ou *propter rem* au bénéfice de la protection de l'environnement.

[680] BOUTONNET M. et MEKKI M., Environnement et conservation easements. Pour une transposition en droit français ?, *JCP* G n°39, 2012, 1023.

[681] Cet aspect est à rapprocher de l'arrêt du 31 octobre 2012 n°11-16.304 : *Bull. civ.* III, n° 159 (*cf. infra* n°219). À ce sujet : MEKKI M., Les virtualités environnementales du droit réel de jouissance spéciale, *RDC* 2014, n°1, p. 105.

[682] Loi n°2015-992 du 17 août 2015 *relative à la transition énergétique pour la croissance verte*, J.O. du 18 août 2015, p. 14263.

application dans le temps, le législateur n'a pas suffisamment défini les conditions et les modalités de cette atteinte au droit de disposer de son bien »[683]. Demeurent tout de même, des préconisations quant à la rénovation énergétique des bâtiments[684], la perspective d'un mécanisme incitatif pour les bailleurs[685], mais aussi des obligations : individualiser les frais de chauffage dans les immeubles collectifs[686], prévoir des stationnements sécurisés des vélos et des recharges des véhicules électriques ou hybrides[687].

168. En pesant sur la liberté de disposer du propriétaire ou sur sa souveraineté, les limitations ainsi créées font pression sur les démembrements du droit de propriété, mais elles ne portent pas directement sur le droit de propriété. Pour cette raison, il est toujours possible de dire que le droit de propriété existe juridiquement, même dans des cas extrêmes d'atteintes à la liberté ou à la souveraineté du propriétaire. Cependant dans ces mêmes cas, si la majorité des avantages juridiques et économiques de la propriété sont aspirés par les autorités publiques, le droit de propriété est atteint dans son existence même. Ainsi, il conviendra de surveiller l'équilibre entre le degré d'aspiration des avantages juridiques et économiques émanant du droit de propriété, les enjeux et les solutions proposées au propriétaire.
Toutefois, les limitations au droit de propriété ne doivent pas être considérées uniquement de façon négative, comme aboutissant presque irrémédiablement à des altérations graves du droit de propriété voire à des privations[688]. Elles se sont également adaptées aux besoins des personnes privées par la technique de la division et ont créé un droit de propriété original.

§2. La technique des personnes privées : la division de l'immeuble

169. La division de l'immeuble bâti ou non bâti permet d'organiser l'espace urbain ou péri-urbain. Les propriétaires subissent des limitations sur leur droit de propriété, mais sans elles, soit ils ne pourraient pas être propriétaire, soit ils le seraient mais dans des conditions moins agréables. Ils consentent alors à ce que leur droit de propriété soit un parmi d'autres, au

[683] Décision n°2015-718 DC du 13 août 2015, cons. 19 et 20, J.O. du 18 août 2015, p. 14376.
[684] Art. 5 et art. 14 loi n°2015-002 du 17 août 2015, préc. ; art. L.111-10 CCH.
[685] Art. 14 VIII loi n°2015-002 du 17 août 2015, préc. Le gouvernement devrait remettre dans l'année un rapport au parlement visant à prévoir des mesures permettant de faire profiter le bailleur d'un bonus s'il a atteint les objectifs de performance énergétique, mais le sanctionnant dans le cas contraire.
[686] Art. L.241-9 et s. C. énergie.
[687] Art. L.111-5-2 et L.111-5-4 CCH
[688] MEYER-BISCH P., Légitimations démocratiques des limites au droit de propriété, un principe et un indicateur de démocratisation, *in Le droit de propriété en Europe occidentale et orientale, Mutations et limites d'un droit fondamenta*l, Bruxelles, Bruylant 1995, p. 37.

sein d'un ensemble immobilier fonctionnant dans l'intérêt général des propriétaires. La division de l'immeuble se rapporte ici à la « division juridique d'une propriété privative immobilière »[689] et non pas une « division contrôlée du foncier »[690].
Le législateur s'est servi de la technique de la division foncière pour faire face à la pénurie de logement. Il a organisé des régimes au statut impératif (A). Ces modes de divisions s'imposent tant aux constructeurs qu'aux propriétaires, et ils sont contraignants. La pratique s'est efforcée de mettre en place une division conventionnelle dérogatoire (B).

A. La division légale impérative

170. Le législateur a organisé les rapports collectifs fondés sur la division de l'immeuble bâti ou non bâti, en créant des lots de copropriété et des lots de lotissement. Le statut de la copropriété permet de gérer collectivement la division verticale de l'immeuble bâti (1), et le régime du lotissement organise la répartition collective des terrains, en vue de les bâtir (2).

1. La division verticale, mode de gestion collective

171. Le régime de la copropriété permet d'assurer la gestion collective d'un immeuble. Dans le Code civil de 1804, seul l'article 664 organisait les rapports entre les propriétaires des « différents étages d'une maison »[691]. Cette organisation se limitait à désigner les propriétaires qui devaient réparer ou reconstruire les gros murs, le toit, le plancher et les escaliers[692]. La loi du 28 juin 1938 a abrogé le texte de l'article 664 et mis en place une organisation plus structurée autour du syndicat des copropriétaires et de la règle de la majorité[693]. Cette structure étant encore insuffisante, elle a été réformée par la loi du 10 juillet 1965 et son décret d'application du 17 mars 1967, modifiés à plusieurs reprises depuis et qui constituent

[689] LOTZ J., *La division de l'immeuble, Contribution à une théorie de la propriété*, th. Strasbourg, 2014, p. 22, n°10. Johanne LOTZ concentre son étude sur la copropriété des immeubles bâtis et la division en volumes.
[690] CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE (103e*), Division de l'immeuble, le sol, l'espace, le bâti*, 23-27 septembre 2007, pp. 21 et s. Lors du congrès ont également été étudiées d'autres formes de divisions : « l'organisation conventionnelle de l'espace » et « la division de l'immeuble bâti ».
[691] L'article 644 était rédigé de la manière suivante : « Lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode des réparations et reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu'il suit : Les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient ; Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche ; Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit, le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui et ainsi de suite ».
[692] Le système fonctionnait par un réseau de servitudes.
[693] Loi du 28 juin 1938, J.O. du 30 juin 1938, p. 7578.

encore à ce jour le droit commun de la propriété en milieu urbain[694]. Le copropriétaire possède un lot de copropriété constitué d'une partie privative et d'une quote-part des parties communes[695]. Ces dernières impliquent une gestion collective dont les règles réduisent les prérogatives des copropriétaires. Mais en même temps, elles assurent la pérennité de l'immeuble. Ainsi, en fin de compte, les copropriétaires tireront un bénéfice du respect de ces limitations[696].

172. Le copropriétaire est avant tout un propriétaire. Cela ressort des termes de l'aliéna 1er de l'article 9 de la loi de 1965 qui dispose que « chaque propriétaire dispose des parties privatives comprises dans son lot ; il use et jouit librement des parties privatives et des parties communes sous la condition de ne porter atteinte ni aux droits des autres copropriétaires ni à la destination de l'immeuble ». La ressemblance avec l'article 544 du Code civil est indéniable.

Mais ce propriétaire est soumis de plein droit, indépendamment de sa volonté[697], au régime de la copropriété dès que les conditions de l'article 1er de la loi sont remplies[698]. Par conséquent, lors des assemblées générales, il devra le plus souvent se plier à la volonté de la majorité des copropriétaires[699]. Il devra également respecter le règlement de copropriété, qui contient notamment le mode de répartition des charges. Le copropriétaire aura l'obligation de payer deux types de charges. Les charges communes spéciales, c'est-à-dire les dépenses afférentes aux services collectifs et aux éléments d'équipements communs[700], sont réparties en fonction de l'utilité que ces services ou éléments ont pour chaque lot[701]. Et les charges communes générales, qui correspondent aux dépenses liées à la conservation, l'entretien et

---

[694] Loi n°65-557 du 10 juillet 1965, J.O. du 11 juillet 1965, p. 5950 ; Décret n°67-223 du 17 mars 1967, J.O. du 22 mars 1967, p. 2742.

[695] Art. 1er loi n°65-557 du 10 juillet 1965, préc.

[696] Dans ce sens : BOUYEURE J.-R., La copropriété constitue-t-elle une limite au droit de propriété ?, *Administrer* 1989, p. 31.

[697] CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE (103e), *Division de l'immeuble, le sol, l'espace, le bâti*, 23-27 septembre 2007, p. 633.

[698] Pour être soumis au statut du droit de la copropriété, il faut qu'il s'agisse d'un immeuble bâti ou d'un ensemble d'immeubles bâtis (l'immeuble doit être achevé au sens de l'article R. 261-1 du Code de la construction et de l'habitation), appartenant à une pluralité de propriétaires (au moins deux), et les lots doivent être composés d'une partie privative et d'une quote-part de parties communes.

[699] Ceci est à nuancer selon les décisions. Par exemple, pour les décisions nécessitant la majorité de l'article 25 b et qui seraient rejetées par l'assemblée générale, le copropriétaire peut se fonder sur l'article 30 pour demander l'autorisation au tribunal de grande instance. La loi ALUR a toutefois modifié certaines règles de majorité dans un sens plus libéral : certains travaux ne nécessitent plus d'être votés à l'article 25, mais à la simple majorité de l'article 24, et d'autres travaux qui nécessitaient un vote à l'article 26 seront dorénavant votés à l'article 25. Le but de ces modifications est de faciliter la prise de décision des travaux.

[700] Tels que les ascenseurs, les antennes, la piscine, la chaudière.

[701] Art. 10 al. 1er de la loi de 1965, préc.

l'administration des parties communes[702], sont réparties en fonction des tantièmes de copropriété[703]. Ces derniers sont proportionnels à la valeur relative de chaque partie privative, laquelle est déterminée en étudiant sa superficie, sa consistance et sa situation[704]. Ces critères ne sont pas d'ordre public[705].

173. Enfin, le copropriétaire a l'obligation de respecter la destination de l'immeuble[706]. Cette notion est présente à huit reprises dans la loi de 1965[707]. La destination de l'immeuble a été qualifiée de notion ambivalente[708]. Elle possède une facette protectrice des droits des propriétaires, à l'article 8, mais elle permet aussi de justifier les limitations à l'exercice des prérogatives individuelles, à l'article 9. Cela laisse penser que le législateur de 1965 « n'a voulu sacrifier ni l'individuel au collectif, ni le collectif à l'individuel »[709]. En réalité, le législateur a laissé la voie ouverte aux évolutions. La destination de l'immeuble sera appréciée *in concreto* par le juge. Et, ainsi que le fait remarquer Florence BAYARD-JAMMES, « c'est parce qu'elle représente l'intérêt général que la notion de destination de l'immeuble est évolutive »[710]. La Cour de cassation a d'ailleurs reconnu la liaison entre la destination de l'immeuble et « l'intérêt général des copropriétaires » dans un arrêt du 11 décembre 1973[711].

174. Plus récemment, le législateur s'est immiscé dans la gestion des copropriétés pour améliorer l'entretien des immeubles et assurer la santé publique.
Ainsi, le syndic doit faire établir des diagnostics sur les parties communes pour rechercher la présence d'amiante, de plomb ou de termites[712]. Ces dispositions visent surtout à informer les acquéreurs lors de leur acquisition. Le syndic est également chargé « d'établir et de tenir à

[702] Comme l'entretien des espaces verts, l'assurance syndic, ou le ravalement de façade.
[703] Art. 10 al. 2 de la loi de 1965, préc.
[704] Art. 5 de la loi de 1965, préc.
[705] CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE (103e), *Division de l'immeuble, le sol, l'espace, le bâti*, 23-27 septembre 2007, p. 665.
[706] V. de manière plus générale : BOFFA R., *La destination de la chose*, th. Montpellier I, Préf. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, Defrénois, t. 32, 2008.
[707] Art. 8 al. 2, art. 9, art. 24 II e, art. 25 b, art. 26 d, 28 II, art. 30 al. 1 et art. 34.
[708] BAYARD-JAMMES F., *La nature juridique du droit du copropriétaire immobilier, analyse critique,* th. Toulouse 1, Préf. D. TOMASIN, L.G.D.J., 2003, p. 281.
[709] LARROUMET C., L'intérêt collectif et les droits individuels des copropriétaires dans la copropriété des immeubles bâtis, *JCP* G 1976, I, 2812, n°1.
[710] BAYARD-JAMMES F., th. préc., p. 295.
[711] Civ. 3e, 11 décembre 1973, n°72-12352 : *Bull. civ.* III, n°636. La Cour a déclaré conforme à la destination de l'immeuble une clause du règlement de copropriété qui interdisait l'accès à un square aux véhicules, en se fondant sur l'intérêt général des copropriétaires.
[712] GIVERDON C., Le statut de la copropriété du droit privé au droit public, *Gaz. Pal.* 2002, n°75, p. 17 et s.

jour un carnet d'entretien de l'immeuble »[713]. Ce carnet d'entretien contient notamment les références des contrats d'assurance, la date de réalisation des travaux importants ou leur échéancier, et les contrats de maintenance.
Et, depuis la loi SRU lors de la mise en copropriété d'un immeuble construit depuis plus de quinze ans, les propriétaires doivent faire établir un diagnostic technique constatant l'état apparent de la solidité du clos et du couvert[714]. Mais avec la loi ALUR, à partir du 1er janvier 2017, ils devront faire établir un diagnostic technique global pour « toute mise en copropriété d'un immeuble construit depuis dix ans »[715].

175. Le législateur maintient donc un mode de gestion rigoureux de la copropriété afin de préserver l'intérêt général des copropriétaires, alors qu'en matière de lotissement, sa logique est d'organiser un espace non bâti, en préservant les intérêts privés et publics.

2. La division horizontale, mode d'organisation collective

176. Sans régime adapté, la division horizontale s'est développée de façon anarchique pour faire face à des besoins de logements[716]. Le législateur a alors élaboré un cadre pour les lotissements. La loi *Cornudet* du 14 mars 1919, puis la loi du 19 juillet 1924 avaient pour objectif de protéger les acquéreurs[717]. Depuis 1943[718], la volonté du législateur est également de maîtriser l'organisation collective des divisions foncières[719]. Récemment, les lotissements ont fait l'objet de plusieurs réformes, qui ont modifié notamment le régime des autorisations d'urbanisme[720]. L'esprit des divisions horizontales est de concilier les intérêts privés et

[713] Art. 18 de la loi de 1965, préc. La loi ALUR, préc., a inséré un article 8-2 dans la loi de 1965 qui prévoit que le syndic doit établir une fiche synthétique de la copropriété regroupant les données financières et techniques essentielles de la copropriété. L'entrée en vigueur de cette disposition sera progressive dans le temps, en fonction du nombre de lots.
[714] Art. L.111-6-2 CCH : en vigueur jusqu'au 31 décembre 2016.
[715] Art. L.731-4 CCH. Un tel diagnostic sera également nécessaire dans d'autres situations : art. L.731-1 et s. CCH.
[716] Sur le développement historique des lotissements : BERGEL J.-L., *Les servitudes de lotissement à usage d'habitation*, th. Aix-Marseille, L.G.D.J., 1973, pp. 25 et s.
[717] Loi du 14 mars 1919, J.O. du 15 mars 1919, p. 2726 ; loi du 19 juillet 1924, J.O. du 22 juillet 1924, p. 6538.
[718] Loi du 15 juin 1943, J.O. du 24 juin 1943 p. 1715.
[719] Jean-Pierre LEBRETON s'est demandé si ce souci d'organiser l'utilisation des espaces urbains n'avait pas laissé place à celui de garantir l'octroi du droit de construire*, in,* Le droit de l'urbanisme : de l'organisation générale de l'utilisation des espaces urbains à la garantie d'octroi du droit de construire ? , *Constr. Urb.* 2007, n°7, colloque 18,
[720] Ordonnance n°2005-1527 du 8 décembre 2005 *relative au permis de construire et aux autorisations d'urbanisme*, J.O. n°286, 9 décembre 2005, p. 18997 et son décret d'application n°2007-18 du 5 janvier 2007, J.O. n°5, 6 janvier 2007, p. 225 ; ordonnance n°2011-1916 du 22 décembre 2011 *relative à certaines corrections à apporter au régime des autorisations d'urbanisme*, J.O. du 23 décembre 2011, p. 21819 et son décret d'application n°2012-274 du 28 février 2012, J.O. 29 février 2012, p. 3563.

publics. Des règles sont parfois imposées aux co-lotis, mais elles coïncident souvent avec leurs propres intérêts[721]. Et les pouvoirs publics contrôlent la densité urbaine par le biais de l'organisation imposée par le régime des lotissements. Les divisions horizontales, ou divisions foncières, visent à organiser et à attribuer, en propriété ou en jouissance, des lots destinés à être bâtis. La transmission de ces droits à construire fait l'objet de toutes les convoitises de la part des particuliers, mais aussi des promoteurs et des marchands de biens. Un régime assez strict est donc nécessaire pour assurer la sécurité juridique.

177. Le champ d'application du lotissement étant assez étendu, il organise la plupart des divisions foncières[722]. L'ordonnance de 2005 a placé la définition du lotissement dans la partie législative du Code de l'urbanisme en la rendant plus concise[723]. L'ordonnance de 2011 a simplifié cette définition. Désormais et depuis le 1er mars 2012, « constitue un lotissement la division en propriété ou en jouissance d'une unité foncière ou de plusieurs unités foncières contiguës ayant pour objet de créer un ou plusieurs lots destinés à être bâtis »[724]. La vocation du lotissement reste l'aménagement, puisque les dispositions applicables aux lotissements font parties du titre IV du Code de l'urbanisme relatif aux aménagements[725]. Mais la définition du lotissement est plus claire car elle ne s'intéresse qu'à la technique de division, sans y mêler sa vocation ou son régime procédural. Ainsi, trois critères déterminent le champ d'application du lotissement. Deux éléments sont matériels : une division[726] et une unité foncière[727], et un élément est moral : l'intention de construire[728].

---

[721] Jean-Louis BERGEL, *op. cit.,* pp. 65 et s. évoque la « symbiose de l'intérêt général et de l'intérêt collectif ».

[722] Les exceptions au régime du lotissement sont prévues par l'article R.442-1 du Code de l'urbanisme (notamment le permis valant division et les divisions primaires).

[723] Pourtant, la définition était encore assez complexe : l'ancien article L.442-1 du Code de l'urbanisme disposait que « constitue un lotissement *l'opération d'aménagement* qui a pour objet ou qui, sur *une période de moins de dix ans*, a eu pour effet *la division, qu'elle soit en propriété ou en jouissance*, qu'elle résulte de mutations à titre gratuit ou onéreux, de partage ou de locations, *d'une ou de plusieurs propriétés foncières* en *vue de l'implantation de bâtiments* ».

[724] Art. L. 442-1 C. urba.

[725] La référence à l'opération d'aménagement ne servait pas à qualifier le lotissement, mais à déterminer le régime procédural, c'est-à-dire la déclaration préalable ou le permis d'aménager. Cela a été confirmé par une réponse ministérielle : Rep. Min., n°16281, J.O. 9 février 2010, p. 1367.

[726] Sur la notion de division : CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE (103e), *Division de l'immeuble, le sol, l'espace, le bâti*, 23-27 septembre 2007, pp. 106 et s.

[727] Une unité foncière "est un îlot de propriété d'un seul tenant, composé d'une parcelle ou d'un ensemble de parcelles appartenant à un même propriétaire ou à la même indivision ». Cette définition a été donnée dans un arrêt du Conseil d'Etat du 27 juin 2005, *Commune de Chambéry*, n°264667 : Juris-Data n° 2005-068640.

[728] La formule exacte de l'article L. 442-1 est « destinés à être bâtis », alors que précédemment les termes utilisés étaient « en vue de l'implantation de bâtiments ». Ces formulations sont équivalentes. Dans ce sens : CARPENTIER E., La définition du lotissement - Version 1.3.12, *JCP* N 2012, 1128, spéc. n° 6.

178. Le régime du lotissement soumet les lotisseurs et les co-lotis à de nombreuses obligations, qui entravent le droit de propriété. Jean-Louis BERGEL a d'ailleurs consacré sa thèse à ces « servitudes de lotissement à usage d'habitation »[729].

D'abord, le lotisseur doit obtenir une autorisation pour diviser l'unité foncière. Dans les secteurs sauvegardés et les sites classés, ou si la division crée ou aménage des voies, des espaces ou des équipements communs à au moins deux lots et internes au lotissement, le lotisseur devra obtenir un permis d'aménager[730]. Sinon, seule une déclaration préalable sera nécessaire.

De plus, le lotisseur a l'obligation de faire établir un bornage lorsqu'il vend les lots. L'absence de bornage fragilise l'acte authentique car à compter de sa signature, l'acquéreur dispose d'une action en nullité pendant un délai d'un mois[731].

Une fois propriétaire du terrain, le nouveau co-loti fait de plein droit[732] partie de l'association syndicale libre[733]. Cette dernière possède un objet assez large de gestion[734]. Et il doit respecter le cahier des charges qui régit de manière contractuelle les rapports entre co-lotis et, s'il existe, le règlement du lotissement. Ce dernier peut d'ailleurs contenir des règles d'urbanisme plus strictes que celles du PLU, et qui sont opposables aux co-lotis et à l'Administration[735].

Par ailleurs, dans le cadre d'un lotissement, des règles également plus strictes peuvent être imposées au propriétaire privé s'il a souhaité[736] faire partie d'une association foncière urbaine[737]. Or, même en vue d'un remembrement urbain, les règles décidées par une association foncière autorisée échapperont au contrôle de l'Administration.

---

[729] J.-L. BERGEL, *op. cit.*

[730] En ce qui concerne les équipements internes au lotissement, Jean-Philippe MENG estime qu'il pourrait s'agir de ceux qui sont visés par l'article L.332-15 du Code de l'urbanisme, *in*, Les corrections apportées aux régimes d'autorisation des lotissements, *JCP* N 2012, 1129, spéc. n°14.

[731] Art. L.111-5-3 C. urba.

[732] Civ. 3e, 28 novembre 1972, n°71-11.903 : *Bull. civ.* III, n°635 : le propriétaire est censé avoir consenti aux règles de l'association syndicale libre en signant l'acte d'acquisition.

[733] Ordonnance n°2004-632 du 1er juillet 2004 *relative aux associations syndicales de propriétaires*, J.O. du 2 juillet 2004, p. 12046.

[734] LIET-VEAUX G., Réflexions sur le nouvel objet des associations syndicales de propriétaires, *JCP* N 2005, 1074, p. 211.

[735] Avant l'entrée en vigueur de la loi ALUR il était possible pour les co-lotis de maintenir les règles propres au lotissement en demandant leur maintien tous les dix ans. Désormais, l'article L.442-9 du Code de l'urbanisme prévoit que « les règles d'urbanisme contenues dans les documents du lotissement, notamment le règlement, le cahier des charges s'il a été approuvé ou les clauses de nature règlementaire du cahier des charges d'il n'a pas été approuvé, deviennent caduques au terme de dix années à compter de la délivrance de l'autorisation de lotir si, à cette date, le lotissement est couvert par un plan local d'urbanisme ou un document d'urbanisme en tenant lieu (…) ».

[736] S'il s'agit d'une association foncière urbaine libre ou autorisée (il peut y avoir le cas d'une association foncière forcée).

[737] Les différents objets d'une association foncière urbaine sont précisés par l'article L.322-2 du Code de l'urbanisme.

179. La division horizontale a pour conséquence de répartir les droits à construire entre les lots créés. Or, depuis la loi *Galley* de 1975[738], les Communes pouvaient instaurer un plafond légal de densité (PLD) qui obligeait le propriétaire qui excédait le potentiel de constructibilité à verser une taxe[739]. Le PLD allié à la surface minimale des terrains constructibles présents dans les plans d'urbanisme étaient particulièrement attentatoires au droit de propriété. En effet, cette dernière imposait au propriétaire d'avoir un nombre spécifique de mètres carrés pour construire[740]. Pour éviter cette limitation, la pratique avait élaboré la méthode dite « Stemmer » ou de « copropriété horizontale »[741]. Le propriétaire vendait des droits à construire en indivision, et pour privatiser les maisons, il établissait un état descriptif de division qui permettait de faire renoncer à la théorie de l'accession. L'idée était de conserver l'ensemble de la constructibilité en ne divisant pas le terrain[742]. Mais lorsque l'ensemble des lots était bâti, un partage devait avoir lieu pour diviser le terrain qui était resté commun[743]. Cette méthode a été condamnée par la jurisprudence qui considère qu'elle créée une division en jouissance et par conséquent, qu'elle constitue une fraude au droit des lotissements[744].

180. Ces modes de division légale impérative transforment le droit de propriété en un droit original. Le propriétaire doit tenir compte du fait qu'il n'est pas isolé et que ses rapports avec les propriétaires qui lentourent doivent être organisés. Ces divisions légales de l'immeuble contiennent des limitations qui affectent le droit de propriété mais elles portent avant tout sur la chose. Preuve en est que ces régimes légaux se déclenchent en présence soit d'un immeuble bâti, composé de lots[745], soit d'un immeuble non bâti et divisé en vue de construire.

---

[738] Loi n°75-1328 du 31 décembre 1975, J.O. du 3 janvier 1976, p. 132.
[739] Le PLD a été supprimé par la loi n° 2010-1658 du 29 décembre 2010 *de finances rectificative pour 2010*.
[740] Par exemple : un terrain de 10000 m2 avec un coefficient d'occupation du sol (COS) de 0,1. Il était possible de construire 1.000 m2. Donc le propriétaire du terrain pouvait espérer diviser son terrain en dix lots bénéficiant chacun d'une constructibilité de 100 m2. Or, avec un PLD de 5000m2, il était seulement possible de constituer deux lots. À noter que les Communes peuvent désormais instaurer un seuil minimal de densité (art. L.331-36 C. urba.). La logique est inversée mais obliger à construire est aussi attentatoire que de limiter la constructibilité. Désormais, il n'y a plus de COS mais une surface plancher (art. R112-2 C. urba).
[741] *Cf.* Colloque des 21 et 22 avril 1998 à Montpellier, sur « le droit de diviser », pp. 37 et s., pour voir la position de son créateur, Bernard STEMMER, qui explique sa conception de la copropriété horizontale et de l'état descriptif de division. Et pour une vue d'ensemble de la méthode « Stemmer » : CONGRES DES NOTAIRES (103e), *op. cit.,* pp. 396 et s.
[742] Il y avait, selon Bernard STEMMER, une « emprise » au sol.
[743] Plus de 5000 logements ont été construits avec la méthode « Stemmer » dans les Alpes-maritimes.
[744] Notamment : CE 26 septembre 1990, *Epoux Seguin et autres*, n°86058; CAA Nantes, 31 mai 1995, *SNC les Rouges-Gorges*, n°93-131 ; CE 21 août 1996, *Ville de Toulouse* : nos137834, 137835 ; CAA Marseille, 3 juin 1999, *SOPRAF et Commune de Villeneuve-Loubet*, req. n°97MA05313.
[745] Art. 1er loi 1965, préc.

La pratique a élaboré d'autres techniques dérogatoires de division en recourant à une convention.

B. La division conventionnelle dérogatoire

181. Les modes de divisions conventionnelles dérogatoires font évoluer le droit de propriété vers un droit plus souple, qui s'adapte à son propre objet , l'immeuble, et à la volonté de son propriétaire. Sans aucun doute, au nom de la liberté contractuelle, ces divisions portent atteinte à la conception absolue du droit de propriété[746]. Ces divisions explorent de nouveaux domaines et créent de nouvelles organisations du droit de propriété. Ainsi, la division en volumes immobiliers permet de diviser l'espace (1). Le bail à construction et le bail emphytéotique permettent de diviser temporairement le droit de propriété (2).

1. La division en volumes immobiliers

182. Avec la même logique que la maxime « *Cujus solum ejus caelum et usque ad inferos* »[747], l'article 552 du Code civil a consacré la présomption selon laquelle le propriétaire du sol est propriétaire du dessus et du dessous. Mais ainsi que les exceptions de l'article 552 le laissent supposer, la présomption n'est pas irréfragable. La première dérogation au phénomène d'accession a été la reconnaissance du droit de superficie[748]. Ce droit de superficie a participé à légitimer la copropriété par appartements de l'ancien article 664, mais la notion en tant que telle est restée absente des textes légaux[749]. L'avant-projet de réforme en droit des biens a souhaité y remédier. L'article 562 de cet avant-projet fait ainsi référence à la « propriété superficiaire » et à la « propriété tréfoncière »[750].

[746] SOMMIER E., La division de la propriété immobilière en volumes cessibles, *JCP* N 1976, I, 2788, spéc. n°2.
[747] « Au propriétaire du sol appartient l'infini de l'éther et le mystère des profondeurs » : BROUILLAUD P., *Des limites du droit de propriété en hauteur et en profondeur*, th. Bordeaux, 1926, p. 10. L'objectif de BROUILLAUD était de « découvrir un critérium général qui permet de délimiter, à la fois dans l'espace et dans le sous-sol, l'étendue du droit de propriété ». Il s'est attaché à étudier l'article 552 du Code civil.
[748] Sur les origines historiques du droit de superficie : MARTY J.-P., *La dissociation juridique de l'immeuble*, th. Toulouse I, Préf. P. HÉBRAUD, L.G.D.J., 1979, pp. 134 et s.
[749] Les seules références au droit de superficie sont présentes aux articles 2521 et 2531 du Code civil, mais ce sont des dispositions applicables à Mayotte.
[750] Art. 562 al. 1er de l'avant-projet de réforme du droit des biens : « Un fonds peut faire l'objet d'une division visant à conférer à un tiers la propriété d'une partie de ce fonds situé au-dessous d'une limite conventionnellement fixée. La propriété du dessus est appelée propriété superficiaire, celle du dessus propriété tréfoncière ».

Le droit de superficie permet de détacher le droit de propriété du sol, en distinguant le tréfonds et la superficie[751]. De cette manière, il est possible de construire sur le terrain d'autrui tout en conservant la pleine propriété des constructions. Mais le droit de superficie ne permet pas de distinguer plusieurs propriétaires, ni de gérer leurs rapports. La pratique, essentiellement notariale, et la doctrine, spécialement SAVATIER[752], ont adapté le droit de superficie en prenant en considération une troisième dimension : la hauteur.

183. Les volumes immobiliers permettent de morceler l'espace et d'en faire des lieux appropriables. En pratique, le géomètre-expert dresse un état descriptif de division pour diviser l'immeuble en lots volume[753]. Il prend en compte l'assiette cadastrale, mais utilise également un système de calcul altimétrique qui se réfère aux côtes NGF[754] de l'IGN69[755], dont le niveau 0 se situe au Marégraphe de Marseille[756]. Les lots de volume ainsi créés sont des propriétés privatives[757], qui ne possèdent rien en commun les uns avec les autres. Les rapports entre les co-volumiers sont organisés au moyen d'un réseau de servitudes d'appui, de support, d'ancrage, de canalisations, de branchements[758]. Et ces servitudes sont rassemblées dans un document contractuel appelé le cahier des charges. Enfin, il est recommandé de prévoir la gestion des volumes par l'intermédiaire d'une association syndicale libre[759].

184. Cette division, quoique dérogeant aux statuts impératifs de la copropriété ou du lotissement, semble admise par la jurisprudence si elle intervient dans des circonstances particulières[760]. L'idée est qu'en créant des volumes, il ne faut pas avoir pour but de

---

[751] TRANCHANT L., Du droit de superficie à la propriété modulaire, *in* Mél. BERGEL, Bruylant, 2013, p. 749. Laetitia TRANCHANT propose la notion de « propriété modulaire » qui rendrait compte « de la double nature du droit dont il s'agit : un droit de propriété, modulable en fonction de la dissociation juridique de l'immeuble à laquelle on souhaite parvenir ou vers laquelle on évoluera », préc. spéc. p. 767.

[752] SAVATIER R., Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels, *RTD civ.* 1958, p. 1 ; SAVATIER R., La propriété de l'espace, *D.* 1965, Chron., p. 213 ; SAVATIER R., La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers, *D.* 1976, Chron., p. 103.

[753] Sur l'établissement pratique d'une division en volumes : Pratique notariale, Immobilier, 1, 2007, étude 200.

[754] Nivellement géographique français.

[755] Institut géographique national.

[756] Pour la France métropolitaine. Pour la Corse, le niveau 0 est à Ajaccio.

[757] Ils sont considérés comme des immeubles par nature : V. CONGRES DES NOTAIRES (103e), *op. cit.*, p. 457.

[758] BAYARD-JAMMES F., th. préc., p. 37.

[759] Sur l'association syndicale libre : *cf. supra* n°178.

[760] Pour le juge judiciaire, par rapport à la copropriété : Civ. 3e, 17 février 1999, n°97-14.368: *Bull. civ.* III, n°42 ; *JCP* G., 1999, I, 175, n°12. Pour le juge administratif, par rapport au lotissement : CE 30 novembre 2007, *Ville de Strasbourg c./ M. et Mme Maleriat-Bihler*, n°271897 : *BJDU* 5/2007, p. 367.

contourner les règles impératives[761], mais de remédier à une situation qui se règlerait difficilement par les modes légaux[762].

La division en volumes immobiliers est admise, soit en cas de cohabitation de la propriété privée et du domaine public, soit pour des ensembles immobiliers complexes[763]. Par ailleurs, des circonstances peuvent légitimer le recours aux volumes. Ainsi, s'il n'y a pas de parties communes, ou si une organisation juridique différente est créée, il sera possible de choisir la division en volume[764]. Il faut donc veiller à ce que la situation ne réunisse pas les conditions de l'article 1er de la loi de 1965.

185. Dans un arrêt du 19 septembre 2012, la Cour de cassation a d'ailleurs sanctionné un montage en volumes parce qu'il ne constituait pas une organisation différente au sens de la loi de 1965[765]. Le professeur ATIAS s'était alors demandé si cette décision pouvait être une « menace » pour la division en volumes[766]. Cependant, la Cour de cassation n'a pas innové, elle a seulement été pointilleuse sur les termes. En l'espèce, un même ensemble immobilier avait été divisé en plusieurs lots de volume, et certains d'entre eux avaient été soumis au régime de la copropriété. Le syndicat des copropriétaires de l'un de ces volumes a demandé à un co-volumier non soumis au régime de la copropriété de payer des charges d'entretien d'équipement collectif. La Cour d'appel a débouté le syndicat de sa demande en indiquant que l'état descriptif de division pouvait être considéré comme une convention contraire visée par l'article 1er alinéa 2 de la loi de 1965. Or, l'état descriptif de division n'est qu'un document technique, servant à la publicité foncière[767]. Les lots de volume ne « sont que des lots de publicité foncière »[768]. L'état descriptif de division ne pouvait donc pas créer une organisation permettant de déroger à la loi de 1965. Par contre, le cahier des charges rassemble les règles conventionnelles applicables à l'immeuble, et prévoit la constitution d'une ASL pour gérer les volumes.

---

[761] Comme c'est le cas de la « méthode Stemmer » pour le lotissement, *cf. supra* p. 179.

[762] À défaut, si la division en volumes a détourné le statut de la copropriété, l'administration fiscale pourra requalifier l'ensemble immobilier en copropriété et demander un droit de partage. De plus, les règles de la copropriété devront s'appliquer.
Et s'il aurait fallu faire un lotissement, le juge pourra estimer qu'il y a fraude à la loi et prononcer la nullité des ventes et des locations. Et le permis pourra être annulé par le juge administratif.

[763] CONGRES DES NOTAIRES (103e), pp. 458 et s., « Quand utiliser la division en volumes ? ».

[764] En pratique, des situations posent problèmes, notamment le mélange d'affectations différentes de bâtiments (des locaux commerciaux, une grande surface, au rez-de-chaussée, et des appartements au dessus), et l'imbrication de bâtiments gérés par des organismes différents (office HLM et syndic privé).

[765] Civ. 3e, 19 septembre 2012, n°11-13.679 et n°11-13.789 : *Bull. civ.* III, n°126.

[766] ATIAS Ch., Menace sur la division en volumes ?, *Rép. Defrénois* 2012, n°20, p. 1003.

[767] Depuis le début des années 90, la jurisprudence considère que l'état descriptif de division n'a pas une valeur contractuelle : Civ. 3e, 8 juillet 1992, n°92-11.578 : *Bull. civ.* III, n°241 ; Civ. 3e, 30 mai 1995, n°93-16.021.

[768] ATIAS Ch., préc., spéc. n°16.

Ainsi, les volumes divisent juridiquement l'immeuble en créant un droit de propriété applicable à l'espace[769]. Ce droit de propriété sur les volumes est limité par les règles contractuelles établies dans l'intérêt général des co-volumiers.
L'évolution du droit de propriété atteint son paroxysme avec la division temporaire entre le foncier et le bâti.

2. La division temporaire entre le foncier et le bâti

186. À l'instar des volumes immobiliers, le bail emphytéotique et le bail à construction[770] sont des adaptations du droit de superficie. Ces baux permettent de faire renoncer le propriétaire du sol à l'accession, de façon temporaire. Le bail emphytéotique a pour effet de dissocier le foncier du bâti. Le bail à construction est, plus spécifiquement, un moyen de construire sur le terrain d'autrui tout en gardant la propriété de la construction. Traditionnellement, le preneur à bail emphytéotique ou à construction est considéré comme étant le titulaire d'un droit réel sur les constructions[771]. Mais il ne peut conférer plus de droits qu'il n'en possède et, de manière contractuelle, le bailleur peut lui imposer des restrictions sur son activité[772].
Des montages associent souvent les volumes à ce type de bail. Souvent, le domaine public, propriétaire du sol, va concéder un bail à construction ou un bail emphytéotique à des personnes privées afin de construire ou de gérer des ensembles immobiliers[773]. Aux termes du bail, qui peut avoir une durée de 99 ans, le bailleur devient, ou redevient, pleinement propriétaire du bâti[774]. Enfin, cette division peut être utilisée pour donner un cadre juridique à la pose des panneaux photovoltaïques[775].

[769] LE RUDULIER N., Le lotissement du ciel, division en volumes et règles de scission de la propriété foncière, *JCP* N 2011, Etude 1120. Nicolas LE RUDULIER estime qu'il s'agit d'un « lotissement du ciel » et qu'il faudrait soumettre les divisions en volumes aux règles du lotissement.
[770] Ou sa variante le bail à réhabilitation : art. L.252-1 et s. CCH.
[771] Pour le bail emphytéotique : art. L.451-1 du C. rur. Pour le bail à construction : art. L.251-3 CCH.
[772] Civ. 3e, 7 avril 2004, n°02-16.283 : *Bull. civ.* III, n°70.
[773] Pour les aspects pratiques : PERO AUGEREAU-HUE M.-H. et DELORME B., Le bail emphytéotique des personnes publiques : clauses et conséquences, *JCP* N 2013, Etude 1119.
[774] Pour un exemple local : Civ. 3e, 10 avril 2013, n° 11-21.947 : *Bull. civ.* III, n°50, qui concerne l'Eglise russe de Nice.
[775] À ce sujet : PÉRINET-MARQUET H., Les techniques de montage juridique d'un projet photovoltaïque, *RDI* 2010, p. 352 ; et, RAVANAS E., Quelques réflexions autour de problématiques immobilières rencontrées dans les projets éoliens et photovoltaïques, *JCP* N 2009, 1275.

187. L'ordonnance du 20 février 2014[776] a créé le bail réel immobilier, dit « BRILO », définit comme un « bail par lequel un propriétaire personne physique ou personne morale de droit privé consent, pour une longue durée, à un preneur, avec obligation de construire ou de réhabiliter des constructions existantes, des droits réels en vue de la location ou de l'accession temporaire à la propriété de logements (…) »[777] intermédiaires[778]. En outre, le législateur a précisé que le preneur est à la fois titulaire d'un droit réel qui lui permet de céder le bail, et propriétaire temporaire des constructions et améliorations qu'il a réalisées. Il formule ainsi explicitement l'existence d'une propriété temporaire, alors que dans le cadre du bail à construction il indiquait simplement qu'à défaut de convention particulière, le bailleur devient propriétaire des constructions au terme du bail.

Par ailleurs, contrairement au bail à construction, le bail réel immobilier permet d'inclure des clauses anti-spéculatives qui vont plafonner les ressources des acquéreurs, mais aussi limiter le prix d'acquisition par des plafonds[779]. Par conséquent, le droit de propriété du bailleur sur le terrain se trouve limité par les prérogatives que détient le preneur à bail réel, et quant à la propriété du preneur sur les constructions, elle se trouve limitée par le temps et par les clauses anti-spéculatives. L'intérêt de ces baux est surtout de permettre la gestion des immeubles contenant des logements non pas sociaux, mais intermédiaires. Ce bail réel immobilier est considéré comme un « outil innovant » adapté aux besoins et au service d'une politique du logement[780].

188. Et dernièrement, l'article 94 de la loi *Macron*[781] a habilité le gouvernement à prendre par ordonnance dans l'année de la promulgation de la loi, les mesures nécessaires à mettre en place un bail dénommé « bail réel social ». Ce bail serait consenti par un organisme foncier solidaire[782] et reposerait sur une possibilité de rechargement à chaque mutation si le preneur répond aux critères d'éligibilité[783].

---

[776] Ordonnance n°2014-159 du 20 février 2014 *relative au logement intermédiaire*, J.O. du 21 février 2014, p. 3074.
[777] Art. L.254-1 CCH.
[778] COUTANT-LAPALUS C., Un nouvel outil au service du logement intermédiaire : le bail réel immobilier, *Loyers et copro.* 2014, alerte 39. Christelle COUTANT-LAPALUS explique que ces baux sont « destinés aux besoins des ménages dont les ressources sont trop élevées pour envisager l'attribution d'un logement social et insuffisantes pour accéder au parc libre ».
[779] POUMAREDE J., Le bail réel immobilier logement, *RDI* 2014, p. 265.
[780] COUTANT-LAPALUS C., préc. ; POUMAREDE J., préc.
[781] Loi dite « loi Macron » n°2015-990 du 6 août 2015 *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, J.O. du 7 août 2015, p. 13537.
[782] Art. 329-1 C. urba.
[783] BOULANGER D., Des aspects immobiliers de la loi Macron, *JCP* N 2015, 1155.

189. Ces baux ont le mérite d'aborder le droit de propriété d'une nouvelle façon, soit en laissant un champ d'action important à la liberté et à l'innovation contractuelles, soit en promouvant une certaine fonction sociale du droit de propriété. Cela signifie que le droit de propriété a dû s'adapter à toutes ces évolutions. L'immeuble, objet du droit de propriété, a subi une modification de sa structure en devenant moins matériel et plus évanescent. Le droit de propriété semble, quant à lui, avoir perdu son aura de droit sacré et absolu.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

190. Les limitations au droit de propriété ont été reconnues en 1982 aussi bien en France devant le Conseil constitutionnel que devant la Cour européenne des droits de l'homme. Depuis, elles n'ont cessé de se développer. L'expropriation pour cause d'utilité publique n'est qu'un cas de privation parmi d'autres. Et les restrictions ne sont plus cachées par les auréoles du droit de propriété.

191. Par la suite, elles se sont développées en s'adaptant aux besoins de la société. Ces besoins ont été mis en œuvre par des personnes publiques, dans le cadre du droit de l'urbanisme ou de l'environnement. Leur méthode est de limiter la liberté des droits des propriétaires. De cette façon, elles attirent vers elles les avantages qu'elles souhaitent tirer du droit de propriété. Cette méthode peut être qualifiée de démembrement déguisé.
Les divisions de l'immeuble restreignent le droit du propriétaire à des fins de gestion, mais elles ne morcellent pas le droit lui-même. Autrement dit, elles divisent l'immeuble et non le droit de propriété. Chaque propriétaire bénéficie donc d'un droit de propriété « plein et entier conformément au principe fondamental prôné par l'article 544 du Code civil »[784]. Toutefois, l'exclusivité de son droit est assouplie puisque chacun des propriétaires doit respecter les droits qu'ont les autres propriétaires du même ensemble immobilier, et dans l'intérêt général.

[784] ROUX J.-M., Brèves remarques sur les rapports entre copropriété et volumes, *in* Mél. BERGEL, Bruylant, 2013, p. 677, spéc. p. 685.

CONCLUSION DU TITRE 1

192. Les limitations et le droit de propriété ont toujours existé ensemble. Par conséquent, le droit de propriété ne peut pas être considéré comme absolu, et les limitations ne doivent pas être repoussées. Seul un équilibre entre le droit de propriété et ses limitations est le signe d'une société stable. En outre, les limitations ont un fondement particulièrement puissant, l'intérêt général, qui possède une nature protéiforme et qui peut être qualifié de notion générique.
La reconnaissance de l'existence des limitations et d'un tel fondement confirment que le droit de propriété a évolué : il n'est plus tout à fait le droit de propriété conçu par les révolutionnaires.

193. Les limitations se sont développées, notamment depuis les années 80, dans plusieurs dimensions : dans leur mode et dans leur forme, et par l'intermédiaire du droit public et du droit privé. Ces limitations n'ont pas les mêmes impacts sur le droit de propriété : certaines vont jusqu'à priver le propriétaire de son droit, mais de nombreuses autres sont bien moins évidentes. Enfin, certaines vont porter atteinte au droit de propriété, le diminuer, alors que d'autres ne vont aboutir qu'à lui donner un nouvel aspect, même s'il est souvent moins éclatant.

194. Ainsi, les limitations sont bien les témoins de la mutation du droit de propriété, par la reconnaissance de leur existence et par leur développement. Mais à force de s'adapter, il n'est plus uniquement question de la mutation du droit de propriété mais de son instrumentalisation.

TITRE 2. Les limitations, témoins de l'instrumentalisation du droit de propriété

195. Au XXI[e] siècle, le droit de propriété semble être considéré comme une valeur refuge face à la répétition des crises économiques. Preuve en est que tout ce qui peut avoir une valeur fait appel à la notion de propriété, et cela dans des domaines variés. En effet, les propriétés intellectuelles, la propriété des créances, la propriété fiduciaire, la propriété commerciale, la propriété des valeurs mobilières, entre autres, ont peu de choses en commun si ce n'est de se désigner comme une « propriété ». Ce constat a déjà été fait à de multiples reprises[785]. RIPERT en 1955 se demandait si l'on pouvait encore parler de droit de propriété en présence de tant de formes nouvelles[786]. Trois décennies plus tard, CARBONNIER estimait que « la propriété n'existe pas » et qu' « il n'existe que des propriétés diverses, autant que de catégorie de choses et de personnes »[787].

Ce phénomène en expansion a été le point de départ de diverses réflexions tendant à qualifier le droit de propriété, et dont l'une des préoccupations était de savoir si l'on confondait le droit de propriété avec son objet, la chose ou le bien, ou s'il était un droit réel[788]. Mais en étudiant chacune de ces démonstrations, il en ressort surtout que le droit de propriété apparaît comme un droit fondamental, hiérarchiquement supérieur aux autres droits subjectifs[789].

196. Pourtant, le droit de propriété fait l'objet d'une instrumentalisation causée par de nouveaux types de limitations au droit de propriété. De cette manière, le droit de propriété est instrumentalisé en fonction de l'utilité ou de la valeur que l'on veut en retirer. Cette instrumentalisation crée des formes nouvelles de propriétés : les *propriétés instrumentales*. Ces propriétés acquièrent une dimension nouvelle en transcendant l'opposition classique entre le droit réel et le droit personnel. Cela signifie qu'un propriétaire n'est plus uniquement celui qui détient un droit réel sur une chose corporelle.

---

[785] THERY R., De l'utilisation à la propriété des choses, *in* Mél. RIPERT, L.G.D.J., t. 2, 1950, p. 18.
[786] RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., Paris, 2[e] éd., 1994, p. 210.
[787] CARBONNIER J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur, (Le droit de propriété depuis 1914),* L.G.D.J., 9[e] éd., 1998, p. 162.
[788] Par exemple : GINOSSAR S., Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel, *RTD civ*. 1962, p. 580 ; ZENATI F., *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon 3, 1981, p.14 ; VANUXEM S., *Les choses saisies par la propriété*, th. Paris 1, Préf. Th. REVET, IRJS Editions, Coll. Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne André Tunc, t. 35, 2012, p. 11.
[789] En effet, pour reprendre les ouvrages cités en exemples dans la note précédente : pour GINOSSAR, tous les droits et choses compris dans le patrimoine sont propriété, pour Frédéric ZENATI-CASTAING le droit de propriété est une notion fondamentale distincte de la notion de droit réel, c'est le droit subjectif, et pour Sarah VANUXEM les choses peuvent faire l'objet soit de la propriété d'une place contenue dans la chose d'autrui, c'est-à-dire de la propriété d'un droit, soit de la propriété d'une place non contenue dans la chose d'autrui, c'est-à-dire de la propriété d'une chose.

Des évolutions législatives et jurisprudentielles illustrent ce changement.

D'une part, les jurisprudences interne et européenne semblent accepter l'existence d'un droit de propriété sur des créances[790]. Cela signifie que la nature corporelle ou incorporelle du bien[791], objet du droit de propriété, n'est pas déterminante dès que le bien représente une utilité et/ou une valeur[792].

D'autre part, dans la même logique, le législateur a reconnu un droit de propriété incorporelle de l'auteur sur son œuvre[793], mais aussi un droit de propriété intellectuelle sur la marque[794]. Or, ces droits de propriété intellectuelle ne possèdent pas un caractère perpétuel tel qu'il est établi en matière immobilière[795], et il n'y a pas de régime uniforme entre eux[796]. Ainsi, par exemple, l'un peut posséder un terme extinctif[797], un autre peut ne pas avoir de terme extinctif et pourtant se perdre par le non-usage[798], et enfin, un dernier peut avoir un terme extinctif mais être imprescriptible[799]. Le caractère hétéroclite des droits de propriété intellectuelle explique qu'ils soient qualifiés de droit mixte, à mi-chemin entre un droit réel et un droit personnel[800], ou de droit original, c'est-à-dire ni un droit réel, ni un droit personnel[801]. Mais, pourtant, les juges constitutionnels ont bien précisé que les droits de propriété intellectuelle

---

[790] *Cf. infra* n°682 au sujet du droit de propriété des créanciers.

[791] CARON Ch., Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle, *JCP G.* 2004. I. 162 : en conclusion l'auteur estime d'ailleurs que « L'appréhension de l'immatériel est incontestablement le grand défi du droit des biens pour le XXI^e^ siècle ».

[792] MOUSSERON J.-M., RAYNARD J. et REVET Th., De la propriété comme modèle, *in* Mél. COLOMER, Litec, 1993, p. 286.

[793] Art. L.111-1 CPI : « 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 (…) ». D'ailleurs, le Conseil constitutionnel dans la Décision n°2006-540 DC, 27 juillet 2006, cons. 15, J.O. du 3 août 2006, p. 11541, a confirmé la protection du droit d'auteur et des droits voisins en tant que droit de propriété intellectuelle. Pour d'autres décisions, *cf. infra* n°681.

[794] Art. L.713-1 CPI : « l'enregistrement de la marque confère à son titulaire un droit de propriété sur cette marque pour les produits et services qu'il a désignés »

[795] En effet, le caractère perpétuel signifie à la fois que le droit de propriété n'est pas affecté d'un terme extinctif et qu'il ne peut pas se perdre par le non-usage : *Cf. supra* n°214.

[796] En matière de propriété intellectuelle, seul le droit des marques permet d'atteindre une perpétuité. Toutefois, le titulaire de la marque doit être vigilant puisqu'il doit en assurer le renouvellement tous les dix ans, mais ce renouvellement est sans limite (art. L.712-1 CPI).

[797] Le droit de l'inventeur sur son brevet s'éteint 20 ans à compter du jour du dépôt de la demande : art. L.611-3 CPI.

[798] Selon l'article L.712-1 du Code de la propriété intellectuelle, le droit sur une marque s'éteint 10 ans à compter de son dépôt, mais cette échéance est renouvelable indéfiniment. Il n'y a qu'une apparence de terme extinctif. Et selon l'article L.714-5 du Code de la propriété intellectuelle, une marque peut se perdre par le non-usage.

[799] Le droit patrimonial de l'auteur sur son œuvre s'éteint 70 ans après son décès (art. L.123-1 CPI), mais son droit moral est perpétuel et imprescriptible (art. L.121-1 al. 3 CPI). Et la jurisprudence a reconnu que l'auteur, sa vie durant, ne peut pas perdre le droit patrimonial qu'il possède sur son œuvre car il est attaché à sa personne : Civ. 1^re^, 13 novembre 1973, n°71-14.469 : *Bull. civ*. I, n°302 ; Civ. 1^re^, 6 mai 1997, n°95-13.913.

[800] STRICKLER Y., *op. cit.,* pp. 27-28, n°12 ; TERRÉ F.et SIMLER Ph., *op. cit.,* pp. 78 et s., n°63 (sans qualifier les droits de propriété intellectuelle de droit mixte, ils expliquent en quoi ils présentent des éléments de droit réel et de droit personnel).

[801] DROSS W., *op. cit.,* p. 383, n°467 (William DROSS explique toutefois que cette catégorie « *sui generis* » est « déceptive » et qu'il préfère les « qualifications axées sur une approche économique de la problématique »).

figurent parmi les domaines nouveaux du droit de propriété[802]. Ainsi, la qualification de droit réel ou de droit personnel importe peu pour que l'on reconnaisse un droit de propriété, puisque ce dernier n'a pas automatiquement les caractères qu'on lui reconnaît traditionnellement.

197. Cette extension du droit de propriété à des domaines nouveaux ne peut qu'avoir des incidences sur la matière originelle du droit de propriété, c'est-à-dire le droit de propriété en matière immobilière. Cet effet boomerang se vérifie à travers la notion de démembrement. En effet, cette notion s'émancipe des schémas classiques grâce notamment à l'abandon du *numerus clausus* des droits réels et à la liberté contractuelle consécutive[803]. En outre, l'avènement du droit au logement et la valeur du travail permettent de se demander si ces motifs socio-économiques ne pourraient pas conduire à un démembrement des utilités socio-économiques du droit de propriété. Ainsi, les démembrements du droit de propriété correspondent à une instrumentalisation de ses utilités (chapitre 1).
Or, de par cette évolution, le droit de propriété est de plus en plus déstructuré et devient un élément du patrimoine pour sa valeur. Le droit de propriété en matière immobilière fait ainsi l'objet d'une stratégie patrimoniale globale alliant des garanties et des démembrements, tout en dématérialisant le droit lui-même. La dématérialisation du droit de propriété aboutit à l'instrumentalisation de sa valeur (chapitre 2).

Chapitre 1. Les démembrements du droit de propriété, l'instrumentalisation de ses utilités

Chapitre 2. La dématérialisation du droit de propriété, l'instrumentalisation de sa valeur

[802] Décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, J.O. 3 août 2006, p. 11541. V. REVET Th., Les droits de propriété intellectuelle sont des droits de propriété, RTD civ. 2006, p. 791.
[803] *Cf. infra* n°242.

Chapitre 1. Les démembrements du droit de propriété, l'instrumentalisation de ses utilités

198. La technique du démembrement permet de transmettre des utilités du droit de propriété à un tiers sans faire disparaître le droit de propriété originel. Toutefois, il faut prendre garde à ce que le droit de propriété ne soit pas vidé de ses utilités. Pour ne pas arriver à une situation proche du système féodal, les rédacteurs du Code civil avaient expliqué à l'article 543 du Code civil qu'« on peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre ». Mais à la lumière de l'évolution plutôt extensive que connaissent les termes de « bien »[804] et de « droit de propriété », il était possible de deviner que cette liste des utilités juridiques conférées par le droit de propriété ne pouvait être limitative. D'autant plus que cet article n'était sûrement qu'une « annonce de plan » destinée à expliquer la démarche frileuse des codificateurs vis-à-vis des démembrements[805].

199. Le droit de propriété aurait-il fini par devenir victime de son succès ? Il est vrai que ses multiples avantages ont de quoi séduire, sans compter qu'elle symbolise également la liberté de l'individu[806]. Il est aussi vrai que démembrer le droit de propriété en fonction des utilités du bien, et donc des avantages qu'il peut transférer à autrui, semble être attentatoire à la définition même du droit de propriété[807]. En effet, il est mis fin aux caractères exclusif et absolu du droit de propriété puisque plusieurs personnes vont se partager les différentes utilités qu'il procure[808]. La concurrence entre propriétaires démembrés ou entre le propriétaire originel et les propriétaires démembrés sera d'ailleurs plus ou moins ambiguë selon la nature juridique ou économique du démembrement. Le bénéficiaire des utilités juridique ou économique du bien possède souvent des droits de jouissance qui, par leurs caractères, font

[804] *Cf. infra* n^os^692 et s.
[805] DROSS W., *op. cit.*, p. 114, note 22 et JurisClasseur Civil Code, V° « article 543 », par DROSS W., 22 novembre 2010, spéc. n°1; LIBCHABER R., Les habits neufs de la perpétuité, *RDC* 2013, n°2, p. 584. Dans le même sens : ATIAS Ch., *op. cit.,* p. 51, n°70 ; MALAURIE Ph., et AYNÈS L., *op. cit.,* p. 111, n°358 ; M.-L MATHIEU, *op. cit.,* pp. 41-42, n°117 ; STRICKLER Y., *op. cit.,* p. 28, n°12 ; TERRÉ F. et SIMLER Ph., *op. cit.,* p. 65-66, n°52.
[806] ROEDERER P.-L., *L'Esprit de la Révolution de 1789*, Paris, 1831, p. 10 : « Ce que la nation a fait en 89 pour la liberté et la propriété n'a été qu'une conséquence et un accessoire de ce qu'elle a fait pour acquérir l'égalité des droits ».
[807] *Cf. infra* n^os^677 et s.
[808] Dans ce sens, ZENATI-CASTAING F., th. préc., p. 104 : « (…) le démembrement ne nie pas seulement les caractères et la nature de la propriété, il subvertit sa définition même ».

penser au droit de propriété, d'autant plus que le propriétaire les lui a concédés volontairement ou non.

Toutefois, le droit de propriété s'est adapté à ces formes de limitations qui l'instrumentalisent. Tout en restant le modèle, il émet des avantages en fonction des utilités recherchées dans le droit de propriété. Ainsi, le droit de propriété peut aussi bien faire l'objet d'un démembrement de ses utilités juridiques (Section 1), ou d'un démembrement de ses utilités socio-économiques (Section 2).

Section 1. Le démembrement des utilités juridiques

200. En pratique, le démembrement du droit de propriété est une technique juridique courante. Pourtant, le Code civil ne l'évoque jamais, et lorsqu'il s'agit de définir la notion même de démembrement, la doctrine semble mal à l'aise voire critique[809]. Ainsi, De VAREILLES-SOMMIERES, fervent opposant à la notion de démembrement écrivait en 1905 qu'il s'agissait d'« un néologisme inspiré aux modernes par une vague réminiscence du droit féodal »[810]. Effectivement, le démembrement rappelle les mauvais souvenirs du fractionnement de la propriété qui créait un système injuste entre les propriétaires du domaine utile et ceux du domaine éminent. Les révolutionnaires ont souhaité éliminer ce système du droit français et c'est pour cela que les codificateurs ont évité la notion de démembrement en lui préférant celle de modification de la propriété[811]. Ainsi, le livre deuxième regroupant certains démembrements des utilités juridiques est intitulé : « Des biens et des différentes modifications de la propriété »[812].

201. Ce contexte explique qu'il est délicat de définir la notion de démembrement des utilités juridiques, et que la seule définition ne peut avoir lieu que par comparaison. Le concept de démembrement est donc en quête d'existence (§1). Le Code civil encadre l'usufruit[813], le droit d'usage et d'habitation[814] et les servitudes[815]. Toutefois la réaffirmation

[809] ZENATI-CASTAING F., th. préc., p. 104, intitule un paragraphe « analyse critique du démembrement ».
[810] VAREILLES-SOMMIERES (de la Broüe de) G., La définition et la notion juridique de la propriété, *RTD civ*. 1905, p. 488.
[811] Ce fait est d'ailleurs l'un des arguments du marquis de VAREILLES-SOMMIERES pour dire que la qualification de démembrement est « fausse », préc., spéc. p. 490.
[812] Il faut noter que l'avant-projet de réforme du droit des biens a proposé un titre IV intitulé « Des démembrements de la propriété », *in* PÉRINET-MARQUET H. (sous la direction de), *Proposition de l'association H. CAPITANT pour une réforme du droit des biens*, Litec, Coll. Carré Droit, Paris, 2009, p. 127.
[813] Art. 578 et s. C. civ.
[814] Art. 625 et s. C. civ.
[815] Art. 637 et s. C. civ.

récente de liberté contractuelle quant à la création de droits réels démembrés permet de prédire que la typologie des démembrements des utilités juridiques est en devenir (§2).

§1. Un concept en quête d'existence

202. Le concept de démembrement des utilités juridiques traduit une réalité qu'il est difficile de définir juridiquement. En effet, ce concept n'entre pas totalement dans la catégorie des droits réels démembrés[816], parce qu'un droit réel démembré ne confère pas toujours une utilité à son titulaire[817]. De plus, la notion d'utilité juridique est distincte de celles d'attribut ou de prérogative, c'est-à-dire l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus,* si l'on considère qu'il ne s'agit pas de décrire le contenu du droit de propriété, mais son objet[818]. Le titulaire d'une utilité juridique bénéficie donc d'un avantage juridique sur un bien, qui peut ou pas, se traduire par un avantage pratique. Enfin, un démembrement des utilités juridiques donne naissance à une propriété instrumentale : la *propriété démembrée.*
Les enjeux du démembrement des utilités juridiques (B) sont à la mesure des difficultés pour le définir (A).

A. La définition du démembrement des utilités juridiques

203. Le concept de démembrement des utilités juridiques ne peut être défini qu'à la lumière de catégories juridiques reconnues : le droit réel et le droit personnel[819].
Etymologiquement, un droit réel signifie avant tout un droit sur une *res*, c'est-à-dire sur une chose[820]. Mais, un élément supplémentaire est nécessaire pour définir le droit réel. François TERRÉ et Philippe SIMLER précisent qu'il s'agit d' « un droit qui donne à la personne un

[816] TERRÉ F. et SIMLER Ph., *op. cit.,* p. 61 : « Parmi les droits réels principaux, on range encore les démembrements de la propriété ou droits réels sur une chose qui est la propriété d'autrui ».
[817] Dans ce sens, Frédéric ZENATI-CASTAING, *op. cit*., p. 107, et William DROSS, *op. cit.,* p. 106, n°115, expliquent tous les deux qu'il n'y a pas de symétrie entre les utilités dont est privé le propriétaire originel et les droits réels. Ils donnent l'exemple de la servitude *non aedificandi* : le fonds dominant ne retire aucune utilité positive. Il va juste conserver une vue et peut-être par ricochet sa valeur économique. William DROSS ajoute que le propriétaire n'est pas toujours privé de l'utilité du bien qui a fait l'objet du démembrement par exemple, une servitude de passage.
[818] DROSS W., *op. cit.,* p. 106, n°115.
[819] La proposition de réforme du droit des biens reprend la distinction entre droit réel et droit personnel et les définit aux articles 522 et 523 : V. PÉRINET-MARQUET H. (sous la direction de), *Proposition de l'association H. CAPITANT pour une réforme du droit des biens*, Litec, Coll. Carré Droit, Paris, 2009.
[820] CHEYNET DE BEAUPRÉ A., *op. cit.,* p. 10, n°10.

pouvoir direct et immédiat sur la chose »[821]. Yves STRICKLER insiste également sur l'absence d'intermédiaire[822]. Et Sophie SCHILLER, dans le même esprit, définit le droit réel comme « celui qui donne à la personne un pouvoir direct et immédiat sur une chose, pouvoir qui s'exerce sans l'entremise d'un autre individu »[823]. Un droit réel est donc un droit sur une chose, qui donne lieu à un rapport direct et immédiat entre la personne et la chose[824].

La notion de droit réel est opposée à celle de droit personnel également appelé droit de créance. Ce dernier crée un lien d'obligation entre un débiteur et un créancier[825]. De plus, un droit personnel suppose un intermédiaire entre le titulaire du droit et l'objet du droit[826].

Cette distinction a suscité de nombreuses oppositions au sein de la doctrine. Cependant, les différentes théories doctrinales permettent de comprendre ce qu'est un démembrement des utilités juridiques, à savoir l'avantage juridique émis par le droit de propriété au profit d'un tiers et qui porte directement sur une chose, notamment un immeuble (1), mais aussi ce qu'il n'est pas : ni un droit réel accessoire, ni une obligation réelle (2).

1. Ce qu'il est : *l'avantage juridique émis par le droit de propriété au profit d'un tiers et qui porte directement sur une chose, l'immeuble*

204. L'opposition des droits réel et personnel a été rejetée par les doctrines personnaliste et moderne pour de nombreuses raisons. À chaque fois, cela a donné lieu à une nouvelle classification, et ensuite à une véritable guerre de termes invoquant pêle-mêle la propriété, les droits, les choses et les obligations[827]. L'analyse des positions doctrinales confirme que le concept de démembrement des utilités juridiques se rapproche de la notion de

[821] TERRÉ F. et SIMLER Ph., *op. cit.,* p. 59, n°47. Dans le même sens : REBOUL-MAUPIN N., *Droit des biens*, Dalloz, Coll. Hypercours, Paris, 2014, 5e éd., p. 153, n°205.
[822] STRICKLER Y., *op. cit.,* p. 8, n°5.
[823] SCHILLER S., *op. cit.,* p. 48.
[824] *Contra :* MARTIN R., De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété, *RTD civ*. 1975, p. 58 : « il n'est pas vrai, sinon par métaphore, que le droit de propriété (droit réel) soit un rapport immédiat entre une personne (le propriétaire) et une chose ». Pour lui, il s'agit d'un rapport entre personnes. DERRUPPÉ J., *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Préf. J. MAURY, Dalloz, 1952, pp. 242 et s. : il estime qu'il se n'agit pas d'un critère qui permette de distinguer le droit réel et le droit personnel.
[825] STRICKLER Y., *op. cit.,* p. 10, n°7 ; CHEYNET DE BEAUPRÉ A., *op. cit.,* p. 15, n°22. Et : CAPITANT H., Sur la nature des droits réels, *in* Mél. SUGIYAMA, Association japonaise des juristes de langue française, Maison France-Japon, Tokyo, 1940, p. 34 : « les droits réels consistent en la liberté privée, c'est-à-dire exclusive, d'user, sous les formes variées correspondant aux divers droits réels, d'une chose corporelle déterminée », et les droits personnels se rattachent à la notion d'obligation qui est « la notion inverse de la liberté ».
[826] CHEYNET DE BEAUPRÉ A., *op. cit.,* p. 15, n°22.
[827] Pour exemple : DABIN J., Une nouvelle définition du droit réel, *RTD civ.* 1962, p. 20 et GINOSSAR S., Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel, *RTD civ*. 1962, p. 573.

droit réel, mais elle révèle contre toute attente que ce concept ne s'oppose pas clairement à la notion de droit personnel.

La première vague doctrinale, considérée comme personnaliste, a rejeté toute distinction entre droit réel et droit personnel. Ainsi, en 1896, PLANIOL estimait que les droits réels, à l'instar des droits personnels, engendrent un rapport entre personnes soumis à une obligation passive universelle[828]. Il refusait d'opposer le droit réel et le droit personnel car, pour lui, la différence résiderait uniquement dans le nombre de débiteurs de l'obligation[829]. Le titulaire d'un droit réel aurait une multitude de débiteurs devant respecter son droit, alors que le titulaire d'un droit personnel n'en aurait qu'un[830]. Cette théorie a l'avantage d'avoir mis en exergue la notion d'opposabilité *erga omnes* des droits réels[831]. Mais elle manque de crédibilité puisque la nature de l'obligation semble bien distincte : le créancier impose la réalisation d'une prestation auprès du débiteur, le titulaire d'un droit réel veut simplement profiter d'un avantage lié à la chose.

205. La seconde vague, appelée doctrine moderne[832], à l'initiative de GINOSSAR, a révolutionné la classification des droits par deux apports majeurs, mais sans pour autant abandonner toute référence à l'opposition des droits réel et personnel[833].

En premier lieu, les partisans de la théorie moderne estiment que le droit de propriété n'est pas un droit réel[834]. Ils mettent en avant le rapport privatif entre une personne et un bien ou un droit[835]. Leur nouvelle classification se fonde sur la notion d'exclusivité au lieu de se baser sur la relation directe ou indirecte de la personne avec la chose[836]. Ils distinguent donc entre les droits du propriétaire sur sa chose et les droits que l'on peut avoir sur la chose d'autrui.

---

[828] PLANIOL M., Traité élémentaire de droit civil, 1re éd., t.1, nos2158 et s., cité notamment par TERRÉ F. et SIMLER Ph., *op. cit*., p. 62, note 1, et par STRICKLER Y., *op. cit*., p. 21, n°12.

[829] En 1889, SALEILLES a soutenu une théorie inverse dite « objective » selon laquelle tous les droits sont des droits réels : V. REBOUL-MAUPIN N, *op. cit.,* p. 142, nos170-171.

[830] Il a donc été qualifié par la doctrine de « personnaliste » : V. REBOUL-MAUPIN N*, op. cit.,* p. 142, nos168-169 ; DROSS W., *op. cit.,* p. 130, n°146 ; CHEYNET DE BEAUPRÉ A., *op. cit.,* p. 10, n°10.

[831] Sur l'opposabilité *erga omnes, cf. infra* nos221 et s.

[832] William DROSS, *op. cit*., p. 131, n°148 qualifie ce courant doctrinal de « néo-personnaliste ».

[833] GINOSSAR S., *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, L.G.D.J., Paris, 1960, p. 115 : pour lui, les similitudes entre droit de propriété et droit réel sont « un mirage ». GINOSSAR S., Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel, *RTD civ*. 1962, p. 573 ; et ZENATI F., *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon 3, 1981.

[834] ZENATI F., th. préc., p. 817.

[835] *Ibid*.

[836] MATHIEU M.-L., *Droit civil, Les biens*, Dalloz, Coll. Sirey, Paris, 3e éd., 2013, pp. 36 et s.

En second lieu, pour la doctrine moderne, la propriété peut porter sur des créances[837]. Or, bien que cet argument fût critiqué[838], il résonne aujourd'hui comme une prédiction puisque la jurisprudence a évolué dans ce sens[839].

Cependant, GINOSSAR et Frédéric ZENATI-CASTAING ne s'accordent pas sur la notion de démembrement. GINOSSAR l'assimile totalement au droit réel[840], alors que Frédéric ZENATI-CASTAING estime qu'il n'y a pas de « symétrie entre les utilités de l'appropriation et les droits réels » parce qu'« une chose peut présenter des utilités pour un non-propriétaire qu'elle ne peut présenter pour son propriétaire »[841]. Quoi qu'il en soit, ils considèrent les démembrements comme des droits sur la chose d'autrui, de la même façon que les droits personnels, mais pourtant distincts par le caractère direct ou indirect de leur relation avec la chose[842], ou par « le mode de détermination du sujet passif individuel »[843].

206. La troisième vague se détache petit à petit de la théorie moderne et formule de nouvelles hypothèses.

D'abord, Sarah VANUXEM admet que son point de départ réside dans la conception du droit de propriété élaborée par GINOSSAR et Frédéric ZENATI-CASTAING, mais elle s'en émancipe en définissant la propriété comme « une faculté d'habiter les choses, milieux »[844]. Et contrairement à ses mentors, elle refuse d'évoquer les droits réel et personnel[845], même pour distinguer la place du preneur de celle de l'usufruitier[846]. Pour elle, le preneur et l'usufruitier ont tous deux une place dans la chose d'autrui, et le preneur y est spécialement bien installé puisqu'il est l'« hôte du bailleur »[847]. Elle explique pourtant que « le droit personnel n'intéresse pas la concession de certaines « utilités de la chose » (…) mais la prestation d'une personne obligée à travers son patrimoine »[848]. Sa thèse a le mérite de tenter une explication à la fois différente et concrète de la situation. Mais, l'abandon total de la

[837] GINOSSAR S., préc., p. 574 ; ZENATI F., *op. cit.,* pp. 112 et s.
[838] DABIN J., préc.
[839] *Cf. infra* n^os^221 et s.
[840] GINOSSAR S., th. préc., p. 112 ; GINOSSAR S., préc., spéc. p. 580.
[841] ZENATI F., th. préc., p. 108.
[842] MATHIEU M.-L., *op. cit.,* p. 38, n°107.
[843] GINOSSAR S., th. préc., p. 124.
[844] VANUXEM S., Du propriétaire-souverain au propriétaire-habitant, *in Volonté et biens, regards croisés*, L'Harmattan, 2013, pp. 93-94.
[845] Pour Sarah VANUXEM, *Les choses saisies par la propriété*, th. Paris 1, Préf. Th. REVET, IRJS Editions, Coll. Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne André Tunc, t. 35, 2012, p. 477 : « la division des droits réel et personnels (…) réduit les choses à des entités passives ».
[846] VANUXEM S., th. préc., p. 481.
[847] VANUXEM S., th. préc., p. 484.
[848] VANUXEM S., th. préc., p. 477.

distinction droit réel-droit personnel semble la placer dans l'embarras, puisqu'elle s'y réfère tout de même pour expliquer sa position[849].

Plus radical, William DROSS s'émancipe totalement de ce qu'il appelle « la propriété des droits »[850]. Son approche dite « structurale » part du postulat que « la propriété est un droit qui porte sur les choses », par conséquent « la propriété n'est pas une chose », mais ce n'est pas non plus « un droit qui porte sur les droits »[851]. Il se place dans une dimension plus économique du droit de propriété, dans laquelle la notion de démembrement a toute sa place. Selon lui, l'utilité d'une chose fait sa valeur[852]. Il oppose alors le « démembrement de la valeur d'usage », qui correspond aux droits réels principaux, et le « démembrement de la valeur d'échange », qui correspond aux droits réels accessoires[853]. Par ailleurs, il semble quelque peu réticent quant à la notion de propriété des créances. Pourtant, il avoue que « la créance peut permettre d'accéder aux utilités d'une chose »[854]. Il n'y aurait alors qu'un pas à franchir pour penser que dès qu'une chose possède une valeur, elle serait susceptible d'appropriation totale ou partielle, selon l'utilité souhaitée.

207. Ainsi, selon les positions doctrinales, la notion de démembrement des utilités juridiques concerne en principe les droits réels, et plus particulièrement les droits réels principaux. En outre, un démembrement des utilités juridiques portent directement sur une chose. Mais si un droit personnel octroie un avantage, c'est-à-dire selon les termes de la doctrine, une valeur ou une place dans la chose d'autrui, il semblerait qu'il puisse y avoir une sorte de démembrement. Cela signifie que la distinction entre les droits réel et personnel ne permet pas de refléter le rapport du titulaire du droit personnel vis-à-vis de la chose et du droit de propriété. Il y aura donc lieu de distinguer entre les démembrements des utilités juridiques et les démembrements des utilités socio-économiques. Ces derniers seront étudiés dans un second temps[855]. Et dans un premier temps à l'appui des différentes évolutions doctrinales, il

[849] Sarah VANUXEM, th. préc., p. 477, explique : « Il se pourrait que le lecteur nous reproche de traiter des seuls droits réels tout en prétendant étudier la propriété dite des droits ou créances en général, celle-ci embrassant aussi, dans la théorie nouvelle, les droits personnels : il semble encore plus difficile de concevoir que le propriétaire d'un droit personnel ait une place dans une chose que le propriétaire d'un droit réel ».

[850] DROSS W., Une approche structurale de la propriété, *RTD civ.* 2012, p. 419, spéc. n°3. *Contra* : LAURENT J., *La propriété des droits*, th. Paris I, Préf. Th. REVET, L.G.D.J., 2012 : bien qu'intitulée « la propriété des droits », la thèse de Julien LAURENT traite du phénomène d'appropriation des droits autres que le droit de propriété. Au concept de « titularité » il préfère celui de « rapport de propriété » afin de désigner la relation du sujet avec les droits subjectifs.

[851] DROSS W., préc., spéc. n°4.

[852] DROSS W., *op. cit.,* p. 106, n°116.

[853] Sur la critique d'une telle distinction : *cf. infra* n^{os}208-209.

[854] DROSS W., *op. cit.,* p. 403, n°493.

[855] *Cf. infra* n^{os}246 et s.

est possible de proposer une définition du démembrement des utilités juridiques comme étant *un avantage juridique émis par le droit de propriété au profit d'un tiers et qui porte directement sur un immeuble*.
Cette définition se doit d'être complétée par des indications sur ce que n'est pas un démembrement des utilités juridiques.

2. Ce qu'il n'est pas : ni un droit réel accessoire, ni une obligation réelle

208. Plusieurs arguments permettent d'affirmer d'abord, qu'un démembrement des utilités juridiques n'est pas un droit réel accessoire[856].
Tout d'abord, il est admis qu'un droit réel accessoire confère une garantie sur un bien qui appartient à autrui[857]. Ainsi, le titulaire d'un droit réel accessoire est en principe un créancier. Or, sa qualité principale est bien celle de créancier : c'est parce qu'il est créancier qu'il peut bénéficier d'une sûreté. Cette constatation est incompatible avec le concept de démembrement des utilités juridiques. En effet, le démembrement n'est pas une garantie dont la mise en œuvre est conditionnée par le non-respect des obligations du débiteur, mais un avantage non conditionné sur le bien.

209. De plus, un droit réel accessoire ne fait pas souvent perdre au propriétaire les utilités qu'il tire de son droit de propriété. Il lui est seulement interdit de faire détruire sa chose puisque cela entraînerait alors la déchéance du terme[858]. Or, un démembrement n'est pas conditionné par la réalisation d'une créance. Il possède une existence autonome en tant qu'avantage pour son titulaire, et en tant que limitation pour le propriétaire. Par ailleurs, même si un droit réel accessoire grève effectivement le droit de propriété, il bénéficie à titre principal au propriétaire. Par exemple, en matière d'acquisition immobilière, l'objectif d'une sûreté n'est pas d'être activée, mais de garantir le créancier contre le risque du non-remboursement de la dette. Une fois garanti, le créancier accorde le prêt qui permet l'acquisition.

[856] Dans ce sens : ANCEL P., *Droit des sûretés*, Lexisnexis, Coll. Objectif droit-cours, Paris, 7e éd., 2014, p. 199, n°433 ; CABRILLAC M., MOULY C., CABRILLAC S. et PETEL P., *Droit des sûretés*, Litec, Coll. Les Manuels, Paris, 8e éd., 2010, p. 415, n°568.
[857] L'exception est le cas du « cautionnement réel », dont la nature de sûreté réelle a été affirmée par la chambre mixte de la Cour de cassation le 2 décembre 2005, n°03-18.210 : *Bull. ch. mixte* n°7.
[858] ANCEL P., *op. cit.,* p. 199, n°433.

210. Enfin, la majorité des auteurs estime que le propre d'un droit réel est de conférer à son titulaire un droit de préférence et un droit de suite[859]. Ils font une généralité des effets propres aux droits réels accessoires. En effet, en matière de sûreté réelle, le droit de préférence et le droit de suite permettent à la fois de régler un conflit entre créanciers et d'assurer la valeur de la créance. Ainsi, il est utile de se demander si le droit de préférence et le droit de suite étaient attachés au droit réel[860]. Pour vérifier cela, il est possible de comparer les effets respectifs du droit réel et du droit personnel. Or, l'idée de préférence se retrouve aussi bien dans les droits réels que dans les droits personnels, à travers l'adage *prior tempore potior jure*[861], « si bien qu'il paraît impossible de faire du droit de préférence le stigmate des droits réels »[862]. « Le droit de suite ne se différencie pas de l'opposabilité du droit réel »[863], et la différence qui pourrait alors se faire jour avec le droit personnel peut être largement atténuée par la notion de date certaine présente en matière de bail[864].
Ainsi, dans le cas des démembrements, ces soucis sont réglés soit par l'opposabilité et la publicité foncière[865], soit par une date certaine[866]. Les droits réels accessoires ayant des effets bien distincts des démembrements des utilités juridiques, ils ne peuvent en faire partie.

211. Les obligations réelles, ou *propter rem*[867], ne sont pas non plus des démembrements. Définir les obligations réelles est plutôt complexe. Certains estiment qu'elles forment une « catégorie intermédiaire » entre les droits réel et personnel[868]. Pour d'autres, « l'obligation réelle constitue un pont entre le monde de la personnalité et celui de la réalité »[869]. En réalité, elles n'apparaissent pas sur le même plan que les démembrements et c'est pour cette raison qu'elles ne peuvent pas constituer des démembrements. En effet, les obligations réelles consistent en des obligations de faire qui portent sur le fonds appartenant

[859] CHEYNET DE BEAUPRÉ A., *op. cit.,* p. 13, n^{os}17-18 ; MATHIEU M.-L., *op. cit.,* p. 40, n^{os}112-113 ; REBOUL-MAUPIN N., *op. cit.,* p. 141, n°162 ; SCHILLER S., *op. cit.,* p. 50, n°60 ; STRICKLER Y., *op. cit.,* p. 10-11, n°7 ; TERRÉ F. et SIMLER Ph., *op. cit.,* pp. 59 et s., n°47.
[860] DROSS W., *op. cit.,* pp. 126 et s., n^{os}141 et s. Sa vision est d'autant plus intéressante qu'il n'écarte pas les droits réels accessoires de la notion de démembrement.
[861] Ce qui signifie « le premier dans le temps l'emporte en droit ».
[862] DROSS W., *op. cit.,* p. 127, n°141.
[863] DROSS W., *op. cit.,* p. 127, n°142.
[864] Art. 1743 C. civ.
[865] Pour les droits réels immobiliers : *cf. infra* n^{os}221 et s.
[866] Pour les droits personnels exemptés de publicité foncière qui pourraient être qualifiés de démembrements : *cf. infra* n^{os}221 et s.
[867] Ce qui signifie : « liée à la chose ».
[868] Notamment : CHEYNET DE BEAUPRÉ A., *op. cit.,* p. 16, n°23.
[869] Notamment : SCAPEL J., *La notion d'obligation réelle*, th. Paris I, Préf. P. JOURDAIN, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 445.

au propriétaire. Ce sont donc des droits et obligations personnels[870], dont la particularité est d'être transférés aux ayants cause à titre particulier en même temps que le fonds. Cette situation peut paraître injuste puisqu'un nouveau propriétaire se verra obligé personnellement à faire quelque chose. L'objectif des obligations réelles est « d'assurer une meilleure exploitation de la chose dont les utilités sont partagées »[871]. Il en est ainsi de la réparation ou de la reconstruction du mur mitoyen par le voisin[872], de l'entretien mis à la charge du propriétaire du fonds servant[873], ou encore du tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué[874]. En revanche, d'une part un démembrement des utilités juridiques grève directement le bien. D'autre part, même si l'avantage est au profit du tiers et que ce lien pourrait être qualifié de personnel, il ne s'agit que d'une étape transparente de l'émission de l'avantage. Autrement dit l'avantage profite à ce tiers mais les obligations, les charges, portent sur l'immeuble. Ainsi, le démembrement confère un avantage à son bénéficiaire, sans mettre des obligations à la charge du propriétaire, si ce n'est de respecter le démembrement.

212. Ceci étant, quand la balance des utilités que l'on détient sur la chose d'autrui penche en faveur du bénéficiaire de ces utilités, le droit de propriété est déséquilibré. Le démembrement des utilités juridiques agit alors comme une limitation au droit de propriété originel. De plus, il instrumentalise le droit de propriété pour se donner les caractères d'une propriété. En effet, le démembrement crée une *propriété démembrée* aux enjeux proches du droit de propriété originel.

B. Les enjeux du démembrement des utilités juridiques

213. Étant donné que ce démembrement procure un avantage juridique qui porte sur une chose, et particulièrement sur l'immeuble, il se doit d'être efficace pour qu'il puisse être preçu commme une forme d'appropriation, et ainsi exister en tant que *propriété démembrée*. C'est pour cela qu'il a tendance à emprunter au droit de propriété son caractère perpétuel (1), et son opposabilité *erga omnes* (2).

[870] SCAPEL J., th. préc., pp. 84 et s.
[871] DROSS W., *op. cit.,* p. 117, n°131.
[872] Art. 656 C. civ.
[873] Art. 699 C. civ.
[874] Art. 2463 et 2467 C. civ.

1. Le caractère perpétuel

214. Le droit de propriété possède en principe[875] un caractère perpétuel[876]. En ce sens, il est imprescriptible et il ne peut pas se perdre par le non-usage[877].
Au contraire, les démembrements ont été conçus pour n'être que temporaires[878]. Les codificateurs ont limité la durée des démembrements soit par la vie du titulaire du démembrement, comme dans le cas de l'usufruit bénéficiant à une personne physique[879], soit par une durée maximale. Ainsi, par exemple, l'usufruit consenti à une personne morale a une durée de 30 ans[880]. Ce caractère temporaire a d'ailleurs été considéré comme d'ordre public en matière d'usufruit consenti à une personne morale[881]. L'idée était d'éviter la création d'un domaine utile qui avait eu pour effet dans l'Ancien droit de vider le droit de propriété de ses utilités[882]. Ainsi, le caractère temporaire des démembrements permet de les rendre acceptables étant donné qu'à terme, il y aura une réunification de la propriété[883]. Cela est particulièrement valable pour l'usufruit, qui par nature est affecté d'un terme[884].

215. En principe, seules les servitudes sont reconnues par le Code civil comme ayant un caractère perpétuel. Cette solution s'explique par des raisons économiques[885]. De plus, le caractère perpétuel va s'appliquer au fonds et non à une personne. Enfin, cette perpétuité est

[875] PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil,* t. 1, L.G.D.J., Paris, 1900, p. 384, n°1028. PLANIOL estime que par nature le droit de propriété est perpétuel, mais qu'il est envisageable de concevoir une propriété temporaire. Il cite en exemple les canaux d'irrigations, le droit de superficie et une propriété affectée d'une condition résolutoire. V. également dans ce sens : FABIANI D., La propriété temporaire, *in Volonté et biens, regards croisés*, L'Hamattan, 2013, p. 183. Sur l'évolution du caractère perpétuel : *cf. infra* n°691.
[876] POURQUIER C., *Propriété et perpétuité, Essai sur la durée du droit de propriété*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Laboratoire de Théorie juridique, Aix-en-Provence, 2000. Catherine POURQUIER développe tout au long de sa thèse la notion de durée objective du droit de propriété. Selon elle, « la durée juridique du droit de propriété est alignée sur celle de son objet corporel », spec. p. 202. Dans ce sens, le professeur ATIAS estime que « ce n'est pas un droit viager » car « elle se transmet par héritage », *op. cit.*, p. 103, n°133.
[877] Art. 2227 C. civ.
[878] V. en sens la position du Conseil constitutionnel au sujet de droits réels portant sur la propriété publique : décision n°94-346 DC du 21 juillet 1994, J.O. du 23 juillet 1994, p. 10635.
[879] Art. 617 C. civ.
[880] Art. 619 C. civ.
[881] Civ. 3e, 7 mars 2007, n°06-12.568 : *Bull. civ*. III, n°36.
[882] ZENATI-CASTAING F. et REVET Th., *Les biens*, PUF, Coll. Droit fondamental, Paris, 3e éd, 2008, p. 464, n°301 ; BERGEL J.-L., Droits réels de jouissance et valorisation des biens : les propositions de réforme du droit des biens, *in* Mél. MOURALIS, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2011, p. 25.
[883] REVET Th., Le dénouement de la propriété temporaire, *RTD civ.* 2008, p. 322.
[884] POURQUIER C., *op. cit.,* pp. 287 et s.
[885] ZENATI-CASTAING F. et REVET Th., *op. cit.,* p. 465, n°301.

largement tempérée puisque dès qu'une servitude se perd lorsque son inutilité[886] est révélée notamment par le non-usage trentenaire[887] et par l'impossibilité d'usage[888]. Cependant, certaines situations nécessitent une stabilité juridique qui n'est pas possible si le démembrement n'est concédé que temporairement.

Toutefois, il est fréquent que le copropriétaire titulaire d'un droit de jouissance exclusif sur une partie commune souhaite souvent y apporter des améliorations. Or, si ce droit était concédé à titre temporaire, il ne pourrait pas s'y projeter dans l'avenir. Les améliorations qu'il ferait seraient nécessairement moindres, puisqu'il n'est pas alors sûr de pouvoir vendre son bien avec le droit de jouissance. En outre, le copropriétaire est déjà propriétaire de la partie commune, même s'il la partage[889]. Ainsi, il semble évident que ce droit de jouissance puisse être perpétuel.

216. C'est pourquoi, peu à peu des évolutions jurisprudentielles ont semblé admettre le caractère perpétuel pour ce droit de jouissance sur des parties communes, c'est-à-dire des démembrements correspondant à des situations nouvelles et plus complexes.

D'abord, les juges de la Cour de cassation ont précisé que le droit de jouissance privatif sur des parties communes pouvait avoir un caractère perpétuel. Il en a été décidé ainsi dans un arrêt du 4 mars 1992 qui concernait la jouissance d'une partie de la cour commune attribuée à un copropriétaire par le règlement de copropriété[890]. La propriété des parties communes peut donc faire l'objet d'un démembrement perpétuel[891]. Cette perpétuité a été expliquée par la Cour en ayant recours à la théorie de l'accessoire. La jouissance de la cour commune serait ainsi l'accessoire de la jouissance privative de son lot par le copropriétaire.

Le caractère perpétuel du droit de jouissance d'une partie commune a été confirmé en 2007 pour qu'il soit possible de l'acquérir par usucapion[892]. Par contre, il n'y a aucune mention dans la décision, quant à son caractère accessoire. Il faut donc croire, que « la perpétuité d'un avantage ajouté à la propriété est parfaitement admissible », et se suffit à lui-même[893]. La vision semble s'inverser : on ne regarde pas la situation du droit de propriété faisant l'objet du

[886] La question de l'extinction des servitudes conventionnelles par le critère de l'inutilité demeure toutefois controversée. À ce sujet : GAVIN-MILLAN OOSTERLYNCK E., Plaidoyer pour une extinction des servitudes inutiles, *AJDI* 2015, p. 586.
[887] Art. 706 C. civ.
[888] Art. 703 C. civ.
[889] DROSS W., Que reste-t-il de l'arrêt Maison de Poésie ?, *RTD civ.* 2015, p. 413.
[890] Civ. 3e, 4 mars 1992, n°90-13.145 : *Bull. civ.* III, n°73.
[891] Catherine POURQUIER y voit une application exceptionnelle de la perpétuité objective, th. préc., p. 296.
[892] Civ. 3e, 24 octobre 2007, n°06-19.260 : *Bull. civ.* III, n°183.
[893] ATIAS Ch., Caractère réel et perpétuel du droit de jouissance privatif et exclusif d'une cour attribué à un copropriétaire par le règlement de copropriété, *D.* 1992, p. 386, spéc. n°9.

démembrement, c'est-à-dire la partie commune appartenant à l'ensemble des copropriétaires, mais celle du copropriétaire bénéficiant de l'avantage.

217. Puis, au cours de l'année 2012, la jurisprudence s'est prononcée à deux reprises au sujet du droit de jouissance et, plus ou moins directement, de son caractère perpétuel[894]. Ainsi, la Haute juridiction a indiqué au sujet d'un droit de jouissance sur deux cantons de bois que « la prérogative ainsi concédée sur la parcelle litigieuse était perpétuelle et ne pouvait s'éteindre par le non-usage trentenaire »[895]. Le caractère perpétuel est bien présent, mais il qualifie le terme de « prérogative » et non celui de « droit de jouissance» ou de « droit réel ». Il est possible de se demander si par « prérogative » la Cour entend parler de droit réel démembré ou de propriété, éventuellement basée sur un droit de superficie[896]. Or, il semble qu'à force de donner des caractères proches du droit de propriété, les juges lui assimilent ses démembrements. Le démembrement des utilités juridiques du droit de propriété, par le biais de l'émission d'un avantage, aboutit à la création d'une forme de propriété : une *propriété démembrée*.

Certains auteurs craignent un « retour subreptice de la féodalité »[897], et d'autres expliquent qu'accepter le caractère perpétuel dans ces situations aboutirait à une « négation de la propriété »[898]. Ces derniers invoquent une décision du Conseil constitutionnel qui a décidé qu'une convention d'occupation ne pouvait pas donner un droit réel, même après soixante-dix ans, parce qu'« une telle faculté est de nature à porter atteinte à la protection due à la propriété publique »[899]. Les faits de l'arrêt du 23 mai 2012 et ceux de la décision de juillet 1994 sont radicalement opposés. En effet, dans le premier, le droit de crû et à croître avait été attribué dès l'origine à perpétuité, alors que dans la seconde, ce n'est que le temps et la loi qui permettaient d'acquérir la propriété publique. Un démembrement perpétuel des utilités juridiques peut faire penser à un retour en arrière, mais s'il est voulu par les parties lors de la conclusion du contrat créant le démembrement, il est légitimé par l'équilibre du contrat[900].

---

[894] D'autres arrêts antérieurs semblaient être allés dans le sens d'un droit de jouissance perpétuel : Civ. 3e, 6 mars 1996, n°93-17.424 ; Civ. 3e, 18 janvier 1984, n°82-16.003 : *Bull. civ.* III, n°16.

[895] Civ. 3e, 23 mai 2012, n°11-13.202 : *Bull. civ.* III, n°84.

[896] MEKKI M., Volonté et distinction entre droit réel et droit personnel, *in Volonté et biens, regards croisés*, L'Hamattan, 2013, pp. 164-165.

[897] Par exemple : DROSS W., Une approche structurale de la propriété, *RTD civ.* 2012, p. 419, n°15.

[898] REVET Th., Un nouveau cas de propriété divisée, *RTD civ*. 2012, p. 553.

[899] Décision n°94-346 DC du 21 juillet 1994, J.O. du 23 juillet 1994, p. 10635.

[900] Cependant, il est aussi possible de penser que la prohibition des engagements perpétuels empêche un maintien forcé des obligations contractuelles. Dans ce cas, une résiliation unilatérale doit toujours être possible à condition qu'elle ne soit pas abusive. Ainsi, seules les circonstances de chaque espèce peuvent déterminer s'il y a un abus dans la rupture du contrat.

218. C'est d'ailleurs dans le sens de la liberté contractuelle que la Cour de cassation a pris position dans un arrêt du 31 octobre 2012[901]. Au visa des articles 544 et 1134 du Code civil, la Haute juridiction a affirmé 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 ». Elle n'a pas évoqué le caractère perpétuel, mais elle reconnaît l'existence d'un droit de jouissance spéciale qui avait une durée de quatre-vingt ans lors de sa décision, et qui pouvait durer autant que son bénéficiaire. L'apport de cet arrêt est donc important puisqu'il admet la libre création d'un « droit réel perpétuel issu d'un contrat à durée illimitée »[902]. L'admission de ce droit de jouissance spéciale semble consacrer la proposition de l'avant-projet de réforme du droit des biens, qui avait prévu la création d'un droit de jouissance spéciale à l'article 608. Mais, l'article 611 de cet avant-projet prévoit que ce droit de jouissance ne peut excéder trente ans. Cependant elle indique que le droit de jouissance spéciale ne peut être créé que « sous réserve des règles d'ordre public ». Cela signifie que ce démembrement ne doit pas permettre de déroger à des statuts impératifs tels que le statut de la copropriété, des baux commerciaux, ruraux ou d'habitation[903]. Ainsi, la Cour de cassation ne s'était pas réellement positionné sur le caractère perpétuel du droit de jouissance spéciale[904]. Néanmoins, à la suite de l'arrêt *Maison de poésie*, la Cour d'appel de renvoi de Paris le 18 septembre 2014 a consacré un droit réel de jouissance spéciale dont la seule limite temporelle pourrait être celle prévue par le contrat[905].

219. Dernièrement, la Cour de cassation a fini par refuser la perpétuité du droit de jouissance spéciale d'un lot composé d'un transformateur de distribution publique d'électricité[906]. Elle confirme pourtant l'attendu de principe de l'arrêt du 31 octobre 2012, mais elle ajoute les articles 619 et 625 du Code civil à son visa. Cet ajout explique que la solution soit quelque peu différente de celle de l'arrêt *Maison de Poésie*. Elle fait de l'usufruit

[901] Civ. 3e, 31 octobre 2012, n°11-16.304, *Bull. civ.* III, n°159.
[902] LIBCHABER R., Les habits neufs de la perpétuité, *RDC* 2013, n°2, p. 584.
[903] PÉRINET-MARQUET H., La liberté de création des droits réels est consacrée, *Constr.-Urba.* 2013, repère 1.
[904] Le rapport de Marie-Thérèse FEYDEAU, conseiller à la Cour de cassation, au sujet de l'arrêt du 28 janvier 2015, rappelle l'arrêt Maison de poésie et précise à son sujet : « nous n'avons pas érigé en droit perpétuel ce droit "spécifique" dont nous avons admis la création par l'accord de volonté, sous réserve des règles d'ordre public », *in Justice et Cassation* 2015, p. 274.
[905] CA Paris, 18 septembre 2014, n°12/21592 : « aucune disposition légale ne prévoit que la durée d'un tel droit serait limitée à trente ans, ce droit réel de jouissance spéciale ne s'éteignant que par l'expiration du temps pour lequel il a été consenti ».
[906] Civ. 3e, 28 janvier 2015, n°14-10.013, *à paraître au bulletin*.

le « modèle »[907] des droits de jouissance lorsqu'elle explique 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 », c'est-à-dire au terme d'un délai de trente ans pour les personnes morales[908]. La Cour souhaite que le silence des parties quant à la durée du droit de jouissance ne puisse pas être assimilé à une volonté de perpétuité. *A contrario* une telle solution pourrait signifier que les parties pourraient décider de créer un droit de jouissance perpétuel. Mais cela n'est pas le cas puisqu'elle mentionne toujours dans son attendu la réserve de l'ordre public. Or, les articles 619 et 625 relèvent de l'ordre public des biens[909]. Ainsi, il faut voir dans la durée de l'usufruit une sorte de « plafond »[910] temporel du droit de jouissance spéciale, qui consistera en un droit limité à trente ans pour une personne morale, et en un droit viager pour une personne physique[911]. Par ailleurs, cette distinction entre les personnes morales et les personnes physiques, appliquée aux droits de jouissance spéciale marque donc une certaine importance de la personne du bénéficiaire[912].

220. Ce dernier arrêt s'oppose au caractère perpétuel des droits de jouissance spéciale alors qu'à l'avenir en matière de copropriété, c'est-à-dire lorsqu'ils portent sur des parties communes, la jurisprudence ne devrait pas leur refuser le caractère perpétuel. Ce manque de cohérence entre les différentes évolutions jurisprudentielles quant au caractère perpétuel des démembrements indique les tiraillements dont le droit de propriété fait l'objet, entre une volonté de ne pas bouleverser l'ordre établi et celle de développer ses potentialités. Louis d'AVOUT et Blandine MALLET-BRICOUT évoquent dans un sens « une forme d'actualisation ou de renouvellement du concept de propriété qui met l'accent sur l'usage »[913]. Mais pour l'instant, la volonté des parties quant à la durée du démembrement reste limitée par

[907] MALLET-BRICOUT B., Droits réels de jouissance spéciale : premier signe de rejet de la perpétuité, *D*. 2015, p. 599, spéc. n[os]8 et s.
[908] REVET Th., Le droit réel dit « de jouissance spéciale » et le temps, *JCP* G 2015, 252.
[909] Utilisant la notion d' « ordre public des biens », V. REVET Th., Un nouveau cas de propriété divisée, *RTD civ*. 2012, p. 553 ; DROSS W., Que reste-t-il de l'arrêt Maison de Poésie ?, *RTD civ*. 2015, p. 413. Cette notion d'ordre public des biens est protégée par le juge et correspond à la propension du droit des biens à classifier, puis à distinguer les caractères propres à chaque catégorie.
[910] JULIENNE M. et DUBARRY J., Précisions sur le droit de jouissance spéciale, *JCP* N 2015, 1083.
[911] Rapport de Marie-Thérèse FEYDEAU, préc., spéc. p. 276.
[912] Autrement dit, en termes plus classiques, les démembrements des utilités juridiques seraient réels à l'égard de l'immeuble, et personnels à l'égard du bénéficiaire des avantages juridiques portant sur l'immeuble.
[913] D'AVOUT L. et MALLET-BRICOUT B., La liberté de création des droits réels aujourd'hui, *D*. 2013, p. 53, n°25.

l'ordre public[914]. La reconnaissance d'une opposabilité *erga omnes* participe à cette tendance marquée par des ambitions opposées.

2. L'opposabilité *erga omnes*

221. Un droit opposable *erga omnes* possède une efficacité maximale puisqu'il s'impose autant à son titulaire qu'à des tiers. En droit des biens, cette quintessence serait en principe réservée au droit de propriété[915], et plus généralement aux droits réels[916]. Comme le droit de préférence et le droit de suite, l'opposabilité est souvent considérée comme un critère permettant de distinguer le droit réel du droit personnel. Or, ainsi que l'indiquait DERRUPPÉ en 1952, tous les droits devraient avoir une « opposabilité absolue », car « un droit, lorsqu'il est créé, constitue un fait social dont l'existence s'impose à tous. Il doit y avoir pour tous une obligation de respecter les droits d'autrui »[917]. L'opposabilité *erga omnes* n'est donc pas un critère de distinction. Un droit personnel peut avoir un rayonnement important grâce au pouvoir de la volonté[918]. Par exemple, un règlement de copropriété peut contenir une clause d'habitation simplement ou exclusivement bourgeoise. Cette clause est opposable aux propriétaires actuels, mais aussi aux propriétaires futurs voire aux locataires.

222. L'opposabilité présente toutefois des distinctions lors de sa mise en œuvre, selon qu'il s'agit d'un droit personnel ou d'un droit réel.
Ainsi, le droit de priorité du bénéficiaire d'un pacte de préférence en tant que droit personnel, oblige le promettant à proposer son bien à la vente en priorité au bénéficiaire. D'après le Code civil, qu'il s'agisse d'une obligation de faire,[919] ou de ne pas faire[920], la violation du pacte se résoudra en dommages et intérêts[921]. Or, la seule allocation de dommages et intérêts rend le pacte de préférence peu efficace. La jurisprudence paraît avoir voulu donner une certaine

[914] À l'occasion de la conclusion d'un acte qui opèrerait un tel démembrement, le notaire aurait toutefois tout intérêt à prévoir une reconnaissance de conseil donné pour s'assurer la preuve qu'il a averti le propriétaire originaire des conséquences de l'acte sur son droit de propriété.
[915] Pour GINOSSAR, th. préc., pp. 80 et s.
[916] Pour la doctrine classique.
[917] DERRUPPÉ J., th. préc., p. 221.
[918] Sur la réification des droits personnels par la volonté, V. MEKKI M., Volonté et distinction entre droit réel et droit personnel, *in Volonté et biens, regards croisés*, L'Hamattan, 2013, p. 149, n°13.
[919] C'est-à-dire : l'obligation de proposer le bien en priorité au bénéficiaire du pacte de préférence.
[920] C'est-à-dire : l'obligation de ne pas vendre le bien à un tiers sans l'avoir proposer avant au bénéficiaire du pacte de préférence.
[921] Art. 1142 C. civ.

efficacité au pacte de préférence dans le cas où le tiers acquéreur est de mauvaise foi[922]. Si le bénéficiaire arrive à prouver que le tiers connaissait l'existence du pacte[923], ainsi que l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, il pourra espérer l'annulation de la vente et sa substitution au tiers acquéreur[924]. Le fondement de cette solution semble davantage être l'adage *fraus omnia corrumpit* plutôt que la force obligatoire du pacte de préférence. En effet, la Cour sanctionne la fraude aux droits du bénéficiaire du pacte lorsqu'elle recherche la mauvaise foi du tiers acquéreur pour opérer une substitution[925]. Dans une jurisprudence antérieure[926], la Cour faisait prévaloir les dispositions de l'article 1142 du Code civil et n'admettait dès lors que l'allocation de dommage et intérêts[927]. Or, un droit opposable *erga omnes* doit permettre de conférer un droit direct sur la chose.

223. En matière de droits réels, leur opposabilité est conditionnée par leur publicité auprès du service chargé de la publicité foncière[928]. Ainsi, le décret du 4 janvier 1955 prévoit que « les actes ou décisions judiciaires portant ou constatant entre vifs la mutation ou la constitution de droits réels immobiliers, autres les privilèges et les hypothèques, sont obligatoirement publiés au service chargé de la publicité foncière de la situation de l'immeuble »[929]. Le système français de publicité foncière ne permet pas de créer un droit. Elle sert à régler un conflit entre des droits concurrents, par exemple en présence d'une double chaîne de propriété. Et elle assure une certaine efficacité aux droits publiés en étant une preuve que l'information aux tiers a été effectuée.

---

[922] Mixte, 26 mai 2006, n°03-19.376 et n°03-19.495 : *Bull. ch. mixte* n°4.
[923] Selon la jurisprudence, la publication du pacte ne pas suffit à présumer la connaissance par le tiers de l'existence du pacte de préférence : Civ. 1re, 11 juillet 2006, n°03-18.528 : *Bull. civ.* I, n°389.
[924] Cette solution a été appliquée dans un arrêt du 14 février 2007 (Civ. 3e, 14 février 2007, n°05-21.814 : *Bull. civ*. III, n°25), mais la Cour a semblé stopper cette application dans un arrêt du 25 mars 2009 (Civ. 3e, 25 mars 2009, n°07-22.027 : *Bull. civ.* III, n°68). Toutefois, le projet de réforme du droit des obligations semble aller dans le sens de la solution de la chambre mixte du 26 mai 2006. L'article 1125 prévoit notamment que « lorsque, en violation d'un pacte de préférence, un contrat a été conclu avec un tiers qui en connaissait l'existence, le bénéficiaire peut air en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. Le bénéficiaire peut également obtenir la réparation du préjudice subi ». Et si le tiers présume l'existence d'un tel pacte, il pourra en demander la confirmation au bénéficiaire, et si ce dernier ne répond pas, il ne pourra plus solliciter ni la substitution, ni la nullité du contrat.
[925] FOREST G., Sanction de la violation d'un pacte de préférence, *D. actualité*, 18 novembre 2011.
[926] GAUTHIER P.-Y., Où à l'occasion de la violation d'un pacte de préférence, la Cour de cassation réécrit les adages du droit français : *fraus non omnia corrumpit*, *RTD civ*. 1997, p. 685, à propos de l'arrêt Civ. 3e, 31 janvier 2007, n°05-21.071 : *Bull. civ.* III, n°16,
[927] Le projet de réforme du droit des obligations modifiera peut-être cette solution.
[928] Ex- conservation des hypothèques, nommé ainsi depuis le 1er janvier 2013.
[929] Art. 28 du décret n°55-22 du 4 janvier 1955, J.O. du 7 janvier 1955, p. 346.

224. À l'appui de la distinction de la mise en œuvre de l'opposabilité des droits personnels et réels, il semble que le démembrement d'une utilité juridique doit avoir fait l'objet d'une information aux tiers pour être opposable. Mais cette information ne résulte pas uniquement de la publicité foncière. En effet, à plusieurs reprises, la Cour de cassation a estimé qu'une servitude non publiée pouvait être opposable aux ayants droit à titre particulier dès lors que ces derniers avaient eu connaissance de cette servitude, par exemple par l'annexion du protocole d'accord concernant la servitude, et par la présence d'une mention particulière dans leur acte d'acquisition[930]. De même, selon l'article 1628 du Code civil, il appartient au vendeur d'informer l'acquéreur de l'existence d'une servitude non apparente qui pourrait conditionner l'acquisition[931].

L'opposabilité *erga omnes* des démembrements ne peut être acceptée qu'en présence d'une information suffisante donnée notamment à l'acquéreur. Cette garantie est offerte par la publicité foncière, mais d'autres modes d'information quasiment *ad personam* sont apparemment possibles[932].

225. Les enjeux des démembrements des utilités juridiques permettent d'envisager quel serait leur régime juridique s'ils étaient admis plus clairement par la loi et la jurisprudence. En effet, si la notion même de démembrement semble en quête d'existence, sa typologie est en pleine expansion et présente un avenir certain.

§2. Une typologie en devenir

226. Les démembrements des utilités juridiques revêtent plusieurs formes en pratique. Les premiers sont des démembrements de première génération (A), car si certains sont parfois subis, souvent ils sont voulus, et ils sont toujours reconnus par le législateur. D'autres démembrements sont, au contraire, admis au cas par cas. Ces démembrements *sui generis* peuvent être considérés comme des démembrements de seconde génération (B).

---

[930] Civ. 3e, 16 mars 2011, n° 10-13.771 : *Bull. civ.* III, n°41.

[931] Req. 30 décembre 1940 : DC 1941, p. 107, note Carbonnier.

[932] L'*erga omnes* laisse parfois place à l'*ad personam* selon les circonstances, afin de rendre efficace l'acte qui a créé le démembrement. Ainsi, un acte sous seing privé soit simplement déposé aux rangs des minutes d'un notaire, soit annexé à un acte authentique de vente, soit encore relaté dans un acte authentique, pourrait constituer la preuve d'une information suffisante donnée. Il n'en demeure pas moins que lors de la revente, l'information devra encore une fois être effectuée au profit du nouvel acquéreur. Le bon déroulement de ces informations successives est peu probable. La publicité foncière est bien le seul moyen de donner une information opposable sur le long terme.

A. Les démembrements de première génération

227. Certains démembrements des utilités juridiques sont reconnus par le législateur. Le plus courant des démembrements est celui qui décompose le droit de propriété entre l'usufruit d'une part, et la nue-propriété d'autre part[933]. Dans cette situation, le nu-propriétaire possède une propriété grevée, et l'usufruitier a quant à lui, une *propriété démembrée*[934]. À plusieurs reprises, la Cour de cassation a énoncé le terme de « démembrement » dans ses motifs[935]. Mais cette reconnaissance jurisprudentielle n'évite pas des critiques de la part de la doctrine. En effet, pour William DROSS, l'usufruit n'est pas un démembrement. Selon lui, il n'y a pas de répartition des utilités puisque l'usufruitier « les accapare toutes »[936]. L'usufruitier serait donc un propriétaire temporaire. Sa vision est essentiellement économique, alors que le démembrement évoqué par la jurisprudence concerne les utilités juridiques du droit de propriété. Le nu-propriétaire ne perd pas toutes les utilités juridiques de son bien puisqu'il conserve le pouvoir de disposition[937]. Et si l'on inverse la situation, un propriétaire ne peut pas confier l'*abusus* à autrui sans perdre son droit de propriété[938]. En outre, à l'extinction de l'usufruit, le nu-propriétaire redevient pleinement propriétaire. Son droit de propriété est mis en sommeil[939].

Pour les servitudes et le bail emphytéotique, les moyens du pourvoi mentionnent le terme de « démembrement », mais cela n'est pas repris dans les motifs[940]. Quant aux servitudes, il est possible de comprendre la réticence des juges à les qualifier de démembrements car contrairement à d'autres démembrements, l'avantage qui est conféré au fonds dominant[941] n'empêche pas au propriétaire du fonds servant de s'en servir également[942]. Cependant, l'article L.153-13 du Code minier les qualifie de démembrements puisqu'il évoque « l'établissement de servitudes ou d'autres démembrements de droits réels ».

---

[933] Art. 578 C. civ. : « L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à charge d'en conserver la substance ».
[934] Pour Polina KOURALEVA, le nu-propriétaire possède la « propriété future », *in* L'usufruit, démembrement du droit de propriété ?, *LPA* du 19 juin 2009, n°122, p. 6. Et pour Céline KUHN, le nu-propriétaire détient une « propriété obligée », *in* La nue-propriété, une propriété obligée, *LPA* 8 août 2011, n°156, p. 8.
[935] Civ. 2e, 11 avril 2013, n° 12-14.476 : *Bull. civ.* II, n°79 ; Civ. 2e, 22 mars 2012, n°11-12.546 ; Com. 15 décembre 2009, n°09-11.1137 ; Com. 1er décembre 2009, n°06-21.052.
[936] DROSS W., *op. cit*., p. 107, n°117.
[937] Le nu-propriétaire possède le pouvoir de disposer de son *abusus*, mais il ne peut pas vendre la pleine propriété sans l'accord de l'usufruitier (article 815-15 alinéa 2 du Code civil).
[938] Dans ce sens : FABRE-MAGNAN M., Propriété, patrimoine et lien social, *RTD civ.* 1997, p. 583, spéc. n°9.
[939] *Cf. infra* n°691.
[940] Pour les servitudes : Civ. 3e, 13 mai 2009, n°08-14.640 : *Bull. civ.* III, n°109 ; pour le bail emphytéotique : Civ. 3e, 15 juin 2010, n°09-67.178 : *Bull. civ.* III, n°210.
[941] Art. 637 C. civ.
[942] Sur ce constat : *cf. supra* note n°817.

Et quant au bail emphytéotique, le but est de dissocier le foncier du bâti de façon temporaire[943]. Le droit ainsi créé au profit du preneur a été qualifié de droit réel immobilier par le Code civil[944]. Or, un démembrement des utilités juridiques se contente de répartir les avantages d'un bien entre plusieurs personnes, alors que dans le cadre d'un bail emphytéotique, c'est avant tout l'immeuble qui est divisé. D'ailleurs, l'article R.313-15 du Code de la construction et de l'Habitation laisse entrevoir cette spécificité lorsqu'il indique qu'un logement peut faire « l'objet d'un démembrement de la propriété, d'un bail emphytéotique, d'un bail à construction ou d'un bail à réhabilitation ». La formulation de cette énumération marque la distinction entre les démembrements et les baux qui divisent l'immeuble.

Les démembrements instrumentalisent le droit de propriété plus ou moins selon que ces démembrements sont volontaires (1) ou de protection (2).

1. Les démembrements volontaires

228. Les démembrements reconnus par le Code civil sont présents à la suite des articles dédiés à la propriété, et à l'intérieur du même livre intitulé « des biens et des différentes modifications de la propriété ». L'usufruit, le droit d'usage et d'habitation, et les servitudes peuvent constituer des démembrements volontaires. Dans ce cas, ils sont à la fois voulus par le propriétaire et encadrés par le Code civil. Ils instrumentalisent le droit de propriété, mais les limitations qui en résultent sont souhaitées par le propriétaire.

Ainsi que l'indique l'article 579 du Code civil, l'usufruit peut être établi « par la volonté de l'homme ». En premier lieu, cet usufruit conventionnel peut être la conséquence d'une donation. Dans ce cas, le plus souvent le donateur se réserve l'usufruit et donne la nue-propriété[945]. Cette technique lui permet d'anticiper sa succession puisqu'il effectue ainsi une sorte de partage anticipé en attribuant d'ores et déjà son bien à son héritier. À son décès, l'usufruit rejoindra automatiquement la nue-propriété pour former la pleine propriété, sans payer de droits de succession[946]. En second lieu, l'usufruit et la nue-propriété peuvent faire l'objet d'une acquisition concomitante. Les parents achètent l'usufruit, et les enfants, la nue-

[943] Sur la division temporaire du droit de propriété qui réalise avant tout une division de l'immeuble : *Cf. supra* n[os]169 et s.
[944] Art. 2521 1° d) C. civ. (droit réel immobilier), art. L.451-1 C. rur. (droit réel).
[945] Ce montage, à but souvent fiscal, sera étudié dans le cadre de la stratégie patrimoniale : *Cf. infra* n[os]345 et s.
[946] Art. 1133 CGI.

propriété. Cela permet aux enfants de faire un placement, tout en aidant les parents soit à se loger, soit à obtenir des revenus supplémentaires.

229. En effet, « l'usufruitier peut jouir par lui-même, donner à bail à un autre, même vendre ou céder son droit à titre gratuit »[947]. Sans obtenir l'accord du nu-propriétaire, l'usufruitier ne peut conclure qu'un bail d'habitation dont la durée ne doit pas excéder neuf ans[948]. Mais, il pourra jouir de « toute espèce de fruits, soit naturels, soit industriels, soit civils »[949]. Or les loyers sont des fruits civils[950]. Il pourra également céder son usufruit, mais ce droit sera soit limité par un terme défini par avance, soit par son décès[951]. Marie-Laure MATHIEU estime que cette cession prouve que « l'usufruitier est propriétaire du droit réel que constitue l'usufruit » et que l'usufruitier peut disposer de toutes les actions qu'exercerait un propriétaire pour défendre sa propriété[952]. L'usufruitier possède de nombreux avantages, notamment user, jouir et disposer de son droit, qui ressemblent fortement aux prérogatives du propriétaire[953]. D'ailleurs, le Code civil indique bien que l'usufruitier jouit « comme le propriétaire lui-même »[954]. Mais ces avantages portent sur la chose d'autrui et constituent donc des démembrements des utilités juridiques du droit de propriété constitutifs d'une *propriété démembrée*.

230. Dans le cadre des droits d'usage et d'habitation, son titulaire ne possède qu'un « modèle réduit » de l'usufruit, et partant de *propriété démembrée*[955]. Ces droits semblent avoir une vocation essentiellement familiale étant donné leurs multiples références à la famille[956]. De plus, l'objectif de ces droits est de conserver le cadre de vie du propriétaire tout en lui permettant d'obtenir un pécule. Comme l'usufruit, les droits d'usage et d'habitation peuvent être constitués volontairement par le propriétaire. Ce dernier vend son bien tout en se

[947] Art. 595 al. 1er C. civ.
[948] Art. 595 al. 2 C. civ.
[949] Art. 582 C. civ.
[950] Art. 584 C. civ.
[951] C'est une application de l'adage *« Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet »* qui signifie : personne ne peut transférer à un autre plus de droit qu'il n'en a lui-même.
[952] MATHIEU M.-L., *op. cit.,* pp. 220-221, n°597.
[953] PLANCKEEL F., La combinaison de l'usufruit et du bail, Eléments pour une nouvelle théorie des biens, *RTD civ*. 2009, p. 639 : pour Frédéric PLANCKEEL, l'usufruitier a la propriété des utilités de la chose car il possède le pouvoir de jouissance. *Contra* : BOFFA R., La nature juridique du droit de jouissance exclusif sur les parties communes, *LPA* du 10 novembre 2010, n°224, p. 3.
[954] Art. 597 C. civ.
[955] MATHIEU M.-L., *op. cit.,* p. 241, n°659.
[956] Art. 637, 630, 632, 633.

réservant le droit d'usage et d'habitation[957]. Si ce droit est viager, la vente est considérée comme aléatoire[958]. Mais le titulaire du droit d'usage et d'habitation doit jouir du bien en bon père de famille, et il ne peut exiger plus de fruits que ses besoins et ceux de sa famille le nécessitent[959]. Et contrairement à l'usufruitier, il ne peut ni céder, ni louer son droit à un autre[960]. *A priori*, le droit d'habitation semble découler du droit d'usage et n'en être qu'une facette, mais à la lumière de l'article 764 du Code civil, chaque expression trouve son sens. Le droit d'usage est plutôt réservé au mobilier, et le droit d'habitation plutôt à l'immobilier.

231. Enfin, les servitudes conventionnelles sont prévues par l'article 686 du Code civil qui autorise les propriétaires « d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble (…) ». Elles appartiennent à la catégorie des servitudes établies par le fait de l'homme. Ces servitudes peuvent être constituées par titre[961], c'est-à-dire soit par convention à titre gratuit ou onéreux, soit par testament, soit par contrat de partage[962]. La servitude va constituer une charge pour le fonds servant, et un avantage pour le fonds dominant. Cet avantage est positif s'il permet une action à son bénéficiaire[963], soit négatif s'il impose une abstention au propriétaire du fonds servant[964]. Mais quoi qu'il en soit, ce sont les propriétaires des fonds qui définissent l'objectif de la servitude[965] et qui réalisent ainsi une « maximisation des richesses »[966]. Dans le même sens, Aurore CHAIGNEAU explique que même si les servitudes posent des limites au droit du propriétaire sur son fonds, elles garantissent aussi la jouissance paisible des fonds alentour et de ce fait, « les servitudes contribuent à la valorisation des propriétés »[967].

232. Le propriétaire répartit volontairement les avantages que peut procurer son bien selon ses besoins car il en tire des bénéfices sans ressentir économiquement qu'il n'a plus une propriété pleine et entière. Ces démembrements ont permis d'adapter le droit de propriété

[957] Il peut aussi faire un legs du droit d'usage et d'habitation.
[958] Elle sera soumise aux dispositions de la rente viagère des articles 1968 et s. du Code civil.
[959] Art 627, 630 C. civ.
[960] Art. 631 C. civ.
[961] Art. 690 C.civ.
[962] PRADEL X., Réflexions sur les relations entre les servitudes et le droit des obligations, *Rép. Defrénois,* 30 mai 2005, n°10, p. 829.
[963] Par exemple : une servitude de passage.
[964] Par exemple : une servitude *non aedificandi*.
[965] L'objectif doit d'ailleurs être suffisamment précis pour s'adapter dans le temps. Sur cette question : ATIAS Ch., La mutabilité des servitudes conventionnelles, *RTD civ.* 1979, p. 245.
[966] PRADEL X., préc., sur la liberté de choix de l'utilité de la servitude.
[967] CHAIGNEAU A., *Le droit de propriété en mutation*, *Essai à la lumière du droit russe*, th. Paris X, Avant-propos A. LYON-CAEN, Dalloz, Coll. À droit ouvert, 2008, p. 482.

« aux nécessités modernes de la consommation, du profit comme du désir »[968]. Dans d'autres situations, le propriétaire peut subir des démembrements des utilités juridiques. Mais dans ce cas, ces démembrements auront une vocation de protection.

2. Les démembrements de protection

233. Certains démembrements sont imposés au propriétaire pour protéger soit une personne dans une situation de détresse, telle que le conjoint survivant, l'ex-époux ou l'enfant, soit une personne qui perd la fonctionnalité de sa propriété tel que le voisin. Ces limitations sont prévues par la loi et sont applicables directement par les praticiens, tels que les notaires, alors que d'autres nécessitent l'intervention du juge.

Tout d'abord, lors d'une succession, le législateur s'intéresse particulièrement à la personne du conjoint survivant en aidant ce dernier à garder son cadre de vie. Ainsi, lorsque tous les enfants sont issus des deux époux, le conjoint survivant pourra opter pour l'usufruit de la totalité des biens existants de la succession[969]. Et dans tous les cas, il pourra demander à bénéficier du droit viager au logement, qui est en réalité un droit d'habitation sur le logement qu'il occupait effectivement lors du décès, à titre de résidence principale, accompagné d'un droit d'usage sur le mobilier[970].

Ensuite, lors d'un divorce, le législateur a prévu la possibilité de protéger particulièrement le conjoint en autorisant le juge à lui attribuer la prestation compensatoire sous la forme d'un « droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit » portant sur un bien appartenant à l'autre époux[971]. L'enfant peut également bénéficier d'un droit d'usage et d'habitation à l'occasion de l'exécution de la pension alimentaire[972].

234. Enfin, certaines servitudes sont imposées au propriétaire afin d'assurer un rapport de bon voisinage. Ces servitudes dérivent de la situation naturelle des lieux[973]. Par exemple, l'écoulement des eaux pluviales est réglementé par le biais de servitudes qui vont avoir pour conséquence d'interdire au propriétaire inférieur d'élever des digues, et au propriétaire

[968] DESURVIRE D., L'atomisation de la propriété, *LPA* du 29 juillet 1994, n°90.
[969] Art. 757 C. civ.
[970] Art. 764 C. civ.
[971] Art. 274 2° C. civ.
[972] Art. 373-2-2 *in fine* C. civ. Et selon l'article 382 du Code civil, tant que l'enfant est sous l'autorité parentale de ses parents, ces derniers ont l'administration et la jouissance des biens de leur enfant.
[973] Art. 640 et s. C. civ.

supérieur d'aggraver la servitude[974]. L'action en bornage et le droit de se clore sont également des servitudes qu'un voisin peut imposer à l'autre afin de faire respecter la frontière juridique et physique entre deux propriétés[975].

D'autres servitudes sont imposées par la loi et ont pour conséquence d'octroyer une utilité juridique au voisin. D'ailleurs, l'article 649 du Code civil indique qu'elles ont pour objet notamment « l'utilité des particuliers ». Ces servitudes sont nombreuses et opèrent dans des domaines variés. Elles concernent les propriétaires mitoyens[976], mais elles s'appliquent aussi aux vues sur la propriété du voisin[977], aux égouts des toits[978], et au droit de passage[979]. La servitude de passage en cas d'enclave est un démembrement particulièrement attentatoire au droit de propriété puisqu'elle permet au voisin d'user partiellement d'un terrain qui ne lui appartient pas[980]. Mais elle protège en même temps les droits du propriétaire du terrain enclavé.

235. En dehors du cas des servitudes, ces démembrements ne sont pas destinés à durer *ad vitam aeternam*[981]. Ce ne sont que des démembrements de première génération, qui sont reconnus par le législateur et pour lesquels l'information, par le biais de la publicité foncière, est bien maîtrisée par la pratique. Il en va différemment des démembrements de seconde génération.

B. Les démembrements de seconde génération

236. D'autres formes de démembrements des utilités juridiques ont été reconnues au cas par cas par la jurisprudence (1). Ces démembrements *sui generis* ont d'abord eu comme fondement l'arrêt *Caquelard* du 13 février 1834 qui indiquait que « les articles 544, 546 et 552 du Code civil sont déclaratifs de droit commun relativement à la nature et aux effets de la propriété, mais ne sont pas prohibitifs – que ni ces articles, ni aucune autre loi n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible »[982]. Et dernièrement, l'arrêt *Maison de Poésie* a affirmé clairement l'absence de

[974] Art. 640 C. civ.
[975] Art. 646 à 648 C. civ.
[976] Art. 653 et s. C. civ.
[977] Art. 675 et s. C. civ.
[978] Art. 681 C. civ.
[979] Art. 682 et s. C. civ.
[980] Art 682 et s. C. civ.
[981] Art. 703 et s. C. civ.
[982] Req., 13 février 1834 : *DP* 1834, I, p. 118 ; *S.* 1834, I, p. 205 ; *GAJC* 12e éd., t.1, n°65.

numerus clausus des droits réels[983]. Cela signifie donc que le droit de propriété peut émettre autant d'avantages juridiques qu'il peut en exister sur un même bien. Cette avancée jurisprudentielle ouvre la voie de démembrements issus de la liberté contractuelle (2).

1. Les démembrements issus de la jurisprudence

237. Depuis l'arrêt *Caquelard*, la Cour de cassation valide au cas par cas des démembrements qui ne correspondent ni à un usufruit, ni à un droit d'usage et d'habitation, ni à une servitude. Ces nouveaux démembrements apparaissent dans des domaines différents, qu'il est possible de répertorier en trois catégories : les servitudes *sui generis*, les droits d'usage et les droits de jouissance.

238. Première catégorie : les servitudes *sui generis* sont des démembrements qui ont été admis au moins implicitement par les juges, mais sans qu'ils aient prononcé le terme de servitude.

Ainsi, le droit d'empiéter et de passer ponctuellement chez le voisin, pour poser un échafaudage par exemple, est appelé en pratique « servitude de tour d'échelle »[984]. Pourtant, la Haute juridiction n'a jamais exprimé cette notion et a même refusé de la qualifier de servitude de passage, car pour elle, l'occupation n'est que très temporaire[985]. Pourtant, l'occupation fréquente du lieu de la servitude n'est pas une condition de validité des servitudes. D'autres fondements ont également été avancés avec plus ou moins de succès pour justifier le droit d'échelle, tels que l'abus de droit du propriétaire, ou l'obligation découlant du voisinage[986]. Mais quoi qu'il en soit, le tour d'échelle présente des similitudes avec les servitudes. D'une part, il grève un fonds au profit d'un autre, et d'autre part, il est perpétuel puisqu'il dure autant que demeure la situation de proximité entre voisins et que cela implique la nécessité de passer chez lui.

Par ailleurs, le droit de non-concurrence est également considéré par la doctrine comme une servitude[987]. Or, la Cour de cassation a seulement laissé entendre qu'elle avait cassé l'arrêt d'appel parce qu'il aurait refusé d'analyser la situation en une servitude de non-

[983] Civ. 3e, 31 octobre 2012, n°11-16.304 : *Bull. civ.* III, n° 159.
[984] Civ. 3e, 15 février 2012, n°10-22.899 : *Bull. civ.* III, n°32 : il s'agissait en l'espèce d'installer temporairement des échafaudages chez le voisin pour réaliser des travaux sur la toiture.
[985] Civ. 3e, 28 septembre 2005, n°04-14.769 : *Bull. civ.* III, n°187.
[986] LE RUDULIER N., Servitude de tour d'échelle : prise en compte du critère économique, *AJDI* 2012, p. 539 ; THOMASSIN N., Le fondement juridique du « tour d'échelle », *D.* 2012, p. 1308.
[987] LIBCHABER R., Restriction d'activité, servitude de non-concurrence et droit réel : un aperçu de la complexité des situations réelles, *D.* 2002, p. 433.

concurrence.[988] En effet, la Cour a justifié sa cassation au visa de l'article 686 du Code civil[989].

239. Deuxième catégorie : les droits d'usage sont assez rares car ils sont souvent assimilés aux droits de jouissance[990]. La Cour de cassation a cependant reconnu le droit à l'usage de l'eau d'une rivière au profit de l'exploitant d'un moulin[991]. Puis, elle a qualifié un droit d'affichage comme un droit d'usage sur les parties communes[992]. En matière de droit d'affichage, le manque de clarté de la Cour quant à son caractère perpétuel a conduit la doctrine à considérer que l'emplacement d'affichage et ce qui s'y rattache (par exemple, le panneau, l'enseigne…) constituent les superficies, et que le support de l'emplacement (c'est-à-dire la mur, ou le sol) représente le tréfonds[993]. Cette solution pose des problèmes au niveau de la gestion des droits entre le superficiaire et le tréfoncier. Par exemple, si le mur s'abîme et que le panneau tombe, est-ce que le tréfoncier devait entretenir le mur, ou bien est-ce que le superficiaire devait mieux fixer le panneau ? Il faudrait au moins créer une servitude d'accrochage comme cela se fait dans le cadre des volumes immobiliers.

240. Troisième catégorie : les droits de jouissance peuvent avoir soit un caractère alimentaire, soit un caractère économique[994] :

- Les droits de jouissance à caractère alimentaire sont les plus anciens puisqu'ils correspondent à des usages qui existaient dans l'Ancien droit. Ainsi, le droit aux secondes herbes a été accordé aux habitants d'une entité territoriale[995]. La particularité de cette décision est d'avoir rejeté le motif de l'inopposabilité pour l'absence de publication du droit parce que

[988] Notamment : Civ. 3e, 4 juillet 2001, n°99-14.784, *Bull. civ*. III, n°94 : *D*. 2002, p. 433, note Libchaber R, préc. En l'espèce, à l'occasion d'une vente, les vendeurs avaient inséré une clause qui interdisait aux commerçants qui seraient amenés à travailler dans les locaux à vendre du pain et de la pâtisserie.
[989] Et de l'article 1134 du Code civil, ce qui peut signifier qu'elle incitait à l'utilisation de la liberté contractuelle afin de créer une nouvelle forme de servitude : une servitude conventionnelle de non-concurrence.
[990] Pour exemple : Civ. 3e, 28 janvier 2015, n°14-10.013, *à paraître au bulletin* : alors que la Cour d'appel et le règlement de copropriété qualifient le démembrement de « droit d'usage », la Cour de cassation le qualifie de « droit de jouissance spéciale ».
[991] Civ. 3e, 1er avril 1992, n°90-14.066 : *Bull. civ.* III, n°115.
[992] Civ. 3e, 19 novembre 1985, n°84-13.404 : *Bull. civ*. III, n° 146.
[993] Note ss Civ. 3e, 18 janvier 1984, n°82-16.003 : *Bull. civ.* III, n°16, BARBIÈRI J.-F., *JCP* G 1986, II, 20547. D'ailleurs, F.-X. TESTU parle d'une propriété partiaire plutôt que d'un démembrement parce que selon lui la propriété partiaire pourrait se baser sur le droit de superficie. Or, le droit de superficie opère une division du droit de propriété, alors que le démembrement s'analyse comme une répartition des utilités juridiques d'une chose qui appartient à autrui : TESTU F.-X., L'autonomie de la volonté, source de droits réels principaux, *JCP* G 2012, 1400.
[994] Il convient de remarquer que la proposition de réforme du droit de bien a créé un droit de jouissance spéciale et l'a inséré dans le titre IV consacré aux démembrements de la propriété.
[995] Civ. 3e, 25 mars 1992, n°89-21.866 : *Bull. civ.* III, n°106.

le litige portait sur la force obligatoire de la convention qui avait créé ce droit aux secondes herbes. Plus récemment, la jurisprudence a accordé un droit perpétuel de crû et à croître sur deux cantons de bois[996].

- Les droits de jouissance à caractère économique permettent à leurs titulaires d'obtenir des avantages juridiques qui ont une répercussion économique. En effet, la reconnaissance du caractère perpétuel du droit de jouissance privatif sur une partie commune telle qu'une cour commune permettra au copropriétaire qui en bénéficie de le céder en plus de son lot lorsqu'il décidera de vendre[997]. De même, un droit de jouissance spéciale est un élément de la négociation du prix de vente du bien faisant l'objet du démembrement[998]. Et ce d'autant plus quand il est perpétuel.

241. Ces démembrements portent sur des utilités juridiques diverses, qui restreignent le droit de propriété à des degrés différents. Leur point commun est de concurrencer le droit de propriété quant à son caractère perpétuel. À tel point qu'il semble qu'il ne faille pas traiter différemment ces démembrements et le droit de propriété[999]. Cette *propriété démembrée* pourrait connaître de nouveaux développements si la pratique suivait l'esprit des juges. Ces derniers ont effectivement tendance à invoquer l'article 1134 du Code civil, qui symbolise la liberté contractuelle[1000].

2. Les démembrements issus de la liberté contractuelle

242. Certains praticiens pourraient être tentés de se lancer vers de nouveaux démembrements. Mais ils doivent veiller à respecter l'ordre public, par conséquent les démembrements ne doivent pas permettre de contourner des dispositions légales, telles que le droit de la copropriété, le droit des baux, l'usufruit ou les servitudes. De plus, il leur est recommandé de prévoir les modalités d'exercice et d'extinction du démembrement[1001]. Après avoir pris ces précautions, ces démembrements pourraient ouvrir de nouvelles perspectives[1002]. Ils pourraient avoir pour objet l'utilisation d'installations sportives ou de

[996] Civ. 3e, 23 mai 2012, n°11-13.202 : *Bull. civ.* III, n°84. *Cf. supra* n°217.
[997] Civ. 3e, 4 mars 1992, n°90-13.145 : *Bull. civ*. III, n°73.
[998] Civ. 3e, 31 octobre 2012, n°11-16.304 : *Bull. civ.* III, n° 159.
[999] D'AVOUT L., Démembrement de propriété, perpétuité et liberté, *D.* 2012, p. 1934.
[1000] Civ. 3e, 4 juillet 2001, n°99-14.784, préc. *;* Civ. 3e, 31 octobre 2012, n°11-16.304*,* préc.
[1001] TRANCHANT L., L'organisation de la propriété sous le signe de la liberté contractuelle, *Rép. Defrénois* 2013, p. 12.
[1002] Les incertitudes d'ordre pratique sont toutefois nombreuses : comment qualifier le droit grevé du droit réel perpétuel de jouissance spéciale ? Et par conséquent, comment évaluer financièrement et fiscalement le droit réel

loisirs[1003], une jouissance partielle et particulière d'une propriété immobilière, le droit de faire de la voile sur un étang, voire de créer des droits de jouissance partagée[1004], évitant ainsi le *timeshare* ou l'indivision[1005]. François-Xavier TESTU envisage même une application de la liberté des démembrements en matière de propriété intellectuelle[1006].

243. L'idée d'une libéralisation des démembrements a engendré des avis divergents. Pour certains, ces démembrements assureraient une valorisation de la propriété en permettant une meilleure exploitation des biens[1007]. Le droit de jouissance spéciale serait même une « innovation majeure du droit »[1008], parce qu'il répartit les utilités du droit de propriété et donc les avantages du bien, alors que l'usufruit les épuise[1009].

Pour d'autres, cela aboutirait à une remise en cause de la notion de droit de propriété. Ainsi, à propos d'un droit de jouissance perpétuel, Romain BOFFA estime que la reconnaissance d'un tel droit porterait « atteinte au cœur même de la propriété, puisque le propriétaire est définitivement privé de toute utilisation économique de son bien »[1010]. Plus généralement, pour Polina KOURALEVA le démembrement du droit de propriété ne peut pas à lui seul remettre en cause la notion du droit de propriété, « mais l'admettre dans un cas particulier, c'est ouvrir les portes à d'autres cas similaires et au développement possible de cette idée de propriété virtuelle qui n'aura plus sa fonction de stabilisateur social »[1011].

Or, après les multiples acceptations jurisprudentielles il faut admettre que les portes sont déjà ouvertes au démembrement. Pour l'instant, le droit de propriété réussit un véritable tour de force en restant un droit fondamental, tout en étant instrumentalisé. Néanmoins, un encadrement de ces démembrements de seconde génération permettrait d'assurer une certaine sécurité juridique. Lorsque la Cour de cassation vise les articles 544 et 1134 du Code civil dans l'arrêt *Maison de Poésie*, c'est peut-être qu'elle souhaite que soit mis en place un

---

perpétuel de jouissance spéciale et le droit grevé ? V. à ce sujet KUHN C., La liberté de créer des droits réels *sui generis*, *JCP* N 2014, 1327, n°35 et s.

[1003] Pour des tennis, des golfs, des piscines.

[1004] Sur des emplacements de stationnement dans des villes, ou des appartements de vacances.

[1005] BERGEL J.-L., Servitudes et autres droits réels spéciaux, *in Proposition de l'association H. CAPITANT pour une réforme du droit des biens*, Litec, Coll. Carré Droit, Paris, 2009, p.85.

[1006] TESTU F.-X., L'autonomie de la volonté, source de droits réels principaux, *JCP* G 2012, 1400.

[1007] BERGEL J.-L., Droits réels de jouissance et valorisation des biens : les propositions de réforme du droit des biens, *in* Mél. MOURALIS, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2011, p. 19.

[1008] PÉRINET-MARQUET H., La liberté de création des droits réels est consacrée, *Constr.-Urba.* 2013, repère 1.

[1009] TRANCHANT L., préc.

[1010] BOFFA R., La nature juridique du droit de jouissance exclusif sur les parties communes, *LPA* du 10 novembre 2010, n°224, p. 3, spéc. n°61.

[1011] KOURALEVA P., L'usufruit, démembrement du droit de propriété ?, *LPA* du 19 juin 2009, n°122, p. 6.

« régime équilibré » permettant de concilier la liberté contractuelle et le droit de propriété[1012]. Et selon son arrêt du 28 janvier 2015 il semblerait que ce régime équilibré soit celui de l'usufruit pour ce qui est de la durée du droit de jouissance. Pour le reste, notamment l'évaluation du droit, l'entretien du bien grevé, les questions, et donc les incertitudes, demeurent[1013].

244. La valorisation de la propriété ne doit pas être repoussée, mais il faut veiller à ne pas reproduire les mêmes erreurs que le droit féodal en démultipliant les démembrements, en créant des droits concurrents, et finalement en vidant le droit de propriété de sa substance.
Si la pratique se charge d'innover, elle créera des démembrements pêle-mêle, au gré des difficultés, et sans coordination. Certains seront refusés par les juges, d'autres auront la chance d'être autorisés. Mais dresser un régime juridique clair prendra un temps conséquent. C'est pourquoi, il conviendrait que le législateur se saisisse de la question des démembrements[1014]. Il pourrait établir un régime juridique innovant mais précis, notamment quant à la durée des démembrements de seconde génération en limitant leur « perpétuité » à 99 ans[1015]. Le caractère perpétuel dépendrait de la nature du droit ou de la chose, sur lequel ou laquelle il porterait[1016]. Par ailleurs, il serait intéressant de faciliter l'accès à l'information quant à l'existence de tels démembrements sur le bien, soit en créant un fichier accessible aux particuliers, soit en obligeant le vendeur à donner les informations sur la situation juridique de son bien[1017].

245. Les démembrements portant sur les utilités juridiques du droit de propriété instrumentalisent le droit de propriété en répartissant les avantages juridiques du bien entre plusieurs titulaires. Leur existence est majoritairement admise, créant ainsi une *propriété démembrée* qui profite à un bénéficiaire. Ce dernier possède donc une forme d'appropriation sur la chose d'autrui. Si le démembrement des utilités juridiques avait une vocation

[1012] MEKKI M., Volonté et distinction entre droit réel et droit personnel, *in Volonté et biens, regards croisés*, L'Hamattan, 2013, p. 149.
[1013] KUHN C. La liberté de créer des droits réels *sui generis*, *JCP* N 2014, 1327, spéc. n°35 et n°37.
[1014] À moins que le législateur préfère laisser libre cours à la liberté contractuelle : dans ce cas seule la situation d'abus serait susceptible de permettre de contrôler les démembrements. Or, la propriété immobilière, en tant que liberté fondamentale, concerne à la fois des professionnels et des particuliers. Ces personnes ayant des vues différentes, cela semble peu adéquat de leur laisser un champ de liberté trop étendu.
[1015] DROSS W., *op. cit.,* p. 119, n°132.
[1016] FABRE-MAGNAN M., Propriété, patrimoine et lien social, *RTD civ*. 1997, p. 583.
[1017] Eventuellement par le biais d'un professionnel, tel qu'un notaire ou un avocat.

perpétuelle, cela créerait une concurrence entre la *propriété démembrée* et le droit de propriété dont elle est issue. Cela ne semble donc pas souhaitable.

Au contraire, les limitations au droit de propriété engendrées par certains motifs socio-économiques sont considérées classiquement comme des droits personnels, et les qualifier comme des démembrements n'est pas admis. En effet, utiliser le terme de démembrement pour désigner les droits du locataire peut choquer. Pourtant, la notion de démembrement des utilités socio-économiques traduit une réalité qui légitimerait qu'une catégorie particulière lui soit reconnue au sein des droits patrimoniaux.

Section 2. Le démembrement des utilités socio-économiques

246. En protégeant le logement et le travail, le législateur et le juge ont été les concepteurs d'une catégorie nouvelle de démembrements[1018]. Or, ces démembrements des utilités socio-économiques donnent naissance à une quasi-propriété, que l'on peut appeler *propriété socio-économique* qui entre directement en concurrence avec le droit de propriété immobilier. Pour THERY, il s'agit de nouvelles propriétés mais à caractère personnel, puisqu'il est possible de les transmettre aux membres de la famille[1019]. Il expliquait cela par le fait que l'utilisation conduit à la propriété, car selon lui « est maître de la chose celui qui mérite le mieux de l'être », et de cette manière « la propriété y gagne en prestige comme en diffusion»[1020]. Ces propos sont peut-être quelque peu exagérés, mais ils contiennent une part de réalité.

Le logement et le travail sont des motifs qui permettent aux locataires de bénéficier d'un démembrement particulier. Il ne s'agit ni d'un démembrement des utilités juridiques, ni d'un droit réel. Le droit au bail des preneurs est classiquement qualifié de droit personne, pourtant ils ont indirectement un droit sur la chose. En effet, les prérogatives dont bénéficient ces locataires sont particulièrement protégées vis-à-vis du propriétaire de l'immeuble, mais également des tiers. Et leurs prérogatives ne cessent de se multiplier. Cela signifie qu'il ne peut pas s'agit d'un simple droit personnel, et que la distinction entre les droits réels et les droits personnels semble trop rigide pour cette nouvelle forme de démembrement.

[1018] En effet, il ne s'agit ici ni de revenir sur la distinction entre le droit réel et le droit personnel, ni de chercher à qualifier de réelle la nature juridique du droit du preneur. Au contraire, le but de la démonstration est de trouver un nouveau fondement permettant de qualifier ces limitations du droit de propriété, justifiées par des motifs socio-économiques.

[1019] THERY R., De l'utilisation à la propriété des choses, *in* Mél. RIPERT, L.G.D.J. t. 2, 1950, p. 17, spéc. p. 31.

[1020] THERY R., préc., spéc. p. 30.

Les locataires habitants comme les locataires exploitants sont des occupants particulièrement bien protégés par le législateur, ce qui ne peut qu'affecter les prérogatives du propriétaire. Or, les limitations que subit le propriétaire de l'immeuble créeent de nouvelles formes d'appropriation aux profit des utilisateurs de l'immeuble. Pour les premiers, le logement est le motif social permettant le démembrement (§1), pour les seconds, le travail est le motif économique du démembrement (§2).

§1. Le logement, motif social du démembrement

247. Le terme de logement ne fait l'objet que d'une définition matérielle[1021]. Il pourrait cependant être défini comme un bien immeuble occupé par une ou plusieurs personnes à titre de résidence principale[1022] ou secondaire. De plus, il est possible de constater qu'un logement peut aussi bien être un « bien de consommation », lorsqu'il est utilisé par son détenteur, qu'un « bien de capitaux » quand on prend sa valeur en considération[1023]. Ces deux aspects peuvent être confondus si le propriétaire occupe le logement, ou dissociés si c'est un locataire qui l'occupe[1024]. C'est également dans ce sens que Chantal IORIO distingue dans sa thèse entre « la propriété de rapport » et « la propriété d'occupation »[1025]. Ainsi, la propriété pourrait être qualifiée différemment selon la destination qui lui est affectée. Or, il serait intéressant de savoir s'il n'est pas possible de trouver ces deux sortes de propriété en même temps sur un même logement. La propriété de rapport serait l'apanage du propriétaire, et la propriété d'occupation serait celle de l'occupant : propriétaire ou locataire. De cette manière, lorsque le locataire est l'occupant, cela donne lieu à un démembrement du droit de propriété pour un motif social.

248. Cette hypothèse n'est pour l'heure pas admise puisque le locataire est toujours uniquement titulaire d'un droit personnel fondé sur le contrat de bail. Néanmoins, la tendance

---

[1021] En effet, l'article R.111-1 alinéa 3 du Code de la construction et de l'habitation contient une définition matérielle du logement : "Un logement ou habitation comprend, d'une part, des pièces principales destinées au séjour ou au sommeil, éventuellement des chambres isolées, et, d'autre part, des pièces de service, telles que cuisines, salles d'eau, cabinets d'aisance, buanderies, débarras, séchoir, ainsi que, le cas échéant, des dégagements et des dépendances".

[1022] Art. 2, loi n°89-462 du 6 juillet 1989, J.O. du 8 juillet 1989, p. 8541 : la « résidence principale est entendue comme le logement occupé au moins huit mois par an », sauf exceptions.

[1023] ROSA J.-J., Des comportements patrimoniaux aux politiques publiques : le logement bien de consommation et instrument de placement, *Administrer* 1989, p. 12.

[1024] ROSA J.-J., préc.

[1025] IORIO C., *Le droit au logement des propriétaires occupants*, th. Marseille III, 2011, pp. 17-18, n°8.

actuelle semble se diriger vers un droit subjectif[1026] au profit du locataire habitant (A). Plus sûrement, elle amène une multiplication des droits acquis par le locataire habitant (B).

A. Vers un droit subjectif au profit du locataire habitant ?

249. Cela fait longtemps qu'une partie de la doctrine a ressenti que la propriété possède une fonction sociale. D'abord, les physiocrates estimaient que la propriété avait un caractère social en plus de son caractère individuel[1027], puis DUGUIT a radicalisé l'idée en déclarant que « la propriété individuelle cesse d'être un droit de l'individu pour devenir une fonction sociale »[1028]. Il a été suivi en cela par quelques auteurs qui ont déclaré que la propriété-fonction avait ainsi succédé à la propriété-droit[1029]. Or, la reconnaissance du droit de propriété comme un droit fondamental ne peut que confirmer que la propriété n'est pas qu'une fonction sociale, mais qu'elle possède une fonction sociale[1030]. Ce motif social justifie peu à peu la création d'un démembrement du droit de propriété au profit du locataire habitant. La fonction sociale est une limitation au droit de propriété parce qu'elle le force à prendre en compte les intérêts d'une personne qui n'est pas le propriétaire. Le droit de propriété s'adapte alors à ce motif social. Ce mouvement est initié par l'Etat qui n'hésite pas à intervenir par le biais d'une politique sociale qui a d'abord permis la création du droit à un logement décent (1) puis celle du droit au logement opposable (2).

[1026] L'expression « droit subjectif » doit être entendue comme un droit opposable à tous, c'est-à-dire aux collectivités publiques et aux personnes privées. De cette façon, les droits conférés au preneur seront juridiquement protégés. V. DERRUPPÉ J., th. préc., pp. 283-284, n°250.

[1027] Pour une analyse de la théorie des physiocrates sur la fonction sociale du droit de propriété V. COSTE-FLORET P., *La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil et depuis le Code civil*, th. Montpellier, Recueil Sirey,1935, p. 59.

[1028] DUGUIT L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, F. Alcan, Paris, 2e éd., 1920, pp. 148-149.

[1029] Par exemple : JOSSERAND L., Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau, *in* Mél. SUGIYAMA, Association japonaise des juristes de langue française, Maison France-Japon, Tokyo, 1940, p. 95 ; LABORDE-LACOSTE M., La propriété immobilière est-elle une « fonction sociale » ?, *in* Mél. BRETHE DE LA GRESSAYE, Editions Bière, 1967, p. 373.

[1030] Dans un arrêt du 22 octobre 1991, *Georg von Deetzen c./ Hauptzollamt Oldenburg*, aff. C-44/89, n°28, la Cour de justice des communautés européennes (appelée dorénavant : Cour de justice de l'Union européenne) a déclaré qu'« il est de jurisprudence établie que les droits fondamentaux et plus particulièrement le droit de propriété n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société ».

1. Le droit à un logement décent

250. Le droit au logement peut être défini comme le droit de disposer d'un local d'habitation dans le respect de la dignité humaine[1031]. Ainsi, le droit au logement contient en lui-même la notion de décence. Pourtant l'article 6 de la loi du 6 juillet 1989 insiste sur le fait que « le bailleur est tenu de remettre au locataire un logement décent ne laissant pas apparaître de risques manifestes pouvant porter atteinte à la sécurité physique ou à la santé et doté des éléments le rendant conforme à l'usage d'habitation »[1032]. Le locataire est un occupant particulièrement protégé en raison de son droit au logement, qui est non seulement un droit fondamental mais aussi un objectif à valeur constitutionnelle[1033]. Cette protection est la concrétisation de la fonction sociale du droit de propriété.

251. Les fondements du droit au logement sont parfois recherchés dans les alinéas 10 et 11 du préambule de la Constitution de 1946, mais le droit au logement n'y est pas visé en tant que tel[1034]. Cependant, la pénurie de logement après guerre ne pouvait faire du logement qu'une priorité de l'Etat. La loi du 1er septembre 1948 avait été conçue pour protéger les locataires en leur donnant un droit au maintien dans les lieux sans limitation de durée accompagné d'un gel du loyer[1035]. Mais ce n'est qu'à l'article 1er de la loi du 22 juin 1982 que le législateur a évoqué le « droit à l'habitat » au profit des locataires de locaux d'habitation, mixte et professionnel[1036], puis à l'article 1er de la loi du 6 juillet 1989 il a affirmé que « le droit au logement est un droit fondamental »[1037].
Au niveau européen, la Charte sociale européenne lors de sa révision du 3 mai 1996 a intégré un article 31 intitulé « droit au logement » qui prévoit qu' « en vue d'assurer l'exercice effectif

[1031] JurisClasseur Administratif, V° « Droit au logement », par GRAËFFLY R., 1er juillet 2015, spéc. n°1. Romain GRAËFFLY emprunte la définition du droit au logement de Pierre CROCQ : « le droit de disposer d'un local à usage d'habitation qui soit conforme au respect de la dignité humaine ».
[1032] Les caractéristiques d'un logement décent sont précisées dans le décret n°2002-120 du 30 janvier 2002 *relatif aux caractéristiques du logement décent pris pour l'application de l'article 187 de la loi n°2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain*, J.O. du 31 janvier 2002, p. 2090. Et la loi n°2015-992 du 17 août 2015, préc., a ajouté que le logement doit correspondre à un « critère de performance énergétique minimal et doté des éléments le rendant conforme à l'usage d'habitation ». Ce critère devrait être lui-même définit par un décret en Conseil d'Etat.
[1033] Décision n°94-359 DC du 19 janvier 1995, cons. 7, J.O du 21 janvier 1995, p. 1166.
[1034] Al. 10 : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ».
Al. 11 : « Elle garantie à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, de trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ».
[1035] Loi n°48-1360 du 1er septembre 1948, J.O. du 2 septembre 1948, p. 8659.
[1036] Loi n°82-526 du 22 juin 1982, J.O. du 23 juin 1982, p. 1967.
[1037] Loi n°89-462 du 6 juillet 1989, préc.

du droit au logement, les Parties s'engagent à prendre des mesures destinées : à favoriser l'accès au logement d'un niveau suffisant ; à prévenir et à réduire l'état de sans-abri en vue de son élimination progressive ; à rendre le coût du logement accessible aux personnes qui ne disposent pas de ressources suffisantes ». Or, contrairement à la Convention européenne des droits de l'Homme, la Charte sociale européenne n'a pas encore un effet direct[1038]. Mais il n'en demeure pas moins que le droit au logement est bien reconnu comme un droit social fondamental.

252. L'envergure du droit au logement s'est étendue lorsqu'il a été affiché clairement comme la manifestation d'une politique sociale[1039]. Le droit au logement ne concerne pas uniquement la relation entre un preneur et un bailleur puisque l'Etat intervient pour donner des règles de conduite fondées sur des considérations d'ordre social[1040]. Ce changement de cap s'est déroulé en plusieurs étapes.

La première étape de cette évolution a eu lieu avec la loi du 31 mai 1990, dite loi *Besson*[1041]. Son article 1er proclame que « garantir le droit au logement constitue un devoir de solidarité pour l'ensemble de la Nation. Toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières, en raison notamment de l'inadaptation de ses ressources ou de ses conditions d'existence, a droit à une aide de la collectivité, (…) pour accéder à un logement décent et indépendant (…) ». Avec cette loi, l'Etat se fixe l'objectif de permettre aux personnes défavorisées d'accéder à un logement. La loi *Besson* a été complétée par la loi du 29 juillet 1998 qui devait également mettre en œuvre le droit au logement pour lutter contre les exclusions[1042].

La seconde étape a été la reconnaissance par le Conseil constitutionnel du droit à un logement décent comme étant un objectif à valeur constitutionnelle[1043]. Les juges constitutionnels ont fondé leur décision sur le principe de dignité de la personne humaine[1044]. Cela n'est que la réminiscence de la fonction sociale du droit de propriété puisque certains de ses partisans se référaient déjà à la dignité humaine pour la justifier[1045]. Dans ses décisions ultérieures, le

---

[1038] Sur l'évolution de la position des juges de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, V. NIVARD C., L'effet direct de la Charte sociale européenne, *RDLF* 2012, Chron. n°28.
[1039] ALBIGES C., Droit au logement, *in* CABRILLAC R. (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Coll. Hors collection Dalloz, Paris, 19e éd., 2013, p. 940.
[1040] ALBIGES C., préc., p. 940.
[1041] Loi n°90-449 du 31 mai 1990 *visant à la mise en œuvre du droit au logement*, J.O. du 2 juin 1990, p. 6551.
[1042] Loi n°98-657 du 29 juillet 1998 *d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, J.O. du 31 juillet 1998, p. 11679.
[1043] Décision n°94-359 DC du 19 janvier 1995, cons. 7, J.O 21 janvier 1995, p. 1166.
[1044] *Ibid.*, cons. 6
[1045] RENARD G. et TROTABAS L., *La fonction sociale de la propriété privée*, Recueil Sirey, Paris, 1930, p. 21.

Conseil constitutionnel a semblé se détacher de ce principe pour laisser place à une notion autonome de droit au logement décent[1046]. Néanmoins, des doutes quant à l'effectivité du droit au logement étaient possibles. En effet, dans un arrêt du 3 mai 2002, le Conseil d'Etat a refusé de qualifier le droit au logement de liberté fondamentale au sens de l'article L.521-2 du Code de la justice administrative[1047]. Cela pouvait laisser penser que cet objectif de valeur constitutionnelle n'était pas invocable par les justiciables[1048]. Pourtant, à travers ses différentes lois, il était perceptible que le législateur souhaitait instaurer « une sorte de relation de créance entre leurs bénéficiaires et la puissance publique », donnant lieu à un « droit-créance »[1049].

253. En tant que « droit-créance », le droit au logement décent manquait tout de même de portée juridique[1050]. La saisine de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le fondement de l'article 8 de la Convention, c'est-à-dire sous l'angle du droit au respect du domicile et de la vie privée[1051], semblait d'ailleurs être un meilleur moyen de protéger les droits du locataire. Même la Cour de cassation s'est référée à cet article 8 pour déclarer que les clauses d'un bail d'habitation ne peuvent avoir pour effet de priver le preneur d'héberger ses proches[1052].

Pour pouvoir qualifier le droit au logement de droit subjectif il lui manquait un caractère opposable.

[1046] Décision n°2000-436 DC du 7 décembre 2000, cons. 54 à 56, J.O. du 14 décembre 2000, p. 19840 ; décision n°2004-503 DC du 12 août 2004, cons. 20, J.O. du 17 août 2004, p. 14648.

[1047] CE 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin*, n°245697 : *Rec. Lebon* p. 168. Au contraire, le droit à un hébergement d'urgence a été considéré comme une liberté fondamentale au sens de l'article L.521-2 CJA : 10 février 2012, *Fofana*, n°356456 : *Rec. Lebon* p. 835. Et l'hébergement d'urgence n'est qu'une étape vers le droit au logement opposable : 22 avril 2013, *Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie c./ Pambindoni*, n°358427 (AJDA 2013, P. 825).

[1048] Dans ce sens : TREMEAU J., Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété, *AJDA* 2012, p. 653.

[1049] REVET Th., Loi n°98-657 du 29 juillet 1998 *d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, *RTD civ.* 1998, p. 989.

[1050] Pour Romain GRAËFFLY, préc. n°3, il ne constituait qu'une obligation de moyens.

[1051] CEDH *Larkos c./ Chypre* du 18 février 1999, n°29515/95, Recueil des arrêts et décisions, 1999-I ; CEDH *Novosseletski c./ Ukraine* du 22 février 2005, Recueil des arrêts et décisions, 2005-II Extraits.

[1052] Civ. 3e, 6 mars 1996, n°93-11.113 : *Bull. civ.* III, n°60, p. 41 ; Civ. 3e, 22 mars 2006, n°04-19.349 : *Bull. civ.* III, n°73, p. 61.

2. Le droit à un logement opposable

254. La loi dite DALO du 5 mars 2007 a institué le droit au logement opposable ainsi que diverses mesures en faveur de la cohésion sociale[1053]. Cette loi réaffirme le droit à un logement décent, mais elle comporte surtout deux intérêts majeurs. D'une part, elle indique que l'Etat se porte garant du droit au logement, et d'autre part, elle ouvre un recours d'abord amiable, puis contentieux aux personnes qui sont mal logées ou qui se retrouvent sans logement[1054]. Les bénéficiaires de ce droit au logement ne sont pas seulement des citoyens de l'Union européenne comme le prévoyait le décret d'application de la loi DALO[1055]. En effet, dans un arrêt du 11 avril 2012 le Conseil d'Etat a estimé qu'il s'agissait d'une discrimination[1056]. Ainsi, les non ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne peuvent bénéficier du droit au logement[1057]. Et depuis le 1er janvier 2012 le recours est aussi ouvert aux demandeurs de logement social qui n'ont pas obtenu de réponse dans un délai déterminé par le préfet.

255. En pratique, pour bénéficier du droit au logement, il convient de suivre la procédure prévue à l'article L.441-2-3-1 du Code de la construction et de l'habitation. Or, la procédure complète peut durer entre huit mois et un an et demi. D'abord, le recours amiable consiste en la saisine de la commission de médiation qui a entre trois et six mois pour statuer sur le caractère prioritaire de la situation du demandeur de logement. À partir de ce moment, le préfet doit fournir un logement dans un délai pouvant aller de trois à six mois. Une fois ce délai dépassé, le recours juridictionnel est ouvert. Pour cela, en principe le demandeur doit saisir le président du Tribunal administratif dans un délai de quatre mois, et ce dernier ordonne le logement et éventuellement une astreinte dans les deux mois[1058]. La dimension procédurale du droit au logement opposable est indéniable. D'ailleurs, la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme pour ne pas avoir respecté le droit

[1053] Loi n°2007-290 du 5 mars 2007 *instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale*, J.O. du 6 mars 2007, p. 4190.
[1054] Art. L.300-1 CCH.
[1055] Décret n°2008-908 du 8 septembre 2008 *relatif aux conditions de permanence de la résidence des bénéficiaires du droit à un logement décent et indépendant et modifiant le code de la construction et de l'habitation (partie règlementaire)*, J.O. du 10 septembre 2008, p. 14067.
[1056] CE 11 avril 2012, *GISTI, Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement*, n°322326 : *Rec. Lebon* p. 142.
[1057] Art. R.300-2 CCH.
[1058] Pour voir le cheminement de la procédure sur une affaire : STRUILLOU Y., Le contentieux du droit au logement opposable, *RFDA* 2010, p. 157.

au logement opposable par le biais de l'article 6 § 1[1059], et non par celui de l'article 1er du protocole n°1[1060].

256. Le caractère opposable du droit au logement a été critiqué par Yves STRUILLOU pour qui la loi DALO n'est qu'un « droit à une procédure et un droit à un accès prioritaire au logement sans que soit garanti *in fine* pour le demandeur un droit subjectif à l'attribution effective d'un logement »[1061]. Cet aspect a été renforcé lors de la création du « fonds national d'accompagnement vers et dans le logement » par la loi de finances rectificative pour l'année 2011[1062]. Ainsi, l'astreinte était versée non pas au demandeur mais à un fonds public. Mais, dans la même période le juge administratif a prononcé plusieurs décisions qui ont déclaré recevable un recours indemnitaire, soit pour faute en raison de l'absence de relogement du requérant, soit pour défaut d'exécution d'une décision de justice[1063]. Mais plus récemment, sur le fondement de la responsabilité pour faute, la Cour d'appel de Bordeaux a condamné l'État à indemniser un préjudice économique constitué par la différence entre le loyer payé par la requérante et celui auquel elle aurait pu prétendre dans le cadre d'un loyer social[1064]. L'indemnité allouée a été évaluée à 12000 euros, ce qui signifie que la reconnaissance d'un droit subjectif au profit du locataire semble possible. Toutefois le rapport du GRIDAUH estime en conclusion que « la transformation du DALO en un droit subjectif au logement (…) paraît (…) quelque peu utopiste »[1065].

Malgré une protection procédurale du droit au logement, et une possible indemnisation, des doutes sont toujours permis quant à l'avenir d'un droit opposable au logement et donc d'un droit subjectif.

Par ailleurs, il convient de constater un développement progressif des droits objectifs acquis par le locataire habitant.

[1059] Au sujet du droit à un procès équitable, *cf. infra* nos542 et nos641 et s.

[1060] CEDH *Tchokontio Happi c./ France* du 9 avril 2015, aff. n°65829/12 ; THARAUD D., Le sort contrasté du droit au logement opposable français devant la Cour européenne des droits de l'homme, *RDSS* 2015, p. 651. Cela signifie donc que le droit à un bail social n'est pas un bien.

[1061] STRUILLOU Y., préc.

[1062] Loi n°2011-900 du 29 juillet 2011 *de finances rectificatives pour 2011*, J.O. du 30 juillet 2011, p. 12969.

[1063] PARMENTIER M., Une nouvelle étape dans l'opposabilité du droit au logement : l'ouverture des recours indemnitaires, *JCP* G 2011, 224. TA Paris, 17 décembre 2010, nos1004946, 1005678, 1001317 : dans les affaires pour lesquelles le Tribunal administratif de Paris s'est prononcé, l'indemnité était de 500 euros, ce qui ne correspond même pas à un mois de loyer dans de nombreux logements de la région parisienne.

[1064] CAA Bordeaux, 14 avril 2015, n°14BX02693 ; LA TAILLE (de) G., Les laissés pour compte du droit au logement opposable subissent-ils un préjudice économique ?, *JCP* A 2015, 2212.

[1065] BROUANT J.-Ph. (sous la direction de) et JEGOUZO Y. (avec la collaboration de), *LE DALO*, La documentation française, Coll. Les cahiers du GRIDAUH, 2011, p. 160.

B. Les droits acquis par le locataire habitant

257. La qualité de propriétaire devrait permettre d'user de son logement comme on le souhaite, c'est-à-dire de l'occuper ou pas. Pourtant lors des crises du logement, il est possible de constater qu'à chaque fois l'intérêt général s'immisce dans une relation purement privée. Les lois en date du 9 mars 1918, et du 1er septembre 1948, élaborées après les première et deuxième guerres mondiales, témoignent du caractère cyclique de cette pression sociale[1066]. Actuellement, dans le contexte de la crise économique, cela a lieu par le biais du droit au logement.

Les locaux d'habitation sont régis par la loi du 6 juillet 1989 qui contient différentes obligations mises à la charge du propriétaire lors de la location. Ces obligations illustrent les droits acquis par le locataire habitant (1). Cette réglementation assure la protection du locataire, mais elle ne permet pas de multiplier le nombre de logements. C'est pourquoi de nouvelles dispositions ont été mises en place petit à petit pour inciter les propriétaires à louer leur bien. Elles réalisent une pression sociale, doublée souvent d'une pression fiscale. Ainsi, afin de protéger les droits des locataires, tout un système de taxation a été mis en place à l'encontre du propriétaire. Un tel système aboutit à détourner les droits acquis du locataire habitant (2).

1. Les illustrations des droits acquis par le locataire

258. Le régime légal, aussi bien général que spécial, du bail d'habitation est le théâtre de l'opposition entre le droit de propriété et le droit au logement. En effet, dans la loi du 6 juillet 1989, de nombreux droits accordés au locataire limitent le droit de propriété. De plus, cette même loi ainsi que les articles 1719 et suivants du Code civil indiquent toutes les obligations que doit respecter le propriétaire afin de protéger le locataire. Comme l'a justement indiqué DERRUPPÉ, « dans les rapports locatifs, le droit au logement se présente comme un contrepoids à la force du droit de propriété ; il sert à justifier les atteintes aux prérogatives du propriétaire et les avantages accordés au locataire »[1067].

[1066] Sur ces lois V. DERRUPPÉ J., *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Préf. J. MAURY, Dalloz, 1952, pp. 67 et s.
[1067] DERRUPPÉ J., Les rapports locatifs immobiliers à la fin du XXe siècle, *in* Mél. CATALA, Litec, 2001, p. 659.

259. En premier lieu, de nombreux droits accordés au locataire limitent le droit de propriété. Plus précisément, ces droits limitent le droit de disposer du propriétaire.

Dans ce cadre, l'« automaticité du droit au renouvellement du bail » caractérise un « phénomène de contrepoids à l'*abusus* du propriétaire »[1068]. En effet, selon l'article 10 de la loi de 1989, le bail peut être reconduit tacitement. Ce droit au bail est ainsi considéré par Sarah VANUXEM comme une « place dans [la chose] d'autrui »[1069]. Cette formulation signifie bien une forme d'immixtion subie par le propriétaire. De plus, le propriétaire ne peut faire échec à cette reconduction automatique excepté dans trois cas : la reprise pour vendre, la reprise pour habiter, ou encore la reprise pour motif légitime et sérieux[1070]. Ces exceptions indiquent que ce qui importe est bien la destination d'habitation, de logement, au profit d'un acquéreur ou du propriétaire. D'ailleurs, si le locataire ne respecte pas l'usage d'habitation, il ne peut pas se prévaloir du droit au renouvellement[1071]. Cela constitue donc une cause de reprise pour motif légitime et sérieux. Les lois ALUR et *Macron* ont modifié tour à tour les modalités et les délais de notification des congés. Globalement le bailleur doit justifier davantage le motif des congés, et il doit respecter des délais qui permettent au locataire de rester dans les lieux plus longtemps après le congé qu'auparavant[1072].

De même, le droit de préemption accordé au locataire démontrerait la perte de la liberté de choix de l'acquéreur[1073]. Cet effet, commun aux droits de préemption[1074], limite le droit de disposer dans son absolutisme[1075]. Selon DERRUPPÉ, cela « couronne l'emprise du locataire » et a pour effet de « transformer le droit du locataire en un droit de propriété »[1076]. En réalité, la notification au locataire de son droit de préemption est une offre de vente[1077]. Le locataire dispose d'une faculté d'achat, qui peut se transformer en droit de propriété s'il le

[1068] GRILLET-PONTON D., Le droit du bail d'habitation à l'épreuve de la réglementation locative : une nouvelle désacralisation de la propriété ?, *JCP* G 2000, I, 240.
[1069] VANUXEM S., *op. cit.,* pp. 478 et s. À l'inverse pour Sarah VANUXEM, la propriété est « une faculté d'habiter [qui] ne se divise pas à mesure que se constituent des droits réels mais semble, à l'inverse, se démultiplier (…) », p. 495.
[1070] Art. 15-I de la loi du 6 juillet 1989.
[1071] Ass. Plén., 2 février 1996 : n°91-21.373 : *Bull. civ*. A. P., n°1 (locaux utilisés à titre professionnel par un chirurgien-dentiste) ; Civ. 3e, 2 décembre 1998, n°02-12.1998 : *Bull. civ*. III, n°227 (locaux utilisés par un médecin) ; Civ. 3e, 9 mars 2011, n°10-30.223 : *Bull. civ*. III, n°32 (à propos d'un local à usage mixte professionnel et d'habitation).
[1072] À ce sujet V. DAMAS N., La loi ALUR et les baux d'habitation, *AJDI* 2014, p. 334 ; ROUQUET Y., Loi « Macron » : gestion immobilière, *AJDI*, p. 570.
[1073] GRILLET-PONTON D., préc.
[1074] *Cf. supra* n°151.
[1075] SAINT-ALARY-HOUIN C., *Le droit de préemption*, th. Paris, Préf. P. RAYNAUD, L.G.D.J, Paris, 1979, pp. 291 et s.
[1076] DERRUPPÉ J., th préc.
[1077] Art. 15-II de la loi du 6 juillet 1989.

souhaite. Deux textes[1078], en prévoyant un droit de préemption au profit du preneur, donnent ainsi un droit au locataire qui repose sur le droit au logement et limitent le droit de propriété du bailleur.

260. Plus récemment, certaines dispositions légales ont eu pour effet de limiter le droit de propriété dans son *fructus*, par le biais de l'encadrement des loyers.
D'une part, tous les ans un décret d'une durée de validité d'un an[1079] fixe les agglomérations concernées par le montant maximum d'évolution des loyers des nouvelles locations de logements qui ont été vacants et des contrats renouvelés[1080].
D'autre part, la loi ALUR a réécrit l'article 17 de la loi de 1989 pour encadrer les loyers à la base, c'est-à-dire le loyer initial, mais aussi lors du renouvellement, en créant un loyer de référence, un loyer de référence majoré de 20% et un loyer de référence minoré de 30%[1081]. Ce dispositif n'est pour l'instant applicable qu'à Paris[1082].
Toutefois, il faut cependant tenir compte des avertissements de la Cour européenne des droits de l'homme, qui s'est prononcée à plusieurs reprises à propos de procédés de blocage des loyers qui ne respectaient pas « l'équilibre entre l'intérêt particulier des bailleurs et l'intérêt général de la communauté, conformément au droit au respect des biens garanti par la Convention »[1083]. Le législateur français doit donc veiller à ne pas aller trop loin dans le sens d'une régulation autoritaire des loyers.

261. En second lieu, ainsi qu'il en résulte des articles 1719 à 1727 du Code civil et des articles 6 et 7 de la loi de 1989 des obligations ont été mises à la charge du propriétaire pour protéger le locataire. En contrepartie, le locataire a seulement pour obligation de payer le loyer et de jouir du bien en bon père de famille.
Ainsi, l'obligation de délivrance, prévue à l'article 1720 alinéa 1er et à l'article 6-a de la loi de 1989, oblige le bailleur à délivrer au preneur un local en bon état, mais également conforme à

[1078] Art. 10-1 de la loi n°75-1351 du 31 décembre 1975, J.O. du 4 janvier 1976, p. 191 et article 15 de la loi du 6 juillet 1989.
[1079] MONÉGER J., Décret estival pour encadrer les loyers, *JCP* G 2012, n°36, 927, et *JCP* N 2012, n°35, 773 ; LA VAISSIERE (de) F., Inventaire critique des différents régimes d'encadrement des loyers, *AJDI* 2013, p. 417.
[1080] Art. 18 de la loi du 6 juillet 1989. Et décret n°2015-931 du 29 juillet 2015 *relatif à l'évolution de certains loyers dans le cadre d'une nouvelle location ou d'un renouvellement de bail en application de l'article 18 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989*, J.O. du 31 juillet 2015, p. 13097.
[1081] LA VAISSIERE (de) F., Le concept de « loyer médian » est-il exploitable ?, *AJDI* 2013, p. 569.
[1082] Décret n°2015-650 du 10 juin 2015 relatif aux modalités de mise en œuvre du dispositif d'encadrement du niveau de certains loyers et modifiant l'annexe à l'article R.366-5 du Code de la construction et de l'habitation, J.O. du 12 juin 2015, p. 9713 ; arrêté préfectoral n°2015 176-0007 du 25 juin 2015.
[1083] CEDH *Hutten-Czapska c./ Pologne* du 19 juin 2006, aff. n°35014/97 ; CEDH *Lindheim et a. c./ Norvège* du 12 juin 2012, aff. n°13221/08. À ce sujet, *cf. infra* n^{os}427 et n°658.

sa destination contractuelle[1084]. S'il ne respecte pas cette obligation, le preneur peut mettre en œuvre soit une action en exécution forcée, soit une action en exception d'inexécution pour lui éviter de payer le loyer, soit une action en résiliation du bail. En outre, il pourra demander des dommages et intérêts si le manquement à cette obligation lui a causé un préjudice[1085].

Par ailleurs, le bailleur est soumis à une obligation d'entretien et de réparations des lieux loués selon les articles 1719-2°, 1720 et 1754 et l'article 6-c de la loi de 1989. L'obligation d'entretien est le prolongement de l'obligation de délivrance[1086]. C'est aussi le prolongement de l'idée de logement décent. Le bailleur devra donc assurer la réparation pour ce qui touche à la structure du bien, alors que le locataire a à sa charge les réparations de menu entretien. Le manquement à ces obligations pourra entraîner les mêmes sanctions que celles prévues pour l'obligation de délivrance, à la différence que la jurisprudence n'admet l'exception d'inexécution que lorsque l'usage de la chose louée est impossible ou difficile en raison du défaut d'entretien[1087]. Vis-à-vis du voisin, ce défaut d'entretien peut également constituer un trouble anormal de voisinage et lui ouvrir une action en dommages et intérêts.

Enfin, le bailleur est soumis à une obligation de garantie qui se décline sous deux formes : la garantie des vices cachés[1088], et la garantie d'éviction[1089]. Les similitudes avec les obligations du vendeur sont flagrantes. L'objectif de ces garanties est d'assurer au locataire la jouissance paisible et sans mauvaise surprise du bien.

Ces obligations permettent donc au locataire d'exercer des recours contre son bailleur. Ainsi, le locataire dispose à la fois de droits légaux car issus de la loi de 1989, et de droits de nature procédurale, en conséquence des obligations mises à la charge du bailleur.

Cette protection légale se fonde sur des moyens substantiels et procéduraux, qui permettent aux locataires de rester dans les lieux dans les meilleures conditions possibles. Autrement dit, l'utilisation de l'immeuble par le locataire ressemble de plus en plus à un droit de jouissance[1090]. Or, le législateur a tendance à détourner de leur but les droits acquis par le locataire.

[1084] Par exemple : Civ. 3e, 11 octobre 1989, n°88-14.439 : *Bull. civ*. I, n°317 (un immeuble était loué sans que le raccordement au tout-à-l'égout soit effectué); Civ. 3e, 16 septembre 2008, n°07-18.303 : *RJDA* 12/08, n°1224 (un immeuble ne correspondait pas aux normes de sécurité).

[1085] Civ. 3e, 19 janvier 2005, n°03-15.631 : *RJDA* 4/05, n°364 (l'humidité des lieux loués avait aggravé l'asthme de la fille de la locataire) ; CA Aix-en-Provence, 11e ch. A, 23 juin 2015 : Juris-data n°2015-015264 (manquement à l'obligation de délivrance du fait de la présence d'un tiers dans les lieux, condamnation à 12000€ de dommages et intérêts).

[1086] MAINGUY D. *Contrats spéciaux*, Dalloz, Coll. Cours, Paris, 9e éd., 2014, p. 297, n°327.

[1087] Civ. 3e, 11 mai 1995, n°93-18.469.

[1088] Art. 1721 C. civ. et art. 6-b de la loi de 1989.

[1089] Art. 1719 al. 3, art. 1723, art. 1724, art. 1725, 1726, 1727 C. civ.

[1090] DERRUPPÉ J., th préc., p. 69, n°57.

2. Le détournement des droits acquis du locataire

262. Pour le législateur, il ne suffit pas d'assurer la protection du locataire en lui accordant des droits, il faut permettre l'accès au logement. Le curseur se décale d'un cran. Les moyens pour atteindre ce but sont plutôt coercitifs puisqu'il va falloir faire pression sur le bailleur. L'encadrement des loyers est un premier moyen de pression puisqu'il pèse sur le *fructus* du propriétaire[1091].

Mais le législateur a développé peu à peu un régime de taxation, instaurant ainsi une pression fiscale[1092]. Cette pression fiscale est utilisée par l'Administration à l'encontre du bailleur, soit qu'il loue trop cher, soit qu'il ne loue pas.

Par exemple, une taxe « petites surfaces » a été instaurée par la loi de finances du 28 décembre 2011[1093]. Cette taxe est réévaluée chaque année[1094]. L'article 234 du Code général des impôts permet de taxer certains loyers de logements loués pour une durée minimale de neuf mois, si la surface habitable est inférieure ou égale à quatorze mètres carrés, et si le loyer est compris entre 31,21 euros et 46,81 euros par mètre carré[1095]. Le taux de cette taxe, dont l'assiette est constituée par les loyers perçus au cours de l'année civile, peut aller de 10% à 40%, selon l'écart entre le montant du loyer mensuel, charges non comprises, et la valeur du loyer mensuel de référence.

De même, la loi du 29 juillet 1998 a élaboré une taxe sur les logements vacants[1096]. L'article 232 du Code général des impôts impose les logements qui se trouvent vacants depuis au moins une année au 1er janvier de l'année d'imposition, selon un taux de 12,5%, la première année, et de 25% à compter de la deuxième. L'assiette de la taxe sur les logements vacants est la même que celle de la taxe d'habitation, à savoir : la valeur locative déterminée selon les règles définies aux articles 1494 à 1508 et 1516 à 1518 A ter du Code général des impôts.

Ces taxes limitent considérablement la liberté du propriétaire, mais n'ont pas pour autant un impact direct sur les locataires. Cet aspect a même été soulevé par le Conseil constitutionnel par le biais d'une réserve d'interprétation au moment de l'étude de la loi de finances pour 2013. En effet, cette loi a élargi le champ d'application de la taxe en s'appliquant aux agglomérations de plus 50 000 habitants au lieu de 200 000 habitants auparavant. La loi a

[1091] *Cf. supra* n°427.
[1092] LA VAISSIERE (de) F., Inventaire critique des différents régimes d'encadrement des loyers, *AJDI* 2013, p. 417.
[1093] Loi n°2011-1977 du 28 décembre 2011 *de finances pour 2012*, J.O. du 29 décembre 2011, p. 22441.
[1094] Décret n°2015-608 du 3 juin 2015 *portant incorporation au Code général des impôts de divers textes modifiant ou complétant certaines dispositions de ce code*, J.O. du 5 juin 2015, p. 9289.
[1095] BOI-RFPI-CTRL-10.
[1096] Loi n°98-657 du 29 juillet 1998, préc.

également augmenté le taux d'imposition. Ainsi, pour le Conseil constitutionnel le durcissement de la taxe n'est conforme à la Constitution « que si les critères d'assujettissement retenus sont en rapport direct avec l'objectif poursuivi », c'est-à-dire inciter les propriétaires à mettre les logements en location, ce dont il est permis de douter puisque le montant de cette taxe ne devrait pas dépasser le double de celui d'une taxe d'habitation[1097]. Cela est d'autant plus vrai pour la taxe d'habitation d'un logement secondaire, car ce dernier ne bénéficie pas d'abattement.

263. Pour finir, l'Administration peut contraindre physiquement le propriétaire à céder temporairement l'usage de son bien. Le système de la réquisition vise à mettre en œuvre de façon effective le droit au logement. Deux types de réquisition ont été créés. Après la seconde guerre mondiale, l'ordonnance du 11 octobre 1945 a élaboré une procédure de réquisition des logements vides pour y installer des personnes mal logées ou sans abri[1098]. Plus récemment, le législateur a mis en place une réquisition avec attributaire[1099]. Le régime de cette réquisition a été codifié aux articles L.641-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation.
Les conditions d'application de ces deux procédures de réquisition se ressemblent. L'ordonnance de 1945 permet la mise en œuvre de la réquisition si le local concerné est vide depuis plus de six mois et se situe dans « une commune où sévit une crise du logement »[1100]. Pour le législateur de 1998, la réquisition peut avoir lieu si le logement est vacant depuis dix-huit mois et qu'il se situe dans une commune « où existent d'importants déséquilibres entre l'offre et la demande de logement au détriment de personnes à revenus modestes et de personnes défavorisées »[1101].

264. La procédure de réquisition avec attributaire ne s'adresse qu'aux personnes morales titulaires d'un droit réel conférant l'usage des locaux[1102], mais quand elle s'exerce, elle affecte particulièrement les prérogatives du propriétaire[1103]. En effet, elle a pour effet de transférer un droit réel d'usage à l'attributaire, qui peut être par exemple, l'Etat, une collectivité territoriale ou un organisme HLM. En contrepartie, le propriétaire va percevoir

[1097] Décision n°2012-662 DC du 29 décembre 2012, cons. 135, J.O. 30 décembre 2012, p. 20966.
[1098] Ordonnance du 11 octobre 1945, J.O. du 19 octobre 1945, p. 6646.
[1099] Loi n°98-657 du 29 juillet 1998, préc.
[1100] Art. L.641-1 CCH.
[1101] Art. L.642-1 CCH.
[1102] Sauf si cette personne morale est une société civile entre parents et alliés jusqu'au 4ème degré inclus (art. L.642-2 CCH).
[1103] THERON S., La réquisition administrative de logement, *AJDA* 2005, p. 247.

une indemnité mensuelle, mais il est fort probable qu'elle soit plus faible qu'un loyer[1104]. Cette dépossession ne peut être inférieure à un an, mais elle peut durer six ans, voire douze ans[1105]. Au nom de la protection qu'il faudrait accorder aux locataires, « le droit de propriété immobilière se trouve gravement démembré »[1106]. À l'instar des procédures d'expropriation et de préemption, les personnes publiques qui actionnent la réquisition se fondent sur la protection de l'intérêt général. Mais le fondement de la réquisition est encore plus précis puisqu'elle doit mettre en œuvre le droit au logement. La fonction sociale et la protection de la dignité humaine sont donc sous-jacentes. La protection du locataire est le motif de la réquisition, alors que le titulaire du droit démembré n'est pas le locataire, mais l'attributaire.
Le logement est bien un motif social de démembrement, mais il n'inverse pas les rôles entre le propriétaire et le locataire. Il est vrai que le propriétaire subit de multiples pressions pour louer son bien au meilleur tarif et dans les meilleures conditions pour le locataire. Les droits du locataire se trouvent davantage protégés. De ce fait, l'utilité sociale du logement appartient moins au propriétaire qu'au locataire, mais elle résulte surtout des actions de l'Etat, au nom de la dignité humaine. Ce ménage à trois existe d'une manière différente pour protéger le travail du locataire. Le motif économique du travail opère un démembrement qui bénéficie directement au locataire.

§2. Le travail, motif économique du démembrement

265. Pour Thierry REVET, « la force de travail est (…) l'objet d'une quasi-propriété, d'une espèce de propriété utile »[1107]. En effet, le travail permet de créer de la richesse, laquelle bénéficie à ses exploitants. Mais par ricochet, le travail donne aussi de la valeur au bien immobilier qui en permet l'exploitation. La relation entre l'exploitant et le propriétaire ne peut être que complexe : l'exploitant estimant que le propriétaire vit grâce à son travail, et le propriétaire considérant que l'exploitant tire profit de son bien immobilier. Ces difficultés relationnelles ne sont que ravivées par les pouvoirs publics. La sollicitude de ces derniers

[1104] MAGNIN F., Le volet immobilier de la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions (suite et fin), *LPA* du 12 octobre 1998, n°122, p. 4,
[1105] Art. L.642-1 CCH.
[1106] BERGEL J.-L., L'évolution contemporaine du droit de propriété en France*, in* Mél. BÉGUET, Université de Toulon et du Var, Faculté de Droit, 1985, p. 21.
[1107] REVET Th., *La force de travail (étude juridique),* th. Montpellier I, Préf. F. ZENATI, Litec, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1992, p. 394.

semble effectivement meilleure sous l'angle de l'activité professionnelle que sous celle de la propriété privée[1108].

266. Ainsi, la protection du travail de l'exploitant par le législateur et la jurisprudence créée un déséquilibre dans la relation entre le preneur et le bailleur. Dans ce sens, THERY estimait que « l'exercice d'une profession agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans un local ou sur une terre louée opère un démembrement légal de la propriété aux dépens du bailleur et au profit du preneur (…) »[1109].
À la différence d'un gestionnaire, l'exploitant profite des utilités de la chose[1110]. Pour correspondre à cette vision économique du droit de propriété, le législateur accorde une protection particulière au preneur exploitant. La production de valeurs permet au preneur exploitant de faire contrepoids aux droits du propriétaire. Cette résistance donne naissance à des droits de nature nouvelle qui constituent une forme nouvelle d'appropriation : la *propriété économique*[1111]. Dans ce cheminement, la propriété commerciale du preneur à bail commercial (A) est davantage reconnue que la propriété culturale du preneur à bail rural (B).

A. La propriété commerciale du preneur à bail commercial

267. L'expression « propriété commerciale » semble acceptée aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence, qui n'hésitent pas à s'y référer[1112]. Cette expression n'est surtout qu'un autre mot pour désigner le droit au renouvellement du bail commercial, qui assure la pérennité du fonds de commerce. Le droit au renouvellement protège donc le fonds. Ainsi, la propriété commerciale peut, elle-même indirectement, désigner l'objet de l'appropriation, c'est-à-dire le fonds.
Mais récemment, la « propriété commerciale » semble avoir acquis une dimension nouvelle. Elle serait devenue une notion juridique qui possède un fondement. En effet, la Cour de

[1108] CARRIAS P., Le droit de propriété au point de non-retour ?, *D*. 1985, Chron, p. 293. L'auteur s'exprime au sujet de la loi n°85-729 du 18 juillet 1985, JO 19 juillet 1985, qui a créé les articles L.314-1 et s. du Code de l'urbanisme.
[1109] THERY R., De l'utilisation à la propriété des choses, *in* Mél. RIPERT, L.G.D.J. t. 2, 1950, p. 17.
[1110] LE FUR A.-V., L'acte d'exploitation de la chose d'autrui, *RTD civ*. 2004, p. 429.
[1111] Pour A.-V. LE FUR préc., il s'agit d'un droit de jouissance active dont l'exercice est constitué par un acte d'exploitation. Pour elle, cet acte d'exploitation obéit à un régime proche de celui du droit réel d'usage.
[1112] Et même si CARBONNIER, *op. cit*., p. 355, qualifie la propriété commerciale de « faux droit » il reconnaît sa valeur économique : « c'est carrément un faux droit que la soi disant propriété commerciale, le prétendu droit du locataire sur son pas de porte, ou du meunier sur son contingent de mouture, ou même -holà !- du chauffeur de taxi sur son autorisation de stationnement », « ce ne sont, du reste, de faux droits qu'au regard de la société. Dans les patrimoines individuels, ils sont bien une réalité : les bénéficiaires peuvent, en fait quand ce n'est pas en droit, les monnayer par une cession ».

cassation a estimé que le défaut d'immatriculation au RCS d'un époux co-preneur lors de la demande de renouvellement du bail ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit à la propriété commerciale au regard de l'article 1er du protocole n°1[1113]. En se référant à l'article 1er du protocole n°1 la Cour de cassation laisse penser qu'au sens européen, la propriété commerciale peut s'analyser comme un bien[1114].

De plus, de par les prérogatives conférées au preneur à bail commercial, il est également possible d'y voir une sorte de démembrement. Outre, les avantages provenant du régime légal du bail commercial, le preneur peut céder son fonds de commerce, en tirer un crédit, le garantir par un nantissement et même le grever d'un usufruit. L'utilité économique du droit de propriété est partagée entre le propriétaire de l'immeuble qui reçoit des loyers, et le preneur, considéré comme un créateur de richesse. Cette qualité lui assure une protection particulière puisqu'il possède à la fois un droit étendu quant à la durée du commerce (1), et un droit en extension quant à l'objet de son commerce (2).

1. Un droit étendu quant à la durée du commerce

268. Le droit au renouvellement est un des piliers du régime des baux commerciaux. Ainsi que le prévoient les articles L.145-8 et suivants du Code de commerce, lorsque le bail arrive à son terme[1115], et à certaines conditions à l'expiration d'une période triennale[1116], le propriétaire peut mettre fin au bail mais il doit alors, sauf exceptions[1117], dédommager le preneur. Cette indemnité est tellement importante que *de facto*, en fonction du montant, il ne peut raisonnablement pas refuser le renouvellement. C'est pour cette raison que MORIN considère plutôt le droit au renouvellement comme un « droit à être indemnisé », et à son sens « l'expression de propriété commerciale n'est (…) pas exacte »[1118]. Il se positionne ainsi sans tenir compte des conséquences pratiques de l'indemnité d'éviction. En effet, le montant de l'indemnité est le plus souvent dissuasif et oblige le bailleur à ne pas reprendre son local. De

[1113] Civ 3e, 18 mai 2005, n°04-11.349 : *Bull. civ*. III, n°109. Il convient de noter qu'une proportion de l'atteinte est mesurée pour la propriété commerciale, comme pour le droit de propriété classique, *cf. infra* nos455 et s.
[1114] REVET Th., Existe-t-il un droit à la « propriété commerciale », *RTD civ.* 2005, p. 619.
[1115] C'est-à-dire en principe au bout de neuf ans : selon l'article L.145-4 du Code de commerce, le bail ne peut être inférieur à neuf ans.
[1116] Art. L.145-4 C. com. Il s'agit notamment de l'hypothèse où le bailleur souhaite reprendre le local pour construire, reconstruire ou élever l'immeuble existant.
[1117] Le bailleur peut refuser le renouvellement du bail sans avoir à verser d'indemnité d'éviction dans les cas prévus à l'article L.145-17 du Code de commerce : soit pour « motif grave et légitime » parce que le locataire n'a pas respecté les obligations du bail, soit en cas de reprise pour démolir parce que l'immeuble est insalubre ou dangereux.
[1118] MORIN G., Le sens de l'évolution contemporaine du droit de la propriété, *in Le droit privé français au milieu du XXème siècle*, Mél. RIPERT, LGDJ t. 2, 1950, p. 8.

cette manière, la propriété commerciale s'impose à la propriété immobilière[1119]. Selon l'article L.145-14 du Code de commerce, l'indemnité est égale au « préjudice causé au locataire par le défaut de renouvellement ». En pratique, elle comprend la valeur marchande du fonds[1120], des indemnités accessoires[1121], voire une indemnité pour trouble commercial[1122].

269. Pour bénéficier du droit au renouvellement, le preneur doit à la fois remplir des conditions cumulatives et prouver qu'il a réuni ces conditions[1123]. Pour avoir droit au renouvellement de son bail, le preneur doit respecter les conditions suivantes[1124] :

- il faut un bail commercial : ce dernier peut bénéficier soit du statut impératif soit du statut volontaire. Il peut être écrit ou non. Sont exclus du droit au renouvellement les baux emphytéotiques, les concessions administratives, ou du domaine public, qui sont précaires.

- Il faut que le bail porte sur un immeuble : c'est-à-dire un ensemble clos et couvert.

- Il faut une destination commerciale, industrielle, artisanale de la chose louée. Ainsi, un terrain seul ne peut faire l'objet d'un bail commercial.

- Il faut que le fonds soit exploité : pour respecter cette condition il est nécessaire que :

  - le preneur soit inscrit au RCS ou au répertoire des métiers[1125].

  - l'exploitation du fonds soit conforme au bail. Ainsi dans l'hypothèse d'une despécialisation, le preneur doit avoir suivi la procédure[1126].

- Il faut que celui qui demande le renouvellement soit le propriétaire du fonds[1127].

- Le fonds doit avoir été exploité depuis au moins trois ans[1128].

La loi *Pinel*[1129] a abrogé la condition de nationalité prévue par l'article L.145-13 du Code de commerce[1130]. Cette disposition avait été sanctionnée par la Cour de cassation[1131],

---

[1119] BELOT (de) Ph., Soixante-treize ans de propriété commerciale, *Gaz. Pal.* 2000, n°4, p. 58. Il en conclut que la propriété commerciale est un démembrement de la propriété immobilière.

[1120] La valeur marchande correspond à un rapport entre le chiffre d'affaires, les bénéfices et éventuellement le prix d'acquisition.

[1121] Comme par exemple, les frais de déménagement et de réinstallation, les indemnités de licenciement versés au personnel, les frais d'aménagement du nouveau local, les frais et droits de mutation pour l'acquisition d'un nouveau commerce.

[1122] La jurisprudence a admis cette indemnité. Elle correspond à trois mois de bénéfices nets de l'ancien commerce.

[1123] Civ. 3e, 29 novembre 1995, n°93-20.587.

[1124] Art. L.145-1 C. com.

[1125] Civ 3e, 18 mai 2005, n°04-11.349, préc.

[1126] Sur la déspécialisation : *cf. infra* n°272.

[1127] Art. L.145-8 C. civ.

[1128] Art. L.145-8 C. civ.

[1129] Loi dite « loi Pinel » n°2014-626 du 18 juin 2014 *relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises*, J.O. du 19 juin 2014, p. 10105 ; MONÉGER J. et KENDÉRIAN F., Premiers regards sur les dispositions de la loi n°2014-636 du 18 juin 2014 relative au bail commercial, *RTD com*. 2014, p. 535.

[1130] Sauf exceptions, le preneur devait être français ou membre de l'Union européenne ou de l'espace européen, ou de la Suisse, le Lichtenstein et la Norvège, lors de la demande de renouvellement.

qui s'était alors fondée à la fois sur l'article du protocole n°1 et sur l'article 14 de la Convention européenne[1132].

270. Encore mieux que le droit au renouvellement, lequel ne porte que sur le fonds de commerce, la loi *Pinel* a instauré la possibilité pour le preneur à bail commercial de bénéficier d'un droit de préemption qui porte sur le local[1133]. La notification au preneur s'effectue dans des conditions similaires à celle du preneur à bail d'habitation[1134] ou à bail rural[1135]. Cette préemption n'est possible qu'en cas de vente, et non en cas d'échange ou d'apport, et elle ne s'applique ni à la « cession unique de plusieurs locaux d'un ensemble commercial, de cession unique de locaux commerciaux distincts ou de cession d'un local commercial au copropriétaire d'un ensemble commercial », ni à la « cession globale d'un immeuble comprenant des locaux commerciaux ou à la cession d'un local au conjoint du bailleur, ou à un ascendant ou un descendant du bailleur ou de son conjoint »[1136]. Cela réduit donc d'autant le champ d'application des préemptions, mais cette disposition augmente tout de même les droits du preneur. Ce dernier possède donc un véritable droit au maintien dans les lieux.

271. La propriété commerciale pourrait être définie comme la situation juridique du preneur qui résulte non seulement du régime du bail commercial, mais aussi des dispositions du droit européen des droits de l'homme. L'indemnité d'éviction démontre l'emprise économique du preneur sur le bien immobilier, et prouve ainsi que la propriété commerciale peut être considérée comme un démembrement économique du droit de propriété. Par conséquent, des bailleurs ont soutenu que la propriété commerciale engendrée par le droit au renouvellement constituait une atteinte excessive à leur propriété foncière. Mais la Cour de cassation a estimé que les dispositions relatives au renouvellement du bail « réalisent un juste équilibre entre les exigences d'intérêt général et les impératifs de sauvegarde des droits fondamentaux de la personne »[1137]. La Cour a donné la même solution, en utilisant les mêmes

---

[1131] Civ. 3e, 9 novembre 2011, n°10-30.291 : *Bull. civ.* III, n°194.
[1132] BOUJEKA A., L'inconventionnalité de l'exclusion des étrangers du droit au renouvellement du bail commercial, *LPA* du 21 mars 2012, n°58, p. 8.
[1133] Art. L.145-46-1 C. com.
[1134] Art. 15 II loi 1989.
[1135] Art. L.412-8 C. rur.
[1136] GOURAUD Ch., La pratique notariale des baux commerciaux après la loi *Pinel* du 18 juin 2014, *Rép. Defrénois* 2014, n°17, p. 902.
[1137] Civ. 3e, 27 février 1991, n°89-18.729 : *Bull. civ.* III, n°67.

arguments, lorsque les preneurs ont soutenu que les conditions du renouvellement étaient excessives et constituaient une atteinte à leur propriété commerciale[1138].

Le droit reconnu au preneur est analysé comme un bien devant être protégé par les droits fondamentaux prévus par la Convention européenne. Ce droit est étendu lorsqu'il s'agit de protéger le commerce dans sa durée. L'objectif est en quelque sorte de récompenser le preneur talentueux qui a réussi à attirer sa clientèle.

Ce droit est tout de même plus réduit quant à l'objet du commerce, mais au regard des dernières réformes dont il a fait l'objet, il est en extension.

2. Un droit en extension quant à l'objet du commerce

272. Le preneur à bail commercial possède un champ d'action pour faire évoluer son commerce, par le biais de la déspécialisation partielle ou de la déspécialisation plénière.

Dans le cadre d'une déspécialisation partielle, selon l'article L.145-47 du Code de commerce, le preneur peut adjoindre à son activité, une activité connexe ou complémentaire. Ce dispositif est favorable au locataire, puisqu'il va pouvoir faire évoluer l'objet de son commerce. Pour en bénéficier, le preneur indique son intention au bailleur par acte extrajudiciaire, ou depuis la loi *Macron*[1139] par lettre recommandée avec demande d'avis de réception[1140]. Et le bailleur dispose d'un délai de deux mois pour contester le caractère connexe ou complémentaire de l'activité nouvelle envisagée. Dans le cas d'une contestation de la part du bailleur, le juge du Tribunal de grande instance doit vérifier si cette nouvelle activité est conforme aux usages locaux. Par exemple, l'activité de café avec buffet chaud et froid constitue l'évolution normale de l'activité de marchand de vins[1141], et elle peut même devenir une petite brasserie[1142]. Par contre, l'activité de boucherie-charcuterie a été considérée comme n'étant ni connexe, ni complémentaire de l'activité de traiteur[1143] ; ni celle de restaurant vis-à-vis de celle de bar[1144] ou vis-à-vis d'un commerce de commerce et liqueur

[1138] Civ. 3e, 4 février 2009, n°08-11.433 : *Bull. civ*. III, n°31.
[1139] Loi n°2015-990 du 6 août 2015, préc.
[1140] Toutefois, faciliter la démarche administrative de la déspécialisation partielle n'empêchera pas les contentieux. Philippe BRAULT et Élodie MARCET doutent de que cette notification connaisse une embellie : BRAULT Ph.-H. et MARCET É., La loi *Macron* et le bail commercial : faut-il notifier ou signifier ?, *Loyers et copro*. 2015, 53.
[1141] CA Paris 16e Ch. A, 5 janvier 1993 : Juris-data n°1993-020209.
[1142] CA Paris 16e Ch. A, 27 juin 2001 : *AJDI* 2001, p. 797 ; CA Paris 16e Ch. A, 26 octobre 2005 : Juris-data n°2005-289493.
[1143] CA Aix-en-Provence, 4 mars 1982 : *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm. p. 17.
[1144] CA Paris, 16e Ch. A, 21 avril 1983, *Dufour*, inédit.

avec autorisation de faire un plat du jour[1145]. Mais la jurisprudence est fluctuante en la matière puisque chaque décision est prise en fonction des usages locaux. Ainsi, la Cour de cassation a considéré que la vente de billets d'accès au château de Versailles est un service offert à leur clientèle par l'ensemble des bars restaurants situés à proximité. Elle correspondait donc à l'évolution des usages locaux aux abords du château et pouvait être admise comme une activité incluse dans le bail[1146].

273. La déspécialisation plénière est quant à elle régie par les articles L.145-48 à L.145-55 du Code de commerce. Elle consiste « dans le droit accordé au locataire de changer totalement d'activité, soit en adjoignant une activité nouvelle à l'activité ancienne, soit en substituant à l'activité ancienne une activité nouvelle »[1147]. La procédure est plus complexe que celle de la déspécialisation partielle car le preneur va devoir justifier la modification de la destination du bail par « la conjoncture économique » ou « les nécessités de l'organisation rationnelle de la distribution »[1148]. Ainsi, contrairement à la déspécialisation partielle, il ne s'agit pas d'une prérogative pour le preneur. Ce dernier doit respecter une procédure et justifier la nécessité d'une activité nouvelle. En effet, le preneur doit notifier sa demande de modification d'activité par acte extrajudiciaire adressé au bailleur ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception[1149]. De plus, la déspécialisation plénière aboutit à la transformation totale du fonds de commerce et à la création d'un nouveau fonds.

Les procédures de déspécialisation cherchent à protéger le travail du preneur. Selon les aléas économiques, le preneur possède un champ d'action pour faire évoluer son commerce. Dans cette opération, le bailleur perd en quelque sorte la mainmise sur son local.

La nécessité de la poursuite d'activité s'exerce différemment en ce qui concerne la propriété culturale du preneur à bail rural.

[1145] Civ. 3e, 23 novembre 1993, n°92-13.370.
[1146] Civ. 3e, 16 septembre 2015, n°14-18.708 : *à paraître*.
[1147] BLATTER J.-P., *Droit des baux commerciaux*, Le Moniteur, Coll. Analyse juridique, Paris, 4e éd., 2006, p. 441.
[1148] Art. L.145-48 C. com.
[1149] Cette notification est également issue de la loi *Macron*, préc.

B. La propriété culturale du preneur à bail rural

274. L'article L.411-1 du Code rural et de la pêche maritime prévoit que « toute mise à disposition à titre onéreux d'un immeuble à usage agricole en vue de l'exploiter pour y exercer une activité agricole » est régie par les dispositions du statut du fermage[1150]. Ainsi, la notion d'exploitation est encore une fois la clef du dispositif protecteur du preneur. Cependant, si cette protection constitue clairement une limitation aux droits du propriétaire, elle ne repose pas classiquement sur le droit de propriété. En effet, en principe, le bail rural est incessible et n'a donc pas de valeur vénale[1151]. Par ailleurs, les terres demeurent l'élément essentiel de l'activité agricole[1152]. Ainsi, tout laisse à penser que les droits issus du bail et la propriété foncière sont indépendants l'un de l'autre, et que par conséquent, les droits du preneur ne pourraient pas constituer des démembrements du droit de propriété immobilier. Malgré ces éléments, en 1955 le Doyen RIPERT estimait que le statut du fermage instituait un démembrement de propriété au profit du locataire[1153]. Et de nos jours, certains membres de la doctrine n'hésitent pas à évoquer la notion de propriété culturale comme si elle était une évidence[1154]. Contrairement au métayer, le preneur à bail rural ne partage pas la gestion de l'exploitation avec le bailleur. De plus, depuis la loi du 30 décembre 1988, les agriculteurs sont soumis aux règles des procédures collectives[1155]. Mais les preneurs disposent d'un bail d'une durée de neuf ans et des dispositions protectrices leur donnent un droit à la stabilité (1). Par ailleurs, la création d'un bail cessible en 2006, ainsi que la mise en œuvre de leur droit de préemption assurent aux preneurs un droit à l'appropriation (2).

1. Un droit à la stabilité[1156]

275. La durée du bail est une caractéristique présente à la fois dans le bail commercial et dans le bail rural. L'inscription des droits du preneur dans la durée lui assure un intérêt patrimonial que lui donne la nature de bien au sens de l'article 1er du protocole n°1

[1150] Cette disposition est d'ordre public.
[1151] Art. L.411-35 C. rur.
[1152] KENDÉRIAN F., Le bail rural aurait-il une valeur vénale ?, *D.* 2000, p. 14.
[1153] RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., Paris, 2e éd., 1955, nos84 et s.
[1154] Par exemple : JurisClasseur Civil Code, V° « Propriété », TREMEAU J., 26 mars 2009, fasc. 20, n°24 ; OURLIAC P., Baux ruraux – Droit de préemption, exercice par le preneur, valeur vénale du bien, commentaire de l'arrêt Civ. 3e, 7 novembre 1990, n°88-12.226, *JCP* G, 1991, II, 21665.
[1155] Loi n°88-1202 du 30 décembre 1988, J.O. du 31 décembre 1988, p. 16741.
[1156] DUPEYRON C., La stabilité de l'exploitant dans le statut des baux ruraux, *RDR* 2006, Etude 30.

additionnel à la convention de sauvegarde[1157]. La stabilité du bail entre alors en concurrence avec le caractère perpétuel du droit de propriété. Ces droits comportent tous les deux une volonté de pérennisation[1158]. De plus, certaines dispositions présentes dans le statut des baux ruraux s'apparentent au droit de suite[1159]. La durée du bail et le droit au renouvellement sont deux dispositions particulièrement révélatrices de la similitude avec le droit de propriété immobilier et la propriété commerciale.

276. Ainsi, en principe, selon l'article L.411-5 du Code rural et de la pêche maritime, « (…) la durée du bail ne peut être inférieure à neuf ans (…) ». Par contre, il existe plusieurs sortes de baux dits « à long terme », et notamment :

- le bail à long terme de droit commun est prévu par l'article L.416-1. Il est conclu pour une durée au moins égale à dix-huit ans, mais il est renouvelable tous les neuf ans. Et depuis l'ordonnance du 13 juillet 2006, le bail renouvelé bénéficie de toutes les clauses du bail à long terme.

- Selon l'article L.416-3, il existe un bail de vingt-cinq ans, à durée déterminée. Cela signifie que la durée initiale du bail est de vingt-cinq ans, et que par la suite, le renouvellement est annuel. De plus, le congé doit être donné quatre ans à l'avance.

- Le « bail de carrière » d'exploitant agricole est, quant à lui, prévu par l'article L.416-5. Selon les termes de cet article, il porte sur « une exploitation agricole constituant une unité économique ou sur un lot de terres d'une superficie supérieure à la surface minimale d'installation, pour une durée qui ne peut être inférieure à vingt-cinq ans et qui prend fin à la fin de l'année culturale pendant laquelle le preneur atteint l'âge de la retraite ». L'intérêt de ce bail réside dans la garantie de sa durée.

- Enfin, le plus récent de ces baux à long terme est le bail cessible hors du cadre familial[1160]. Il est prévu par les articles L.418-1 à L.418-5. Il doit obligatoirement avoir la forme d'un bail authentique et sa durée est d'au moins dix-huit ans. Par la suite, il est renouvelable par période de cinq ans.

[1157] DEBET A., La nature du droit du preneur et la rupture du contrat de bail, nouvel éclairage européen, *RDC* 2005, n°2, p. 467 : au sujet de l'arrêt CEDH *Bruncrona c./ Finlande* du 16 novembre 2004, aff. n°41673/98 (il s'agissait en l'espèce d'un bail de 300 ans).

[1158] Sur la durée du bail, V. BOULOGNE-YANG-TING C., Réflexions sur la durée minimale dans les rapports locatifs réglementés, *LPA* du 30 août 2005, n°172, p. 3.

[1159] LE FUR A.-V., L'acte d'exploitation de la chose d'autrui, *RTD civ*. 2004, p. 429.

[1160] Il est issu de la loi n°2006-11 du 5 janvier 2006, *cf infra* n°280.

277. Ces baux à long terme confèrent des avantages fiscaux au bailleur, afin de les rendre plus attractif à ses yeux.

Tout d'abord, ils donnent naissance à une exonération de la taxe de publicité foncière[1161].

Ensuite, si le bailleur donne à bail à long terme, il bénéficiera d'un abattement sur ses revenus locatifs[1162].

De plus, une transmission à titre gratuit d'un bien donné à bail à long terme[1163] bénéficie d'une exonération des trois quarts de sa valeur[1164]. Cette disposition se rapproche fortement de l'exonération partielle du pacte *Dutreil* dans le cadre de la transmission d'entreprise[1165], puisqu'il faut non seulement que le bail ait une durée de deux ans, mais il faut aussi que le successeur prenne un engagement de reprise et d'exploitation pour une durée de cinq ans, à peine de déchéance de l'exonération.

Enfin, du point de vue de l'Impôt de Solidarité sur la Fortune, si le propriétaire concède un bail à long terme à un membre de sa famille jusqu'au 3^{e} degré, cette propriété sera considérée comme un bien professionnel, donc elle ne sera pas comprise dans la déclaration d'ISF[1166].

Ainsi, au regard de ces avantages, le bailleur est largement incité à louer par l'intermédiaire d'un bail à long terme. De cette façon, le législateur s'assure de donner une certaine stabilité aux preneurs à bail rural[1167].

278. Pour parachever le dispositif de protection, l'article L.411-46 du Code rural et de la pêche maritime dispose que le fermier a droit au renouvellement du bail. Le bail se renouvelle automatiquement pour neuf ans. *A priori*, il n'y a donc pas de limite : c'est pour la vie professionnelle et donc, jusqu'à la retraite. Toute clause résolutoire est prohibée. Et il n'est pas possible de renoncer au renouvellement par anticipation. De la même manière qu'en matière de renouvellement des baux commerciaux, le renouvellement du bail rural est soumis à certaines conditions[1168] :

[1161] BOI-ENR-JOMI-10, n°140 ; art. 743 CGI.

[1162] Article L.416-7 du Code rural et de la pêche maritime.

[1163] Pour les baux conclus postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n°70-1298 du 31 décembre 1970, J.O. du 1er janvier 1971, p. 6.

[1164] BOI-ENR-DMTG-10-20-30-20 ; art. 793 CGI.

[1165] Loi n°2003-721 du 1er août 2003 *pour l'initiative économique*, J.O. du 5 août 2003, p. 13449, art. 43.

[1166] BOI-PAT-ISF-30-30-50, n°10 à n°120.

[1167] Certains baux ruraux bénéficient d'un régime spécifique et réalisent un démembrement juridique : le bail « à domaine congéable » des articles L.431-1 et s. du Code rural et de la pêche maritime, qui attribue au preneur un droit de superficie, et le bail à complant des articles L.441-1 et s. du même code, qui confère au preneur un droit réel cessible.

[1168] Répertoire Dalloz de droit civil, V° « Bail rural », par PRIGENT S., juin 2015, n^{os}458 et s.

- le preneur doit participer effectivement et de façon permanente aux travaux de l'exploitation ;

- le preneur doit posséder les moyens nécessaires à l'exploitation, c'est-à-dire un cheptel, le matériel nécessaire à l'activité, et à défaut avoir les moyens de les acquérir ;

- le preneur doit habiter sur place ou à proximité du bien loué ;

- le preneur doit être en règle avec le contrôle des structures.

279. L'exploitation par l'intermédiaire d'un bail rural assure une stabilité qui confère des prérogatives importantes au preneur, dans des conditions similaires à celles des baux commerciaux, pour lesquels la notion de propriété commerciale est reconnue[1169]. Pendant longtemps, l'argument qui allait à l'encontre de la notion de propriété culturale était l'impossibilité de céder un bail rural. Cette interdiction est désormais levée et elle laisse place à un droit à l'appropriation.

2. Un droit à l'appropriation

280. Plusieurs éléments laissent à penser que le bail rural donne au preneur un droit à l'appropriation.

Premièrement, la loi du 5 janvier 2006 a institué le bail cessible hors cadre familial[1170]. Pour avoir le droit de céder son bail, le preneur doit cependant veiller à ce que soit insérée une clause permettant la cession. Dans le cadre d'un bail cessible, le bailleur qui refuse de renouveler le bail pour des raisons qui seraient ni sérieuses, ni légitimes, devra une indemnité au locataire. Cette indemnité sera égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement c'est-à-dire la valeur de la dépréciation du fonds, les frais normaux de déménagement et de réinstallation ainsi que les frais et droits de mutations à payer pour acquérir un bail de même valeur[1171]. La cession ne nécessite pas l'agrément du bailleur, mais il convient de lui adresser une notification par lettre recommandée avec accusé de réception. Cette lettre doit contenir l'identité du cessionnaire et la date de cession projetée.

[1169] Dans ce sens : PEIGNOT B., La propriété foncière saisie par le droit rural, *Justice et cassation* 2015, p. 177, spéc. p. 180 : selon Bernard PEIGNOT, le régime du bail rural donne « un véritable droit privatif, portant sur l'exploitation d'un bien. C'est la nécessité de la bonne exploitation qui justifie la durée minimum des baux et le droit au renouvellement. Ainsi, en prolongeant son droit, on donne au preneur "l'esprit du propriétaire" ; il a vocation à se maintenir à la tête de l'exploitation, tant qu'il est capable de la gérer. Incontestablement le Statut du fermage, tout en protégeant le *droit de propriété* sacrifie le *droit du propriétaire* à la nécessité de l'exploitation ».

[1170] Loi n°2006-11 du 5 janvier 2006 *d'orientation agricole*, J.O. du 6 janvier 2006, p. 229.

[1171] Art. L.418-3 C. rur.

Pour Didier KRAJESKI, le bail cessible entraîne une possible spéculation dans le bail rural, et laisse place à deux types d'agricultures : l'agriculture performante contre l'agriculture traditionnelle[1172]. Mais en pratique, peu de baux cessibles hors cadre familial ont été conclus. Par ailleurs, les jeunes agriculteurs peuvent bénéficier de la protection de la SAFER, par le biais de la rétrocession, pour trouver les parcelles de terre à exploiter[1173] ou des aides financières pour leur installation[1174].

281. Deuxièmement, le preneur à bail rural bénéficie d'un droit de préemption selon les termes de l'article L.412-1 du Code rural et de la pêche maritime. Pour cela, l'exploitant, preneur en place, doit être titulaire d'un titre régulier d'exploitant avec un bail écrit ou verbal. Chaque co-preneur bénéficie du droit de préemption et chacun peut préempter[1175]. Il faut que le preneur remplisse les conditions de l'article L.412-5, c'est-à-dire :

- le preneur doit avoir exercé une activité agricole depuis au moins trois ans sur le bien loué ou ailleurs ;

- le preneur doit effectivement exploiter le bien loué lui-même ou par sa famille au moment de la vente ;

- le preneur ne doit pas être propriétaire d'une superficie supérieure à trois fois le seuil mentionné à l'article L.312-1[1176] ;

- le bail doit être en conformité avec la législation sur les structures.

Et si le fermier préempte, il a l'obligation d'exploiter le bien acheté pendant neuf ans en qualité de propriétaire de manière effective et permanente[1177]. La préemption sera

[1172] KRAJESKI D., Retour sur la spéculation et la valorisation en matière de baux ruraux, *RDR* 2011, Etude 7.
[1173] Les missions des Sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural sont prévues par les articles L.141-1 et suivants et le régime du droit de préemption par les articles L.143-1 et suivants du Code rural et de la pêche maritime. D'autant plus, que l'article L.411-64 du même Code permet au bailleur de refuser le renouvellement du bail d'un preneur qui a atteint l'âge de la retraite, et la Cour de cassation a estimé que ce dispositif correspond à un « motif d'intérêt général de politique agricole » pour permettre l'installation des jeunes agriculteurs (Civ. 3e, 16 mars 2011, n°10-23.962 : *Bull. civ.* III, n°40). De même, saisie dans le cadre d'une QPC elle a expliqué que cela permettait d' « assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi » (Civ. 3e, 10 juillet 2013, n°13-11.429 : *Bull. civ.* III, n°100).
[1174] Art. D.343-3 et s. C. rur.
[1175] Art. L.412-8 C. rur. sur les modalités techniques de la purge du droit de préemption.
[1176] Avant la loi n°2014-1170 du 13 octobre 2014 *d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt*, J.O. du 14 octobre 2014, p. 16601, il était mentionné « trois fois la surface minimum d'installation » (SMI). Or, de plus en plus d'exploitations dépassaient trois SMI donc cela a posé un problème au niveau de la préemption. La SMI était généralement fixée de façon trop faible. Dorénavant, le seuil est déterminé par le schéma directeur départemental des structures agricoles et il est compris entre le tiers et une fois la surface agricole utile régionale fixée par décret.
[1177] Art. L.411-59 C. rur.

avantageuse pour le preneur car il pourra bénéficier d'un abattement en raison du bail grevant la parcelle[1178].

Enfin, le droit de préemption du fermier prime celui de la SAFER, si le fermier a un bail qui a une ancienneté d'au moins trois ans[1179]. Par contre, les droits de préemption publics priment le droit de préemption du fermier.

282. L'évolution du rapport entre la propriété et l'exploitation, aussi bien commerciale que rurale, illustre l'émergence de nouvelles limitations au droit de propriété[1180]. Ces nouvelles propriétés peuvent être considérées comme des démembrements des utilités économiques du droit de propriété immobilier. Elles limitent effectivement le droit de propriété immobilier, puisqu'elles confèrent des prérogatives substantielles au preneur, issues du bail et de la loi. Les démembrements fondés sur un motif économique ont l'avantage de protéger le créateur de richesse. Le propriétaire bailleur est trop souvent passif en se contentant d'encaisser ses revenus locatifs. Ce constat amène d'ailleurs souvent le juge, à forcer les propriétaires à effectuer des travaux, notamment en matière de baux d'habitation, en se fondant sur l'obligation de délivrer au preneur un logement décent[1181].

[1178] Cet abattement consiste en une moins-value de 10% à 30% voire 45% pour les baux à long terme : OURLIAC P., préc.

[1179] Art. L.143-6 C. rur.

[1180] Sur le rapport entre la propriété et l'exploitation sous le thème écologique : HUDAULT J., Renaissance écologique de la propriété agricole, *RDR* 2012, Etude 10.

[1181] Par exemple, en matière de désamiantage (Civ. 3e, 2 juillet 2003, n°02-14.642 : *Bull. civ*. III, n°141) ou d'alimentation en eau courante (Civ. 3e, 15 décembre 2004, n°02-20614 : *Bull. civ*. III, n°239).

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

283. Le démembrement des utilités du droit de propriété constitue un mode évolué de limitations du droit de propriété, lesquelles se trouvent être les sources de nouvelles formes de propriété.

D'une part, il est un mode évolué de limitations parce qu'il instaure un système de droits concurrents au droit de propriété. Ainsi, une éventuelle atteinte au droit de propriété n'a lieu qu'au bout d'un certain temps, lorsque le propriétaire souhaite retrouver l'intégralité des avantages de son immeuble et des utilités de son droit de propriété, et qu'il ne le peut pas ou qu'il y arrive difficilement. Il en est ainsi autant du propriétaire qui a concédé un droit de jouissance spéciale, que de celui qui a conclu un contrat de bail d'habitation, commercial ou rural. Pour éviter ces difficultés, la jurisprudence applique le régime de l'usufruit quant à la durée du droit de jouissance spéciale. Une telle solution ne semble ni conforme à certaines situations, ni à la liberté contractuelle. Et quant aux régimes des baux, le législateur ne cesse de proposer de nouvelles solutions pour sécuriser le preneur. Ces réglementations empêchent souvent le propriétaire bailleur de reprendre son bien, même pour s'y établir, pendant plusieurs années. Les droits donnés à l'utilisateur de l'immeuble lui assurent une pérennité dans les lieux. Ces droits sont les résultantes des fonctions sociale et économique du droit de propriété. Cette socialisation du droit de propriété remet en cause la distinction traditionnelle du droit réel et du droit personnel. Le droit du propriétaire, auquel la conception individualiste du droit donnait un caractère exclusif, subit, du fait cette socialisation, un démembrement qui rejoint, pour se confondre avec elle, la créance du preneur[1182]. Cette particularité juridique mériterait que soit créée une catégorie comprise dans les droits patrimoniaux, au même niveau que les droits réels et les droits personnels. Les démembrements des utilités socio-économiques pourrait avoir un régime harmonisé, notamment quant au droit de préemption et au droit au maintien dans les lieux. Pour équilibrer leurs relations avec les propriétaires de l'immeuble, il serait nécessaire de renforcer les principales obligations du preneur : payer le loyer et entretenir les lieux loués[1183].

Le droit de propriété doit être compris comme la somme de ses utilités c'est-à-dire des utilités que l'on peut retirer d'une chose grâce à un tel droit. Ainsi, les démembrements des utilités

[1182] Dans ce sens : SAVATIER R., La nature juridique et les caractères nouveaux du droit à un bail rural, *D*. 1946, Chron. XI, p. 41, spéc. p. 43.

[1183] En effet, même en cas de défaut de paiement du loyer, le propriétaire doit suivre une procédure fastidieuse pour retrouver l'usage de l'immeuble, *cf. infra* n^{os}525 et s.

socio-économiques corespondent à un fractionnement des utilités du droit de propriété soit pour un motif social, soit pour un motif économique.
D'autre part, et consécutivement, le démembrement des utilités du droit de propriété est créateur de nouvelles formes de propriété : une *propriété démembrée* composée des avantages juridiques d'un immeuble qui appartient à autrui, ou une *propriété socio-économique* composée des avantages portant sur un immeuble appartenant également à autrui, qui sont transmis par le propriétaire et amplifiés par le législateur et le juge.

284. Ainsi, les limitations du droit de propriété se comportent bien comme des témoins de son instrumentalisation, mais en même temps elles démontrent ses capacités d'adaptation. Ce phénomène s'accentue à travers la dématérialisation du droit de propriété, qui instrumentalise, cette fois, sa valeur.

Chapitre 2. La dématérialisation du droit de propriété, l'instrumentalisation de sa valeur

285. Dans l'esprit collectif, la dématérialisation consiste à transformer des données présentes sur un support papier en données numériques. Tel est ainsi le cas des actes authentiques électroniques, qui sont conservés non plus dans des minutiers chez le notaire rédacteur, mais dans le serveur sécurisé MICEN[1184] à Venelles[1185]. Dans ce cas, la dématérialisation impacte le mode de conservation des actes authentiques et améliore ainsi la preuve du droit de propriété, mais elle n'a pas de conséquences directes sur le droit de propriété[1186]. Néanmoins, à partir du moment où le support électronique est suffisamment sécurisé, le droit de propriété ne risque pas de subir des altérations qui pourraient constituer autant de potentielles limitations indésirables au droit lui-même.

286. Au contraire, lorsque la dématérialisation porte directement sur le droit de propriété, elle est créatrice de limitations audit droit. Dans cette situation, ce n'est plus l'objet du droit de propriété qui intéresse, mais ses qualités[1187] et notamment sa valeur[1188]. C'est pourquoi le phénomène de la dématérialisation doit être considéré comme étant l'une des formes de l'instrumentalisation du droit de propriété. Le propriétaire originaire transfère volontairement son droit de propriété dans un autre patrimoine. Par ce processus, le droit de propriété émet des avantages aussi bien économiques, juridiques que fiscaux. Il est alors instrumentalisé pour sa valeur[1189]. Le propriétaire peut rechercher une fonction de garantie patrimoniale ou une finalité fiscale, sur un plan tant privé que professionnel.

[1184] Minutier central électronique des notaires.

[1185] Art. 1316-3 C. civ. sur la force probante de l'écrit sur support électronique ; Décret n°2005-973 du 10 août 2005 *modifiant le décret n°71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires*, J.O. du 11 août 2005, p. 13096, pour les modalités pratiques de l'acte authentique électronique ; et le 28 octobre 2008 le premier acte authentique électronique a été signé.

[1186] Il serait même possible de dire que cette dématérialisation ne touche qu'une partie du mode de conservation, car l'acquéreur ne se voit pas remettre son titre de propriété sous forme de clef USB ou de puce électronique, mais bien sous format papier.

[1187] LAURENT J., *La propriété des droits*, th. Paris I, Préf. Th. REVET, L.G.D.J., 2012, p. 201 : pour lui, le phénomène de dématérialisation des richesses a d'ailleurs une incidence sur le bien même : « le bien est implicitement réduit à ses qualités et à son utilité donc irréductiblement à sa valeur, et non plus à son identification matérielle ».

[1188] BERGEL J.-L., L'évolution contemporaine du droit de propriété en France*, in* Mél. BÉGUET, Université de Toulon et du Var, Faculté de Droit, 1985, p. 23 : « la matérialité des biens est effacée, tandis que la valeur économique est consacrée ». Jean-Louis BERGEL évoque alors la notion d'« intellectualisation de la propriété » au sujet notamment des propriétés industrielles, littéraires et artistiques. En réalité ce phénomène est plus étendu : dans ce sens V. DROSS W, Le transfert de propriété en droit français, *RDC* 2013, pp. 1694 et s., spéc. n°13.

[1189] Sur la liaison entre les notions de valeurs, biens et droits, V. MOUSSERON J.-M., Valeurs, biens, droits, *in* Mél. BRETON et DERRIDA, Dalloz, 1991, p. 277,

287. Dans ce cadre, le droit de propriété perd sa matérialité puisqu'il porte davantage sur des droits que sur des choses. Mais dans un même temps, ce phénomène actualise le droit de propriété, pour en faire un outil compétitif[1190]. Le droit de propriété va évoluer dans le temps selon les besoins du propriétaire[1191]. Même en matière immobilière, le droit de propriété peut se diversifier. Il peut ainsi toujours porter sur une chose et notamment donner un toit ou des revenus locatifs, mais il permet également de concéder des garanties ou encore de bénéficier d'avantages fiscaux. Le droit de propriété devient alors un élément du patrimoine parmi d'autres.

Le droit de propriété peut être utilisé dans une fonction de garantie patrimoniale (section 1) afin de développer ses potentialités économiques, tout en conférant une situation d'exclusivité aux créanciers. Dans ce cas, à l'inverse du démembrement, cela ne crée pas une situation de concurrence entre des droits de nature différente, mais une situation de ballottage entre des propriétaires alternatifs[1192].

Associé à une fiscalité avantageuse, le droit de propriété est également considéré comme un vecteur de richesse, à des fins de placement, de transmission ou de gestion du patrimoine professionnel. Dans ces situations, le droit de propriété est considéré comme le moyen permettant une stratégie patrimoniale (section 2).

Section 1. Le droit de propriété dans une fonction de garantie patrimoniale

288. L'ordonnance du 23 mars 2006[1193] et la loi du 19 février 2007[1194] ont développé la fonction de garantie patrimoniale du droit de propriété notamment en matière immobilière. Désormais il est possible de donner plus qu'une sûreté, puisqu'il est possible de transférer le droit de propriété lui-même. En effet, désormais le Code civil consacre un chapitre IV à « la

[1190] ADELLE J.-F., La fiducie-sûreté, facteur de compétitivité du droit du financement français, *in* Mél. JEANTET, Lexisnexis, 2010, p. 1.

[1191] Sur l'évolution de la notion de patrimoine, V. CONGRES NATIONAL DES HUISSERS DE JUSTICE (XXII[e]), *Un nouveau patrimoine, de meilleures garanties – De la propriété foncière au patrimoine financier,* 15-16 juin 1995, Editions juridiques et techniques, 1995, Rapport général, HECTOR D., pp. 3 et s. ; MEKKI M., Le patrimoine aujourd'hui, *JCP* G n°46, 2011, 1258.

[1192] *Contra* : BLANLUET G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français : recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, th. Paris II, Préf. P. CATALA et M. COZIAN, L.G.D.J., 1999 ; BLANLUET G., Brèves réflexions sur la propriété économique, *Droit et patrimoine* 2001, n°91, p. 80. Gauthier BLANLUET distingue la propriété économique et la propriété juridique.
Par ailleurs, Blandine MALLET-BRICOUT utilise l'expression de « propriétaires alternatifs » pour éclaircir la question des droits conservés ou transférés par le constituant (selon certaines théories, soit il demeure le propriétaire, soit il ne l'est plus), mais pour désigner la propriété fiduciaire elle lui préfère la qualification de « propriété dissociée » : v. MALLET-BRICOUT B., Fiducie et propriété, *in* Mél. LARROUMET, Economica, 2009, pp. 313-315.

[1193] Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 *relatives aux sûretés*, J.O. du 24 mars 2006, p. 4475.

[1194] Loi n°2007-211 du 19 février 2007 *instituant la fiducie*, J.O. du 21 février 2007, p. 3052.

propriété retenue ou cédée à titre de garantie », et autorise par renvoi l'application de ce chapitre à la matière immobilière en prévoyant à l'article 2373 du Code civil alinéa 2 que « la propriété de l'immeuble peut également être retenue ou cédée en garantie »[1195]. Ce dernier article vise spécifiquement la fiducie-sûreté et la clause de réserve de propriété, mais il faut également y intégrer le crédit-bail immobilier puisqu'il effectue aussi un transfert de propriété afin de garantir le paiement d'une créance[1196]. Par cette reconnaissance, le législateur souhaite redynamiser le domaine du crédit en donnant de nouveaux outils aux créanciers et à leurs débiteurs qui auront l'avantage de se fonder sur une situation d'exclusivité au lieu d'un droit de préférence. Or, paradoxalement, l'ancêtre de ces instruments, la *fiducia cum creditore* du droit romain avait été abandonnée progressivement au profit des sûretés réelles tels que l'hypothèque ou le gage, pour les raisons qui la font aujourd'hui revenir sur le devant de la scène[1197].

289. À plusieurs reprises Pierre CROCQ a démontré l'ampleur du phénomène de la propriété-garantie et a cherché les relations entre le droit de propriété et la fonction de garantie[1198]. Selon lui « l'utilisation de la propriété à des fins de garantie s'inscrit dans la logique de l'évolution du droit de propriété (…)»[1199]. De plus, même si la propriété-garantie engendre des limitations quant aux prérogatives du propriétaire, cela résulterait du pouvoir d'auto-limitation qui est celui du propriétaire[1200]. Par conséquent, la propriété-garantie ne serait pas incompatible avec le droit de propriété. De plus, les anciens obstacles de la propriété-garantie, la prohibition du pacte commissoire et le *numerus clausus* des droits réels, sont désormais tombés[1201].

[1195] Sous la forme d'un article préliminaire du sous-titre III intitulé « Des sûretés sur les immeubles». Cette place semble révéler la volonté du législateur de ne pas totalement confondre les sûretés réelles immobilières et les propriétés-garanties en matière immobilière.

[1196] Seuls les mécanismes de propriété-garantie en matière immobilière seront étudiés.
La vente à réméré n'est volontairement pas traitée car même si la propriété est transférée, le débiteur n'a qu'une faculté de rachat c'est-à-dire qu'il n'est pas tenu de racheter son bien. De plus, il s'agit le plus souvent d'une opération de crédit pour des personnes endettées qui se retrouvent face à un choix pour éviter la saisie : soit vendre purement et simplement, soit vendre à réméré. Par exception, elle pourra être utilisée à des fins de sûretés mais il se peut qu'elle masque un prêt garanti par un gage :V. MIGNOT M., La vente à réméré utilisée à des fins de garantie*, Rép. Defrénois*, 30 octobre 2014, n°20, p.1079.

[1197] BOUGEROL-PRUD'HOMME L., *Exclusivité et garantie de paiement*, th. Paris II, Préf. P. CROCQ, L.G.D.J, 2012, n°9, pp. 11 et s.

[1198] CROCQ P., *Propriété et garantie*, th. Paris II, Préf. M. GOBERT, L.G.D.J., 1995 ; CROCQ P., Dix ans après : l'évolution récente des propriétés-garanties, *in* Mél. GOBERT Economica, 2004, p. 347.

[1199] CROCQ P., th. préc., p. 76, n°93.

[1200] *Ibidem*.

[1201] Pour le pacte commissoire, depuis l'ordonnance du 23 mars 2006 (art. 2348 C. civ pour le gage, et art. 2459 C. civ. pour l'hypothèque). Et quant au *numerus clausus* des droits réels, V. *supra* n^{os}237 et s.

Néanmoins, l'étude de la nature de la propriété-garantie révèle qu'il s'agit d'une propriété conditionnée (§1). Pourtant, bien qu'elle ne soit pas conforme au droit de propriété classique fondé sur l'article 544 du Code civil, son efficacité découle d'un de ses caractères : le caractère exclusif (§2).

§1. La nature de la propriété-garantie : une propriété conditionnée

290. La propriété-garantie correspond au transfert de propriété qui est effectué en garantie du paiement d'une créance. En pratique, il s'agit de la propriété réservée du vendeur dans une clause de réserve de propriété[1202], de la propriété acquise par le crédit-bailleur dans le cadre d'un crédit-bail[1203], ou de la propriété transmise au fiduciaire dans une fiducie[1204]. Dans ces trois cas, la propriété-garantie est soumise à de nombreuses conditions ; d'abord dans sa durée, elle est ainsi alternative (A) ; et ensuite dans sa substance, puisqu'elle est consentie avec charge (B).

A. Une propriété alternative

291. La propriété-garantie correspond à une situation temporaire, voire ponctuelle pour une clause de réserve de propriété. À plus ou moins brève échéance, cette propriété prendra fin, mais on ne sait pas quel sera le propriétaire final puisque cela dépendra soit du paiement par le débiteur, soit de l'option du crédit-preneur, au plus tard à l'échéance des contrats[1205]. La propriété-garantie est donc suspendue au paiement (1) et elle est transférée à un autre propriétaire au terme du contrat (2).

[1202] Art. 2367 al. 1er C. civ. : « La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie ».

[1203] Art. L.313-7 al 2 C. mon. fin. : « Les opérations par lesquelles une entreprise donne en location des biens immobiliers à usage professionnel, achetés par elle (…) lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, permettent aux locataires de devenir propriétaires de tout ou partie des biens loués(…) ».

[1204] Art. 2488-1 al. 1er C. civ. : « La propriété d'un bien immobilier peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030 ».

[1205] L'incertitude quant au futur propriétaire fait penser au mécanisme de la tontine qui croise une condition suspensive de survie et une condition résolutoire de prédécès. En effet, dans une tontine on ne connaît le propriétaire qu'au décès de l'avant-dernier tontinien, et il est propriétaire rétroactivement.

1. Une propriété suspendue au paiement

292. La propriété conférée au créancier à titre de garantie prend fin selon des évènements distincts en fonction du cadre dans lequel elle a été conclue, mais dont le point commun est qu'ils sont tous incertains, puisqu'ils dépendent de la faculté financière des débiteurs.

En premier lieu, dans une vente contenant une clause de réserve de propriété, par exception à l'article 1583 du Code civil, le transfert de la propriété est retardé jusqu'au complet paiement du prix. En effet, selon l'article 2367 du Code civil une clause de réserve de propriété « suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie »[1206]. Le paiement met donc fin instantanément à la propriété que s'était réservée le vendeur.

L'ordonnance du 23 mars 2006 a fait cesser toutes controverses quant à la qualification de la clause de réserve de propriété comme une sûreté, étant donné que « la propriété retenue à titre de garantie » a bien été placée au sein du Livre quatrième « Les sûretés », et même plus spécialement à la fin du Titre 2 « Des sûretés réelles »[1207]. Par contre, la réforme de 2006 n'a pas mis fin au débat doctrinal concernant la nature de la clause de réserve de propriété, ce qui d'ailleurs peut poser des problèmes en pratique au regard du transfert des risques[1208]. En effet, l'article 2367 du Code civil confirme la nature suspensive[1209] de la clause de réserve de propriété[1210], mais ne précise pas s'il s'agit d'un terme ou d'une condition[1211].

[1206] Il n'existe pas de définition propre à la réserve de propriété en matière immobilière, ni même de régime juridique. L'article 2373 du Code civil autorise le renvoi aux articles 2367 et s. propres à la réserve de propriété en matière mobilière.

[1207] Malgré la qualification de sûreté par le législateur, une partie de la doctrine émet encore des doutes : V. notamment : DUPICHOT P., Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés, *Lamy Droit civil* 2006, n°29, p. 17 ; MAIROT A., La réserve de propriété analysée en une obligation réelle*, Rép. Defrénois,* 30 mars 2007, n°6, p. 399.

[1208] Sur la relation entre la nature de la clause de réserve de propriété et le transfert des risques : PROUVEUR P., La clause de réserve de propriété en matière immobilière*, Gaz. Pal.* 2003, n°170, p. 10.

[1209] ALBIGES Ch. et DUMONT-LEFRAND M.-P., *Droit des sûretés*, Dalloz, HyperCours, Paris, 4e éd., 2013, p. 445, n°695.

[1210] L'effet résolutoire de la clause de réserve de propriété a été rejeté par la jurisprudence dite « Mécarex » : Com. 20 novembre 1979, n°77-15.978 : *Bull. civ.* IV, n°300 ; *JCP* G., 1981, II, 19615, note J. Ghestin. L'effet résolutoire pose problème puisque l'acquéreur serait déjà propriétaire sans avoir payé, mais en ayant le risque de perdre son droit de propriété.

[1211] Art. 2367 C. civ. : « La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie. (…) ».

293. Ainsi, pour Jacques GHESTIN, la clause de réserve de propriété serait un terme suspensif[1212]. Or, un terme correspond à un événement futur et surtout certain, ce qui n'est pas le cas du paiement, sinon le vendeur n'aurait pas besoin de garantir l'opération[1213]. Et même si l'on raisonne objectivement, la solvabilité d'un acquéreur est suffisamment aléatoire pour que l'on puisse considérer le paiement comme incertain[1214].

Pour d'autres auteurs, il faudrait plutôt envisager la réserve de propriété comme une condition suspensive[1215]. Dans ce cas, le paiement du prix est une modalité de l'exécution de l'obligation de transférer la propriété[1216]. Cela veut également dire que le contrat de vente fait naître une obligation de donner à la charge du vendeur lors du paiement. Ce raisonnement prend bien appui sur le caractère incertain du paiement, mais il met de côté l'automaticité du transfert de propriété. En effet, dans un contrat de vente même assorti d'une clause de réserve de propriété, le transfert de propriété n'est qu'un effet légal du contrat déclenché de plein droit, par la volonté même des parties, au moment où le vendeur reçoit le dernier paiement[1217].

Toutefois, une autre partie de la doctrine désigne la clause de réserve de propriété comme un mécanisme particulier difficilement qualifiable[1218] en droit français[1219], ou dont la nature dépendrait de la volonté des parties[1220] et donc finalement de la liberté contractuelle[1221]. Pour

---

[1212] GHESTIN J., Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété, *D*. 1981, Chron. p. 1, spéc. n°15 ; V. également dans ce sens : FARHI S*., La fiducie-sûreté et le droit des entreprises en difficulté*, th. Nice, 2013, p. 115, n°129.

[1213] Dans ce sens : CROCQ P., Propriété-garantie. Réserve de propriété. Etre ou ne pas être un accessoire : le sort de la réserve de propriété en cas de défaut de déclaration de sa créance par le vendeur, *RTD civ.* 1996, p. 436 ; CROCQ P., th. préc., p. 110, spéc. n°132. Pierre CROCQ distingue entre l'obligation de payer, qui pourrait être considérée comme certaine, et l'exécution de l'obligation de payer qui est incertaine.

[1214] DUBARRY J., *Le transfert conventionnel de propriété, Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, th. Paris I, Préf. B. DAUMER-LIEB et R. LIBCHABER, L.G.D.J, 2014, p. 149, n°268.

[1215] DROSS W., *op. cit*., p. 96, spéc. n°106 : « La réserve de propriété est une propriété conditionnelle (…) » ; GHOZI A., Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété, *D*. 1986, Chron. p. 317 ; DUBARRY J., th. préc., pp. 149 et s., n^{os}269 et s.

[1216] CROCQ P., préc.

[1217] FABRE-MAGNAN M., Le mythe de l'obligation de donner, *RTD civ.* 1996, p. 85, spéc. n°8 et n°9. *Contra* : BERGER-TARARE C., *Le fiduciaire défaillant, Regards croisés en droit des biens et droit des obligations*, th. Lyon III, 2013, pp. 318 et s., n^{os}574 et s. Pour une explication détaillée du problème : PÉROCHON F., *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, th. Montpellier I, Préf. F. DERRIDA, Av.- propos de J.-M. MOUSSERON, Litec, Coll. Bibli. Dr. Ent., n° 21, Paris, 1988, pp. 6 et s., n^{os}7 et s.

[1218] LE CORRE P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, Coll. Dalloz action, Paris, 7^{e} éd., 2013, p. 2240, n°816.11 : pour Pierre-Michel LE CORRE il s'agirait d'une « modalité suspensive *sui generis* du transfert de propriété dans la vente ».

[1219] CROCQ P., th. préc*.*, p. 115, spéc. n°139 : « (…) le contrat de vente est profondément modifié par la réserve de propriété qui repose sur une dissociation de l'effet obligatoire et de l'effet réel de la vente, propre au Droit allemand ». LEGEAIS D., *Sûretés et garanties du crédit*, L.G.D.J., Coll. Manuel, Paris, 9^{e} éd., 2013, p. 456, n°742.

[1220] PÉROCHON F., th. préc., n^{os}79-80, pp. 72 et s.

[1221] LATINA M., *Essai sur la condition en droit des contrats*, th. Paris II, Préf. D. MAZEAUD, L.G.D.J., 2009, pp. 297 et s., n^{os}400 et s., spéc. n°405 : l'auteur explique que la clause de réserve de propriété ne correspond ni à

rejoindre cette position, il faut relier le transfert de propriété à l'accord de volonté sur la chose et sur le prix.

En réalité, la nature suspensive suffit à qualifier la clause de réserve de propriété si les parties encadrent la durée de la clause dans le contrat de vente. Le caractère certain ou incertain du paiement perd son importance au profit du respect du délai de paiement prévu par la clause de réserve de propriété. Ainsi, par le biais d'une telle clause, l'existence de la propriété-garantie est suspendue au paiement de l'acquéreur avant l'expiration dudit délai. Le vendeur est provisoirement propriétaire alors que l'acquéreur est un propriétaire en devenir[1222]. Avant qu'il ne paye, la situation juridique de l'acquéreur n'est pas stable[1223], c'est pour cette raison que le notariat préfère recourir à la notion de vente à terme assortie du privilège de vendeur et de l'action résolutoire[1224], même si la réserve de propriété peut présenter des avantages lors d'une procédure collective[1225].

294. En second lieu, le crédit-bail en matière immobilière est une opération complexe qui relève de la « stratégie financière »[1226]. En effet, d'une part, il ne peut porter que sur des biens immobiliers à usage professionnel, et le crédit-bailleur est en principe un établissement de crédit, ce qui réserve donc cet outil aux professionnels[1227]. D'autre part, le crédit-bail entremêle des notions contractuelles hétérogènes telles que la vente, la location, le mandat, la promesse, le contrat d'entreprise[1228].

La particularité du crédit-bail immobilier est d'être associé à une promesse unilatérale de vente dès son origine. Grâce à cette promesse, le débiteur ou crédit-preneur pourra récupérer son droit de propriété. En effet, à l'issue d'une certaine période[1229], le débiteur devra faire un choix : soit acheter le bien pour sa valeur résiduelle en levant l'option de la promesse, soit

---

la définition d'un terme, ni à celle d'une condition, mais qu'elle est « une virtualité comprise dans la liberté contractuelle qui permet aux parties d'établir un ordre dans la réalisation des prestations ».

[1222] PROUVEUR P., préc.

[1223] Pour se loger dans l'immeuble, il lui sera recommandé de signer une convention d'occupation précaire avec le vendeur. Et s'il construit, le juge devra déterminer s'il a agit de bonne ou de mauvaise foi.

[1224] Les dangers de la clause de réserve de propriété dans les ventes immobilières, Note de l'Institut d'Etudes Juridiques du Conseil Supérieur du Notariat, *JCP* N 1986, Pratique, 9976.

[1225] *Cf. infra* n^{os}312 et s.

[1226] JurisClasseur Banque-Crédit-Bourse, V° « Crédit-bail immobilier – Régime comptable et fiscal », par BEY E.-M., 27 juin 2015, n°4.

[1227] Par exception, le crédit-bailleur peut être toute autre personne physique ou morale, voire une collectivité locale si le crédit-bail est considéré comme une opération occasionnelle : V. Répertoire Dalloz de droit commercial, V° « Crédit-bail immobilier », par DURANTON G., janvier 2012, n^{os}37 et s.

[1228] DURANTON G., préc. spéc. n°47.

[1229] Cette période est fixée contractuellement et correspond souvent à la période d'amortissement.

restituer le bien, soit demander le renouvellement du bail[1230]. Le débiteur peut disposer d'un certain délai pour lever l'option[1231]. En effet, à l'expiration d'une période pendant laquelle son engagement est irrévocable, il aura la faculté de lever l'option de façon anticipée en payant la valeur résiduelle, à condition d'être à jour de ses loyers et des sommes éventuellement dues au titre du contrat. Le plus souvent, la levée d'option n'aura lieu qu'à la fin du contrat et dans ce cas, la valeur résiduelle sera proche d'un euro car le bien immobilier aura été rentabilisé et amorti en totalité.

295. En troisième et dernier lieu, d'après les termes de l'article 2011 du Code civil, la fiducie-sûreté est une opération par laquelle le constituant transfère des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, au fiduciaire, lequel agit dans un but déterminé au profit du bénéficiaire. Cette définition a suscité de nombreuses interrogations quant à la nature du transfert, voire quant à l'existence même d'un transfert, mais elle demande également une clarification de la notion de but de la fiducie-sûreté.

296. *A priori* à la lecture de l'article 2011, on ne peut que constater qu'un transfert existe au profit du fiduciaire. Pourtant, certains ont cherché à interpréter cet article afin de faire correspondre la fiducie à la théorie de l'unicité de patrimoine, par le biais de la théorie de la fiducie personne morale fictive[1232], ou encore pour éviter tous débats quant à l'attribution d'éventuels droits réels, en créant un patrimoine à but, sans propriétaire[1233]. D'autres ont estimé qu'il était aussi possible de démontrer soit qu'il n'y avait pas de transfert[1234], et que par conséquent, le droit de propriété était conservé par le constituant[1235],

[1230] Notamment en matière de constructions, il convient de préciser qu'il existe des montages qui s'appuient sur la théorie de l'accession et qui ont pour effet de transférer automatiquement la propriété des constructions au débiteur. Dans ce cas, la société de crédit-bail bénéficie d'un contrat de bail à construction ou d'un contrat de bail emphytéotique, et seul un droit réel immobilier est transmis. D'autres montages visent à apporter le bien immobilier à une société civile immobilière dont le gérant n'est autre que le crédit-bailleur. Et le crédit-bailleur s'engage à céder ses droits dans la SCI à condition que cette dernière exerce l'option.

[1231] En matière immobilière, le crédit-bail comporte généralement une période de sept ans pendant laquelle il n'est pas possible de lever l'option. Au-delà, il est possible de lever l'option jusqu'au terme du contrat. Pour un immeuble, la durée d'un crédit-bail est souvent fixée entre 15 ans et 25 ans pour correspondre à la durée d'amortissement du bien, et ainsi bénéficier de l'avantage de la déductibilité des loyers.

[1232] Cette thèse a été défendue par des auteurs canadiens, M. FARIBAULT, P. LEPAULLE et M. CANTIN-CUMYN, et elle est expliquée par C. BERGER-TARARE *in Le fiduciaire défaillant, Regards croisés en droit des biens et droit des obligations*, th. Lyon III, 2013, pp. 65 et s., n^{os}123-126.

[1233] Il s'agit du législateur canadien : Art. 1261 C. civ. Québec : « Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel ».

[1234] NICOLLE M., La fiducie sans transfert de propriété au fiduciaire, *D*. 2014, p. 2071.

soit à l'inverse que le bénéficiaire était déjà propriétaire[1236]. Tant d'opinions existent parce que l'article 2011 ne qualifie pas expressément le transfert effectué par la fiducie de transfert de propriété[1237]. Néanmoins, la volonté du législateur semble bien de donner un instrument comparable au *trust* tout en étant adapté au droit français[1238]. Or, dans le *trust*, le *trustee* est bien considéré comme un propriétaire[1239]. La particularité du système anglo-saxon est qu'il prend son origine dans la doctrine des tenures, ce qui a créé une propriété fragmentée[1240]. Le *trustee* bénéficie de la propriété légale et le *cestui* détient la propriété économique[1241].

Cette distinction a d'ailleurs été reprise par certains auteurs français qui ont estimé que les propriétés-garanties sont des « propriétés évidées de leur contenu économique »[1242] ou des « propriétés imparfaites » dissociant le titre du droit de propriété c'est-à-dire la qualité de propriétaire, et l'émolument du droit de propriété c'est-à-dire le pouvoir de retirer les utilités de la chose[1243]. Selon Gauthier BLANLUET le fiduciaire serait un propriétaire passif dont la propriété est réduite au titre[1244]. Cette théorie de la propriété économique est séduisante car elle correspond à une situation de fait, mais en tous cas pour la matière immobilière, le

---

[1235] LIBCHABER R., Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1ère partie), *Rép. Defrénois*, 30 août 2007, n°15, p. 1094, n°25 *in fine* ; BORGA N., Le fiduciaire responsable (exégèse de l'article 2026 du Code civil) ?, *RLDA* 2010, n°47, spéc. n°3 et n°27.

[1236] LIBCHABER R., Une fiducie française, inutile et incertaine…, *in* Mél. MALAURIE, Defrénois, 2005, p. 303 : il développe l'idée selon laquelle le fiduciaire aurait un droit réel sur la chose d'autrui, et le propriétaire serait le bénéficiaire. Et à l'opposé : DANOS F., La qualification des droits des différentes parties à une opération de fiducie, *in Mél*. MERLE, Dalloz, 2013, p. 137, spéc. n°13 : « la propriété fiduciaire est celle qui naît automatiquement affectée d'un droit réel sur la chose d'autrui, elle est par nature accompagnée d'un droit réel sur la chose d'autrui », et ce droit réel sur la chose d'autrui serait détenu par le bénéficiaire ; BERGER-TARARE C., th. préc., p. 316, n°570 « le bénéficiaire (…) est titulaire d'un j*us ad rem* (…) ».

[1237] Le législateur a tenté d'introduire un alinéa 2 à l'article 2011 du Code civil (article 16 de la loi du 17 septembre 2009 : « *Le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires, selon les stipulations du contrat de fiducie »),* mais le Conseil constitutionnel l'a censuré au motif qu'il s'agissait d'un cavalier législatif puisqu'il n'avait aucun lien avec le reste de la loi : décision n°2009-589 DC du 14 octobre 2009, cons. 3, J.O. du 20 octobre 2009, p. 17412. En réalité, il s'agissait de permettre à la fiducie de devenir le support de la finance islamique. V. Rapp. Sénat n°442, 27 mai 2009, art. 6 sexies B (nouveau), par Ph. MARINI ; Sur la finance islamique, V. BARRIERE F., Propriété, fiducie et sukuk, *JCP* E 2011, n°10, 1203.

[1238] Il s'agit du *trust express* par lequel le constituant, le *settlor*, transfère volontairement la propriété légale des biens, la *legal ownership*, au profit du bénéficiaire, le *cestui*, qui détient alors la propriété économique des biens cédés, la *beneficial ownership*. EMERICH Y., Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la *common law* : entre droit des contrats et droit des biens, *RIDC*, 1-2009.

[1239] IBARRA GARZA R., *La protection du patrimoine fiduciaire – trust fund(étude comparée droit français – droit anglais)*, th. Paris II, 2013, pp. 223 et s.

[1240] PAPANDREOU M.-F., *Le droit anglais des biens*, th. Strasbourg III, Avant-propos C. WITZ et Préf. G. SAMUEL, L.G.D.J., 2004, pp. 49 et s.

[1241] Sur les différences entre le trust et la fiducie, V. ADELLE J.-F., La fiducie-sûreté, facteur de compétitivité du droit du financement français, *in* Mél. JEANTET, Lexisnexis, 2010, p. 4 ; et FARHI S*., La fiducie-sûreté et le droit des entreprises en difficulté*, th. Nice, 2013, pp. 20-21, n°2. Et pour les incidences du trust en droit français, V. CONIL P.-A., Trust de droit anglo-saxon : guide pratique à l'usage du notaire, *JCP* N 2014, 1100.

[1242] BLANLUET G., Brèves réflexions sur la propriété économique, *Droit et patrimoine* 2001, n°91, p. 80.

[1243] RAVENNE S., *Les propriétés imparfaites – Contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, th. Paris-Dauphine, 2007, pp. 230 et s., nos297 et s., et p. 235, n°303.

[1244] BLANLUET G., th. préc., pp. 224-225.

législateur n'a pas souhaité une telle distinction. L'article 2488-1 du Code civil précise que « la propriété d'un bien immobilier peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie (…) ». De plus, le fiduciaire est titré, puisque la publication est obligatoire[1245], et le contrat de fiducie doit mentionner la valeur estimée de l'immeuble transféré dans le patrimoine fiduciaire[1246].

Le fiduciaire détient donc la propriété juridique[1247], la valeur garantie et l'usage du bien selon l'existence ou non d'une convention de mise à disposition. Par conséquent, il faut bien admettre que le constituant transfère la propriété des immeubles dans le patrimoine du fiduciaire[1248]. Le contenu de cette propriété dépendra de la volonté du constituant et du fiduciaire, laquelle sera indiquée dans le contrat de fiducie.

297. L'article 2011 semble conditionner la fiducie à la réalisation d'un but. Cela est confirmé par l'article 2029 du Code civil qui mentionne que la réalisation du but poursuivi, quand elle a lieu avant le terme, met fin au contrat de fiducie[1249]. En pratique, le but de la fiducie doit figurer dans le contrat de fiducie pour plus de clarté. Il pourra ainsi y être mentionné que le but de la fiducie sera soit l'exécution de son obligation par le constituant c'est-à-dire le paiement de ses créances, soit à l'issue du contrat, l'obligation du fiduciaire de transférer la propriété des biens au constituant, ou au créancier bénéficiaire, ou procéder à son aliénation dans les conditions du contrat de fiducie[1250]. Le paiement des créances est un événement incertain sinon, encore une fois, il n'y aurait pas besoin de protéger le créancier par un mécanisme de garantie[1251]. Par contre, l'obligation du fiduciaire de transférer la propriété est un événement certain : même s'il est le créancier, il devra effectuer un transfert du patrimoine fiduciaire à son patrimoine de créancier[1252].

[1245] Art. 2019 al. 2 C. civ.

[1246] Art. 2488-2 C. civ.

[1247] Il paye également la taxe foncière (art. 1400 CGI).

[1248] Il ne s'agit pas d'une vente car seule une valeur est mentionnée et non un prix. De plus, le bien n'est cédé qu'à titre de garantie et non avec l'intention d'aliéner. La personne publique qui préempterait ne peut se substituer au fiduciaire. Par conséquent, il semblerait qu'il ne faille pas purger un éventuel droit de préemption.

[1249] La survenance du terme est traitée dans le 2- La fin de la garantie par l'arrivée du terme du contrat, V. *infra* n°298. Les autres causes d'extinction prévues à l'alinéa 2 de l'article 2029 du Code civil (renonciation des bénéficiaires, liquidation judiciaire du fiduciaire ou sa cession ou son absorption, et s'il est avocat une interdiction temporaire, une radiation ou une omission du tableau), ne sont pas traitées car elles n'ont pas d'impact sur la nature de la propriété. Elles relèvent soit de la volonté des bénéficiaires, soit de l'incapacité du fiduciaire. Et quant au décès du constituant, l'article 2488-1 du Code civil indique qu'il ne met pas fin à une fiducie-sûreté dont l'objet est un bien immobilier.

[1250] Pour des modèles de contrats de fiducie, V. J-Cl. Notarial Formulaire, V° Fiducie, fasc. 45, 1er juin 2010.

[1251] *Cf. infra* n°293 sur la distinction entre le terme extinctif et le terme suspensif.

[1252] Sur la distinction entre ces deux évènements, l'un qualifiable de condition, l'autre de terme, V. FARHI S., th. préc., spéc. n° 117.

Dans les propriétés-garanties, le paiement correspond à la réalisation du but de l'opération, par conséquent, il déclenche la fin de la garantie, et le transfert de propriété. Toutefois, le paiement peut avoir lieu jusqu'au terme du contrat. Par conséquent, la propriété ne sera transférée qu'au terme du contrat.

2. Une propriété transférée au terme du contrat

298. Le transfert de propriété effectué au terme du contrat s'effectue différemment selon le type de propriété-garantie. En effet, ce transfert est conditionné par le paiement dans le cadre d'une clause de réserve de propriété ou par une option dans le cadre d'un crédit-bail[1253]. En revanche et en principe, à l'échéance d'une fiducie, il y aura toujours un transfert de propriété au profit du constituant ou du bénéficiaire, selon qu'il y a eu paiement ou non[1254].

299. Quoi qu'il en soit, toutes les propriétés-garanties sont limitées temporellement, par le contrat et/ou par la loi :
- la durée d'une clause de réserve de propriété est précisée dans le contrat. Elle est fixée par les parties, et la loi ne prévoit pas de limite temporelle. Dans un souci de sécurité juridique, il est toutefois judicieux de ne pas prévoir une durée trop longue ;
- la durée du crédit-bail immobilier est également indiquée dans le contrat par les parties[1255], à peine de nullité[1256]. Il n'y a pas de durée maximum prévue par la loi, elle est donc déterminée en fonction des avantages comptables et/ou fiscaux ; en général elle sera de quinze à vingt ans. L'option doit ainsi être effectuée au plus tard au terme du contrat ;
- enfin, la durée d'une fiducie doit figurer dans le contrat à peine de nullité, et elle est limitée à quatre-vingt dix-neuf ans à compter de la signature du contrat[1257]. Lorsque la fiducie prend fin par la survenance du terme du contrat, l'absence de paiement est probable. Dans ce cas, le but de la fiducie se réalisera par le transfert de propriété au profit du bénéficiaire[1258]. Mais il se peut également que le terme du contrat coïncide avec le paiement.

[1253] L'absence de paiement ou d'option sera étudiée dans le §2, *infra* n[os]311 et s.
[1254] Sauf si le contrat de fiducie est renouvelé, conformément aux dispositions de l'article 2488-5 du Code civil.
[1255] Com. 8 décembre 1987, n°85-16.970 : *Bull. civ.* IV, n°265.
[1256] Répertoire Dalloz de droit commercial, V° « Crédit-bail immobilier », par DURANTON G., janvier 2012, n°75.
[1257] Art. 2018 2° C. civ.
[1258] Sur le transfert de propriété en cas de défaillance du constituant : *cf. infra* n[os]312 et s.

300. Ce caractère temporaire pose problème à de nombreux auteurs qui estiment alors qu'il ne peut s'agir d'une propriété classique, dont un des critères est la perpétuité[1259]. Pourtant, cette limitation temporelle n'est que la conséquence de la volonté du propriétaire originaire qui exerce ainsi pleinement ses prérogatives[1260]. Il a souhaité utiliser son droit de propriété non pour sa matérialité, mais pour sa valeur, quitte à en perdre l'usage dans une clause de réserve de propriété, voire son droit de propriété dans une fiducie ou un crédit-bail. De plus, même si la propriété-garantie est limitée temporellement, cela ne signifie pas qu'elle soit prescriptible[1261]. Selon une conception objective, la propriété dure autant que le bien qui en est l'objet[1262]. Cette conception s'adapte à la fonction de garantie du droit de propriété. En effet, il est tout à fait possible d'affirmer que la propriété-garantie dure autant que la garantie qui en est l'objet. Les propriétés concédées à titre de garantie ne sont pas destinées à durer autant que leurs propriétaires, mais pour le temps de leur objet : la garantie de paiement.
Enfin, la durée limitée des propriétés-garanties ne porte pas atteinte à la nature du droit de propriété[1263]. Les propriétés-garanties créent seulement une alternance de propriétaires, et le propriétaire *in fine* disposera bien d'une propriété perpétuelle conforme à l'article 544 du Code civil.

301. Le caractère temporaire de la propriété-garantie provoque une situation particulière lors du paiement à l'échéance du contrat. En effet, le propriétaire intermédiaire va devoir transférer la propriété au débiteur qui s'est acquitté de sa dette. Ce transfert de propriété est de droit, mais il est soumis à la réalisation de certaines formalités qui tiennent compte de la nature immobilière du bien transféré.

[1259] La plupart des auteurs ont étudié ce caractère temporaire à la lumière de la fiducie-sûreté, V. par exemple : BOUTEILLE M., La propriété du fiduciaire : une modalité externe de la propriété, *RLDC* 2010, 74 ; MALLET-BRICOUT B., Fiducie et propriété, *in* Mél. LARROUMET, Economica, 2009, p. 306 et s. ; LIBCHABER R., Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1ère partie), *Rép. Defrénois*, 30 août 2007, n°15, p. 1094, n°20 ; RAVENNE S., th. préc., pp. 125 et s., nos156 et s. : il qualifie la propriété fiduciaire de « propriété éphémère ». Pour lui, elle porte atteinte à l'absolutisme et à la perpétuité du droit de propriété. *Contra* : DROSS W., Le transfert de propriété en droit français, *RDC* 2013, p. 1694, n°14. William DROSS estime que la propriété que reçoit le fiduciaire est la propriété absolue du Code civil. L'aspect temporel de la propriété fiduciaire n'est que la conséquence de son intégration dans le patrimoine fiduciaire et donc au terme de la fiducie ce n'est pas la propriété qui disparaît mais le patrimoine fiduciaire.
D'autres auteurs se basent sur ce caractère temporaire pour élaborer d'autres théories : DANOS F., préc., p. 144, au sujet de la fiducie : pour lui le droit du fiduciaire serait un droit réel finalisé sur la chose d'autrui, ce qui permettrait de justifier le caractère temporaire de son droit.
[1260] CROCQ P., *op. cit*., p. 91, n°13.
[1261] BOUTEILLE M., préc. ; IBARRA GARZA R., th. préc., p. 210, n°485.
[1262] POURQUIER C., *Propriété et perpétuité, Essai sur la durée du droit de propriété*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Laboratoire de Théorie juridique, Aix-en-Provence, 2000 ; BOUTEILLE M., préc.
[1263] Il s'agit de la liberté contractuelle du propriétaire. Ce mouvement va dans le même sens que celui qui concerne les démembrements : *cf. supra* nos242 et s.

D'une part, en matière de clause de réserve de propriété, le paiement devra être constaté par acte notarié afin de permettre la publication, et l'acquéreur sera taxé au droit commun de la vente[1264]. Par contre, lors du dénouement de la fiducie par le paiement au terme du contrat, un acte notarié devra constater le retour des biens immobiliers au sein du patrimoine du constituant, mais le principe de neutralité fiscale de la fiducie évite une deuxième taxation et exonère cette mutation de toute taxe de publicité foncière[1265].

D'autre part, en matière de crédit-bail, pour lever l'option, le crédit-preneur doit d'abord signifier au crédit-bailleur son intention d'acheter le bien, par lettre recommandée avec accusé de réception. De plus, si un délai de préavis est inséré dans le contrat, il devra le respecter. En principe, quand le contrat arrive à expiration, le délai de préavis pour exercer l'option est de trois mois, mais il est apprécié de façon plus souple que le délai de préavis pour une option anticipée[1266]. Enfin, le transfert de propriété doit respecter les conditions de la vente de droit commun et notamment l'établissement d'un acte authentique qui assurera la publication au Service de la publicité foncière compétent, au taux de droit commun.

De par son caractère temporaire, la propriété-garantie fait naître des propriétaires alternatifs : d'abord, le propriétaire originaire, ensuite le propriétaire intermédiaire et enfin le propriétaire *in fine*. Le propriétaire intermédiaire dispose de la propriété-garantie mais est soumis à de nombreuses obligations. C'est pour cette raison qu'il est aussi possible de qualifier la propriété-garantie de propriété avec charge.

B. Une propriété avec charge

302. Dans un rapport rendu au Sénat, Philippe MARINI a estimé que la propriété fiduciaire est « une propriété d'un nouveau type, une propriété avec charge »[1267]. En réalité, les propriétés-garanties sont des propriétés avec charge, mais elles ne sont pas d'un nouveau type. En effet, les libéralités graduelles et résiduelles, et avant elles, les substitutions

[1264] Afin de payer les droits de mutation lors du paiement, la clause de réserve de propriété incluse dans l'acte de vente conditionnera la formation de la vente au paiement du prix. Depuis le 1er mars 2014, les droits de mutations à titre onéreux peuvent varier entre 5,09% et 5,80% (chiffres arrondis). L'article 77 de la loi n°2013-1278 du 29 décembre 2013 *de finances pour 2014* permet aux conseils départementaux de relever le taux de la taxe de publicité foncière et du droit d'enregistrement prévu à l'article 1594 D du Code général des impôts au delà de 3,80% et dans la limite de 4,50% pour les actes passés et les conventions conclues entre le 1er mars 2014 et le 29 février 2016. Et pour les actes et conventions conclus à compter du 1er mars 2016 le taux applicable sera celui qui aura été voté par les conseils départementaux au plus tard le 31 janvier 2016.

[1265] HINFRAY A. et MIAILHE V., La fiducie et son régime fiscal, *Gaz. Pal.*, 17 juin 2014, n°168, p. 13. Le retour des biens dans le patrimoine du constituant ne constitue pas un fait générateur de l'impôt.

[1266] Sur ce sujet : JurisClasseur Construction-Urbanisme, V° « Crédit-bail immobilier – Un contrat *sui generis* », par COHAN A., 3 décembre 2012, spéc. n°78.

[1267] V. Rapp. Sénat n°442, 27 mai 2009, art. 6 sexies B (nouveau), par Ph. MARINI.

fidéicommissaires, visent à transférer le droit de propriété au donataire, lequel est chargé de conserver et transmettre ou simplement de transmettre le bien qui lui a été donné[1268]. La seule différence entre la propriété-garantie et les libéralités substitutives tient au fait que le donataire est propriétaire pour lui-même et pour sa vie. Mais cette différence provient du fait générateur de l'appropriation. Pour les libéralités substitutives, le fait générateur est une intention libérale, alors que pour les propriétés-garanties, il s'agit d'une garantie de paiement. Il n'en demeure par moins que le propriétaire intermédiaire, qu'il soit donataire, créancier ou fiduciaire a des obligations personnelles en fonction de sa mission (1), et que sa liberté est variable, surtout face à celle du propriétaire originaire (2).

1. Les obligations personnelles du propriétaire intermédiaire

303. Quel que soit le type de propriété-garantie, soit le propriétaire intermédiaire est le créancier, soit il est missionné par le créancier, dans le but de garantir le paiement du débiteur. Lorsque le propriétaire originaire cède sa propriété au propriétaire intermédiaire, le montage est nécessairement teinté d'*intuitu personae* étant donné que le débiteur souhaite retrouver sa propriété au terme du contrat. Les parties peuvent donc contractuellement prévoir des limitations aux prérogatives du propriétaire intermédiaire. Notamment au sujet de la propriété fiduciaire, cette particularité a fait l'objet de nombreuses qualifications, notamment celles de propriété obligée[1269], propriété asservie[1270], propriété grevée[1271] et propriété finalisée[1272].

Lorsque le vendeur retient la propriété à titre de garantie, l'esprit est inversé puisque c'est l'acquéreur qui a vocation à être le propriétaire *in fine*. Néanmoins, même si le vendeur retient la propriété, il existe entre le vendeur et le débiteur des droits de créance croisés, quant au paiement et quant au transfert de la propriété en cas de paiement. Ainsi, le propriétaire intermédiaire est un propriétaire qui doit respecter des obligations nées du contrat donnant naissance à la propriété-garantie.

[1268] *Cf. infra* n^{os}341 et s.
[1269] KUHN C., La mission du fiduciaire, *Lamy Droit et Patrimoine* 2008, n°171, p. 52.
[1270] MALLET-BRICOUT B., Le fiduciaire propriétaire ?, *JCP* E 2010, n°8, 11, spéc. n°10.
[1271] DANOS F., La qualification des droits des différentes parties à une opération de fiducie, *in Mél*. MERLE, Dalloz, 2013, p. 137, spéc. p. 147.
[1272] LIBCHABER R., Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1ère partie), *Rép. Defrénois*, 30 août 2007, n°15, p. 1094, spéc. n°20.

304. Il est possible de trouver une origine complémentaire aux obligations mises à la charge du propriétaire intermédiaire concernant la fiducie-sûreté et la clause de réserve de propriété, depuis que le législateur les a qualifiées de sûretés. En effet, la notion de sûreté accompagne logiquement celle d'accessoire, puisqu'à l'exception de la garantie autonome, les sûretés sont en principe les accessoires d'une créance principale[1273]. La qualité d'accessoire d'une créance semble étonnante pour désigner la propriété, mais la conséquence positive d'une telle désignation consiste en la création d'obligations personnelles à la charge du propriétaire intermédiaire, et non d'un droit réel accessoire au profit du créancier[1274], ni d'un démembrement entre une propriété juridique et une propriété économique[1275]. Par sa fonction de garantie, le droit de propriété originaire subit une dématérialisation, puisqu'il est utilisé en tant qu'accessoire d'une créance, pour sa valeur économique et son efficacité juridique. Il ne peut en même temps faire l'objet d'un démembrement au risque de se fragmenter à des strates différentes, à l'instar du système anglo-saxon.

305. Au contraire, la propriété du crédit-bailleur n'est pas considérée comme l'accessoire d'une créance. En effet, même s'il pouvait être tentant d'estimer que sa fonction économique permettait de lui donner la nature juridique d'une sûreté[1276], il faut bien reconnaître que le crédit-bail n'a pas été qualifié de sûreté par le législateur[1277]. L'objectif du crédit-bail est d'assurer un financement, ce qui implique l'existence d'une créance et donc que le crédit-bailleur détient un droit de créance sur le débiteur. Mais en vertu de la promesse unilatérale de vente, avant la levée d'option par le débiteur, le crédit-bailleur a une obligation de faire[1278].

Ainsi au sein d'un contrat de crédit-bail immobilier, les obligations du crédit-bailleur sont *intuitu personae* et contractuelles car elles résultent à la fois du contrat de crédit-bail et de la promesse unilatérale. D'ailleurs, souvent une clause exonère le crédit-bailleur de toutes ses obligations personnelles, notamment l'obligation d'entretien, mais également en tant que vendeur, l'obligation de garantie et l'obligation de délivrance.

[1273] Art. 2321 C. civ.

[1274] *Contra* : DANOS F., préc. Dans ce sens, la Cour de cassation a affirmé récemment l'autonomie de la propriété réservée par rapport à la créance qu'elle devait garantir. Même si la créance est éteinte, la Cour considère qu'il n'y a pas eu de transfert de propriété et que le vendeur reste le propriétaire : Civ. 2e, 27 février 2014, n°13-10.891 : *Bull. civ.* II, n°59.

[1275] *Contra* : BLANLUET G., th. préc.

[1276] MOULY C., Procédures collectives : assainir le régime des sûretés, in *Mél*. ROBLOT, L.G.D.J., 1984, p. 555, n°37.

[1277] L'art. 2373 al. 2 C. civ. admet reconnaît uniquement le principe du crédit-bail immobilier, c'est-à-dire que « la propriété de l'immeuble peut (…) être (…) cédée en garantie », sans nommer expressément le crédit-bail.

[1278] Civ. 3e, 15 décembre 1993, n°91-10.199 : *Bull. civ*. III, n°174.

306. Il est possible d'opérer une distinction entre les obligations personnelles qui découlent de la propriété-garantie et celles qui proviennent du droit de la vente.

Les premières vont varier selon que le propriétaire intermédiaire détient l'usage du bien ou non. Par exemple, le vendeur réservataire n'a plus l'usage du bien, il n'aura donc que des obligations de ne pas faire[1279] : ne pas déranger la jouissance de l'acquéreur[1280] et ne pas disposer du bien[1281]. Dans le cadre d'une fiducie-sûreté, s'il existe une convention de mise à disposition, le fiduciaire aura l'obligation de gérer le bien *a minima*, c'est-à-dire conserver l'assiette de la sûreté[1282]. Par contre, le fiduciaire qui détient l'usage du bien aura une obligation de conservation. Le contrat de fiducie doit obligatoirement mentionner l'étendue des pouvoirs d'administration et de disposition du fiduciaire[1283]. Celui-ci pourra même avoir l'obligation de gérer le patrimoine fiduciaire si une fiducie-gestion est liée à une fiducie-sûreté. Enfin, le fiduciaire doit rendre compte de sa mission selon une périodicité fixée par le contrat[1284] et pourra engager sa responsabilité en cas de défaillance[1285].

Les secondes correspondent aux obligations mises à la charge d'un vendeur par le Code civil : l'obligation de délivrance et l'obligation de garantie[1286]. Notamment le vendeur réservataire doit respecter l'obligation de garantie de son fait personnel, et par conséquent il ne doit pas revendre son bien[1287].

307. En plus de ses obligations personnelles, le fiduciaire a des devoirs envers le bénéficiaire : le devoir de loyauté et le devoir de diligence[1288]. Pour Célia BERGER-TARRARE, ces devoirs fiduciaires correspondraient à la notion anglo-américaine des *fiduciary duties* qui forment une norme comportementale visant à éviter les conflits d'intérêts, et seraient la résurrection de l'*uberrima fides*[1289] du droit romain[1290]. Pourtant, en droit positif

[1279] PÉROCHON F., th. préc., pp. 90-91, n[os]102-103.
[1280] L'acquéreur aura d'ailleurs l'obligation de conserver le bien.
[1281] *Cf. infra* n°303 sur la liberté du propriétaire intermédiaire.
[1282] BERGER-TARRARE C., th. préc., p. 335, n°613. Toutefois, Célia BERGER-TARRARE estime que l'obligation de conserver le patrimoine fiduciaire est accessoire à l'obligation de donner. Elle fonde son raisonnement sur les articles 1136 et 1137 du Code civil.
[1283] Art. 2018 6° C. civ.
[1284] Art. 2022 C. civ.
[1285] Art. 2026 C. civ. Sur ce point : BERGER-TARRARE C., *Le fiduciaire défaillant, Regards croisés en droit des biens et droit des obligations*, th. Lyon III, 2013.
[1286] Art. 1603 C. civ.
[1287] Civ. 3[e], 29 avril 1981, n°79-16649 : *Bull. civ*. III, n°88.
[1288] BARRIERE F., th. préc., pp. 449 et s., n[os]565 et s. François BARRIERE préfère la notion de devoir d'attention à celle de devoir de loyauté.
[1289] *i. e.* : « la plus absolue bonne foi ».
[1290] BERGER-TARRARE C., th. préc., pp. 350 et s., n°645 et s. *Contra* : IBARRA-GARZA R., *op. cit*., pp. 58-59, n°47. Sur la conception de R. IBARRA-GARZA, V., th. préc., pp. 61 et s. (sur le devoir de loyauté), et pp. 127 et s. (sur le devoir de diligence).

l'article 1134 alinéa 3 du Code civil prévoit bien que toutes les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Et l'obligation de loyauté semble admise comme son corollaire par la jurisprudence[1291]. Or, l'appréhension des obligations personnelles du fiduciaire est renforcée car originairement la fiducie repose sur une relation de confiance. Le contrat de fiducie mentionne bien que le fiduciaire est missionné par le bénéficiaire. Il est donc opportun de sanctionner la trahison d'un fiduciaire déloyal ou négligent[1292].

Ainsi, des obligations personnelles sont mises à la charge du propriétaire intermédiaire, et elles sont renforcées sous la forme de devoirs dans le cadre d'une fiducie. Cela rend la propriété peu orthodoxe vis-à-vis de celle de l'article 544 du Code civil, d'autant plus qu'elle semble remettre en cause la liberté du propriétaire intermédiaire.

2. La liberté du propriétaire intermédiaire *versus* la liberté du propriétaire originaire

308. La liberté du propriétaire intermédiaire semble entravée au niveau de son droit de disposer à cause de restrictions issues du droit de la vente. Dans une clause de réserve de propriété, si le réservataire vend à un deuxième acquéreur, il manque à son obligation de garantie[1293], sauf s'il cède en même temps sa créance portant sur le prix de vente[1294]. L'*intuitus personae* du crédit-bail induit également une restriction de principe au droit de disposer puisque l'objectif du crédit-preneur est le plus souvent de récupérer la propriété de son bien. De surcroît, le crédit-bailleur est en même temps un promettant au sein d'une promesse unilatérale de vente. S'il vend le bien avant la levée d'option du bénéficiaire, il viole une obligation de faire[1295] et devra des dommages et intérêts[1296], sauf si une clause prévoyant l'exécution forcée a été prévue dans la promesse[1297].

[1291] Depuis les arrêts *Huard* (Com. 3 novembre 1992, n°90-18547 : *Bull. civ.* IV, n°338) et *Chevassus-Marche* (Com. 24 novembre 1998, n°96-18357 : *Bull. civ.* IV, n°277).
[1292] Sur les sanctions : BARRIERE F., th. préc., pp. 446 et s., n^{os}561 et s. (manquement au devoir de loyauté : nullité de l'opération) et p. 453, n°570 (manquement au devoir d'attention : responsabilité pour faute).
[1293] *Cf. supra* n°304.
[1294] En raison de son caractère accessoire, la clause de réserve de propriété est transmissible.
[1295] Civ. 3^{e}, 15 décembre 1993, n°91-10.199 : *Bull. civ*. III, n°174.
[1296] Civ. 3^{e}, 28 octobre 2003, n°02-14.459.
[1297] Civ. 3^{e}, 27 mars 2008, n° 07-11.721. Toutefois, il convient de noter que les alinéas 2 et 3 de l'article 1124 du projet de réforme du droit des contrats prévoient une solution différente : al. 2 : « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ». Al. 3 : « le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul ».

309. Dans une fiducie-sûreté, la libre disposition du bien semble davantage à géométrie variable car elle peut dépendre de la volonté des parties.

En principe, l'article 2488-3 du Code civil conditionne la libre disposition de l'immeuble au défaut de paiement de la dette garantie. Cela signifie donc *a contrario* qu'avant toute défaillance, le fiduciaire n'a pas la libre disposition du bien[1298]. Or, l'article 2018 6° du Code civil précise que le contrat de fiducie doit mentionner à peine de nullité l'étendue des pouvoirs de disposition du fiduciaire. Si le fiduciaire avait un pouvoir de disposition sans aucune limitation, il pourrait aliéner le bien, mais cela viendrait à l'encontre de l'esprit de la fiducie, puisque lors de la réalisation du but ou lors du terme du contrat, le fiduciaire aura l'obligation de transférer la propriété.

Ainsi, dans chaque contrat de fiducie il est possible de prévoir une étendue différente du pouvoir de disposition du fiduciaire, qui sera adaptée à la volonté des parties. Les clauses présentes dans ces contrats devraient s'apparenter aux clauses d'inaliénabilité comprises fréquemment dans les donations ou les testaments[1299]. Par conséquent, elles devraient leur emprunter leurs conditions de validité[1300]. Elles devront donc être temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime[1301]. Une telle clause rend le bien insaisissable[1302], ce qui semble plutôt avantageux pour le bénéficiaire, mais crée une situation statique sur le bien[1303].

Par conséquent, une clause d'inaliénabilité est recommandée en matière de fiducie-sûreté afin de sécuriser l'assiette de la fiducie, mais elle doit impérativement être encadrée et limitée à certains actes de disposition[1304]. Pour certains auteurs, il faudrait plutôt parler d'une inaliénabilité partielle[1305].

310. Dans le cadre des propriétés-garanties, et particulièrement dans la fiducie-sûreté, ces limitations au droit de disposer imposées au propriétaire intermédiaire ont été critiquées.

[1298] MALLET-BRICOUT B., Fiducie et propriété, *in* Mél. LARROUMET, Economica, 2009, p. 297, spéc. p. 304.

[1299] Art. 900-1 C. civ. D'autant plus qu'il ressort d'une jurisprudence qu'une telle clause peut être stipulée dans un acte à titre onéreux : Civ. 1re, 31 octobre 2007, n°05-14.238 : *Bull. civ*. I, n°337. Sur les clauses d'inaliénabilité, *cf. infra* nos623 et s.

[1300] Le non respect de ces conditions sera donc sanctionné par la nullité de l'acte de disposition.

[1301] Ces deux conditions semblent remplies puisque la propriété fiduciaire est temporaire par nature, et que l'objectif de garantie impose une sécurisation de l'assiette de la sûreté. V. FARHI S., th. préc., pp. 104 et s., nos115 et s.

[1302] Civ. 1re, 15 juin 1994, n°92-12.139 : *Bull. civ*. I., n°211.

[1303] BARRIERE F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, th. Paris II, Préf. M. GRIMALDI, Litec, 2004, p. 495, n°645.

[1304] L'idée est de conserver l'assiette de la fiducie sans paralyser le bien. Ainsi, le constituant qui aurait la disposition du bien grâce à une convention de mise à disposition pourrait demander à signer un bail commercial avec le fiduciaire. De même, le fiduciaire devrait pouvoir utiliser les revenus du bien fiducié pour son entretien. V. FARHI S., th. préc., p. 106, n°116.

[1305] CROCQ P., th. préc., p. 171, n°213 ; FARHI S., th. préc., p. 104, n°115.

Plus qu'une limitation au droit de propriété, ces restrictions porteraient atteinte à la liberté du propriétaire[1306]. En réalité, il s'agit de limitations affectant l'exercice du droit de propriété qui font la part belle à la liberté contractuelle[1307]. De plus, si la propriété du propriétaire intermédiaire est limitée, c'est pour que celle du propriétaire originaire ait un champ d'action encore plus large. Le propriétaire originaire dématérialise son bien immobilier en utilisant sa valeur économique et sa valeur juridique.

À ce stade, l'acquisition de la propriété n'est plus une fin, mais un moyen de réaliser une opération[1308]. Avec la fonction de garantie, le droit de propriété est instrumentalisé, mais cela lui donne en même temps plus de potentialités[1309]. Le propriétaire originaire effectue son opération financière, et le créancier est spécialement bien garanti. L'exclusivité conférée par le droit de propriété rend la propriété-garantie particulièrement efficace.

§2. L'efficacité de la propriété-garantie : une propriété exclusive

311. Les sûretés réelles classiques[1310] ou traditionnelles[1311] portant sur un immeuble, tels que les hypothèques, les gages immobiliers et les privilèges, reposent sur la technique du droit de préférence qui établit un classement entre les créanciers qui sont en concours. À l'opposé, l'idée des propriétés-garanties est de soustraire le créancier de tous concours en se fondant sur son droit de propriété. Le droit de propriété dans sa fonction de garantie ne perd pas son caractère exclusif. Au contraire, ce caractère exclusif se renforce puisqu'il permet d'esquisser une *summa divisio* des sûretés réelles entre les sûretés préférentielles et les sûretés exclusives[1312]. Dans ce sens, la jurisprudence a indiqué qu'une clause de réserve de propriété ne confère pas à son bénéficiaire de droit de préférence[1313]. De plus, cette situation

[1306] KUHN C., La mission du fiduciaire, *Lamy Droit et Patrimoine* 2008, n°171, p. 52 : « le fiduciaire n'est pas libre » ; MALLET-BRICOUT B., Le fiduciaire propriétaire ?, *JCP* E 2010, n°8, 1191, n°10 : « le fiduciaire, tel qu'envisagé dans le Code civil, n'est pas un propriétaire libre ».
[1307] BARRIERE F., *op. cit*., p. 314, n°398.
[1308] Dans ce sens : LAJARTE (de) C ., La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie, *Lamy Droit civil* 2009, n°60, p. 71, spéc. n°7 ; LEGEAIS D., *Sûretés et garanties du crédit*, L.G.D.J., Coll. Manuel, Paris, 9e éd., 2013, p. 452, n°738
[1309] BARRIERE F., th. préc., p. 325, n°412, dans ce sens, à propos de la propriété fiduciaire : « La propriété-fiduciaire est une propriété instrumentalisée, étant une technique permettant la réalisation d'un certain but (l'affectation). Grâce à la finalisation du droit, la maximisation des utilités individuelles et sociales pourra être atteinte. En permettant aux degrés les plus variés de modalités du droit de propriété d'exister, une adéquation entre la fin recherchée par les sujets de droit et la règle de droit peut être obtenue ».
[1310] PÉROCHON F., Les sûretés immobilières classiques dans les procédures collectives, *LPA* du 11 février 2011, n°30, p. 49.
[1311] CROCQ P., th. préc., p. 252.
[1312] BOUGEROL L., Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre *summa divisio* ?, *RD banc. fin*. n°5, septembre 2014, dossier 36.
[1313] Com. 15 oct. 2013, n° 12-14.944 et n°13-10.463 : *Bull. civ.* IV, n°153.

d'exclusivité se diversifie[1314]. Alors qu'au départ elle n'était qu'une parade face à la défaillance du débiteur (A), avec l'arrivée de la fiducie, elle est devenue indirecte et a pour effet d'escamoter la propriété (B).

A. L'exclusivité directe : la parade face à la défaillance du débiteur

312. Lors d'une vente contenant une clause de réserve de propriété, ou dans un crédit-bail, le propriétaire est en principe le créancier[1315]. Et lorsque le débiteur payera le prix de vente, ce dernier redeviendra de plein droit propriétaire. Ce mécanisme est rassurant pour le créancier puisqu'il ne se dépossède pas tant qu'il n'a pas reçu le prix. Pour autant, il a le plus souvent perdu l'usage du bien par l'intermédiaire d'une convention d'occupation précaire ou d'un bail. Ainsi, en cas de défaillance du débiteur, le créancier même propriétaire doit récupérer l'usage du bien et mettre fin à la vente ou à l'opération financière. En tant que propriétaire foncier, il bénéficie d'une exclusivité directe. La restitution du bien devrait lui être facilitée (1), et il va être exempté de la discipline collective (2).

1. La facilitation de la restitution du bien

313. Pour les immeubles, la formalité de publicité est régie par le décret du 4 janvier 1955[1316]. Le crédit-bail immobilier est soumis aux articles 28 et 37 de ce décret ainsi que le prévoit l'article R.313-12 du Code monétaire et financier. Or, l'article 28 vise les actes soumis à une publicité obligatoire, et l'article 37 vise les actes soumis à une publicité facultative[1317]. Certains ont estimé que cela voulait dire qu'il fallait publier obligatoirement le crédit-bail parce qu'il s'agissait soit d'un bail d'une durée excédant douze ans, soit d'une restriction au droit de disposer[1318]. Il est vrai, ainsi que l'explique Pierre CROCQ, qu'aucun de ces deux critères n'est convaincant[1319], puisque la volonté du législateur était de rendre la publicité obligatoire afin de protéger les ayants cause du preneur, alors que dans les cas ci-dessus, la publicité protège les ayants cause du bailleur[1320]. Cependant la publicité du crédit-

[1314] À propos de l'expression « situation d'exclusivité », V. CROCQ P., th. préc., p. 252, note 6.
[1315] Sauf cas de subrogation. Mais même dans ce cas le subrogé aura les mêmes droits que le créancier initial.
[1316] Décret n°55-22 du 4 janvier 1955 *portant réforme de la publicité foncière*, J.O. du 7 janvier 1955 p. 346.
[1317] La promesse de vente est soumise à la publicité facultative de l'article 37.
[1318] CROCQ P., th. préc., p. 296, n°340 ; DURANTON G., Répertoire Dalloz de droit commercial, V° « Crédit-bail immobilier », n°95.
[1319] CROCQ P., th. préc., p. 297, n°340.
[1320] CE 29 mars 1985, *SA Locafrance*, n°45539: *JCP* II, 1986, 20608, note E. M. Bey : « (…) en imposant sous peine "d'inopposabilité aux tiers" l'obligation de publicité (….), le législateur a entendu protéger les tiers contre

bail immobilier semble bien obligatoire, car même si en pratique il est souvent attendu la levée d'option pour publier le crédit-bail, la responsabilité du notaire qui ne publie pas le crédit-bail dans les trois mois de sa date pourrait être engagée[1321].

En ce qui concerne la clause de réserve de propriété en matière immobilière, aucun texte ne renvoie au décret de 1955. De la même manière que pour le crédit-bail, il est possible d'y voir une restriction au droit de disposer du vendeur réservataire[1322]. Mais en pratique, étant donné qu'aucun texte ne renvoie au décret de 1955 afin de publier la clause de réserve de propriété, cette dernière est souvent occulte. Néanmoins, une telle situation ne peut être tolérée que pour une très courte période. En effet, si les parties ont convenu de suspendre la formation de la vente au paiement du prix, le vendeur, resté propriétaire, pourrait profiter de cette situation pour vendre le bien une deuxième fois.

314. La publicité foncière rend l'acte opposable aux tiers de l'article 30 du décret de 1955 c'est-à-dire ceux qui « sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés, ou ont fait inscrire des privilèges ou des hypothèques »[1323]. La notion de tiers au sens de la publicité foncière est donc plus restrictive que celle du droit commun des obligations[1324]. Elle ne vise pas les créanciers bénéficiant d'une sûreté personnelle, ni les créanciers chirographaires.

Par conséquent, ce n'est pas la publicité foncière qui rend ces propriétés-garanties opposables à la procédure collective[1325]. La jurisprudence a confirmé cette hypothèse à propos du crédit-bail immobilier, en indiquant qu'il est opposable aux créanciers de la procédure collective du crédit-preneur dès lors que la créance a été déclarée, en l'absence de publicité[1326]. Pour la clause de réserve de propriété dans le domaine immobilier rien n'a été spécifié ni dans le Code civil, ni dans le Code de commerce contrairement aux vœux de la commission

---

l'incertitude pouvant exister au sujet de la propriété des biens livrés au locataire en vertu d'un contrat de crédit-bail (…) ».

[1321] Articles 32 et 33 du décret du 4 janvier 1955.

[1322] Dans ce sens : DUPICHOT P., Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés, *Lamy Droit civil* 2006, n°29, p. 17.

[1323] La sanction du défaut de publicité est l'inopposabilité aux tiers au sens de la publicité foncière, ainsi que le prévoit l'article R.313-13 du Code monétaire et financier à propos du crédit-bail immobilier.

[1324] Dans le droit commun des obligations, et notamment l'article 1165 du Code civil, un tiers est quelqu'un qui ne fait pas partie du contrat.

[1325] Sur le développement de l'opposabilité sans formalité V. CROCQ P., Dix ans après : l'évolution récente des propriétés-garanties, *in* Mél. GOBERT, Economica, 2004, p. 347, spéc. pp. 349 et s., n^{os}6 et s.

[1326] Com. 15 mai 2001, n°98-14.965 : *Bull. civ*. IV, n°98.

Grimaldi[1327]. Mais en matière mobilière, l'article 2368 du Code civil impose uniquement un écrit et l'article L.624-16 du Code de commerce précise que la clause doit être contenue dans un écrit au plus tard au moment de la livraison. En dehors de la spécificité de la matière mobilière[1328], la jurisprudence a pu décider que « l'opposabilité de la clause aux tiers n'est pas subordonnée à une formalité de publicité »[1329].

315. La publicité foncière n'établit pas davantage une preuve préconstituée et inattaquable du droit de propriété, pour la simple raison qu'en droit français il n'existe pas de preuve parfaite du droit de propriété[1330]. Toutefois, avec la création du fichier immobilier en 1955, son automatisation en 2001 avec Fidji[1331], les télétransmissions et les actes authentiques électroniques, les revendications immobilières ont été considérablement réduites. En outre, dans le cadre d'une réserve de propriété ou d'un crédit-bail, la détention du bien est en principe encadrée par un bail ou une convention d'occupation précaire. Enfin, la jurisprudence a récemment indiqué que « le défaut de publicité avait pour seul effet d'empêcher le crédit-bailleur de se prévaloir envers les créanciers ou ayants cause à titre onéreux du crédit-preneur de son droit de propriété sur la chose louée »[1332]. *A contrario*, la publicité ferait donc la preuve du droit de propriété. Il ne serait donc pas nécessaire de prouver le droit de propriété, c'est-à-dire d'exercer une action en revendication.

Pour ces raisons, il serait opportun de reconnaître qu'en matière immobilière, pour ces opérations, les propriétaires sont dispensés de toutes obligations de revendication lorsque leur titre a été régulièrement publié[1333]. Étant donné qu'ils sont avertis personnellement par le

[1327] Cela s'expliquerait par le fait qu'en matière immobilière la clause de réserve de propriété est peu utilisée. Dans ce sens : VOINOT D., *in*, Répertoire Dalloz de droit commercial, V°« Réserve de propriété», n°26 ; et CROCQ P., La réserve de propriété, *RD banc. fin*. n°3, mai 2006, dossier 12, n°2.

[1328] Notamment la référence à l'ancien article 2279 devenu l'article 2276 du Code civil.

[1329] Com. 11 mai 1993, n°90-21.903 : *Bull. civ.* IV, n°184.

[1330] Répertoire Dalloz de droit commercial, V° « Revendication», par DJOUDI J., avril 2015, n°32 et 33.

[1331] Arrêté du 28 décembre 2001 *relatif à la gestion automatisée de la documentation civile des conservateurs des hypothèques,* J.O. du 8 janvier 2002 p. 472, texte n° 12

[1332] Com. 29 avril 2014, n°13-12.528 : *Bull. civ.* IV, n°73 (à propos d'un crédit-bail mobilier).

[1333] Dans ce sens : HOUIN-BRESSAND C., Fiducie-sûreté, clause de réserve de propriété, crédit-bail : quelle protection pour le banquier propriétaire ?, *RD banc. fin*. n°2, mars 2010, dossier 12, n°6 ; LAROCHE M., *Revendication et propriété – Du droit des procédures collectives au droit des biens*, th. Paris II, Préf. Ph. THERY, Defrénois, 2007, p. 74, n°111 : « La revendication des immeubles est ainsi écartée lorsqu'une procédure collective est ouverte, ce en raison de la connaissance suffisante du droit de propriété immobilière par le biais de la publicité foncière ». *Contra* : JACQUEMONT A., *Droit des entreprises en difficulté*, Lexisnexis, Coll. Manuel, Paris, 8e éd., 2013, p. 384, n°656 : « les propriétaires d'immeubles ne sont pas non plus concernés par cette réglementation et la clause de réserve de propriété qui affecterait une telle vente serait régie par le seul droit commun (…) ». PÉROCHON F., *Entreprises en difficulté*, LGDJ, Coll. Manuel, Paris, 10e éd., 2014, pp. 741-742, n°1597 ; VOINOT D., Effectivité et efficacité de la réserve de propriété après la réforme du droit des sûretés, *LPA* du 27 mars 2008, n°63, p. 43890. Pour Françoise PÉROCHON et Denis VOINOT les conditions de la revendication d'un immeuble par son propriétaire sont celles du droit commun (preuve de la

créancier ou son mandataire qu'ils doivent déclarer leur créance[1334], ils devraient pouvoir effectuer l'action en restitution directement et profiter de la dispense de l'article L.624-10 du Code de commerce en matière mobilière[1335]. D'ailleurs, l'article 2371 du Code civil applicable à la clause de réserve de propriété mobilière prévoit également la restitution du bien à défaut de complet paiement à l'échéance ainsi qu'une « méthode d'évaluation du préjudice subi par le vendeur du fait de l'inexécution du contrat »[1336].

Ainsi, le créancier-propriétaire qui a publié son droit de propriété devrait pouvoir exercer l'action en restitution du bien. En procédure collective, il sera avantagé car il n'est pas soumis à la discipline collective.

2. L'exemption de la discipline collective

316. En principe, le vendeur réservataire et le crédit-bailleur ne sont pas soumis à la suspension des poursuites individuelles. En effet, ils semblent pouvoir demander la restitution de leur bien, d'abord par la voie amiable, par l'envoi d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'administrateur ou au débiteur[1337]. Et à défaut d'accord dans le délai d'un mois à compter de la réception de cette lettre, le propriétaire pourra saisir le juge-commissaire afin que ses droits lui soient restitués[1338].

Cependant, lors d'une procédure collective, la réalisation de ces propriétés-garanties va dépendre de leur qualification de contrat en cours ou non par l'administrateur ou le débiteur. Par définition, un contrat est en cours lorsqu'à l'ouverture de la procédure collective il n'a pas épuisé ses effets principaux[1339].

---

qualité de propriétaire par tout moyen, absence de délai de revendication). LE CORRE P.-M. et LE CORRE-BROLY E., *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, Coll. Sirey Université, Paris, 2e éd., 2006, p. 428 : pour eux, les immeubles ne seraient pas concernés par l'action en revendication.

[1334] Art. L.622-24 al. 1er C. com.

[1335] D'autant plus que la publicité foncière ne peut comporter les irrégularités de la publicité en matière mobilière : pour un crédit-bail mobilier irrégulièrement publié V. Com. 11 mai 2010, n°09-14.048 : *Bull. civ.* IV n°88.

[1336] DROSS W., La revendication dans les procédures collectives : une imposture ?, *Droit et patrimoine* 2011, n°200, p. 30, *in fine. Contra :* CROCQ P., La réserve de propriété, *RD banc. fin*. n°3, mai 2006, dossier 12, n°10 : pour lui la réalisation de la réservé de propriété entraînerait une exécution du contrat sous la forme d'une dation en paiement.

[1337] Le crédit-bailleur pourrait également actionner une éventuelle clause résolutoire qui serait présente dans le contrat.

[1338] Art. R.624-14 C. com.

[1339] V. LE CORRE-BROLY E., Les modifications apportées au droit commun de la continuation des contrats en cours, *D*. 2009, p. 663.

317. Le crédit-bail immobilier est considéré comme un contrat en cours[1340]. Cela signifie qu'il doit être continué malgré la défaillance du crédit-preneur, si la résolution du contrat n'est pas intervenue avant le jugement d'ouverture de la procédure[1341]. Par la suite :

- soit le contrat est poursuivi sans difficulté de paiement : cette hypothèse ne pose pas de problème ;
- soit le contrat est poursuivi mais le crédit-preneur est défaillant : dans ce cas, selon l'article L.622-13 III du Code de commerce, le contrat est résilié de plein droit ;
- soit à la demande de l'administrateur, le juge-commissaire prononce la résiliation du contrat[1342].

Or, dans ces deux dernières hypothèses, la restitution du bien ne pourra avoir lieu qu'au jour de la résiliation ou du terme du contrat[1343]. La qualification de contrat en cours crée donc une situation de blocage au détriment du crédit-bailleur, sans compter qu'il doit déclarer sa créance au titre des échéances échues antérieurement au jugement d'ouverture et non payées. Mais la résiliation du contrat de crédit-bail oblige le débiteur à restituer l'immeuble[1344].

318. Au contraire, la clause de réserve de propriété n'est pas qualifiée de contrat en cours[1345]. L'action en restitution du bien ne sera donc pas bloquée. Pourtant la vente à terme est bien considérée comme un contrat en cours alors qu'elle a également pour effet de différer le transfert de propriété au complet paiement du prix[1346]. Il est toutefois possible d'y voir deux différences[1347]. La première différence serait que le vendeur réservataire a déjà accompli l'obligation de délivrance contrairement au vendeur à terme[1348]. Et la seconde différence se déduirait plutôt de la volonté des vendeurs. Le vendeur à terme se comporte comme un

---

[1340] CA Versailles, 19 mars 1992 : *D*. 1992, Somm. p. 259. Et V. MARION-FONDANECHE D., Le crédit-bail immobilier et le redressement judiciaire des entreprises, *Gaz. Pal.* 1986, II, Doctr., p. 571.

[1341] D'ailleurs, l'article L.622-13 du Code de commerce dispose que « le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif ».

[1342] Art. L.622-13 IV C. com (en sauvegarde ou en redressement judiciaire), art. L.641-11-1 III C. com. (liquidation judiciaire).

[1343] Art. L.624-10-1 C. com.

[1344] Des clauses peuvent tout à fait aménager les conditions de la restitution du bien en cas de résiliation du crédit-bail (délais, intérêts moratoires…).

[1345] Com. 5 mai 2004, n°01-17.201 et n°01-17.590 : *Bull. civ*. IV, n°81.

[1346] Com. 1er février 2000, n°97-15.263 : *Bull. civ*. IV, n°23.

[1347] Il convient de préciser qu'une clause de réserve de propriété pourrait être insérée dans une vente à terme. Dans ce cas, il serait intéressant de savoir quelle spécificité le juge ferait prévaloir. *A priori* le juge devrait rechercher l'intention des parties.

[1348] LE CORRE P.-M. et LE CORRE-BROLY E., *op. cit*., p. 150, n°164. *Contra* : DROSS W., préc. Pour William DROSS il ne s'agit que d'une remise qui ne peut s'analyser en une délivrance car le vendeur se réserve la faculté de reprendre le bien au premier incident de paiement.

prêteur en ayant les garanties qui vont avec cette qualité, alors que le vendeur réservataire ne consentirait qu'un délai de paiement.

319. Par ailleurs, le vendeur réservataire et le crédit-bailleur ne sont pas non plus en principe soumis à l'interdiction des paiements[1349]. Par conséquent, soit ils vont récupérer le bien, soit ils seront payés.

En effet, pour le crédit-bail, l'article L.622-7 II du Code de commerce dispose que le « paiement peut en outre être autorisé pour lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail, lorsque cette levée d'option est justifiée par la poursuite de l'activité et que le paiement à intervenir est d'un montant inférieur à la valeur vénale du bien objet du contrat »[1350]. Le juge-commissaire va donc pouvoir donner l'autorisation de lever l'option, au débiteur ou à l'administrateur voire au liquidateur, même contre la volonté du crédit-bailleur. Ce dernier n'est toutefois pas lésé puisqu'il est payé[1351].

En matière de clause de réserve de propriété portant sur un immeuble rien n'est spécifié. Cependant, il est possible de penser que l'article L.624-16 *in fine* devrait s'appliquer. Il permet au juge-commissaire d'autoriser le débiteur ou l'administrateur de payer le vendeur et ainsi de bloquer toute action en revendication[1352]. Le paiement prime sur la restitution du bien, cela est logique puisque la propriété doit servir de garantie de paiement et non de paiement. Mais si le paiement n'est plus possible, parce que la créance est éteinte par l'effet d'une procédure de rétablissement personnel, la Cour de cassation indique que le transfert de propriété n'a pas pour autant eu lieu au profit de l'acquéreur[1353]. L'efficacité de la clause de réserve de propriété est alors conservée.

320. La propriété-garantie, lorsqu'elle dispose d'une exclusivité directe, est une véritable parade face à la défaillance du débiteur. Le créancier-propriétaire va uniquement subir le délai de réalisation de sa garantie puisque les décisions de déblocage sont prises par le juge-commissaire. De cette manière, le droit de propriété est dématérialisé mais il donne un avantage à celui qui ne s'en défait pas : une situation d'exclusivité efficace en procédure

[1349] PÉROCHON F., Les interdictions de paiements et le traitement des sûretés réelles, *D*. 2009, p. 651.
[1350] Et l'art. L.641-3 al. 2 C. com. pour la liquidation judiciaire.
[1351] Toutefois, il pourrait être amené à faire des remises dans le cadre du comité des établissements de crédit (art. L.626-18 al. 7 C. com.).
[1352] L'art. L.624-16 mentionne l'action en revendication, mais si l'on suit le raisonnement du 1. (*supra* n°303), il faudrait plutôt parler de l'action en restitution.
[1353] Civ. 2e, 27 février 2014, n°13-10.891 : *Bull. civ.* II, n°59.

collective. Dans le cadre de la fiducie-sûreté, le créancier dispose d'une garantie exclusive sans être propriétaire. La mise en œuvre de cette exclusivité indirecte escamote la propriété.

B. L'exclusivité indirecte : l'escamotage de la propriété

321. À la différence de la réserve de propriété ou du crédit-bail, la fiducie-sûreté est une « opération tripartite »[1354]. Mais ni le débiteur, ni le créancier ne sont propriétaires. En outre, en cas de réalisation de la fiducie, le caractère exclusif du droit de propriété ne profite pas au fiduciaire, qui est pourtant le propriétaire, mais au bénéficiaire, c'est-à-dire au créancier. Cette opération escamote le droit de propriété puisqu'elle lui emprunte certains avantages qui lui sont propres pour les accorder au bénéficiaire.

L'effet indirect de l'exclusivité se détecte même lorsque le fiduciaire et le bénéficiaire sont la même personne. En effet, hors procédure collective, à défaut de paiement de la dette garantie, lorsque le fiduciaire est également le créancier, il acquiert la libre disposition du bien[1355].

Et lorsque le fiduciaire n'est pas le créancier, ce dernier peut obtenir la remise du bien, ou si la convention le prévoit, la vente du bien et la remise de tout ou partie du prix[1356]. Alors que la vente du bien correspond à la mise en œuvre d'une clause de voie parée[1357], interdite pour une hypothèque[1358], le transfert de propriété[1359] opéré semble s'apparenter à celui du pacte commissoire[1360].

Or, des différences existent entre la réalisation d'un pacte commissoire et celle d'une fiducie-sûreté[1361]. De plus, dans le cadre d'une procédure collective, la mise en œuvre du pacte

[1354] FARHI S., th. préc. p. 43, n°23.
[1355] Art. 2488-3 al. 1er C. civ.
[1356] Art. 2488-3 al. 2 C. civ.
[1357] Une clause de voie parée dispense le créancier de suivre la procédure de saisie immobilière pour vendre le bien.
[1358] Art. 2458 C. civ.
[1359] En cas de défaillance du débiteur, le transfert de propriété semble s'effectuer de plein droit même s'il doit être publié au Service de la publicité foncière à peine de nullité (art. 2019 al. 3 C. civ.). Cette formalité résulte de la nature immobilière du bien et n'est pas créatrice de droits. Pour un exposé des arguments en faveurs d'un transfert volontaire : MIGNOT M., *Droit des sûretés*, Montchrestien, Coll. Cours, 2010, p. 693, n°3109.
[1360] L'ordonnance du 23 mars 2006 a consacré la validité du pacte commissoire, même en matière immobilière, pour l'hypothèque (art. 2459 C. civ.), et le gage immobilier (art. 2388 C. civ.). Grâce au pacte commissoire, il est possible de prévoir conventionnellement que le créancier peut devenir propriétaire de l'immeuble sans autorisation judiciaire. Pour un bilan cinq ans après son entrée en vigueur, V. BAZIN-BEUST D., Une analyse du pacte commissoire…ou prudence est mère de sûreté chez les financeurs ?, *LPA* du 19 mai 2011, n°99, p. 50.
[1361] Dans ce sens : FARHI S., th. préc., pp. 89 et s., nos95 et s. Selon Sarah FARHI il existe trois différences : la date de la transmission du droit de propriété par le constituant, le mode de réalisation prévu par la loi, et l'interdiction du pacte commissoire sur la résidence principale du débiteur. *Contra* : AYNÈS L., Le régime juridique de la fiducie, *RLDC* 2009, n°60 ; MALLET-BRICOUT B., Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ?, *Dr. et Patri.* 2009, n°185. Laurent AYNÈS et Blandine MALLET-BRICOUT semblent assimiler

commissoire est gelée[1362]. Pourtant, lors d'une telle procédure, tout transfert de propriété n'est pas bloqué en faveur du bénéficiaire d'une fiducie. L'efficacité de la fiducie-sûreté s'explique donc par l'extension de l'exclusivité au profit du bénéficiaire par le jeu de l'entiercement (1), et par l'efficience conceptuelle du patrimoine fiduciaire (2).

1. L'extension de l'exclusivité par l'entiercement

322. Dans le cadre d'une fiducie-sûreté, le bénéficiaire est toujours le créancier, soit du constituant, soit d'un tiers. Pourtant, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008[1363], dans le cadre d'une procédure collective, cela n'est pas si clair. Dans le cas d'une fiducie-sûreté sans dépossession[1364], le bénéficiaire est considéré comme un créancier, mais de façon provisoire. Et dans le cas d'une fiducie-sûreté avec dépossession, il est traité comme un propriétaire[1365]. En créant la convention de mise à disposition, l'ordonnance a permis au débiteur de transmettre la propriété de biens indispensables à son entreprise tout en conservant leur usage, par l'intermédiaire d'un bail ou d'une convention de mise à disposition gratuite[1366]. Le bénéficiaire est donc un personnage hybride, mi créancier lorsqu'il s'agit de sauver l'entreprise, et mi propriétaire par la situation d'exclusivité qu'il tire de la propriété affectée.

323. D'abord, le bénéficiaire est traité comme un propriétaire dans le cadre d'une fiducie-sûreté avec dépossession. Comme le réservataire ou le crédit-bailleur, il est exclu de la discipline collective.
Ainsi que le démontre l'article L.622-7-II alinéa 2, le bénéficiaire n'est pas soumis au principe de l'interdiction des paiements[1367], puisque le juge commissaire peut autoriser le

totalement la notion de pacte commissoire et celle de réalisation de la fiducie-sûreté en l'absence de procédure collective.
[1362] Art. 2287 C. civ.
[1363] Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, *portant réforme du droit des entreprises en difficulté*, J.O. du 19 décembre 2008, p. 19462.
[1364] PERRUCHOT-TRIBOULET V., La fiducie sans dépossession, *RLDC* 2009, n°61.
[1365] Sur cette distinction, V. FARHI S., th. préc., pp. 265 et s. (sur le traitement du bénéficiaire en propriétaire dans la procédure collective), et pp. 419 et s. (sur le traitement du bénéficiaire en créancier lors de la paralysie de la fiducie).
[1366] Art. 2018-1 C. civ. Cet article exclut l'application du droit des baux commerciaux, et du droit de la location-gérance.
[1367] Il devrait également être soustrait aux règles complémentaires de gel des créances qui ne sont qu'un accessoire au principe de l'interdiction des paiements : V. FARHI S., th. préc., pp. 273 et s., n^{os}309 et s.

débiteur défaillant à payer le créancier pour permettre le retour des biens nécessaires à la poursuite de son activité[1368].

Il ne devrait pas non plus être astreint à la règle de l'arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution. Cette affirmation n'est pas confirmée par le législateur, mais ainsi que l'explique Sarah FARHI, « titulaire d'une exclusivité sur l'actif du patrimoine affecté, le créancier bénéficiaire de la fiducie n'a pas à respecter des règles dont l'ambition est de faire régner l'égalité entre créanciers, celui-ci étant hors concours et donc hors des considérations égalitaristes de la procédure collective »[1369].

Enfin, sauf si l'assiette de la fiducie est inférieure à sa créance, le bénéficiaire n'aurait pas à déclarer sa créance[1370], et il ne serait pas soumis aux contraintes du plan[1371].

324. En revanche, dans le cadre d'une fiducie-sûreté sans dépossession, pendant la période d'observation et si un plan de sauvegarde ou de redressement est adopté, pendant l'exécution de ce plan, le bénéficiaire est traité comme un créancier[1372]. Cette constatation résulte de l'utilisation combinée des articles L.622-23-1 et L.622-13 VI du Code de commerce. L'article L.622-23-1 interdit au fiduciaire de réaliser tous transferts de biens ou de droits lorsque ces biens ou droits font l'objet d'une convention de mise à disposition dès lors qu'une procédure de sauvegarde ou de redressement est ouverte. Et l'article L.622-13 VI soumet la convention de mise à disposition au régime de la continuation des contrats en cours[1373]. À partir du moment où les deux conditions cumulatives de l'article L.622-23-1 sont réunies[1374], le bénéficiaire se retrouve dans la même situation de blocage que le crédit-bailleur, puisque la convention de mise à disposition est alors considérée comme un contrat en cours.

[1368] PÉROCHON F., Les interdictions de paiements et le traitement des sûretés réelles, *D*. 2009, p. 651, spéc. n°24 ; FARHI S., th. préc., pp. 268 et s., n^{os}303 et s.
[1369] FARHI S., th. préc., p. 277, n°315.
[1370] FARHI S., th. préc., p. 279, n^{os}319 et s.
[1371] FARHI S., th. préc., pp. 282 et s., n^{os}323 et s.
[1372] MACORIG-VENIER F., L'exclusivité, *LPA* du 11 février 2011, n°30, p. 59. Dans ce contexte, Francine MACORIG-VENIER évoque la notion de « paralysie provisoire », par opposition à celle de « paralysie définitive » qui correspond aux cas des fiducie-sûretés constituées ou rechargées pendant la période suspecte, et qui sont donc sanctionnées par une nullité de droit.
[1373] PIÉDELIÈVRE S. Patrimoine d'affectation, droit des créanciers et droit des sûretés, *in* Mél. LE CANNU, Dalloz, 2014, p. 547, spéc. p. 522.
[1374] L'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement dans le but de sauver l'entreprise, et l'existence d'une convention de mise à disposition.

Or, la paralysie de la fiducie-sûreté entraîne la soumission du bénéficiaire aux règles de la discipline collective[1375], notamment à l'obligation de déclarer sa créance[1376], l'arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution[1377], et l'interdiction des paiements[1378].
Toutefois, différents contextes permettent de considérer le bénéficiaire à nouveau comme un propriétaire, et ainsi de redonner toute son efficacité à la fiducie-sûreté[1379].
D'une part, dès lors que le débiteur ne se trouve plus dans une procédure collective conforme à l'article L.622-23-1, l'idée n'est plus d'assurer le sauvetage de l'entreprise. En effet, cela voudra dire qu'il est soit en liquidation judiciaire[1380], soit en redressement judiciaire consécutif à la résolution d'un plan de sauvegarde pour cessation des paiements[1381], soit encore qu'il fait l'objet d'un plan de cession[1382].
D'autre part, la fiducie est paralysée si la convention de mise à disposition existe lors de l'ouverture de la procédure. Or, si elle est résiliée, la fiducie sera considérée comme étant conclue avec dépossession. L'article L.622-13 propre aux contrats en cours, prévoit à ses III et IV les cas de résiliation de plein droit que pourra mettre en œuvre le juge-commissaire : la mise en demeure adressée à l'administrateur de prendre parti sur la poursuite du contrat restée plus d'un mois sans réponse, le défaut de paiement et la requête de l'administrateur si la résiliation est « nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant ».

325. Ces développements prouvent que le bénéficiaire de la propriété affectée au sein du patrimoine fiduciaire est dans une situation complexe que seuls des praticiens aguerris peuvent maîtriser. Cette complexité peut d'ailleurs être renforcée en cas de dépossession partielle[1383]. Pour les immeubles ou des droits réels immobiliers, le législateur oblige les parties à faire publier le contrat de fiducie au Service de la publicité foncière[1384]. Surtout lors de la conclusion d'une fiducie-sûreté sans dépossession, le notaire devra à la fois avertir le bénéficiaire des risques liés à l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur

[1375] LASSERRE M.-C., La paralysie de la fiducie-sûreté, *LPA* du 11 février 2011, n°30, p. 3.
[1376] Art. L.622-24 C. com.
[1377] Art. L.622-21 C. com.
[1378] Art. L.622-7-I C. com.
[1379] COMBE M., L'efficacité de la fiducie-sûreté, *LPA* du 11 février 2011, n°30, p. 8.
[1380] Art. L.641-11-1 C. com.
[1381] Art. L.631-14 al. 4 C. com.
[1382] Art. L.642-7 C. com.
[1383] PERRUCHOT-TRIBOULET V., La fiducie sans dépossession, *RLDC* 2009, n°61.
[1384] Art. 2019 al. 2.

et le rassurer sur son exclusivité. L'exclusivité semble être l'apanage des propriétés-garanties, mais elle n'est pas la seule explication de l'efficacité de la fiducie-sûreté.

2. L'efficience conceptuelle du patrimoine fiduciaire

326. Pour assurer l'efficacité de la fiducie, le législateur a créé un troisième patrimoine qu'il a appelé le patrimoine fiduciaire. Ce dernier est distinct du patrimoine du constituant, du patrimoine du bénéficiaire, mais également du patrimoine du fiduciaire lui-même. Par ce mécanisme, la propriété disparaît du patrimoine du constituant pour se réfugier dans le patrimoine fiduciaire. Ce dernier se comporte comme un barrage plutôt étanche face aux poursuites des créanciers du constituant, mais totalement perméable pour conférer des avantages au bénéficiaire. Il faut dire que le concept de patrimoine fiduciaire est assez subtil, sinon confus.

327. En effet, tout d'abord la notion de patrimoine est controversée dans sa définition[1385], voire dans son existence[1386]. Toutefois, le patrimoine est classiquement défini comme « l'ensemble des biens et obligations d'une personne, envisagé comme une universalité de droit, c'est-à-dire comme une masse mouvante dont l'actif et le passif ne peuvent être dissociés »[1387]. Cette définition est associée à la théorie de l'unicité de patrimoine, développée par AUBRY et RAU, eux-mêmes inspirés de ZACARIAE. Or, le fait qu'une personne puisse n'avoir qu'un seul patrimoine pose des difficultés pour assurer une certaine protection du patrimoine privé d'un professionnel. C'est pour cette raison que la notion de patrimoine d'affectation a été développée en théorie, notamment en Allemagne[1388] et en France[1389], puis en droit positif par l'apparition du patrimoine fiduciaire et surtout à travers le régime de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)[1390].

[1385] HIEZ D., *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, th. Paris XII, Préf. P. JESTAZ, L.G.D.J., 2003 ; SERIAUX A., La notion juridique de patrimoine, *RTD civ*. 1994, p. 801.

[1386] CHENEDE F., La mutation du patrimoine, *Gaz. Pal.* 2011, n°139, p. 19. Pour lui, le patrimoine devrait être défini comme « l'ensemble des biens ou des droits dont une personnes est propriétaire ou titulaire », sans prendre en compte les dettes. En outre, selon lui aucune théorie du patrimoine n'est utile, et le « dogme » d'Aubry et Rau devrait être abandonné.

[1387] Lexique des termes juridiques, Dalloz, 22e éd., 2014-2015, p. 723.

[1388] Tout d'abord, la théorie allemande du « patrimoine-but » (*Zweckvermögen* en allemand) sans maître, développée par BRINZ et BECKER. V. RIEHM T., Le patrimoine d'affectation en droit allemand, notamment en droit des sûretés, *RLDC* 2010, n°77.

[1389] Il s'agit notamment de la théorie de GAZIN par laquelle il est possible de créer autant de patrimoines distincts à partir du moment où chaque masse de biens qui leur est affectée a un but distinct.
Pour une étude des différentes théories du patrimoine d'affectation : GUINCHARD S., *L'affectation des biens en droit privé français*, th. Lyon, Préf. R. Nerson, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, 1976 pp. 333 et s.,

328. Certains auteurs estiment que le patrimoine fiduciaire n'est pas un véritable patrimoine d'affectation[1391]. Pour aboutir à une telle conclusion, d'abord, ils dénoncent le fait que le constituant n'est pas propriétaire des biens contenus dans le patrimoine fiduciaire. Et ensuite, ils expliquent qu'il n'y a pas une véritable étanchéité entre le patrimoine du constituant et le patrimoine fiduciaire, ni entre le patrimoine personnel du fiduciaire et le patrimoine fiduciaire.

Le premier argument n'est pas convaincant puisque savoir qui est le propriétaire des biens affectés n'a aucune incidence sur le mécanisme. L'idée du patrimoine d'affectation est uniquement d'affecter une masse de biens à un but déterminé afin de soustraire ces biens aux créanciers du débiteur. Or, le patrimoine fiduciaire remplit bien cette mission. Et même si le constituant doit se déposséder, le fiduciaire a l'obligation de lui retransférer le bien s'il s'acquitte de ses obligations.

Le second argument est à peine plus convaincant. En effet, le principe est bel et bien celui de l'étanchéité du patrimoine fiduciaire, afin de protéger l'assiette de la sûreté du bénéficiaire. Par conséquent, les cas évoqués par les articles 2025 et 2026 du Code civil ne sont que des cas particuliers qui ont pour objectif de sanctionner des comportements malveillants de la part du constituant ou du fiduciaire.

Selon l'alinéa 1er de l'article 2025, le patrimoine fiduciaire pourra être recherché par les créanciers du constituant qui seraient titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie, ou si le contrat de fiducie a été conclu en fraude de leurs droits. Spécialement en matière immobilière, en demandant un état hypothécaire hors formalités, le notaire devrait savoir si une telle sûreté existe sur le bien. D'ailleurs, le fiduciaire et le bénéficiaire pourraient conditionner leur accord à l'absence de sûretés

---

n^{os}386 et s. ; DUPICHOT Ph., L'unicité du patrimoine aujourd'hui – Observations introductives, *JCP* N. 2009, 1356. Et plus récemment la théorie de la propersonnalité qui se désigne comme « la représentation juridique de l'entrepreneur individuel qui agit sous sa casquette professionnelle », V. DUBUISSON E., Patrimoines affectés, avec-vous donc une âme ? La propersonnalité au secours de l'entrepreneur individuel, *D*. 2013, p. 792.

[1390] Loi n°2010-658 du 15 juin 2010, *relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, J.O. du 16 juin 2010, p. 10984. BERLIOZ P., L'affectation au cœur du patrimoine, *RTD civ*. 2011, p. 635. Pour lui, la loi du 15 juin 2010 a ouvert une brèche pour donner une place centrale à l'affectation, à tel point que le mécanisme du patrimoine d'affectation devrait être reconnu comme le mécanisme de droit commun.

[1391] CHENEDEE F., préc., spéc. n°14 ; EMERICH Y., Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la *common law* : entre droit des contrats et droit des biens, *RIDC*, 1-2009 ; RAVENNE S., th. préc., pp. 113 et s., n^{os}139. *Contra* : ADELLE J.-F., préc., p. 4 ; BARRIERE F., La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence, *JCP* E 2007, 2053 ; BERGER-TARRARE C., th. préc., p. 58, n°109 ; DROSS W., *op. cit.*, p. 103, n°113 ; FARHI S., th. préc., p. 133, n°156 ; REBOUL-MAUPIN N., *op. cit*., p. 31, n°38.

antérieures et en cours sur le bien. Et quant à la fraude, il s'agit à la fois de l'application de l'adage *fraus omnia corrumpit* et de l'application particulière de l'action paulienne[1392].

L'alinéa 2 de l'article 2025 prévoit que dans le cas où les créanciers de l'alinéa 1er auraient une créance supérieure au patrimoine fiduciaire, ils pourraient atteindre le patrimoine du constituant, qui serait alors considéré comme le gage commun de ces créanciers[1393]. Cette conséquence vient uniquement sanctionner la mauvaise foi du constituant qui a voulu organiser son insolvabilité en donnant deux fois son bien en garantie et pour des valeurs qui dépassent celui du bien.

Enfin, l'article 2026 du Code civil dispose que « le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission ». Cette hypothèse vise uniquement à sanctionner le comportement du fiduciaire qui n'a pas respecté ses obligations, notamment celle de tenir les biens séparés de son patrimoine propre[1394]. D'ailleurs, l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du fiduciaire ne peut pas affecter le patrimoine fiduciaire[1395].

329. Le patrimoine fiduciaire est donc un patrimoine d'affectation[1396] particulier puisqu'il fonctionne par entiercement, mais il permet d'affecter efficacement une masse de biens à un but. En effet, grâce au patrimoine d'affectation, le bénéficiaire possède un droit exclusif sur le bien. Il est donc exclu de tous concours[1397]. En plus, le législateur a prévu toutes les conséquences en cas de malveillance du constituant ou du fiduciaire afin de protéger le bénéficiaire. Il a également qualifié le patrimoine fiduciaire de patrimoine d'affectation à l'article 12-I de la loi du 19 février 2007[1398]. Lors de la codification, cette

[1392] GRIMALDI M. et BARRIERE F., La fiducie en droit français, *in* CANTIN-CUMYN M., *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, *XVe Congrès International de Droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 237, spéc. p. 250, n°19.

[1393] Sauf, selon l'alinéa 3 de l'article 2025 du Code civil, si le contrat de fiducie a limité l'obligation au patrimoine fiduciaire et que les créanciers concernés ont accepté cette limitation.

[1394] Art. 2011 C. civ.

[1395] Art. 2024 C. civ. PODEUR G., La procédure collective du fiduciaire : quelles protections pour le constituant et le bénéficiaire ?, *D.* 2014, p. 1653. Et pour un travail d'ensemble, V. BERGER-TARARE C., *Le fiduciaire défaillant, Regards croisés en droit des biens et droit des obligations*, th. Lyon III, 2013.

[1396] Sur la notion d'affectation : BERLIOZ P., Patrimoine d'affectation : esquisse d'un régime général, *in* Mél. LE CANNU, Dalloz, 2014, p. 499.

[1397] Toutefois, l'absence de concours n'exclut pas le risque de conflits. Ceci est valable pour toutes les propriétés-garanties. En ce sens : BOUGEROL-PRUD'HOMME L., *Exclusivité et garantie de paiement*, Th. Paris II, Préf. P. CROCQ, L.G.D.J, 2012, p. 528, n°596.

[1398] Art. 12-I loi 19 février 2007 : «Les éléments d'actif et de passif transférés dans le cadre de l'opération mentionnée à l'article 2011 du Code civil forment un patrimoine d'affectation. Les opérations affectant ce dernier font l'objet d'une comptabilité autonome chez le fiduciaire ».

qualification n'apparaît plus expressément, mais elle est sous-jacente dans l'expression « séparés de leur patrimoine propre »[1399] ou dans celle de « patrimoine fiduciaire »[1400].
Le patrimoine fiduciaire est donc un concept efficace pour sauvegarder l'assiette de la fiducie-sûreté, et notamment le droit de propriété portant sur un immeuble. La fiducie-sûreté est décidé volontairement par le constituant, qui instrumentalise son droit de propriété à des fins de garantie patrimoniale. Le mécanisme du patrimoine fiduciaire possède donc une portée qui présente deux niveaux de lecture. D'une part, un niveau de lecture relatif à son efficacité grâce à l'exclusivité conférée au bénéficiaire et à l'étanchéité des patrimoines. Et d'autre part, un niveau de lecture relatif au droit de propriété, objet de l'affectation, puisque ce droit devient un instrument au service d'un financement.

330. Non seulement, le patrimoine fiduciaire est difficilement qualifiable juridiquement mais sa composition est particulière. À l'intérieur du patrimoine fiduciaire, la propriété immobilière est traitée de la même manière que les autres biens, droits ou sûretés, présents ou futurs, transmis au fiduciaire. Nous sommes donc loin de l'adage « *res mobilis res vilis* ». Cependant, l'immeuble est le bien qui possède le plus fort degré de patrimonialité[1401]. En même temps, il est le plus difficile à valoriser. C'est pourquoi, pendant la durée de la fiducie-sûreté, le constituant peut confier la gestion du bien au fiduciaire. De la fiducie-sûreté à la fiducie-gestion, le pas est facilement franchi dès lors qu'il ne s'agit pas d'un bien nécessaire à l'exploitation d'une entreprise. La fiducie possède une fonction de garantie patrimoniale, mais elle peut aussi développer une certaine stratégie patrimoniale. Elle est l'exact reflet de la dématérialisation du droit de propriété immobilier. La valeur du droit de propriété permet d'assurer une fonction de garantie patrimoniale, mais aussi de développer une stratégie patrimoniale.

[1399] Art. 2011 C. civ.
[1400] Articles propres au régime de la fiducie : Art. 2012, 2018-1, 2021, 2023, 2024, 2025, 2027, 2030, 2372-2, 2372-4, 2372-5, 2488-2, 2488-4, 2488-5. Autres articles faisant référence au patrimoine fiduciaire : Art. 408-1 (acte interdit pour une mineur), art. 509 (acte interdit pour un tuteur), art. 1424 (acte nécessitant l'accord des deux époux), et art. 1596 (interdiction pour le fiduciaire de se rendre adjudicataire des biens du patrimoine fiduciaire).
[1401] SERIAUX A., préc., spéc. n°5.

Section 2. Le droit de propriété comme le moyen d'une stratégie patrimoniale

331. Le profil du propriétaire immobilier est assez varié. En effet, il peut s'agir soit de celui qui est propriétaire de sa résidence principale ou de sa résidence secondaire, soit encore de celui qui cherche uniquement à investir, soit enfin de celui qui est propriétaire de son local professionnel. Mais quel que soit son profil, le propriétaire moderne souhaite valoriser son bien immobilier. Pour aboutir à cette dématérialisation, il va instrumentaliser le droit de propriété grâce à quelques outils tels que la fiscalité, le droit des sociétés et le droit patrimonial de la famille, et ce, dans un cadre aussi bien familial que professionnel. Le propriétaire va d'abord user de stratégies liées à l'optimisation fiscale (§1), lesquelles sont finalement moins complexes que celles liées au démembrement de la société civile immobilière (SCI) (§2).

§1. Les stratégies liées à l'optimisation fiscale[1402]

332. Il est fréquemment entendu que l'acquéreur cherche à faire « une bonne affaire ». À première vue, cela veut dire qu'il souhaite payer le moins cher possible pour un bien présentant les meilleures qualités possibles (superficie, exposition, standing…). Mais payer moins cher n'est pas une fin. Une fois propriétaire, il faut encore réaliser cette bonne affaire à plus ou moins long terme. Ainsi, derrière cette expression se cache la réelle intention de l'acquéreur, qui est celle d'optimiser la rentabilité du bien immobilier dont il devient le propriétaire (A). Par la suite, le particulier propriétaire va s'inquiéter de la transmission de ses biens. L'anticipation de sa succession, alliée à la fiscalité, seront les meilleurs moyens d'optimiser la transmission de son bien immobilier (B).

[1402] Ne seront volontairement pas traités, d'une part, l'acquisition de titres de sociétés immobilières gérant un patrimoine immobilier, cotées ou non cotées, qui donnent droit à une quote-part de capital et non à un droit de propriété immobilier, et d'autre part, le financement participatif immobilier qui s'effectue soit par don (donc pas de contre-partie), soit par prêt (la contre-partie n'est donc pas un droit de propriété mais un droit de créance), soit par prise de participation dans le capital d'une entreprise (la contre-partie est une quote-part du capital et non un droit de propriété immobilier).

A. L'optimisation de la rentabilité du bien immobilier

333. Le calcul de la rentabilité correspond à une analyse économique du bien immobilier. D'ailleurs, il est même possible de parler de performance[1403]. L'optimisation de la rentabilité du bien immobilier s'effectue grâce à des outils de calcul. Le plus courant est le Taux de Rendement Interne (TRI) qui est un taux de rentabilité annuel qui se base, pendant la durée de l'investissement, sur le flux de trésorerie, et la dernière année, sur le flux de trésorerie et la valeur du bien immobilier. Mais cette méthode manque de fiabilité puisqu'elle se fonde surtout sur les flux d'encaissement et de décaissement, lesquels sont susceptibles d'importantes variations. Ainsi d'autres outils existent, tels que la comparaison avec un produit de capitalisation[1404], le taux de rendements moyens[1405], ou encore le taux de rendement global qui se déduit du rapport entre deux valeurs[1406].

La première valeur tient compte de l'investissement (1), c'est-à-dire notamment la valeur du bien par rapport aux revenus qu'il procure. Ce rendement locatif se matérialise sous la formule mathématique suivante[1407] : $RL_{it} = (L_{it} - Ch_{it}) / V_{it-1}$. Dans cette matière, les différentes réformes fiscales tentent de rendre l'investissement attractif en donnant des avantages fiscaux aux propriétaires. Il s'ensuit une course à la défiscalisation qui n'est pas toujours sans risque.

La seconde valeur est le rendement du capital. Le calcul de la variation en capital est effectué grâce à la formule suivante[1408] : $RC_{it}= [(V_{it} – GT_{it}) –V_{it} / V_{it-1}] -1$. Lors de la cession du bien, la rentabilité du bien est réalisée par le calcul de la plus-value (ou de la moins-value) (2).

[1403] AUSSEDAT L., ETIENNE G., JEHANNO J.-C. et IVARS S., Quelles stratégies proposer aux investisseurs pour une optimisation fiscale ?, *Administrer* 2004, n°372, p. 25.
[1404] AUSSEDAT L., ETIENNE G., JEHANNO J.-C. et IVARS S., préc., p. 28.
[1405] AULAGNIER J., AYNÈS L., BERTREL J.-P., PLAGNET B. (sous la direction scientifique de), *Patrimoine*, t. 1, Wolters Kluwer, Coll. Lamy Droit & Patrimoine, 2014, n°435.305. Il s'agit de faire des hypothèses par rapport à une date d'achat du bien, et de voir pour chaque année quel sera son taux de rendement interne.
[1406] AULAGNIER J., AYNÈS L., BERTREL J.-P., PLAGNET B. (sous la direction scientifique de), *op. cit.*, n°435.235 et s.
[1407] RL_{it} : rendement locatif du bien i pour la période t ; L_{it} : loyers de l'immeuble i pour la période t ; Ch_{it} : charges d'exploitation de l'immeuble i pour la période t ; V_{it-1} : valeur estimée du bien i au début de la période t.
[1408] RC_{it} : gain en capital du bien i de t-1 à t ; V_{it} : valeur estimée du bien i à l'époque t ; GT_{it} : rénovations et gros travaux.

1. La rentabilité issue de l'investissement

334. En louant son bien, le propriétaire investisseur est imposable au titre des revenus fonciers. Il est soumis au régime réel d'imposition, à moins que ses revenus bruts soient inférieurs ou égaux à 15 000 euros[1409]. Par conséquent, les recettes à prendre en compte sont composées du « montant des recettes brutes perçues par le propriétaire, augmenté du montant des dépenses incombant normalement à ce dernier et mises par les conventions à la charge des locataires. Les subventions et indemnités destinées à financer des charges déductibles sont comprises dans le revenu brut »[1410].

À ces revenus fonciers bruts, il est possible de déduire certaines charges[1411], pour leur montant net[1412], à condition qu'elles aient été payées au cours de l'année d'imposition, d'être justifiées par le propriétaire si l'administration le lui demande et de ne pas être exclues de la déduction par un texte particulier[1413]. Il est important de connaître quelles sont les charges déductibles, car elles permettent de diminuer considérablement le revenu net voire de constituer un déficit foncier. Or, le déficit foncier est en principe imputé sur le revenu global des six années suivantes jusqu'à 10 700€. L'éventuel excédent de déficit pourra être déduit des revenus fonciers des dix années suivantes. Toutefois, si le revenu global est inférieur à 10 700€, l'excédent de déficit s'impute sur les revenus globaux des six années suivantes jusqu'à atteindre 10 700€, et au-delà il s'impute sur les revenus fonciers sans que le délai total des imputations ne puisse excéder dix ans.

335. Le propriétaire qui souhaite investir ne se contente pas de ces règles de droit commun. En effet, depuis 1986[1414], le législateur lui propose régulièrement de nouvelles mesures de défiscalisation[1415], c'est-à-dire « un ensemble extrêmement diversifié de mesures fiscales spécifiques, dérogeant au droit commun, et qui ont pour objet d'inciter le contribuable

[1409] Art. 32 CGI. Il s'agit du régime du micro-foncier.
[1410] Art. 29 CGI.
[1411] Art. 31 CGI.
[1412] Avant la loi de finances pour 2006, pour un bail d'habitation loi 1989, il existait une déduction forfaitaire de 14%.
[1413] FERNOUX P., *Gestion fiscale du patrimoine*, Groupe Revue Fiduciaire, Coll. Pratiques d'Experts, 18e éd., 2013, p. 280, n°1094.
[1414] Loi dite « Loi Quilès-Méhaignerie » n°86-1290 du 23 décembre 1986 *tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière*, J.O. du 24 décembre 1986, p.1553.
[1415] Pour un tableau résumant les conditions et modalités d'applications des dispositifs Robien « classique, Robien « recentré », Borloo « neuf », Besson « Amortissement » et « ancien », V. Mémento Francis Lefebvre, Fiscal, 2014, pp. 445 et s., nos28250 et s. ; pour le dispositif Scellier, V. *op. cit.,* pp. 66 et s., n°2820 et s. et MOLIBIER J., Quelques précisions à propos du dispositif Scellier et ses « variantes », *JCP* N 2010, 1116 ; pour le dispositif Périssol, V. Mémento Francis Lefebvre, Fiscal, 2011, pp. 452 et s., n°28330.

à investir son épargne disponible dans des secteurs économiques ou sociaux favorisés par les pouvoirs publics, grâce à la perspective d'un allègement fiscal »[1416]. L'objectif de la défiscalisation est « d'associer l'épargnant au développement du logement »[1417].

Cependant, certains investisseurs sont attirés uniquement par cette défiscalisation et vont même jusqu'à acheter des biens éloignés de leur domicile en faisant confiance à leur intermédiaire sur place, alors que d'autres s'inscrivent simplement dans une logique d'aubaine[1418]. La première catégorie d'investisseurs financerait majoritairement des logements collectifs et la seconde plutôt des logements individuels[1419]. Or, lorsque l'investisseur a pour seul but de réaliser une économie d'impôt, il risque d'occulter les difficultés qu'il est susceptible de rencontrer lors de la construction ou lors de la location, et même un redressement fiscal si son opération est mal montée[1420].

336. À ce jour, plusieurs dispositifs de défiscalisation sont en vigueur et chacun possède un rayonnement distinct.

Dans l'immobilier ancien, la loi dite « Malraux »[1421], octroie des réductions d'impôts aux propriétaires qui réalisent des opérations de restauration d'immeubles bâtis pour un usage d'habitation, et dans des secteurs protégés[1422]. Depuis la loi de finances pour 2009[1423], la réduction d'impôt a été limitée et, à ce jour[1424], le montant des dépenses déductibles est limité à 100.000€, et sur ce montant, le taux de réduction est de 22% ou 30% selon le secteur protégé. Toutefois, cet avantage fiscal limite le droit de propriété, puisque la réduction sera remise en cause notamment si le propriétaire démembre son droit de propriété[1425].

[1416] GEFFROY J.-B., La défiscalisation des investissements immobiliers des particuliers, Ou comme toute médaille, la niche fiscale a son revers, *JCP* N 2010, 1239, n°1.
[1417] GEFFROY J.-B., préc.
[1418] VERGRIETE P. et GUERRINI S., Stratégie d'investissement locatif et défiscalisation, *Etudes foncières* juillet-août 2012, n°158, p. 22.
[1419] Respectivement 55,4% et 67,9% : VERGRIETE P. et GUERRINI S., préc.
[1420] FAURE-ABBAD M., Défiscalisation des investissements immobiliers : dangers et remèdes, *RDI* 2011, p. 255.
[1421] Loi n°62-903 du 4 août 1962 *complétant la législation sur la protection du patrimoine historique et esthétique de la France et tendant à faciliter la restauration immobilière*, J.O. du 7 août 1962, p.7813.
[1422] Art. 199 I tervicies CGI. Un secteur protégé par la loi « Malraux » peut être soit un secteur sauvegardé en raison de son caractère historique ou esthétique, soit un quartier ancien dégradé, soit une zone de protection du patrimoine architectural, urbain ou paysager, soit enfin, une aire de mise en valeur de l'architecture et du patrimoine, dès lors que la restauration de ces secteurs aura été déclaré d'utilité publique.
[1423] Loi n°2008-1425 du 27 décembre 2008 *de finances pour 2009*, J.O. du 28 décembre 2008, p. 20224
[1424] Loi n°2011-1977 du 28 décembre 2011 *de finances pour 2012*, J.O. du 29 décembre 2011, p. 22441
[1425] Art. 199 VI tervicies CGI.

Pour les propriétaires qui investissent dans les logements neufs ou assimilés entre le 1er janvier 2013 et le 31 décembre 2016, le dispositif Pinel[1426] permet d'obtenir une réduction d'impôt pouvant aller jusqu'à 21% si le bien est loué pendant 12 ans[1427]. Dans l'immobilier neuf, des réductions d'impôt spécifiques sont également prévues pour l'Outre-mer[1428]. Mais la réduction d'impôt sera reprise notamment si l'engagement de location n'est pas respecté pendant la durée prévue par le dispositif, ou en cas de cession.

Enfin, les propriétaires d'immeubles classés monuments historiques[1429] peuvent déduire les charges foncières dans des conditions plus favorables que celles de droit commun, puisque même lorsque l'immeuble ne procure aucune recette, l'imputation du déficit généré par les charges foncières[1430] se fera sur le revenu global sans limitation de montant[1431]. Toutefois, pour en bénéficier ils doivent prendre l'engagement de conserver l'immeuble pendant une période d'au moins quinze année à compter de leur acquisition.

Ainsi, pour améliorer la rentabilité de son investissement, le propriétaire va limiter l'étendue de son droit de propriété. Cependant, ce n'est que lors de la cession qu'il sera possible de déterminer s'il s'agissait réellement d'une « bonne affaire ».

2. La rentabilité issue de la plus-value

337. La plus-value correspond à la différence entre le prix de cession et le prix d'acquisition. En matière immobilière, elle suit un régime strict prévu par les articles 150 U à 150 VH du Code général des impôts. En principe, lors d'une cession, toutes les personnes physiques[1432] propriétaires d'un bien immobilier sont taxées sur cette plus-value nette à hauteur de 19% au titre de l'impôt sur le revenu, et à hauteur de 15,5% au titre des prélèvements sociaux, soit un total de 34,5%[1433].

[1426] Anciennement Duflot, également dénommé « Duflot amélioré », art. 5, loi n°2014-1654 du 29 décembre 2014 *de finances pour 2015*, J.O. du 30 décembre 2014, p. 22828. Et décret d'application n°2015-503 du 4 mai 2015 *relatif aux obligations déclaratives afférentes à l'article 199 novovicies du CGI*, J.O. du 6 mai 2015, p. 7754.

[1427] Art. 199 novovicies CGI.

[1428] Article 199 undecies A et s. CGI et pour le dispositif Pinel Outre-mer, article 199 XII novovicies CGI.

[1429] Ou inscrits à l'inventaire supplémentaire, ou faisant partie du patrimoine national en raison d'un agrément obtenu avant le 1er janvier 2014 ou du label délivré par la fondation du patrimoine.

[1430] Les modalités de déduction et les charges foncières diffèrent selon que l'immeuble procure ou pas des recettes imposables, V. BOI-RFPI-SPEC-30-20.

[1431] Art. 156 I-3°, II-1er ter et 156 bis CGI.

[1432] Les sociétés de l'article 8 du Code général des impôts sont également concernées.

[1433] Une surtaxe est due si la plus-value nette est supérieure à 50 000€, de 2% à 6% en fonction du montant nette de la plus-value.

Certaines exonérations existent mais pour des cas bien précis[1434]. Ainsi, par exemple, le propriétaire de sa résidence principale bénéficie d'une exonération totale. De même, celui qui détient son bien immobilier depuis plus de vingt-deux ans sera exonéré d'impôt sur le revenu, et s'il détient le bien depuis plus de trente ans, il sera aussi exonéré de prélèvements sociaux. Si le prix de cession est inférieur à 15 000€, l'exonération sera également totale. Enfin, lors de la première cession d'un logement autre que la résidence principale, le propriétaire pourra bénéficier d'une exonération s'il n'a pas été propriétaire de sa résidence principale dans les quatre dernières années, et s'il remploie les fonds dans les vingt-quatre mois dans une acquisition ou une construction destinée à son habitation principale. Mais l'exonération est limitée à la fraction du montant remployé.

338. En pratique, en dehors de ces quatre exonérations, les autres sont plutôt marginales. Cela démontre qu'il est difficile de s'appuyer sur le régime des plus-values dans un but de stratégie patrimoniale, sauf pour la résidence principale ou éventuellement la vente de garages voire de parkings selon les régions. En matière de plus-value, la tolérance fiscale est très limitée. Même les cas de démembrements sont envisagés différemment par le législateur selon que l'usufruit et la nue-propriété sont vendus ensemble ou séparément, ou selon que l'usufruit et la nue-propriété ont été acquis à titre gratuit ou onéreux[1435].

339. À l'inverse du phénomène de la défiscalisation où le propriétaire effectue une course à l'avantage fiscal, pour la plus-value le propriétaire doit s'armer de patience. Par contre, comme pour la défiscalisation, le propriétaire doit prendre garde aux changements de règlementations fiscales. Il ne faut pas oublier qu'en 2010, il suffisait de quinze années de détention pour bénéficier d'une exonération totale, alors qu'à ce jour l'exonération de l'impôt sur le revenu afférent à la plus-value s'obtient après vingt-deux ans, et l'exonération des cotisations sociales afférentes à la plus-value n'a lieu qu'au bout de trente ans. Et que le taux de la plus-value s'élevait à 28,1% en 2010, alors qu'il est actuellement de 34,5%. De même, pour les cessions portant sur des immeubles bâtis réalisées entre le 1er septembre 2013 et le 31 août 2014, un abattement de 25% de l'assiette imposable permettait de diminuer la plus-value. À ce jour, l'abattement de 25% n'existe plus pour les immeubles bâtis mais un abattement de

[1434] Pour l'ensemble des exonérations, V. Mémento Francis Lefebvre, Fiscal, 2014, nos32120 et s.
[1435] Mémento Francis Lefebvre, Fiscal, 2014, n°32285 et s. ; BZOWSKI G., *L'instrumentalisation fiscale du droit de propriété*, th. Panthéon-Assas, 2011, p. 127 et s.

30% a été créé pour les terrains à bâtir pour la période du 1er septembre 2014 au 31 décembre 2015[1436].

Assurer la rentabilité d'un bien immobilier dans le cadre de l'optimisation fiscale est de plus en plus complexe, mais également de plus en plus important pour le particulier propriétaire qui augmente ainsi ses ressources notamment en vue de la retraite[1437]. En matière d'optimisation de la transmission d'un bien immobilier, la difficulté ne provient pas uniquement des modifications fiscales, mais de l'entremêlement des notions de droit patrimonial de la famille et de droit des sociétés.

B. L'optimisation de la transmission du bien immobilier

340. En matière immobilière, le notaire est le principal interlocuteur des contribuables en quête d'une optimisation fiscale pour leur transmission[1438]. Or, en ligne directe, l'augmentation de la tranche marginale[1439], la diminution des abattements légaux[1440] et l'augmentation du délai de rappel fiscal[1441] ne font qu'accentuer la dégradation du consentement à l'impôt[1442], qui peut être constatée globalement[1443]. Pour optimiser fiscalement la transmission, le propriétaire peut choisir les bénéficiaires de la donation, mais il doit surtout réduire la base imposable. Cette anticipation successorale l'oblige à valoriser ses biens immobiliers pour savoir, d'une part si les donations sont équilibrées ou non entre les différents donataires et, d'autre part, le montant des droits qu'il faudra payer[1444]. Il sera donc conseillé au propriétaire d'avoir recours à des libéralités complexes pour diminuer les droits de mutation à titre gratuit (1), ou à des libéralités démembrées pour minorer l'assiette imposable (2).

[1436] BOI-RFPI-PVI-20-20 et BOI-RFPI-PVINR-20-10.
[1437] HOUIS A., Investissement immobilier neuf ou ancien avec travaux, *JCP* N 2014, 1328.
[1438] GIRAY M., Le notaire et l'optimisation fiscale, *JCP* N 2014, 1095.
[1439] Loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 *de finances rectificative pour 2011*, J.O. du 30 juillet 2011, p. 12969 ; Art. 777 CGI. Les taux de « 35 % » et « 40 % » ont été remplacés, respectivement, par les taux de « 40 % » et « 45 % ».
[1440] Loi n° 2012-958 du 16 août 2012 *de finances rectificative pour 2012*, J.O. du 17 août 2012, p. 13479 ; art. 779 CGI. L'abattement en ligne directe est passé de 159.325€ à 100.000€.
[1441] Loi n° 2012-958 du 16 août 2012 *de finances rectificative pour 2012*, préc. art. 784. Le rappel fiscal s'exerce dorénavant sur quinze ans. Il était auparavant soit de dix ans, soit de six ans.
[1442] GIRAY M., Le notaire et l'optimisation fiscale, *JCP* N 2014, 1095.
[1443] BOUVIER M., Les français et les Impôts : quelle fiscalité pour quelle société ?, *RFFP* 2013, n°124, p. V ; GEFFROY J.-B., Que deviennent les politiques fiscales ? Rapport introductif, *RFFP* 2014, n°126, p. 3.
[1444] En effet, même si l'article 1712 CGI pose le principe du paiement des frais de donation par le donataire, en pratique, les donateurs préfèrent payer les droits. D'ailleurs cela constitue une tolérance fiscale car ce n'est pas considéré comme une donation indirecte et par conséquent il n'y a pas lieu d'ajouter le montant de ces frais à la valeur des biens donnés (BOI-ENR-DG-50-10-20 n°150).

1. La diminution des droits de mutation à titre gratuit grâce aux libéralités complexes

341. Le donateur peut donner en ligne directe[1445] ou collatérale et même à un tiers[1446]. Cependant, du choix du donataire va dépendre l'abattement et le barème fiscal qui seront applicables à la donation. Certaines libéralités complexes permettent de diminuer les droits de mutations par le biais d'une déduction spécifique, d'autres accordent un abattement spécial. Enfin, le mécanisme du droit de retour conventionnel permet même une restitution des droits acquittés.

342. Tout d'abord, le donateur peut décider de gratifier deux bénéficiaires successivement et bénéficier d'une déduction spécifique. La donation graduelle permet ainsi de donner tout en obligeant le donataire à conserver et transmettre le bien à un second gratifié[1447]. Dans le même esprit, la donation résiduelle oblige le premier gratifié à transmettre le *residuum*[1448] à un second gratifié[1449]. Fiscalement, à la première transmission, ces libéralités substitutives sont considérées comme des donations de droit commun à l'égard du premier gratifié. À la seconde transmission, les droits seront calculés en fonction du lien de parenté entre le donateur et le second gratifié. De plus, le régime fiscal et la valeur imposable sont ceux applicables lors du décès du premier gratifié. Par contre, les droits payés lors de la première transmission sont imputés à ceux dus lors de la seconde transmission[1450]. Dans ces libéralités substitutives, le premier gratifié subit une charge sur son droit de propriété, mais en contrepartie le donateur peut choisir deux donataires et lors de la seconde transmission il y aura un avantage fiscal : la déduction des droits de mutation à titre gratuit déjà payés à l'occasion de la première transmission.

343. À l'approche de la retraite et si un de ses enfants est intéressé par son métier, le professionnel propriétaire peut chercher à transmettre son entreprise. Dans ce cas, l'immeuble qui est affecté à l'exploitation bénéficiera d'une exonération des droits de mutation à titre gratuit de 75% de sa valeur comme tous les autres actifs de l'entreprise[1451], ainsi qu'une

[1445] Il peut même donner par le biais d'une donation-partage transgénérationnelle, art. 1078-4 et s. C. civ.
[1446] BOI-ENR-DMTG-20-30-20-20 et BOI-ENR-DMTG-20-30-20-40.
[1447] Art. 1048 et s. C. civ.
[1448] Le *residuum* est ce qui subsiste de la première donation.
[1449] Art. 1057 et s. C. civ.
[1450] Art. 784 C CGI.
[1451] Art. 787 C du CGI.

réduction de droits à hauteur de 50% si le donateur a moins de 70 ans[1452]. Ce dispositif provient de la loi du 1er août 2003 et est appelé en pratique « pacte Dutreil »[1453]. L'exonération partielle à hauteur de 75% est soumise à des engagements de conservation et de poursuite d'activité.

344. Enfin, les clauses prévoyant un droit de retour conventionnel sont fréquemment insérées dans les donations.

Civilement, ce droit de retour conventionnel est considéré comme une donation faite sous condition résolutoire. Cela signifie que tant que la condition est pendante, le donataire est le seul et unique propriétaire. Il peut librement disposer des biens qu'il a reçus. Mais si la condition se réalise, c'est-à-dire en l'espèce, si le donataire décède avant le donateur, la donation est résolue de plein droit et de façon rétroactive. Cela signifie en premier lieu que si le donataire a cédé le bien, l'acquéreur pourrait se voir opposer le droit de retour. D'ailleurs, selon l'article 952 du Code civil, les biens doivent revenir « libres de toutes charges et hypothèques, exceptée l'hypothèque légale des époux (…) ». En second lieu, si le bien a péri par la faute du donataire ou au contraire, si le donataire a amélioré le bien, il faudrait établir un compte entre le donateur et la succession du donataire. Seules les impenses utiles et nécessaires seraient alors indemnisées. En troisième et dernier lieu, la mise en œuvre de la clause c'est-à-dire la restitution du bien devrait avoir lieu sans aucune formalité à accomplir, en dehors de la publicité foncière.

Fiscalement, au cas de prédécès du donataire et éventuellement de ses descendants, le retour au donateur est un droit provenant d'une donation, et donc ne donne pas lieu au paiement des droits de succession. De plus, l'article 791 ter du Code général des impôts prévoit que si le donateur souhaite redonner les biens objets du retour dans les cinq ans du retour, les droits acquittés lors de la première donation seront imputés sur les droits dus lors de la seconde donation. Ce même article dispose que le « retour ouvre droit, dans le délai légal de réclamation à compter du décès du donataire[1454], à restitution des droits de mutation à titre gratuit acquittés lors de la donation résolue ».

[1452] Art. 790 CGI. Pour un exemple chiffré V. FRULEUX F., Transmission d'entreprise et réduction de droits, L'administration maîtrise-t-elle sa doctrine ?, *JCP* N 2014, 1296.
[1453] Loi n° 2003-721 du 1 août 2003 *pour l'initiative économique*, J.O. du 5 août 2003 p. 13449.
[1454] C'est-à-dire dans les deux ans du décès.

2. La minoration de l'assiette imposable grâce aux libéralités démembrées

345. Réduire l'assiette imposable permet d'obtenir un avantage fiscal immédiat. Or, démembrer le droit de propriété[1455] permet de diminuer la valeur transmise[1456]. Il est ainsi possible de donner soit un usufruit temporaire, soit la nue-propriété d'un bien immobilier tout en se réservant l'usufruit.

346. La valeur fiscale d'un usufruit dit « temporaire » c'est-à-dire dont la durée est fixe[1457], est estimée à « 23% de la valeur de la propriété entière pour chaque période de dix ans de la durée de l'usufruit »[1458]. Cette technique permet d'attribuer des revenus fonciers à l'usufruitier, tout en évitant au nu-propriétaire d'être imposé au titre de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF)[1459] ou de l'impôt sur le revenu, et de contourner le plafond prévu pour la contribution à l'entretien et à l'éducation d'un jeune majeur[1460]. Pour bénéficier de ces avantages fiscaux, le propriétaire peut donner l'usufruit temporaire de son bien à son enfant majeur pendant la durée de ses études pour qu'il bénéficie soit de l'usage du local, soit de revenus locatifs.

L'utilisation d'un usufruit temporaire[1461] n'est pas réservée aux transmissions à titre gratuit dans un cadre familial[1462]. Il est envisageable par exemple de donner un usufruit temporaire à une association reconnue d'utilité publique dans un but philanthropique et fiscal[1463], ou d'acquérir conjointement avec un bailleur social qui détiendra l'usufruit pour une durée comprise entre quinze et trente ans, afin de diminuer les frais d'achat à hauteur de 40%[1464].

[1455] SAVOURE B., Opportunités du démembrement de la propriété immobilière, *Dr. et Patri*. 2005, 137.

[1456] AULAGNIER J., L'investissement en nue-propriété, *Dr. et Patri.* 2013, 229 : l'acquisition de la nue-propriété peut également être considérée comme un investissement, par exemple pour anticiper la baisse des revenus lors de la retraite, en faisant coïncider la fin de l'usufruit et la retraite. Jean AULAGNIER évoque la notion de « valorisation mécanique » de la nue-propriété pendant le démembrement et au terme de l'usufruit.

[1457] Cela signifie que l'usufruit est cédé pour une durée convenue entre les parties. Mais en cas de décès avant la survenance de ce terme, l'usufruit est réunit automatiquement à la nue-propriété.

[1458] Art. 669 II CGI.

[1459] Art. 885 G CGI.

[1460] DOUET F., Aspects civils et fiscaux des donations d'usufruit temporaire, *JCP* N 2013, 1077.

[1461] Pour une étude d'ensemble : PETRONI-MAUDIERE N., L'usufruit temporaire, *LPA* du 19 mai 2011, n°99, p. 38.

[1462] L'usufruit temporaire peut également être détenu par la société d'exploitation dans le cadre d'un démembrement d'entreprise : *cf. infra* n°349.

[1463] De cette manière, le bien n'entre plus dans le champ de l'ISF, et il ne profite plus des revenus fonciers. V. GROSJEAN F. et HERVOIS S., Donation temporaire d'usufruit. Levier fiscal et philanthropique, *JCP* N 2013, 1201.

[1464] Dans ce cadre, le nu-propriétaire n'est pas soumis à l'ISF ni aux taxes foncières, par contre il peut déduire les intérêts d'emprunts. V. GAZAY P., L'usufruit au service de la mobilisation pour le logement, *EDUC* 2013, n°1, p. 1 ; PETRONI-MAUDIERE N., L'usufruit temporaire, *LPA* du 19 mai 2011, n°99, p. 38, spéc. n°5 et s.

347. L'avantage fiscal peut être double en donnant la nue-propriété d'un bien immobilier et en conservant l'usufruit[1465]. Ce démembrement permet de diminuer les droits à payer lors de la donation, et de ne pas payer de droits sur le bien démembré lors de la succession du donateur.

D'une part, cette donation permet de réduire les droits. En effet, l'article 669 I du Code général des impôts prévoit un barème des valeurs de l'usufruit et de la nue-propriété en fonction de l'âge de l'usufruitier. Cet avantage peut être illustré par l'exemple suivant : une femme âgée de 68 ans souhaite donner à ses deux enfants un bien d'une valeur en pleine propriété de 500 000€ :

	Si donation en pleine propriété	Si donation en nue-propriété
Valeur transmise	250 000€ à chaque enfant	250 000 x 60% =150 000€ à chaque enfant
Abattement légal	100 000€ par enfant	100 000€ par enfant
Part taxable	150 000€ par enfant	50 000€ par enfant
Droits à payer[1466]	28 194€ x 2=**56.388€**	8 194€ x 2=**16.388€**

D'autre part, lors de l'extinction de l'usufruit par décès[1467], la pleine propriété revient au nu-propriétaire sans avoir à payer de droits de mutation à titre gratuit pour la valeur de l'usufruit ainsi transmise. Cet avantage pourrait être remis en cause par l'article 751 du Code général des impôts qui prévoit une présomption de propriété à partir du moment où des biens ne sont détenus qu'en usufruit par le défunt. Pour écarter la présomption, il faut soit avoir effectué une donation régulière[1468] plus de trois mois avant le décès, soit que la donation ait été constatée dans un contrat de mariage, soit enfin que les parties prouvent la sincérité et la réalité de l'opération de démembrement[1469].

[1465] Et même de prévoir une réversion de l'usufruit au profit du conjoint survivant.
[1466] Art. 777 CGI.
[1467] L'usufruit peut également s'éteindre par donation ou par renonciation. Dans ce dernier car, soit la renonciation est faite avec une intention libérale, et par conséquent les droits de mutation à titre gratuit sont dus, soit la renonciation ne comporte pas d'intention libérale, et donc la transmission est soumise à des droits de mutation à titre onéreux. En cas de valeur nulle de l'usufruit à cause de charges importantes, seul le droit fixe de 125€ sera dû.
[1468] Com. 23 janvier 2007, n°05-14.403: *Bull. civ*. IV, n°11 : « la donation régulière permettant d'écarter la présomption de fictivité du démembrement est celle de la nue-propriété ou de l'usufruit du bien, et non la donation d'une somme d'argent permettant d'acheter fictivement la nue-propriété ou l'usufruit de celui-ci, quand bien même cette donation serait elle-même réalisée régulièrement ». V. la jurisprudence antérieure : Com. 27 janvier 1998, n°96-13.595 : *Bull*. *civ*. IV, n°4.
[1469] NEAU-LEDUC Ph., Condamnation fiscale des démembrements de propriété par la Cour de cassation, *RDC* 2007, n°4, p. 1241.

348. Le barème fiscal de l'article 669 du Code général des impôts est critiquable pour plusieurs raisons[1470].

La première raison est l'amplitude des tranches d'âges. En effet, entre 21 ans et 91 ans, les tranches d'âges vont de dix ans en dix ans, or l'espérance de vie d'une personne se trouvant dans la même tranche peut être bien différente. Par exemple, un homme ayant 61 ans a une espérance de vie d'environ 21 ans alors que celle d'un homme de 70 ans est d'environ 14 ans. En plus, l'espérance de vie évolue. Entre 2006 et 2013, un homme de 60 ans a gagné environ une année d'espérance de vie[1471].

La seconde raison concerne l'absence de distinction entre les hommes et les femmes, or là aussi leur espérance de vie est différente. Par exemple, à 40 ans un homme aurait une espérance de vie d'environ 40 ans, alors qu'une femme aurait une espérance de vie d'environ 45 ans[1472]. Enfin, les rendements peuvent être très variables selon les villes, les quartiers, les rues, et l'usage des biens.

En conséquence, la valeur fiscale ne correspond pas souvent à la réalité économique, ce qui est regrettable lors d'une succession lorsque les enfants nu-propriétaires se rendent compte que la valeur fiscale de la nue-propriété est supérieure à la valeur économique[1473]. Cependant, la valorisation fiscale est obligatoire pour la liquidation des droits d'enregistrement et de la taxe de publicité foncière, sans distinction entre des actes à caractère gratuit ou onéreux[1474]. Par contre, sur le plan civil[1475], les parties peuvent évaluer leurs droits respectifs par la « méthode de l'évaluation économique » également nommée « méthode d'actualisation des flux de revenus »[1476], qui se calcule notamment en fonction d'un taux de rendement de la manière suivante[1477] : $NP = PP/ (1+i)^n$. Et selon la « méthode Aulagnier », la pleine propriété étant égale à l'addition de l'usufruit et de la nue-propriété[1478], la formule permettant de

[1470] AULAGNIER J., Analyse critique de l'estimation des droits démembrés de l'article 669 du CGI, *Dr. et Patri.* 2004, 129. Ces critiques vont valables également pour la valorisation fiscale de l'usufruit temporaire qui ne prend ni en compte la qualité de personne physique ou morale, ni l'espérance de vie et le sexe de l'usufruitier.
[1471] V. site insee (tableau sur l'évolution de l'espérance de vie à divers âges).
[1472] V. site insee : http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?reg_id=0&ref_id=NATnon02229.
[1473] Pour des exemples chiffrés : V. AULAGNIER J., AYNÈS L., BERTREL J.-P., PLAGNET B. (sous la direction scientifique de), *Patrimoine*, t. 1, Wolters Kluwer, Coll. Lamy Droit & Patrimoine, 2014, n°265-360.
[1474] BOI-ENR-DMTOI-10-10-10 §125 – 19/11/2013.
[1475] Par exemple, lors de la répartition du produit d'une vente ou lors d'un partage successoral.
[1476] AULAGNIER J., préc.
[1477] NP : Valeur de la nue-propriété, PP : valeur en pleine propriété, i : taux de rendement du bien (déterminé par le rapport entre le loyer et l'investissement), n : la durée de l'usufruit c'est-à-dire l'espérance de vie de l'usufruitier d'après les tables de mortalité. Pour une illustration de ce calcul V. La revue fiduciaire, FH 3523, 12 décembre 2013.
[1478] BARTHELEMY D., Evaluation économique de l'usufruit : la nécessité d'une approche dualiste, *DF* 2012, 379. Dans ce sens, D. BARTHELEMY souhaite que l'évaluation de l'usufruit ne soit qu'un « sous-produit » de l'évaluation de la nue-propriété.

déterminer l'usufruit selon la méthode d'évaluation économique serait : US = PP – NP= PP - PP / $(1+i)^n$ [1479].

Le démembrement permet une meilleure valorisation du droit de propriété et aboutit à sa dématérialisation. Ce phénomène se renforce lorsque des stratégies patrimoniales visent à utiliser le démembrement dans le cadre d'une SCI.

§2. Les stratégies liées au démembrement dans le cadre de la société civile immobilière[1480]

349. En choisissant le cadre de la société civile immobilière (SCI), le propriétaire immobilier modifie volontairement la nature de son droit de propriété. En effet, les parts de SCI sont considérées comme des meubles par détermination de la loi[1481]. En contrepartie de cette perte de matérialité, le propriétaire espère optimiser la gestion et la transmission de son patrimoine[1482]. La détention d'un immeuble par l'intermédiaire d'une SCI facilite les donations puisqu'elle permet d'effectuer une décote de la valeur de l'immeuble d'au moins 10% et jusqu'à 25% si la décote est justifiée par le caractère minoritaire d'une participation dans la société, l'existence d'une clause d'agrément, ou l'absence de liquidité des parts sociales. De plus, les parts étant divisibles, il est plus facile d'effectuer une donation tous les quinze ans en profitant de l'abattement légal, et il est possible d'envisager une donation-partage[1483].

La SCI peut être combinée au schéma classique du démembrement de l'immobilier de placement à des fins de transmission (A) ou dans le cas particulier du démembrement de l'immobilier d'entreprise (B).

[1479] Pour une explication des différentes méthodes d'évaluation économique de l'usufruit : V. JurisClasseur Ingénierie du patrimoine, V° « Evaluation de l'usufruit et de la nue-propriété», par CENAC P., 1er janvier 2009.

[1480] Les développements ne sont valables que pour la SCI de droit commun régie par les articles 1845 et s. du Code civil, et non pour la société d'attribution ou la société de construction vente.

[1481] Art. 529 C. civ.

[1482] RAYNAUD B., La société civile, véhicule de transmission anticipée de patrimoine, *JCP* N 2013, 1044.

[1483] Et lors de la succession, en recueillant la nue-propriété des parts, le paiement différé des droits jusqu'à l'expiration d'un délai de six mois suivant le décès de l'usufruitier demeure possible. Et le paiement des droits pourra avoir lieu sur la valeur de la nue-propriété si annuellement des intérêts au taux légal sont payés.

A. Le schéma classique du démembrement de l'immobilier de placement à des fins de transmission

350. Avant d'envisager un démembrement dans le cadre d'une SCI, il est nécessaire de vérifier que l'objet social permette la détention, la création voire la cession de parts sociales démembrées car plusieurs façons permettent d'aboutir à un démembrement. Ainsi, par exemple[1484] :

- la donation de la nue-propriété d'un bien immobilier, puis l'apport de la nue-propriété à une SCI par les donataires : ce schéma se révèle coûteux lors de la donation puisque l'évaluation fiscale est obligatoire, et il présente un risque fiscal lors de l'apport ;
- l'apport de la pleine propriété d'un bien immobilier à une SCI, puis la donation de la nue-propriété des parts : l'apport sera taxé au titre des plus-values et le démembrement n'étant pas opéré lors de l'apport, il ne sera pas possible de recourir à l'évaluation économique pour diminuer l'assiette des droits taxables ;
- l'apport de la nue-propriété d'un bien immobilier à une SCI, puis la donation de la pleine propriété des parts. Ce dernier schéma est celui qui présente le plus d'avantages, mais il reste une stratégie à risques (1). Toutefois, certaines alternatives laissent percevoir une stratégie « idéale » (2).

1. La stratégie à risques : l'apport-donation

351. Le propriétaire qui recourt à cette stratégie souhaite surtout optimiser la transmission de son bien immobilier. Pourtant, une réponse ministérielle a précisé que « l'évaluation de la nue-propriété d'un bien apporté à une société peut-être fixée sans utiliser le barème de l'article 669 du code général des impôts. En revanche, pour la liquidation des droits de mutation dus à cette occasion, l'administration fiscale retiendra la valeur telle qu'elle résulte de l'application du barème non seulement lorsque le prix stipulé sera inférieur à la valeur vénale, mais aussi lorsqu'il sera supérieur »[1485]. Or, l'apport à titre pur et simple effectué lors de la constitution d'une SCI soumise à l'impôt sur le revenu est exonéré de droits d'enregistrement[1486]. Par conséquent, il semble que l'évaluation économique soit encore possible.

[1484] JULIEN SAINT-AMAND P., Abus de droit et démembrement de propriété, *Droit et Patrimoine* 2011, 205.
[1485] RM Grosskost, n°55175, JOAN du 28 juin 2005, p. 6466.
[1486] Art. 810 bis CGI.

352. Ainsi, la donation des parts qui suivra l'apport sera taxée sur la valeur des parts apportées, lesquelles ont été évaluées économiquement. En effet, si l'on prend toujours l'exemple d'une femme âgée de 68 ans[1487] qui souhaite donner à ses deux enfants un bien d'une valeur en pleine propriété de 500 000€, qui génère un revenu locatif de 16 800€ par an, soit un rendement de 3,36%[1488].

	Si apport calculé en valeur fiscale	Si apport calculé en valeur économique
Valeur des parts données (elles se basent sur la valeur de l'apport[1489]	250 000 x 60% =150 000€ à chaque enfant	250 000/(1+3,36%)[20]=129 089€ à chaque enfant (et suivant la « méthode Aulagnier » : 250 000-129 089=120 911€)[1490]
Abattement légal	100 000€ par enfant	100 000€ par enfant
Part taxable	50 000€ par enfant	29 089€ (20 911€) par enfant
Droits à payer[1491]	8 194€ x 2=**16 388€**	4 012€ (2 376€) x 2= **8 024€** (4 752€)

Cet écart sera d'autant plus important que le rendement du bien est élevé et que la durée de l'usufruit est longue[1492].

353. Cette stratégie présente toutefois des inconvénients et des risques fiscaux. D'abord, l'apport étant considéré comme une cession à titre onéreux[1493], le propriétaire devra acquitter la plus-value. Toutefois, pour le calcul de la plus-value, la valeur d'acquisition à retenir correspond à la fraction de la valeur d'acquisition de la pleine propriété afférente à ce droit[1494]. Cette fraction est appréciée au jour de la cession et en fonction du barème de l'article 669 du Code général des impôts. Dans le cas présent, si la donatrice a acheté son bien immobilier il y a cinq ans à un prix de 450 000€ :

[1487] Son espérance de vie est donc d'environ 20 ans.
[1488] Pour l'explication du rendement locatif : *cf. supra* n°348.
[1489] Selon les limitations que contiennent les statuts de la SCI, il serait possible d'effectuer une décote.
[1490] Pour l'explication de ces calculs : *cf. supra* n°348.
[1491] Art. 777 CGI.
[1492] JULIEN SAINT-AMAND P., préc.
[1493] BOI-RFPI-PVI-10-30 §100.
[1494] Mémento Francis Lefebvre, Fiscal, 2014, 32310.

Prix de cession	258 178€ (129 089€ x2)
Prix d'acquisition	450 000x60%=270 000€ (Art. 669 CGI)
Frais d'acquisition à titre onéreux (7,5%)	20 250€
Prix d'acquisition corrigé	290 250€
Plus-value brute	- 32 072€
Plus-value nette	Absence de plus-value

Ainsi que le démontre cet exemple, selon les cas, cet inconvénient est gommé.

Par ailleurs, pendant la durée du démembrement, l'usufruitier sera imposable au titre de l'ISF sur la valeur du bien en pleine propriété[1495]. Il sera seulement dispensé de déclarer la valeur des titres qu'il a reçu en échange[1496]. De son côté, le donataire sera imposé au titre de l'ISF sur la valeur vénale des parts dont il est le bénéficiaire.

354. De plus, la réalisation de cette stratégie est contestée par l'administration fiscale et le Comité de l'abus de droit fiscal (CADF), lesquels considèrent que l'apport de la nue-propriété suivi d'une donation des parts dissimule une donation directe de la nue-propriété des biens afin d'éviter l'application du barème de l'article 669 du Code général des impôts[1497]. Ils fondent leur contestation sur l'article L.64 du Livre des procédures fiscales qui dispose que « (…) l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles (…)». L'Administration fiscale a donc une vision extensive de l'abus de droit puisqu'il peut concerner aussi bien un abus par simulation tel qu'un acte fictif ou encore un acte déguisé, mais également un abus par fraude à la loi[1498], dès lors que l'auteur du montage a fait une utilisation du texte contraire aux intentions de son auteur et qu'il a poursuivi un but exclusivement fiscal[1499].

[1495] Art. 885 G CGI.
[1496] BOI-PAT-ISF-30-20-20 §140.
[1497] JULIEN SAINT-AMAND P., préc.
[1498] CE 27 septembre 2006, *Sté Janfin*, n°260050 : *Rec. Lebon* p. 401.
[1499] Sur la définition de l'abus de droit dans le cadre de la stratégie fiscale, V. FERNOUX P., *Gestion fiscale du patrimoine*, Groupe Revue Fiduciaire, Coll. Pratiques d'Experts, 18e éd., 2013, pp. 68 et s., nos143 et s.

355. En matière d'apport-donation, l'administration fiscale s'est escrimée à invoquer le caractère fictif d'une société constituée uniquement de la nue-propriété d'un immeuble. Malgré une jurisprudence qui paraissait largement favorable à cette pratique[1500], la Cour de cassation a fini par plier et ce, par deux décisions : d'abord dans l'arrêt *Saunier* du 15 mai 2007 qui concernait l'apport de la nue-propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières[1501], puis dans l'arrêt *Wurstenberg* du 13 janvier 2009 qui avait trait à un apport de la nue-propriété d'un bien immobilier situé à Nice et d'une somme de 1 524€[1502]. Dans ce dernier arrêt, la Cour a estimé que la société n'était pas en mesure d'assurer la gestion de son patrimoine étant donné que l'apport financier était dérisoire, et que l'apport en nue-propriété ne permettait ni la recherche de profits, ni la réalisation de bénéfices. Elle en a donc conclu que la société civile immobilière était fictive et elle a requalifié la donation de parts sociales en donation de l'immeuble.

356. Enfin, au regard de la présomption de propriété de l'article 751 du Code général des impôts, la situation de la société civile immobilière n'est pas assurée. En effet, l'article 751 indique qu'il y a une présomption de pleine propriété lorsque le défunt possède des biens pour l'usufruit et que ses héritiers ou une personne interposée définie par l'article 911, alinéa 2, du Code civil détiennent la nue-propriété. Or, cet alinéa 2 donne une liste des personnes qui sont présumées interposées : les père et mère, les enfants et les descendants, et l'époux. Et ce n'est qu'à l'alinéa 1er que sont visées les personnes interposées, physiques ou morales. Par conséquent, pour l'heure, il y a lieu de penser que la présomption ne tiendrait pas, mais il est possible que cela soit un jour rectifié pour tenir compte de la dématérialisation du droit de propriété[1503].

Ainsi, l'apport-donation est une stratégie très avantageuse à des fins de transmission par un certain allégement fiscal, mais elle est soumise à de nombreux risques, notamment la requalification en donation indirecte. C'est pourquoi certaines alternatives sont envisageables afin d'élaborer une stratégie « idéale ».

[1500] V. COZIAN M., Abus de droit, apport-cession et apport-donation : la Cour de cassation serait-elle en train de perdre le cap ?, *JCP* N 2007, 1242.
[1501] Com. 15 mai 2007, n°06-14.262 : *Bull. civ*. IV, n°132.
[1502] Com. 13 janvier 2009, n°07-20.097.
[1503] HUBLOT G., Pratique des sociétés civiles immobilières, *JCP* G 2010, n°48, 1192.

2. Les alternatives en vue d'une stratégie « idéale »

357. Etant donné que l'apport-donation est une stratégie avantageuse, les praticiens ont cherché à sécuriser l'opération pour pouvoir faire bénéficier le propriétaire des avantages tout en minimisant les risques.

Tout d'abord, l'objet social doit expliquer le but de la société afin de démontrer un intérêt social. Par exemple, en présence de deux enfants cela pourra être d'éviter une indivision, ou encore un souhait de croissance par la détention en nue-propriété puisque la nue-propriété augmente en valeur au fur et à mesure que l'espérance de vie de l'usufruit diminue. De plus, il convient d'attendre au moins un exercice entre l'apport et la donation pour éviter les doutes de fraude fiscale. Enfin, il est important de tenir la comptabilité et de réunir l'assemblée générale tous les ans. Cela prouve l'existence d'une vie sociale.

Ces différents éléments n'ont pas été retenus par la Cour de cassation dans l'arrêt *Wurstenberg*, mais ils donnent des moyens de prouver la réalité de la société. Si l'on suit l'arrêt *Wurstenberg*, il faudrait en plus donner la possibilité à la SCI d'avoir un fonctionnement propre.

Pour ce faire, le propriétaire peut apporter en même temps que la nue-propriété de son bien immobilier, un portefeuille de valeurs mobilières en pleine propriété significatif, c'est-à-dire suffisant pour payer des grosses réparations. Cette stratégie assure la réalité de la SCI, mais il existe toujours un risque au regard de l'article 751.

Ou alors, le propriétaire peut apporter la pleine propriété d'un autre immeuble afin de procurer des revenus locatifs à la société. Cette solution assure également la réalité de la SCI, mais elle n'évite pas le risque de l'article 751 et elle n'est pas favorable au regard de l'ISF. En effet, l'article 885 G du Code général des impôts s'applique sans exception. Cela signifie que l'usufruitier sera taxé au titre de l'ISF sur la pleine propriété de l'immeuble qu'il a apporté et sur les parts qu'il a reçu en contrepartie de l'apport. Pour éviter le risque de l'article 751, et la double taxation au titre de l'ISF, certains contribuables ont imaginé d'apporter l'usufruit restant à une deuxième SCI. L'usufruit n'existant plus dans le patrimoine du défunt, l'article 751 ne peut plus s'appliquer. De plus, ils ne sont taxés à l'ISF que sur la valeur des parts qu'ils détiennent dans chaque SCI. Or, l'Administration fiscale a averti qu'elle poursuivra ces cessions d'usufruit temporaires en abus de droit[1504]. En outre, l'article 13 du Code général des impôts impose désormais les cessions d'usufruit temporaire portant sur bien immobilier

[1504] BOI-PAT-ISF-30-20-20 §200.

productif de revenus comme des revenus fonciers[1505]. La réponse ministérielle Lambert a cependant précisé que l'usufruit cédé à une société devait être considéré comme un usufruit temporaire même si le cédant était titulaire d'un usufruit viager[1506]. Il en est de même si l'usufruit et la nue-propriété sont cédés en même temps.

358. Ainsi, la fictivité de la SCI peut être évitée mais d'autres inconvénients guettent le propriétaire immobilier en quête d'optimisation patrimoniale. La SCI doit correspondre à une volonté de gestion pour être optimale. Dans ce cas, le propriétaire devra apporter au moins un bien en pleine propriété dans la SCI et donner éventuellement une quote-part de nue-propriété à ses enfants. De cette manière, la stratégie se fonde sur le mécanisme sociétaire. En effet, le propriétaire originaire détient encore l'usufruit des parts sociales. Or, selon l'article 1844 alinéa 3 du Code civil « si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-propriétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier ». Et l'alinéa 4 précise qu'il est possible de déroger à cette disposition, c'est-à-dire de créer des *golden shares*.

359. Par définition, une *golden share* est « une part sociale ou une action de préférence qui concentre des avantages en droit à dividendes et en droits de vote »[1507]. En pratique, cela consiste à conférer des droits supérieurs à certaines parts ou actions, en multipliant en principe temporairement les droits affectés aux *golden shares*[1508].
Quant aux droits de vote, la jurisprudence a indiqué que la dérogation de l'alinéa 4 de l'article 1844 ne devait pas porter atteinte aux droits du nu-propriétaire de participer aux décisions collectives[1509]. Mais elle a admis qu'un usufruitier ait le droit de vote pour les assemblées générales ordinaires et extraordinaires[1510]. Il serait donc possible d'attribuer à l'usufruitier l'intégralité des droits de votes[1511], à condition de convoquer les nu-propriétaires aux

[1505] MICHEL M., La cession d'usufruit temporaire, *RFN* 2014, 7.
[1506] RM *Lambert*, n°15540, JOAN du 2 juillet 2013, p. 6919.
[1507] HOVASSE H., Les alternatives au démembrement de propriété, *JCP* N 2012, n°36, 1319, n°10.
[1508] Exemple : lors de la constitution de la SCI, la mère apporte le bien immobilier en pleine propriété d'une valeur de 500.000€ et chacun des deux enfants la somme de 500€. Puis elle apporte la somme de 2.000€. Si une part est égale à un droit de vote, et si elle souhaite rester majoritaire lorsqu'elle aura donné la nue-propriété de la majorité des parts, pour le temps de son usufruit, il conviendra d'attribuer un droit de vote multiplié par mille à ses 2000 parts.
[1509] Com. 4 janvier 1994, n°91-20.256 : *Bull. civ.* IV, n°10. Et concernant une SCI : Com. 22 février 2005, n°03-17.421.
[1510] Com. 2 décembre 2008, n°08-13.185.
[1511] L'arrêt du 2 décembre 2008 concernait une décision de fusion-absorption par l'usufruitier, or, la sanction de l'abus du droit de vote ou de l'abus d'usufruit ne permettait pas d'annuler la fusion-absorption. Dans ce cas, seul le manquement à l'intérêt social pouvait aboutir à cette sanction. Et à la vue de l'évolution de la jurisprudence

assemblées[1512]. Par conséquent, l'usufruitier pourrait conserver les pouvoirs politiques tout en ayant droit aux bénéfices, si cela est prévu dans les statuts[1513]. Cette solution va tout de même à l'encontre d'une gestion familiale de la société, notamment si elle concerne l'immobilier d'entreprise[1514]. Il serait donc plus équilibré de laisser des prérogatives au nu-propriétaire pour éviter que l'usufruitier soit le seul maître à bord.

Quant aux droits aux bénéfices, si l'usufruitier a le droit de jouir des fruits[1515], la haute juridiction a admis qu'une décision collective des associés puisse modifier la répartition des bénéfices au profit des nu-propriétaires[1516]. Ainsi, aux termes d'une assemblée générale ayant statué à l'unanimité, les associés ont décidé de répartir pendant cinq ans les bénéfices à hauteur de 17% pour chaque parent usufruitier, et à hauteur de 30% pour chacun des deux enfants, au lieu de 95% au profit des parents. Pour la Cour de cassation, « (…) les bénéfices réalisés par une société ne participent de la nature des fruits que lors de leur attribution sous forme de dividendes, lesquels n'ont pas d'existence juridique avant la constatation de l'existence de sommes distribuables par l'organe social compétent et la détermination de la part attribuée à chaque associé (…) ». Cette stratégie n'est donc pas considérée comme une donation indirecte, ainsi que l'a confirmé l'administration fiscale en intégrant l'arrêt du 18 décembre 2012 au Bofip[1517].

Dans une même logique, l'organisation sociétaire permet au gérant usufruitier des parts d'une SCI de mettre en réserve les bénéfices réalisés par la société sans que cela soit considéré par la jurisprudence comme une donation[1518]. Par conséquent, la valeur des parts augmente, mais cela ne sera pas soumis aux droits de mutation à titre gratuit lors de la succession[1519].

360. La stratégie patrimoniale dépend de nombreux facteurs, tels que l'importance du patrimoine et la volonté des propriétaires quant à l'objectif de la stratégie et quant aux risques qu'ils sont prêts à prendre. La méthode utilisée peut s'appuyer sur le démembrement, sur

---

vers la théorie institutionnelle de l'intérêt social, il est possible que l'arrêt du 2 décembre 2008 fasse l'objet d'un revirement.

[1512] À l'inverse, il n'est pas possible d'attribuer tous les droits de vote aux nu-propriétaires : Com. 31 mars 2004, n°03-16.694 : *Bull. civ.* IV, n°70.

[1513] BLETTERIE Ph., La répartition des prérogatives attachées à l'usufruit des droits sociaux, *JCP* N 2008, n°25, 1229.

[1514] PRIEUR P., SCHILLER S., REVET Th., et MORTIER R., L'usufruit de droits sociaux, Quelle place pour la liberté contractuelle ?, *JCP* N, 2010, n°23, 1221.

[1515] Art. 582 C. civ.

[1516] Com. 1 décembre 2012, n°11-27.745 : *Bull. civ.* IV, n°230.

[1517] BOI-ENR-DMTG-20-10-10 §100.

[1518] Com. 10 février 2009, n°07-21.806 : *Bull. civ*. IV, n°19.

[1519] Sur les conséquences civiles et fiscales de la mise en réserve, V. CORNILLEAU V., Associés usufruitiers : mettre en réserve n'est pas donner, *RFN* 2009, 4.

l'aspect sociétaire, voire sur un bail emphytéotique[1520]. Mais il est vain de vouloir dresser une typologie des stratégies, en raisons de leur diversité et de leur possible combinaison. Le cas particulier du démembrement d'entreprise permet de visualiser certaines de ces combinaisons intervenant entre la SCI et le démembrement.

B. Le cas particulier du démembrement de l'immobilier d'entreprise

361. L'immobilier d'entreprise se définit par opposition à l'immobilier de placement et comme un bien immeuble « utilisé pour l'exercice d'une exploitation commerciale, industrielle, agricole ou libérale, et ce indépendamment de son mode de détention »[1521]. Il existe de nombreuses manières de détenir l'immobilier d'une entreprise : de façon directe ou indirecte, dans le patrimoine privé ou professionnel[1522]. Ainsi, l'immeuble peut être détenu directement par la société d'exploitation. Ce mode de détention facilite la gestion puisqu'il n'y pas besoin d'organiser un rapport juridique permettant à l'entreprise d'exercer son activité dans ce bien. Il est également avantageux en période de détention car il permet la déduction des frais financiers, de la taxe foncière, des dépenses de réparations et même des frais d'acquisition. Par contre, lors de la cession, le coût fiscal sera important[1523]. Schématiquement, lorsqu'une SCI possède la pleine propriété de l'immeuble, cela inverse les difficultés. Pendant la phase de détention, le bail conclu entre la SCI et la société d'exploitation génère des revenus fonciers qui sont imposables au titre de l'impôt sur le revenu de chaque associé. Cela crée donc une augmentation substantielle d'impôt sur le revenu[1524]. Et lors de la cession, le régime de la plus-value des particuliers s'avère avantageux en raison de l'abattement pour durée de détention. Ainsi, l'objectif serait de cumuler les avantages lors de la détention et lors de la cession.

Certaines stratégies permettent d'optimiser la gestion de l'immobilier d'entreprise : le crédit-bail immobilier qui est un instrument de financement et assure une fonction de garantie[1525], le bail à construction, qui confère un droit réel et divise temporairement l'immeuble[1526], et le

[1520] HOVASSE H., préc., n[os]19 et s.
[1521] JurisClasseur Ingénierie du patrimoine, V° « Immobilier d'entreprise », par THIERY F., 1[er] janvier 2009.
[1522] BAFFOY G., Modes de détention de l'immobilier d'entreprise, *RFN* 2013, n°5, Etude 17.
[1523] Art. 219 CGI : 15% jusqu'à 38 120€ de bénéfice imposable, et 33,1/3% au-delà, et sans abattement pour durée de détention.
[1524] GAUDET R., Les opportunités du démembrement de propriété de l'immobilier d'entreprise, *LPA* du 27 janvier 2010, n°19, p. 5.
[1525] *Cf. supra* n[os]311 et s. Pour une application pratique d'une opération de crédit-bail, V. LAVAUD R., Aspects fiscaux de la conclusion d'une opération de crédit-bail immobilier sous forme de cession-bail, *Rép. Defrénois* 30 août 2013, n°15-16, p. 789.
[1526] *Cf. supra* n°346.

démembrement des utilités juridiques du droit de propriété[1527] combiné à la SCI. Cette combinaison opère une ultime dématérialisation du droit de propriété, de nature intrinsèque lorsqu'elle porte sur l'immeuble (1), et de nature extrinsèque lorsqu'elle porte sur les parts sociales d'une SCI propriétaire de l'immeuble (2).

1. La dématérialisation intrinsèque portant sur l'immeuble

362. Dans ce cas, la propriété de l'immeuble est démembrée entre la nue-propriété confiée à la SCI, et l'usufruit qui est détenu par la société d'exploitation. À l'usufruit ou à la nue-propriété vont correspondre des droits sociaux. Deux méthodes permettent d'aboutir à cette dématérialisation intrinsèque de l'immeuble : l'acquisition démembrée *ab initio* et la cession postérieure de l'usufruit ou de la nue-propriété.

363. En premier lieu, l'acquisition démembrée *ab initio* est optimale car elle « permet de choisir immédiatement la meilleure solution pour la détention et la gestion » de l'immobilier d'entreprise[1528]. Avec cette stratégie, la SCI nue-propriétaire ne reçoit pas de revenus fonciers. Par conséquent, les associés ne voient pas leur impôt sur le revenu augmenter, mais ils ne pourront pas déduire les intérêts d'emprunt[1529]. De son côté, la société d'exploitation n'a pas besoin d'un bail pendant toute la durée de l'usufruit. Toutefois, il peut sembler utile de conclure une promesse de bail et de l'enregistrer afin d'asseoir son maintien dans les lieux. L'usufruit et la nue-propriété vont être inscrits aux bilans de chacune des sociétés pour leur valeur économique[1530]. La société d'exploitation va pouvoir déduire les frais d'acquisition de l'usufruit. L'usufruit est considéré comme un actif incorporel qui peut faire l'objet d'un amortissement[1531]. Par conséquent, lors de l'extinction de l'usufruit, le jeu de l'amortissement donnera une valeur nette comptable de l'usufruit égale à zéro. L'usufruit rejoint la nue-propriété sans aucune taxation. La SCI devient pleinement propriétaire de l'immobilier d'entreprise. Lors de la cession de l'immeuble, elle sera soumise au régime de la

[1527] *Cf. supra* n°186.
[1528] REBATTET P., *Le démembrement de l'immobilier d'entreprise*, Lexisnexis, Coll. Précis Fiscal, 2013, p. 144, n°454.
[1529] RM *Warsmann,* n°2685, JOAN du 11 décembre 2007, p. 7819 : les intérêts d'emprunt ne sont déductibles que si la société usufruitière donne l'immeuble en location et génère des revenus fonciers, ou encore s'il s'agit selon l'article 31 I 1° d CGI d'un organisme d'habitations à loyer modéré une société d'économie mixte ou à un organisme disposant de l'agrément prévu à l'article L.365-1 CCH.
[1530] IMBERDIS R., Démembrement du droit de propriété d'un immeuble – un cas de métempsycose comptable, *JCP* E 2007, n°5, 1144.
[1531] CORNILLEAU V. et MÜLLINGHAUSEN P., Démembrement de propriété et acquisition de l'immobilier professionnel (1re partie), *RFN* 2009, n°9, Etude 14, nos20 et s.

plus-value des particuliers, et la durée de détention pour l'abattement est calculée à partir de l'acquisition des droits démembrés et « d'une manière générale, lorsque l'usufruit a été acquis par voie d'extinction, son prix d'acquisition est nul. Toutefois, il est admis de retenir pour le calcul de la plus-value immobilière imposable, la valeur vénale de chacun des droits (donc la valeur de la pleine propriété) à la date d'entrée de la nue-propriété dans le patrimoine du cédant »[1532].

Enfin, les risques de requalification par l'administration fiscale en abus de droit, abus de bien social, ou en acte anormal de gestion, semblent assez faibles à partir du moment où cette stratégie n'a pas qu'un but fiscal, et que les sociétés ont un intérêt juridique et économique[1533].

364. En second lieu, il est possible de créer cette situation par la cession soit de l'usufruit à la société d'exploitation, soit de la nue-propriété à la SCI.

D'une part, la cession d'usufruit temporaire par la SCI à la société d'exploitation est moins avantageuse depuis que l'article 13 du Code général des impôts prévoit que sa cession est considérée comme des revenus fonciers[1534]. En dehors d'un certain avantage comptable pour la SCI qui bénéficie du prix de cession de l'usufruit, cette stratégie possède les mêmes caractéristiques que celles d'une acquisition démembrée *ab initio*. Et si l'usufruit n'est pas surévalué, le risque que l'opération soit considérée comme un abus de droit ou un acte anormal de gestion semble peu probable[1535].

D'autre part, la cession de la nue-propriété par la société d'exploitation à une SCI soumise à l'impôt sur le revenu ou à son dirigeant est intéressante en vue d'une cession de l'entreprise, mais elle nécessite une capacité de financement du cessionnaire[1536]. Elle permet d'alléger le bilan de la société d'exploitation mais le coût fiscal de la cession est important. En effet, étant donné que l'immeuble sort du bilan, il doit être taxé selon les plus-values soumises à l'impôt sur les sociétés[1537]. En dehors de ces spécificités, la cession de la nue-propriété possède les mêmes avantages que les autres dématérialisations intrinsèques.

Mais la pratique en vogue est d'effectuer une dématérialisation extrinsèque portant sur les parts sociales.

[1532] BOI-RFPI-PVI-20-10-20-10 §220.
[1533] CORNILLEAU V. et MÜLLINGHAUSEN P., préc., n^{os}23 et s.
[1534] Art. 13 2° a CGI. Avant 2013, la cession d'usufruit temporaire était imposée selon le régime des plus-values.
[1535] FROMENTIN X. et TRICHEREAU M., Démembrement de propriété de l'immobilier d'entreprise – Ingénierie financière et abus de droit, *RFN* 2011, n°5, étude 9, n°21.
[1536] REBATTET P., *op. cit.*, p. 148, n°473.
[1537] Art. 219 I-a quater CGI.

2. La dématérialisation extrinsèque portant sur les parts sociales

365. Dans ce contexte, la dématérialisation est extrinsèque car la SCI détient la pleine propriété de l'immobilier d'entreprise, et ce ne sont que les parts sociales qui font l'objet d'un démembrement. Ainsi, la société d'exploitation possède l'usufruit des parts, et des associés personnes physiques détiennent la nue-propriété des parts. Cette technique est recommandée pour construire un immeuble destiné à l'exploitation[1538]. Pour constituer un tel démembrement sur les parts sociales, soit le démembrement a été conçu *ab initio*, soit un associé a cédé l'usufruit des parts sociales à la société d'exploitation.

366. Pour concevoir un démembrement *ab initio*, il faut que le dirigeant et la société d'exploitation aient chacun effectué des apports en numéraire et que ces apports soient rémunérés par des parts en usufruit pour la société d'exploitation et par des parts en nue-propriété pour le dirigeant. Or une telle rémunération semble poser des difficultés relatives au droit des sociétés quant à la qualité d'associé de l'usufruitier[1539], et relatives au droit des biens quant à la création *ex nihilo* d'un démembrement du droit de propriété[1540]. Par conséquent, au lieu d'effectuer un démembrement *ab initio*, il est parfois préféré de faire une cession de l'usufruit des parts. Cela signifie que la société d'exploitation et le dirigeant apportent du numéraire et sont rémunérés par des parts en pleine propriété. Par la suite, le dirigeant cède l'usufruit de ses parts à la société d'exploitation. Puis, la SCI achète le terrain et fait réaliser les constructions. Enfin, la SCI et la société d'exploitation conviennent d'un bail.

367. Dans ce cas, la société d'exploitation améliore sa trésorerie puisqu'elle est à la fois locataire et usufruitière. Cela lui permet également d'assurer un contrôle sur son maintien dans les lieux. La société d'exploitation procède à l'amortissement de l'usufruit. Elle peut

[1538] CORNILLEAU V. et MÜLLINGHAUSEN P., Démembrement de propriété et acquisition de l'immobilier professionnel (2e partie), *RFN* 2009, n°10, Etude 15, n°29.

[1539] La doctrine semble divisée sur la qualité d'associé de l'usufruitier alors qu'il possède bien une propriété démembrée. La doctrine majoritaire, à la suite de l'arrêt Com. 4 janvier 1994, n°91-20.256, préc., semble penser que seul le nu-propriétaire a la qualité d'associé : dans ce sens : CHAZAL J.-P., L'usufruitier et l'associé, *Rép. Defrénois*, 30 juin 2000, n°12, p. 743 ; DAIGRE J.-J., Un arrêt de principe : Le nu-propriétaire de droits sociaux ne peut pas être totalement privé de son droit de vote (À propos de Cass. com. 4 janvier 1994), *Bull. Joly Sociétés* 1994, n°3, p. 249 ; Répertoire Dalloz de droit des sociétés, V° « Usufruit des droits sociaux », par ZENATI-CASTAING F., janvier 2014. *Contra* : DERRUPPÉ J., Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou actions, *Rép. Defrénois*, 30 septembre 1994, n°18, p. 1137 ; DERRUPPÉ J., De l'ineptie de refuser à l'usufruitier la qualité d'associé, *Rép. Defrénois,* 15 mars 1997, n°5, p. 290.

[1540] GARÇON J.-P., Un montage inquiétant : le démembrement *ab initio* du capital social souscrit en numéraire, *JCP* N 2003, 1609 ; REBATTET P., *op. cit*., pp. 212-213, n°642 ; CORNILLEAU V. et MÜLLINGHAUSEN P., préc., n°5. Or, la pleine propriété est bien réunie au sein de la société. Un tel démembrement ne semble être qu'une répartition des utilités juridiques du droit de propriété.

aussi déduire les droits d'enregistrement et les intérêts d'emprunt pour l'acquisition de l'usufruit.

De son côté, malgré la conclusion du bail, la SCI ne génère pas de revenus fonciers. En effet, selon l'article 238 bis K du Code général des impôts l'usufruit des parts sociales étant détenu en totalité par une société soumise à l'impôt sur les sociétés, les résultats de la SCI sont également imposables selon le régime de l'impôt sur les sociétés. Par conséquent, la société d'exploitation amortit l'usufruit des parts sociales, et la SCI amortit le bien en pleine propriété inscrit à son actif. De plus, la SCI pourra déduire les frais d'acquisition et les intérêts d'emprunt. À l'extinction de l'usufruit, la SCI sera de nouveau soumise à l'impôt sur le revenu. Ainsi, une éventuelle cession sera soumise à la plus-value immobilière des particuliers. Et le délai de détention des parts sera calculé à partir de l'acquisition de la nue-propriété.

368. Ce schéma présente de nombreux avantages mais il est surveillé par l'administration fiscale au niveau de l'abus de droit et de l'acte anormal de gestion. Cependant, l'évaluation fiscale de l'usufruit cédé[1541] devrait assurer une certaine « sécurité fiscale [1542]». Par ailleurs, l'usufruit de droits sociaux nécessite une grande rigueur dans la rédaction des statuts pour répartir les prérogatives de l'usufruitier et du nu-propriétaire[1543].

[1541] CORNILLEAU V. et MÜLLINGHAUSEN P., préc., n°28.
[1542] GAUDET R., Les opportunités du démembrement de propriété de l'immobilier d'entreprise, *LPA* du 27 janvier 2010, n°19, p. 5.
[1543] Sur ce point V. GARINOT J.-M., Les dangers de l'usufruit des droits sociaux, *JCP* E 2010, n°50, 2111.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

369. La dématérialisation est un stade avancé de l'instrumentalisation, puisqu'elle permet de rentabiliser le droit de propriété portant sur un immeuble, c'est-à-dire de mettre en avant sa valeur. Cette rentabilisation s'effectue par la concession d'une garantie juridique ou par la recherche d'avantages fiscaux. Pour arriver à ses fins, le propriétaire crée volontairement ces limitations pour faire fructifier son droit de propriété ou pour faciliter sa transmission dans un cadre familial ou professionnel. Or, ces formes d'instrumentalisation emportent des conséquences sur le droit de propriété, qui ne sont pas neutres.

370. D'une part, lorsque le droit de propriété est utilisé dans une fonction de garantie patrimoniale, il est alors envisagé comme « la reine des sûretés »[1544]. Une telle comparaison entre le droit de propriété et une sûreté semble tout à fait contradictoire puisqu'une sûreté est l'accessoire d'une créance. Pourtant, le droit de propriété émet bien des valeurs qui s'apparentent à des sûretés ou, d'une manière plus générale, à des garanties. Ces valeurs juridiques et économiques sont émises par le droit de propriété. Puis, soit elles sont conservées par le propriétaire en attendant le paiement du prix, soit elles intègrent un patrimoine distinct de celui du propriétaire originaire. Dans ces deux situations cela permet aux créanciers d'avoir une exclusivité sur ces valeurs. Il n'y a alors plus qu'un pas à franchir pour dire que cette exclusivité démontre que les créanciers bénéficient d'une forme d'appropriation. Pour autant, ils n'ont pas le droit de propriété de l'article 544 du Code civil. Ils ont seulement droit à certaines de ses valeurs. Les bénéficiaires de propriétés-garantie ont une *propriété finalisée*.

371. D'autre part, quand le droit de propriété est instrumentalisé à des fins de stratégie patrimoniale, le propriétaire met en œuvre plusieurs procédés qui très souvent s'additionnent pour des raisons fiscales. Il va améliorer le rendement de son immeuble dès son achat, ou lors de la vente. Et il pourra y adjoindre soit une libéralité complexe ou démembrée, soit une SCI, dans un but de transmission familiale et/ou de gestion de son entreprise. Ces opérations déplacent le droit de propriété du patrimoine du propriétaire originaire vers un autre patrimoine, celui du donataire ou celui de la SCI. Mais ce transfert est uniquement motivé par la valeur fiscale du droit de propriété.

[1544] SÉNÉCHAL M., Sûreté et procédures collectives, à la recherche d'un équilibre, *in* Mél. LE CANNU, Dalloz, 2014, p. 771, spéc. p. 772.

372. Par conséquent, la dématérialisation du droit de propriété en matière immobilière constitue un processus qui force le droit de propriété soit à émettre des valeurs juridiques et économiques au profit de créanciers, soit à être assimilé lui-même à une valeur fiscale. Ce processus fonctionne le plus souvent par l'interposition d'un patrimoine qui contient ces valeurs. Il crée alors une *propriété finalisée* c'est-à-dire qui est instrumentalisée dans un but déterminé par le propriétaire originel.

Ce sont ces valeurs juridiques, économiques et fiscales émises par le droit de propriété qui constituent des limitations au droit de propriété, et qui témoignent de son adaptation par le processus de dématérialisation.

CONCLUSION DU TITRE 2

373. Les démembrements des utilités du droit de propriété prouvent que ce droit peut être concurrencé par de nouvelles formes d'appropriation. Lors d'un démembrement, les avantages émis par le droit de propriété porte directement ou indirectement sur l'immeuble. Leurs bénéficiaires sont en mesure de se comporter comme les propriétaires de l'immeuble, voire d'en devenir les véritables propriétaires. L'équilibre entre les intérêts du propriétaire et des bénéficiaire des avantages, ainsi qu'une limitation temporelle permettent d'éviter que ces *propriétés instrumentales* vident le droit de propriété de ses utilités.
D'une autre manière, les divers modes de dématérialisation du droit de propriété ont créé d'autres formes d'appropriation, lesquelles correspondent à un objectif économique. Il n'y a donc pas un risque de déséquilibre ou de concurrence entre le propriétaire et le bénéficiaire de la valeur du droit de propriété puisque ces processus correspondent à la volonté du propriétaire. Ces *propriétés finalisées* constituent des aspects complémentaires du droit de propriété. Toutefois, une telle assimilation du droit de propriété à sa valeur ne correspond pas à la conception classique de l'article 544 du Code civil.

374. Ainsi, les démembrements et la dématérialisation constituent des limitations qui instrumentalisent le droit de propriété, en créant de nouvelles formes d'appropriation : des *propriétés instrumentales* et *finalisées.*

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

375. Face à ses limitations, l'adaptation du droit de propriété est remarquable, dans sa définition et dans sa forme.

D'abord, il semblait que le droit de propriété se définissait par ses composantes : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Pourtant, un propriétaire détient de moins en moins les trois attributs. Il peut les perdre face à une autorité publique, temporairement par un emplacement réservé, ou pour toujours lors d'une expropriation. De façon plus détournée, l'un ou plusieurs de ses attributs peut être limité, pour des raisons écologiques ou urbanistiques. Dans d'autres situations, il peut les perdre par un démembrement plus au moins volontairement, selon qu'il le subit ou pas.

Ensuite, la forme du droit de propriété a évolué. En 1789, l'idée était de mettre fin à la division entre une propriété éminente et une propriété utile. Ainsi, le droit de propriété, en tant que droit réel devait porter sur une chose *a priori* matérielle, qui formait un tout indivisible. Or, ainsi que l'a expliqué le Conseil constitutionnel en 1982, le domaine du droit de propriété s'est diversifié[1545]. Il peut dorénavant porter sur des valeurs mobilières, des créances ou des biens publics. Il peut être démembré en fonction de l'utilité que l'on attend de lui : l'utilité juridique tel qu'un droit de jouissance spécial, l'utilité économique par la conclusion d'un bail commercial, ou encore l'utilité sociale au profit du locataire d'un immeuble à usage d'habitation. Il s'est également dématérialisé en devenant une garantie au profit de créanciers, se comportant comme l'accessoire d'une créance.

376. Ainsi, le droit de propriété fait face à des limitations qui proviennent de tous horizons : la liberté accordée au propriétaire, pour démembrer ou dématérialiser son bien, influence la forme du droit de propriété ; les autorités publiques qui mettent en avant l'intérêt général de leurs projets d'urbanisme ou écologique exercent une pression constante sur le droit de propriété. L'arsenal des limitations est si complet qu'il est possible de se demander si le droit de propriété est réellement protégé. D'emblée il y a lieu de se rassurer en pensant à la valeur fondamentale du droit de propriété. Néanmoins, il convient de se demander si l'étendue de la protection du droit de propriété sera suffisante pour assurer un avenir idoine au droit de propriété et l'effectivité du caractère fondamental, annoncé, de ce droit. Contre toute

[1545] Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, cons. 16, préc.

attente, les limitations jouent un rôle de catalyseur : elles deviennent malgré elles les vecteurs de la protection du droit de propriété.

PARTIE 2. LES LIMITATIONS, VECTEURS DE PROTECTION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

377. « Comment les propriétés persévèrent dans l'être ? À cette question légèrement teintée de spinozisme, on ne serait pas étonné de trouver une réponse prosaïquement prudente : « tant bien que mal ». (…) Il est (…) utile de rechercher comment, même d'une limitation qui lui est applicable, la propriété s'accommode, et peut ressortir fraîche là où on l'attendait écrasée »[1546].

En effet, le droit de propriété s'est adapté aux multiples limitations dont il est à la fois la cible et l'épicentre. Face à ce phénomène, le domaine du droit de propriété s'est élargi mais en même temps la notion s'est diluée[1547]. En outre, l'influence du démembrement des utilités du droit de propriété et de sa dématérialisation pour sa valeur laissent penser que le droit de propriété est devenu un outil dont se sert le propriétaire. Le droit de propriété est ainsi un moyen d'accomplissement pour chaque propriétaire, privé ou public. Il peut même être parfois considéré comme un moyen de production lorsqu'il est l'outil de travail ou lorsqu'il permet un financement. Les limitations du droit de propriété ont forcé le droit de propriété à évoluer en même temps que la société. Ainsi, malgré toutes ses limitations et même s'il a évolué le droit de propriété reste bel et bien un pilier de la société.

378. Les limitations constituent des témoins de l'adaptation du droit de propriété, mais elles sont de manière encore plus surprenante les vecteurs de sa protection. Une telle conclusion se déduit de la réaction des juges face aux limitations portées au droit de propriété. Les juges internes et européens ont encadré les limitations et ont sanctionné celles qui portaient atteinte au droit de propriété. Ils ont également renforcé le droit de propriété en lui conférant une valeur fondamentale. Toutefois la question qui se pose est de savoir si ces réactions judiciaires suffisent à assurer un équilibre entre les limitations et le droit de propriété, puis à le stabiliser. De la réponse à cette interrogation dépend l'avenir du droit de propriété.

379. Les limitations se sont non seulement multipliées mais aussi diversifiées. C'est donc en examinant la manière dont elles sont traitées, par le législateur et par les juges, que

[1546] CARBONNIER J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur,* L.G.D.J., Paris, 10e éd., 2001, p. 356.
[1547] Sur la notion de dilution, *cf. infra* nos670 et s.

l'on comprendra comment elles agissent sur le droit de propriété et si le droit de propriété doit toujours être pensé comme la somme de ses attributs. Or, cette étude indique que les limitations tiennent un rôle particulièrement important dans l'avenir du droit de propriété. En effet, la protection de la valeur du droit de propriété est un effet de l'encadrement des limitations (Titre 1), et la protection de la portée du droit de propriété est la conséquence de leur considération (Titre 2).

TITRE 1. La protection de la valeur du droit de propriété, effet de l'encadrement des limitations

TITRE 2. La protection de la portée du droit de propriété, conséquence de la considération des limitations

TITRE 1. La protection de la valeur du droit de propriété, effet de l'encadrement des limitations

380. « (…) le Droit (…) a, dans la vie sociale, une fonction à remplir. Fonction de stabilité, fonction de sécurité. L'individu ne se sent protégé par le droit que lorsqu'il peut prévoir à l'avance quelle règle régira la situation dans laquelle il envisage de se placer »[1548]. Ainsi, en droit toute situation doit pouvoir être qualifiée, afin que l'on puisse en déterminer la nature juridique. La qualification juridique permet alors la mise en place d'un régime juridique censé assurer une protection et partant, une sécurité juridique. Or, pendant longtemps les limitations ont été éclipsées par le droit de propriété, de façon plutôt volontaire par les rédacteurs de la Déclaration de 1789 et du Code civil[1549], et d'une manière presque délibérée par la doctrine civiliste qui s'en était désintéressée[1550]. Leur développement a fini par en faire des objets de droit à part entière qui ont dû être appréhendés par les juges.

381. La jurisprudence s'est attachée à protéger la valeur du droit de propriété en instaurant un encadrement de ses limitations. Cet encadrement peut être considéré comme les prémices d'un régime juridique. En effet, les juges ont organisé un contrôle des limitations du droit de propriété (chapitre 1), censé permettre de qualifier puis d'apprécier la limitation en cause. Et en cas de violation du droit de propriété, une pluralité de sanctions est mise à la disposition du propriétaire dont le droit est bafoué (chapitre 2).

Chapitre 1. L'organisation du contrôle des limitations du droit de propriété

Chapitre 2. La pluralité de sanctions des limitations au droit de propriété

[1548] RIVERO J., Apologie pour les « faiseurs de systèmes », *in Pages de doctrine*, t. 1, L.G.D.J., 1980, p. 3, spéc. p. 6 (reprise de la chronique publiée précédemment : D. 1951, Chron. 99).
[1549] *Cf. supra* n[os]51-52.
[1550] DROSS W., Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ?, *RTD civ*. 2015, p. 27.

Chapitre 1. L'organisation du contrôle des limitations du droit de propriété

382. La protection du droit de propriété est assurée par les juges, par l'intermédiaire du contrôle qu'ils exercent sur les limitations. Mais pour contrôler les limitations, ils n'utilisent pas tous les mêmes fondements, et n'empruntent pas une démarche strictement identique. De plus, leur contrôle est soumis à leur propre évolution jurisprudentielle. Les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme illustrent particulièrement les difficultés d'interprétation dont il est alors question.

La décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982 visait les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 dans son considérant 13[1551]. Ce double fondement lui permettait de donner à sa décision une portée large[1552]. Effectivement, l'article 2 indique de manière générale que la propriété est un droit naturel et imprescriptible de l'homme, tout en mettant la liberté et la propriété sur un même pied d'égalité. Et l'article 17 qualifie directement le droit de propriété de droit inviolable et sacré. Pour FAVOREU, le Conseil constitutionnel voulait réaffirmer de cette manière que « la propriété est une institution de base de la société actuelle »[1553].

383. Ce double fondement a été réutilisé plus tard[1554], et même plus récemment[1555]. Finalement, l'affectation de chacun des articles 2 et 17 s'est précisée au fil des décisions et notamment des QPC. Ainsi, le 12 novembre 2010, le Conseil constitutionnel a indiqué que l'article 17 devait être invoqué dans les cas de privation de propriété, et l'article 2 dans

[1551] Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, préc.
[1552] ZATTARA A.-F., th. préc., p. 34, n[os]24-25. Anne-Françoise ZATTARA désigne les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 comme « couple ».
[1553] FAVOREU L., La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789, *in La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque 25-26 mai 1989, Conseil constitutionnel, PUF, 1989, p. 123 et s. : il estime que la propriété en tant qu'institution naturelle est fortement protégée alors que la propriété en tant que droit de l'homme ne bénéficie que d'une protection constitutionnelle atténuée.
[1554] Par exemple : décision n°89-256 DC du 25 juillet 1989, cons. 17, J.O. du 28 juillet 1989, p. 9501.
[1555] Notamment : décision n°2009-580 DC du 10 juin 2009, cons. 13, J.O. du 13 juin 2009, p. 9675.

l'hypothèse des limitations de l'exercice du droit de propriété[1556]. Cette analyse a d'ailleurs été reprise par le Conseil d'Etat[1557], et par la Cour de cassation[1558].

À partir du 13 janvier 2012, le Conseil constitutionnel a modifié son interprétation en indiquant que l'article 2 s'appliquait aux atteintes portées au droit de propriété[1559], et aux privations qui ne vont pas dans le sens de l'article 17, c'est-à-dire dans le cas où la privation du droit de propriété est une sanction ou qu'elle est assimilable à une sanction[1560]. Il n'a toutefois pas abandonné la référence aux limitations portées à l'exercice du droit de propriété[1561]. Cela laisse croire que les atteintes désigneraient simplement les limitations portées à l'exercice du droit de propriété, et que la portée principale de cette décision serait l'application de l'article 2 aux hypothèses de privations-sanctions. Cette interprétation est confirmée par une QPC du 20 janvier 2012[1562], par laquelle le Conseil constitutionnel a sous-entendu que la privation de propriété pourrait être envisagée sur le fondement de l'article 2 de la Déclaration de 1789[1563].

384. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a également évolué. En effet, alors que l'article 1er du protocole n°1 semblait simplement établir le principe du droit au respect des biens, et ses deux limites, la privation de propriété et la réglementation de l'usage des biens, dans l'arrêt *Sporrong et Lönnroth* du 23 septembre 1982,

---

[1556] Décision n°2010-60 QPC du 12 novembre 2010, cons. 3, J.O. du 13 novembre 2010, p. 20237 : « Considérant que la propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 ; qu'aux termes de son article 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité » ; qu'en l'absence de privation du droit de propriété, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les limites apportées à son exercice doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi ».

[1557] Notamment : CE 17 février 2011, *Raymond A.*, n°344445 ; CE 9 mai 2011, *Luis José A.*, n°346785 ; CE 14 septembre 2011, *Michel A.*, n°348394 : *Rec. Lebon* p. 441.

[1558] Notamment : Civ. 3e, 17 juin 2011, n°11-40.013 : *Bull. civ.* III, n°107 ; Civ. 3e, 13 décembre 2011, n°11-19.043, *Bull. civ.* III, n°211 ; Civ. 3e, 11 juillet 2012, n°12-40.043, *Bull. civ.* III, n°109 ; Civ. 2e, 19 décembre 2013, n°13-40.065.

[1559] Cette nouvelle dénomination a été immédiatement intégrée à la jurisprudence du Conseil d'Etat : CE 10 mai 2012, *Société Euroacting*, n°357043 ; CE 27 février 2015, *Pharmacie des Cordeliers*, n°369949.

[1560] Décision n°2011-208 QPC du 13 janvier 2012, cons. 4, J.O. du 14 janvier 2012, p. 752 : « Considérant que la propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 ; qu'aux termes de son article 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité » ; qu'en l'absence de privation du droit de propriété au sens de cet article, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les atteintes portées à ce droit doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi », et plus récemment : décision n°2014-394 QPC du 7 mai 2014, cons. 10, J.O. du 10 mai 2014, p. 7873.

[1561] Décision n°2011-193 QPC du 10 novembre 2011, J.O. du 19 novembre 2011, p. 19010 ; décision n°2014-411 QPC du 9 septembre 2014, J.O. du 12 septembre 2014, p. 15020.

[1562] Décision n°2011-212 QPC du 20 janvier 2012, J.O. du 21 janvier 2012, p. 1214.

[1563] V. Commentaire de la décision n°2011-212 QPC du 20 janvier 2012, sur www.conseil-constitutionnel.fr.

le juge européen a créé une troisième limite : l'atteinte à la substance du droit de propriété[1564]. De plus, la Cour estime que la privation de propriété et la réglementation de l'usage des biens doivent être interprétées à la lumière du principe du respect de la propriété[1565]. Il en résulte que l'atteinte à la substance du droit de propriété est à la fois une « norme de référence » car fondée sur le principe du droit au respect des biens, et une « norme subsidiaire »[1566] puisqu'elle est envisagée uniquement lorsqu'il n'y a ni privation de propriété, ni réglementation de l'usage des biens[1567].

385. Ces évolutions jurisprudentielles s'accompagnent d'une volonté de protection différente selon les juges. En effet, alors que l'objectif du Conseil constitutionnel est de protéger la propriété en tant qu'institution[1568], la Cour de Strasbourg tente de faire ressortir la conception sociale du droit de propriété, et la Cour de cassation ainsi que le Conseil d'Etat semblent davantage se focaliser sur la protection des droits des propriétaires privés ou publics, et ont donc plutôt une conception individualiste du droit de propriété[1569].

386. L'objectif est ici de dresser une typologie des qualifications jurisprudentielles des limitations, afin de comprendre comment leur contrôle est organisé. De manière subsidiaire, il sera intéressant de voir comment la perte d'un élément du droit de propriété, sa valeur ou un démembrement, vont être qualifiés par les juges. L'étude de la jurisprudence révèle que le contrôle des limitations est efficient lorsqu'il est effectué à des fins de qualification (Section 1). Par contre, lorsqu'il s'agit d'apprécier ces mêmes limitations, les juges se montrent précautionneux. Ils apprécient une à une les conditions de régularité de la limitation

---

[1564] CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, Série A n°52, §§61 et s.
[1565] CEDH *James c./ Royaume-Uni* du 21 février 1986, Série A n°98, § 37.
[1566] DEBET A., *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, th. Paris II, Préf. L. LEVENEUR, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2002, p. 706, n°787.
[1567] SUDRE F., La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme, *D*. 1988, Chron, p. 71, spéc. p. 73 : Frédéric SUDRE estime que « la norme principale joue plutôt (…) comme une norme résiduelle » dont le contenu reste mal identifié », et plus loin il indique que pour lui elle remplit une « double fonction », celle de «norme-balai » et de « norme prétorienne » ; CONDORELLI L., Premier protocole additionnel Article 1, *in La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Economica, 2e éd., 1999, p. 971, spéc. p. 981 : Luigi CONDORELLI qualifie le rôle de cette norme jurisprudentielle de « résiduel » ou d' « interstitiel ».
[1568] Pour le Conseil constitutionnel : CHEROT J.-Y., La protection de la propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *in* Mél. MOULY, Litec, 1998, p. 405, spéc. p. 414 : « le Conseil constitutionnel semble engagé dans la seule protection de la propriété-institution et non dans la protection de la propriété-ensemble de droits ».
[1569] V. MALLET-BRICOUT B., QPC et immeuble, *in* ALBIGES Ch. et HUGON Ch. (sous la direction scientifique de), *Immeuble et droit privé, Approches transversales,* Lamy, Coll. Axe Droit, 2012, p. 49, spéc. p. 55, n°58 : pour Blandine MALLET-BRICOUT, « les jurisprudences du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel seraient davantage tournées vers une conception sociale de la propriété immobilière ».

qui leur est soumise, mais leur contrôle reste limité. Ils modulent leur appréciation en fonction de la nature de la limitation et ils tiennent compte de la marge nationale d'appréciation ou du pouvoir du législateur. Cette retenue interprétative indique que le contrôle à des fins d'appréciation des limitations reste circonspect (Section 2).

Section 1. Un contrôle efficient à des fins de qualification des limitations

387. Malgré leurs évolutions jurisprudentielles, les juges ont unanimement adopté une qualification binaire des limitations. Les limitations sont qualifiées de manière binaire dans le sens où soit il s'agit d'une privation, soit il s'agit d'une restriction[1570]. Cette distinction se fonde notamment sur le degré de la limitation et l'incertitude juridique qu'elle entraîne[1571]. Mais en principe, la méthode des juges est d'abord de vérifier s'il s'agit d'une privation. Et ensuite, ils qualifient la restriction[1572]. L'étude des jurisprudences montre que le domaine des privations du droit de propriété est en extension (§1), et que les restrictions se sont diversifiées (§2).

§1. L'extension des privations du droit de propriété

388. La limitation du droit de propriété entendue comme une privation de ce droit n'a pas toujours lieu au profit de l'Etat ou d'une autorité publique, même si cela est souvent le cas[1573]. Il se peut en effet qu'un voisin, personne privée, construise partiellement sur un terrain qui ne lui appartient pas. De plus, la protection du droit de propriété semble toucher le

[1570] RENUCCI J.-F., *Droit européen des droits de l'homme,* LGDJ, Coll. Traités, Paris, 2e éd., 2012, p. 629, n°587 : « le droit au respect de la propriété est ainsi affirmé avec force, ce qui n'empêche pas que des limites existent, le droit de propriété pouvant parfois faire l'objet, tantôt d'une privation, tantôt de simples restrictions ». D'autres auteurs préfèrent le terme de réglementation à celui de restrictions, notamment : TREMEAU J., La QPC en droit immobilier public, *Lamy Droit et Patrimoine* 2012, n°210, p. 71. Jérôme TREMEAU explique de manière schématique : « Deux types d'atteintes au droit de propriété sont concevables. La dépossession consiste à transférer la propriété d'un bien, et supprime tous les attributs qui y sont attachés, au détriment de l'ancien propriétaire ; la réglementation du droit de propriété conduit à limiter l'utilisation d'un bien, sans modifier le titulaire du droit » ; SERMET L., La Convention européenne des droits de l'homme et le droit de propriété, *Dossier sur les droits de l'homme*, n°11, 1998, spéc. p. 23 (sur le site http://www.echr.coe.int/echr).

[1571] DEBET A., La nature du droit du preneur et la rupture du contrat de bail, nouvel éclairage européen, *RDC* 2005, n°2, p. 467.

[1572] La formule employée par les juges constitutionnels est particulièrement évocatrice. Ils traitent en priorité la privation. Et s'ils ne concluent pas à la privation du droit de propriété, ils envisagent la restriction. Notamment pour le Conseil constitutionnel : décision n°2010-60 QPC du 12 novembre 2010, cons. 3, J.O. du 13 novembre 2010, p. 20237 : « La propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789. En l'absence de privation du droit de propriété, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les limites apportées à son exercice doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi ».

[1573] DEBET A., th. préc., p. 703, n°784.

droit de propriété tant privé que public[1574]. Ainsi, pour trouver les critères d'une limitation-privation, il n'est pas opportun de distinguer selon la qualité du propriétaire. Enfin, d'après les qualifications employées par les jurisprudences internes et européennes, il appert que ce n'est pas la nature de l'acte qui importe dans la qualification, mais ses effets puisque le principal critère est celui de l'extinction du droit de propriété. Ce critère étant plus vaste que celui du transfert de propriété, il fait donc l'objet d'une expansion (A). Néanmoins des critères complémentaires peuvent compléter la qualification d'une privation (B).

A. L'expansion du critère de l'extinction du droit de propriété

389. À première vue, il semblait que l'extinction du droit de propriété ne pouvait être envisagée que de manière stricte, comme un transfert forcé de propriété qui emporte une dépossession totale[1575]. Cette *dépossession parfaite* (1) est reconnue comme une privation par les juges. Mais ils estiment également qu'il peut y avoir une privation du droit de propriété dans le cas d'une extinction matérielle du droit de propriété c'est-à-dire lorsque la dépossession n'entraîne pas un transfert de propriété, mais la perte d'un droit[1576]. Dans ce cas l'occupation d'un bien entraîne l'extinction matérielle du droit de propriété, et ainsi, une *dépossession imparfaite* (2)[1577].

1. L'extinction formelle du droit de propriété : la *dépossession parfaite*

390. La *dépossession parfaite* est plus souvent reconnue lorsque le transfert de propriété bénéficie à une personne publique, plutôt qu'à une personne privée.

[1574] *Cf. supra* n°7.
[1575] ZATTARA A.-F., th. préc., p. 393, n°405 : « De l'approche civiliste classique qui présente le droit de propriété comme un droit absolu, exclusif et perpétuel, découle une conception très stricte de la privation de propriété. Cette dernière se définit comme une mesure opérant un transfert forcé de propriété ».
[1576] Sur la notion de perte médiate de la propriété V. TERRE F. et SIMLER Ph., *Droit civil. Les biens*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 9e éd., 2014, pp. 390 et s., nos494 et s.
[1577] Par conséquent, une dépossession parfaite entraîne une privation du droit de propriété par un transfert de propriété ; en revanche une dépossession imparfaite entraîne une extinction matérielle du droit de propriété sans de transfert de propriété. L'occupation du bien conduit à la dépossession imparfaite du droit de propriété. Laurence MONTI, th. préc., pp. 249 et s., n°155 et n°160 a effectué une distinction différente entre les dépossessions directes et indirectes. Selon elle, les dépossessions directes transfèrent directement le titre de propriété à une personne publique ou privée. Et les dépossessions indirectes concerneraient l'hypothèse où le transfert prend son origine dans un acte de puissance publique, mais ne devient effectif que par le fait du propriétaire.

391. *A priori* un transfert de propriété d'une personne privée à une personne publique n'est privatif de propriété que s'il est forcé. Dans ce cas, la dépossession frappe le droit de propriété dans tous ses attributs[1578] : elle est « définitive et complète »[1579]. Mais même en cas de dépossession, des garanties permettent d'annihiler toute privation du droit de propriété. Le droit de délaissement[1580], le droit de rétrocession[1581], la réquisition d'emprise totale[1582] ou la présence d'indemnisation[1583] empêche la qualification de privation, étant donné que les juges n'apprécient pas l'adéquation des mesures en cause. Il convient donc d'envisager successivement quelles sont les mesures qui peuvent réaliser ponctuellement une extinction formelle du droit de propriété.

392. Tout d'abord, l'**expropriation pour cause d'utilité publique** a été reconnue comme une mesure privative de propriété dès 1979 par la Commission européenne des droits de l'homme[1584]. Par la suite, la Cour européenne des droits de l'homme a eu à juger de nombreuses affaires qui concernaient une expropriation constitutive d'une privation au sens de l'article 1er du protocole n°1[1585]. Dans la plupart des cas, la Cour sanctionne les Etats qui

---

[1578] SERMET L., préc., p. 23.

[1579] RENUCCI J.-F., *op. cit.,* Coll. Traités, Paris, 2e éd., 2012, p. 630, n°588 ; CONDORELLI L., Premier protocole additionnel Article 1, *in La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Economica, 2e éd., 1999, p. 983.

[1580] Sur le droit de délaissement : décision n°2013-325 QPC du 21 juin 2013, cons. 4 et 5 J.O. du 23 juin 2013, p. 10456 : « le législateur a institué un droit de délaissement au profit des propriétaires de terrains, bâtis ou non bâtis, classés en emplacements réservés par un plan d'urbanisme. L'exercice de ce droit constitue une réquisition d'achat à l'initiative des propriétaires de ces terrains. Par suite, le transfert de propriété résultant de l'exercice de ce droit n'entre pas dans le champ d'application de l'article 17 de la Déclaration de 1789 », et *cf. supra* n°147.

[1581] Sur la rétrocession en matière de préemption, *cf. supra* n°153, et en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, selon le Conseil constitutionnel « en instaurant le droit de rétrocession, le législateur a entendu renforcer ces garanties légales assurant le respect de l'exigence constitutionnelle selon laquelle l'expropriation d'immeubles ou de droits réels immobiliers ne peut être ordonnée que pour la réalisation d'une opération dont l'utilité publique a été légalement constatée » : décision n°2012-292 QPC du 15 février 2013, cons. 4 et 5, J.O. du 16 février 2013, p. 2685.

[1582] Art. L.242-1 à L.242-4 C. expr.

[1583] Sur l'indemnisation, *cf. infra* nos474 et s.

[1584] Comm. EDH *Andorfer Tonwerke c./ Autriche* du 13 décembre 1979, aff. n°7987/77, D.R. 18, p. 31.

[1585] Notamment : CEDH *Zubani c./ Italie* du 7 août 1996, Recueil des arrêts et décisions, 1996-IV, p. 1078 (une commune avait pris un décret d'occupation d'urgence sur un terrain appartenant à la famille Zubani afin de construire des immeubles d'habitation à prix modéré. Un décret d'expropriation a été émis, mais la Commune n'a pas occupé matériellement le terrain dans les délais légaux) ; CEDH *Tsomtos et a. c./ Grèce* du 15 novembre 1996, Recueil des arrêts et décisions, 1996-V, p. 1699 (expropriation afin d'élargir une route. Les propriétaires des terrains adjacents étaient considérés par l'Etat grec comme tirant profit de cet élargissement et devaient donc participer aux frais d'aménagement) ; CEDH *Guillemin c./ France* du 21 décembre 1997, Recueil des arrêts et décisions, 1997-I, p. 149 (une commune a procédé à une expropriation illégalement pour créer une zone pavillonnaire. De plus en y faisant édifier tout un lotissement, elle a définitivement privé Mme Guillemin de la possibilité d'entrer à nouveau en possession de son terrain) ; CEDH *Akkus c./ Turquie* du 9 août 1997, Recueil des arrêts et décisions, 1997-IV, p. 1300 (expropriation en vue de construire un barrage hydro-électrique. L'inflation et le délai anormalement long pour verser l'indemnité ont rendu inadéquate l'indemnisation) ; CEDH *Kalinova c./ Bulgarie* du 8 novembre 2007, aff. n°45116/98 (procédure en restitution après expropriation. Selon la Cour, la décision judiciaire qui a annulé la vente équivaut à une privation de propriété).

n'ont pas suffisamment indemnisé les propriétaires privés ou qui ont tardé pour le faire. Certains Etats se font encore régulièrement condamner sur ce fondement[1586]. Le juge européen part de l'hypothèse que l'expropriation est une privation, et ce n'est que dans un second temps qu'il vérifie l'adéquation de la mesure par rapport à son impact sur le droit de propriété. En droit interne, le Conseil constitutionnel suit un raisonnement inverse. Par exemple, lorsqu'il a dû se prononcer sur la constitutionnalité de l'article L.15-9 du Code de l'expropriation, il a envisagé l'adéquation de la mesure et l'existence de garanties, pour en conclure que la mesure n'était pas contraire à l'article 17[1587]. Et on ne peut que constater qu'avec un tel raisonnement il conclut très rarement à l'existence d'une privation au sens de l'article 17 de la Déclaration[1588]. Lorsqu'il retient une privation, il insiste à chaque fois sur l'appropriation publique et le transfert d'office de propriété qui est opéré[1589]. Cependant, la rareté des décisions peut également s'expliquer par le fait qu'en France 90% des biens immobiliers faisant l'objet d'une décision d'utilité publique donnent lieu à une cession amiable et non à une expropriation[1590].

393. La **nationalisation** peut aussi entraîner une *dépossession parfaite*. Pour considérer qu'une nationalisation est constitutive d'une privation, le Conseil constitutionnel contrôle le caractère juste de l'indemnité[1591]. De plus, il a adopté une définition stricte de la nationalisation en refusant la qualification de nationalisation à une prise de participation dans le capital d'entreprises. Selon lui, une telle prise de participation a un caractère contractuel alors qu'une nationalisation implique un transfert forcé de propriété[1592]. Le juge européen a

[1586] Par exemple : CEDH *Scordino c./ Italie* du 29 mars 2006, aff. n°36813/97 (expropriation par une commune en vue de la construction d'habitations, mais le montant de l'indemnité était insuffisant) ; CEDH *Kozacioglu c./ Turquie* du 19 février 2009, aff. n°2334/03 (expropriation d'un immeuble classé. L'indemnité n'a pas pris en compte son importance historique et culturelle) ; CEDH *Perdigao c./ Portugal* du 16 novembre 2010, aff. n°24768/06 (expropriation pour la construction d'une autoroute. L'indemnité a été absorbée par les frais de justice) ; CEDH *Vistins et Perepjolkins c./ Lettonie* des 25 octobre 2012 et 25 mars 2014, aff. n°71243/01 (expropriation pour la construction d'un port. L'indemnisation était largement inférieure à la valeur marchande des terrains).

[1587] Sur la procédure d'urgence, qui permet à l'expropriant de prendre possession de bien en payant une indemnité provisionnelle. À la suite de l'ordonnance n°2014-1345 du 6 novembre 2014, J.O. du 11 novembre 2014, p. 19003, la procédure l'urgence est régie par les articles L.232-1 et L.232-2 C. expr.

[1588] Il conclut parfois à une dénaturation du droit de propriété et se réfère à l'article 17, *cf. infra* n[os]416 et s.

[1589] Toutefois, les seules fois où le juge constitutionnel a décidé que des mesures étaient contraires à l'article 17 concernaient la manière mobilière : décision n°2011-203 QPC du 2 décembre 2011, cons. 4, J.O. du 3 décembre 2011, p. 20015 ; décision n°2012-659 DC du 13 décembre 2012, cons. 38, J.O. du 18 décembre 2012, p. 19861 ; décision n°2014-426 QPC du 14 novembre 2014, cons. 4 et 5, J.O. du 16 novembre 2014, p. 19330 ; décision n°2014-449 QPC du 6 février 2015, cons. 7, J.O. du 8 février 2015, p. 232.

[1590] Rapport de la Cour de cassation, 2008, p. 182.

[1591] Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, cons. 44, J.O. du 17 janvier 1982, p. 299

[1592] Décision n°83-167 DC du 19 janvier 1984, cons. 23, J.O. du 20 janvier 1984, p. 351.

lui aussi reconnu qu'une nationalisation est une mesure privative de propriété[1593]. Cette qualification n'a pas fait l'objet de débats devant la Cour car « la nationalisation a indubitablement opéré un transfert direct du titre de propriété à une personne publique »[1594].

394. D'**autres mesures** sont traitées par les juges, mais elles donnent lieu à un volume moindre de décisions[1595]. Ainsi, le Conseil constitutionnel a jugé contraire à l'article 17 de la Déclaration, la cession forcée et gratuite d'une partie d'un terrain par un constructeur au profit d'une commune[1596]. Il a également jugé que la vente, en cours de procédure, de véhicules ou d'objets périssables saisis, autorisée par le juge, constitue une privation du droit de propriété[1597]. Le juge européen a estimé que le transfert de propriété des monastères de l'Eglise à l'Etat grec était constitutif d'une privation de propriété[1598]. De même, il a condamné l'Etat italien pour « ingérence dans le droit de l'intéressée au respect de ses biens », s'analysant en une privation de propriété parce qu'il avait considéré qu'un élevage piscicole appartenait au domaine public maritime[1599].

395. Lorsque des personnes privées sont les bénéficiaires d'un transfert forcé de propriété, les juges de Strasbourg qualifient quelques mesures comme privatives de propriété, alors que les juges internes y semblent défavorables. Ainsi, le juge européen s'est prononcé à plusieurs reprises sur des **remembrements fonciers**. Il considère le remembrement comme une privation de propriété à cause, d'une part, du transfert de propriété qu'il entraîne[1600], sauf lorsqu'il n'a qu'un caractère provisoire[1601] et, d'autre part, la cause d'utilité publique sur lequel il se fonde, bien que le remembrement serve à la fois des intérêts privés et publics.
À l'inverse, la Cour de cassation a estimé que l'**attribution d'une parcelle à une association communale de chasse agréée** correspondait à un objectif d'aménagement du périmètre de mise en œuvre du remembrement. Selon elle, il n'y avait alors ni voie de fait, ni expropriation irrégulière et les transferts de propriété ne pouvaient être remis en cause[1602].

[1593] CEDH *Lithgow et autres c./ Royaume-Uni* du 8 juillet 1986, Série A n°102, §107.
[1594] MONTI L., *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit de propriété*, th. Nice, 2001, 1er vol., p. 253, n°157.
[1595] Au sujet des confiscations, *cf. infra* n°561.
[1596] Décision n°2010-33 QPC du 22 septembre 2010, cons. 4, J.O. du 23 septembre 2010, p. 17292.
[1597] Décision n°2011-203 QPC du 2 décembre 2011, cons. 4, J.O. du 3 décembre 2011, p. 20015.
[1598] CEDH *Les Saints Monastères c./ Grèce* du 9 décembre 1994, Série A n°301-A, §66.
[1599] CEDH *Valle Pierimpiè società agricola SPA c./ Italie* du 23 septembre 2014, aff. n°46154/11, §63.
[1600] CEDH *Piron c./ France* du 14 novembre 2000, aff. n°36436/97, §39.
[1601] CEDH *Poiss, Erkner et Hofauer c./ Autriche* du 23 avril 1987, Série A n°117 B et C, §74. CEDH *Wiesinger c./ Autriche* du 30 octobre 1991, Série A n°213, §72.
[1602] Civ. 3e, 30 mai 2012, n°11-18.369.

La **cession obligatoire de la propriété aux locataires dans le cadre d'un bail emphytéotique à « bas loyer »** est également considérée comme privative de propriété[1603]. Enfin, selon le juge européen, une **mesure d'attribution forcée d'un bien** propre à titre de prestation compensatoire prévue par l'article 275 du Code civil constitue une privation de propriété en raison de « l'existence d'un transfert forcé, intégral et définitif de propriété » et de « la charge spéciale et exorbitante » supporté par le propriétaire dépossédé[1604]. Or, dans la même affaire, le Conseil constitutionnel avait considéré que cette attribution judiciaire n'entrait ni dans le champ d'application de l'article 17 de la Déclaration de 1789, ni dans celui de l'article 2[1605].

396. En revanche, le Conseil constitutionnel a considéré que la procédure de saisie immobilière constitue une modalité de paiement d'une créance exécutoire, et que dans ce cadre, même si elle prive le débiteur de sa propriété, elle n'est pas contraire à l'article 17 de la Déclaration[1606]. Par ailleurs, la procédure de réquisition n'a pas été reconnue comme une privation de propriété, mais comme une limitation « pour une période de temps déterminée », du « droit d'usage des locaux réquisitionnés »[1607]. De même, ni la cession forcée de mitoyenneté[1608], ni la prescription acquisitive[1609], n'ont été considérées comme des privations de propriété. Ces mesures s'avèrent pourtant spoliatrices[1610] par le fait qu'elles opèrent un

[1603] CEDH *James c./ Royaume-Uni* du 21 février 1986, Série A n°98, §38.
[1604] CEDH *Milhau c./ France* du 10 juillet 2014, aff. n°4944/11, §45 et §53. Sur la position des juges internes, *cf. supra* n°125.
[1605] Décision n°2011-151 QPC du 13 juillet 2011, cons. 5 et 8, J.O. du 14 juillet 2011, p. 12250.
[1606] Décision n°2011-206 QPC du 16 décembre 2011, cons. 4 et 5, J.O. du 17 décembre 2011, p. 21369.
[1607] Décision n°98-403 DC du 29 juillet 1998, cons. 31, J.O. du 31 juillet 1998, p. 11710.
[1608] Décision n°2010-60 QPC du 12 novembre 2010, cons. 5, J.O. du 13 novembre 2010, p. 20237. Pourtant, lorsqu'elle s'est prononcée sur le renvoi de la question au Conseil constitutionnel, la Cour de cassation avait indiqué que l'article 661, « (…) qui confère à un propriétaire, moyennant le versement d'une indemnité, la faculté de rendre mitoyen un mur que joint son fonds, pourrait être considéré comme entraînant une grave dénaturation du droit de propriété du maître du mur qui perd ses droits exclusifs, sans justification évidente d'une nécessité publique » : Civ. 3e, 15 septembre 2010, n°10-12.840.
[1609] Civ. 3e, 17 juin 2011, n°11-40.014 : *Bull. civ.* III, n°106 : « 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 (…) ».
Et CEDH *JA. Pye (Oxford) Ltd et JA. Pye (Oxford) Land Ltd c./ Royaume-Uni* du 30 août 2007, aff. n°44302/02, §66 : « Les dispositions légales qui ont entraîné pour les sociétés requérantes la perte de la propriété effective du terrain étaient donc censées, non pas priver les propriétaires inscrits de leur propriété, mais plutôt réglementer les questions de droit de propriété (…). Les sociétés requérantes ont donc été touchées, non pas par une « privation de bien » au sens de la seconde phrase du premier alinéa de l'article 1, mais par une mesure visant à « réglementer l'usage » du terrain au sens du second alinéa de cet article ».
[1610] REVET Th., Un régime d'acquisition du droit de propriété par prescription de douze ans constitue une réglementation de l'usage des biens justifiés par un intérêt général et respectueuse de l'équilibre qui doit exister entre les exigences de cet intérêt et le droit au respect des biens, note ss CEDH *JA. Pye (Oxford) Ltd et JA. Pye (Oxford) Land Ltd c./ Royaume-Uni* du 30 août 2007, aff. n°44302/02, *RTD civ.* 2008, p. 507.

transfert de propriété définitif. Mais elles se justifient par leur « cause d'utilité privée »[1611], qui est une facette de l'intérêt général[1612].

Enfin, dans le cas d'une privatisation, lorsque la puissance publique transfère au secteur privé le capital d'entreprises[1613], le transfert de propriété ainsi opéré est définitif et complet mais il est voulu par les autorités publiques. Malgré l'absence de transfert forcé, les juges retiennent l'existence d'une privation du droit de propriété[1614]. Une telle solution s'explique par le cumul de deux facteurs : l'admission de la protection de la propriété publique[1615], et la valorisation économique du droit de propriété[1616].

Ainsi, ces hypothèses de *dépossessions parfaites*, forcées ou non, qui entraînent un transfert de propriété, démontrent que la qualification de la privation du droit de propriété est assez large. En outre, un transfert de propriété n'est pas toujours nécessaire pour reconnaître une privation. Le critère de l'extinction du droit de propriété n'est plus formel mais il est matériel en présence d'une *dépossession imparfaite*.

2. L'extinction matérielle du droit de propriété : la *dépossession imparfaite*

397. Dans ce cas, la privation du bien va conduire à la privation du droit de propriété. Le spoliateur ne se soumet à aucun cadre légal, tels que le régime de l'expropriation, celui du remembrement foncier ou même celui de la prescription acquisitive. Son comportement va entraîner l'extinction matérielle du droit de propriété.

[1611] CHEYNET DE BEAUPRE A., L'expropriation pour cause d'utilité privée, *JCP* G. 2005. I. 144 ; DEBET A., th. préc., p. 727, n°809.

[1612] *Cf. infra* n°81.

[1613] D'ailleurs, le plus souvent ces entreprises avaient été auparavant nationalisées.

[1614] Notamment : Décision n°86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, J.O. du 27 juin 1986, p. 7978 ; Décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986, J.O. du 19 septembre 1986, p. 11294 ; Décision n°89-254 DC du 4 juillet 1989, J.O. du 5 juillet 1989, p. 8382 ; Comm. EDH *Scott' of Greennock Ltd et Lithgow Ltd c./ Royaume-Uni* du 17 décembre 1987, D.R. 58, p. 5 ; CEDH *Maksymenko et Geracymenko c./ Ukraine* du 16 mai 2013, aff. n°49317/07.

[1615] *Cf. supra* n°7, et notamment décision n°2003-473 DC du 26 juin 2003, cons. 29, J.O. du 3 juillet 2003, p. 11205 : « (…) la protection du droit de propriété que l'article 17 de la Déclaration de 1789 accorde aux propriétés publiques (…) » ; CJCE *Costa c./ Enel* du 15 juillet 1964, aff. 6/64, Rec. p. 1141. La CEDH refuse en principe de protéger la propriété des personnes publiques en leur refusant le droit de saisine (par exemple : Comm. EDH *Moureaux c./ Belgique* du 12 juillet 1983, aff. n°9267/81, D.R. 33, p. 97 ; CEDH *Breisacher c./ France* du 26 août 2003, aff. n°76976/01), sauf cas spécifiques (CEDH *Radio France et a. c./ France* du 23 septembre 2003, aff. n°53984/00 ; CEDH *Les Saints Monastères c./ Grèce* du 9 décembre 1994, Série A n°301-A). Et le juge des référés a admis l'application de l'article L.521-2 du Code de justice administrative à la propriété publique : CE 21 novembre 2002, *Gaz de France*, n°251726.

[1616] Ainsi, comme l'explique Jean-Yves CHÉROT, La protection de la propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *in* Mél. MOULY, Litec, 1998, spéc. p. 411, il faut distinguer entre « l'Etat législateur ou puissance publique » et « l'Etat propriétaire »,

De façon classique, cette situation est qualifiée d'occupation irrégulière et définitive d'un bien. Ce problème avait déjà été mis en évidence lors des travaux préparatoires du Code civil[1617]. En effet, l'article 545 devait contenir un second alinéa qui précisait que : « Néanmoins dans les cas d'une très grande urgence, et pour cause d'utilité publique, le gouvernement peut occuper la propriété d'un particulier, mais à la charge expresse d'une juste indemnité ». De façon ponctuelle, la Cour européenne a pu considérer que la rétroactivité d'une loi qui avait eu pour conséquence d'exonérer l'Etat de dommages qu'il avait causés, est constitutive d'une privation de propriété[1618].
Ainsi, la privation de propriété est entendue largement, comme une perte de propriété[1619]. Une solution se dégage clairement de la jurisprudence européenne. En droit interne, cela est moins net avec les notions de voie de fait, d'emprise irrégulière et d'empiètement.

398. Des divergences existent selon l'occupant de la propriété privée. Premièrement, les sanctions sont en principe différentes. Alors que la démolition est la règle en cas d'empiètement[1620], pendant longtemps en matière publique le principe était qu'« un ouvrage public mal planté ne se détruit pas »[1621]. Deuxièmement, il résulte de la jurisprudence que l'article 545 du Code civil s'applique dès que la propriété privée subit une privation, quel que soit l'accaparateur. Par contre, l'article 17 de la Déclaration de 1789 et l'article 1er du protocole n°1 semblent privilégier les situations dans lesquelles le spoliateur est une personne publique.

399. En droit interne, l'appréhension de l'occupation définitive et irrégulière d'une personne publique à l'encontre d'une propriété privée a fait l'objet d'une évolution. À la fin du XIXe, la doctrine publiciste avait élaboré une théorie dite de l'« **expropriation indirecte** », également nommée « **expropriation de fait** », lorsque l'Administration prenait

[1617] À ce sujet V. BIGLIONE F., *La notion de privation de propriété, Etude relative à la propriété immobilière*, th. Aix-Marseille III, 1998, p. 50 et s.
[1618] CEDH *Pressos Compania Naviera SA et autres c./ Belgique* du 20 novembre 1995, Série A n°332, §34.
[1619] ZATTARA A.-F., th. préc., p. 397, n°408.
[1620] *Cf. infra* nos517.
[1621] Adage d'origine prétorienne (CE 7 juillet 1853, *Robin de Grimaudière*, S. 1854, 3, 213) mettant en avant le principe d'intangibilité de l'ouvrage public. Au sujet de la démolition d'un ouvrage public, *cf. infra* nos398 et s. et en tant que sanction *cf. infra* n°523. Et pour une étude retrançant les étapes de la remise en cause du principe d'intangibilité des ouvrages publics, V. AUBY J.-M., BON P., AUBY J.-B. et TERNEYRE Ph., *Droit administratif des biens*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 6e éd., 2011, pp. 401 et s., n°560.

illégalement possession d'un immeuble et y construisait un ouvrage[1622]. Cette théorie, reposant sur le principe de l'intangibilité de l'ouvrage public, permettait de couvrir l'irrégularité de l'occupation par une procédure ultérieure d'expropriation. Mais en 1994, la Cour de cassation a fini par la condamner en énonçant que « (…) le transfert de propriété, non demandé par le propriétaire, ne peut intervenir qu'à la suite d'une procédure régulière d'expropriation (…)»[1623]. La formule pouvait laisser planer un doute quant à l'abandon de la théorie de l'expropriation indirecte. En effet, *a contrario* si le transfert de propriété était demandé par le propriétaire il s'agirait d'une cession amiable, et il n'y aurait pas d'expropriation[1624]. Cependant, par la suite, les juges français n'ont plus jamais eu recours à cette théorie. Ils ont même atténué leur appréciation du principe de l'intangibilité de l'ouvrage public pour se prononcer sur la démolition[1625] de l'ouvrage[1626].

400. Désormais, l'occupation irrégulière et définitive exercée par une personne publique peut être sanctionnée à travers la voie de fait et l'emprise irrégulière[1627]. La voie de fait semble se caractériser par une extinction du droit de propriété et une dépossession définitive[1628]. L'emprise irrégulière est une notion plus large puisqu'elle peut entraîner soit une dépossession définitive, soit une dépossession temporaire ou une altération ponctuelle des attributs du droit de propriété[1629]. Mais, d'après la répartition des compétences entre les juges judiciaire et administratif[1630], seule une dépossession définitive semble constituer une extinction du droit de propriété. Cela signifie que seule une privation irrégulière de propriété pourrait désormais constituer une emprise irrégulière[1631]. Or, cela n'est plus possible depuis

[1622] Notamment LAFERRIERE, HAURIOU, AUCOC et MESTRE. À ce sujet V. STRUILLOU J.-F., *Protection de la propriété privée immobilière et prérogatives de puissance publique*, th. Nantes, Préf. R. HOSTIOU, L'Harmattan, 1996, p. 69.
[1623] Ass. Plen., 6 janvier 1994, *Consorts Baudon de Mony c./ Electricité de France*, n°89-17.049 : *Bull. civ.* A.P., p. 308.
[1624] BOITEAU C., Les avatars de l'expropriation dite « indirecte », note ss Cass. Ass. Plen., 6 janvier 1994, *Consorts Baudon de Mony c./ Electricité de France*, *RFDA* 1994, p. 1121.
[1625] Sur les sanctions des limitations au droit de propriété, *cf. infra* n^{os}471 et s.
[1626] CE 29 janvier 2003, *Synd. Dptal de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Cne de Clans*, n°245239 : *Rec. Lebon* p. 21 ; Civ. 3^{e}, 30 avril 2003, n°01-14.148 : *Bull. civ.* III, n°92 ; Civ. 1re, 28 juin 2005, n°03-14165 : *Bull. civ*. I, n°287 ; Civ. 3^{e}, 5 mai 2010, n°09-66.131 : *Bull. civ.* III, n°90.
[1627] Notamment lorsque l'occupation est la conséquence de l'exécution de travaux publics : JurisClasseur Administratif, V° « Compétence en matière de travaux publics », par RENARD-PAYEN O., 30 juin 2015, fasc. 1048, spéc. n°152. Et de manière plus générale : AUBY J.-M., BON P., AUBY J.-B. et TERNEYRE Ph., *Droit administratif des biens*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 6^{e} éd., 2011, p. 405, n°560.
[1628] T. confl. 17 juin 2013, n°3911, *M. Bergoend c./ Société ERDF Annecy Léman* ; Civ. 1re, 13 mai 2014, n°12-28.248 : *Bull. civ.* I, n°87.
[1629] T. confl. 9 décembre 2013, n°3931, *Pannizon c./ Commune de Saint-Palais-sur-mer*.
[1630] *Cf. supra* n^{os}628 et s.
[1631] GILBERT S., La restriction de l'emprise irrégulière, note T. confl. ss 9 décembre 2013, n°3931, *Pannizon c./ Commune de Saint-Palais-sur-mer*, *DA* 2014, comm. 25.

l'abandon de la théorie de l'expropriation indirecte. Ainsi, l'occupation irrégulière et définitive d'une personne publique sur une propriété privée doit aboutir à une extinction du droit de propriété pour pouvoir être qualifiée de privation.

401. Dans l'arrêt *Sporrong et Lönnroth* le juge européen a expliqué qu'il est nécessaire « de regarder au-delà des apparences et d'analyser, les réalités de la situation litigieuse » afin de «protéger des droits concrets et effectifs » ; ainsi, même en « l'absence d'une expropriation formelle, c'est-à-dire d'un transfert de propriété », il faut regarder si la situation correspond à une « expropriation de fait »[1632]. Dans cette affaire, il n'avait pas retenu l'existence d'une expropriation de fait. Par la suite, il a précisé la notion en expliquant que « les mesures incriminées ne s'analysent ni en une expropriation formelle ni en une expropriation de fait : il n'y a pas eu transfert de la propriété des requérants, qui n'ont pas davantage été dépouillés du droit d'user de leurs biens, de les louer ou de les vendre »[1633]. Enfin, dans l'affaire *Papamichalopoulos et autres c./ Grèce*[1634], la Cour a fini par reconnaître une expropriation de fait. Elle a estimé qu'à partir de 1967 les propriétaires ne pouvaient plus faire usage de leurs biens, ou vendre, léguer, hypothéquer ou en faire un don[1635]. L'un d'entre eux s'était même vu refuser l'accès à son terrain. Depuis 1993, cette analyse a été reprise par la Cour de Strasbourg[1636]. Depuis peu, la seule qualification d'expropriation de fait semble capable de caractériser une privation de propriété[1637]. La Cour a également condamné à de multiples

[1632] CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, Série A n°52, §63.
Cette explication s'appuie sur des décisions antérieures : CEDH *Van Droogenbroeck c./ Belgique* du 24 juin 1982, Série A n°50, §38 ; CEDH *Airey c./ Irlande* du 9 octobre 1979, Série A n°32, §24.
[1633] CEDH *Mellacher et autres c./ Autriche* du 19 décembre 1989, Série A n°169, §44.
[1634] CEDH *Papamichalopoulos et autres c./ Grèce* du 24 juin 1993, Série 260-B : la Marine nationale avait établi sa base navale en partie sur des terrains qui appartenaient à des propriétaires privés. Après la chute de la dictature en 1974, le gouvernement grec avait proposé des terrains en remplacement de ceux occupés par la Marine nationale. Les propriétaires avaient alors refusé car ils estimaient que la valeur des terrains proposés était inférieure à celle qu'ils possédaient.
[1635] CEDH *Papamichalopoulos et autres c./ Grèce* du 24 juin 1993, Série 260-B, §43.
[1636] Notamment : CEDH *Vasilescu c./ Roumanie* du 22 mai 1998, Recueil des arrêts et décisions, 1998-III, p. 1064, §77 : au sujet d'objets saisis illégalement , « l'intéressé n'avait plus notamment la faculté de vendre ou de léguer le bien, d'en consentir la donation ou d'en disposer d'une autre manière » ; CEDH *Brumarescu c./ Roumanie* du 28 octobre 1999, Recueil des arrêts et décisions 1999-VII, aff. n°28342/95, §77 : au sujet de la réintégration d'une maison au patrimoine de l'Etat : « L'intéressé n'avait plus notamment la faculté de vendre ou de léguer le bien, d'en consentir la donation ou d'en disposer d'une autre manière ».
[1637] CEDH *Sarica et Dilaver c./ Turquie* du 27 mai 2010, aff. n°11765/05, §§39-40 : utilisation de terrains pour les entraînements militaires sans avoir effectué de procédure d'expropriation. Les parties se sont entendues pour qualifier cette expropriation de fait de privation de propriété ; CEDH *Rolim Comercial S.A. c./ Portugal* du 16 avril 2013, aff. n°16153/09, §53 : « (…) la Cour note que les parties s'accordent à dire qu'il y a eu « privation de propriété » en raison de l'existence d'une expropriation de fait. La Cour relève que la Cour suprême a également reconnu que la mairie d'Oeiras s'est appropriée le terrain de la requérante pour cause d'utilité publique, sans toutefois accorder d'indemnité ».

reprises la procédure italienne d'expropriation indirecte[1638]. Ainsi, la perte de l'usage ou de la disponibilité du bien pourra être reconnue comme une expropriation de fait et qualifiée par le juge européen comme une privation de propriété.

402. La *dépossession imparfaite* à l'initiative d'une personne privée n'est pas considérée comme une expropriation de fait. L'occupation d'une personne privée par une propriété privée peut se traduire par la notion d'empiétement.

L'**empiètement** correspond à l'hypothèse où « un propriétaire édifie une construction sur son terrain mais en débordant sur le fonds voisin »[1639]. Cette situation est fréquente, pourtant le Code civil ne l'a pas prévue[1640]. En effet, l'article 555 évoque la construction totale sur le terrain d'autrui[1641], et l'article 673 concerne l'empiètement des plantations. L'empiètement d'un ouvrage privé sur une propriété privée créé une dépossession imparfaite et donc une privation. Ainsi, l'article 545 paraît pouvoir s'y appliquer. Pour William DROSS le recours à cet article « n'est pas réellement convaincant, faute que l'empiètement prive *juridiquement* la victime de son droit de propriété. C'est (…) sur l'article 544 qu'il conviendrait de se fonder »[1642]. Il est vrai que l'article 544 du Code civil aurait eu le mérite de mettre en avant la réciprocité entre la protection du droit de propriété et son utilisation. Par contre, un empiètement prive le propriétaire de l'usage et de la jouissance du bien en transférant matériellement ces avantages à une autre personne. Cette situation peut également limiter considérablement le droit de disposer en causant un désagrément tel qu'il n'est pas possible de vendre le bien à moins de le vendre à un prix bien inférieur à celui que l'on aurait pu espérer. En outre, si le propriétaire du terrain n'agit pas contre le constructeur, ce dernier pourrait se prévaloir d'une prescription trentenaire. L'occupation matérielle peut donc avoir des conséquences qui privent le propriétaire de certains droits, voire de son droit de propriété.

[1638] Notamment : CEDH *Carbonara et Ventura c./ Italie* du 30 mai 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-VI, aff. n°24638/94, §61 ; CEDH *Lanteri c./ Italie* du 15 novembre 2005, aff. n°56578/00, §80. V. également : PÉRINET-MARQUET H. Droit des biens, *JCP* N. 2006, chron. 1380, n°1.

[1639] DROSS W., *op. cit.,* p. 332, n°404.

[1640] Sur les controverses doctrinales pour trouver un fondement à cette situation, V. DEBET A., th. préc., p. 729, n°812, note n°5, notamment, l'article 555 et l' « accession horizontale ».

[1641] D'ailleurs, la jurisprudence applique strictement l'article 555. Par exemple : Civ. 3e, 26 juin 1979, n°78-10.567 : *Bull. civ.* III, n°142 : « (…) l'article 555 du code civil ne trouve pas son application lorsqu'un constructeur étend ses ouvrages au-delà des limites de son héritage (…) ».

[1642] DROSS W., *op. cit*., p. 332, n°404, note n°21. Et Frédéric ZENATI explique que l'article 545 est un fondement inexact « car l'empiètement n'a pas pour effet de priver la victime d'une partie de sa propriété. L'espace occupé par l'empiètement ne l'est que temporairement, le propriétaire ou ses ayants cause ayant vocation à recouvrer la jouissance de l'espace lors de la destruction de la construction qui n'a rien d'éternel. Surtout, pendant le temps de l'empiètement, son auteur ne devient pas propriétaire de l'espace qu'il occupe indûment, quelque soit la durée de cette intrusion (il ne peut y avoir de prescription, faute de possession utile) », Empiètement, *RTD civ.* 1993, p. 850.

D'ailleurs, les juges traitent l'empiètement de manière sévère en ordonnant la démolition pour un empiètement même minime[1643]. De même, la bonne foi du constructeur n'a aucune incidence[1644], ni la nature de l'empiétement[1645]. L'avant-projet de réforme en droit des biens avait prévu de remédier à ces difficultés en limitant la possibilité de demander la démolition des empiètements non intentionnels, inférieurs à 30 cm, dans les deux ans de leur connaissance sans pouvoir agir plus de dix ans après l'achèvement des travaux[1646]. Néanmoins, pour l'instant, la Cour de cassation continue à affirmer que « la défense du droit de propriété contre un empiétement ne saurait dégénérer en abus »[1647], et qu'une régularisation de l'empiètement par l'acquisition de la mitoyenneté est impossible[1648].

403. Il serait possible de se demander si la démolition d'un empiètement non intentionnel et minime qui toucherait une habitation pourrait être contraire à l'article 1er du protocole n°1 ou à l'article 8 de la Convention européenne[1649]. La Cour européenne n'a rendu aucune décision en matière d'empiètement. Cependant, il ne semble pas que cela soit possible car le juge interne ne demande pas toujours une démolition intégrale, si cela est possible

[1643] Par exemple : Civ. 3e, 20 mars 2002, n°00-16.015 : *Bull. civ*. III, n°71 : « (…) peu importe la mesure de l'empiétement, la cour d'appel a violé » l'article 545 du Code civil. En l'espèce il s'agissait d'un demi-centimètre ; Civ. 3e, 9 septembre 2014, n°13-17.591 : démolition de bâtiments qui empiétaient par endroits sur des largeurs comprises entre 4 et 12 centimètres.

[1644] Civ. 3e, 29 février 1984, n°83-10.585 : *Bull. civ*. III, n°57 « (…) l'article 545 du Code civil, aux termes duquel nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, doit être applique dans toute sa rigueur même si l'empiètement est dû a une erreur commise de bonne foi et même si son importance est minime ».

[1645] Même pour un empiétement sur le tréfonds : Civ. 3e, 10 novembre 2009, n°08-17.526 : *Bull. civ*. III, n°248 : « (…) le propriétaire d'un fonds sur lequel la construction d'un autre propriétaire empiète est fondé à en obtenir la démolition (…) » ; Civ. 3e, 13 janvier 2015, n°13-17.339 ; Civ. 3e, 11 février 2015, n°13-26.023 : *à paraître* : « (…) une activité d'extraction industrielle au-delà de la limite séparative d'une propriété constituait un empiétement par appropriation du sous-sol (…) » ; ou pour un empiètement aérien : Civ. 3e, 15 juin 2011, n°10-20.337 (un surplomb minime) ; Civ. 1re, 1er juillet 2014, n°13-18.506 (un épais revêtement isolant sur la toiture) ; ou encore pour un empiètement en copropriété : Civ. 3e, 8 avril 2014, n°13-10.631 (l'empiètement d'une véranda qui existait avant la mise en copropriété).

[1646] Article 539 de l'avant-projet de réforme : « Par dérogation aux articles précédents, le propriétaire victime d'un empiètement non intentionnel sur son fonds, ne peut, si celui-ci est inférieur à 0,30 mètres, en exiger la suppression que dans le délai de deux ans de la connaissance de celui-ci sans pouvoir agir plus de dix ans après l'achèvement des travaux.

Dans le délai de l'article 2224, commençant à courir à l'expiration de l'action en démolition, le juge peut, à la demande de l'un des propriétaires, transférer la partie du fonds objet de l'empiètement son bénéficiaire, moyennant une indemnité tenant compte de la valeur du fonds occupé, de la plus value réalisée grâce à l'empiétement et du préjudice qu'il a causé ».

[1647] Civ. 3e, 7 juin 1990, n°88-16.277 : *Bull. civ*. III, n°140 ; Civ. 3e, 15 juin 2011, n°10-20.337.

[1648] Un empiètement fait obstacle à l'acquisition de la mitoyenneté : Civ. 3e, 19 septembre 2007, n°06-16.384 : *Bull. civ*. III, n°147 ; Civ. 3e, 19 février 2014, n°13-12.107 : *Bull. civ.* III, n°25. À ce sujet V. DROSS W., L'empiètement fait-il obstacle à l'acquisition forcée de la mitoyenneté ?, note ss Civ. 3e, 19 février 2014, n°13-12.107, *RTD civ*. 2014, p. 410.

[1649] DEBET A., th. préc., p. 731, n°812.

techniquement[1650]. En plus, la Cour sanctionne bien l'occupation irrégulière et définitive émanant d'une personne publique comme une privation de propriété[1651]. Il n'y a pas de raison qu'elle ne protège pas le propriétaire privé d'un autre propriétaire privé puisque le droit de propriété menacé est le même.

404. Ainsi, le critère de l'extinction du droit de propriété permet de qualifier les mesures privatives de propriété puisqu'il vise aussi bien une *dépossession parfaite* qui entraîne un transfert de propriété, qu'une *dépossession imparfaite* qui occasionne la perte d'un droit notamment d'un démembrement. La jurisprudence complète son contrôle de qualification en ayant recours à des critères complémentaires.

B. L'existence de critères complémentaires

405. Qu'il s'agisse d'une *dépossession parfaite* ou *imparfaite*, les juges ont recours à des critères supplémentaires qui assurent leur qualification. Des critères complémentaires vont confirmer ou infirmer l'existence d'une privation du droit de propriété. Ils peuvent être de nature temporelle (1) ou intellectuelle (2).

1. Les critères de nature temporelle

406. Les critères de nature temporelle mettent en avant le caractère irréversible de la privation, et son caractère instantané. Ces critères vont ainsi mesurer l'intensité de la privation dans le temps.

407. En premier lieu, **le caractère irréversible de la privation** formule l'idée qu'une mesure n'est privative de propriété que si elle est définitive et permanente. Le caractère définitif a déjà été évoqué autant dans le cadre de la dépossession parfaite[1652], que dans celui d'une dépossession imparfaite[1653]. Or, non seulement la privation doit être figée de telle sorte

[1650] Civ. 3e, 26 novembre 1975, n°74-12.036 : *Bull. civ*. III, n°350 : il était possible de « (…) rétablir la construction dans ses limites, sans qu'il y ait lieu de la démolir en son entier (…)» ; Civ. 3e, 4 juin 2013, n°12-15.640 : « (…) il y avait lieu de condamner Mme Y... à supprimer seulement l'empiétement situé en infrastructure entre les points C et D (…) et de rejeter la demande de démolition intégrale du bâtiment litigieux ; Civ. 3e, 9 juillet 2014, n°13-15.483 : « (…) seule la démolition de la partie du bâtiment empiétant sur le fonds de ces derniers devait être ordonnée (…) ».
[1651] *Cf. supra* n°401.
[1652] *Cf. supra* n°391.
[1653] *Cf. supra* nos397.

qu'on ne puisse pas y remédier, mais en plus, elle ne doit pas pouvoir cesser. Les juges refusent de qualifier comme des privations, des mesures qui ne sont que temporaires. Ainsi, le juge européen s'est prononcé en ce sens notamment dans l'arrêt *Erkner et Hofauer c./ Autriche* en expliquant que le remembrement n'était pas privatif de propriété en raison de son caractère provisoire[1654]. Il en avait été de même au sujet d'une saisie litigieuse qui présentait un caractère provisoire[1655]. Le Conseil constitutionnel se réfère également au caractère irréversible de la mesure litigieuse en vérifiant sa durée et son encadrement dans le temps, à travers le contrôle de proportionnalité[1656]. Enfin et en parallèle, la Cour de cassation suit cette logique lorsqu'elle n'admet les clauses d'inaliénabilité qu'à la condition qu'elles soient temporaires[1657]. Elle a aussi conduit un raisonnement fondé sur l'irréversibilité de la situation lorsqu'elle a décidé qu'une « suspension temporaire des mesures d'expulsion du débiteur de son logement n'a ni pour effet ni pour objet de priver le propriétaire de l'immeuble de son droit de propriété »[1658].

408. En second lieu, **le caractère instantané** se déduit de ce que le juge européen a indiqué à plusieurs reprises que « (…) la privation d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel constitue en principe un acte instantané et ne crée pas une situation continue de « privation d'un droit » (…) »[1659]. Ainsi, l' « acte instantané » est opposé à la « situation continue ». Par analogie avec les contrats à exécution instantanée ou à exécution successive, cela voudrait signifier que la privation d'un droit de propriété ne peut créer qu'une seule fois une situation de privation à l'égard d'un même propriétaire[1660]. De plus, par le terme d' « acte » il semble qu'il faille y voir « la manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit »[1661]. Or, la volonté est l'un des critères intellectuels de la privation.

[1654] CEDH *Erkner et Hofauer c./ Autriche* du 23 avril 1987, Série A n°117, §74.
[1655] CEDH *Handyside c./ Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, Série A n°29, §62.
[1656] Par exemple : décision n°2013-369 QPC du 28 février 2014, cons. 11, J.O. du 2 mars 2014, p. 4119 ; décision n°2013-370 QPC du 28 février 2014, cons. 18, J.O. du 2 mars 2014, p. 4120
[1657] *Cf. supra* n°625.
[1658] Civ. 3e, 11 juillet 2012, n°12-40.043 : *Bull. civ*. III, n°109.
[1659] Comm. EDH *Mayer et a. c./ Allemagne* du 4 mars 1996, aff. nos18890/91, 19048/91, 19342/92, 19549/92, D.R. 85-B, p. 5 ; Comm. EDH *Brezny c./ Slovaquie* du 4 mars 1996, aff. n°23131/93, D.R. 85-A, p. 65 ; CEDH *Malhous c./ République Tchèque* du 13 décembre 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-XII, aff. n°33071/96 ; CEDH *Kopecky c./ Slovaquie* du 28 septembre 2004, Recueil des arrêts et décisions 2004-IX, aff. n°44912/98, §35.
[1660] Sur les différences entre un contrat à exécution instantanée et un contrat à exécution successive, et les points de vue de la doctrine, V. JurisClasseur Notarial Répertoire, V° « Contrats et obligations. – Définition et classification des contrats », par PETIT B. et ROUXEL S., 26 juin 2015, n°96.
[1661] Lexique des termes juridiques, Dalloz, 22e éd., 2014-2015, p. 17.

2. Les critères intellectuels

409. D'après Jean-François de MONTGOLFIER, « il n'y a privation de propriété que si le transfert s'opère **contre la volonté du propriétaire** »[1662]. Ce constat peut également être effectué en l'absence de transfert de propriété, c'est-à-dire qu'il ne peut y avoir de dépossession imparfaite reconnue comme privative de propriété qu'à la condition que le propriétaire soit opposé à la mesure.

Au sujet de la préemption, le juge européen a considéré dans une affaire qui concernait l'Etat français que l'exercice du droit de préemption par la SAFER d'Alsace avait privé la requérante de sa propriété au sens de la seconde phrase du premier alinéa de l'article 1[1663]. Au contraire, le juge constitutionnel a estimé que l'exercice du droit de préemption par les SAFER n'entraînait pas une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789, mais une atteinte aux conditions d'exercice de ce droit ainsi qu'à la liberté contractuelle[1664].

La préemption opère, à terme, un transfert de propriété. Or ce transfert ne peut avoir lieu que par la perte de la liberté du droit de disposer[1665]. La limitation au droit de propriété est donc antérieure au transfert. Toutefois, si la préemption est effectuée au prix annoncé dans la déclaration d'intention d'aliéner, le transfert de propriété n'est pas forcé puisque le propriétaire souhaitait vendre son bien. Ainsi, si la préemption a lieu au prix souhaité, il ne s'agirait que d'une limitation-restriction, et si la préemption a lieu à un prix inférieur, il s'agirait d'une limitation-privation. En matière de préemption, la volonté du propriétaire devrait permettre la qualification de la limitation portée à son droit de propriété.

Quant à la revente forcée d'une propriété agricole achetée lors d'une vente forcée aux enchères, elle est une mesure privative de propriété, mais dans une espèce le juge européen a noté que les acquéreurs savaient qu'ils devraient demander un permis pour la conserver au delà de deux ans. Ainsi, « compte tenu des risques délibérés qu'ils avaient assumés en

[1662] MONTGOLFIER (de) J.-F., Le Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées, *Cah. Cons. Const.* 2011, p. 35, spéc. p. 45.
[1663] CEDH *Hentrich c./France* du 22 septembre 1994, Série A n°296-A, §35.
[1664] Décision n°2014-701 DC du 9 octobre 2014, cons. 21, J.O. du 14 octobre 2014, p. 16656. Ce droit de préemption s'appliquait « en cas d'aliénation à titre onéreux de biens immobiliers à usage agricole et de biens mobiliers qui leur sont attachés ou de terrains nus à vocation agricole ; que ce droit peut également être exercé en cas d'aliénation à titre onéreux de bâtiments d'habitation faisant partie d'une exploitation agricole » sur l'usufruit ou la nue-propriété, à certaines conditions.
[1665] *Cf. supra* n°148.

achetant » la propriété, la Cour européenne ne reconnaît pas de violation de l'article 1 du protocole n°1[1666].

410. Une privation du droit de propriété va donc en principe à l'encontre de la volonté du propriétaire. Cependant il est intéressant de savoir si elle peut résulter des engagements qu'il aurait pris en sa qualité d'époux, ou de débiteur[1667].

Concernant les engagements résultant du régime matrimonial, les juges internes ont récemment considéré qu'une prestation compensatoire n'est pas constitutive d'une privation de propriété, sauf en cas d'attribution judiciaire forcée [1668]. Par ailleurs, l'article 217 du Code civil donne la possibilité à un époux de demander l'autorisation au juge de réaliser un acte de disposition sur l'immeuble commun[1669] ou qui constituerait le logement de la famille[1670], si son conjoint « est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille ». Il ne semble pas que cette mesure puisse être qualifiée de privative. En effet, le juge va apprécier souverainement l'intérêt de la famille[1671], et il refusera toute demande qui concernerait un bien propre ou personnel à l'autre époux[1672]. Dans le même esprit, si les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens et détiennent un bien en indivision, l'un d'eux pourra utiliser l'article 815-5 du Code civil afin de se faire autoriser à vendre le bien. Il devra prouver la mise en péril de l'intérêt commun. Si l'un d'eux détient au moins les deux tiers indivis du bien, il pourra forcer son conjoint co-indivisaire à vendre en respectant la procédure de l'article 815-5-1 du Code civil. Mais dans ce dernier cas, en cas d'opposition du co-indivisaire forcé, le juge du Tribunal de grande instance devra vérifier que l'aliénation ne porte pas une atteinte excessive à ses droits. L'aliénation peut donc avoir lieu contre la volonté de l'un des propriétaires indivis, mais il semble que dans cette hypothèse, son engagement dans l'indivision le soumet à un intérêt général. Il ne peut donc pas y avoir de privation du droit de propriété.

[1666] CEDH *Häkansson et Sturesson c./ Suède* du 21 février 1990, Série n°171-A, §55.
[1667] DEBET A., th. préc., pp. 732 et s., n[os]814 et s.
[1668] *Cf supra* n[os]122 et s.
[1669] Par exemple, une affectation hypothécaire (TGI Nevers, 29 novembre 1972 : *D.* 1973, 415, note J. Massip) voire même la vente de l'immeuble en vue d'acquitter le passif de la communauté (Civ. 1[re], 31 janvier 1974, n°71-14.700 : *Bull. civ*. I, n°37 ; TGI Dijon, 16 septembre 1998 : *BICC* 1[er] mai 1999, n°560).
[1670] De façon contraire à l'article 215 alinéa 3 du Code civil qui précise que le consentement de chacun des époux est nécessaire pour vendre le logement de la famille : **Civ. 2[e], 23 juin 1993, n°92-10.949.**
[1671] Civ. 1[re], 30 septembre 2009, n°08-13.220 : *Bull. civ*. I, n°196.
[1672] V. Répertoire Dalloz de droit civil, V° « Mariage (4° effets) », par LAMARCHE M. et LEMOULAND J.-J., janvier 2015, n°311 : TGI Paris, 29 mars 1968 ; TGI Seine, 11 mars 1966.

411. Concernant les engagements qui découlent des dettes du propriétaire, le Conseil constitutionnel a refusé l'application de l'article 17 de la Déclaration en matière de saisie[1673]. La Cour de cassation, quant à elle, dans le cadre d'une procédure collective, a exclu l'existence d'une privation de propriété dans la limitation temporelle[1674] pour effectuer la revendication des meubles[1675]. Cela est contestable car ainsi que l'indique William DROSS même si, lorsque le bien sera vendu, le propriétaire en obtiendra la valeur économique, il sera privé de la jouissance de son bien, ce qui revient à être privé de sa propriété[1676]. De son côté, le créancier propriétaire est plutôt bien protégé dans le contexte d'une procédure collective en bénéficiant d'un traitement particulier face à la discipline collective[1677]. Néanmoins, face au surendettement de son débiteur, la Cour de cassation a estimé que la procédure de rétablissement personnel qui efface les dettes « n'a ni pour objet ni pour effet d'entraîner la privation du droit de propriété du créancier au sens de l'article 17 de la Déclaration »[1678]. Pourtant, le créancier se verra inévitablement privé de ses droits de créance[1679].

412. L'importance du sacrifice est le dernier critère de nature intellectuelle qu'il est possible de trouver dans la jurisprudence interne et européenne. Ce critère pourrait être rapproché du principe de proportionnalité. Toutefois, il a aussi le rôle d'indicateur d'une privation. Il apporte une précision quantitative : une privation de propriété est une atteinte importante, grave, excessive, portée au droit de propriété. L'intensité des limitations est à son paroxysme. Au sujet d'un alignement, le juge constitutionnel a expliqué « qu'il résulte de la jurisprudence constante du Conseil d'État (…) que le plan d'alignement n'attribue à la collectivité publique le sol des propriétés qu'il délimite que dans le cadre de rectifications mineures du tracé de la voie publique ; qu'il ne permet ni d'importants élargissements ni *a fortiori* l'ouverture de voies nouvelles ; qu'il ne peut en résulter une atteinte importante à l'immeuble ; que, par suite, l'alignement n'entre pas dans le champ d'application de l'article 17 de la Déclaration de 1789 »[1680]. Le juge européen vérifie souvent l'ampleur du préjudice

[1673] *Cf. supra* n°396.
[1674] Art. L.624-9 C. com : « La revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure ».
[1675] Com. 1 avril 2014, n°13-13.574 : *Bull. civ.* IV, n°66.
[1676] DROSS W., Les conditions de la revendication dans les procédures collectives sont-elles contraires au droit fondamental de propriété, note ss Com. 1 avril 2014, *RTD civ*. 2014, p. 680.
[1677] *Cf. supra* n^{os}316 et s.
[1678] Civ. 2^{e}, 19 décembre 2013, n°13-40.065.
[1679] Cette solution est paradoxale si l'on reconnaît la qualification de biens aux créances puisque dans ce cas le droit de propriété pourrait porter sur les créances. Par conséquent, anéantir le droit de créance reviendrait à priver le créancier de son droit de propriété.
[1680] Décision n°2011-201 QPC du 2 décembre 2011, cons. 5, J.O. du 3 décembre 2011, p. 20497.

notamment lors des expropriations[1681]. Spécialement, dans l'arrêt *Lallement c./ France*, la Cour européenne a expliqué que l'expropriation de 60% de la surface des terres adjacentes à la ferme du requérant constituait une « charge spéciale et exorbitante » car elle lui faisait perdre non seulement sa propriété foncière mais également son « outil de travail »[1682].

413. Ainsi, l'expansion du contrôle des privations du droit de propriété est rendue possible par le développement des critères qui permettent de qualifier une privation. Ce contrôle se fonde principalement sur l'étude de l'intensité de la privation, et subsidiairement, sur des critères qui confirment ou infirment la qualification. L'étude de l'intensité de la privation révèle le critère de l'extinction du droit de propriété, qui peut être de deux sortes : formel ou matériel. De la même manière, le contrôle de l'intensité des restrictions crée une dichotomie entre elles et met ainsi en œuvre une diversification du contrôle des restrictions du droit de propriété.

§2. La diversification du contrôle des restrictions du droit de propriété

414. La simple distinction entre une privation et une restriction ne permet pas de rendre compte de l'ensemble des situations. En réalité, il existe des degrés de restriction. Pour prendre en considération cet état de fait, la Cour suprême des Etats-Unis a élaboré en 1922 la notion de *regulatory taking*[1683]. Pour le juge américain, une réglementation qui limite l'exercice du droit de la propriété à un tel point qu'elle prive le propriétaire de l'usage ou de la valeur de sa propriété peut aboutir aux mêmes effets qu'une privation du droit de propriété, sans qu'il y ait une dépossession formelle[1684]. Cela voudrait dire qu'il existe des restrictions intermédiaires dont les effets les rendraient assimilables à une privation du droit de propriété. En étudiant les articles 2 et 17 de la Déclaration, les article 544 et 545 du Code civil ou l'article 1er du protocole n°1, il n'y a aucune référence à une éventuelle restriction intermédiaire. Les juges ont donc élaboré des notions qui tiennent principalement compte de

[1681] Par exemple : CEDH *Akkus c./ Turquie* du 9 août 1997, Recueil des arrêts et décisions, 1997-IV, préc. ; CEDH *Lallement c./ France* du 11 avril 2002, aff. n°46044/99.
[1682] Monsieur le Juge COSTA, dont l'opinion est concordante dans l'affaire *Lallement c./ France* indique qu'il ne faut pas accorder une portée extensive à cet arrêt dans le sens où il met en avant l'aspect humain et valorise l'outil de travail. À cet égard, il n'est donc pas possible d'y voir une véritable consécration européenne de la propriété culturale. Néanmoins, la valorisation de l'outil de travail est une avancée dans ce sens.
[1683] *Pennsylvania Coal vs Mahon*, 260 U. S. 393.
[1684] Sur cette notion V. BIGLIONE F., *La notion de privation de propriété, Etude relative à la propriété immobilière*, th. Aix-Marseille III, 1998, pp. 325 et s., et CHEROT J.-Y., préc., spéc. p. 416.

l'intensité de la restriction : ils distinguent entre l'altération grave du droit de propriété (A) et les limitations simples au droit de propriété (B).

A. L'altération grave du droit de propriété

415. Les juges interne et européen sont réticents à accorder les effets d'une privation à une restriction, pour des raisons sûrement économiques[1685]. Cela se traduit, devant le Conseil constitutionnel, par une restriction intermédiaire opaque, à travers la notion de dénaturation (1). La stratégie du juge européen a été différente puisqu'il a créé la notion autonome du principe du respect des biens, à partir duquel il est possible de développer la notion d'atteinte à la substance (2).

1. La notion de dénaturation du droit de propriété

416. La notion de dénaturation du sens et de la portée du droit de propriété est d'origine prétorienne. Elle est apparue dans une décision du 26 juillet 1984, mais le Conseil constitutionnel s'en était alors servi pour refuser de reconnaître une violation du droit de propriété[1686]. Cette notion est d'une appréhension difficile car elle semble pouvoir exprimer deux idées : soit elle changerait la nature de la limitation et ainsi la restriction deviendrait une privation, soit elle ne ferait qu'altérer la nature de la restriction, et dans cette hypothèse, il s'agirait d'une restriction qui serait assimilable dans ses effets à une privation. La première solution n'est pas envisageable car le juge constitutionnel a une conception stricte de la privation[1687]. De plus, d'après l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, non seulement l'article 17 n'apparaît pas comme le fondement de la dénaturation, mais en plus la définition de la dénaturation semble viser une hypothèse distincte de la privation.

417. En effet, dans sa décision de 1984, aucun article n'avait été visé. Par la suite, le Conseil constitutionnel semblait avoir opté pour l'article 2, tout en expliquant que « par la perte de la libre disposition du bien, la propriété est démembrée et, par voie de conséquence,

[1685] *Cf. infra* sur la condition d'indemnisation en matière de privation, n°496, alors qu'une telle condition n'existe pas en matière de restriction.
[1686] Décision n°84-172 DC du 26 juillet 1984, cons. 3, J.O. du 28 juillet 1984, p. 2496 : « (…) ces limitations n'ont pas un caractère de gravité telle que l'atteinte au droit de propriété dénature le sens et la portée de celui-ci et soit, par suite, contraire à la Constitution »
[1687] À son sens, il ne peut y avoir privation qu'en cas d'extinction formelle ou matérielle du droit de propriété, et cette dernière hypothèse est réduite aux cas d'occupations, *Cf. supra* n°399.

dénaturée »[1688]. Un démembrement pouvait donc constituer une dénaturation, mais il ne s'agissait en aucun cas d'une privation. Une décision de la même année a formulé l'idée de dénaturation dans des termes différents : les juges constitutionnels ont expliqué qu'une servitude d'intérêt public ne pouvait pas être qualifiée de privation de propriété car elle n'occasionnait qu'une gène supportable, mais qu'il en aurait été autrement si elle avait abouti à « vider de son contenu le droit de propriété»[1689]. Cette décision confirmait la définition de la dénaturation comme un démembrement. D'ailleurs, à la suite de ces décisions, Hélène PAULIAT avait considéré que « la dénaturation de la portée consisterait dans la limitation de son champ d'application (…) ; la dénaturation du sens reviendrait à retirer au propriétaire ses deux prérogatives essentielles, usage et disposition »[1690]. Toutefois, cette même décision visait l'article 17. Par la suite, les décisions ont également été fluctuantes quant au fondement de la dénaturation[1691]. En 2002, au sujet « du droit d'usufruit des bailleurs sociaux », le Conseil constitutionnel a décidé qu'il n'y avait pas « d'atteinte substantielle au droit de propriété » et a conclu en la non violation des articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789[1692]. Enfin, depuis l'entrée en vigueur de la QPC, il ne semble plus y avoir d'incertitude quant au fondement de la dénaturation : les juges se fondent sur l'article 2[1693].

418. Par conséquent, la notion de dénaturation a une utilité méthodologique puisqu'elle permet de qualifier une restriction dont les effets sont assimilables à une privation. Par ce phénomène, une restriction ne change pas de nature : elle demeure une restriction. Son contrôle était plus renforcé que celui d'une limitation de l'exercice du droit de propriété jusqu'à ce que le juge constitutionnel instaure un contrôle de proportionnalité pour une telle limitation[1694].

[1688] Décision n°85-189 DC du 17 juillet 1985, cons. 9, J.O. du 19 juillet 1985, p. 8200.
[1689] Décision n°85-198 DC du 13 décembre 1985, cons. 9, J.O. du 14 décembre 1985, p. 14574.
[1690] PAULIAT H., *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat,* th. Limoges, Préf. J. MORANGE, PUF, 1991, t. 2, p. 48.
[1691] Tout d'abord, avec seulement la référence à une atteinte excessive au droit de propriété, sans viser d'article : décision n°89-254 DC du 4 juillet 1989, cons. 10, J.O. du 5 juillet 1989, p. 8382 ; décision n°92-316 DC du 20 janvier 1993, cons. 16, J.O. du 22 janvier 1993, p. 1118 ; Puis, décision n°96-373 DC du 9 avril 1996, cons. 22, J.O. du 13 avril 1996, p. 5724 : « (…) de telles limitations revêtent un caractère de gravité telle que l'atteinte au droit de propriété qui en résulte dénature le sens et la portée de ce droit garanti par l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ». Et enfin, au visa général des articles 2 et 17 : « (…) de telles limitations apportées à l'exercice du droit de propriété revêtent un caractère de gravité tel que l'atteinte qui en résulte dénature le sens et la portée de ce droit », décision n°98-403 DC du 29 juillet 1998, cons. 40, J.O. du 31 juillet 1998, p.11710.
[1692] Décision n°2001-455 DC du 12 janvier 2002, cons. 92 et 93 J.O. du 18 janvier 2002, p. 1053.
[1693] Décision n°2010-60 QPC du 12 novembre 2010, cons. 6 et 7, J.O. du 13 novembre 2010, p. 20237 ; décision n°2011-193 QPC du 10 novembre 2011, cons. 7, J.O. du 19 novembre 2011, p. 19010.
[1694] *Cf infra* n°451.

Étant donné que le critère d'une dénaturation est principalement celui de la gravité de l'atteinte, il est possible de la définir comme une altération grave du droit de propriété. Il résulte des différentes décisions rendues par le Conseil constitutionnel que des démembrements subis par le propriétaire pourraient être constitutifs d'une dénaturation du sens et de la portée du droit de propriété. Dans ce cas, une dénaturation du sens du droit de propriété viendrait contrarier la liberté d'user, de jouir ou de disposer du propriétaire. *A priori*, la paralysie d'une seule de ces libertés suffirait à retenir une telle qualification[1695]. Et la dénaturation de la portée du droit de propriété signifierait que le propriétaire a involontairement perdu l'exclusivité de son droit de propriété.

419. Toutefois, certaines décisions rendues sur QPC entraînent des interrogations. En effet, certaines se fondent sur l'article 17 de la Déclaration et utilisent le critère de la gravité pour refuser la qualification de privation[1696]. D'autres décisions emploient le critère des garanties légales pour expliquer l'existence ou l'absence d'une dénaturation[1697]. En effet, d'après les tables analytiques du Conseil constitutionnel, ces cas entreraient dans la catégorie de « la protection contre la dénaturation du droit de propriété » [1698]. De plus, les tables 2013, 2014 et 2015 ne mentionnent plus le cas de « la protection contre la dénaturation du droit de propriété ». Cela pourrait faire penser que le Conseil constitutionnel abandonne la référence explicite à la dénaturation du droit de propriété, au profit soit du critère de la gravité qui deviendrait un indicateur de la privation[1699], soit du contrôle de proportionnalité qui serait renforcé pour l'ensemble des restrictions[1700]. De cette manière, désormais la dénaturation semble implicite et serait caractérisée par l'absence de garanties légales quant à la procédure des atteintes portées au droit de propriété, ou par la disproportion entre l'atteinte et le but visé. Cette nouvelle approche fait perdurer l'opacité de la notion de dénaturation, à mi-chemin entre une privation et une restriction. Au contraire, les juges européens ont élaboré une notion autonome : l'atteinte à la substance.

[1695] En effet, il ne s'agit ni d'une privation étant donné qu'il n'y a pas de dépossession, ni d'une limitation de l'exercice du droit de propriété dès l'instant où il s'agit d'un démembrement, qui porte sur les composantes du droit de propriété.
[1696] Notamment décision n°2011-201 QPC, préc. mais aussi la décision n°2010-43 QPC du 6 octobre 2010, cons. 4, J.O. du 7 octobre 2010, p. 18155, qui évoque une « charge spéciale et exorbitante ».
[1697] Notamment : décision n°2010-33 QPC du 22 septembre 2010, cons. 4, J.O. du 23 septembre 2010, p. 17292 ; décision n°2011-176 QPC du 7 octobre 2011, cons. 5, J.O. du 8 octobre 2011, p. 17019.
[1698] http://www.conseil-constitutionnel.fr/.
[1699] *Cf. supra* n^{os}409 et s. sur les critères intellectuels.
[1700] *Cf supra* n^{os}455.

2. La notion européenne de l'atteinte à la substance

420. La notion d'atteinte à la substance découle du principe du droit au respect de la propriété, qui est une double création jurisprudentielle. En effet, l'arrêt *Marckx* a affirmé qu' « en reconnaissant à chacun le droit au respect de ses biens, l'article 1er du protocole n°1 garantit en substance le droit de propriété »[1701]. Et depuis l'arrêt *Sporrong et Lönnroth* de 1982, la Cour européenne recherche la présence d'une privation ou d'une réglementation de l'usage des biens, et à défaut elle étudie le principe du respect de la propriété qui se fonde sur la première phrase du premier alinéa de l'article 1 du protocole n°1[1702]. Cette troisième norme est donc autonome mais elle est également une « norme-balai » car elle n'a qu'un rôle subsidiaire ou résiduel[1703]. C'est en cela que la stratégie du juge européen est distincte de celle du juge constitutionnel. Le juge européen n'a pas hésité à créer une norme supplémentaire pour qualifier les mesures qui ne sont ni des privations, ni des réglementations.

Toutefois, la qualification même d'atteinte à la substance est le résultat d'une extension des termes utilisés par la Cour européenne, à l'initiative de la doctrine[1704]. En effet, dans l'arrêt *Sporrong et Lönnroth*, la Cour européenne n'évoque pas directement l'existence d'une atteinte à la substance, mais elle constate la perte de la substance du droit de propriété[1705]. Depuis, la jurisprudence a continué à faire état de la perte de la substance du droit de propriété[1706], mais elle a également eu recours à la notion d'ingérence dans le droit de propriété[1707], et parfois elle constate simplement l'existence d'une atteinte au respect des biens ou de la propriété[1708]. La notion d'atteinte à la substance demeure donc une notion doctrinale qui désigne une atteinte au principe du respect de la propriété. Cette qualification

---

[1701] CEDH *Marckx c./ Belgique* du 13 juin 1979, Série A n°31, §63.
[1702] CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, préc., §§61 et s.
[1703] SUDRE F., La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme, *D*. 1988, Chron, p. 71, spéc. p. 73 ; CONDORELLI L., *op. cit*., p. 981.
[1704] SUDRE F., préc., p. 74 ; KASTANAS E., *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, th. Genève, Avant-propos F. MATSCHER, Préf. G. MALIVERNI, Bruylant, 1996, p. 158 ; SERMET L., La Convention européenne des droits de l'homme et le droit de propriété, Conseil de l'Europe, 2e éd., 1998, pp. 28 à 31 ; ZATTARA A.-F., *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, th. La Réunion, Préf. R. CABRILLAC, L.G.D.J., 2001, p. 460 et s., n°456 et s. ; MONTI L., *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit de propriété*, th. Nice, 2001, t. 1, pp. 167 et s., nos103 et s. ; SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Coll. Droit fondamental, Paris, 11e éd., 2012.
[1705] CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, préc., §63.
[1706] Par exemple : CEDH *Wiesinger c./ Autriche* du 30 octobre 1991, Série A n°213, §77 ; CEDH *Hakan Ari c./ Turquie* du 11 janvier 2011, aff. n°13331/07, §36 ; CEDH *Hüseyin Kaplan c./ Turquie* du 1er octobre 2013, aff. n°24508/09, §38.
[1707] Par exemple : CEDH *Erkner et Hofauer c./ Autriche* du 23 avril 1987, Série A n°117 C, §72 ; CEDH *Phocas c./ France* du 23 avril 1996, Recueil des arrêts et décisions, 1996-II, p. 519, aff. n°17869/91, §45.
[1708] Par exemple : CEDH *Köktepe c./ Turquie* du 22 juillet 2008, aff. n°35785/03, §91.

est critiquable notamment parce que si l'atteinte laisse un certain exercice au propriétaire, elle pourrait simplement être qualifiée de réglementation[1709]. Mais cette qualification reste nécessaire car elle est conforme à l'idée d'une troisième norme, développée par la jurisprudence européenne. De plus, elle donne un nom à une catégorie d'atteintes qui peuvent ne rien avoir en commun dans les faits, tout en laissant suggérer l'importance de l'atteinte qui est subie.

421. Les domaines qui ont fait l'objet d'une atteinte à la substance sont nombreux : notamment, des remembrements ruraux[1710], l'exécution[1711] ou l'indemnisation[1712] d'une expropriation, le droit de l'urbanisme[1713], un droit de préemption sur une œuvre d'art[1714], ou encore un retard dans le remboursement de crédits d'impôts[1715].
De plus, le raisonnement utilisé par la Cour européenne est variable. D'abord, au niveau de la méthode, dans certains arrêts les juges rappellent les trois normes et vérifient la présence d'une privation ou d'une réglementation avant d'étudier l'atteinte à la substance[1716]. Dans d'autres arrêts, ils qualifient une mesure d'atteinte au principe du respect des biens sans aucun rappel ou justificatif[1717]. Ensuite, au niveau de la qualification, parfois ils expliquent que la perte de la substance du droit de propriété n'est pas assimilable à une privation[1718]. Au contraire, parfois ils constatent une atteinte au principe du respect de la propriété dans le cas d'une privation de fait[1719] ou alors, ils expliquent que l'atteinte a abouti à une « sorte d'expropriation privée »[1720].

[1709] SERMET L., *op. cit*., p. 30.
[1710] CEDH *Poiss, Erkner et Hofauer c./ Autriche* du 23 avril 1987, Série A n°117 B et C ; CEDH *Prötsch c./ Autriche* du 15 novembre 1996, aff. n°15508/89.
[1711] CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, préc.
[1712] CEDH *Phocas c./ France* du 23 avril 1996, préc. ; CEDH *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão et a. c./ Portugal* du 11 janvier 2000, aff. n°29813/96 et n°30229/96.
[1713] CEDH *Cooperativa La Laurentina c./ Italie* du 2 août 2001, aff. n°23529/94 (adoption d'un plan d'urbanisme) ; CEDH *Hakan Ari c./ Turquie* du 11 janvier 2011, préc. (affectation d'un terrain à l'édification d'une école dans le plan d'urbanisme) ; CEDH *Hüseyin Kaplan c./ Turquie* du 1er octobre 2013, aff. n°24508/09 (affectation d'un terrain à un service public sans expropriation)
[1714] CEDH *Beyeler c./ Italie* du 5 janvier 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-I, aff. n°33202/96.
[1715] CEDH *Buffalo SRL en liquidation c./ Italie* du 3 juillet 2003, aff. n°38746/97.
[1716] CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, préc., §61 ; CEDH *Erkner et Hofauer c./ Autriche* du 23 avril 1987, Série A n°117 C, §73 et §74 ;
[1717] CEDH *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c./ Grèce* du 9 décembre 1994, Série A n°301-B, §68 ; CEDH *Hüseyin Kaplan c./ Turquie* du 1er octobre 2013, préc., §36.
[1718] CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, préc., §63 ; CEDH *Hüseyin Kaplan c./ Turquie* du 1er octobre 2013, préc., §38
[1719] CEDH *Papamichalopoulos et autres c./ Grèce* du 24 juin 1993, Série 260-B, §45 ; CEDH *Vasilescu c./ Roumanie* du 22 mai 1998, Recueil des arrêts et décisions, 1998-III, p. 1064, §53.
[1720] CEDH *Matheus c./ France* du 31 mars 2005, aff. n°62740/00, §71 ; CEDH *R. P. c./ France* du 21 janvier 2010, aff. n°10271/02, §41.

Cela est la preuve que la Cour européenne se refuse à une théorisation de l'atteinte à la substance. Il est donc difficile de trouver des principes communs à ces différentes décisions. Anne-Françoise ZATTARA a tenté de distinguer deux catégories d'atteintes à la substance : celles de nature à engendrer « une charge spéciale et exorbitante », et celles qui constitueraient des privations de fait[1721]. Mais ces catégories se heurtent aux situations dans lesquelles il n'y a aucune justification quant à la qualification de l'atteinte[1722], ou lorsque la Cour explique qu' « en raison de sa complexité, en fait comme en droit, la situation ne peut pas être classée dans une catégorie précise » et que par conséquent il faut vérifier si la situation est contraire ou non au principe du respect de la propriété[1723].

422. Ainsi, en réalité, il faudrait plutôt considérer l'atteinte à la substance comme un principe directeur visant à protéger le droit de propriété de manière effective. Son but est de ne laisser aucune place à une quelconque ingérence innommée substantielle. En conséquence, s'il fallait définir la notion d'atteinte à la substance, il faudrait surtout chercher à savoir ce qu'est la substance du droit de propriété. Une définition théorique peut être recherchée sous l'angle étymologique : le terme « substance » provient du latin *substantia* qui signifie substance, mais aussi être et essence. Une telle définition reste floue puisqu'il reste encore à savoir ce qui pourrait être considéré comme l'essence du droit de propriété : la liberté du propriétaire ? L'exclusivité de son droit ? Ses attributs ou certains d'entre eux ? L'angle philosophique peut également apporter des explications[1724]. Dans la métaphysique, la substance recouvre deux hypothèses : soit c'est ce qui constitue « une réalité permanente dans les choses changeantes », soit c'est « ce qui est *par soi* et non par autre chose, ce qui n'a besoin que de soi-même pour exister »[1725]. Etant donné qu'il faut un bien et un propriétaire, ainsi qu'un moyen d'acquérir la propriété, tels qu'un titre, une possession, ou une prescription, pour que le droit de propriété existe, il est plus vraisemblable que la substance du droit de propriété se définisse selon la première hypothèse. Ainsi, la substance du droit de propriété serait ce qui ne s'altère pas même lorsqu'il subit des changements. Cette permanence semble désigner la sécurité juridique qu'implique le droit de propriété.

[1721] ZATTARA A.-F., th. préc., pp. 463-464, n°461 ;
[1722] ZATTARA A.-F., th. préc., p. 464, n°461 ; Répertoire Dalloz de droit immobilier, V° « Conv. EDH, protocole 1, art. 1 : droit de propriété », par ZATTARA A.-F., mars 2014, n°73.
[1723] CEDH *Beyeler c./ Italie* du 5 janvier 2000, préc., §106.
[1724] ZATTARA A.-F., th. préc., pp. 462-463, n°459 et s. : d'abord, s'inspirant de DESCARTES, Anne-Françoise ZATTARA a estimé que la Cour paraissait « rejoindre la conception de la substance visant *ce qui existe en soi*, par opposition aux attributs », puis elle a finalement estimé que la substance du droit de propriété désignerait plutôt « la part de ce droit qui résiste aux modifications ou altérations que subissent les attributs de ce droit ».
[1725] RUSS J., *Dictionnaire de philosophie*, Bordas, Coll. Mémo références, 1996, p. 279.

423. Plus concrètement, au fil de sa jurisprudence, la Cour européenne s'est appuyée sur ce qu'on pourrait considérer comme des critères de qualification.

D'une part, matériellement, il ressort de nombreux arrêts qu'une atteinte à la substance du droit de propriété résulte d'un critère matériel d'ordre quantitatif : l'intensité de l'atteinte. Cette intensité est contrôlée à travers la durée de l'atteinte[1726], ou en fonction de l'étendue des pouvoirs qui demeuraient à la disposition du propriétaire[1727]. Ce critère de l'intensité de l'atteinte est concurrencé par un critère d'ordre qualitatif plus conforme à la définition philosophique de la substance du droit de propriété : la précarité de la situation[1728] ou l'incertitude[1729] du sort définitif de la propriété[1730].

D'autre part, la Cour européenne vise parfois un critère économique. Elle explique que les limitations ont eu des conséquences sur la valeur de l'immeuble[1731].

Ces critères ne doivent pas être considérés comme étant cumulatifs puisque tout dépendra de chacune des situations. La qualification d'une altération grave du droit de propriété résulte donc d'une appréciation *in concreto* du juge européen, qu'il est difficile de théoriser, autrement qu'en se référant aux critères utilisés par la jurisprudence de la Cour. S'il est difficile en présence d'une altération grave portée au droit de propriété, un tel travail se révèle impossible pour qualifier les limitations simples au droit de propriété.

B. Les limitations simples au droit de propriété

424. Ces limitations sont en principe conformes au Code civil, à la Déclaration de 1789 et à la Convention de sauvegarde si elles sont justifiées par la protection d'un intérêt

[1726] CEDH *Prötsch c./ Autriche* du 15 novembre 1996, préc., §43 (le remembrement n'était qu'un inconvénient temporaire) ; CEDH *Matheus c./ France* du 31 mars 2005, préc., §71 (l'occupation illégale a duré 16 ans) ; CEDH *Hüseyin Kaplan c./ Turquie* du 1er octobre 2013, préc., §44 (durant toute la période concernée c'est-à-dire depuis 1982)

[1727] CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, préc., §63 (les juges constatent une diminution de la disponibilité des biens, mais un maintien de l'usage des biens et la possibilité de vendre les immeubles) ; CEDH *Papamichalopoulos et autres c./ Grèce* du 24 juin 1993, préc., §43 (impossibilité d'user, de vendre, de léguer, de donner ou d'hypothéquer les biens) ; CEDH *Loizidou c./ Turquie* du 18 décembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI, aff. n°15318/89, §63 (perte de la maîtrise des biens ainsi que toute possibilité d'usage et de jouissance) ; CEDH *Hüseyin Kaplan c./ Turquie* du 1er octobre 2013, préc., §45 (entrave de la pleine jouissance par l'interdiction de construire alors que le terrain est constructible, et par l'interdiction d'y planter des arbres).

[1728] CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, préc., §63.

[1729] CEDH *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão et a. c./ Portugal* du 11 janvier 2000, préc., §54.

[1730] CEDH *Erkner et Hofauer c./ Autriche* du 23 avril 1987, préc., §79 ; CEDH *Hakan Ari c./ Turquie* du 11 janvier 2011, préc., §42 ; CEDH *Hüseyin Kaplan c./ Turquie* du 1er octobre 2013, préc., §44

[1731] CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, préc., §63 ; CEDH *Hüseyin Kaplan c./ Turquie* du 1er octobre 2013, préc., §38.

général et proportionnées en vue de cette protection[1732]. Dans ce cas, elles peuvent restreindre la jouissance, l'usage, la libre disposition ou encore la libre exploitation d'un bien qui fait l'objet d'un droit de propriété.

En dehors de la faible intensité de ces limitations, il n'est pas possible de leur trouver des points communs tellement elles sont diverses. Toutefois, dans le cadre de la conception interne de la limitation portée à l'exercice du droit de propriété, et dans le cadre de la conception européenne de la réglementation de l'usage des biens, il est possible d'identifier des limitations de type urbanistique et environnemental (1), ou à visée locative (2)[1733].

1. Les limitations de type urbanistique et environnemental

425. De nombreuses limitations de type urbanistique et environnemental sont qualifiées soit de réglementation de l'usage des biens, soit de limitation aux conditions d'exercice[1734].

D'une part, dans le cadre du droit de l'urbanisme, l'annulation d'un certificat préalable d'urbanisme qui autorisait la construction d'un entrepôt industriel et de bureaux a été qualifiée par la Cour européenne comme une réglementation de l'usage des biens[1735].

Cela est conforme à l'arrêt *Sporrong et Lönnroth* qui avait expliqué que les interdictions de construire devaient s'analyser en des réglementations de l'usage des biens[1736]. Dans ce sens, dans plusieurs affaires jugées en 2010, qui mettaient en cause la France, le juge européen a également qualifié de réglementation de l'usage des biens le non renouvellement d'une concession d'une maison bâtie en bord de mer sur le domaine public maritime ainsi que

---

[1732] Sur les conditions de conformité d'une réglementation de l'usage d'un bien ou d'une limitation de l'exercice du droit de propriété, *cf. infra* n°433.

[1733] Il s'agit des principaux domaines qui concernent soit des limitations portées à l'exercice du droit de propriété soit des règlementations de l'usage des biens. Toutefois, certaines décisions traitent ponctuellement d'autres situations : par exemple, en matière de copropriété (décision n°2014-691 DC du 20 mars 2014, cons. 47, J.O. du 26 mars 2014, p. 5925 : il s'agissait de soumettre le changement d'usage d'un local d'habitation à l'assemblée générale), en matière de mitoyenneté (décision n°2010-60 QPC du 12 novembre 2010, cons. 7, préc.), en matière de libéralités (CEDH *Marckx c./ Belgique* du 13 juin 1979, Série A n°31 §64), et au sujet d'une profession réglementée (CEDH *Van Marle c./ Pays-Bas* du 26 juin 1986, Série A n°101 §43). De même, lorsque la privation est assimilable à une sanction, notamment lors d'une confiscation, les juges l'abordent comme une limitation aux conditions d'exercice du droit de propriété (décision n°2011-208 QPC du 13 janvier 2012, cons. 4, J.O. du 14 janvier 2012, p. 752) ou comme une réglementation de l'usage des biens (CEDH *Handyside c./ Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, préc., §62 ; CEDH *AGOSI c./Royaume-Uni* du 24 octobre 1986, préc., §51 ; CEDH *Phillips c./ Royaume-Uni* du 5 juillet 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-VII, aff. n°41087/98, §51 ; CEDH *Moon c./ France* du 9 juillet 2009, aff. n°39973/03, §45).

[1734] Ces qualifications manquent de portée puisque souvent après le contrôle d'adéquation, elles ne sont pas considérées comme contraires à la Constitution ou à la Convention.

[1735] CEDH *Pine Valley Developments Ltd et a. c./ Irlande* du 29 novembre 1991, Série A n°222, §56. Pour une affaire similaire V. CEDH *Allan Jacobson c./Suède* du 25 octobre 1989, Série A n°163.

[1736] CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, préc., §64.

l'injonction de la détruire[1737], et le fait d'empêcher des propriétaires fonciers de construire alors que des droits à construire leur avait été reconnus par l'Etat[1738].

Le Conseil constitutionnel qualifie aussi de limitations apportées à l'exercice du droit de propriété les « interdictions de construire ou de reconstruire pour des biens situés dans des zones qu'il délimite comme exposées à un risque naturel prévisible »[1739]. Les juges internes ont été également sollicités au sujet de plusieurs droits de préemption. Ils ont considéré que touchent aux conditions d'exercice du droit de propriété les droits de préemption au profit notamment des collectivités publiques dans les zones d'aménagement différé[1740], et de la SAFER[1741]. Et, à l'occasion de la loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt[1742], le Conseil constitutionnel s'est prononcé contre la constitutionnalité de la préemption de la SAFER de la nue-propriété d'un terrain dans le but de la rétrocéder, dans un délai maximal de cinq ans, à l'usufruitier[1743]. Le Conseil constitutionnel s'est également prononcé sur la réglementation du lotissement qui permettait d'inclure dans le lotissement une parcelle qui y était détachée[1744], ou encore sur les conséquences d'un plan d'alignement sur un immeuble bâti[1745].

426. D'autre part, le juge européen a considéré que la préservation de l'environnement était un but légitime pour refuser le renouvellement d'une exploitation d'une gravière, et qu'il s'agissait là non pas d'une expropriation de fait mais d'une réglementation de l'usage des biens[1746]. Cette position a été confirmée pour justifier la demande des pouvoirs publics en démolition forcée d'une maison de vacances construite sans permis, dans une zone forestière non constructible, même si la situation a perduré pendant trente-deux ans[1747]. Les juges

---

[1737] CEDH *Depalle c./ France* du 29 mars 2010, aff. n°34044/02, §80. Et aussi au sujet du non renouvellement des autorisations d'occupation privative du domaine public : CEDH *Brosset-Triboulet et a. c./ France* du 29 mars 2010, aff. n°34078/02, §83.

[1738] CEDH *Consorts Richet et Le Ber c./ France* du 18 novembre 2010, aff. n°18990/07 et n°23905/07, §113 et §117.

[1739] Décision n°2014-411 QPC du 9 septembre 2014, cons. 14, J.O. du 12 septembre 2014, p. 15020,

[1740] Civ. 3e, 20 février 2014, n°13-40-076 : *Bull. civ*. III, n°29.

[1741] Civ. 3e, 3 avril 2014, n°14-40.006 : *Bull. civ.* III, n°46.

[1742] Loi n°2014-1170 du 13 octobre 2014 *d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt*, J.O. du 14 octobre 2014, p. 16601, modifiant l'article L.143-1 C. rural.

[1743] Décision n°2014-701 DC du 9 octobre 2014, cons. 24, J.O. du 14 octobre 2014, p. 16656. Le Conseil constitutionnel a prononcé l'inconstitutionnalité de cette rétrocession « eu égard à l'incidence de la durée de la détention de la nue-propriété sur la valeur de celle-ci et en l'absence de garantie légale faisant obstacle à ce que les sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural conservent la nue-propriété de biens au-delà du délai de cinq ans prévu par ces dispositions ».

[1744] Décision n°2011-176 QPC du 7 octobre 2011, cons. 4 et 5, J.O. du 8 octobre 2011, p. 17019.

[1745] Décision n°2011-201 QPC du 2 décembre 2011, cons. 8 et 9, préc.

[1746] CEDH *Fredin c./ Suède* du 18 février 1991, Série A n°192, §§47-48.

[1747] CEDH *Hamer c./ Belgique* du 27 novembre 2007, aff. n°21861/03, §77 et §81.

internes n'ont pas fondamentalement opposé le droit de propriété au droit de l'environnement[1748], mais ils ont déjà reconnu l'existence de restrictions apportées à l'exercice du droit de propriété en vue de la préservation des espaces boisés[1749], ou de la lutte contre les incendies de forêt[1750].

Les considérations cynégétiques ont également été qualifiées de limitations réduites au droit de propriété dans le droit européen[1751], puis à la suite de la loi du 26 juillet 2000[1752], dans le droit interne[1753]. En effet, selon l'arrêt *Chassagnou*, l'apport forcé du droit de chasse à une association pour que des tiers en fassent un usage contraire à la conviction du propriétaire du terrain sur lequel il va s'exercer, est une limitation apportée à la libre disposition du droit d'usage qui lui occasionne une charge démesurée[1754]. Une réglementation de l'usage des biens contraire à l'article 1er du protocole n°1 est plutôt rare, et il en est de même en ce qui concerne les limitations à visée locative.

2. Les limitations à visée locative

427. Les limitations du droit de propriété à visée locative sont nombreuses mais les principaux contentieux se concentrent sur le sujet du montant du loyer, ou sur le moment où le bailleur souhaite récupérer l'usage de son bien[1755].

D'une part, pour des raisons socio-économiques, les Etats prennent régulièrement des dispositions afin de contrôler le montant des loyers. Ainsi, dans l'affaire *Mellacher*, l'Etat autrichien avait instauré un dispositif en 1981 qui permettait de réduire le montant des loyers pour « combattre la spéculation immobilière » et « faciliter aux personnes de condition

---

[1748] V. Décision n°2011-116 QPC du 8 avril 2011, J.O. du 9 avril 2011, p. 6361 ; décision n°2014-394 QPC du 7 mai 2014, J.O. du 10 mai 2014, p. 7873.

[1749] CE 17 février 2011, *Raymond A.*, n°344445, au sujet de l'article L.130-1 du Code de l'urbanisme.

[1750] Décision n°2011-182 QPC du 14 octobre 2011, cons. 6, J.O. du 15 octobre 2011, p. 17465.

[1751] CEDH *Chassagnou et a. c./ France* du 29 avril 1999, Recueil des arrêts et décisions 1999-III, aff. n°25088/94 et n°28443/95, §74 ; CEDH *Herrmann c./ Allemagne* du 26 juin 2012, aff. 9300/07, §73.

[1752] Loi n°2000-698 du 26 juillet 2000 *relative à la chasse*, J.O. du 27 juillet 2000, p. 11542.

[1753] Décision n°2000-434 DC du 20 juillet 2000, cons. 24, J.O. du 27 juillet 2000, p. 11550 ; Civ. 3e, 9 décembre 2009, n°09-11.333 : *Bull. civ*. III, n°274 : « un droit d'objection à la chasse, n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que les atteintes au droit de propriété sont justifiées par des considérations d'intérêt public tenant à l'entretien et à la mise en valeur des espaces réservés à la chasse, ces règles visant à prévenir une pratique désordonnée de la chasse et à favoriser une gestion rationnelle du patrimoine cynégétique ».

[1754] CEDH *Chassagnou et a. c./ France* du 29 avril 1999, §85. Sauf si le propriétaire foncier n'est pas un opposant éthique à la chasse : CE 16 juin 2008, *Association communale de chasse agréée de Louin*, n°297568 ; CEDH *Chabauty c./ France* du 4 octobre 2012, aff. n°57412/08. Dorénavant un propriétaire peut refuser de soumettre sa propriété à l'action d'une association de chasse, soit au seul titre de propriétaire pour les parcelles supérieures à une certaine surface, soit en invoquant ses convictions morales.

[1755] Pour une vue d'ensemble sur les hypothèses de réglementation de l'usage des biens dans le droit des baux, V. DEBET A., th. préc., pp. 773 et s., nos848 et s.

modeste l'accès à des logements de prix raisonnable »[1756]. La Cour européenne a jugé que ces dispositions contrôlaient l'usage des biens[1757], mais qu'elles remplissaient les conditions de l'alinéa 2e de l'article 1er du protocole n°1[1758]. De même en Pologne, à la suite de son occupation pendant la Seconde Guerre mondiale, puis de la chute du régime communiste, le gouvernement a souhaité réguler les loyers pour maintenir des logements. Les loyers ont été plafonnés et ils ne permettaient aux bailleurs qu'à assumer 60% des frais d'entretien des immeubles. Le juge européen a qualifié ces restrictions de réglementation de l'usage des biens puis a estimé que le juste équilibre n'avait pas été respecté[1759].

La réglementation des loyers n'a pas fait l'objet d'une QPC. Ceci étant, le Conseil constitutionnel s'est tout de même prononcé sur ce sujet récemment. Il a d'abord fait l'objet d'une saisine au sujet de l'article 3 de la loi du 18 janvier 2013, qui prévoit pour les logements en accession à la propriété, lorsque le bien est revendu dans les dix ans qui suivent l'acquisition consécutive à la première mise en vente du bien, le versement d'une somme égale à la différence entre le prix de vente et le prix d'acquisition de son logement et, lorsque le bien est mis en location dans ce même délai de dix ans, un plafonnement du loyer fixé par le représentant de l'Etat dans la région[1760]. Le Conseil constitutionnel a estimé que les limitations apportées à l'exercice du droit de propriété étaient proportionnées à l'objectif poursuivi[1761]. Et à la suite de la loi ALUR[1762], au sujet du principe de l'encadrement des loyers pour les zones urbanisées, le Conseil constitutionnel n'a pas constaté de violation de l'article 2 de la Déclaration de 1789 par ces dispositions nouvelles[1763]. Toutefois, pour l'heure, cet encadrement des loyers par l'intermédiaire d'un plafonnement du loyer ne s'applique qu'à Paris, depuis le 1er août[1764]. Par contre, un encadrement de l'évolution du montant des loyers lors de la relocation et du renouvellement du bail, est effectif dans les

[1756] CEDH *Mellacher et autres c./ Autriche* du 19 décembre 1989, Série A n°169, §47.
[1757] *Ibidem*, §44.
[1758] *Ibidem*, §57.
[1759] CEDH *Hutten-Czapska c./ Pologne* du 19 juin 2006, aff. n°35014/97, §§160-161. La Cour a rendu un avis similaire dans une affaire slovaque : CEDH *Bittó et a. c./ Slovaquie* du 28 janvier 2014, aff. n°30255/09, §95.
[1760] Loi n°2013-61 du 18 janvier 2013 *relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social*, J.O. du 19 janvier 2013, p. 1321. L'article 3 de cette loi a été inséré à l'article L.3211-7 du Code général de la propriété des personnes publiques.
[1761] Décision n°2012-660 DC du 17 janvier 2013, cons. 7, J.O. du 19 janvier 2013, p. 1327.
[1762] Loi n°2014-366 du 24 mars 2014 *pour l'accès au logement et un urbanisme rénové*, J.O. du 26 mars 2014, p. 5809.
[1763] Décision n°2014-691 DC du 20 mars 2014, cons. 28, J.O. du 26 mars 2014, p. 5925
[1764] Décret n°2015-650 du 10 juin 2015 *relatif aux modalités de mise en œuvre du dispositif d'encadrement du niveau de certains loyers et modifiant l'annexe à l'article R.366-5 du Code de la construction et de l'habitation*, J.O. du 12 juin 2015, p. 9713. Et arrêté préfectoral n°2015176-0007 du 25 juin 2015 fixant les loyers de référence, les loyers de référence majorés et les loyers de référence minorés dans la commune de Paris.

zones urbanisées[1765].

428. D'autre part, certaines mesures peuvent empêcher le bailleur de récupérer l'usage de son bien.

En matière commerciale, il s'agit d'un empêchement financier, étant donné que le droit au renouvellement implique le versement d'une indemnité d'éviction à la charge du bailleur s'il souhaite récupérer les locaux[1766]. Néanmoins, la Cour de cassation n'a pas admis la violation de l'article 1er du protocole n°1 car le bailleur « avait toujours la possibilité de discuter le loyer devant la juridiction compétente »[1767].

Dans le cadre d'un bail rural, le bailleur peut également se voir opposer un droit au renouvellement de la part du preneur[1768]. Dans une affaire *Gauchin contre France*, le bailleur avait refusé le renouvellement du preneur pour faire bénéficier son fils de cette reprise. Or, le preneur entendait céder son bail à son fils. Face à ces intérêts contradictoires, le juge interne a privilégié l'intérêt du preneur et a autorisé la cession du bail au fils du preneur. Le juge européen a considéré qu'il s'agissait d'une réglementation de l'usage des biens sans constater de violation de l'article 1er du protocole n°1[1769].

429. Par ailleurs, le droit de propriété peut également venir en confrontation avec le droit au logement du locataire[1770]. Ainsi, une reprise du logement pour habiter n'a pas été accordée par les juridictions portugaises et la Cour européenne a considéré qu'il s'agissait d'une réglementation de l'usage des biens sans prononcer de violation de l'article 1er [1771]. Il en a été de même d'une demande de reprise du logement pour y loger le fils des propriétaires[1772]. Toutefois, la prolongation d'un bail pour une durée indéterminée et sans augmentation du loyer a été considérée comme une réglementation de l'usage des biens qui ne respectait pas le juste équilibre entre les parties[1773]. Ce procédé s'apparente au dispositif de la loi du 1er septembre 1948[1774] qui prévoit un droit au « maintien dans les lieux loués, aux clauses et

[1765] Décret n° 2015-931 du 29 juillet 2015 *relatif à l'évolution de certains loyers dans le cadre d'une nouvelle location ou d'un renouvellement de bail pris en application de l'article 18 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989*, J.O. du 31 juillet 2015, p. 13097 (valable jusqu'au 31 juillet 2016).
[1766] *Cf. supra* n°268.
[1767] Civ. 3e, 27 février 1991, n°89-18.729 : *Bull. civ.* III, n°67.
[1768] Art. L.411-46 et s. C. rural.
[1769] CEDH *Gauchin c./ France* du 19 juin 2008, aff. n°7801/03, §58 et §69.
[1770] *Cf. supra* nos249 et s.
[1771] CEDH *Velosa Barreto c./ Portugal* du 21 novembre 1995, Série A n°334, §35.
[1772]CEDH *Almeida Ferreira et Melo Ferreira c./ Portugal* du 21 décembre 2010, aff. n°41696/07, §26.
[1773] CEDH *Lindheim et a. c./ Norvège* du 12 juin 2012, aff. n°13221/08, §78.
[1774] Loi n°48-1360 du 1er septembre 1948, J.O. du 2 septembre 1948, p. 8659.

conditions du contrat primitif »[1775]. D'ailleurs, cette loi prévoit également un droit de reprise limité puisque le bailleur ne peut reprendre son bien que pour l'habiter lui-même, ou pour le faire habiter par son conjoint, ses ascendants ou descendants et ceux de son conjoint, mais il doit aussi mettre un local « en bon état d'habitation » à la disposition du preneur[1776]. À ce jour il ne doit exister que très peu de baux encore soumis à la loi de 1948, néanmoins à la lumière de l'affaire *Lindheim*, les bailleurs pourraient contester cette réglementation de l'usage de leurs biens qui ne respecte par le juste équilibre entre les intérêts.

La confrontation entre le droit de propriété du bailleur et le droit au logement du preneur peut également survenir lors de l'expulsion. Une expulsion du locataire demandée par un bailleur, invalide et non exécutée, a été reconnue comme une réglementation de l'usage des biens mais a été sanctionnée[1777]. Cela voudrait dire que les pouvoirs publics doivent assurer l'expulsion du locataire dans ce cas. Toutefois, pour un couple qui avait acheté deux appartements contigus loués, et qui avait demandé l'expulsion des locataires pour s'y loger, la Cour a qualifié l'absence de mise en exécution de l'expulsion de réglementation de l'usage des biens car « les requérants gardaient toujours la possibilité d'aliéner leurs biens et percevaient régulièrement les loyers », mais elle n'a pas constaté la violation de l'article 1er, alors que les époux avaient dû acheter un autre appartement entre temps[1778]. Autrement dit, la Cour de Strasbourg ne protège pas le bailleur qui achète pour se loger, sauf s'il est lui-même particulièrement vulnérable.

430. En définitive, l'étude des privations et des altérations graves du droit de propriété, ainsi que les illustrations des limitations réduites au droit de propriété, prouvent que le contrôle des juges s'effectue d'abord par une qualification de la limitation qui leur est soumise. La délimitation entre l'une ou l'autre des atteintes n'est pas toujours aisée à réaliser[1779]. Mais en règle générale, l'intensité de l'atteinte est le principal critère qui permet aux juges de qualifier la limitation. Cette intensité est étudiée de manière juridique lorsque les juges vérifient l'absence de dépossession parfaite ou imparfaite, ou qu'ils étudient quels démembrements ont été touchés par la limitation comme cela peut se produire en cas de

[1775] Art. 4 de la loi de 1948, préc.
[1776] Art. 18 loi 1948, préc.
[1777] CEDH *Scollo c./ Italie* du 28 septembre 1995, Série A n°315-C, §27 et §45.
[1778] CEDH *Spadea et Scalabrino c./ Italie* du 28 septembre 1995, Série A n°315-B, §28.
[1779] Ainsi que le remarquent Luigi CONDORELLI, *op. cit*., p. 995 et Jean-François RENUCCI, *op. cit*., p. 640, n°597, note 222, la délimitation entre les différentes limitations n'est pas aussi nette en pratique qu'en théorie. Par exemple, l'interdiction faite à un propriétaire d'habiter sa maison a été considérée comme une réglementation de l'usage des biens, alors que l'on aurait pu y voir une dépossession : CEDH *Gillow c./ Royaume-Uni* du 24 novembre 1986, Série A n°109.

dénaturation du droit de propriété. Mais l'intensité est également contrôlée sur un plan matériel. Dans ce cas, les juges regardent la gravité de l'atteinte pour déterminer si elle est excessive ou raisonnable. Une fois que la limitation est qualifiée, les juges modulent leur appréciation en fonction de la nature de la limitation et en fonction de principes directeurs. Or, autant l'étape de qualification permet un contrôle efficient des limitations, celle de l'appréciation des limitations laisse place à un contrôle circonspect.

Section 2. Un contrôle circonspect à des fins d'appréciation des limitations

431. La technique de contrôle des juges et le niveau de ce contrôle sont comparables[1780]. Après avoir qualifié la limitation qui est soumise à leur contrôle, les juges vérifient sa conformité aux normes établies par les textes ou par la jurisprudence. Ils concluent soit à sa régularité soit à la violation des normes. Ce contrôle est circonspect car les juges sont extrêmement précautionneux lors de leur appréciation. En conséquence, il est difficile de définir la manière dont ils apprécient une limitation. Sophie LE GAC-PECH et Anne-Françoise ZATTARA évoquent le contrôle d'adéquation, le contrôle de nécessité et le contrôle de proportionnalité des limitations[1781]. Pour Sophie LE GAC-PECH, le respect du principe de proportionnalité comprend ces trois contrôles. Pour Anne-Françoise ZATTARA, les trois contrôles sont distincts et elle les envisage dans le cadre du contrôle de la finalité d'une privation. Danièle LOCHAK va plus loin dans l'appréciation du contrôle des juges en expliquant d'abord qu'un contrôle d'adéquation peut avoir soit un sens qualitatif, lorsque les juges se demanderont si la mesure en cause est justifiée ou appropriée, soit un sens quantitatif lorsqu'il s'agira de savoir si cette même mesure est adaptée ou proportionnée[1782]. Ensuite, elle

[1780] Pour la technique de contrôle : ZATTARA A.-F., th. préc., pp. 391 et s., n[os]403 et s. ; et pour le niveau de contrôle : NIVARD C., Le régime du droit de propriété, *RFDA* 2012, p. 632

[1781] LE GAC-PECH S., *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Paris XI, Préf. H. MUIR-WATT, L.G.D.J., 2000, p. 17, n°15 : elle décompose le principe de proportionnalité en trois règles : « La première consiste à poser une exigence d'*aptitude* ou *adéquation*, laquelle signifie que le moyen privilégié doit être propre à atteindre le but visé. Elle correspond au contrôle du *caractère approprié* de la mesure en cause. La seconde exprime l'idée de *nécessité* de la mesure. Entre plusieurs moyens, doit être choisi celui qui tout en atteignant le but visé porte atteinte le moins gravement aux intérêts visés. La troisième se réfère à la *proportionnalité* au sens étroit et consiste à *mettre en balance* la gravité des effets de la mesure retenue sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public » ; ZATTARA A.-F., th. préc., p. 441, n°438 : selon elle, le contrôle d'adéquation « commande de vérifier que la privation soit appropriée au but que poursuit le législateur (…) » ; le contrôle de nécessité « consiste à rechercher qu'il n'existe pas d'autres moyens appropriés , mis à la disposition du législateur pour atteindre le but fixé, affectant de façon moins préjudiciable les personnes concernées ou la collectivité » ; et le contrôle de proportionnalité « porte sur l'examen de la proportion de la mesure avec le résultat recherché et procède d'une approche plus quantitative de la justification de la privation ».

[1782] LOCHAK D., Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel, *in Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, Droits et libertés en Europe*, Actes du colloque de Montpellier des 20-21 janvier 1989, STH, 1990, p. 77, spéc. p. 107.

constate que les juges constitutionnels se livrent à un contrôle d'opportunité, lorsqu'ils étudient la finalité d'une limitation car « la nécessité ne peut s'apprécier que de façon pragmatique et non dogmatique »[1783]. Enfin, elle explique de manière générale que le contrôle d'opportunité signifie qu'une marge d'appréciation échappe au contrôle du juge[1784].

432. D'après l'article 17 de la Déclaration de 1789, pour justifier une privation du droit de propriété, il faut réunir de façon cumulative une « nécessité publique, légalement constatée » et une « juste et préalable indemnité ». Et selon l'article 1er du protocole n°1, « nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international »[1785], et les Etats peuvent « mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général (…) »[1786]. Les juges protègent le droit de propriété en cherchant à faire respecter ces conditions. Le juge constitutionnel a même développé une jurisprudence qui met en place des critères pour apprécier les restrictions du droit de propriété. Et le juge européen a ajouté la condition de proportionnalité pour les privations et les restrictions.

Toutefois, il semble que les juges apprécient sommairement la justification des limitations (§1) pour éviter de remettre en cause la volonté du législateur ou la politique interne des Etats. Cela ne signifie pas que les conditions de légalité et de finalité échappent à leur contrôle, mais que ce contrôle est limité. De même, l'appréciation de la condition de proportionnalité est tempérée en raison du contrôle d'opportunité qui a été mis en place (§2).

§1. L'appréciation sommaire de la justification des limitations

433. La « nécessité publique, légalement constatée » présente dans l'article 17 de la Déclaration se subdivise en un contrôle de légalité et en un contrôle de finalité[1787]. L'article 545 du Code civil évoque une cause d'utilité publique, c'est-à-dire le contrôle de la finalité de la privation. Et l'article 1er du protocole n°1 prévoit les conditions de légalité et de finalité. Mais les juges apprécient sommairement ces conditions en opérant une étude restreinte de la condition de légalité (A) et en utilisant de manière étendue la condition de finalité (B).

[1783] LOCHAK D., préc., spéc. p. 109. Dans le même sens : DEBET A., th. préc., p. 712, n°795.
[1784] LOCHAK D., préc., spéc. p. 80.
[1785] Deuxième phrase du 1er alinéa de l'article 1er du protocole n°1.
[1786] Deuxième alinéa de l'article 1er du protocole n°1, *in fine*.
[1787] De plus, pour qu'une privation au droit de propriété soit régulière, l'indemnité versée doit être juste et préalable. Sur la question de l'indemnisation, *cf. infra* n°478.

A. L'étude restreinte de la condition de légalité

434. L'étude de la légalité s'avère en demi-teinte pour une privation (1), et elle est quasi-formelle pour les restrictions (2).

1. L'étude en demi-teinte de la légalité d'une privation

435. L'étude de la légalité d'une privation est en demi-teinte puisqu'en amont le Conseil constitutionnel se contente de sanctionner l'incompétence négative du législateur mais, qu'*in fine*, la Cour de Strasbourg lutte contre l'arbitraire des Etats.

436. Pour apprécier la légalité d'une privation, le Conseil constitutionnel se réfère à l'article 34 de la Constitution qui prévoit que « la loi détermine les principes fondamentaux (…) du régime de la propriété ». Le juge constitutionnel ne réalise pas un contrôle formel de la loi comme le prévoit l'article 17, mais un contrôle de l'étendue de la compétence du législateur, conformément à l'article 34 de la Constitution. Ainsi, le contrôle porte sur l'auteur de la loi, et surtout sur l'étendue de sa compétence. Cette solution pouvait être décelée dans les décisions *Nationalisations* de 1982 et *Privatisations* de 1986[1788], mais elle s'est confirmée avec diverses décisions rendues sur QPC [1789]. L'idée du juge est de sanctionner l'incompétence négative du législateur, c'est-à-dire non pas de condamner l'atteinte au droit de propriété, mais de punir le fait de ne pas avoir précisé les éléments permettant de garantir l'absence d'atteinte au droit de propriété[1790]. Le contrôle de la légalité d'une privation se résume donc par la recherche d'une abstention fautive. Ce contrôle manque de consistance car il ne donne pas de précisions quant à la compétence du législateur[1791]. De plus, étant donné qu'il semble plus délicat de prouver une abstention qu'un comportement actif, le contrôle de légalité paraît assez réduit.

437. Selon l'article 1er du protocole n°1, une privation doit être réalisée « dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ». Pour définir la

[1788] ZATTARA A.-F., th. préc., p. 408, n°415.
[1789] Décision n°2010-33 QPC du 22 septembre 2010, cons. 4 et 5, J.O. du 23 septembre 2010, p. 17292 ; décision n°2011-176 QPC du 7 octobre 2011, cons. 4 et 5, J.O. du 8 octobre 2011, p. 17019 ; décision n°2013-343 QPC du 27 septembre 2013, cons. 7, J.O. du 1er octobre 2013, p. 16305.
[1790] PAULIAT H., Le caractère absolu ou relatif du droit de propriété ? – L'acceptation constitutionnelle de limitations justifiées et proportionnées, *JCP* A. 2011, n°48, 2366.
[1791] ROLIN F., Pour un « discours de la méthode » du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, *AJDA* 2010, p. 2384.

condition de légalité les juges se sont aidés de principes dégagés dans d'autres domaines[1792], et ont expliqué qu'une loi doit être accessible, prévisible et précise[1793]. Le but est ici d'éviter une action arbitraire de la part des autorités nationales. D'ailleurs, la Cour n'hésite plus à dénoncer les mesures qu'elle considère comme arbitraires. D'abord, le juge européen a pu expliquer que le seul fait que le délai pour l'exercice du droit de préemption reste ouvert dans le cas où une déclaration d'intention d'aliéner est incomplète, ne constitue pas une ingérence imprévisible ou arbitraire[1794]. Puis il a affirmé que le processus de l'expropriation indirecte expose « les justiciables au risque d'un résultat imprévisible et arbitraire »[1795]. Le contrôle de légalité s'est ainsi déplacé du champ matériel de la loi vers les qualités mêmes de la loi[1796]. De cette manière, le contrôle de légalité gagne en efficacité.

438. La référence aux principes généraux du droit international révèle l'absence de consensus sur l'intégration d'une obligation d'indemniser au sein de l'article 1er du protocole n°1 dans le cas d'une expropriation[1797]. À l'origine, la question était de savoir si ces principes s'appliquaient uniquement aux étrangers victimes d'une privation, ou bien également aux nationaux. La Commission et la Cour européennes ont répondu qu'ils ne concernaient que des étrangers, car chaque Etat traite avec ses nationaux[1798]. La volonté des juges était de protéger les étrangers pour favoriser leurs investissements[1799]. Cette solution était défendue maladroitement puisqu'elle allait à l'encontre de l'article 14 de la Convention qui interdit toute discrimination, et notamment selon l'origine nationale[1800]. Cela était également contradictoire vis-à-vis du développement des droits fondamentaux dont le but est d'assurer une opposabilité globalisée[1801]. Les principes généraux du droit international protègent les

[1792] Par rapport à l'article 10 de la Convention européenne : CEDH *Sunday Times c./ Royaume-Uni* du 26 avril 1979, Série A, n°30, §49. Par rapport à l'article 8 de la Convention : CEDH *Malone c./ Royaume-Uni* du 2 août 1984, Série A, n°82, §66.
[1793] CEDH *Lithgow et a. c./ Royaume-Uni* du 8 juillet 1986, Série A n°102, §110 ; CEDH *Beyeler c./ Italie* du 5 janvier 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-I, aff. n°33202/96, §109.
[1794] CEDH *Hentrich c./ France* du 22 septembre 1994, préc., §109.
[1795] CEDH *Sarica et Dilaver c./ Turquie* du 27 mai 2010, aff. n°11765/05, §45.
[1796] Répertoire Dalloz de droit immobilier, V° « Conv. EDH, protocole 1, art. 1 : droit de propriété », par ZATTARA A.-F., mars 2014, n°54.
[1797] CONDORELLI L., *op. cit*., p. 971, spéc. p. 986.
[1798] Comm. EDH *Gudmundsson c./ Islande* du 20 décembre 1960, aff. n°511/59, Recueil des décisions de la Commission européenne des droits de l'homme, vol. IV, p. 19 ; CEDH *James c./ Royaume-Uni* du 21 février 1986, préc., §60 ; CEDH *Lithgow et a. c./ Royaume-Uni* du 8 juillet 1986, préc., §§118-119.
[1799] RUSSO C., L'applicabilité aux nationaux des « principes généraux du droit international » visés à l'article 1 du Protocole n°1, *in* Mél. WIARDA, *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne,* Cari Heymanns Verlag KG, 1990, p. 547, spéc. p. 553, n°8.
[1800] GRABARCZYK K., *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, th. Montpellier I, Préf. F. Sudre, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, p. 56, n°103 ; RENUCCI J.-F., *op. cit*., p. 633, n°591.
[1801] Sur la question des droits fondamentaux : *cf. infra* n°603

droits fondamentaux de tout homme, quelle que soit sa nationalité[1802]. Dorénavant, la question de l'indemnisation est traitée sous l'angle du « juste équilibre », c'est-à-dire à travers le contrôle de proportionnalité[1803].

2. L'étude quasi-formelle de la légalité des restrictions

439. L'article 2 de la Déclaration de 1789 ne formulant aucune condition de légalité, le juge constitutionnel n'a pas à rechercher si la limitation de l'exercice du droit de propriété ou la dénaturation du droit de propriété est issue d'une loi[1804]. Néanmoins, la condition de légalité existe par nature dans le contrôle de constitutionnalité. En effet, le Conseil constitutionnel se prononce soit sur une loi organique[1805], soit sur une loi ordinaire *a priori*[1806] ou *a posteriori*[1807].

Par ailleurs, en droit interne, l'article 544 du Code civil contient la condition de légalité des limitations si l'on suit un raisonnement *a contrario*. Ainsi, seules les lois ou les règlements pourraient restreindre le droit de propriété. Mais cette référence est tellement large que le juge n'a pas besoin de se prononcer à ce sujet.

La condition de la légalité peut être qualifiée de quasi-formelle puisque les juges internes sont tenus par la qualification du législateur, non par obligation, mais de manière structurelle.

440. Au niveau européen, l'alinéa 2 de l'article 1er du protocole n°1 contient la condition de légalité pour les réglementations de l'usage des biens. Par contre, pour les atteintes à la substance, rien n'est spécifié à la première phrase de l'alinéa 1er de l'article 1er du protocole n°1. Pour autant, le juge européen a rappelé que « l'article 1er du Protocole n°1 exige, avant tout et surtout, qu'une ingérence de l'autorité publique dans la jouissance du droit au respect de biens soit légale : la seconde phrase du premier alinéa de cet article n'autorise une privation de propriété que "dans les conditions prévues par la loi" ; le second alinéa reconnaît aux Etats le droit de réglementer l'usage des biens en mettant en vigueur des "lois" »[1808].

[1802] CONDORELLI L., *op. cit*., p. 971, spéc. p. 987.
[1803] CONDORELLI L., *op. cit*., p. 971, spéc. p. 987 ; GRABARCZYK K., *op. cit*., p. 56, n°104.
[1804] En effet, il semble que les dénaturations soient visées par l'article 2 de la Déclaration de 1789, *cf. supra* nos416 et s.
[1805] Art. 61 al. 1er Constitution.
[1806] Art. 61 al. 2e Constitution.
[1807] Art. 61-1 Constitution.
[1808] CEDH *Iatridis c./ Grèce* du 25 mars 1999, Recueil des arrêts et décisions 1999-II, aff. n° 31107/96, §58 ; CEDH *Broniowski c./ Pologne* du 22 juin 2004, aff. n°31443/96, §147.

Le contrôle du juge européen semble identique pour apprécier la légalité d'une réglementation de l'usage des biens ou une atteinte à la substance.

En premier lieu, ce contrôle est extrêmement variable puisque selon les cas le juge n'en fait pas mention[1809], comme si la légalité pouvait être présumée[1810]. Dans d'autres cas, il s'y réfère uniquement pour constater que la mesure était « prévue par la loi »[1811]. Et au contraire, parfois il développe toute une partie sur « la base légale de l'atteinte litigieuse »[1812].

En second lieu, certains arrêts exigent que la loi soit accessible, précise et prévisible[1813], comme cela est le cas pour une privation de propriété[1814], ou se contentent de viser le caractère prévisible[1815]. Lorsque les juges relèvent l'absence de caractère prévisible, ils ne vérifient même pas si la réglementation ou l'atteinte à la substance est conforme à un intérêt général[1816].

441. Ce contrôle identique pour toutes les formes de restrictions tend à se rapprocher du contrôle de la légalité des privations. Mais il s'en distingue parce qu'il demeure erratique. Par ailleurs, il est intéressant de constater que la Cour européenne considère que le principe du respect des biens, et donc de la propriété, ne peut être limité que par une ingérence légale. Néanmoins elle ne recherche pas automatiquement à déterminer si l'atteinte est légale. Le juge européen semble tiraillé entre la volonté de contrôler la légalité, et celle de respecter la qualification donnée par les Etats. Il adopte alors un contrôle quasi-formel puisqu'il contrôle la légalité au cas par cas, seulement s'il le juge nécessaire.

La logique des juges est similaire pour ce qui est du contrôle de finalité.

[1809] CEDH *Velosa Barreto c./ Portugal* du 21 novembre 1995, Série A n°334, §35 et §36 (pour un cas de réglementation de l'usage des biens) ; CEDH *Hüseyin Kaplan c./ Turquie* du 1er octobre 2013, aff. n°24508/09, §40 (pour un cas d'atteinte à la substance).

[1810] MONTI L., th. préc., p. 316, n°208.

[1811] CEDH *Vendittelli c./ Italie* du 18 juillet 1994, Série A n°293, §38 ; CEDH *Raimondo c./ Italie* du 22 février 1994, Série A n° 281-A, §36 (pour des cas de réglementation de l'usage des biens).

[1812] CEDH *Bosphorus Hava Yallari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c./ Irlande* du 30 juin 2005, aff. n°45036/98, §§143 et s.

[1813] CEDH *Beyeler c./ Italie* du 5 janvier 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-I, aff. n°33202/96, §109 (pour un cas d'atteinte à la substance).

[1814] *Cf supra* n°437.

[1815] CEDH *Fredin c./ Suède* du 18 février 1991, Série A n°192, §50 ; CEDH *Centro Europa 7 S. R. L. et Di Stefano c./ Italie* du 7 juin 2012, aff. n°38433/09, §188 (pour des cas de réglementation de l'usage des biens).

[1816] CEDH *Centro Europa 7 S. R. L. et Di Stefano c./ Italie* du 7 juin 2012, préc., §189 (pour un cas de réglementation de l'usage des biens) ; CEDH *Katsaros c./ Grèce* du 6 juin 2002, aff. n°51473/99 (pour une atteinte à la substance).

B. Le contrôle relatif de la condition de finalité

442. Le contrôle des motifs d'une privation est atténué (1), et celui des restrictions est réduit (2).

1. Le contrôle atténué des motifs d'une privation

443. L'article 17 vise la nécessité publique alors que l'article 545 du Code civil et l'article 1er du protocole n°1 mentionnent l'utilité publique. En principe, la nécessité publique est une notion plus stricte que celle de l'utilité publique[1817]. Cependant, elle est interprétée de façon extensive[1818] car le juge constitutionnel l'assimile aux notions d'utilité publique ou d'intérêt général[1819]. L'appréciation de la nécessité publique s'est légèrement renforcée depuis l'entrée en vigueur de la QPC, mais le catalogue des motifs légitimant une privation reste conséquent.

444. À l'origine, le juge constitutionnel n'effectuait qu'un contrôle de l'erreur manifeste de la nécessité publique[1820]. En vérifiant la disproportion manifeste de la privation, le juge opérait déjà un contrôle de proportionnalité[1821]. Cela est d'autant plus logique, d'une part, parce que la nécessité publique pourrait tout à fait être considérée comme « un

[1817] Sur les différences entre les notions de nécessité publique, d'utilité publique et d'intérêt *général : cf. supra* n°71.
[1818] ZATTARA A.-F., th. préc., p. 431, n°430.
[1819] Assimilation de la nécessité publique, de l'utilité publique et de l'intérêt général : décision n°89-256 DC du 25 juillet 1989, cons. 19 et 20 J.O. du 28 juillet 1989, p. 9501 ; décision n°2010-26 QPC du 17 septembre 2010, cons. 6 et 7, J.O. du 18 septembre 2010, p. 1695. Assimilation de la nécessité publique et de l'utilité publique : décision n°2012-226 QPC du 6 avril 2012, cons. 3, J.O. du 7 avril 2012, p. 6413 ; décision n°2013-338/339 QPC du 13 septembre 2013, J.O. du 15 septembre 2013, p. 15528 ; décision n°2014-451 QPC du 13 février 2015, cons. 5, J.O. du 15 février 2015, p. 2934.
[1820] Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, cons. 20, J.O. du 17 janvier 1982, p. 299.
[1821] HABIB L., La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RDP* 1986, p. 695, spéc. p. 709 : selon l'auteur, lorsque c'est « l'appréciation de l'auteur de l'acte qui est en cause », on peut considérer que le contrôle porte « sur l'opportunité de cette appréciation. On peut alors rattacher (…), l'erreur manifeste au principe de proportionnalité » ; LOCHAK D., Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel, *in Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, Droits et libertés en Europe*, Actes du colloque de Montpellier des 20-21 janvier 1989, STH, 1990, p. 77, spéc. p. 88 : en effet, selon Danièle LOCHAK, « le recours à la notion d'erreur manifeste d'appréciation correspond (…) non pas à un restriction, mais bien à une extension de la sphère de contrôle du juge, dans la mesure où celui-ci porte une appréciation directement sur la mesure décidée par le législateur sans la confronter à une norme constitutionnelle préexistante (…) en vue de vérifier qu'elle n'est pas déraisonnable, excessive, disproportionnée » ; PHILIPPE X, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, th. Aix-en-provence, Préf. C. DEBBASCH, Economica, Paris, 1990, pp. 389-390 : pour lui, il s'agit d'un contrôle de proportionnalité sous la forme atténuée de la disproportion manifeste ; ZATTARA A.-F., th. préc., pp. 454 et s., nos446 et s., Anne-Françoise ZATTARA mentionne « l'utilisation discrète du principe de proportionnalité par le juge constitutionnel » dans l'hypothèse d'une privation du droit de propriété ; MEKKI M., th. préc., p. 435, n°726.

équivalent fonctionnel de l'opportunité »[1822] et, d'autre part, parce que la Cour européenne des droits de l'homme utilise déjà le contrôle de proportionnalité. Depuis peu, les juges constitutionnels sanctionnent le législateur qui n'a pas prévu des moyens ou des garanties permettant de rendre moins préjudiciable la privation. Selon une décision de 2012, à partir du moment où « aucune disposition n'assure que les exigences de l'article 17 de la Déclaration de 1789 ne sont pas méconnues », le transfert à une personne publique de biens appartenant à une personne privée est contraire à la Constitution[1823]. Puis, le Conseil constitutionnel a expliqué que le droit de rétrocession renforce « l'exigence constitutionnelle selon laquelle l'expropriation d'immeubles ou de droits réels immobiliers ne peut être ordonnée que pour la réalisation d'une opération dont l'utilité publique a été légalement constatée »[1824]. Et dernièrement, au sujet de la possibilité de refuser l'exportation d'œuvres d'art, le juge constitutionnel a fini par reconnaître que le législateur avait instauré « une privation de propriété sans fixer les critères établissant une nécessité publique ; que, par suite, les dispositions contestées ne répondent pas à un motif de nécessité publique »[1825]. Dans le même sens, le Conseil d'Etat demande à ce que les éléments de la notion d'utilité publique soient détaillés[1826].

445. Néanmoins, les motifs de nécessité publique restent nombreux. Ainsi, de façon classique, les « nationalisations seraient nécessaires pour donner aux pouvoirs publics les moyens de faire face à la crise économique, de promouvoir la croissance et de combattre le chômage et procéderaient donc de la nécessité publique au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789 »[1827]. De même, l'expropriation est d'utilité publique lorsqu'elle « est poursuivie en vue de la réalisation de grands ouvrages publics d'intérêt national »[1828], ou lorsqu'elle concerne des « immeubles à usage d'habitation déclarés insalubres à titre irrémédiable »[1829]. Mais de façon plus étonnante, le juge a décidé que l'aboutissement de la procédure de saisie immobilière constitue un motif d'intérêt général[1830], ou que l'aliénation en cours de procédure, par l'administration des douanes, des véhicules et objets périssables saisis

[1822] LOCHAK D., préc., spéc. p. 107.
[1823] Décision n°2012-659 DC du 13 décembre 2012, cons. 38, J.O. du 18 décembre 2012, p. 19861.
[1824] Décision n°2012-292 QPC du 15 février 2013, cons. 5, J.O. du 16 février 2013, p. 2685. Néanmoins, la réquisition d'une nouvelle déclaration d'utilité publique fait obstacle au droit de rétrocession.
[1825] Décision n°2014-426 QPC du 14 novembre 2014, cons. 6, J.O. du du 16 novembre 2014, p. 19330.
[1826] CE 9 novembre 2011, *Philippe A.*, n°351890.
[1827] Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, cons. 19, préc.
[1828] Décision n°89-256 DC du 25 juillet 1989, cons. 21, préc.
[1829] Décision n°2010-26 QPC du 17 septembre 2010, cons. 8, préc.
[1830] Décision n°2011-206 QPC du 16 décembre 2011, cons. 6.

répondait à un motif de nécessité publique parce qu'elle avait un objet conservatoire, dans l'intérêt des parties, poursuivant et propriétaire, et que cela correspondait à l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et de bon emploi des deniers publics[1831]. L'amplitude du catalogue des motifs de nécessité publique laisse penser que le contrôle des motifs d'une privation est atténué.

446. D'après la jurisprudence européenne, l'utilité publique est une notion ample[1832], non seulement dans sa nature, parce qu'elle est assimilable à celle d'intérêt général[1833], mais aussi dans son domaine. Elle est utilisée pour des problèmes politiques, économiques ou sociaux. Ainsi, l'utilité publique a été admise dans le cadre d'une politique économique[1834] ou industrielle[1835], d'une politique de justice sociale[1836], d'une question de rationalisation de l'agriculture[1837] et même, dans le but de protéger la nature et les forêts[1838] ou pour lutter contre la fraude fiscale[1839]. La notion d'utilité publique est donc variable[1840], autonome[1841] et n'a pas nécessairement de signification objective[1842]. En outre, les juges européens limitent leur propre appréciation de l'utilité publique. Ils considèrent que les « autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d'utilité publique »[1843]. Cette ample marge d'appréciation laissée aux Etats restreint leur contrôle d'autant plus qu'ils vérifient uniquement si le jugement de l'autorité nationale est manifestement dépourvu de base raisonnable[1844]. Le contrôle des juges de Strasbourg porte sur l'opportunité de l'utilité publique[1845]. Le choix du juge européen peut sembler décevant et

[1831] Décision n°2011-203 QPC du 2 décembre 2011, cons. 5, J.O. du 3 décembre 2011, p. 20015.
[1832] CEDH *James c./ Royaume-Uni* du 21 février 1986, Série A n°98, §46.
[1833] CEDH *James c./ Royaume-Uni* du 21 février 1986, préc., §43 ; CEDH *Turgut et a. c ./ Turquie* du 8 juillet 2008, aff. n°1411/03, §90 ; CEDH *Milhau c./ France* du 10 juillet 2014, aff. n°4944/11, §42.
[1834] CEDH *Lecarpentier et a. c./ France* du 14 février 2006, aff. n°67847/01, §45 (sauvegarder l'équilibre financier du système bancaire, afin de ne pas mettre en péril l'activité économique en général).
[1835] CEDH *Papachelas c./ Grèce* du 25 mars 1999, Recueil des arrêts et décisions 1999-II, aff. n° 31423/96, §45 (la construction d'une nouvelle route nationale).
[1836] CEDH *Zubani c./ Italie* du 7 août 1996, Recueil des arrêts et décisions, 1996-IV, p. 1078, §45 (droit au logement).
[1837] CEDH *Häkansson et Sturesson c./ Suède* du 21 février 1990, Série n°171-A, §44.
[1838] CEDH *Turgut et a. c ./ Turquie* du 8 juillet 2008, préc.
[1839] CEDH *Hentrich c./ France* du 22 septembre 1994, Série A n°296-A, §39.
[1840] RENUCCI J.-F., *Droit européen des droits de l'homme,* LGDJ, Traités, Paris, 2e éd., 2012, p. 633, n°592.
[1841] CEDH *James c./ Royaume-Uni* du 21 février 1986, préc., §42.
[1842] CONDORELLI L., Premier protocole additionnel Article 1, *in La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Economica, 2e éd., 1999, p. 971, spéc. p. 989.
[1843] CEDH *James c./ Royaume-Uni* du 21 février 1986, préc., §46.
[1844] CEDH *James c./ Royaume-Uni* du 21 février 1986, préc., §42 ; CEDH *Pressos Compania Naviera SA et autres c./ Belgique* du 20 novembre 1995, Série A n°332, §37 ; CEDH *Milhau c./ France* du 10 juillet 2014, préc., §42.
[1845] NAUDET J.-Y. et SERMET L., Le droit de propriété garanti par la Convention européenne des droits de l'homme face à l'analyse économique, *R.R.J.* 1990, n°1, p. 15, spéc. p. 48.

peu protecteur du droit de propriété puisqu'il laisse une large place à l'appréciation de l'intérêt général. Or, étant donné qu'il n'y a pas de standard unique en la matière, la vérification serait quasiment impossible à effectuer, et en plus, l'Etat apparaît comme le mieux placé pour connaître son utilité publique[1846]. Le contrôle européen des motifs d'une privation est donc atténué.

La condition de finalité fait également l'objet d'un contrôle relatif dès lors qu'il s'agit d'apprécier les restrictions du droit de propriété.

2. Le contrôle réduit des motifs des restrictions

447. Les juges internes n'ont pas de fondement textuel pour apprécier la finalité des restrictions. L'article 2 de la Déclaration de 1789 et l'article 544 du Code civil ne donnent pas d'indice sur la finalité des restrictions. Dans la jurisprudence constitutionnelle, les cas de limitations simples ou d'altérations graves ne semblent pas avoir de traitement distinct. Le contrôle de finalité les concernant est réduit au strict minimum, laissant des règlementations limiter les droits d'user et de jouir de son bien[1847], mais aussi le droit de disposer librement de son bien[1848], allant jusqu'à réduire le droit de propriété au seul droit d'aliéner[1849]. Pourtant, le Conseil constitutionnel n'a de cesse d'expliquer que pour qu'une limitation de l'exercice du droit de propriété soit justifiée il faut un motif d'intérêt général[1850]. Et la plupart du temps, il décrit l'intérêt général en cause[1851]. Notamment, il a admis la préservation du pluralisme de la presse[1852], la protection de la santé publique[1853], la possibilité de disposer d'un logement

[1846] RENUCCI J.-F., *op. cit.*, p. 633, n°592.
[1847] Décision n°84-172 DC du 26 juillet 1984, cons. 3 à 5, J.O. du 28 juillet 1984, p. 2496 : le contrôle des structures des exploitations agricoles et le statut du fermage ont un impact sur le droit d'exploiter. Sur les atteintes à l'*usus* et au *fructus*, spécialement en matière immobilière, V. MOLFESSIS N., th. préc., pp. 56 et s. et n^{os}70 et s.
[1848] Décision n°89-267 DC du 22 janvier 1990, cons. 5, J.O. du 24 janvier 1990, p. 971. Sur l'atteinte à l'*abusus*, V. MOLFESSIS N., th. préc., pp. 59 et s., n^{os}72 et s.
[1849] Décision n°94-359 DC du 19 janvier 1995, cons. 7, J.O. du 21 janvier 1995, p. 1166. Dans ce sens V. ZATTARA A.-F., th. préc., p. 484, n°483.
[1850] Notamment : décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, cons. 16, préc. : « les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général » ; décision n°2010-60 QPC du 12 novembre 2010, cons. 3, préc. : « il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les limites apportées à son exercice doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi ».
[1851] Rarement l'intérêt général qui n'est pas défini par le Conseil constitutionnel : décision n°2000-436 DC du 7 décembre 2000, cons. 25, préc.
[1852] Décision n°84-181 DC du 11 octobre 1984, cons. 54, J.O. du 13 octobre 1984, p. 3200.
[1853] Décision n°90-283 DC du 8 janvier 1991, cons. 11, J.O. du 10 janvier 1991, p. 524.

décent[1854], la préservation du patrimoine historique[1855], mais aussi et de manière plus surprenante, la loyauté des transactions commerciales et la défense des intérêts des consommateurs[1856], l'amélioration de la sécurité routière et des conditions de circulation[1857], la lutte contre l'incendie[1858], la protection du conjoint dont la situation économique est la moins favorisée[1859], et l'utilisation rationnelle de l'espace permise par le régime de la mitoyenneté[1860]. La Cour de cassation n'est pas en reste de motifs d'intérêt général hétéroclites, ce qui lui permet de ne pas transmettre les QPC au Conseil constitutionnel. Elle a considéré comme étant d'intérêt général le traitement des situations de surendettement des particuliers de l'article L.331-3-2 du Code de la consommation[1861], la politique agricole[1862] ainsi que le fait d'assurer des relations de bon voisinage[1863].

Le nombre des restrictions justifiées par un motif d'intérêt général est tel qu'il révèle l'exercice d'un contrôle réduit par les juges constitutionnels. Ces derniers cherchent uniquement à connaître la finalité de la loi, et non la finalité de la mesure restrictive de propriété.

448. Le juge européen fait lui aussi preuve d'une grande souplesse dans son appréciation de la finalité des restrictions.

Ainsi, dans le cadre des atteintes à la substance, le juge européen se contente de l'interprétation qui est celle du législateur national et lui laisse une « grande marge d'appréciation », notamment pour mener sa politique urbanistique en matière d'aménagement du territoire[1864]. Il lui concède également une « marge de discrétion » pour ce qui est de la protection du patrimoine culturel et artistique. Dans une telle situation, il considère que la « cause d'utilité publique » exigée pour une privation, ou « l'intérêt général » exigé pour une

[1854] Décision n°94-359 DC du 19 janvier 1995, cons. 7, préc. ; décision n°98-403 DC du 29 juillet 1998, cons. 7 et 31, préc. ; décision n°2000-434 DC du 20 juillet 2000, cons. 54, préc.
[1855] Décision n°2011-207 QPC du 16 décembre 2011, cons. 7, J.O. du 17 décembre 2011, p. 21370.
[1856] Décision n°91-303 DC du 15 janvier 1992, cons. 10, J.O. du 18 janvier 1992, p. 882.
[1857] Décision n°2011-201 QPC du 2 décembre 2011, cons. 6, J.O. du 3 décembre 2011, p. 20497.
[1858] Décision n°2011-182 QPC du 14 octobre 2011, cons. 6, J.O. du 15 octobre 2011, p. 17465.
[1859] Décision n°2011-151 QPC du 13 juillet 2011, cons. 6, J.O. du 14 juillet 2011, p. 12250.
[1860] Décision n°2010-60 QPC du 12 novembre 2010, cons. 6, préc.
[1861] Civ. 3e, 11 juillet 2012, n°12-40.043 : *Bull. civ*. III, n°109.
[1862] Civ. 1e, 10 octobre 2013, n°13-19.778 : *Bull. civ*. III, n°125.
[1863] Civ. 3e, 5 mars 2014, n°13-22.608 : *Bull. civ*. III, n°31.
[1864] CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, préc., §69 ; CEDH *Phocas c./ France* du 23 avril 1996, §§54-55 ; CEDH *Hakan Ari c./ Turquie* du 11 janvier 2011, §41 ; CEDH *Hüseyin Kaplan c./ Turquie* du 1er octobre 2013, préc., §43.

réglementation de l'usage des biens « constituent en fait des corollaires du principe » du respect des biens[1865].

Et dans le cadre des règlementations de l'usage des biens, la Cour européenne explique que les Etats jouissent d'une grande marge d'appréciation concernant les règles applicables en matière d'aménagement du territoire[1866] et de protection de l'environnement[1867]. Dans le contexte de la politique du logement, la Cour a expliqué qu'elle respecte la manière dont le législateur conçoit les impératifs de l'intérêt général « sauf si son jugement se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable »[1868], se conformant ainsi à la jurisprudence propre aux privations[1869]. Mais, les réglementations dans le cadre de politiques sociales[1870] et économiques[1871] s'avèrent le plus souvent justifiées par la présence d'un intérêt général.

Le contrôle de finalité tant des restrictions que des privations est donc relatif, puisque ce qui compte est l'interprétation du législateur, et que les juges s'y conforment. Néanmoins, les juges semblent vouloir protéger davantage le droit de propriété par l'intermédiaire du contrôle de la proportionnalité des limitations, même si son appréciation se révèle, elle aussi, tempérée.

§2. L'appréciation tempérée de la proportionnalité des limitations

449. Le contrôle de proportionnalité est une innovation prétorienne qui se fonde, au niveau européen, sur la recherche d'un « juste équilibre » entre « les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu »[1872]. Au niveau interne, l'appréciation de la proportionnalité d'une limitation consiste plutôt à rechercher une disproportion manifeste. Concrètement, les juges vont surtout vérifier les conditions de l'indemnisation, et l'existence d'une protection procédurale.

En créant cet ultime contrôle, les juges souhaitaient surveiller l'appréciation des limitations développée par le législateur - devant le Conseil constitutionnel -, ou par les Etats, - devant la Cour européenne -. Mais quel que soit le juge la condition de proportionnalité est appréciée de

[1865] CEDH *Beyeler c./ Italie* du 5 janvier 2000, §§111-112.
[1866] CEDH *Allan Jacobson c./ Suède* du 25 octobre 1989, préc., §56.
[1867] CEDH *Hamer c./ Belgique* du 27 novembre 2007, préc., §78. Et sans la référence expresse à la marge d'appréciation : CEDH *Pine Valley Developments Ltd et a. c./ Irlande* du 29 novembre 1991, préc., §57.
[1868] CEDH *Mellacher et autres c./ Autriche* du 19 décembre 1989, préc., §45.
[1869] *Cf. supra* n°446.
[1870] CEDH *Spadea et Scalabrino c./ Italie* du 28 septembre 1995, préc., §31-32.
[1871] CEDH *Van Marle c./ Pays-Bas* du 26 juin 1986, préc., §43.
[1872] CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, préc., §69. Elle explique que ce principe du « juste équilibre » provient de l'affaire « *linguistique belge* » du 23 juillet 1968).

façon variable[1873], en fonction de l'intensité de la limitation (A). Ce pas vers une protection accrue du droit de propriété est donc limité par la nature de la limitation en cause. En outre, il est accompagné d'un pas en arrière lorsque les juges se réfèrent au pouvoir du législateur ou à la marge nationale d'appréciation. Dans ce cas, la proportionnalité est appréciée de façon modérée par les juges (B).

A. L'appréciation variable de la proportionnalité selon les limitations

450. Le contrôle de proportionnalité varie en fonction de l'intensité de la limitation. Mais cette variation est particulière car le contrôle le plus poussé a lieu dans le cas d'une atteinte à la substance et non pour une privation[1874]. Seul le juge européen exerce un contrôle de proportionnalité des atteintes à la substance allant jusqu'au degré maximum de l'opportunité (1). Pour les autres limitations, les juges internes et européens ne font référence qu'à des succédanés du contrôle de proportionnalité (2).

1. Les degrés du contrôle de proportionnalité des atteintes à la substance[1875]

451. C'est à l'occasion de l'affaire *Sporrong et Lönnroth* que la Cour européenne a créé la notion d'atteinte à la substance en référence au droit au respect des biens, et a instauré le contrôle de proportionnalité[1876]. Le juge examine concrètement la situation et effectue une balance entre les exigences de l'intérêt général et la sauvegarde du droit de propriété. Ainsi, la Cour a expliqué que les Etats ont une large marge d'appréciation pour mener leur politique urbanistique. De ce fait, elle ne peut pas remettre en cause l'existence de l'intérêt général du permis d'exproprier qui permettait à la ville de Stockholm de faire ses plans, mais elle ne renonce pas pour autant à son « pouvoir de contrôle »[1877]. Elle constate alors que la longue

[1873] SERMET L., *op. cit*., p. 36 : « le principe de proportionnalité se présente comme un moyen de contrôle à contenu variable ».
[1874] Dans ce sens : DEBET A., th. préc., p. 714, n°798 ; SUDRE F., *op. cit*., p. 678, n°361. *Contra* : SERMET L., *op. cit*., p. 36 : Laurent SERMET se fonde sur l'arrêt *Gasus Dosier und Fördertechnik GmbH* c./ Pays-Bas du 23 février 1995, Série A n°306-B pour expliquer qu'il y a deux catégories de contrôle de la proportionnalité : celle applicable en cas de privation de propriété et celle applicable dans les autres cas. Or, la jurisprudence postérieure montre plutôt une distinction entre les atteintes à la substance et les autres limitations.
[1875] Pour le cas de la dénaturation du droit de propriété, il a déjà été vu que le contrôle porte à la fois sur l'existence de garanties procédurales et sur la proportion de l'atteinte au but visé par le législateur, *cf. supra* n°419. Ainsi, la nature même de cette limitation se rapproche du contrôle de proportionnalité. Dans ce sens : MONTGOLFIER (de) J.-F., Le Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées, *Cah. Cons. Const.* 2011, p. 35, spéc. p. 40.
[1876] CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, préc., §69.
[1877] *Ibid*.

attente induite par le permis d'exproprier n'avait pas été compensée par l'octroi d'une indemnité. Au contraire, cela avait été combiné avec une interdiction de construire qui avait conduit à entraver la libre jouissance du bien pendant vingt-cinq ans. La Cour évalue alors la situation du propriétaire. Selon elle, ce dernier a supporté une « charge spéciale et exorbitante » qui entraîne la violation de l'article 1er du protocole n°1, sans que les propriétaires n'aient à démontrer un réel préjudice[1878].

452. Les arrêts postérieurs ont majoritairement suivi ce raisonnement. En matière de remembrements fonciers, la Cour a estimé que le délai de la procédure était excessif et que le système était rigide puisque les propriétaires lésés n'avaient aucun recours contre le remembrement, ni la possibilité d'être indemnisés[1879]. Par conséquent, les propriétaires « se sont vus imposer une charge disproportionnée »[1880]. Même le paiement d'une indemnisation provisoire à la suite d'une nationalisation ne permet pas de compenser une situation d'incertitude doublée de l'inexistence de tout recours interne efficace, et conduit à faire supporter au requérant une « charge spéciale et exorbitante qui a rompu le juste équilibre »[1881]. La durée de la procédure[1882] et l'absence de recours internes[1883] sont des arguments souvent retenus. Mais en matière d'urbanisme, la Cour vise à la fois l'incertitude causée par les réglementations d'urbanisme, l'inexistence de recours efficaces c'est-à-dire susceptibles de remédier à la situation litigieuse, l'entrave à la libre jouissance du droit de propriété et l'absence d'indemnisation[1884].

453. Néanmoins, le contrôle de proportionnalité fluctue selon les affaires. Il devient moins rigoureux, notamment lorsque le juge européen étudie le comportement des parties. Dans l'affaire *Wiesinger*, la Cour a pris en compte le comportement du propriétaire qui ne s'était pas tout de suite opposé au remembrement, et ce malgré la présence d'une procédure

[1878] CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, préc., §§73-74.
[1879] À l'inverse, s'il y a des moyens pour accélérer la procédure et une indemnisation possible, comme cela est le cas par l'intermédiaire du droit de délaissement, la Cour européenne conclu à l'absence de violation de l'article 1er du protocole n°1 : CEDH *Phocas c./ France* du 23 avril 1996, §60.
[1880] CEDH *Erkner et Hofauer c./ Autriche* du 23 avril 1987, préc., §79.
[1881] CEDH *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão et a. c./ Portugal* du 11 janvier 2000, préc., §55.
[1882] CEDH *Vasilev et Doycheva c./ Bulgarie* du 31 mai 2012, aff. n°14944/04, §52 (à propos de la durée d'une procédure de restitution de terrains).
[1883] CEDH *S. A. Dangeville c./ France* du 16 avril 2002, Recueil des arrêts et décisions 2002-III, aff. n°36677/97, §61 ; CEDH *Aon Conseil et Courtage S. A. et a. c./ France du 25 janvier 2007*, aff. n°70160/01, §46.
[1884] CEDH *Elia c./ Italie* du 2 août 2001, aff. n°37710/97, §83 ; CEDH *Tsirikakis c./ Grèce* du 17 janvier 2002, aff. n°46355/99, §§60-61 ; CEDH *Rossitto c./ Italie* du 26 mai 2006, aff. n°7977/03, §45 ; CEDH *Hakan Ari c./ Turquie* du 11 janvier 2011, préc., §46 ; CEDH *Hüseyin Kaplan c./ Turquie* du 1er octobre 2013, préc., §§44-47.

dont le délai n'était pas raisonnable[1885]. Au contraire, dans l'affaire *Beyeler*, le comportement des autorités nationales les avait enrichies, et par conséquent la préemption du tableau avait fait supporter à son propriétaire « une charge disproportionnée et excessive »[1886]. Dans des cas plus anciens, le contrôle semblait renforcé pour une expropriation de fait[1887], puis pour une confiscation de fait[1888], pour lesquelles la Cour s'est contentée de « conséquences assez graves » au lieu d'une charge disproportionnée, pour conclure à la violation de l'article 1er du protocole n°1.

454. Il est admis que ces différentes jurisprudences laissent apparaître un contrôle d'opportunité[1889]. En réalité et d'une part, le contrôle porte sur le caractère adapté de la mesure lorsque les juges mettent en avant l'incertitude causée par les mesures litigieuses et leur impact sur le droit de propriété. D'autre part, lorsque les juges vérifient la longueur de la procédure ou l'existence d'une indemnisation, leur contrôle porte sur le caractère proportionné de l'atteinte à la substance. Et enfin, il devient un contrôle d'opportunité si les juges étudient le comportement des parties. Ils se réfèrent alors non plus à la mesure en cause ou à l'atteinte causée, mais à une sorte de modèle de comportement que les autorités publiques ou le propriétaire auraient dû suivre. Ainsi, les juges vont considérer que l'atteinte à la substance ne peut être fondée si une de ces personnes a eu un comportement qui ne correspond pas celui qui est en principe attendu.

Par conséquent, le contrôle européen de la proportionnalité d'une atteinte à la substance est en principe un contrôle normal, d'adéquation de l'atteinte au but poursuivi par les autorités. Mais l'appréciation de la proportionnalité peut devenir casuelle. Dans ce cas, l'appréciation semble moins rigoureuse puisqu'elle ne se base pas sur des critères concrets mais sur un modèle de comportement. Et étant donné que cette appréciation remplace celle qui se fonde sur l'adéquation de la mesure, il s'agit d'un contrôle maximum, qui porte sur l'opportunité de la mesure.

Le contrôle de proportionnalité a évolué pour les autres limitations.

[1885] CEDH *Wiesinger c./ Autriche* du 30 octobre 1991, préc., §78. Le juge européen avait préféré constaté la violation de l'article 6 § 1er. V. aussi : CEDH *Katte Klitsche de la Grande c./ Italie* 27 octobre 1994, Série A n°293-B, §46.

[1886] CEDH *Beyeler c./ Italie* du 5 janvier 2000, préc., §§121-122.

[1887] CEDH *Papamichalopoulos et autres c./ Grèce* du 24 juin 1993, préc., §45.

[1888] CEDH *Vasilescu c./ Roumanie* du 22 mai 1998, Recueil des arrêts et décisions, 1998-III, p. 1064, aff. n°27053/95, §§53-54.

[1889] RENUCCI J.-F., *op. cit*., p. 638, n°595 ; SUDRE F., *op. cit*., p. 678, n°361.

2. Les évolutions du contrôle de proportionnalité pour les autres limitations

455. Dans la décision *Gillow* de 1984, la Commission européenne a expliqué que l'appréciation de la proportionnalité diffère entre la privation et la réglementation de l'usage des biens car « la privation de propriété est naturellement plus grave que la réglementation de son usage, où le droit de propriété est entièrement maintenu »[1890]. Ce raisonnement est également utilisé par les juges internes et européens. Ainsi, le contrôle de proportionnalité est exercé différemment selon qu'il s'agit soit d'une privation, soit d'une limitation simple, mais il n'est jamais aussi étendu que dans le cas d'une atteinte à la substance.

456. La Cour européenne a expliqué dans l'arrêt *James* qu'il faut « un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » dans le cadre d'une privation de propriété[1891]. La notion de juste équilibre et celle de proportionnalité semblent exprimer « la même idée en des termes différents », pourtant l'exigence d'une proportionnalité raisonnable n'est qu'une « variation du juste équilibre »[1892]. D'ailleurs, Aristote expliquait déjà que « la proportion est un moyen et le juste une proportion »[1893]. Il y a donc disproportion lorsque le propriétaire subit une « atteinte excessive »[1894] ou « une charge spéciale et exorbitante »[1895] , « une charge considérable »[1896] ou « une charge disproportionnée et excessive »[1897]. Au départ, il était possible de penser que la Cour recherchait l'absence de disproportion manifeste entre les moyens employés et le but poursuivi[1898]. En réalité, le principe de proportionnalité est appliqué sur le montant versé en fonction de la valeur du bien. L'indemnité versée doit être « raisonnablement en rapport avec la valeur du bien »[1899]. Le juste équilibre est une indemnité raisonnable. Les juges contrôlent si l'indemnisation est

[1890] Comm. EDH *Gillow c./ Royaume-Uni* du 3 octobre 1984, aff. n°9063/80, §148.
[1891] CEDH *James c./ Royaume-Uni* du 21 février 1986, préc., §50.
[1892] ZATTARA-GROS A.-F., Le contrôle de proportionnalité exercé par la CEDH en matière de droit de propriété, *LPA* du 5 mars 2009, n°46, p. 32.
[1893] ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Livre V, chapitre 7.
[1894] CEDH *James c./ Royaume-Uni* du 21 février 1986, préc., §54.
[1895] CEDH *Hentrich c./ France* du 22 septembre 1994, préc., §49 ; CEDH *Häkansson et Sturesson c./ Suède* du 21 février 1990, préc., §55.
[1896] CEDH *Les Saints Monastères c./ Grèce* du 9 décembre 1994, §75.
[1897] CEDH *Scordino c./ Italie* du 29 mars 2006, aff. n°36813/97, §103 ; CEDH *Yetis et a. c./ Turquie* du 6 juillet 2010, aff. n°40349/05, §56 ; CEDH *Vistins et Perepjolkins c./ Lettonie* du 25 octobre 2012, aff. n°71243/01, §131.
[1898] CEDH *Lithgow et a. c./ Royaume-Uni* du 8 juillet 1986, préc., §120.
[1899] Notamment : CEDH *James c./ Royaume-Uni* du 21 février 1986, préc., §54 ; CEDH *Häkansson et Sturesson c./ Suède* du 21 février 1990, préc., §54 ; CEDH *Perdigao c./ Portugal* du 16 novembre 2010, aff. n°24768/06, §68.

adéquate[1900]. Ils vérifient aussi que cette indemnité soit versée dans un délai raisonnable[1901] et que la procédure qui conduit à la privation soit d'une durée raisonnable[1902].

457. Pour Anne-Françoise ZATTARA le contrôle est plus poussé qu'auparavant[1903], pourtant le juge européen n'exige pas toujours une compensation intégrale[1904], et des circonstances exceptionnelles peuvent justifier l'absence totale d'indemnité[1905]. De plus, dans la structure des arrêts, même si le juge se réfère à la notion de « juste équilibre » plutôt qu'à celle de « rapport raisonnable de proportionnalité » dans la phase finale de sa décision, il continue néanmoins à rappeler le principe du « rapport raisonnable de proportionnalité » lorsqu'il récapitule les principes propres au cas de la privation de propriété[1906]. Le contrôle de proportionnalité en matière de privation de propriété est davantage centré sur la question de l'indemnisation. Cela signifie qu'au niveau européen, il n'y a pas de contrôle étendu de la proportionnalité pour les privations, et que l'indemnisation ne constitue pas une condition déterminante de régularité d'une privation de propriété.

458. La Cour de cassation est influencée par le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle a estimé, au visa de l'article 1er du protocole n°1, que dans le cas du refus d'une rétrocession, il faut vérifier qu'un propriétaire n'a pas subi de « charge excessive du fait de l'expropriation» par « la privation de la plus-value engendrée par le bien exproprié »[1907]. Plus récemment, la Cour s'est prononcée de la même manière sans faire de

---

[1900] CEDH *Guillemin c./ France* du 21 décembre 1997, Recueil des arrêts et décisions, 1997-I, p. 149, §54 ; CEDH *Scordino c./ Italie* du 29 mars 2006, préc., §103.
[1901] CEDH *Yetis et a. c./ Turquie* du 6 juillet 2010, préc., §50.
[1902] CEDH *Hentrich c./ France* du 22 septembre 1994, préc., §§48-49 ; CEDH *Piron c./ France* du 14 novembre 2000, préc., §44.
[1903] Répertoire Dalloz de droit immobilier, préc., n°67. Et V. CEDH *Kozacioglu c./ Turquie* du 19 février 2009, aff. n°2334/03, §72 : « pour satisfaire aux exigences de proportionnalité entre la privation de propriété et le but d'utilité publique poursuivi, il y a lieu, en cas d'expropriation d'un bien classé, de tenir compte dans une mesure raisonnable des caractéristiques spécifiques du bien pour déterminer l'indemnité due au propriétaire ».
[1904] CEDH *James c./ Royaume-Uni* du 21 février 1986, préc., §54 ; CEDH *Les Saints Monastères c./ Grèce* du 9 décembre 1994, Série A n°301-A, §71 ; CEDH *Scordino c./ Italie* du 29 mars 2006, aff. n°36813/97, §97.
[1905] CEDH *James c./ Royaume-Uni* du 21 février 1986, préc., §54 ; CEDH *Les Saints Monastères c./ Grèce* du 9 décembre 1994, Série A n°301-A, §71 ; CEDH *Ex-Roi de Grèce et a. c./ Grèce* du 23 novembre 2000, aff. n°25701/94, §89 ; et surtout CEDH *Jahn et a. c./ Allemagne* du 30 juin 2005, aff. n°46720/99, §111 et §117 : « dans le contexte unique de la réunification allemande, l'absence de toute indemnisation ne rompt pas le « juste équilibre » à ménager entre la protection de la propriété et les exigences de l'intérêt général » ; CEDH *Yetis et a. c./ Turquie* du 6 juillet 2010, préc., §55 : « un contexte de réforme économique, sociale ou politique ».
[1906] CEDH *Scordino c./ Italie* du 29 mars 2006, préc., §93 ; CEDH *Yetis et a. c./ Turquie* du 6 juillet 2010, préc., §45 ; CEDH *Vistins et Perepjolkins c./ Lettonie* du 25 octobre 2012, §108.
[1907] Civ. 3e 19 novembre 2008, n°07-15.705 : *Bull. civ.* III, n°176.

référence à la norme européenne[1908], mais en reprenant encore une fois la formule utilisée par l'arrêt *Motais de Narbonne*[1909]. La Cour de cassation utilise elle aussi le rapport de proportionnalité pour lutter contre l'utilisation abusive de droit de l'expropriation en matière de réserves foncières.

Dans un autre domaine, la Cour de cassation a recherché l'existence du juste équilibre dans le cas d'un refus de renouvellement d'un bail commercial, combiné avec le non versement d'une indemnité d'éviction[1910]. De cette manière, les juges reconnaissent la privation de la propriété commerciale au sens européen[1911], qui n'est qu'autre qu'un droit à indemnité[1912].

En dehors de ces décisions, la Cour de cassation ne se réfère pas au contrôle de proportionnalité, étant donné que l'article 545 du Code civil ne prévoit pas une telle condition, mais qu'il précise qu'une privation du droit de propriété ne peut avoir lieu sans « une juste et préalable indemnité ».

Le contrôle de proportionnalité du juge constitutionnel est également quasiment inexistant, puisqu'il est rattaché à la notion d'erreur manifeste d'appréciation et qu'il faut prouver une disproportion manifeste[1913]. L'explication de ce manque de contrôle s'explique aussi par le fait que l'article 17 de la Déclaration de 1789 prévoit déjà « une juste et préalable indemnité ».

459. La condition de proportionnalité des réglementations de l'usage des biens s'est quelque peu renforcée dans la jurisprudence européenne depuis l'arrêt *Chassagnou*[1914].

Dans les arrêts précédents l'arrêt *Chassagnou*[1915], il était possible d'être sceptique quant à l'existence de ce contrôle[1916]. La référence « au juste équilibre entre les moyens employés et le but visé » pouvait alors souvent être considérée comme une pure pétition de principe[1917].

[1908] Civ. 3e, 12 février 2014, n°13-14.180. V. HOSTIOU R., Expropriation : le droit de rétrocession, un droit sous haute protection de la Cour européenne des droits de l'homme ?, note ss Civ. 3e, 12 février 2014, *RDI* 2014, p. 201.

[1909] CEDH *Motais de Narbonne c./ France* du 2 juillet 2002, aff. n°48161/99, §23.

[1910] Civ. 3e, 4 février 2009, n°08-11.433 : *Bull. civ*. III, n°31. *Adde*, Civ 3e, 18 mai 2005, n°04-11.349 : *Bull. civ*. III, n°109 (le refus du renouvellement à cause d'un défaut d'immatriculation ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit « à la propriété commerciale »).

[1911] La propriété commerciale au sens européen désigne la protection accordée au commerçant preneur d'un bail commercial, sur son fonds de commerce.

[1912] *Cf. supra* n°268.

[1913] *Cf. supra* n°444.

[1914] CEDH *Chassagnou et a. c./ France* du 29 avril 1999, préc., §85.

[1915] V. CEDH *Agosi c./ Royaume-Uni* du 24 octobre 1986, préc., §§52 à 54 ; CEDH *Mellacher et autres c./ Autriche* du 19 décembre 1989, préc., §45.

[1916] KASTANAS E., *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, th. Genève, Avant-propos F. MATSCHER, Préf. G. MALIVERNI, Bruylant, 1996, p. 154 : pour lui il s'agissait d'une « simple vérification de l'adéquation des mesures étatiques au but recherché » ;

Depuis l'arrêt *Chassagnou*, le contrôle de proportionnalité est restreint à son minimum, mais cela n'empêche pas la Cour de sanctionner certaines limitations sur ce fondement. Ainsi, une personne n'a pu récupérer son appartement pendant six ans à cause d'une suspension législative de l'exécution forcée des expulsions. La Cour européenne a considéré que cette attente prolongée avait imposé au propriétaire une charge spéciale et excessive qui avait rompu le juste équilibre[1918]. Dans une autre affaire, la Cour a estimé que l'interdiction faite à une personne en faillite d'administrer et de disposer de ses biens n'était pas justifiée tout au long de la procédure, et qu'en conséquence cette ingérence se révélait disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi[1919]. Le juge européen a également condamné une sanction douanière disproportionnée[1920].

Et c'est dans la relation entre le bailleur et le preneur que le contrôle de proportionnalité semble s'être le plus renforcé dernièrement avec les affaires *Hutten-Czapska* [1921] et *Lindheim*[1922]. Dans ces deux affaires qui concernaient une réglementation excessive des loyers, la Cour de Strasbourg a conclu en la violation de l'article 1[er] du protocole n°1 parce que les Etats n'avaient pas « ménagé le juste équilibre requis entre l'intérêt général de la collectivité et la protection du droit de propriété »[1923]. En outre, elle a obligé les Etats à modifier leur législation[1924].

Par ailleurs, un dernier indice indique un renforcement du contrôle de proportionnalité des réglementations de l'usage des biens. En effet, la Cour de Strasbourg a condamné l'Etat grec pour avoir refusé d'indemniser les propriétaires pour la dépréciation de la partie non expropriée de leurs terrains[1925].

Toutefois, cette extension du contrôle n'en est qu'à ses balbutiements puisque dans l'affaire *Brosset-Triboulet*, la Cour a expliqué que des propriétaires, dont la maison allait être démolie

---

[1917] Par exemple dans l'arrêt *Van Marle c./ Pays-Bas* du 26 juin 1986, préc., §43.
[1918] CEDH *Immobiliare Saffi c./ Italie* du 28 juillet 1999, Recueil des arrêts et décisions 1999-V, aff. n°22774/93, §59.
[1919] CEDH *Luordo c./ Italie* du 17 juillet 2003, Recueil des arrêts et décisions 2003-IX, aff. n°32190/96, §70.
[1920] CEDH *Grifhorst c./ France* du 26 février 2009, aff. n°28336/02, §105.
[1921] CEDH *Hutten-Czapska c./ Pologne* du 19 juin 2006, préc., §208.
[1922] CEDH *Lindheim et a. c./ Norvège* du 12 juin 2012, préc., §135. V. MARCHADIER F., La contribution de la CEDH à la recherche d'un équilibre entre le bailleur et le preneur d'un immeuble destiné à l'habitation, *D*. 2012, p. 2007.
[1923] CEDH *Hutten-Czapska c./ Pologne* du 19 juin 2006, préc., §225 ; CEDH *Lindheim et a. c./ Norvège* du 12 juin 2012, préc., §128.
[1924] Sur les obligations positives, *cf. infra* n°656 et à propos des arrêts-pilotes (notamment l'arrêt *Hutten-Czapska*), *cf. infra* n°657.
[1925] CEDH *Athanasiou et a. c./ Grèce* du 9 février 2006, aff. n°2531/02, §26.

sans indemnisation, ne supportaient pas une charge spéciale et exorbitante parce qu'ils connaissaient le caractère précaire des autorisations d'urbanisme[1926].

460. Le contrôle de proportionnalité des limitations apportées à l'exercice du droit de propriété a longtemps été implicite[1927]. Le Conseil constitutionnel se contentait de vérifier l'existence de garanties de fond et de procédure[1928]. Les prémices d'un réel contrôle sont apparues dans une décision de 1993 qui avait sanctionné des « atteintes excessives au droit de propriété »[1929]. Mais ce n'est que depuis l'entrée en vigueur du mécanisme de la QPC que le contrôle de proportionnalité est bien présent. Depuis 2010, le juge constitutionnel indique régulièrement que les limitations de l'article 2 de la Déclaration de 1789 doivent être « justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi »[1930]. Mais sur sept décisions rendues par le biais du contrôle de constitutionnalité *a priori* ou *a posteriori*[1931], une décision a retenu une disproportion partielle[1932], et une décision a condamné la disproportion d'une mesure de la loi dite ALUR[1933]. Les juges constitutionnels ont en effet condamné la mesure qui prévoyait que l'Assemblée générale des copropriétaires devait décider à la majorité un changement d'usage d'un local destiné à l'habitation[1934].
Ainsi, le contrôle de proportionnalité s'est quelque peu renforcé mais il demeure à un niveau minimum. Néanmoins, il a désormais le mérite depuis 2010 d'être une condition de régularité d'une limitation simple.

461. En définitive, les juges ont mis en place une hiérarchie des limitations en fonction de leur intensité, et ils la respectent lorsqu'ils doivent les apprécier. Le juge européen s'est toujours montré méthodique et précautionneux lorsqu'il s'agit de qualifier puis d'apprécier les

[1926] CEDH *Brosset-Triboulet et a. c./ France* du 29 mars 2010, aff. n°34078/02, §95.
[1927] ZATTARA A.-F., th. préc., p. 494, n°490.
[1928] Décision n°85-198 DC du 13 décembre 1985, cons. 12, J.O. du 14 décembre 1985, p. 14574.
[1929] Décision n°92-316 DC du 20 janvier 1993, cons. 16, J.O. du 22 janvier 1993, p. 1118.
[1930] Décision n°2010-60 QPC du 12 novembre 2010, cons. 3.
[1931] Décision n°2010-60 QPC du 12 novembre 2010, préc. ; décision n°2011-151 QPC du 13 juillet 2011, cons. 7 et 8, préc. ; décision n°2011-193 QPC du 10 novembre 2011, cons. 3 et 7, préc. ; décision n°2011-201 QPC du 2 décembre 2011, cons. 4, 8 et 9, préc. ; décision n°2011-215 QPC du 27 janvier 2012, cons. 3 et 7, préc. ; décision n°2012-660 DC du 17 janvier 2013, cons. 5 et 7, préc. ; décision n°2014-691 DC du 20 mars 2014, cons. 4 et 47, préc.
[1932] Décision n°2011-201 QPC du 2 décembre 2011, cons. 8 et 9, préc. (cette décision portait sur le transfert de propriété opéré lors d'un plan d'alignement, dans le cadre de l'alinéa 2 de l'article L.112-2 du code de la voirie routière. Pour le Conseil constitutionnel, « l'atteinte aux conditions d'exercice du droit de propriété serait disproportionné au regard de l'objectif poursuivi si l'indemnité due à l'occasion du transfert de propriété ne réparait également le préjudice subi du fait de la servitude de reculement »).
[1933] Décision n°2014-691 DC du 20 mars 2014, cons. 47, préc.
[1934] Cette obligation s'ajoutait à celle qui existe en matière d'urbanisme.

limitations du droit de propriété[1935]. Et les juges internes sont influencés par ses raisonnements[1936]. Cette précaution jurisprudentielle se distingue particulièrement par une appréciation modérée de la condition de proportionnalité.

B. L'appréciation modérée de la proportionnalité par les juges

462. Au niveau européen, la marge nationale d'appréciation est l'instrument modérateur du contrôle de proportionnalité (1)[1937]. Ses pendants en droit interne, mais dans une moindre mesure, sont le pouvoir du législateur et le pouvoir discrétionnaire de l'administration (2).

1. L'instrument modérateur européen : la marge nationale d'appréciation

463. La marge nationale d'appréciation se comporte comme un instrument modérateur du contrôle de proportionnalité puisqu' « elle conceptualise (…) l'espace dans lequel les mesures nationales peuvent jouer, au sens mécanique du terme, sans violer la Convention »[1938]. Les origines jurisprudentielles de la marge d'appréciation sont anciennes[1939], mais dans le cadre du droit au respect des biens sa confrontation avec le contrôle de proportionnalité date de l'affaire *Sporrong et Lönnroth* de 1982[1940]. L'introduction du contrôle de proportionnalité pouvait laisser penser que l'influence de la

[1935] Dans ce sens : CONDORELLI L., *op. cit*., p. 996. Pour Luigi CONDORELLI, le juge européen fait preuve d'une « prudence extrême, voire obsessionnelle » ; SERMET L., La Convention européenne des droits de l'homme et le droit de propriété, *Dossier sur les droits de l'homme*, n°11, 1998, p. 45 ; OLINGA A.-D. et PICHERAL C., La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH* 1995, p. 567, spéc. p. 594.

[1936] Cette influence pourrait d'ailleurs constituer une illustration du dialogue des juges, *cf. infra* n[os]637 et s.

[1937] La marge nationale d'appréciation est également présente dans le cadre des contrôles de légalité et de finalité, mais elle possède spécialement un rôle modérateur dans le cadre du contrôle de proportionnalité. La marge d'appréciation et le contrôle de proportionnalité fonctionnent comme un balancier, en fonction du contexte, de l'objet et surtout de la limitation en cause.

[1938] OLINGA A.-D. et PICHERAL C., préc., p. 567. Et pour d'autres définitions : « latitude de déférence ou d'erreur accordée aux autorités nationales, respect du niveau local, forme atténuée d'immunité, absence de solution uniforme quant aux droits garantis, marge de manœuvre dans la mise en œuvre des obligations conventionnelles », V. TULKENS F. et DONNAY L., L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme, *RSC* 2006, p. 3.

[1939] La marge d'appréciation a d'abord été utilisée dans le cadre de l'article 15 de la Convention. Sur les origines de la marge nationale d'appréciation V. TULKENS F. et DONNAY L., préc.

[1940] CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, §69.

marge nationale d'appréciation allait diminuer, mais cela n'a pas été le cas[1941]. Les fondements de la marge nationale d'appréciation lui donnent une légitimité indéniable[1942].

En effet, en premier lieu, la marge nationale d'appréciation repose sur le principe de subsidiarité, mais elle ne se confond pas avec lui[1943]. Sur le plan matériel, ce principe exprime l'idée d'un recours effectif conformément à l'article 13 de la Convention, et il permet de considérer les droits fondamentaux de la Convention comme des standards minimums de protection ainsi que le prévoit l'article 53 de la Convention. Sur plan procédural, le principe de subsidiarité évoque l'épuisement préalable des voies de recours internes prévu par l'article 35 de la Convention.

En second lieu, la marge nationale d'appréciation défend le pluralisme présent en Europe. La volonté est d'harmoniser les jurisprudences, mais non de les uniformiser.

En troisième et dernier lieu, l'article 1er du protocole n°15 fait une référence expresse au principe de subsidiarité et la marge nationale d'appréciation. De cette manière, de « simple technique prétorienne », la marge nationale d'appréciation « accède au rang de règle conventionnelle »[1944]. Elle acquiert alors une valeur normative plus importante que le contrôle de proportionnalité au niveau du droit au respect des biens. Ainsi, le semblant de renforcement qui a pu être remarqué dans la jurisprudence européenne sera largement tempéré lorsque le protocole n°15 entrera en vigueur[1945].

464. Finalement, avec la marge nationale d'appréciation, la protection du droit de propriété va varier en fonction du rôle de l'Etat[1946]. Les autorités nationales vont déterminer

---

[1941] OLINGA A.-D. et PICHERAL C., préc., spéc. p. 604 : Ils évoquaient une « érosion en douceur mais efficace de la marge d'appréciation ».

[1942] PASTRE-BELDA B., La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits, *RTDH* 2013, p. 251, spéc. p. 261 : selon Béatrice PASTRE-BELDA, la marge nationale d'appréciation implique une « retenue prétorienne pleinement défendable ».

[1943] Sur les critères de distinction entre le principe de subsidiarité et la marge nationale d'appréciation, notamment les critères temporel et de champ d'application, V. PASTRE-BELDA B., préc. spéc. p. 265.

[1944] Ce protocole n'est pas encore entré en vigueur. Etant donné qu'il modifie la Convention il nécessite la signature des tous les Etats contractants. Pour l'instant, il ne reste que sept Etats n'ayant pas encore signé le protocole n°15 : Bosnie-Herzégovine, Croatie, Grèce, Hongrie, Lettonie, Malte et Russie. À ce sujet V. SUDRE F., La subsidiarité, « nouvelle frontière » de la Cour européenne des droits de l'homme. – À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention, *JCP* G., 2013, doctr. 1086.

[1945] Le protocole n°15 n'entrera en vigueur qu'au moment où tous les Etats parties à la Convention l'auront ratifié, or au 5 octobre 2015, sur les quarante-sept Etats, vingt-deux Etats l'ont ratifié, mais six Etats ne l'ont même pas signé. La France, quant à elle, l'a signé le 24 juin 2013 mais ne l'a pas encore ratifié.

[1946] PHILIPPE X, *op. cit*., p. 370 ; NAUDET J.-Y. et SERMET L., Le droit de propriété garanti par la Convention européenne des droits de l'homme face à l'analyse économique, *R.R.J.* 1990, n°1, p. 15, spéc. p. 50 : la marge de manœuvre des Etats « dépend de la conception qu'ils se font de l'intérêt général, et finalement, de leur propre rôle dans l'économie du pays ».

de manière indépendante l'existence d'un juste équilibre[1947]. D'ailleurs, « l'étendue de la marge nationale d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte »[1948]. Il peut s'agir soit de contextes historique ou politique tels que le changement du lieu de la frontière orientale de la Pologne à cause de la Seconde Guerre mondiale[1949], ou encore la réunification allemande[1950], soit de contextes de nature économique, sociale et également politique[1951]. De même, la marge nationale d'appréciation sera souvent large dans certains domaines tels que l'urbanisme[1952] et l'environnement[1953]. Pour autant, les Etats ne peuvent pas se réfugier derrière leur marge d'appréciation s'ils n'ont pas réagi « en temps utile, de façon correcte et avec la plus grande cohérence »[1954].

465. Les facteurs qui permettent de délimiter la marge nationale d'appréciation apparaissent assez flous et entraînent une certaine opacité dans l'appréciation du contrôle de proportionnalité. De cette manière, il s'opère une sorte de confusion entre la marge nationale d'appréciation et le contrôle de proportionnalité. Et par conséquent, le contrôle de proportionnalité pourrait sembler aléatoire[1955] voire arbitraire[1956]. Néanmoins, la marge nationale d'appréciation a le mérite de faire une place aux particularités locales[1957], et dans certaines situations les autorités nationales semblent les mieux placées pour savoir ce qui est important pour préserver à la fois l'ordre public et la paix sociale[1958]. La véritable question est alors de savoir si ce jeu de balancier entre la marge nationale d'appréciation et le contrôle de proportionnalité s'avère suffisamment protecteur du droit de propriété. Si l'on considère que la Convention doit assurer un niveau de protection élevé, ainsi que pourrait le laisser penser le Préambule de la Convention de sauvegarde, ce jeu de balancier ne devrait pas être possible puisqu'il porterait atteinte au but même de la Convention. Mais il ne faut pas oublier que l'article 1er du protocole n°1 comporte en lui-même les limitations du droit de propriété. Par

[1947] MISONNE D. et OST F., L'illusion du *juste équilibre* ou la variabilité de la jurisprudence du juge européen portant sur la balance des intérêts entre environnement et enjeux économiques, *in* Mél. G.-J. MARTIN, Frison-Roche, 2013, p. 347, spéc. p. 351.
[1948] CEDH *Rasmussen c./ Danemark* du 28 novembre 1984, Série A n°87, §40.
[1949] CEDH *Broniowski c./ Pologne* du 22 juin 2004, aff. n°31443/96, §162.
[1950] CEDH *Jahn et a. c./ Allemagne* du 30 juin 2005, aff. n°46720/99, §117.
[1951] CEDH *Yetis et a. c./ Turquie* du 6 juillet 2010, aff. n°40349/05, §§55-56.
[1952] CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, préc., §69.
[1953] CEDH *Hamer c./ Belgique* du 27 novembre 2007, §78.
[1954] CEDH *Beyeler c./ Italie* du 5 janvier 2000, préc., §120 ; CEDH *Öneryildiz c./ Turquie* du 30 novembre 2004, Recueil des arrêts et décisions 2004-XII, aff. n°48939/99, §128.
[1955] PASTRE-BELDA B., préc. spéc. p. 271.
[1956] Sur l'ensemble de ces arguments V. TULKENS F. et DONNAY L., préc.
[1957] De façon semblable, le Conseil constitutionnel peut interpréter le principe d'égalité en fonction des situations qui lui sont présentées. Il exerce alors un contrôle restreint.
[1958] LETURCQ S., *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, Aix-Marseille III, Préf. T. S. RENOUX, L.G.D.J., 2005, pp. 250 et s.

conséquent, à l'instar de Laurent SERMET, il est possible de penser que le contrôle de proportionnalité est explicitement conditionnel[1959], et pourtant cela n'empêche pas le juge européen de condamner certaines mesures disproportionnées. Seulement cela dépendra le plus souvent de l'intensité de la limitation[1960]. D'une certaine manière, Hugues PÉRINET-MARQUET se contente de ce contrôle en expliquant que « même si la protection de la propriété peut apparaître comme insuffisamment contraignante, elle n'en est pas moins efficace tout en laissant aux Etats membres une utile marge de manœuvre pour éviter une forme de glaciation de l'action publique, notamment foncière »[1961]. Il est vrai que les autorités nationales doivent avoir une marge de manœuvre car leurs actions peuvent s'avérer positives pour la collectivité, et par conséquent, protectrices du droit de propriété du plus grand nombre. Mais il n'en demeure pas moins que le droit de propriété du requérant est atteint, et que l'on ne peut que constater une garantie allégée du droit de propriété. Le même constat peut être fait en droit interne mais il est moins flagrant.

2. Les instruments modérateurs internes

466. En droit interne, certains instruments vont également modérer le contrôle de proportionnalité. En effet, le juge constitutionnel considère de façon générale que « l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen »[1962].

Toutefois, ces instruments modérateurs ne sont que des principes indépendants du contrôle de proportionnalité, qui ne vont l'influencer que par ricochet. En outre, ils apparaissent essentiels dans le cadre de notre organisation sociétale.

467. À titre principal, il s'agit du **pouvoir d'appréciation du législateur** conformément à l'article 34 de la Constitution. Le pouvoir du législateur a été reconnu par le Conseil constitutionnel notamment dans la décision *Nationalisations*. Dans cette décision, le

[1959] SERMET L., Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale, *LPA* du 5 mars 2009, n°46, p. 26.
[1960] *Cf. supra* n°387. Et V. KASTANAS E., *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, th. Genève, Avant-propos F. MATSCHER, Préf. G. MALIVERNI, Bruylant, 1996, pp. 153 et s. ; OLINGA A.-D. et PICHERAL C., préc., spéc. p. 594.
[1961] PÉRINET-MARQUET H., Modalités de la protection du droit de propriété, *Constitutions* 2010, p. 100.
[1962] Décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975, cons. 1, J.O. du 16 janvier 1975, p. 671.

juge constitutionnel a étudié les travaux préparatoires de la loi pour faire ressortir la volonté du législateur et en a conclu que « le législateur a entendu fonder les nationalisations opérées par ladite loi sur le fait que ces nationalisations seraient nécessaires pour donner aux pouvoirs publics les moyens de faire face à la crise économique, de promouvoir la croissance et de combattre le chômage et procéderaient donc de la nécessité publique au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789 »[1963]. Par conséquent, « l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci dès lors qu'il n'est pas établi que les transferts de biens et d'entreprises présentement opérés restreindraient le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions (…) de la Déclaration de 1789 »[1964]. Le pouvoir d'appréciation du législateur atténue le contrôle de finalité et le contrôle de proportionnalité. D'une certaine façon, il s'agit ainsi de respecter « l'expression classique de la démocratie »[1965].

468. Et à titre secondaire, le contrôle de proportionnalité des limitations est modéré par le **pouvoir discrétionnaire de l'administration**. Concernant le droit de propriété, ce pouvoir s'est manifesté dans la jurisprudence *Ville Nouvelle-Est*[1966], à travers la théorie du bilan. Selon cette théorie, le juge administratif étudie les avantages et les inconvénients d'une opération administrative, et notamment son coût, par rapport à l'intérêt qu'elle présente[1967]. Or, si le juge effectue le contrôle de proportionnalité de cette manière, c'est parce que les autorités administratives disposent d'une certaine marge d'appréciation. En effet, étant donné que le juge n'a pas uniquement à vérifier si certaines conditions légales sont réunies, cela signifie qu'elles n'ont pas une compétence liée mais un pouvoir discrétionnaire. Pour autant, un pouvoir discrétionnaire ne veut pas dire un pouvoir arbitraire[1968]. L'administration peut donc apprécier l'opportunité des mesures attentatoires au droit de propriété, dans la limite des conditions légales propres à chacune de ces mesures, et de leur proportionnalité vis-à-vis de leur coût et de l'intérêt général[1969].

[1963] Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, cons. 19, préc.
[1964] Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, cons. 20, préc.
[1965] AURÉGUIBERRY A., L'influence des droits fondamentaux européens sur le contrôle *a posteriori*, *RFDA* 2013, p. 10.
[1966] CE 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est* : *Rec. Lebon* p. 409.
[1967] Sur la théorie du bilan, *cf. supra* n°387.
[1968] Sur la distinction entre le pouvoir discrétionnaire et la compétence liée : WALINE J., *Droit administratif*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 25e éd., 2014, p. 427, n°404.
[1969] WALINE J., *op. cit.*, p. 667, n°639 : « la légalité rejoint l'opportunité dans la jurisprudence dite du bilan *coût-avantages* ».

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

469. Pour conclure, le contrôle des limitations du droit de propriété s'exerce avec retenue. De façon méthodique, les juges qualifient d'abord la limitation en cause, puis ils tentent de l'apprécier, c'est-à-dire de vérifier si elle porte atteinte au droit de propriété. Leurs analyses sont détaillées avec plus ou moins de précisions dans les motifs de leurs décisions. La Cour européenne des droits de l'homme, pour sa part, va jusqu'à comparer la situation qui lui est soumise à celles présentes dans des arrêts précédents. Mais cette méthode de contrôle présente un avantage puisqu'il est possible de déterminer de façon efficiente, du moins théoriquement, quels sont les critères de qualification des limitations.
Le résultat est moins probant à l'étape de l'appréciation des limitations. De manière générale, les juges contrôlent la légalité, la finalité et la proportionnalité des limitations du droit de propriété. Les contrôles de légalité et de finalité sont appréciés sommairement par les juges, qui se contentent souvent d'exercer un contrôle minimum. Par contre, le contrôle de proportionnalité permet un contrôle normal pour les atteintes à la substance, et il a globalement tendance à se renforcer pour les autres limitations. Mais ce pas en avant est largement compensé par l'effet des instruments modérateurs telle que la marge nationale d'appréciation. Ces instruments semblent nécessaires dans une société démocratique, mais ils montrent les failles dans l'étendue de la protection du droit de propriété. Celle-ci varie donc selon la nature de l'atteinte, et selon les circonstances. De telles variations ne peuvent que rendre les décisions incertaines, notamment entre les différentes juridictions, et cela malgré l'effort d'harmonisation de la Cour européenne.

470. Ainsi, l'organisation du contrôle des limitations du droit de propriété permet leur encadrement. Toutefois, leur qualification dépend de leur intensité et leur appréciation procède de leur proportionnalité. De cette façon, le droit de propriété est protégé par le biais d'une évaluation des atteintes qui lui sont causées. Cette protection porte donc plus précisément sur la valeur, tant juridique qu'économique, du droit de propriété. En effet, à l'étape de la qualification, lorsque les juges distinguent entre les dépossessions parfaites et imparfaites ou entre les altérations graves et les limitations simples, ils cherchent à savoir si le droit de propriété a conservé une valeur juridique. Et l'existence d'une indemnisation permettra souvent de constater la subsistance d'une valeur économique lors de l'appréciation de la limitation. Cela signifie donc que l'encadrement des limitations contribue à protéger la

valeur du droit de propriété. Il en est de même au niveau des sanctions, dont la pluralité permet de protéger la valeur, aussi bien juridique qu'économique, du droit de propriété.

Chapitre 2. La pluralité de sanctions des limitations au droit de propriété

471. Il n'est pas utile de dresser une liste exhaustive de toutes les sanctions pouvant être appliquées à toutes les limitations qui ont pu être citées auparavant, puisque cela ressemblerait davantage à un catalogue. En revanche, l'objectif est de comprendre les mécanismes qui permettent d'obtenir des sanctions, afin d'en déterminer des points communs, qui constitueraient alors des principes.

À cette fin, il convient d'abord de s'entendre sur la notion de sanction des limitations au droit de propriété : la sanction désigne l'ensemble des procédés mis à la disposition du propriétaire dont le droit de propriété a subi une limitation, afin de le rétablir dans son droit, ou/et de l'indemniser.

Par ailleurs, il y a lieu de préciser que le traitement de la limitation au droit de propriété par la sanction est curatif puisqu'il intervient *a posteriori* et qu'il vise à rétablir la place du droit de propriété, en valeur ou en nature, au sein du patrimoine du propriétaire. Ainsi, lorsque les juges constatent qu'une limitation porte atteinte au droit de propriété, ils peuvent prononcer une sanction qui va rééquilibrer les intérêts en jeu et surtout, si cela est possible, effacer l'atteinte. Tous les juges peuvent, selon le cas, être saisi en vue du prononcé d'une sanction, dont le but sera soit de protéger le droit de propriété en restituant le bien en nature ou en valeur, soit de protéger l'ordre public.

472. Cependant, selon la limitation en cause, les juges vont devoir tenir compte de l'existence ou de l'absence d'une indemnisation. En effet, l'existence et le montant de l'indemnisation versée au propriétaire pourraient compenser l'atteinte portée au droit de propriété. Dans ce cas, l'indemnisation peut ainsi être considérée comme « une condition dont le respect fait en sorte qu'aucune illégalité ne saurait être alléguée »[1970]. Par exemple, une privation du droit de propriété nécessite le versement d'une indemnité. Si cette condition n'est pas ou est mal réalisée, le propriétaire peut prétendre à une indemnisation complémentaire, voire à une restitution du bien. Au contraire, une restriction du droit de propriété n'est en principe pas soumise à une obligation d'indemnisation, car par hypothèse elle n'opère pas une dépossession. Dans ce cas, la sanction principalement accordée devrait être une indemnité

[1970] ZATTARA A.-F., th. préc., p. 561, note 51.

pour le préjudice subi et il n'est pas sûr que cela ressemble à un « eldorado pour les victimes »[1971].

473. Ainsi, à titre préliminaire, il est nécessaire de traiter la question de la contrepartie financière qui est, ou non, versée au propriétaire lors de la réalisation de la limitation. Les principes qui gouvernent cette indemnisation en valeur (section préliminaire), sont distincts selon le type de la limitation en cause, et détermineront les sanctions qui seront demandées par le propriétaire. Ces sanctions peuvent être de deux ordres.

D'une part, lorsque les juges ont recours à des fondements propres au droit de propriété, et que la portée des sanctions qu'ils prononcent vise la protection du droit de propriété et la satisfaction du propriétaire, les sanctions sont directes (Section 1) à la fois par leurs fondements et par leurs objets. Elles viennent ainsi directement remplacer ou compléter l'indemnisation en valeur.

D'autre part, si les limitations portant atteinte au droit de propriété sont condamnées par la combinaison du droit de propriété avec d'autres droits fondamentaux, ou bien, quand les sanctions s'appliquent indépendamment de la qualification de la limitation, les sanctions sont indirectes (Section 2).

Section préliminaire. Les principes de l'indemnisation en valeur

474. L'existence ou l'absence d'une indemnisation en valeur peut se révéler déterminante pour savoir s'il y a ou non une privation ou une restriction du droit de propriété, puis pour déterminer le type de sanction applicable. L'indemnisation en valeur est à mi chemin entre un critère de qualification des limitations et un moyen de sanctionner les atteintes qui proviendraient de ces limitations. En effet, l'indemnisation versée concomitamment à la limitation qui porte atteinte au droit de propriété cherche à rééquilibrer les intérêts. Il faut alors s'assurer qu'elle y soit parvenue.

475. En guise de précision, la notion d'indemnisation en valeur est entendue comme la somme d'argent qui est attribuée au propriétaire qui supporte une limitation de son droit de

[1971] FLAUSS J.-F., Le contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits de l'homme : eldorado pour les victimes et fonds de commerce pour les conseils ?, *in* Mél. SORTAIS, Bruylant, 2002, p. 179, et du même auteur, Réquisitoire contre la mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits de l'homme, à propos de l'arrêt *Beyeler c./ Italie* du 28 mai 2002, *D*. 2003, p. 227.

propriété. L'indemnisation devra permettre au propriétaire de réaliser une « opération blanche »[1972].

Dans ce cas, la question qui se pose est de savoir s'il s'agit d'une compensation financière de la limitation ou d'un dédommagement du préjudice causé par la limitation ? Pour Luigi CONDORELLI la notion d'indemnisation s'oppose à la notion de réparation car l'indemnisation est « une condition dont le respect fait en sorte qu'aucune illégalité ne saurait être alléguée, et non pas une forme de réparation due par l'Etat nationalisateur ou expropriateur en tant que conséquence de la violation d'une obligation internationale »[1973]. Une telle position pourrait également être tenue même lorsqu'un Etat ou une autorité publique n'est pas à l'origine de la limitation.

476. En réalité, l'indemnisation et la réparation sont des sanctions opposées dans leurs principes de fonctionnement, mais elles peuvent être associées dans leurs réalisations. Dans ce sens, dans le cas d'une privation du droit de propriété qui aurait lieu sans le versement d'une indemnisation, le juge pourra demander le versement d'une indemnité en compensation de la privation du droit de propriété. Et si la privation a causé un préjudice matériel ou moral, le juge pourra fixer une indemnité complémentaire destinée à le réparer[1974].

Par ailleurs, l'association entre les notions d'indemnisation et de réparation se retrouve dans les jurisprudences internes et européennes. Lorsqu'ils vérifient la présence d'une indemnisation ou les raisons de son absence, les juges internes regardent d'abord s'il existe un préjudice et, le cas échéant, ils évaluent l'indemnité. À l'inverse, les juges de Strasbourg contrôlent la proportionnalité de la limitation en fonction de la valeur du bien, et, s'ils trouvent un préjudice, ils opteront pour des dommages et intérêts complémentaires. Les juges internes semblent ainsi assimiler totalement les notions d'indemnisation et de réparation, alors que le juge européen les distingue.

477. Les juges internes et européens n'appliquent donc pas la même méthode, mais ils effectuent tous une distinction en fonction de la qualification de la limitation. Cette distinction révèle ainsi les deux principes qui gouvernent l'indemnisation en valeur. Le principe qui se rattache au cas de privation licite et légitime est un droit à une indemnisation (§1). En

[1972] STRUILLOU J.-F., *Protection de la propriété privée immobilière et prérogatives de puissance publique*, th. Nantes, Préf. R. HOSTIOU, L'Harmattan, 1996, p. 439.
[1973] CONDORELLI L., préc., p. 993.
[1974] Décision n°2012-275 QPC du 28 septembre 2012, cons. 6, J.O. du 29 septembre 2012, p. 15375 ; Civ. 3e, 8 juin 2012, n°12-40.029 : *Bull. civ.* III, n°91.

revanche, en cas de restriction, le principe consiste uniquement en un contrôle de la non-indemnisation (§2).

§1. Le principe en cas de privation : le droit à une indemnisation

478. Le versement d'une indemnité est une condition de la privation du droit de propriété. En droit interne, l'article 17 de la Déclaration de 1789, l'article 545 du Code civil et l'article L.1 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique indiquent que la privation de propriété ne peut être compensée que par le versement d'une « juste et préalable indemnité ». En droit européen, l'article 1er du protocole n°1 ne fait aucune référence à une indemnisation, mais le juge européen exige une indemnité raisonnable. Quel que soit son nom, cette indemnité est destinée à compenser la dépossession en elle-même. Or, une privation peut également entraîner des préjudices distincts de la dépossession. Devant les juges internes, l'indemnisation de ces préjudices est comprise dans la « juste et préalable indemnité » (1). Devant le juge de Strasbourg, les préjudices sont indemnisés par l'intermédiaire de la satisfaction équitable, et l'indemnité qui est octroyée en contrepartie de la dépossession est soumise au contrôle de proportionnalité. Cette dernière doit être « raisonnable » (2).

A. La « juste et préalable indemnité »

479. Le versement d'une « juste et préalable indemnité » est censé compenser la privation de propriété subie par le propriétaire, et ainsi rééquilibrer les intérêts des parties en cause. Pour autant, du point de vue des propriétaires, la quête d'une indemnité acceptable est souvent ardue pour des raisons tant procédurales[1975] que structurelles[1976]. En réalité, l'étendue de la juste et préalable indemnité dépend d'abord des caractères de l'indemnité (1), puis de son évaluation (2).

[1975] GANEZ-LOPEZ G., Le juge de l'expropriation entre la puissance publique et le propriétaire, *in Un droit inviolable et sacré, la propriété, Actes du colloque organisé les 13-14 novembre 1989 à Paris,* ADEF, Paris, 1991, p. 170.
[1976] PÉRINET A., Le point de vue des expropriés, *in Un droit inviolable et sacré, la propriété, Actes du colloque organisé les 13-14 novembre 1989 à Paris,* ADEF, Paris, 1991, p. 165.

1. Les caractères de la « juste et préalable indemnité »

480. Concernant ses caractères, pour que l'indemnité soit juste, il faut qu'elle couvre « l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain, causé par l'expropriation »[1977]. Le juge utilise les termes de l'article L.321-1 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique qui dispose que « les indemnités allouées couvrent l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain causé par l'expropriation »[1978]. Le préjudice correspond ici aux conséquences juridiques qui portent atteinte au droit de propriété et qui sont indemnisables[1979]. Il englobe donc la dépossession et ses conséquences.

481. Tout d'abord, l'exigence d'un **préjudice direct et certain** semble conforme à celle présente en responsabilité civile ou administrative[1980].

Ainsi, d'une part, le caractère direct correspond au lien de causalité entre le préjudice et la privation. La preuve d'un tel lien peut être difficile à apporter puisqu'elle nécessite la présence d'une relation étroite entre le préjudice et la privation. Dans ce sens, le Conseil constitutionnel exige que « les conséquences matérielles dommageables [soient] en relation directe avec l'expropriation »[1981]. Au-delà de la perte du bien, la dépossession peut entraîner une division d'une propriété agricole et nécessiter la construction d'un nouveau bien[1982]. Ou encore, la privation peut entraîner une réduction de la surface constructible et empêcher toutes constructions en présence d'un seuil minimum constructible[1983]. Par contre, le préjudice fiscal invoqué par les propriétaires résultant de l'obligation pour eux de remployer l'indemnité pour

[1977] Décision n°89-256 DC du 25 juillet 1989, cons. 19, J.O. du 28 juillet 1989, p. 9501. Cette décision se poursuit en expliquant qu' « en cas de désaccord sur la fixation du montant de l'indemnisation, l'exproprié doit disposer d'une voie de recours appropriée ». Ainsi, le juge constitutionnel veille toujours à l'existence d'une garantie procédurale.
Ce principe a été réaffirmé depuis à nombreuses reprises, notamment : décision n°2010-26 QPC du 17 septembre 2010, cons. 6, préc ; décision n°2012-226 QPC de 6 avril 2012, cons. 3, J.O. du 7 avril 2012, p. 6413 ; décision n°2012-236 QPC du 20 avril 2012, cons. 3, J.O. du 21 avril 2012, p. 7197 ; décision n°2013-338/339 QPC du 13 septembre 2013, cons. 5, J.O. du 15 septembre 2013, p. 15528 ; décision n°2014-451 QPC du 13 février 2015, cons. 5, J.O. du 15 février 2015, p. 2934.
[1978] L'article L.13-13 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique a été abrogé par l'ordonnance n°2014-1345 du 6 novembre 2014, J.O. du 11 novembre 2014, p. 19003, et remplacé par l'article L.321-1.
[1979] En responsabilité civile, les termes de préjudice et de dommage ne sont pas tout à fait synonymes, même s'ils sont souvent utilisés de manière indifférente. Pour Philippe DELEBECQUE et Frédéric-Jérôme PANSIER, *in Droit des obligations : responsabilité civile, délit et quasi-délit*, Lexisnexis, Coll. Objectif droit, Paris, 6e éd., 2014, p. 79, le dommage serait « la lésion subie » et le préjudice serait « la conséquence de la lésion ».
Pour une explication des distinctions opérées par la doctrine V. PRADEL X., *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, th. Paris I, Préf. P. JOURDAIN, L.G.D.J., Paris, 2004, pp. 10 et s., n°15 et 16.
[1980] STRUILLOU J.-F., th. préc. , p. 440.
[1981] Décision n°2010-87 QPC du 21 janvier 2011, cons. 4, préc.
[1982] En l'occurrence, il s'agissait d'une étable, v. T. confl. 5 décembre 1977, n°02058, *Selo c./Département du Morbihan* ; *Adde.* T. confl. 25 mai 1998, n°03100, *Lefevre c./ Département des Bouches-du-Rhône*.
[1983] Civ. 3e, 13 juin 1990, n°89-70.131 : *Bull. civ.* III, n°147.

échapper à une taxation de la plus-value, puis de conserver l'immeuble ainsi acquis pendant trente ans, n'est « pas la conséquence directe de l'expropriation, mais celle du régime fiscal »[1984].

D'autre part, le caractère certain impose que soit établie « la matérialité ou l'effectivité » du préjudice[1985]. Pour Xavier PRADEL la « certitude est une composante indispensable du préjudice indemnisable en ce qu'elle constitue en quelque sorte son "certificat d'authenticité" »[1986]. Un préjudice est certain lorsqu'il est actuel. Il peut également être futur, s'il est déterminable. Il en va autrement du préjudice éventuel, qui n'est pas indemnisable[1987].

482. Ensuite, en se référant à un **préjudice matériel,** le juge exclut l'indemnisation du préjudice moral[1988]. Cette interprétation a été confirmée récemment au sujet de la douleur morale du propriétaire en raison de la perte de ses biens expropriés[1989]. Ainsi, au sens constitutionnel, rien n'impose à la collectivité expropriante d'indemniser un préjudice moral et la réparation intégrale s'entend de « la valeur vénale du bien exproprié et des conséquences matérielles dommageables en relation directe avec l'expropriation »[1990]. Toutefois, la Cour de cassation ne s'est pas opposée à l'indemnisation d'un « trouble dans les conditions de vie directement causé par l'expropriation » s'il s'agit d'un préjudice matériel[1991]. L'absence d'indemnisation du préjudice moral lié à une privation de propriété est critiquable[1992]. Même si ce préjudice est subjectif, ne jamais l'indemniser constitue une atteinte au principe de la réparation intégrale[1993]. De plus, le préjudice moral est indemnisé par la Cour de Strasbourg[1994], et de façon plus générale, il a été admis en responsabilité civile[1995] et administrative[1996].

[1984] Civ. 3e, 9 décembre 2014, n°13-24.805.
[1985] BRUN Ph., *Responsabilité civile extracontractuelle*, Lexisnexis, Coll. Manuel, Paris, 3e éd., 2014, p. 121, n°180.
[1986] PRADEL X., th. préc. , p. 189, n°154.
[1987] Civ. 3e, 11 mai 2000, n°96-70.123 : « la flétrissure et le dessèchement d'une partie du secteur arboré du fait de la modification du système hydraulique invoqué par les époux ne constituaient qu'un préjudice éventuel non susceptible d'indemnisation » ; Civ. 3e, 26 septembre 2001, n°00-70.110.
[1988] Ainsi, la Cour de cassation a pu refuser une indemnisation du préjudice moral pour une personne qui habitait dans l'immeuble exproprié depuis cinquante ans : Civ. 3e, 30 mai 1972, n°71-70.206 : *Bull. civ.* III, n°355.
[1989] Décision n°2010-87 QPC du 21 janvier 2011, cons. 3, J.O. du 22 janvier 2011, p. 1384. Et Civ. 3e, 18 novembre 2014, n°14-16.280, *à paraître*.
[1990] Décision n°2010-87 QPC du 21 janvier 2011, cons. 4 et 5, préc.
[1991] Civ. 3e, 16 mars 2011, n°09-69.544 : *Bull. civ.* III, n°39.
[1992] D'autant plus qu'avant l'ordonnance du 23 octobre 1958 portant réforme des règles relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique, seule la réparation d'un préjudice incertain et éventuel était interdite. Il n'était pas fait référence au préjudice moral.
[1993] Dans ce sens : STRUILLOU J.-F., th. préc., p. 442.
[1994] *Cf. infra* nos538 et s.
[1995] Cass. Ch. réunies, 15 juin 1833 : *S.* 1833, I, p. 458.
[1996] CE 24 novembre 1961, *Letisserand*, n°48841 : *Rec. Lebon* p. 661.

483. Enfin, le **caractère préalable** de l'indemnité signifie en principe que la prise de possession par l'expropriant est « subordonnée au versement préalable d'une indemnité »[1997]. En cas d'urgence[1998], le Conseil constitutionnel fait preuve de souplesse puisqu'il admet qu'une « provision représentative de l'indemnité » respecte cette exigence, si un tel mécanisme répond à des « motifs impérieux d'intérêt général et est assorti de la garantie des droits des propriétaires intéressés »[1999]. En revanche, même si la consignation vaut paiement, elle ne respecte l'article 17 de la Déclaration de 1789 que si le versement de l'indemnité a lieu au jour de la dépossession[2000]. Et si l'indemnité définitivement versée est supérieure à celle qui avait été fixée par le juge de première instance[2001], le propriétaire « doit pouvoir obtenir la réparation du préjudice résultant de l'absence de perception de l'intégralité de l'indemnité d'expropriation lors de la prise de possession »[2002].
Par ailleurs, une prise de possession irrégulière c'est-à-dire sans le versement préalable d'une indemnité ou sans l'accord du propriétaire[2003], est sanctionnée sur le fondement d'une voie de fait. Mais dans ce cas de *dépossession imparfaite*, le propriétaire bénéficie d'un droit à obtenir réparation par la seule constatation de la voie de fait[2004].

484. Toutefois, le caractère préalable de l'indemnité n'a pas qu'une dimension temporelle. Il concerne également le mode de paiement de l'indemnité. Ainsi, le juge constitutionnel a estimé que le paiement par la remise d'obligations pouvait remplacer un paiement en numéraire à partir du moment où l'essentiel de la valeur d'échange avait pu s'opérer au jour envisagé pour le transfert de propriété[2005]. Par conséquent, si le paiement en numéraire ne conditionne pas le caractère préalable de l'indemnité, une compensation par la remise en nature d'un autre bien serait imaginable. Néanmoins, cela devrait nécessiter l'accord du propriétaire, puisqu'une telle substitution pourrait tout de même lui causer un

[1997] Décision n°89-256 DC du 25 juillet 1989, cons. 19, préc.
[1998] Art. L.521-1 à L.521-8 C. expropr. anciennement art. L.15-4 à L.15-9 C. expropr. À ce sujet, V. GILBERT S., La constitutionnalité de la procédure d'expropriation d'urgence, note ss Cons. constit., n°2013-338/339 QPC du 13 septembre 2013, *AJDI* 2013, p. 820.
[1999] Décision n°89-256 DC du 25 juillet 1989, cons. 20, préc. (pour la réalisation de grands ouvrages publics d'intérêt national); décision n°2010-26 QPC du 17 septembre 2010, cons. 7, préc. (pour un risque sanitaire et technologique).
[2000] Décision n°2012-226 QPC du 6 avril 2012, cons. 5, préc.
[2001] La date de première instance est importante puisque, selon l'article L.322-2 du Code de l'expropriation, elle constitue la date à laquelle est évaluée le bien.
[2002] Décision n°2014-451 QPC du 13 février 2015, cons. 8, préc.
[2003] Dans l'hypothèse où le propriétaire et l'administration seraient en désaccord au sujet du montant de l'indemnisation.
[2004] Civ. 3e, 9 septembre 2009, n°08-11.154 : *Bull. civ.* III, n°185 : la Cour de cassation évoque la notion de réparation, mais elle vise l'article 545 du Code civil.
[2005] Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, cons. 49, préc.

préjudice direct et certain. En outre, ce bien devrait avoir une valeur équivalente. Pour le savoir, l'indemnité doit être évaluée, ce qui est un sujet sensible.

2. L'évaluation de la « juste et préalable indemnité »

485. L'évaluation de la juste et préalable indemnité peut être décidée de façon amiable. La difficulté de cette hypothèse est qu'elle se fonde uniquement sur « la bonne foi réciproque » du propriétaire et de l'Administration, alors que des « risques de pression » peuvent exister à ce stade[2006].

À défaut d'entente, l'évaluation sera appréciée souverainement par les juges, en fonction des caractéristiques du bien[2007]. La date d'évaluation est fixée par l'article L.322-2 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, qui dispose que « les biens sont estimés à la date de la décision de première instance ». Mais la date de référence lui est antérieure afin de tenir compte de l'usage effectif du bien. La situation du bien ou la nature de l'opération[2008] va faire reculer la date de référence pour tenir compte de l'usage effectif des immeubles jusqu'à un an après l'ouverture de l'enquête publique ou un an avant la déclaration d'utilité publique[2009]. Or, une déclaration d'utilité publique peut ne pas être exécutée pendant un délai de dix ans[2010]. Cela signifie que l'évaluation ne tiendra pas compte de la plus ou moins-value qui proviendrait du projet public.

Par ailleurs, la « règle des mutations récentes » pourra avoir pour effet de diminuer le montant de l'indemnité[2011]. Selon cette règle, l'indemnité ne peut pas excéder l'évaluation faite par le service des domaines s'il y a eu une mutation à titre gratuit ou onéreux dans les cinq dernière années à la date de la décision portant transfert de propriété, et que cette mutation a donné lieu à une évaluation de l'administration[2012]. Ce procédé a été déclaré conforme à l'article 17 de la Déclaration de 1789 sous réserve que l'intéressé exproprié puisse « faire la preuve que l'estimation de l'administration ne prend pas correctement en compte l'évolution du

---

[2006] PAULIAT H., th. préc., pp. 144-145.
[2007] Civ. 3e, 22 juin 2005, n°04-70.068 : *Bull. civ*. III, n°140.
[2008] Par exemple, la présence d'un emplacement réservé (art. L.322-6 C. expropr.), un droit de préemption (art. L.213-4 C. expropr.), la qualification de terrain à bâtir (Art. L.322-3 C. expropr. V. illustrations récentes : Civ. 3e, 16 avril 2013, n°11-24.630 ; Civ. 3e, 11 juin 2014, n°13-18.695.).
[2009] Art. L.322-2 al. 2 C. expropr.
[2010] Art. L.121-4 et art. L.121-5 C. expropr.
[2011] Art. L.322-9 C. expropr.
[2012] PÉRINET A., préc. spéc. p. 169 : il explique qu'en appliquant cette règle « ces messieurs des Domaines sont obligés de faire un contrôle et une évaluation qui, comme par hasard, est toujours un prix plancher. Mais pas celui du rez-de-chaussée, celui de la cave ! ».

marché »[2013]. Pour le Conseil constitutionnel, la volonté du législateur est de lutter contre la fraude fiscale et d'inciter les propriétaires à ne pas sous-estimer la valeur des biens. Il n'en demeure pas moins que cette règle est défavorable aux propriétaires. Et une telle décision ne devrait pas changer le comportement des propriétaires, notamment dans le cadre de mutations à titre gratuit[2014].

486. Ainsi, la juste et préalable indemnité n'est ni totalement intégrale, ni automatiquement préalable. Et la façon dont elle est évaluée peut s'avérer défavorable au propriétaire privé de son droit de propriété[2015]. Néanmoins, elle a le mérite d'accorder un véritable droit à obtenir une indemnité pour la dépossession et le préjudice matériel subi[2016]. La juste et préalable indemnité renvoie à la notion d'équilibre, mais elle ne permet pas de donner une méthode permettant de mettre en balance les intérêts des parties. Une telle méthode est appliquée par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui utilise la notion d'indemnité « raisonnable ».

B. L'indemnité « raisonnable »

487. L'article 1er du protocole n°1 additionnel à la Convention de sauvegarde ne mentionne pas l'obligation d'une indemnisation en cas de privation du droit de propriété. C'est l'évolution jurisprudentielle[2017] qui a admis que « l'obligation d'indemniser découle implicitement de l'article 1er du Protocole n°1 pris dans son ensemble et non de la notion d'"utilité publique" »[2018]. Le juge européen n'a pas repris *stricto sensu* les caractères juste et préalable du droit interne, bien que d'autres Etats faisant partie de la Convention mentionnent également ces caractères ou des caractères équivalents[2019]. Néanmoins, il s'en est inspiré car il

[2013] Décision n°2012-236 QPC du 20 avril 2012, cons. 7, préc.
[2014] Mieux vaut obtenir un avantage certain, plutôt que de tendre à éviter un risque incertain.
[2015] Dans ce sens : GANEZ-LOPEZ G., préc., spéc. p. 187.
[2016] Décision n°2010-87 QPC du 21 janvier 2011, préc., cons 3 : « la prise de possession par l'expropriant doit être subordonnée au versement préalable d'une indemnité ; que, pour être juste, l'indemnisation doit couvrir l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain, causé par l'expropriation ; qu'en cas de désaccord sur la fixation du montant de l'indemnité, l'exproprié doit disposer d'une voie de recours appropriée ».
[2017] Dans l'arrêt CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, §73, puis l'arrêt CEDH *James c./ Royaume-Uni* du 21 février 1986, §54, l'idée d'une indemnisation était déjà sous-jacente.
[2018] CEDH *Lithgow et a. c./ Royaume-Uni* du 8 juillet 1986, préc., §109.
[2019] Par exemple : art. 16 Constitution belge : « juste et préalable indemnité » ; art. 73 Constitution danoise : « indemnité complète » ; art. 17 2° Constitution grecque : « (…) une indemnité préalable et complète, qui doit correspondre à la valeur du bien exproprié (…) » ; d'autres Etats mentionnent seulement une « indemnisation appropriée » (art. 33 Constitution espagnole) ou simplement une indemnisation (art. 42 Constitution italienne).

est possible de trouver deux caractères qui permettent de déterminer le montant de l'indemnité et le moment de son versement.

488. En premier lieu, la Cour a imposé que l'indemnité soit « raisonnablement en rapport avec la valeur du bien »[2020]. Elle a fait ainsi de l'indemnisation un élément du contrôle de proportionnalité d'une privation[2021]. Mais dans un même temps, elle a indiqué que l'article 1er du Protocole n°1 « ne garantit (…) pas dans tous les cas le droit à une compensation intégrale »[2022], ou bien que « le niveau de l'indemnisation nécessaire peut différer, (…) sous réserve du respect d'un juste équilibre, selon qu'il s'agit d'une nationalisation ou d'autres formes de privation de propriété »[2023]. Elle a même expliqué que des « circonstances exceptionnelles » pouvaient justifier un « manque total d'indemnisation »[2024]. Sous cet angle, l'indemnité raisonnable ne semble pas mieux compenser la privation du droit de propriété que la juste indemnité.

Toutefois, les jurisprudences de Strasbourg semblent davantage mettre les intérêts en balance en jugeant en équité et se fondant sur certaines règles de calcul. Ainsi, la valeur marchande ou vénale des biens va servir de base pour déterminer le montant de l'indemnité[2025]. Mais la somme accordée au propriétaire pourra lui être soit supérieure, par exemple si la dépossession a causé un préjudice important[2026], soit inférieure en présence d' « objectifs légitimes "d'utilité publique"»[2027]. C'est ainsi que la disproportion entre la valeur cadastrale et l'indemnité rompt « "le juste équilibre" à ménager entre la protection de la propriété et les exigences de l'intérêt général »[2028]. Une faible indemnisation et l'absence de raisons d'utilité publique font perdre à l'indemnité son caractère adéquat[2029]. Toutefois, contrairement au droit interne, les préjudices distincts de la privation mais nés à cause de la privation, ne sont pas

[2020] CEDH *James c./ Royaume-Uni* du 21 février 1986, préc., §54 ; CEDH *Lithgow et a. c./ Royaume-Uni* du 8 juillet 1986, préc., §121 ; puis : CEDH *Les Saints Monastères c./ Grèce* du 9 décembre 1994, préc., §71 ; CEDH *Ex-Roi de Grèce et a. c./ Grèce* du 23 novembre 2000, préc., §89.
[2021] Sur le contrôle de proportionnalité en cas de privation de propriété, *cf. supra* nos455 et s.
[2022] CEDH *James c./ Royaume-Uni* du 21 février 1986, préc., §54 ; CEDH *Les Saints Monastères c./ Grèce* du 9 décembre 1994, préc., §71.
[2023] CEDH *Lithgow et a. c./ Royaume-Uni* du 8 juillet 1986, préc., §121.
[2024] CEDH *Pressos Compania Naviera SA et autres c./ Belgique* du 20 novembre 1995, préc., §38 ; CEDH *Ex-Roi de Grèce et a. c./ Grèce* du 23 novembre 2000, préc., §89 ; CEDH *Jahn et a. c./ Allemagne* du 30 juin 2005, préc. §111 ; CEDH *Göbel c./ Allemagne* du 8 décembre 2011, aff. n°35023/04, §47.
[2025] CEDH *Lithgow et a. c./ Royaume-Uni* du 8 juillet 1986, préc., §121.
[2026] CEDH *Hentrich c./ France* du 22 septembre 1994, préc., §48 ; CEDH *Lallement c./ France* du 11 avril 2002, préc., §24.
[2027] CEDH *Kozacioglu c./ Turquie* du 19 février 2009, préc., §64 (la protection du patrimoine historique et culturel); CEDH *Dervaux c./ France* du 4 novembre 2010, aff. n°40975/07, §49 (la politique industrielle de la Commune).
[2028] CEDH *Vistins et Perepjolkins c./ Lettonie* du 25 octobre 2012, préc., §§130-131.
[2029] CEDH *Scordino c./ Italie* du 29 mars 2006, préc., §103.

compris dans l'indemnité raisonnable : ils sont traités par le biais de la satisfaction équitable[2030].

489. En second lieu, le versement de l'indemnité doit avoir lieu dans un délai raisonnable. Ainsi, la Cour prend en considération « le retard anormalement long » du versement[2031], mais aussi la durée de la procédure[2032]. Un tel délai fait perdre à une compensation initialement raisonnable, son caractère adéquat[2033]. La notion de délai raisonnable comprend également celle de certitude, lorsque par exemple une provision a été versée et que le propriétaire a dû attendre plusieurs années pour obtenir la totalité de l'indemnité[2034]. La Cour de sauvegarde ne sollicite donc pas un versement préalable, mais uniquement qu'il soit effectué dans un délai raisonnable.

490. L'apport de la recherche de l'équilibre entre la protection de la propriété et l'intérêt général doit être nuancé puisque, comme en droit interne, la méthode d'évaluation du bien, objet de la privation, révèle des failles dans l'étendue de la réparation des privations de propriété. D'abord, le caractère raisonnable reste assez flou[2035]. Ensuite, l'exigence d'une indemnité raisonnable est finalement assez souple puisque l'indemnisation n'a pas à être intégrale, et que le versement de l'indemnité ne doit pas être préalable au transfert de propriété. En outre, cette méthode réserve une large marge d'appréciation aux Etats[2036], et elle est réservée aux *dépossessions parfaites*[2037]. En effet, la Cour de Strasbourg estime que « les conséquences financières d'une expropriation licite ne [peuvent] pas être assimilées à celles d'une dépossession illicite »[2038], et elle sanctionne donc les *dépossessions imparfaites* sur le fondement de la satisfaction équitable[2039]. Dans ce domaine, le juge européen a d'abord pris en compte la valeur actuelle des biens augmentée de la plus-value apportée par les

[2030] *Cf. infra* n^{os}534 et s. sur la réparation du préjudice matériel et du préjudice moral. De cette manière, le juge européen octroie des indemnités distinctes en fonction de chaque préjudice. L'indemnisation semble ainsi plus complète qu'en droit interne.
[2031] CEDH *Akkus c./ Turquie* du 9 août 1997, préc., §29.
[2032] CEDH *Guillemin c./ France* du 21 décembre 1997, préc., §56 ; CEDH *Piron c./ France* du 14 novembre 2000, préc., §44.
[2033] CEDH *Zubani c./ Italie* du 7 août 1996, préc., §49 ; CEDH *Akkus c./ Turquie* du 9 août 1997, préc., §29 et §31.
[2034] CEDH *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão et a. c./ Portugal* du 11 janvier 2000, préc., §54.
[2035] RENUCCI J.-F., *op. cit.*, p. 636, n°593.
[2036] CEDH *Lithgow et a. c./ Royaume-Uni* du 8 juillet 1986, préc., §122.
[2037] Sur la notion de dépossession parfaite, *cf. supra* n°390.
[2038] CEDH *Papamichalopoulos et autres c./ Grèce* du 31 octobre 1995 (article 41), Série A n°330-B, §36. Dans le même sens : CEDH *Guiso-Gallisay c./ Italie* du 22 décembre 2009 (article 41), aff. n°58858/00, §92.
[2039] *Cf. infra* n°536.

constructions[2040]. Et plus récemment, il a expliqué qu'il fallait prendre la valeur du bien lors de la perte de propriété[2041], puis actualiser le montant « pour compenser les effets de l'inflation » et appliquer l'intérêt légal simple « pour compenser, au moins en partie, le long laps de temps qui s'est écoulé depuis la dépossession »[2042].

491. Autant pour les *dépossessions parfaites* que pour les *dépossessions imparfaites*, le juge de Strasbourg s'attache à fixer le montant de l'indemnité en fonction de la valeur du bien. En observant cela, Anne-Françoise ZATTARA s'est alors demandé si le droit de propriété consistait davantage en un droit à une valeur qu'en un droit à une indemnité[2043]. Effectivement, l'objectif maximum est d'attribuer au propriétaire une valeur correspondant au bien, permettant de compenser la dépossession. Mais les critères qui se dégagent de la jurisprudence ne réalisent qu'un objectif minimum, celui d'une indemnité adéquate correspondant à un montant raisonnable versé dans un délai raisonnable. Le droit à une indemnité pourrait être défini comme un droit relatif à la valeur du bien dont le propriétaire est privé. Ce droit à la valeur est limité par la prise en compte d'éléments extérieurs à la dépossession en elle-même, c'est-à-dire soit les préjudices en droit interne, soit la proportionnalité en droit européen. Le droit à une indemnité ne vise pas à satisfaire les attentes du propriétaire, mais à conserver un équilibre entre l'intérêt du propriétaire et l'intérêt général, c'est-à-dire dans une certaine mesure, à assurer la protection minimale du droit de propriété[2044]. Pour les autres cas de limitations qui porteraient atteinte au droit de propriété, ni texte ni jurisprudence ne prévoient une indemnité. Les juges vont devoir rechercher l'existence d'un préjudice pour que la limitation ouvre droit à une réparation. Le principe est donc inversé en cas de restriction. Les juges contrôlent la non-indemnisation.

[2040] CEDH *Papamichalopoulos et autres c./ Grèce* du 31 octobre 1995 (article 41), Série A n°330-B, §§39-40.
[2041] La question de la date de référence pour évaluer les biens objets des privations a été peu traitée par la jurisprudence de la Cour de sauvegarde. Pour les dépossessions parfaites, l'arrêt *Lithgow*, préc., §§131 à 135, a accepté une date de référence située trois ans avant la date du transfert de propriété.
[2042] CEDH *Guiso-Gallisay c./ Italie* du 22 décembre 2009 (article 41), préc., §105.
[2043] Répertoire Dalloz de droit immobilier, V° « Conv. EDH, protocole 1, art. 1 : droit de propriété », par ZATTARA A.-F., mars 2014, n^{os}40-41.
[2044] SUDRE F., La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme, *D.* 1988, Chron, p. 71, spéc., p. 72.

§2. Le principe en cas de restriction : le contrôle de la non-indemnisation

492. En droit interne, la condition de la « juste et préalable indemnité » ne s'applique pas pour les restrictions qui portent atteinte au droit de propriété. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs indiqué que l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen « n'implique nullement que les lois ne puissent restreindre l'exercice du droit de propriété sans une indemnisation corrélative »[2045]. Dans ce sens, l'article L.160-5 du Code de l'urbanisme prévoit le principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme (A). Ce principe de non-indemnisation est loin d'être absolu puisqu'il fait l'objet d'exceptions. De cette façon, la non-indemnisation d'une servitude d'urbanisme peut être contrôlée. Au niveau européen, la Cour de Strasbourg effectue un contrôle simple de la non-indemnisation d'une réglementation de l'usage des biens ou d'une atteinte à la substance en étudiant l'absence d'indemnisation comme un facteur du contrôle de proportionnalité (B).

A. Le principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme

493. Le contentieux le plus répandu concernant les restrictions portées au droit de propriété, est celui de l'indemnisation des servitudes d'urbanisme[2046]. Le principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme est une manifestation de la prépondérance de l'intérêt général face au droit de propriété.

Ce principe est apparu, à peu près dans sa forme actuelle, avec la loi du 15 juin 1943[2047], puis il a été intégré à l'article L.160-5 du Code de l'urbanisme. Les servitudes d'urbanisme recouvrent diverses restrictions qui affectent l'exercice du droit de propriété[2048]. L'article

[2045] Décision n°83-162 DC du 20 juillet 1983, cons. 22, J.O. du 22 juillet 1983, p. 2267.

[2046] En matière de réquisition, il n'y a pas de contentieux. L'article L.642-16 du Code de la construction et de l'habitation dispose que « le juge judiciaire fixe, le cas échéant, l'indemnisation par l'Etat du préjudice matériel, direct et certain, causé par la mise en œuvre de la réquisition ». Et le Conseil constitutionnel a indiqué « l'article L. 642-16 doit être interprété comme permettant au juge judiciaire de lui allouer une indemnité complémentaire ; qu'en particulier, pourra être pris en compte le coût des travaux, indirectement assumé par le titulaire du droit d'usage, qui n'auront pas contribué à la valorisation de son bien lorsqu'il en retrouvera l'usage ; qu'il pourra en être de même des frais de remise des lieux dans leur état initial lorsque l'intéressé souhaitera leur restituer leur affectation première » : décision n°98-403 DC du 29 juillet 1998, cons. 33, préc.

[2047] Art. 80 al. 1er, loi du 15 juin 1943 *d'urbanisme*, J.O. du 24 juin 1943, p. 1715. Auparavant de nombreuses jurisprudences indemnisaient les servitudes d'urbanisme, notamment : CE 17 juin 1938, *Dame Veuve Lewin* : *Rec. Lebon*, p. 553 ; CE 16 mai 1945, *Slizewicz* : *Rec. Lebon*, p. 99 ; CE 4 mars 1949, *Société Stadium de Paris* : *Rec. Lebon* p. 113.

[2048] BIGLIONE F., th. préc., p. 419.

L.160-5 cite de façon non limitative[2049] les domaines de la voirie, l'hygiène et l'esthétique, l'utilisation du sol, la hauteur des constructions, la proportion des surfaces bâties et non bâties, l'interdiction de construire[2050], et la répartition des immeubles entre diverses zones. La raison économique de ce principe entraîne une raison politique, puisque le coût[2051], sans doute important, mis à la charge des personnes publiques finirait pas gêner leur action sur l'organisation du territoire[2052]. Ce raisonnement n'est pas suivi dans l'ensemble des Etats. En effet, si certains Etats ont adopté le principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme ou de leurs équivalents [2053], d'autres indemnisent les « quasi-expropriations » ou « expropriations matérielles » lorsque disparaît une faculté essentielle de la propriété[2054], ou que le propriétaire est privé d'une utilisation économique rentable[2055].

494. Le principe français de non-indemnisation connaît des exceptions, tant dans le Code de l'urbanisme que par l'intermédiaire de la jurisprudence[2056].

D'une part, concernant le Code de l'urbanisme, le principe de l'article L.160-5 n'interdit pas au législateur de créer des servitudes d'urbanisme indemnisables. Ainsi, la servitude de passage sur le littoral est indemnisée si elle cause au propriétaire un dommage direct, matériel et certain[2057].

Et même si le législateur ne prévoit pas d'indemnisation, il n'en exclu pas non plus la possibilité en fonction des circonstances. D'après le juge administratif, le propriétaire devra

---

[2049] La liste n'est pas limitative mais il faut que la servitude soit instituée en application du Code de l'urbanisme, *Cf. supra* n°164 à propos de l'arrêt CE 29 décembre 2004, *Sté d'aménagement des coteaux de Sainte-Blaine*, n°2578804 : *Rec. Lebon* p. 478 et la question de l'indemnisation des servitudes environnementales.

[2050] V. AUBY J.-B., L'inconstructibilité, *in Un droit inviolable et sacré, la propriété, Actes du colloque organisé les 13-14 novembre 1989 à Paris,* ADEF, Paris, 1991, p. 221.

[2051] WALINE J., L'indemnisation des atteintes à la propriété privée*, in Pour un droit commun de l'environnement*, Mél. PRIEUR, Dalloz, 2007, p. 413, spéc. p. 429.

[2052] SOLER-COUTEAUX P. et CARPENTIER E., *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, Coll. HyperCours, Paris, 5e éd., 2013, p. 252, n°396.

[2053] Belgique : HAUMONT F., Belgique : l'indemnisation des servitudes d'urbanisme, *Droit et ville* 1999, n°48, p. 40, spéc. p. 62 ; LECOCQ P. et LEWALLE P. (sous la coordination de), *Contrainte, limitation et atteinte à la propriété*, Larcier, Coll. Commission Université-Palais, Université de Liège, Bruxelles, 2005, p. 161. Espagne : MENENDEZ REXACH A., Espagne : l'indemnité des servitudes d'urbanisme, *Droit et ville* 1999, n°48, p. 93, spéc. p. 100. Royaume-Uni : GALEY M., Grande-Bretagne : Indemnisation des restrictions d'urbanisme, *Droit et ville* 1999, n°48, p. 136, spéc. p. 160.

[2054] Allemagne : HOSTIOU R., La non-indemnisation des servitudes d'urbanisme*, AJDA* 1993, n°spécial, p. 27. Italie : FERRARI E., Italie : l'indemnisation des servitudes d'urbanisme, *Droit et ville* 1999, n°48, p. 207, spéc. p. 220. Suisse : HOSTIOU R., préc. ; MOOR P. et DONZL V., Suisse : l'indemnisation des servitudes d'urbanisme, *Droit et ville* 1999, n°48, p. 283, spéc. p. 291.

[2055] Les Etats-Unis : HOSTIOU R., préc.

[2056] Le droit de délaissement ou de la réquisition d'emprise totales permettent d'obtenir une indemnisation, mais la propriété est transférée en contrepartie. Il ne s'agit donc pas à proprement parlé d'une réparation, mais d'une garantie de nature procédurale.

[2057] Art. L.160-6 et -7 C. urba.

alors prouver que le préjudice qui résulte de la servitude présente « un caractère direct, certain, grave et spécial »[2058].

Par ailleurs, l'article L.160-5 prévoit lui-même deux exceptions à son deuxième alinéa. La première concerne les servitudes qui causent « une atteinte aux droits acquis ». Cette hypothèse possède un champ restreint puisqu'elle s'applique aux cas où le propriétaire a obtenu une autorisation d'urbanisme, qui serait remise en cause par l'instauration d'une servitude d'urbanisme[2059]. Ainsi[2060], les dépenses engagées par un lotisseur dont les lots ont été rendus inconstructibles par une servitude sont indemnisables[2061], mais pas la perte de la valeur du terrain[2062]. La seconde exception permet une indemnisation de la servitude si elle crée « une modification à l'état antérieur des lieux déterminant un dommage direct, matériel et certain ». Cette exception semble faire double emploi avec le principe de la non rétroactivité, ce qui explique peut-être l'absence de jurisprudence sur ce fondement[2063].

495. D'autre part, avec l'arrêt *Bitouzet* la jurisprudence administrative a élaboré une nouvelle exception à l'article L.160-5[2064]. Ainsi une indemnisation est possible dans le cas exceptionnel où le propriétaire supporte « une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi ». Cette solution a une importance plus théorique que pratique puisqu'elle vise surtout à se conformer à la Convention européenne de sauvegarde, en instaurant, selon les termes de Jérôme TREMEAU « un principe général d'indemnisation minimale »[2065]. Toutefois, les notions de gravité et de proportionnalité semblent plus adéquates pour qualifier et apprécier les limitations au droit de propriété que pour attribuer une indemnisation.

[2058] CE 14 mars 1986, *Commune de Gap Romette*, n°40310 : *Rec. Lebon* p. 74.

[2059] À comparer avec : CEDH *Consorts Richet et Le Ber c./ France* du 18 novembre 2010, aff. n°18990/07 et n°23905/07, *cf. supra* n°425.

[2060] Il existe d'autres exemples notamment au sujet des permis de construire (CE 8 novembre 1989, *Degouy*, n°73407 : *Rec. Lebon* p. 228), ou des autorisations de remembrement (CE 14 mars 2001*, Commune Granville*, n°171502).

[2061] CE 4 mars 1977, *Min. Equipement c./ SA Constructions Simottel et Consorts Guillerot*, n°01822 : *Rec. Lebon* p. 122. Dans ce sens, dans le cadre des lotissements, l'article L.442-14 du Code de l'urbanisme permet de stabiliser les droits à construire dans les cinq ans de l'achèvement du lotissement. Pendant cette période une nouvelle disposition d'urbanisme ne peut fonder un refus de permis de construire.

[2062] ABRAHAM R., La non-indemnisation des servitudes d'urbanisme au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Conclusions sur CE 3 juillet 1998, *Bitouzet*, *RFDA* 1998, p. 1243.

[2063] BOUYSSOU F. et GALAN P., France : la non-indemnisation des servitudes d'urbanisme, *Droit et ville* 1999, n°48, p. 113, spéc. p. 120.

[2064] CE 3 juillet 1998, *Bitouzet,* n°158592 : *Rec. Lebon* p. 288.

[2065] TREMEAU J., La QPC en droit immobilier public, *Lamy Droit et Patrimoine* 2012, n°210, p. 71.

496. L'indemnisation des servitudes peut être comparée à une mosaïque[2066], et son régime relève de « la logique de la loterie qui, comme chacun sait, contient ses bons mais aussi ses mauvais côtés »[2067]. Le principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme a pourtant été déclaré conforme à la Convention européenne de sauvegarde[2068], et le Conseil d'Etat a refusé de remettre en cause sa constitutionnalité[2069], bien que la question ait été soumise aux articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789, mais aussi au principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques[2070]. Bien qu'il soit critiquable[2071], le principe de l'article L.160-5 est toujours d'actualité, et les propriétaires subissant une servitude d'urbanisme ont la possibilité de faire contrôler la régularité de l'absence d'indemnisation, par l'intermédiaire du contrôle de la proportionnalité, non seulement en interne, mais aussi devant la Cour européenne des droits de l'homme.

B. Le contrôle de proportionnalité de la non-indemnisation

497. En présence d'une privation de propriété, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg envisage un « droit à indemnité »[2072]. Par conséquent, la question de l'existence d'une indemnité est importante pour déterminer si la mesure jugée est disproportionnée[2073]. L'interprétation de la Cour est différente pour une atteinte à la substance et pour une réglementation de l'usage des biens, en raison notamment de la large marge d'appréciation laissée aux Etats. Pour ces deux types de limitation la question de l'indemnisation n'est pas déterminante lors du contrôle de proportionnalité. Par exemple, dans l'affaire *Sporrong et Lönnroth* l'octroi d'une indemnité est comparée à l'avantage donné par l'abrègement du délai

[2066] FORT F.-X., La constitutionnalité conditionnée des servitudes administratives, *AJDA* 2012, p. 1285.
[2067] HOSTIOU R., La non-indemnisation des servitudes d'urbanisme*, AJDA* 1993, n° spécial, p. 27.
[2068] CE 3 juillet 1998, *Bitouzet,* préc.
[2069] CE 16 juillet 2010, *SCI La Saulaie*, n°334665 : *Rec. Lebon* p. 315.
[2070] Au sujet de l'indemnisation possible en se fondant sur le principe d'égalité devant les charges publiques *cf. infra* n°555.
[2071] Sur les critiques V. WALINE J., L'indemnisation des atteintes à la propriété privée*, in Pour un droit commun de l'environnement*, Mél. PRIEUR, Dalloz, 2007, p. 413, spéc. pp. 426 et s. *Contra* : SUBRA DE BIEUSSES P., Du bien-fondé de l'article L.160-5 du Code de l'urbanisme, *in* Mél. JÉGOUZO, Dalloz, 2009, p. 737, spéc. p. 756. Pierre SUBRA DE BIEUSSES explique que selon lui l'indemnisation est destinée à compenser une absence d'enrichissement sans cause. Il propose alors de relever le taux de taxation des plus-values pour que les propriétaires bénéficient moins d'un enrichissement sans cause. Par conséquent, les situations des différents propriétaires seraient alignées. Cette proposition a surement été entendue par les autorités publiques puisque le taux de la plus-value a augmenté, *cf. supra* n°339.
[2072] *Cf. supra* n°487, CEDH *James c./ Royaume-Uni* du 21 février 1986, préc., §54 ; CEDH *Lithgow et a. c./ Royaume-Uni* du 8 juillet 1986, préc., §120 ; et plus récemment : CEDH *Vistins et Perepjolkins c./ Lettonie* du 25 octobre 2012, préc., §111.
[2073] Toutefois, en présence de circonstances exceptionnelles, la Cour de Strasbourg accepte qu'il n'y ait pas d'indemnité.

de citation à comparaître[2074]. La Cour ne tient pas toujours compte de l'existence d'une indemnisation dans le contrôle de proportionnalité[2075]. Et lorsqu'elle s'y intéresse, elle considère que « l'absence d'indemnisation » est uniquement « un facteur »[2076] de contrôle de la proportionnalité de la mesure litigieuse, au même titre que l'incertitude ou l'affaiblissement des chances de vendre[2077]. Ainsi, dans le cadre du contrôle de proportionnalité, la non-indemnisation n'a qu'un rôle subsidiaire en cas d'atteintes à la substance et de réglementations de l'usage des biens.

498. En conclusion, les principes qui gouvernent l'indemnisation sont censés rééquilibrer les intérêts, en accordant un droit à bénéficier d'une indemnité en cas de privation, et en contrôlant les non-indemnisations en cas de restriction. Or, le droit à l'indemnisation est modéré par les multiples conditions et interprétations jurisprudentielles, et le contrôle de la non-indemnisation a lieu de façon très simple. Cette phase dédiée à une éventuelle indemnisation reste fondamentale pour déterminer le mode de sanction. En cas de violation du droit de propriété et de déséquilibre issu de l'indemnisation, la sanction devrait être directe, c'est-à-dire une restitution et/ou une réparation. Et si la limitation du droit de propriété porte atteinte à un autre droit fondamental que le droit de propriété ou à l'ordre public, il faudra recourir à une sanction indirecte.

[2074] CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, préc., §71.
[2075] CEDH *Mellacher et autres c./ Autriche* du 19 décembre 1989, préc. ; CEDH *Wiesinger c./ Autriche* du 30 octobre 1991, préc., §70 (elle invoque juste une compensation en nature) ; CEDH *Hamer c./ Belgique* du 27 novembre 2007, préc.
[2076] CEDH *Depalle c./ France* du 29 mars 2010, préc., §91 ; CEDH *Brosset-Triboulet et a. c./ France* du 29 mars 2010, préc., §94. Ces arrêts ont expliqué que le principe de non-indemnisation des servitudes ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété.
[2077] CEDH *Hakan Ari c./ Turquie* du 11 janvier 2011, préc., §38 à §45 ; CEDH *Hüseyin Kaplan c./ Turquie* du 1er octobre 2013, préc., §40 à §46.

Section 1. Les sanctions directes des limitations au droit de propriété

499. L'atteinte au droit de propriété est normalement sanctionnée par la restitution[2078]. Si elle n'est pas possible en nature, elle donnera lieu à une restitution par équivalent c'est-à-dire en valeur. La restitution du droit de propriété vise dans un premier temps à supprimer la violation du droit de propriété, supprimer « l'illicite »[2079]. Et dans un second temps, la restitution possède un effet réparateur, puisqu'en tarissant la source de l'atteinte, elle tarit celle d'un préjudice consécutif[2080].

En revanche, si le propriétaire démontre l'existence d'un préjudice causé par l'atteinte du droit de propriété, il obtiendra réparation par l'allocation de dommages et intérêts. Et dans ce cas, la réparation va se concentrer sur le préjudice causé par la violation du droit de propriété, sans faire cesser la violation.

Ainsi, les philosophies de la restitution et de la réparation sont distinctes[2081]. Ce n'est qu'au niveau de la Cour européenne des droits de l'homme qu'elles se rejoignent à travers la notion de satisfaction équitable.

500. La restitution et la réparation apportent des solutions alternatives ou complémentaires en cas d'atteinte au droit de propriété. Elles conduisent toutes deux à une remise en état du patrimoine[2082]. Lorsque le propriétaire perd sa situation d'exclusivité sur son bien, ou lorsqu'il veut faire face à une dépossession illicite, seule la restitution permet le rétablissement de la propriété. C'est en cela qu'elle est la sanction principale des limitations au droit de propriété (§1). Néanmoins, si tel est le souhait du propriétaire et au moins à titre subsidiaire, il peut demander la réparation du préjudice causé par l'atteinte (§2).

[2078] ZENATI-CASTAING F. et REVET Th., *op. cit.*, p. 331, n.°207.
[2079] ROUJOU DE BOUBÉE M.-È., *Essai sur la notion de réparation*, th. Toulouse I, Préf. P. HÉBRAUD, L.G.D.J., 1973, pp. 209 et s.
[2080] GUELFUCCI-THIBIERGE C., *Nullité, restitutions et responsabilité*, th. Paris I, Préf. J. GHESTIN, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 448, n°777.
[2081] GUELFUCCI-THIBIERGE C., th. préc., pp. 431 et s., n°741 et s.
[2082] GUELFUCCI-THIBIERGE C., th. préc., p. 447, n°775.

§1. La sanction principale : le rétablissement de la propriété

501. Les actions réelles et les actions personnelles sont traditionnellement distinguées. Les actions réelles font valoir un droit direct sur la chose, alors que les actions personnelles réalisent un droit de créance[2083]. Ces actions s'opposent pour des raisons procédurales[2084] et de prescription[2085]. Cette opposition est tout à fait légitime puisqu'elle se fonde sur la nature de l'obligation bafouée. *A priori* seule l'action réelle devrait être à même de protéger le droit de propriété. Cela n'est pas si simple. Pour récupérer l'ensemble des utilités de son bien, le propriétaire va devoir conjuguer les actions réelles et personnelles.

502. Si le propriétaire a perdu son droit de propriété ou une de ses utilités, il va d'abord devoir rétablir son droit, afin de se prévaloir d'une situation d'exclusivité ou d'une pleine maîtrise de son bien. Cela exigera la mise en œuvre d'actions réelles ou personnelles. Si son droit est reconnu, le propriétaire bénéficiera de la restitution du bien. La restitution est donc juridique (A) puisqu'elle est la conséquence de l'action engagée par le propriétaire. En revanche, si le propriétaire n'a pas à faire reconnaître son droit, ou s'il l'a déjà fait mais qu'il n'arrive pas à rétablir matériellement sa propriété, il pourra directement demander une restitution matérielle (B).

A. La restitution juridique

503. Pour rétablir l'intégralité de son droit de propriété, le propriétaire va exercer une action différente selon la personne qui est à l'origine de la limitation du droit de propriété qu'il subit. Dans le cas d'une dépossession illicite à l'initiative d'une autorité publique, l'ancien propriétaire lutte pour que lui soit restituée la propriété (1). Si les limitations résultent de l'action d'un possesseur, le propriétaire exerce alors une action en revendication, pour récupérer son droit de propriété, ou bien il met en œuvre la protection possessoire, par l'intermédiaire du référé de sauvegarde de l'article 809 alinéa 1er du Code de procédure civile, pour obtenir la restitution de la possession (2). Enfin, face au comportement indélicat d'un

[2083] MATHIEU M.-L., *op. cit.*, pp. 43-45, nos122-127.
[2084] Sur la qualité du défendeur : l'action réelle aura lieu contre n'importe quelle personne qui conteste le droit de propriété, alors que l'action personnelle ne peut être dirigée qu'à l'encontre du débiteur. Et la compétence du tribunal : pour une action réelle le tribunal compétent est celui du lieu de situation de l'immeuble, et pour une action personnelle il devrait s'agit du lieu du domicile du débiteur.
[2085] Cela est valable pour la matière immobilière car selon l'article 2224 du Code civil, les actions personnelles ou (réelles) mobilières se prescrivent par cinq ans, et selon l'article 2227 du Code civil, sous réserve de l'imprescriptibilité du droit de propriété, les actions réelles immobilières se prescrivent par trente ans.

preneur, le propriétaire bailleur pourra agir en résiliation du bail pour récupérer la détention du bien (3).

1. La restitution de la propriété

504. Si la dépossession illicite est imminente, le propriétaire pourra mettre en œuvre les procédures du référé-suspension en attendant la décision au fond[2086] ou du référé-liberté qui sera assez efficace en cas d'atteinte au droit de propriété[2087], devant le juge administratif[2088]. Ces référés, ainsi que le contentieux de la voie de fait, relèvent davantage des garanties procédurales que des modes de sanction des limitations du droit de propriété. Néanmoins, le juge des référés-libertés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde du droit de propriété, notamment l'exécution de l'expulsion d'occupants sans droit ni titre[2089].

505. Face à une dépossession illicite de la part d'une autorité publique, le propriétaire peut d'abord exercer un recours pour excès de pouvoir contre le décret ayant officialisé la déclaration d'utilité publique en cas d'expropriation, ou contre la délibération du conseil municipal ayant décidé de préempter, ou la lettre du maire notifiant la décision du conseil municipal. Le délai pour agir n'est que de deux mois à compter de la publication de la décision attaquée pour l'expropriation[2090], et de deux mois à compter de la notification de la décision au vendeur ou au notaire, pour une préemption. Si le délai est dépassé, le propriétaire peut encore agir en exception d'illégalité de la déclaration d'utilité publique ou de la décision du conseil municipal[2091]. Le contentieux de la légalité permet l'annulation de la décision de préemption ou d'expropriation[2092], mais il engendre un dualisme juridictionnel source d'insécurité juridique, notamment en matière de préemption. En effet, le juge administratif a

[2086] Art. L.521-1 CJA.
[2087] Art. L.521-2 CJA. *Cf. infra* n[os]615 et s.
[2088] Théoriquement il pourrait également mettre en œuvre le référé de l'article 809 du Code de procédure civile devant le juge civil. Mais si une autorité publique est à l'origine d'une atteinte au droit de propriété, le référé-liberté devrait être privilégié pour éviter des contradictions en les jurisprudences civiles et administratives.
[2089] CE 29 mars 2002, *SCI Stephaur*, n°243338 : *Rec. Lebon* p. 117.
[2090] Par exemple : l'affichage en mairie fait courir le délai.
[2091] V. VANDERMEEREN R., Le contentieux des droits de préemption d'urbanisme : excès de recours ou excès d'illégalité, *AJDA* 2008, p. 734.
[2092] Art. L.223-2 C. expr. et art. R.223-6 C. expr.

tendance à vouloir rétablir l'acquéreur évincé dans ses droits, alors que le juge judiciaire impose en priorité la restitution du bien au vendeur[2093].

506. Si la dépossession illicite est avérée par le non paiement du prix[2094] ou par le fait que l'immeuble préempté ou exproprié n'a pas reçu la destination prévue ou qu'elle a cessé, dans les cinq ans de l'ordonnance d'expropriation[2095], ou de l'acquisition du bien[2096], le propriétaire pourra bénéficier de sa rétrocession. Le droit de rétrocession ne donne pas le choix entre le rachat de l'immeuble et une indemnisation : l'indemnisation n'a lieu que si la rétrocession est impossible, en cas de cession du bien du tiers ou de la construction d'un ouvrage public. En revanche, la démolition de l'immeuble construit sur une parcelle ne rend pas la rétrocession impossible[2097]. Cette hypothèse de sanction est toutefois tempérée par le fait que l'autorité publique peut requérir une nouvelle déclaration d'utilité publique et faire échec au droit de rétrocession. Le Conseil constitutionnel a estimé que ce procédé était justifié par la nécessité publique visée par l'article 17 de la Déclaration de 1789 et qu'il n'y avait pas d'atteinte au droit de propriété[2098]. Finalement, la protection de la rétrocession et donc la possibilité d'obtenir la restitution, n'a lieu que dans le cas où le comportement des autorités publiques est particulièrement contestable, comme le fait de ne pas procéder à la rétrocession dans un délai raisonnable[2099], ou de ne pas faire les actes nécessaires à la rétrocession[2100].

507. Dans le cas où le propriétaire a perdu l'exclusivité de son droit de propriété, il peut faire reconnaître son droit par le biais de l'action en revendication[2101]. Cette action permet au propriétaire de faire reconnaître son droit de propriété, puis d'exiger la cessation de l'atteinte. La revendication a ainsi un effet déclaratif et tend à la restitution[2102]. Le bénéficiaire d'un droit réel tel qu'une servitude, un usufruit ou un droit d'usage, bénéficie aussi d'une sorte d'action en revendication appelée action confessoire[2103]. Elle lui permettra de faire

[2093] DIEU F., Le juge administratif et le juge judiciaire face à l'annulation des décisions de préemption. Des inconvénients du dualisme juridictionnel*, Construction – Urbanisme* n°11, 2010, étude 15.
[2094] Art. L.213-14 C. urba.
[2095] Art. L.221-1 et s. C. expropr.
[2096] Art. L.213-11 C. urba.
[2097] Civ. 3e, 17 décembre 2014, n°13-18.990 : *à paraître*.
[2098] Décision n°2012-292 QPC du 15 février 2013, cons. 6, J.O. du 16 février 2013, p. 2685.
[2099] CAA Lyon, 1e ch., 7 mars 2000, req. n°95LY01401 : Juris-data n°2000-123566.
[2100] TA Nice, réf., 22 janv. 2004, *Pesce* : BJDU 2004, n° 6, p. 431.
[2101] DROSS W., *op. cit.*, p. 47, n°43 : « Envisagée sous l'angle pratique, l'exclusivité s'incarne dans l'action en revendication ».
[2102] DUTILLEUL-FRANCOEUR Ph., *La revendication*, th. Paris II, 2003, p. 1, n°1.
[2103] Pour Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, *op. cit.*, p. 319, l'action confessoire se distingue de l'action en revendication lorsque le titulaire du droit réel exerce l'action contre le propriétaire.

reconnaître la servitude et de demander la démolition de l'ouvrage réalisé en contravention de son droit réel démembré[2104]. L'action en revendication est une action pétitoire, c'est-à-dire qu'elle porte sur le fond du droit et qu'elle ne peut être exercée que par une personne qui se prétend propriétaire. Conformément à l'article 1315 du Code civil, le demandeur à l'action devra prouver son droit de propriété et non pas se contenter de l'absence de preuve du possesseur, qui bénéficie, ès qualités, d'une présomption de propriété.

Pour prouver la qualité de propriétaire, les modes de preuve sont libres en matière immobilière[2105]. Le propriétaire peut notamment produire un titre d'acquisition, à titre gratuit ou onéreux. Mais ce titre n'établit que le transfert de la propriété du bien au bénéfice de l'acquéreur[2106]. Or, encore faut-il que le vendeur soit lui-même propriétaire. Il faudrait alors remonter la chaîne de propriété jusqu'au premier propriétaire, ce qui est inimaginable et relève de la *probatio diabolica*[2107]. Un titre de propriété n'étant pas une preuve absolue, d'autres modes de preuve existent : le cadastre possède une valeur fiscale et indique la personne qui paye les impôts relatifs au bien[2108], ou encore un procès-verbal d'arpentage qui attribue la propriété d'une parcelle à une personne[2109].

508. Le prétendu propriétaire exerce son action contre une personne qui se prétend également propriétaire, mais le plus souvent il dirige son action à l'encontre d'un possesseur[2110], voire un détenteur qui, sans prétendre être propriétaire du bien, refuse de le restituer parce qu'il le détient pour le compte d'un tiers possesseur[2111]. En principe, le propriétaire et le possesseur disposent tous les deux du *corpus* et de l'*animus*, mais seul le propriétaire détient un titre de propriété[2112]. En réalité, cela peut être plus complexe. Premièrement, si aucune des parties n'a de titre, le juge va vérifier les conditions de la possession, c'est-à-dire l'existence d'une possession continue et non interrompue, paisible,

[2104] Si l'ouvrage est de droit public, la démolition n'est pas certaine. Sur les différences entre la démolition d'un ouvrage public ou privé, *cf. infra* n^{os}517 et s.
[2105] Civ. 3^{e}, 20 juillet 1988, n°87-10.998 : *Bull. civ.* III, n°136.
[2106] Tous les titres n'opèrent pas transfert de propriété. À ce sujet, la Cour de cassation a rappelé récemment qu'un acte de partage n'est pas un acte translatif de propriété mais déclaratif de droits : Civ. 3^{e}, 11 février 2015, n°13-24.770 : *à paraître*.
[2107] Les notaires remontent la chaîne de propriété sur une période de trente ans, s'assurant ainsi une prescription trentenaire.
[2108] Civ. 3^{e}, 21 mai 1970, n°68-12.572 : *Bull. civ.* III, n°345.
[2109] STRICKLER Y., *op. cit.*, pp. 425-426, n°317.
[2110] DUTILLEUL-FRANCOEUR Ph., th. préc., p. 428, n°319 : Philippe DUTILLEUL-FRANCOEUR défend une conception dualiste de la revendication. Selon lui « la revendication est à la fois au service des droits réels et de la possession ».
[2111] Répertoire Dalloz de droit civil, V° « Revendication », par DJOULI J., avril 2015, n°11.
[2112] CHEYNET DE BEAUPRE A., *op. cit.*, p. 225, n°439. Et le détenteur n'a quant à lui que le *corpus*.

publique, non équivoque et à titre de propriétaire[2113]. Et dans ce cas, « le possesseur en place se trouve en situation de force »[2114]. Deuxièmement, si une seule des parties possède un titre de propriété, ce n'est pas pour autant qu'il l'emportera sur une possession. Cela relève de l'appréciation souveraine des juges[2115]. Troisièmement et dernièrement, si les deux parties ont un titre du même auteur, le titre publié le premier l'emporte[2116], selon l'adage propre à la publicité foncière, *priore tempore, potior jure*[2117]. Et si leurs titres proviennent d'auteurs différents, les juges devront apprécier les situations au cas par cas.
Enfin, le prétendu propriétaire devra exercer son action devant le tribunal de grande instance de la situation de l'immeuble litigieux, et cette action n'est pas susceptible de prescription extinctive[2118].

509. L'action en revendication est avant tout une action qui permet la reconnaissance du droit de propriété dont le propriétaire a été indument privé. Sans qu'il n'y ait de régime particulier[2119], le propriétaire bénéficie d'un « droit à la remise en état »[2120]. Cela comprend la restitution de l'immeuble en nature, s'il existe toujours, sinon en valeur, ainsi que ses accessoires c'est-à-dire les produits et les fruits. Quant aux produits, le possesseur devra les restituer en nature[2121]. Et quant aux fruits, seul le possesseur de mauvaise foi devra les restituer[2122]. Enfin, le propriétaire et le possesseur effectueront une compensation entre les éventuelles indemnités dues par le possesseur pour des dégradations qu'il aurait commises, et

[2113] En effet, même si l'action possessoire est abrogée, *cf. infra* n°511, il est probable que les conditions relatives à la possession soient maintenues, notamment pour déterminer si le demandeur est recevable à agir. Dans ce sens : PIEDELIEVRE S., Brèves remarques sur la disparition des actions possessoires avec la loi du 16 février 2015, *Gaz. Pal.* 2015, n°78, p. 4. Et quoi qu'il en soit, les juges se réfèrent à un faisceau d'indices matériels : Civ. 3e, 14 janvier 2015, n°13-22.256 : *à paraître*.
[2114] STRICKLER Y., *op. cit.*, p. 427, n°318.
[2115] Civ. 3e, 19 mars 1969, n°67-14.239 : *Bull. civ.* III, n°250 (la possession a prévalu sur le titre) ; Civ. 3e, 27 juin 2001, n°99-21.865 *: Bull. civ.* III, n°86 (le titre a prévalu sur la possession).
[2116] Civ. 3e, 12 janvier 2011, n°10-10.667 : *Bull. civ.* III, n°5.
[2117] Si les titres ne sont pas publiés, le premier à prouver une date certaine sera considéré comme le propriétaire. V. art. 1328 C. civ.
[2118] Civ. 1re, 2 juin 1993, n°91-10.971, n°90-21.982, n°91-10.429, n°91-12.013 : *Bull. civ.* I, n°197 ; Civ. 3e, 5 juin 2002, n°00-16.077 : *Bull. civ.* III, n°129. Cette jurisprudence est constante depuis Cass. Req. 12 juillet 1905 : *DP* 1907, I, 141 ; *S.* 1907, I, 273.
[2119] Les règles applicables à la restitution à la suite d'une action en revendication semblent suivre celle de la répétition de l'indu des articles 1376 à 1381 du Code civil.
[2120] DROSS W., *op. cit.*, p. 60, n°61.
[2121] Si cela n'est pas possible, la restitution se fera en valeur, comme pour l'immeuble.
[2122] Toutefois selon l'article 1353-2 du projet de réforme du droit des contrats il n'y a pas de mention de la bonne ou mauvaise foi pour la restitution des fruits.

les impenses nécessaires ou utiles qu'il a apportées au bien et pour lesquelles le possesseur doit être indemnisé par le propriétaire[2123].

2. La restitution de la possession

510. Si le propriétaire a subi un trouble dans sa possession, il peut opter pour une protection possessoire qui s'exerce désormais par une action au titre du trouble manifestement illicite[2124]. Si la revendication est une protection directe du droit de propriété puisqu'elle sanctionne directement le droit de propriété en effaçant l'atteinte, la protection possessoire semble, elle, à première vue n'assurer qu'une protection indirecte, puisque le possesseur et le propriétaire peuvent être des personnes différentes ; mais en mettant fin au trouble possessoire, le juge sanctionne finalement, de façon directe, la limitation qui portait atteinte au droit de propriété.

511. Ainsi que l'explique Philippe DUTILLEUL-FRANCOEUR, « la possession mérite d'être protégée car elle constitue une position avancée de la propriété »[2125]. Les actions possessoires peuvent ainsi « être analysées comme un instrument de protection d'un droit de propriété fortement vraisemblable »[2126]. Elle protégeaient la « victime possessoire » c'est-à-dire le plus souvent le propriétaire[2127]. En raison notamment de la complexité de la règle du non-cumul du possessoire et du pétitoire[2128], l'action possessoire a été supprimée par la loi du 16 février 2015[2129]. Mais ce n'est pas pour autant que disparaît la protection possessoire[2130].

[2123] Pour plus de détails, V. ATIAS Ch., *op. cit.*, pp. 412 à 414, n°526 à n°528 ; DROSS W., *op. cit.*, pp. 61 à 64, n°63 à n°67.
[2124] Art. 809 al. 1er CPC.
[2125] DUTILLEUL-FRANCOEUR Ph., th. préc., p. 83, n°43. Cette expression a été calquée sur celle de IHERING selon lequel la possession est « l'ouvrage avancé, le bastion de la propriété », *in Ueber den Grund des Besitzesschutzes*, Jena, Mauke, 2e éd. 1869, spéc. p. 45, chap. VI intitulé « *Der Besitz eine Eigenthumsposition* ». Et selon François TERRÉ et Philippe SIMLER, *op. cit.*, p. 174, n°175, cette expression aurait été empruntée au juriste français E. de Parieu, *in* Mél. VALETTE, Matières div., t. 30, Joubert 1850.
[2126] DROSS W., La fonction ambiguë de l'action possessoire, *Rép. Defrénois* 30 janvier 2006, n°2, p. 127.
[2127] MARQUE A., Fin de partie pour l'action possessoire ou les beaux jours du référé, *LPA* du 21 avril 2015, n°79, p. 4.
[2128] Art. 1265 CPC ; Civ. 3e, 23 janvier 2013, n°11-28.266 : *Bull. civ.* III, n°9 : « l'interdiction faite au défendeur d'agir au pétitoire avant d'avoir mis un terme au trouble emporte l'impossibilité d'agir avant la fin de l'instance possessoire ».
[2129] Loi n°2015-177 du 16 février 2015 *relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*, J.O. du 17 février 2015, p. 2961. V. PÉRINET-MARQUET H., La fin des actions possessoires, chronique d'une mort annoncée, *JCP* G. 2015, 244.
[2130] BERGEL J.-L., Feues les actions, vive la protection possessoire !, *RDI* 2015, p. 265 ; DARGENT L., L'action possessoire n'est plus : vive le référé possessoire !, *D. actu.* 17 février 2015.

Le « référé possessoire » était admis depuis quelques années[2131]. Il annonçait « la mort des actions possessoires »[2132], et les condamnait déjà à une « désuétude quasi-inéluctable »[2133]. Désormais, il faut agir en référé sur le fondement de l'article 809 du Code de procédure civile pour faire cesser un « dommage imminent » ou un « trouble manifestement illicite »[2134]. L'ouverture de cette action en référé a ainsi été confirmée par le Conseil constitutionnel, ce qui signifie qu'« entre deux intérêts privés, celui du propriétaire et celui de l'occupant sans titre, le juge constitutionnel se montre rigoureux et fait prévaloir le droit de propriété, qui demeure aujourd'hui l'un des socles les plus solides de notre conception des libertés fondamentales »[2135]. Ainsi, le percement d'un passage dans le mur de clôture est une atteinte au droit de propriété constituant une voie de fait qui cause un trouble manifestement illicite[2136]. De même, l'occupation sans droit ni titre d'un immeuble appartenant à autrui en dressant des tentes, même pour se loger, a été considérée comme un trouble manifestement illicite qu'il fallait faire cesser[2137].

512. La protection possessoire est accordée aux possesseurs et aux simples détenteurs[2138]. Par exemple, le possesseur peut agir contre celui à qui profite la dépossession, ou bien à l'encontre de l'auteur matériel du trouble[2139]. Mais le détenteur ne pourra pas exercer cette action à l'encontre de son auteur[2140]. Cela signifie que le trouble manifestement illicite - le trouble possessoire - couvre des droits personnels uniquement si le trouble est causé par un tiers et non par son auteur. Pourtant, la Cour de cassation a estimé qu'un fermier, preneur, n'avait pas de qualité à agir au possessoire car n'étant pas le propriétaire, il ne pouvait pas se prévaloir des servitudes[2141]. Cette solution est contestable et relativise la possibilité pour le détenteur de se prévaloir de la protection possessoire[2142].

[2131] Civ. 3e, 22 mars 1995, n°92-21.269 : *Bull. civ.* III, n°90 (au sujet de la construction d'une murette empêchant l'accès à un garage) ; Ass. Plén., 28 juin 1996, n°94-15.935 : *Bull. civ*. A. P., n°6 (au sujet d'un obstacle sur une servitude de passage).
[2132] STRICKLER Y., La mort des actions possessoires, *in* Mél. SIMLER, Dalloz, 2006, p. 823.
[2133] DROSS W., *op. cit.*, p. 217, n°261.
[2134] Décision n°2011-169 QPC du 30 septembre 2011, cons. 2, J.O. du 1er octobre 2011, p. 16527.
[2135] MALLET-BRICOUT B., et REBOUL-MAUPIN N., Droit des biens, septembre 2011- juillet 2012, *D.* 2012, p. 2128.
[2136] Civ. 3e, 22 mars 1983, n°81-14.547 : *Bull. civ.* III, n°83.
[2137] Civ. 3e, 20 janvier 2010, n°08-16.088 : *Bull. civ.* III, n°19.
[2138] Art. 2278 C. civ. La protection possessoire est ouverte aux détenteurs depuis la loi du 9 juillet 1975.
[2139] Civ. 3e, 7 mars 2012, n°11-10.177 : *Bull. civ.* III, n°38.
[2140] Art. 2278 al. 2 *in fine* C. civ.
[2141] Civ. 3e, 17 septembre 2013, n°12-20.724.
[2142] V. DROSS W., Le fermier peut-il défendre au possessoire l'exercice d'une servitude ?, note ss Civ. 3e, 17 septembre 2013, n°12-20.724, *RTD civ.* 2013, p. 868.

Les avantages du « référé possessoire » sur les anciennes actions possessoires sont nombreux[2143]. Pour exercer une procédure en référé le recours à un avocat n'est pas obligatoire. De plus, la décision devrait être plus rapide puisque le juge n'a pas à se prononcer sur le fond, c'est-à-dire à vérifier les conditions de la possession. Et même si sa décision n'a qu'un caractère provisoire, elle est exécutoire de plein droit[2144].

Le seul bémol réside dans le fait que le « référé possessoire » permet des mesures conservatoires, une remise en l'état, mais que le juge ne peut pas condamner à des dommages et intérêts[2145]. Pour cela, le demandeur devra saisir les juges du fond. Néanmoins, ce bémol est relativisé par la possibilité donnée au juge des référés, lorsque l'obligation n'est pas sérieusement contestable, de condamner à une provision sur dommages et intérêts.

3. La restitution de la détention

513. Dans le cadre d'un bail, le propriétaire est face à un détenteur avec lequel il a conclu un contrat pour lui accorder l'usage du bien. Dès l'instant où le détenteur n'exécute plus ses obligations contractuelles et/ou qu'il ne souhaite pas quitter les lieux, le propriétaire perd la maîtrise de son bien. Par son comportement indélicat, le preneur cause au propriétaire une limitation de ses droits d'user et de jouir de son bien[2146]. Si le preneur ne paye plus son loyer, le propriétaire perd son *fructus*, et s'il n'use pas le bien de façon raisonnable ou qu'il ne souhaite pas quitter les lieux, le preneur atteint l'*usus* du propriétaire. En effet, selon le droit commun des baux, le preneur est tenu à deux obligations principales : user de la chose raisonnablement et suivant la destination qui lui a été donnée au bail, et payer le prix du bail[2147].

[2143] PIEDELIEVRE S., préc.

[2144] Art. 489 CPC et art. 514 al. 2 CPC.

[2145] Civ. 2e, 11 décembre 2008, n°07-20.255 : *Bull. civ.* II, n°262.

[2146] Dans le cadre d'un prêt à usage, un détenteur peut aussi bénéficier de l'usage d'un immeuble, mais l'obligation de rendre la chose est de « l'essence du commodat » (Civ. 1er, 12 novembre 1998, n°96-19.549 : *Bull. civ.* I, n°312), et même si aucun terme n'a été convenu, le prêteur est en droit d'y mettre fin à tout moment en respectant un délai de préavis raisonnable (Civ. 1re, 3 février 2004, n°01-00.004 : *Bull. civ.* I, n°34). Par conséquent, le propriétaire n'a pas d'abord à demander la résolution du contrat pour obtenir la restitution. Il agit directement en restitution matérielle.

[2147] Art. 1728 C. civ. Dans le cadre d'un bail d'habitation, les obligations du preneur sont détaillées par l'article 7 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989, préc.

514. En cas de violation de ces obligations, le propriétaire peut tenter d'obtenir la restitution de sa propriété, en invoquant la fin du bail pour inexécution du contrat[2148]. Pour faire constater cette inexécution, le bailleur peut demander la résolution ou la résiliation[2149] du contrat par l'intermédiaire du juge, ou en application d'une clause résolutoire[2150]. L'article 1741 du Code civil, qui prévoit la résolution du bail en cas d'inexécution des obligations contractuelles, est une application de l'article 1184 du même Code[2151].

Ainsi, la résiliation judiciaire est soumise à l'appréciation souveraine des juges, qui vont mesurer la gravité de la faute du preneur. Néanmoins, la résiliation du bail est justifiée lorsque le preneur paye systématiquement en retard ses loyers[2152], ou lorsqu'il ne respecte pas la destination des lieux loués en utilisant une partie des lieux loués en tant qu'habitation, alors que les locaux avaient une destination commerciale[2153].

La clause résolutoire fait, quant à elle, une place importante à la liberté contractuelle[2154] et enlève ainsi tout pouvoir d'appréciation aux juges[2155]. Mais elle est suspectée d'être la sanction de la partie la plus forte[2156], et son caractère automatique fait craindre une disproportion[2157]. C'est pour cela que seuls quelques cas peuvent faire l'objet d'une clause résolutoire dans un bail d'habitation[2158], et pour assurer la pérennité de l'entreprise agricole,

---

[2148] Il peut également demander l'exécution forcée pour obtenir le paiement du loyer (mais à quoi bon maintenir la relation contractuelle si la principale obligation du contrat n'est pas accomplie). Dans ce cas, l'action vise uniquement à récupérer une créance et non à sanctionner l'atteinte au droit de propriété. Dans le cadre d'un bail d'habitation, si le terme du bail est proche, le bailleur pourrait aussi envisager de donner congé au locataire pour motif légitime et sérieux. Si le congé ne génère aucun contentieux, le propriétaire récupèrera le bien sans devoir prouver son droit de créance.

[2149] Le bail étant un contrat à exécution successive, pour éviter un anéantissement de toutes les exécutions précédentes, il est préférable de ne demander que la résiliation à partir d'une certaine date. Ainsi que l'a indiqué l'arrêt Civ. 3e, 30 avril 2003, n°01-14.890 : *Bull. civ.* III, n°87 : « si, dans un contrat synallagmatique à exécution successive, la résiliation n'opère pas pour le temps où le contrat a été régulièrement exécuté, la résolution judiciaire pour absence d'exécution ou exécution imparfaite dès l'origine entraîne l'anéantissement rétroactif du contrat ».

[2150] La clause résolutoire possède la particularité d'être également dissuasive. Elle participe donc au traitement curatif et au traitement préventif de la protection du droit de propriété.

[2151] D'après le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, la résolution en cas d'inexécution contractuelle serait prévue par l'article 1217, et les articles 1224 à 1230 du Code civil.

[2152] Civ. 3e, 10 juin 2008, n°07-16.233.

[2153] Civ. 3e, 5 février 1971, n°69-13.859 : *Bull. civ.* III, n°90.

[2154] Sur la nature contractuelle de la clause résolutoire, V. PAULIN C., *La clause résolutoire*, th. Toulouse, Préf. J. DEVÈZE, L.G.D.J., 1996, pp. 19 et s., nos12 et s.

[2155] Ainsi, il suffit d'un juge des référés pour faire constater la résiliation du bail.

[2156] *A priori*, selon les obligations qu'elle sanctionne il pourrait s'agir du preneur comme du bailleur. Mais étant donné qu'ici le propriétaire sanctionne le comportement du détenteur, il faut considérer que la partie la plus forte est le bailleur.

[2157] BÉNABENT A., *Droit des obligations*, L.G.D.J., Coll. Domat droit privé, Issy-les-Moulineaux, 14e éd., 2014, p. 287, n°397.

[2158] Art. 4 g) loi du 6 juillet 1989 : « le non-paiement du loyer, des charges, du dépôt de garantie, la non-souscription d'une assurance des risques locatifs », « le non-respect de l'obligation d'user paisiblement des locaux loués, résultant de troubles de voisinage constatés par une décision de justice passée en force de chose jugée ».

la clause résolutoire a été interdite dans ce domaine[2159]. Pour protéger l'entreprise commerciale ou le logement, la clause a été encadrée par une mise en demeure préalable restée infructueuse dans un délai d'un mois pour un bail commercial[2160], et dans un délai de deux mois pour un bail d'habitation[2161]. Dans ce sens, le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats[2162] conditionne la mise en œuvre d'une clause résolutoire par une mise en demeure infructueuse, mais il ne précise pas le délai et indique qu'il sera possible d'y déroger conventionnellement[2163]. De plus, le recours aux délais de grâce des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil, pouvant s'étaler sur deux ans, atténue l'efficacité de la clause résolutoire[2164], en matières commerciale[2165] et d'habitation[2166]. Enfin, traditionnellement la jurisprudence en droit des obligations encadre la clause résolutoire en exigeant une clause sans équivoque[2167], une mise en œuvre de bonne foi[2168], et un manquement à une stipulation expresse du bail[2169].

Par ailleurs, le projet de réforme du droit des contrats instaure également une résolution par notification aux risques et périls du créancier[2170]. Etant donné la méfiance qui existe déjà à l'encontre de la clause résolutoire dans les baux, l'admission d'une résolution par notification semble paradoxale[2171]. D'ailleurs, cette rupture unilatérale est conditionnée par une mise en demeure dans un délai raisonnable et une obligation de motivation. Or, d'après la Cour de cassation, le propriétaire bailleur peut choisir entre une remise en état prévue par l'article 7 f)

[2159] Art. L.411-31 et art. L.411-53 C. rur.

[2160] Art. L.145-41 al. 1er C. com. En plus, le commandement doit mentionner précisémement la nature de l'infraction reprochée, à défaut il ne fait pas courir le délai : CA Grenobre ch. Com. 5 février 2015, n°14/05186, Juris-data n°2015-002103.

[2161] Art. 24-I loi du 6 juillet 1989, préc.

[2162] V. MEKKI M. Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, *Gaz. Pal.* 2015, n°120, p. 37.

[2163] Art 1225 du projet préc.

[2164] VIAL-PEDROLETTI B., Quel avenir pour la clause résolutoire en matière de bail d'habitation ?, *Loyers et copro.* 1999, Chron. 4.

[2165] Art. L.145-41 al. 2 C. com.

[2166] Art. 24-V loi 6 juillet 1989, préc.

[2167] Civ. 1e, 25 novembre 1986, n°84-15.705 : *Bull. civ.* I, n°279 : « la clause résolutoire de plein droit, qui permet aux parties de soustraire la résolution d'une convention à l'appréciation des juges, doit être exprimée de manière non équivoque, faute de quoi les juges recouvrent leur pouvoir d'appréciation ».

[2168] Civ. 3e, 6 juin 1984, n°83-10.946 : *Bull. civ.* III, n°111. Il faut que le créancier soit de bonne foi et non le débiteur : Civ. 3e, 24 septembre 2003, n°02-12.474 : *Bull. civ.* III, n°161.

[2169] Civ. 3e, 8 janvier 1985, n°83-15.132 : *Bull. civ.* III, n°6 ; et plus récemment : Civ. 3e, 15 septembre 2010, n°09-10.339 : *Bull. civ.* III, n°157.

[2170] Art. 1226 du projet préc.

[2171] Dans ce sens, V. BRÈS A., *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, th. Montpellier I, Préf. J. RAYNARD, Litec, 2009, pp. 54 et s., nos834 et s., notamment : « La tendance à l'admission de la dénonciation unilatérale comme mode général de résolution ne semble pas concerner certains contrats spéciaux, dont le maintien revêt un caractère essentiel pour l'une des parties ou relève de l'intérêt général. Elle devrait en tout état de cause se heurter aux réglementations spéciales qui restreignent l'admission de la résolution pour inexécution ».

de la loi du 6 juillet 1989, et la résolution judiciaire de droit commun de l'article 1184[2172]. Donc, si l'on suit cette jurisprudence, la résolution par notification serait accessible au propriétaire bailleur.

515. À compter de la résiliation du bail[2173], le preneur est un occupant sans droit ni titre s'il se maintient dans les lieux. Par l'effet de la clause résolutoire, le preneur n'est plus débiteur d'un loyer mais d'une indemnité d'occupation[2174]. Et en cas de résolution judiciaire, ce comportement est considéré comme une faute quasi délictuelle et entraîne l'obligation de verser une indemnité d'occupation[2175]. De même, en cas de résolution du bail, le bailleur doit restituer les loyers perçus, mais le preneur devra verser une indemnité d'occupation. La Cour de cassation a considéré que cette indemnité est la contrepartie de la jouissance des lieux[2176].
Si le preneur reste dans les lieux loués, même en payant l'indemnité, le propriétaire aura un titre exécutoire lui permettant d'agir en expulsion c'est-à-dire pour obtenir une restitution matérielle.

B. La restitution matérielle

516. La restitution matérielle de la propriété permet au propriétaire de retrouver le *corpus* de son droit de propriété. La Cour de cassation a reconnu depuis bien longtemps que la construction sur le terrain d'autrui constitue une atteinte au droit de propriété[2177]. Le propriétaire va récupérer l'intégrité de sa propriété en demandant une remise en état par la démolition de l'ouvrage (1), Dans certaines situations, pour arriver à cette restitution matérielle, le propriétaire a parfois dû d'abord passer par une restitution juridique. Il en est ainsi du preneur qui ne payait plus son loyer et qui reste dans les lieux sans droit ni titre après la résiliation du bail. Le propriétaire va tenter de récupérer l'usage de l'immeuble par le biais de l'expulsion de l'occupant sans droit ni titre (2).

[2172] Civ. 3e, 31 octobre 2006, n°05-10.553 : *Bull. civ.* III, n°213.
[2173] L'article 1229 du projet d'ordonnance portant réforme en droit des contrats prévoit plusieurs dates : la date prévue par la clause résolutoire, la date de réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, la date fixée par le juge, la date de l'assignation en justice.
[2174] Civ. 3e, 27 septembre 2011, n°10-24.857.
[2175] Civ. 3e, 16 mai 1984, n°82-16.649 : *Bull. civ.* III, n°99.
[2176] Ch. Mixte, 9 novembre 2007, n°06-19.508 : *Bull. ch. Mixte*, n°10.
[2177] Civ. 1re, 13 janvier 1965, n°62-10.951 : *Bull. civ.* I, n°34.

1. La remise en état par la démolition de l'ouvrage

517. La reconnaissance du droit de propriété octroie un « droit à la suppression de l'illicite », contrairement à une réparation qui est soumise à l'appréciation des juges[2178]. La « suppression de l'illicite » se traduit en principe par la démolition d'un ouvrage construit irrégulièrement. Cette action en démolition est à première vue une action réelle qui se prescrit par trente ans[2179]. Pourtant, en fonction du type d'ouvrage, et de l'origine de l'atteinte, l'action est personnelle[2180] et se prescrit par cinq ans[2181], ou par dix ans dans le cadre du régime de la copropriété[2182]. Ou, encore, si l'ouvrage a été édifié conformément à un permis de construire, et que ce permis est annulé pour excès de pouvoir, l'action en démolition doit être engagée dans un délai de deux ans à compter de l'annulation du permis[2183]. La certitude de l'action en démolition dépend donc de la nature de l'atteinte, et de la qualification de l'action vis-à-vis de la prescription.

518. La démolition de l'ouvrage est à la discrétion du propriétaire **dans le cas d'un empiètement**[2184]. Non seulement les juges ne disposent d'aucun pouvoir d'appréciation[2185], mais ils estiment que « la défense du droit de propriété contre un empiètement ne saurait dégénérer en abus »[2186]. Toutefois, la démolition n'est pas automatiquement intégrale, s'il est possible de rétablir la construction dans les limites de la propriété[2187]. La protection du droit de propriété est ainsi assurée de manière stricte[2188]. Cette solution n'est pourtant pas neutre puisqu'elle place le propriétaire en position de force. Ce dernier peut exercer une sorte de

[2178] ROUJOU DE BOUBÉE M.-È., th. préc., pp. 219 et s.
[2179] Art. 2227 C. civ.
[2180] *Cf. infra* n°522, notamment en cas de manquement aux dispositions du cahier des charges du lotissement.
[2181] Il s'agit du droit commun : art. 2224 C. civ. L'action étant de nature contractuelle, le point de départ de l'action est en principe la réalisation du dommage.
[2182] Art. 42 loi 10 juillet 1965, préc. Par exemple, l'action en démolition d'un empiètement sur les parties communes (Civ. 3e, 19 juin 2013, n°12-11.791 et n°12-12.154, *Bull. civ.* III, n°80). Par contre, si l'action porte sur une partie privative, l'action est réelle et se prescrit par trente ans (Civ. 3e, 20 novembre 2002, n°00-17.539 : *Bull. civ.* III, n°232). Il en sera de même dès l'instant où le copropriétaire peut devenir propriétaire par l'effet de la prescription acquisitive (à ce sujet, V. LOTZ J., *op. cit.*, pp. 573-574, n°642).
[2183] Art. L.480-13 C. urba. Par exemple : Civ. 3e, 14 septembre 2005, n°03-20.857 : *Bull. civ.* III, n°167. D'ailleurs, ce court délai est parfois contourné par les règles de la responsabilité objective pour troubles anormaux du voisinage, qui a l'avantage de se prescrire par trente ans : Civ. 3e, 5 février 2014, n°13-10.816 (au sujet d'une perte d'ensoleillement et de vue causée par une construction), V. à ce sujet : REBOUL-MAUPIN N., Relations de voisinage et rapports de servitude : des métamorphoses en perspective !, *LPA* du 16 décembre 2014, n°250, p. 7.
[2184] *Cf. supra* n°402, pour la définition de l'empiètement et différents exemples en jurisprudence.
[2185] Civ. 3e, 14 mars 1973, n°72-11.752 : *Bull. civ.* III, n°206.
[2186] Civ. 3e, 7 juin 1990, n°88-16.277 : *Bull. civ.* III, n°140 ; Civ. 3e, 7 novembre 1990, n°88-18.601 : *Bull. civ.* III, n°226 ; et récemment : Civ. 3e, 30 octobre 2013, n°12-22.169 et n°12-23.546.
[2187] Civ. 3e, 26 novembre 1975, n°74-12.036 : *Bull. civ.* III, n°350.
[2188] La démolition n'est pas toujours retenue en droit comparé : V. STRICKLER Y., *op. cit.*, p. 398, n°292.

chantage à l'encontre de l'empiéteur : soit il achète la parcelle empiétée au prix demandé par le propriétaire, soit il risque la démolition de son ouvrage[2189]. En outre, si l'empiètement est minime la démolition sera prononcée pareillement, alors que l'atteinte au droit de propriété est probablement inférieure au désagrément subi par le constructeur[2190]. La rigueur de cette sanction lui fait acquérir une fonction dissuasive. Connaissant son risque, le constructeur devrait être particulièrement vigilant.

519. En cas de construction en totalité sur un terrain qui appartient à autrui, le propriétaire du terrain se retrouve propriétaire de l'ouvrage par le mécanisme de l'accession. Cette qualité lui fait bénéficier d'un choix selon que le constructeur est de bonne ou mauvaise foi. Une demande en démolition n'est pas acceptée si le constructeur est de bonne foi, c'est-à-dire si le constructeur « possède comme un propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices »[2191]. S'il est de bonne foi, le propriétaire du terrain lui rembourse « une somme égale à celle dont le fonds a augmenté », soit « le coût des matériaux et le prix de la main d'œuvre estimés à la date du remboursement compte tenu de l'état » de l'ouvrage[2192]. Toutefois, si le constructeur est de mauvaise foi[2193], le juge ne peut pas s'opposer à la demande en démolition du propriétaire, même si cela n'occasionne à ce dernier qu'un préjudice léger qui aurait pu être réparé par des dommages et intérêts[2194]. Le propriétaire peut conserver l'ouvrage moyennant un remboursement, ou en demander la démolition[2195]. Ainsi, qu'il s'agisse d'une restitution en nature, par une remise en état, ou une restitution par équivalent avec un remboursement, l'accession opère comme une protection du droit de propriété immobilier.

520. Dans le cas où l'atteinte portée au droit de propriété réalisée par la construction d'un ouvrage se produit **dans le cadre d'un démembrement ou d'une division du droit de**

[2189] Illustrant ce chantage, V. CHEYNET DE BEAUPRE A., *op. cit*., p. 100, n°106 ; STRICKLER Y., *op. cit.*, pp. 397-398, n°291.
[2190] Pour des exemples d'empiètements minimes *cf. supra* n[os]402-403.
[2191] Civ. 3[e], 17 novembre 1971, n°70-13.346 : *Bull. civ.* III, n°565, et dernièrement : Civ. 3[e], 15 juin 2010, n°09-67.178.
[2192] Art. 555 al. 3 C. civ.
[2193] Civ. 3[e], 15 janvier 1971, n°69-12.996 : *Bull. civ.* III, n°40 : les tiers constructeurs sont de mauvaise foi « dès lors qu'ils construisent sciemment sur un terrain ne leur appartenant pas ». Par exemple, le locataire est un détenteur qui sait qu'il n'est pas propriétaire du terrain. *A priori*, il sera considéré comme étant de mauvaise foi. L'article 555 n'étant pas d'ordre public il est possible d'y déroger conventionnellement. Ainsi, si le locataire et le propriétaire règlent le sort des constructions, le locataire sera de bonne foi et le propriétaire devrait lui rembourser au moins une partie de l'ouvrage. V. Civ. 3[e], 10 novembre 1999, n°97-21.942 : *Bull. civ.* III, n°149.
[2194] Civ. 1[re], 13 janvier 1965, n°62-10.951 : *Bull. civ.* I, n°34.
[2195] Art. 555 al. 4 C. civ.

propriété, l'action en démolition se complique. La raison en est que lorsque le droit de propriété est partagé, personne n'en a l'exclusivité[2196]. Par conséquent, il peut être difficile de distinguer la violation qui relève d'un droit réel et celle qui relève d'une obligation de ne pas faire. En effet, même si les droits sont identifiés, l'absence d'exclusivité créé une situation de concurrence, qui est la source de l'atteinte au droit de propriété. Cette difficulté de qualification n'empêche pas *a priori* d'obtenir une sanction identique, la démolition, sur le fondement des articles 701 et 702 du Code civil, ou de l'article 1143 du Code civil[2197]. C'est ce qu'il convient de vérifier en matières de servitudes et de division de l'immeuble.

521. D'une part, **en matière de servitudes**, si c'est le propriétaire du fonds servant qui édifie un ouvrage sur la servitude, la Cour de cassation estime sur le fondement de l'article 701 du Code civil que « la démolition est la sanction d'un droit réel transgressé »[2198]. En revanche, si c'est le propriétaire du fonds dominant qui porte atteinte à la servitude, en l'aggravant, les juges du fond ont le pouvoir d'apprécier à la fois l'existence de l'aggravation[2199] et l'étendue de la sanction. La Cour évoque la notion de « réparation » et indique que les juges peuvent ordonner la cessation de l'atteinte[2200], ou bien compenser les conséquences de l'aggravation par une indemnité[2201]. Même si l'on considère que par « cessation de l'atteinte », la Cour entend bien une remise en état et donc, si besoin, une démolition, une telle distinction entre les sanctions des articles 701 et 702 est critiquable[2202].

522. D'autre part, **en matière de division de l'immeuble**, la démolition est presque automatique alors que l'obligation semble de nature personnelle. Plus précisément, le non-respect d'une clause d'un règlement de copropriété est sanctionné sur le fondement de l'article 1143 du Code civil. Cela paraît normal puisque le règlement de copropriété est de nature contractuelle[2203]. En revanche, la remise en état semble quasi-automatique puisque les

[2196] ZENATI-CASTAING F., Propriété et droits réels, *RTD civ.* 1990, p. 682.
[2197] Sur ce constat, V. LOTZ J., *op. cit.*, p. 570, n°638.
[2198] Civ. 3e, 4 octobre 1989, n°87-14.838 : *Bull. civ.* III, n°183 ; Civ. 3e, 19 juillet 1995, n°93-17.134 : *Bull. civ.* III, n°207 ; Civ. 3e, 17 décembre 2003, n°02-10.300 : *Bull. civ.* III, n°241.
[2199] Civ. 3e, 16 décembre 1970, n°69-11.712 : *Bull. civ.* III, n°713.
[2200] Civ. 3e, 6 mai 1976, n°75-12.619 : *Bull. civ.* III, n°150 : en l'espèce un remblayage avait aggravé l'écoulement des eaux, causant une inondation. La cessation de l'aggravation signifie donc la suppression de ce remblai pour améliorer l'écoulement des eaux.
[2201] Civ. 3e, 11 juin 1974, n°73-11.365 : *Bull. civ.* III, n°247 : l'aggravation consistait en un élargissement d'une vue et des travaux ayant modifié l'écoulement des eaux. La Cour a sanctionné ces atteintes par une indemnité.
[2202] ROUJOU DE BOUBÉE M.-È., th. préc., pp. 229-230.
[2203] Civ. 3e, 17 juin 1997, n°96-11.294 : « les obligations qui découlent des dispositions d'ordre public de la loi du 10 juillet 1965 étant de nature contractuelle, les actions les sanctionnant sont celles du droit commun des contrats et que l'article 1143 du Code civil était applicable ».

juges expliquent que le créancier d'une telle obligation contractuelle a le droit de demander la destruction, sans devoir prouver un préjudice[2204]. Ce constat est similaire lors de la violation d'une clause d'un cahier des charges de lotissement, mais chose encore plus étrange, la démolition a aussi été décidée au visa de l'article 701, propre aux servitudes, qui assure une démolition systématique en cas d'atteinte à un droit réel[2205]. Faut-il alors comprendre que les clauses d'un cahier des charges ont une nature réelle[2206] ? En étudiant les termes employés par la jurisprudence il semblerait que les juges aient peu à peu abandonné toute référence à la notion de servitude. Dans les arrêts de 1964, la Cour évoquait une « servitude *non altus tollendi* »[2207], puis dans un arrêt de 1997 rendu au double visa des articles 701 et 1143, elle mentionne une « servitude *non aedificandi* »[2208]. En 2013, elle ne désigne plus qu'une « zone de non-édification »[2209]. Et même si l'on peut douter de la portée de cet arrêt, du fait qu'il n'a pas été publié, il semblerait que la Cour distingue à l'intérieur du cahier des charges entre les clauses créant un droit réel[2210], des servitudes, et les clauses à visée plus urbanistique, qui se rapprochent des dispositions du règlement du lotissement[2211]. Pour ces dernières, la démolition est presque automatique, puisqu'il n'y a pas à prouver un préjudice[2212], contrairement à des dispositions de nature réglementaire[2213]. Si l'on se fonde sur l'arrêt de 2013, il n'y a aucun doute quant à la nature contractuelle du cahier des charges, et de sa sanction sur le fondement de l'article 1143[2214].

En définitive, ce qui est essentiel c'est que, quel que soit le fondement, une atteinte portée au droit de propriété dans le cadre d'un démembrement ou d'une division de l'immeuble, est

---

[2204] Civ. 3e, 18 janvier 1972, n°70-11.350 : *Bull. civ.* III, n°39 (remplacement d'une cloison en bois par un mur en briques qui a occasionné un empiètement sur le sol commun) ; Civ. 3e, 25 janvier 1995, n°92-19.600 : *Bull. civ.* III, n°29 (réalisation d'une galerie marchande en partie sur un droit de jouissance exclusif et particulier).

[2205] Civ. 1re, 16 mars 1964 : *Bull. civ.* I, n°159 ; Civ. 1re, 28 octobre 1964 : *Bull. civ.* I, n°480.

[2206] Dans ce sens : LOTZ J., *op. cit.*, p. 572, n°639.

[2207] Civ. 1re, 16 mars 1964, préc.

[2208] Civ. 3e, 15 janvier 1997, n°94-19.337.

[2209] Civ. 3e, 26 février 2013, n°12-13.261.

[2210] Arrêts rendus au visa de l'article 701 du Code civil : Civ. 1re, 16 mars 1964, préc. ; Civ. 1re, 28 octobre 1964, préc. ; Civ. 3e, 15 janvier 1997, préc.

[2211] Civ. 3e, 19 mai 1981, n°79-16.605 : *Bull. civ.* III, n°101 (l'implantation de l'immeuble) ; Civ. 3e, 21 juin 2000, préc. (la surface minimum pour diviser un lot) ; Civ. 3e, 9 mai 2007, n°06-12.474 (l'implantation d'un mur) ; Civ. 3e, 28 janvier 2014, n°13-11.164 (l'harmonie architecturale).

[2212] Civ. 3e, 24 octobre 1990, n°89-15.142 : *Bull. civ.* III, n°201 ; Civ. 3e, 21 juin 2000, n°98-21.129 : *Bull. civ.* III, n°124.

[2213] Civ. 3e, 24 octobre 1990, n°88-15.967 : *Bull. civ.* III, n°203. N'est pas ici abordée l'hypothèse du document unique intitulé soit cahier des charges, soit règlement de lotissement, qui a tendance à être considérée par la Cour de cassation comme étant de nature contractuelle. Sur ce point V. BRUN Ph., Brève incursion d'un privatiste sur les terres du droit de l'urbanisme : ou quelques aspects de la rencontre entre droit civil et réglementation des lotissements, *in* Mél. DECOTTIGNIES, Presses universitaires de Grenoble, 2003, p. 57.

[2214] Si l'on ne tient pas compte de l'arrêt de 2013, étant donné qu'un même document ne peut avoir qu'une seule nature, il serait possible d'opter quand même pour une nature contractuelle, mais d'expliquer que le cahier des charges pourrait être le titre constitutif d'un droit réel en fonction de la charge qu'il imposerait.

sanctionnée par une remise en état[2215]. Toutefois, dans le cas des servitudes cela entraîne une personnalisation de la sanction, et dans le cas des divisions de l'immeuble, cela créé des interrogations quant à la nature du droit violé.

523. À l'inverse, si c'est **la construction d'un ouvrage public** qui porte atteinte au droit de propriété, tout dépend de la qualification de la limitation. En présence d'une voie de fait qui emporte extinction du droit de propriété, le juge judiciaire peut prononcer la démolition de l'ouvrage[2216]. Mais si ce n'est qu'une emprise irrégulière, il ne pourra qu'attribuer des dommages et intérêts[2217]. Et s'il s'agit de l'exécution d'une décision ayant prononcé l'annulation d'une autorisation et ordonnant la démolition d'un ouvrage, le juge administratif apprécie l'opportunité de la démolition, en s'inspirant de la technique du bilan coût-avantages[2218].
La sanction de la démolition est donc plus incertaine en présence d'un ouvrage public qu'en présence d'un ouvrage privé. L'intérêt général agit du fondement des limitations jusqu'à leur sanction.

524. Enfin, si **une personne privée a édifié régulièrement sa maison sur le domaine public**, par le biais d'autorisations d'occupation accompagnées du paiement d'une redevance, mais qu'un jour le renouvellement de ces autorisations lui est refusé, elle risque de devoir démolir sa maison à ses frais[2219]. Le domaine public étant imprescriptible et inaliénable, la théorie de l'accession ne fonctionne pas sur lui. Le constructeur de bonne ou mauvaise foi n'aura aucune indemnité. La Cour européenne des droits de l'homme estime que cette démolition sans indemnisation n'est pas contraire à l'article 1er du protocole n°1[2220]. De cette manière, elle privilégie la propriété publique, en l'occurrence la propriété du sol, sur la propriété privée de la maison invoquée par les occupants.

[2215] Sur le constat de l'efficacité de la sanction des servitudes de lotissement, V. BERGEL, *op. cit.*, p. 352, n°290.
[2216] Par exemple, Civ. 3e, 30 avril 2003, n°01-14.148 : *Bull. civ.* III, n°92.
[2217] Civ. 1re, 28 juin 2005, n°03-19.308 : *Bull. civ.* I, n°288.
[2218] CE 13 février 2009, *Communauté de communes du canton de Saint-Malo de la Lande*, n°295885. V. HOSTIOU R., La suppression du principe de l'intangibilité de l'ouvrage public : mythe et réalités, *RDI* 2009, p. 350. Dans cet arrêt, il n'y a pas eu de démolition, mais uniquement 1500 euros de dommages et intérêts.
[2219] CE 6 mars 2002, *Mesdames Triboulet et Brosset-Pospisil*, n°217646 : *Rec. Lebon* p. 76 ; CE 6 mars 2002, *Depalle*, n°217647.
[2220] CEDH *Depalle c./ France* du 29 mars 2010, aff. n°34044/02 ; CEDH *Brosset-Triboulet et a. c./ France* du 29 mars 2010, aff. n°34078/02.

2. La reprise de l'usage par l'expulsion de l'occupant sans droit ni titre

525. Lorsqu'un occupant se maintient dans les lieux sans droit ni titre[2221], il ne reste plus au propriétaire qu'à demander l'expulsion de cet occupant afin de récupérer l'usage de l'immeuble et ainsi mettre fin à un démembrement des utilités sociales du droit de propriété[2222], qui porterait atteinte audit droit. Il semble toutefois qu'il existe une différence de logique selon que la propriété occupée est privée ou publique.

526. Dans le premier champ, la procédure **d'expulsion d'une propriété privée** a longtemps été régie par la loi du 9 juillet 1991[2223], son décret d'application[2224], et certains articles du Code de la construction et de l'habitation[2225], jusqu'à sa récente codification par l'ordonnance du 19 décembre 2011, entrée en vigueur le 1er juin 2012[2226]. Désormais, les articles L.411-1 à L.451-1 et R.411-1 à R.451-4 du Code des procédures civiles d'exécution prévoient l'intégralité de la procédure d'expulsion, y compris les spécificités pour les locaux d'habitation ou à usage professionnel. Ainsi, l'expulsion ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une décision judiciaire passée en force de chose jugée[2227] et après la signification d'un commandement d'avoir à libérer les lieux[2228] resté infructueux deux mois[2229].
Or, de nombreuses exceptions protègent l'occupant, notamment la prorogation à trois mois du délai après la signification du commandement[2230], l'obligation de respecter la trêve hivernale du 1er novembre au 31 mars[2231], et la possibilité donnée au juge d'accorder un sursis de trois mois à trois ans en fonction de la bonne ou mauvaise volonté de l'occupant et de la situation personnelle réciproque de l'occupant et du propriétaire[2232]. Ces délais sont censés donner le

[2221] Notamment, malgré l'arrivée du terme du contrat ou de l'autorisation le reliant avec le propriétaire, la résiliation ou la résolution de son contrat.
[2222] *Cf. supra* nos247 et s.
[2223] Art. 61 à 66 de la loi n°91-650 du 9 juillet 1991 *portant réforme des procédures civiles d'exécution*, J.O. du 14 juillet 1991, p. 9228.
[2224] Art. 194 à 209 du décret n°92-755 du 31 juillet 1992 *instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution*, J.O. du 5 août 1992, p. 10530.
[2225] Art. L.613-1 à L.613-3 du Code de la construction et de l'habitation.
[2226] Ordonnance n°2011-1885 du 19 décembre 2011 *relative à la partie législative du code des procédures civiles d'exécution,* J.O. du 20 décembre 2011, p. 21464. Puis, le décret n°2012-783 du 30 mai 2012 *relatif à la partie réglementaire du code des procédures civiles d'exécution*, J.O. du 31 mai 2012, p. 9375.
[2227] Civ. 3e, 2 juillet 2013, n°12-19.855.
[2228] Art. L.411-1 C. pr. exéc.
[2229] Art. L.412-1 C. pr. exéc.
[2230] Art. L.412-2 C. pr. exéc., si l'expulsion entraîne des conséquences d'une « exceptionnelle dureté », par exemple à cause des conditions climatiques.
[2231] Art. L.412-6 C. pr. exéc.
[2232] Art. L.412-3 et -4 C. pr. exéc.

temps à l'occupant de trouver une solution pour se reloger. Mais le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation très étendu[2233]. Dans ces conditions, la possibilité pour le propriétaire privé de retrouver la jouissance de son bien, et ainsi récupérer matériellement son droit de propriété, relève quasiment de l'utopie[2234].

527. En outre, selon l'article L.153-1 du Code des procédures civiles d'exécution, la force publique est tenue de prêter son concours pour l'expulsion. Cette obligation découle du principe de la séparation des pouvoirs et du droit au juge, qui sont des garanties procédurales du droit de propriété[2235]. Pourtant, ce même article L.153-1 indique que le refus de prêter son concours ouvre droit à réparation. Cela signifie donc que l'arrêt *Couitéas*[2236] est toujours d'actualité[2237] et que le risque de trouble à l'ordre public permet au Préfet de ne pas procéder à l'exécution d'une décision d'expulsion[2238]. Le juge administratif a tendance à vérifier que le refus du Préfet est guidé par des considérations humanitaires[2239], en admettant que l'expulsion ne soit pas exécutée si elle est « susceptible d'attenter à la dignité de la personne humaine »[2240]. Si la dignité était véritablement intégrée à l'ordre public, cela banaliserait le refus du concours des forces publiques, ainsi que leur responsabilité sans faute[2241].
Toutefois, la Cour de Strasbourg estime que les considérations d'ordre public ou social et l'indemnisation qui serait versée en compensation du refus du concours de l'Etat ne justifient pas une inaction prolongée dans le temps des autorités[2242]. Ainsi, des circonstances

[2233] D'ailleurs, depuis la loi ALUR du 24 mars 2014, préc., seule la volonté du juge peut empêcher l'application de la trêve hivernale lorsque l'occupation a eu lieu par voie de fait : V. art. L.412-6 al. 2 C. pr. exéc.
[2234] FRAGU E. et SABRINNI F., Vers une réforme de la procédure d'expulsion ? Comparaison franco-brésilienne, *LPA* du 5 février 2014, n°26, p. 4. Il est ainsi expliqué que la logique du législateur brésilien a été de sécuriser le marché locatif en rendant l'expulsion plus facile. Les effets de cette réforme semblent positifs : le nombre de défaut de paiement a diminué et les propriétaires demandent des garanties financières moins importantes.
[2235] *Cf. infra*, n°627.
[2236] CE 30 novembre 1923, *Couitéas* : *Rec. Lebon* p. 789.
[2237] SEILLER B., L'actualité de l'arrêt *Couitéas, RFDA* 2013, p. 1012.
[2238] Ce point a fait l'objet d'une consécration constitutionnelle à travers la notion de « circonstances exceptionnelles tenant à la sauvegarde de l'ordre public » : décision n°98-403 DC du 29 juillet 1998, cons. 46, préc.
[2239] CE 24 juillet 2008, *Michèle B*, n°318686 : « les motifs par lesquels le Préfet de police justifie devant le juge des référés son refus de concours de la force publique tiennent à l'état de santé des deux enfants de Mme C, le premier étant atteint de troubles psychiques graves nécessitant un accueil dans une structure psychiatrique adaptée, le second souffrant de dépression, et à l'absence de solution de relogement pour elle et ses deux enfants » ; CE 15 mai 2013, *M. C et Mme D*, n°343051 : « une situation de précarité ».
[2240] CE 30 juin 2010, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales c./ Époux Ben Amour*, n°332259 : *Rec. Lebon* p. 225.
[2241] BIOY X., La dignité justifie-t-elle le refus de concours de la force publique pour expulser un locataire ?, *AJDA* 2010, p. 448. Xavier BIOY explique qu'il y aurait une séparation entre la dignité de l'ordre public et la dignité des droits sociaux.
[2242] CEDH *Matheus c./ France* du 31 mars 2005, préc., §71 ; CEDH *X c./ France* du 21 janvier 2010, aff. n°13829/03, §§45-47 ; CEDH *Sud-Est Réalisations c./ France* du 2 décembre 2010, aff. n°6722/05, §§55-60.

exceptionnelles, telle qu' « une action militante à visée médiatique » doublée d' « une situation de précarité et fragilité » peuvent nécessiter une « protection renforcée » de l'occupant, au détriment du propriétaire, dès l'instant où les autorités publiques ne sont pas restées inactives et ont essayé de trouver une solution pour le relogement[2243]. La Cour vérifie donc uniquement que l'atteinte au respect du droit de propriété n'est pas disproportionnée eu égard au comportement actif ou non des autorités publiques et de la durée de l'occupation sans droit ni titre. Or, une des applications de la jurisprudence *Couitéas* est de considérer que l'indemnisation versée au propriétaire empêche ce dernier d'obtenir par la suite l'exécution de l'expulsion. Cela va à l'encontre de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui considère que l'indemnité ne compense pas l'inaction des autorités et ne confère donc pas un titre pour l'occupant[2244]. De plus, cette Cour a rappelé plusieurs fois qu'elle peut exiger des Etats « des mesures positives de protection, notamment là où il existe un lien direct entre les mesures qu'un requérant pourrait légitimement attendre des autorités et la jouissance effective par ce dernier de ses biens »[2245].

Par conséquent, si le Préfet refuse le concours des forces publiques pour expulser les occupants, le propriétaire doit engager la responsabilité sans faute de l'Etat pour obtenir une réparation[2246]. Il serait également imaginable d'invoquer une atteinte au droit de propriété ou plus précisément à son corollaire, la libre disposition du bien, par le biais du référé-liberté[2247]. Toutefois, les conditions d'urgence et d'atteinte grave et manifestement illégale sont entendues strictement[2248]. Une seule affaire présentée au juge des référés a fait l'objet d'une décision favorable au propriétaire dans le cadre d'une expulsion[2249].

[2243] CEDH *Société Cofinfo c./ France* du 12 octobre 2010, aff. n°23516/08. Toutefois, la Cour a déclaré la requête irrecevable, pour non-épuisement des voies de recours internes. D'une certaine manière, la procédure pouvait encore continuer en interne, et le délai pour décider de l'expulsion s'allonger. Par conséquent, tant pour des raisons procédurales que des raisons de fond, il est primordial d'utiliser toutes les voies de recours possibles en interne. Cela ne pourra qu'entraîner un « laps de temps déraisonnable » qui lui, sera condamné par la Cour. Seule la patience du propriétaire permet d'aboutir à une sanction.

[2244] CEDH *Sud-Est Réalisations c./ France* du 2 décembre 2010, préc., §59.

[2245] CEDH *Öneryildiz c./ Turquie* du 30 novembre 2004, préc., §134 ; CEDH *Matheus c./ France* du 31 mars 2005, préc., §69 ; CEDH *Sud-Est Réalisations c./ France* du 2 décembre 2010, préc., §50. Sur la notion d'obligations positives, *cf. infra* n°656.

[2246] Art. L.153-1 C. pr. exéc. Sur les modalités de l'indemnisation : COUDRAY O., Le refus de concours de la force publique, *Justice et cassation* 2015, p. 129, spéc. pp. 134 et s.

[2247] Art. L.521-2 CJA ; CE 29 mars 2002, *SCI Stephaur*, n°243338 : *Rec. Lebon* p. 117 ; CE 3 janvier 2003, *Ministre de l'Intérieur c./ Société Kerry*, n°253001. Au sujet du référé-liberté et de la notion de libre disposition, *cf. infra* n^{os}609 et s.

[2248] Récemment, un occupant a tenté de former un référé-liberté pour des considérations humanitaires, mais la dignité de la personne humaine n'a pas été considérée comme une liberté fondamentale : CE 5 novembre 2014, *Mme C*, n°385431. À ce sujet, V. BONIER V., Expulsion locative, droit au logement et référé-liberté : réflexions sur quelques incohérences, note ss CE 5 novembre 2014, *Mme C*, n°385431, *RDSS* 2015, p. 170. Et sur les conditions du référé-liberté : COUDRAY O., préc. spéc. pp. 133-134.

[2249] CE 13 mai 2014, *Nestor*, n°379941.

528. Par comparaison, **sur le domaine public**[2250], une autorisation judiciaire est en principe nécessaire pour procéder à l'expulsion, mais des exceptions permettent une exécution quasiment d'office. Ces exceptions protègent donc la propriété publique et non l'occupant.
D'une part, l'Administration utilise le référé « mesures utiles » de l'article L.521-3 du Code de justice administrative[2251] à des fins d'expulsion d'un occupant du domaine public qui a perdu ses droits et titres ou qui n'en a jamais eu[2252]. Le juge administratif vérifie que la demande d'expulsion ne se heurte pas à une contestation sérieuse[2253]. Il doit également constater l'urgence de l'expulsion[2254] et son caractère utile[2255]. Si toutes ces conditions sont réunies, il peut condamner l'occupant à une expulsion immédiate[2256].
D'autre part, il est prévu une mesure spéciale d'expulsion des résidences mobiles des gens du voyage[2257] afin de sécuriser les communes qui les accueillent[2258]. Il s'agit d'une mesure de police administrative par laquelle le Préfet met en demeure les occupants de quitter les lieux avec un délai minimal d'exécution de 72 heures[2259]. Au-delà du délai fixé, il peut ordonner l'exécution de l'expulsion par la force publique. Cette mesure a été jugée conforme à la Constitution[2260], mais la Cour de Strasbourg a condamné une expulsion de gens du voyage parce que ces derniers n'avaient pas bénéficié d'un examen de la proportionnalité de leur ingérence conforme à l'article 8 de la Convention des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni de leur demande de relogement au regard du droit au respect de la vie

[2250] Art. L.2111-1 CGPPP : « Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L.1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public ».
[2251] Pour les administrés ce référé sert surtout à obtenir la communication de documents ou d'informations.
[2252] CE 28 novembre 1980, *Société Établissement Roth*, n°17732 : *Rec. Lebon* p. 446.
[2253] CE 6 avril 2001, *Ministère de l'Éducation nationale c./ M. Cros Decam et Mme Michel*, n°230000 ; CE 11 avril 2012, *Société Prathotels c./ Société d'exploitation de l'aéroport Clermont-Ferrand Auvergne*, n°355356 et n°355357 : il n'y a pas de contestation sérieuse si le recours n'a pas été exercé dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle le contractant a été informé de la mesure de résiliation de la convention d'occupation du domaine public.
[2254] CE 1er février 2012, *Julian A*, n°349749 : l'urgence est une condition à part entière puisque même si l'occupant se défend uniquement sur l'existence d'une contestation sérieuse, le juge doit faire apparaître les raisons de droit et de fait pour lesquelles il considère que l'urgence justifie ou non l'expulsion. Par exception, l'article L.521-3-1 CJA prévoit qu'il n'y a pas à relever d'urgence en présence d'une occupation non autorisée dans la zone des cinquante pas géométriques sur le littoral de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Guyane, de la Réunion et de Saint-Martin.
[2255] CE 28 mai 2011, *Société Codiam*, n°230692.
[2256] *Ibid.*
[2257] Des abris de fortune ou des caravanes délabrées ne sont pas des résidences mobiles et par conséquent, la mesure spéciale n'est pas applicable : CE 17 janvier 2014, *Mme Florea*, n°369671.
[2258] Art. 9 et 9-1 de la loi n°2000-614 du 5 juillet 2000 *relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage*, J.O. du 6 juillet 2000, p. 10189 ; Art. L.779-1 CJA et art. R.779-1 et s. CJA.
[2259] Avant la loi n°2007-297 du 5 mars 2007 *relative à la prévention de la délinquance*, J.O. du 7 mars 2007, p. 4297, cette mise en demeure était à l'initiative du président du TGI.
[2260] Décision n°2010-13 QPC du 9 juillet 2010, cons. 6 et 10, J.O. du 10 juillet 2010, p. 12841 : non contraire à la liberté d'aller et venir, ni au principe d'égalité.

privée et familiale[2261]. *A priori* le Préfet devrait veiller à prévoir des solutions de relogement avant de mettre en demeure les occupants. Il semblerait qu'un contre-argument ait vu le jour dans la jurisprudence administrative : le juge a ainsi invoqué le risque d'atteinte à la salubrité et à la sécurité publiques[2262]. Après les différents arrêts et décisions que la Cour de Strasbourg a rendus récemment[2263], comment pourrait-elle faire primer des considérations sanitaires sur des considérations humanitaires, à moins de reconnaître que la propriété publique bénéficie de certains privilèges?[2264]

529. Si le propriétaire a obtenu la restitution juridique et matérielle de son droit de propriété, il peut tenter d'obtenir concomitamment et de façon subsidiaire, la réparation du préjudice que lui a causé la violation de son droit de propriété.

§2. La sanction subsidiaire : la réparation du préjudice causé par l'atteinte

530. La réparation du préjudice causé par l'atteinte portée au droit de propriété est une sanction subsidiaire vis-à-vis du rétablissement de la propriété, parce qu'elle est invoquée soit en complément d'une restitution, soit à défaut d'une restitution, soit encore, pour se substituer par équivalent à une restitution. Dans ce dernier cas, la restitution et la réparation sont totalement assimilées, comme cela peut être le cas si telle est la volonté du propriétaire qui subit un empiètement[2265], ou de façon plus générale devant la Cour de Strasbourg, à travers la satisfaction équitable[2266].

Ainsi, quelle que soit la situation visée par le propriétaire, la réparation est destinée à compenser le préjudice, mais elle ne peut pas éliminer l'atteinte faite au droit de propriété[2267]. En outre, pour obtenir une réparation, il est nécessaire d'être en présence d'une faute, qui consiste en la violation du droit de propriété. Toutefois, le système de la réparation du préjudice causé par l'atteinte portée au droit de propriété est différent en droit interne (A), et en droit européen (B).

[2261] CEDH *Winterstein et a. c./ France* du 17 octobre 2013, aff. n°27013/07, §167.
[2262] CE 5 mars 2014, *Mme Preda*, n°372422.
[2263] CEDH *Matheus c./ France* du 31 mars 2005, préc. ; CEDH *Sud-Est Réalisations c./ France* du 2 décembre 2010, préc. ; CEDH *Winterstein et a. c./ France* du 17 octobre 2013, préc.
[2264] En guise de dernières remarques, il convient de constater que sur le domaine public, l'occupant de bonne foi, celui dont le titre a été retiré ou non renouvelé, n'est pas mieux traité que celui qui s'est introduit sur la propriété en commettant une voie de fait, V. PASTRE-BELDA B., L'effectivité des garanties procédurales de l'occupant sans titre du domaine public, *AJDA* 2011, p. 2325.
[2265] *Cf. infra* n°532.
[2266] *Cf. infra*, n°534.
[2267] ROUJOU DE BOUBÉE M.-È., th. préc., 1ère partie.

A. La réparation interne : la responsabilité civile délictuelle

531. *A priori* la responsabilité civile ne semble pas être le domaine du droit de propriété. La défense du droit de propriété étant en principe assurée par l'action pétitoire[2268]. De plus, notamment dans le cadre d'une servitude conventionnelle, d'une donation de nue-propriété, d'un contrat de bail, en principe le contrat permet de déterminer la responsabilité entre les cocontractants en cas de violation ou d'inexécution d'une disposition contractuelle[2269]. Mais la responsabilité civile contractuelle ne prend pas en charge le fait d'un tiers, et l'action en revendication permet d'obtenir le rétablissement de la propriété et non une indemnisation. La responsabilité civile délictuelle va assurer une « protection minimale »[2270] et permettre une indemnisation du propriétaire victime d'une limitation de son droit de propriété, quel que soit l'auteur du préjudice.

532. D'ailleurs, l'action en responsabilité civile délictuelle est quelque peu facilitée en cas de violation du droit de propriété[2271].
D'une part, l'atteinte est en soi une faute[2272]. En matière d'empiètement, la Cour de cassation a déclaré que « l'empiétement sur la propriété de l'association était suffisant à caractériser la faute »[2273]. L'indemnisation pourrait correspondre au prix du terrain et au coût des ouvrages acquis par accession[2274]. De même, les herbes d'un terrain laissé en friche causent un empiètement constituant une privation de la jouissance du fonds, dont le préjudice a été évalué à 300 euros de dommages et intérêts[2275]. Le comportement du propriétaire lésé peut être pris en compte pour évaluer le préjudice[2276]. Il n'en demeure pas moins qu'en principe en cas de mauvaise foi du constructeur, les juges ne peuvent refuser d'ordonner la démolition[2277], même si le préjudice est léger et qu'il aurait pu être réparé par des dommages et intérêts[2278].

[2268] *Cf. supra* n°507.
[2269] Sur le fondement de l'article 1143 du Code civil, *cf. supra* n°522.
[2270] VINEY G., Pour ou contre « un principe général » de responsabilité civile pour faute, *in Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Mél. CATALA, Litec, 2001, p. 555.
[2271] Cela fait d'ailleurs penser aux arrêts concernant la protection du droit à la vie privée, qui indiquent que la seule constatation de l'atteinte à la vie privée « ouvre droit à réparation » : Civ. 1re, 5 novembre 1996, n°94-14.798 : *Bull. civ.* I, n°378 ; Civ. 1re 25 février 2004, n°02-18.081 : *Bull. civ.* III, n°41.
[2272] ZENATI-CASTAING F. et REVET Th., *op. cit.*, p. 331, n°207.
[2273] Civ. 3e, 10 novembre 1992, n°90-19.944 : *Bull. civ.* III, n°292. Cet arrêt a été rendu au visa des articles 1382, 544 et 545 du Code civil.
[2274] BERGEL J.-L., En cas d'empiètement, l'attribution de dommages et intérêts, à titre de sanction, peut être une alternative à la démolition, note ss Civ. 3e, 13 octobre 1992 et 10 novembre 1992, *RDI* 1993, p. 197.
[2275] CA Douai, 31 août 2005 : Juris-data n°2005-291397.
[2276] CA Colmar, 30 juin 2004, Juris-data n°2004-266892.
[2277] *Cf. infra* n°518.
[2278] Civ. 1er, 13 janvier 1965, n°62-10.951 : *Bull. civ.* I, n°34.

Cela signifie donc que la sanction de la démolition est à la discrétion du propriétaire lésé, et que ce dernier pourra éventuellement demander des dommages et intérêts en complément, ou en remplacement de la démolition c'est-à-dire une restitution par équivalent.
D'autre part, le préjudice semble pouvoir résulter de plein droit de l'atteinte portée au droit de propriété[2279]. Frédéric ZENATI-CASTAING évoque la notion de « dommage juridique »[2280]. La Cour de cassation a expliqué qu' « indépendamment de préjudices particuliers dont il appartient au demandeur de justifier, la seule constatation d'une voie de fait ouvre droit à réparation »[2281]. Le préjudice causé par la voie de fait est sans nul doute une perte de jouissance[2282]. De cette manière, l'atteinte au droit de propriété induit le préjudice, la faute et le lien de causalité.

533. En matière de responsabilité civile délictuelle, le préjudice est envisagé d'une façon extensive puisque le principe est celui de la réparation intégrale, c'est-à-dire du préjudice matériel et du préjudice moral, mais cela ne donne pas lieu à un contentieux particulier, ni à une réparation étendue[2283]. En guise de comparaison, un trouble de voisinage peut également entraîner la réparation du préjudice moral, et le montant alloué est un peu plus élevé[2284].
Cette absence de jurisprudence pourrait s'expliquer par le fait que, contrairement aux juges de la Cour européenne des droits de l'homme, les juges internes n'ont pas tendance à indemniser le préjudice moral, même s'il a lieu dans le cadre d'une privation de propriété.
Ainsi, une atteinte au droit de propriété donne droit à une réparation, mais une indemnisation sur le plan délictuel reste exceptionnelle puisqu'au niveau interne, s'il s'agit d'une privation du droit de propriété, en principe le propriétaire aura déjà reçu une indemnisation. Et s'il s'agit d'une restriction, le principe est celui de la non-indemnisation, sauf à prouver l'existence d'un préjudice distinct de la restriction mais qui en est la conséquence.
En droit européen, le droit à réparation est le droit commun de la sanction du droit de propriété, mais il est subsidiaire à plusieurs égards.

[2279] ZENATI-CASTAING F. et REVET Th., *op. cit.*, p. 331, n°207.
[2280] ZENATI-CASTAING F., Empiètement, *RTD civ.* 1993, p. 850.
[2281] Civ. 3e, 9 septembre 2009, n°08-11.154 : *Bull. civ.* III, n°185.
[2282] Civ. 3e, 16 février 1994, n°92-70.276.
[2283] Par exemple : TGI Angoulême, 14 décembre 1989 : *D.* 1991, p. 308 (indemnisation du préjudice moral résultant de l'atteinte au droit de propriété du fait de la dégradation du mur causée par des affiches publicitaires).
[2284] CA Versailles, 4 février 2009 : Juris-data n°2009-000135 : allocation de la somme de 3000 € pour le « préjudice moral résultant de l'angoisse créée et subie par les intimés du fait de l'installation sur la propriété voisine de cette antenne-relais ».

B. La réparation européenne : la satisfaction équitable

534. La Convention européenne des droits de l'homme n'a prévu aucune disposition spécifique pour réparer les préjudices financiers et moraux causés aux propriétaires par les atteintes portées au droit de propriété[2285]. C'est donc le mécanisme de la satisfaction équitable prévu par l'article 41 de la Convention de sauvegarde[2286] qui va sanctionner ces atteintes[2287]. Les principes applicables à la satisfaction équitable ont été élaborés au fil de la jurisprudence. En premier lieu, un lien de causalité est nécessaire entre la violation du droit de propriété et le préjudice matériel[2288] ou moral[2289]. En second lieu, une fois que la Cour constate la violation du droit au respect des biens, l'Etat défendeur doit mettre un terme à la violation et veiller à en effacer les conséquences en rétablissant, autant que faire se peut, la situation antérieure à celle en cause[2290]. L'Etat condamné doit réaliser une *restitutio in integrum* si la nature de la violation permet. Mais si la Cour estime que le droit national ne pourra pas effacer parfaitement les conséquences de la violation, l'article 41 de la Convention de sauvegarde l'habilite à accorder une satisfaction appropriée, c'est-à-dire une restitution ou une indemnité.

535. La particularité de la satisfaction équitable est de considérer que la restitution est une forme de réparation : une réparation en nature du préjudice causé par la violation du droit de propriété. Cela signifie qu'au sens européen une restitution peut effacer les conséquences de la violation en même temps qu'elle supprime la violation. Après avoir effectué des années de procédure pour aboutir devant la Cour de Strasbourg, cette solution paraît sévère pour le propriétaire dont la dépossession a sûrement entraîné des dommages matériels. Peut-être que la Cour espère ainsi inciter l'Etat à restituer puisqu'en restituant l'immeuble, l'Etat n'aura pas à verser d'indemnité pour réparer des dommages matériels. En réalité, les modalités de la

[2285] PETTITI C., La réparation des atteintes au droit de propriété : l'application de l'article 41 de la CEDH, *in La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 97.
[2286] Art. 41 : « Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable ».
[2287] Auparavant, la satisfaction équitable était prévue par l'article 50 de la Convention de sauvegarde.
[2288] CEDH *Öneryildiz c./ Turquie* du 30 novembre 2004, préc., §166.
[2289] CEDH *Vistins et Perepjolkins c./ Lettonie* du 25 mars 2014 (article 41), aff. n°71243/01, §46.
[2290] CEDH *Papamichalopoulos et autres c./ Grèce* du 31 octobre 1995 (article 50), Série A n°330-B, §34 ; CEDH *Iatridis c./ Grèce* du 19 octobre 2000 (article 41), aff. n° 31107/96, §32.

satisfaction équitable dépendent de la nature de la violation, notamment entre les dépossessions licites ou illicites, et de la nature du préjudice[2291], matériel (1), ou moral (2).

1. La réparation du préjudice matériel

536. En présence d'un préjudice matériel, la jurisprudence européenne distingue entre les réparations des dépossessions licites et des dépossessions illicites. La violation du principe de légalité nécessite un effacement total de l'atteinte au droit de propriété. La Cour privilégie alors la restitution et, si elle est impossible, matériellement ou parce que l'Etat refuse de restituer le bien, elle accorde une indemnité[2292]. En revanche, dans le cadre d'une dépossession licite, elle n'accorde qu'une indemnité, parce qu'elle considère que l'idée n'est pas d'effacer totalement les conséquences de l'ingérence[2293]. L'atteinte au principe de proportionnalité n'a donc pas la même portée que l'atteinte au principe de légalité[2294].
Depuis le revirement opéré par l'arrêt *Guiso-Gallisay*[2295], la distinction entre les dépossessions licites et illicites s'est atténuée concernant l'évaluation de l'indemnité[2296]. Auparavant, l'indemnité d'une dépossession illicite était évaluée en fonction de « la valeur actuelle des terrains augmentée de la plus-value apportée par l'existence de bâtiments qui avaient été édifiés depuis l'occupation »[2297]. L'indemnité prenait donc en considération le potentiel du terrain. Mais pour la Cour cette méthode de calcul pouvait introduire des « inégalités de traitement entre les requérants, en fonction de la nature de l'ouvrage public

[2291] PETTITI C., La réparation des atteintes au droit de propriété : l'application de l'article 41 de la CEDH, *in La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 97, spéc. p. 98.
[2292] CEDH *Hentrich c./ France* du 3 juillet 1995 (article 50), Série A n°320-A, §10 : « la meilleure forme de réparation consisterait en la rétrocession du terrain par l'Etat » ; CEDH *Papamichalopoulos et autres c./ Grèce* du 31 octobre 1995 (article 50), préc., §36, citant l'arrêt du 13 septembre 1928 de la Cour permanente de justice internationale à propos de l'affaire de l'usine de Chorzow qui précise clairement qu'en principe la réparation doit avoir lieu en priorité par une restitution en nature.
[2293] CEDH *Ex-Roi de Grèce et a. c./ Grèce* du 28 novembre 2002 (article 41), aff. n°25701/94, §78.
[2294] L'atteinte au principe de légalité est donc ce qui fonde la distinction des sanctions entre les dépossessions licites et illicites. Pour une confirmation récente, V. CEDH *Vistins et Perepjolkins c./ Lettonie* du 25 mars 2014 (article 41), aff. n°71243/01, §33.
[2295] CEDH *Guiso-Gallisay c./ Italie* du 22 décembre 2009 (article 41), aff. n°58858/00. L'affaire *Guiso-Gallisay* a d'abord fait l'objet d'un arrêt du 21 octobre 2008, mais elle a été renvoyée devant la Grande chambre qui a rendu son arrêt le 22 décembre 2009.
[2296] VAN BRUSTEM M. et VAN BRUSTEM E., Les hésitations de la Cour européenne des droits de l'homme : à propos du revirement de jurisprudence en matière de satisfaction équitable applicable aux expropriations illicites, note ss CEDH 21 octobre 2008, *Guiso c./Italie*, aff. n°58858/00*, RFDA* 2009, p. 285.
[2297] CEDH *Papamichalopoulos et autres c./ Grèce* du 31 octobre 1995 (article 50), préc., §39 ; CEDH *Brumarescu c./ Roumanie* du 23 janvier 2001 (article 41), aff. n°28342/95, §23 ; CEDH *Belvedere Alberghiera SRL c./ Italie* du 30 octobre 2003 (article 41), aff. n°31524/96, §35.

bâti par l'administration »[2298]. Elle a donc décidé de « prendre en considération la date à laquelle l'intéressé a eu la certitude juridique d'avoir perdu son droit de propriété sur le bien litigieux ». Cette date est donc antérieure à celle qui servait de référence antérieurement. Cependant, la Cour précise que « la valeur vénale totale du bien fixée à cette date par les juridictions nationales est ensuite à réévaluer et à majorer des intérêts au jour de l'adoption de l'arrêt de la Cour ». Du montant ainsi obtenu, il faut enfin déduire la somme versée au requérant par les autorités de son pays. De cette manière, l'indemnité ne tient plus compte du coût de construction de l'ouvrage bâti sur le terrain. Elle reflète uniquement la valeur brute du terrain actualisée grâce à l'intérêt légal. Les parties peuvent produire une expertise. La Cour a confirmé cette méthode de calcul et a récemment décidé qu'aucune indemnité ne peut être versée pour réparer l'occupation illégitime du terrain[2299]. Elle considère que l'actualisation par le biais de l'intérêt légal compense le laps de temps qui s'est écoulé depuis la dépossession, c'est-à-dire pendant la durée de l'occupation illégitime.

Pour évaluer l'indemnité due en cas de dépossession licite, la Cour se réfère aux principes permettant de verser une indemnité raisonnable[2300], et elle statue en équité[2301]. Dans l'affaire *Lallement contre France*, l'expropriation des terres agricoles avait occasionné la perte de l'outil de travail. La Cour a alors calculé la perte des revenus occasionnée par l'expropriation, et a même alloué une somme pour les pertes futures de revenus[2302]. La Cour donne ainsi concrètement une dimension économique au droit de propriété.

537. Les atteintes à la substance qui ne sont pas assimilées à une dépossession posent des problèmes d'évaluation. Quand un accord ne peut pas être trouvé entre l'Etat et le requérant[2303], la Cour explique le raisonnement qu'elle retient alors. Pour l'affaire *Sporrong et Lönnroth*, elle refuse d'appliquer les méthodes proposées par les requérants et le gouvernement, c'est-à-dire les méthodes dites du « réaménagement hypothétiques » ou de « l'usage effectif ». Au contraire, elle souhaite avoir une approche globale de la situation en se fondant sur les « facteurs (périodes et composantes du dommage) pertinents à ses

[2298] CEDH *Guiso-Gallisay c./ Italie* du 21 octobre 2008 (article 41), §29 , puis CEDH *Guiso-Gallisay c./ Italie* du 22 décembre 2009 (article 41), préc., §105.
[2299] CEDH *Rolim Comercial S.A. c./ Portugal* du 13 janvier 2015 (article 41), aff. n°16153/09, §15.
[2300] *Cf. supra* n^{os}487 et s.
[2301] CEDH *Piron c./ France* du 14 novembre 2000, préc., §62 ; CEDH *Perdigao c./ Portugal* du 16 novembre 2010, préc., §86 ; CEDH *Vistins et Perepjolkins c./ Lettonie* du 25 mars 2014 (article 41), préc., §36.
[2302] CEDH *Lallement c./ France* du 12 juin 2003 (article 41), aff. n°46044/99, §§7-19. Les pertes passées et futures ont été évaluées à 75000 € chacun, soit 150000 € au total.
[2303] CEDH *Elia c./ Italie* du 2 août 2001, préc., §93 : la question de la réparation a été renvoyée par la Cour car il était possible que les parties trouvent un accord.

yeux »[2304]. Et plus récemment, pour l'affaire *Hakan Ari*, elle a expliqué que « l'ingérence litigieuse répondait aux exigences de l'intérêt général », et que donc elle n'avait pas à effacer totalement les conséquences de l'atteinte[2305]. Etant donné le caractère aléatoire du préjudice, elle propose une méthode de calcul de l'indemnité : elle évalue d'abord la valeur probable du terrain au moment où il est devenu indisponible. Et sur cette base, elle applique l'intérêt légal. Le résultat de ce calcul de la somme des intérêts légaux est l'indemnité qui sera versée au propriétaire[2306].

Enfin, les réglementations de l'usage des biens dont la violation est reconnue par la Cour ne sont pas toujours indemnisées, parce que les requérants n'ont pas fourni de justificatifs[2307], ou en raison des circonstances particulières de l'espèce[2308]. Toutefois, dans l'affaire *Bittó*, la Cour a donné une sorte de méthode d'évaluation, même si elle reconnaît que le préjudice est incertain, qu'elle n'a pas à effacer totalement les conséquences de la violation et qu'elle doit statuer en équité[2309]. Elle propose donc de se baser sur les estimations qui lui ont été fournies et qui indiquent les valeurs locatives du marché pendant la période concernée, puis de faire la différence entre le loyer libre et le loyer contrôlé. En revanche elle rejette l'indemnisation pour les pertes futures.

2. La réparation du préjudice moral

538. Le préjudice moral est régulièrement pris en considération par la Cour de Strasbourg[2310]. Dans certains cas, la Cour estime que le seul constat de la violation d'article 1er du Protocole n°1 suffit à indemniser moralement le requérant[2311]. Parfois, elle octroie une indemnité globale[2312]. Et le plus souvent, elle qualifie le préjudice de différentes manières : le « sentiment d'impuissance et de frustration »[2313], l'« angoisse et la « tension »[2314] et

[2304] CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 18 décembre 1984 (article 50), Série A, n°88, §§27-31.
[2305] CEDH *Hakan Ari c./ Turquie* du 11 janvier 2011, préc., §§51-58.
[2306] En l'espèce, 12000 €.
[2307] CEDH *Chassagnou et a. c./ France* du 29 avril 1999, préc., §130, et réparation du dommage moral à hauteur de 30 000 FRF, soit une contre-valeur de 4 573€; CEDH *Herrmann c./ Allemagne* du 26 juin 2012, préc., §123, et réparation du dommage moral à hauteur de 5 000 €.
[2308] CEDH *Lindheim et a. c./ Norvège* du 12 juin 2012, préc., §141.
[2309] CEDH *Bittó et a. c./ Slovaquie* du 7 juillet 2015 (article 41), aff. n°30255/09, §§20-29.
[2310] PETTITI C., préc., spéc. pp. 114 et s.
[2311] CEDH *S. A. Dangeville c./ France* du 16 avril 2002, préc., §70 ;
[2312] CEDH *Zubani c./ Italie* du 16 juin 1999, aff. n°14025/88, §22.
[2313] CEDH *Papamichalopoulos et autres c./ Grèce* du 31 octobre 1995 (article 50), préc., §43 ; CEDH *Sarica et Dilaver c./ Turquie* du 27 mai 2010, préc., §66.
[2314] CEDH *Lallement c./ France* du 11 avril 2002, préc., §31.

simplement le « préjudice moral »[2315]. Mais le montant ainsi alloué reste la plupart du temps assez faible.

539. Ainsi, les sanctions directes des limitations au droit de propriété existent bel et bien, mais leur mise en œuvre manque d'efficience. La restitution juridique semble être un parcours du combattant. La restitution matérielle est, quant à elle, incertaine et demande beaucoup de patience au propriétaire. La réparation est surtout considérée à titre subsidiaire, soit parce qu'elle ne concerne finalement que des restrictions du droit de propriété, soit parce qu'elle n'est demandé qu'après la restitution, soit enfin parce qu'elle est subsidiaire par nature. En effet, la satisfaction équitable n'est accordée qu'en l'absence de réparation adéquate au niveau interne[2316]. Au niveau européen, la réparation est entendue de façon large, mais concrètement elle est minimale. La restitution est réservée aux cas de dépossessions illicites, comme sanctionnant l'absence de légalité. Et les différentes méthodes permettant d'évaluer les indemnisations ne semblent pas destinées à accorder un traitement de faveur aux propriétaires. Au contraire, la nouvelle méthode d'indemnisation des dépossessions illicites est particulièrement tolérante vis-à-vis des occupations illégales des autorités publiques.
Ce manque d'efficience laisse de la place à d'autres types de sanctions. Ces sanctions ne se fondent plus uniquement sur le droit de propriété, et elles peuvent avoir un but autre que celui de la réintégration du propriétaire dans ses droits. Ces sanctions sont, alors, indirectes.

Section 2. Les sanctions indirectes des limitations au droit de propriété

540. Les limitations qui portent atteinte au droit de propriété sont sanctionnées indirectement lorsque la protection du droit de propriété est combinée avec celle d'autres droits fondamentaux. L'ingérence supportée par le droit de propriété apparaît comme un élément qui permet de retenir la violation d'un autre droit fondamental ou comme une manière de confirmer la condamnation de la violation du droit de propriété. Cette sanction-combinaison fonctionne comme une protection du droit de propriété à titre complémentaire (§1). La protection du droit de propriété peut aussi avoir lieu indirectement lorsque l'objectif de la sanction de la limitation est de protéger l'ordre public. La sanction-répression possède donc une dimension qui lui est propre, une dimension pénale (§2).

[2315] CEDH *Brumarescu c./ Roumanie* du 23 janvier 2001 (article 41), préc., §27.
[2316] C'est une des applications du principe de subsidiarité.

§1. La sanction-combinaison, à titre complémentaire

541. La combinaison du droit de propriété avec d'autres droits fondamentaux permet de réaliser une sanction complémentaire du droit de propriété. Sa nature va dépendre des circonstances et des droits fondamentaux utilisés. En règle générale, il semblerait qu'une combinaison de nature procédurale (A), donnant lieu à une condamnation fondée sur des droits procéduraux, permet de confirmer la violation du droit de propriété. Une combinaison de nature patrimoniale (B) assimile quant à elle le droit de propriété à un droit patrimonial, ce qui lui permet de servir comme fondement de la violation d'autres droits fondamentaux.

A. Une combinaison de nature procédurale

542. En principe, lorsqu'un droit de nature procédural est invoqué en même temps que le droit de propriété, l'examen des deux droits est effectué séparément. Il en est ainsi au sujet de l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde ou de l'article 16 de la Déclaration de 1789. L'article 13 de la Convention de sauvegarde est, quant à lui, examiné séparément mais parfois sa violation se fonde sur le grief tiré de l'article 1er du protocole n°1 additionnel. Cette combinaison de nature procédurale est développée au niveau européen (1) alors que, par comparaison, au niveau interne, cette utilisation est minimale (2).

1. Une combinaison développée au niveau européen

543. D'après l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde, le droit à un procès équitable peut être actionné pour des « contestations sur des droits et obligations de caractère civil ». La notion de « droits et obligations de caractère civil » étant considérée comme autonome de la qualification retenue en droit interne, « seul compte le caractère du droit qui se trouve en cause »[2317]. À l'occasion de l'arrêt *Sporrong et Lönnroth*, la Cour européenne a expliqué « le droit de propriété revêt sans aucun doute un caractère civil »[2318]. Mais le terme de « contestations » lui a posé plus de difficultés puisque la Commission européenne estimait que la procédure administrative de délivrance puis de prorogation des permis n'entrait pas dans le domaine de l'article 6 §1. La Cour a donc précisé que « dès lors que les requérants jugeaient illégales l'adoption ou prorogation de mesures atteignant leur droit de propriété et

[2317] CEDH *König c./ Allemagne* du 28 juin 1978, Série A n°27, §90.
[2318] CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, préc., §79.

en vigueur pour des durées telles que celles observées en l'espèce, ils avaient droit à ce qu'un tribunal tranchât cette question de droit interne »[2319]. Elle a ainsi examiné la procédure et a conclu en la violation de l'article 6 §1. Il n'y a donc pas *a priori* de restrictions pour invoquer le droit à un procès équitable à partir du moment où le propriétaire a rencontré des difficultés procédurales quand il a voulu dénoncer l'atteinte faite à son droit de propriété.

544. Le droit à un procès équitable a ainsi été invoqué de façon combinée avec le droit au respect des biens et ce avec succès, notamment au sujet de la procédure d'exécution forcée des expulsions des locataires[2320], d'une action en revendication[2321], d'une procédure concernant l'indemnité pour une expropriation[2322], ou encore pour une privation du titre de propriété[2323].

La particularité de l'article 6 §1 est qu'il contient différentes hypothèses dont peut se prévaloir un propriétaire qui estime ne pas avoir eu un procès équitable : l'absence de caractère équitable de la procédure[2324], c'est-à-dire que les principes du contradictoire et de l'égalité des armes n'ont pas été respectés, le non respect d'un délai raisonnable[2325], des difficultés quant à l'indépendance et à l'impartialité du tribunal ou encore un manquement au droit d'accès à un tribunal[2326]. En termes de satisfaction équitable, la combinaison entre le droit au procès équitable et le droit au respect des biens améliore surtout la réparation du dommage moral.

545. Le respect du délai raisonnable de la procédure[2327] est parfois utilisé de façon autonome alors qu'il s'agit sur le fond d'une limitation du droit de propriété[2328]. Ce constat est

---

[2319] *Ibid*., §81.
[2320] CEDH *Immobiliare Saffi c./ Italie* du 28 juillet 1999, préc., §63.
[2321] CEDH *Brumarescu c./ Roumanie* du 28 octobre 1999, préc., §65.
[2322] CEDH *Guillemin c./ France* du 21 décembre 1997, préc., §§42-44 ; CEDH *Scordino c./ Italie* du 29 mars 2006, préc., §223.
[2323] CEDH *Koper c./ Turquie* du 13 septembre 2011, aff. n°18538/05, §§24-30.
[2324] CEDH *Hentrich c./ France* du 22 septembre 1994, préc., §56 ;
[2325] CEDH *Erkner et Hofauer c./ Autriche* du 23 avril 1987, préc., §70 ; CEDH *Scordino c./ Italie* du 29 mars 2006, préc., §225 ; CEDH *Koper c./ Turquie* du 13 septembre 2011, préc., §29.
[2326] CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, préc., §84 ; CEDH *Häkansson et Sturesson c./ Suède* du 21 février 1990, préc., §63 ; CEDH *Immobiliare Saffi c./ Italie* du 28 juillet 1999, préc., §66.
[2327] La Cour apprécie ce caractère raisonnable en fonction de la complexité de l'affaire, du comportement des requérants et des autorités et des enjeux du litige pour l'intéressé. V. CEDH *Frydlender c./ France* du 27 juin 2000, aff. n°30979/96, §43.
[2328] Sur ce constat, V. SERMET L., *Convention européenne des droits de l'Homme et contentieux administratif français*, Préf. L. DUBOUIS, Economica, Coll. Coopération et développement, Paris, 1996, pp. 59 et s. : Laurent SERMET évoque l'« effet attractif du droit de propriété »; MONTI L., th. préc., pp. 535 et s. ; MEYER (de) J., Le droit de propriété dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *in Le droit de propriété en Europe occidentale et orientale, Mutations et limites d'un droit fondamenta*l, Bruxelles, Bruylant 1995, p. 55, spéc. p. 68.

un des éléments qui permet d'ailleurs de dire que « le procès équitable devient un enjeu substantiel »[2329]. Ainsi, par exemple dans l'affaire *Beaumartin*, la Cour a expliqué que « la contestation portée devant lesdites juridictions tirait son origine d'une mesure d'expropriation et visait le principe et/ou l'étendue d'une réparation. Elle avait ainsi des répercussions directes sur le droit de propriété des intéressés, droit de caractère civil; son issue, qui dépendait de l'interprétation du traité, était directement déterminante pour un tel droit »[2330]. Et dans l'affaire *Goletto*, la Cour en a déduit que les requérants « pouvaient se prévaloir d'une ingérence dans leur droit au respect de leur bien au sens de l'article 1 du Protocole no 1, droit de caractère « civil » par excellence »[2331]. Néanmoins, lorsque l'article 6 §1 est utilisé comme seul fondement, la preuve du lien de causalité entre la violation du droit au procès équitable et un dommage matériel est assez difficile. C'est pourquoi, dans ces deux affaires, les requérants n'ont obtenu qu'une réparation du dommage moral[2332].

546. L'article 13 de la Convention de sauvegarde concerne également un droit de nature procédural : le droit à un recours effectif devant une instance nationale. Cet article souffre de la concurrence de l'article 6 §1 puisque leurs domaines sont proches, et qu'en principe l'article 13 n'est pas invocable de façon autonome. Avec l'arrêt *Kudla* les juges de Strasbourg ont « revalorisé »[2333] l'article 13 en acceptant d'étudier un grief tiré de la violation de l'article 13 même en présence d'une violation de l'article 6 §1[2334]. Ainsi à l'inverse, si la violation de l'article 13 a été constatée la Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 6 §1[2335]. Néanmoins, l'article 13 possède encore un « caractère accessoire »[2336] puisque le requérant doit présenter un « grief défendable » fondé sur un droit

---

[2329] GUINCHARD S., Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ?, *in* Mél. GUINCHARD S., Frison-Roche, 1999, p. 139, spéc. p. 164.
[2330] CEDH *Beaumartin c./ France* du 24 novembre 1994, Série A n°296-B, §28.
[2331] CEDH *Goletto c./ France* du 4 février 2003, aff. n°54596/00, §12.
[2332] Dans un sens similaire, V. CEDH *Zanatta c./ France* du 28 mars 2000, aff. n°38042/97 ; et CEDH *Yvon c./ France* du 24 avril 2003, aff. n°44962/98 : recours uniquement sur le fondement de l'article 6 §1 alors que cela concernait la procédure en fixation de l'indemnité d'expropriation. La Cour a refusé de réparer le dommage matériel en invoquant l'absence de lien de causalité et a estimé que le dommage moral était suffisamment réparé par le constat de la violation du droit au procès équitable.
[2333] RENUCCI J.-F., *op. cit.*, p. 420, n°412.
[2334] CEDH *Kudla c./ Pologne* du 26 octobre 2000, aff. n°30210/96, §156 : « la Cour estime que l'interprétation correcte de l'article 13 est que cette disposition garantit un recours effectif devant une instance nationale permettant de se plaindre d'une méconnaissance de l'obligation, imposée par l'article 6 §1, d'entendre les causes dans un délai raisonnable ». Pour une application relative au droit de propriété : CEDH *Driza c./ Albanie* du 13 novembre 2007, aff. n°33771/02 : concernant une procédure de restitution foncière, l'Albanie a été condamnée sur le fondement de l'article 6 §1 pour l'impartialité des tribunaux, et sur le fondement de l'article 13 combiné avec l'article 1er du protocole n°1 en raison de l'ineffectivité des recours prévus par la loi interne.
[2335] CEDH *Immobiliare Saffi c./ Italie* du 28 juillet 1999, préc., §75 ; CEDH *Öneryildiz c./ Turquie* du 30 novembre 2004, préc., §160.
[2336] RENUCCI J.-F., *ibid.*

garanti par la Convention de sauvegarde[2337]. Il est ainsi ponctuellement combiné avec le droit au respect des biens[2338]. Mais il reste moins employé que le recours fondé sur l'article 6 §1 car il donne une marge d'appréciation aux Etats, son domaine est plus étroit que ceux de l'article 6 §1, et il n'octroie pas de satisfaction équitable plus avantageuse pour les requérants puisque le but de la satisfaction équitable est de corriger l'atteinte, quel que soit le fondement employé.

Quoi qu'il en soit, cette combinaison entre le droit au respect des biens et les droits de nature procédurale se révèle souvent fructueuse. Il n'en va pas de même au niveau constitutionnel, qui se contente d'une combinaison minimale.

2. Une combinaison minimale au niveau constitutionnel

547. La dimension de la garantie des droits prévue par l'article 16 de la Déclaration de 1789 est large[2339]. En effet, l'article 16 protège notamment le droit à un recours juridictionnel effectif[2340], le droit à un procès équitable[2341], le principe du contradictoire[2342], l'indépendance et l'impartialité des tribunaux[2343] ou encore la force exécutoire des décisions de justice[2344]. La potentialité de cet article est donc considérable puisqu'au fil des décisions du Conseil constitutionnel, il ressemble de plus en plus à l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde[2345].

548. Le propriétaire qui s'estime victime d'une atteinte à ses droits procéduraux peut fonder sa QPC sur les articles 2, 16 et 17 de la Déclaration de 1789. Le Conseil constitutionnel étudie alors de façon successive les éventuelles atteintes au droit de propriété et à la garantie des droits. La combinaison de ces articles ne permet une protection du droit de propriété qu'à titre complémentaire, et de façon minimale, puisque sur les quelques QPC

[2337] Rappelant ce principe V. CEDH *Öneryildiz c./ Turquie* du 30 novembre 2004, préc., §145.
[2338] Par exemple : CEDH *Chypre c./ Turquie* du 10 mai 2001, aff. n°25781/94, §324 ; CEDH *Öneryildiz c./ Turquie* du 30 novembre 2004, préc. ; CEDH *Driza c./ Albanie* du 13 novembre 2007, préc. ; CEDH *Georgi Atanasov c./ Bulgarie* du 7 octobre 2010, aff. n°5359/04 ; et de façon moins explicite : CEDH *Chiragov et a. c./ Arménie* du 16 juin 2015, aff. n°13216/05.
[2339] Art. 16 DDHC : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».
[2340] Décision n°96-373 DC du 9 avril 1996, cons. 83, préc.
[2341] Décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, cons. 11, préc.
[2342] Décision n°84-184 DC du 29 décembre 1984, cons. 35, J.O. du 30 décembre 1984, p. 4167 (en corollaire avec les droits de la défense).
[2343] Décision n°2006-545 DC du 28 décembre 2006, cons. 24, J.O. du 31 décembre 2006, p. 20320.
[2344] Décision n°98-403 DC du 29 juillet 1998, cons. 46, préc.
[2345] À ce sujet, V. MOLFESSIS N., th. préc., pp. 233 et s., n[os]292 et s. et spéc. sur le droit au recours, pp. 237-238, n°295.

recensées qui invoquaient à la fois une atteinte au droit de propriété et une atteinte à la garantie des droits[2346], seules deux décisions concluent à la violation de l'article 16 sans pour autant conclure à celle des articles 2 et 17[2347], et une décision a effectué une réserve d'interprétation concernant l'article 16[2348].

B. Une combinaison de nature patrimoniale

549. La combinaison du droit de propriété avec des droits fondamentaux de nature patrimoniale a pour conséquence d'assimiler le droit de propriété à un droit patrimonial. Mais sanctionner les limitations de cette manière semble au niveau européen, avoir une visée humanitaire (1), et au niveau constitutionnel, une visée économique (2).

1. Une visée humanitaire au niveau européen

550. Au niveau européen, les combinaisons du droit au respect des biens avec le principe de non-discrimination, et le droit au respect de la vie privée et du domicile, ont une visée humanitaire, puisqu'au-delà de sanctionner une perte patrimoniale elles sont censées améliorer la condition des individus européens.

551. À l'instar de l'article 13 de la Convention de sauvegarde, l'article 14, qui protège le principe de non-discrimination, se combine avec l'article 1er du protocole n°1 et « n'a pas d'existence indépendante, puisqu'il vaut uniquement pour "la jouissance des droits et libertés" » garantie par la Convention et ses protocoles[2349]. Les domaines bénéficiant de la combinaison de l'article 14 et de l'article 1er du protocole n°1 sont nombreux, notamment : l'immobilier[2350], la fiscalité[2351], les indemnités retraite[2352] ou chômage[2353], et la famille[2354]. Cela est une des conséquences de la prééminence de la notion de *bien* sur celle de *droit de*

[2346] Au total, 13 QPC.
[2347] Décision n°2011-182 QPC du 14 octobre 2011, cons. 2 et 8, préc. ; décision n°2011-203 QPC du 2 décembre 2011, cons. 12, préc.
[2348] Décision n°2014-406 QPC du 9 juillet 2014, cons. 12, J.O. du 11 juillet 2014, p. 11613
[2349] CEDH *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c./ Royaume-Uni* du 28 mai 1985, Série A n°94, §71.
[2350] CEDH *Pine Valley Developments Ltd et a. c./ Irlande* du 29 novembre 1991, préc., §§61-64.
[2351] CEDH *Darby c./ Suède* du 23 octobre 1990, Série A n°187, §§28-34.
[2352] CEDH *Andrejeva c./ Lettonie* du 18 février 2009, aff. n°55707/00, §§58-92 ; CEDH *Manzanas Martin c./ Espagne* du 3 avril 2012, aff. n°17966/10, §§24-57.
[2353] CEDH *Gaygusuz c./ Autriche* du 16 septembre 1996, préc., §§33-52.
[2354] CEDH *Marckx c./ Belgique* du 13 juin 1979, préc., §§63-65 ; CEDH *Inze c./ Autriche* du 28 octobre 1987, Série A n°126, §§35-45 ; CEDH *Mazurek c./ France* du 1er février 2000, aff. n°34406/97, §§25-55 ; CEDH *Fabris c./ France* du 7 février 2013, aff. n°16574/08, §§36-75.

propriété au niveau européen[2355]. D'ailleurs avant même de vérifier l'existence d'une discrimination, la Cour qualifie le bien dont il est question.

En principe, lorsque la Cour constate la violation séparée de l'article 1er du Protocole n°1, elle n'examine pas l'affaire sous l'angle de la combinaison de l'article 14 et de l'article 1er du protocole n°1[2356]. Mais si le requérant démontre qu'une « nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en cause constitue un aspect fondamental du litige », la Cour peut exceptionnellement se prononcer sur les articles combinés même si la violation de l'article 1er du protocole n°1 a été décidée antérieurement[2357].

552. Pour apprécier l'existence de la discrimination, la Cour détermine en premier lieu si les indivis sont placés dans des situations analogues[2358]. Elle vérifie si le requérant est réellement moins bien traité que d'autres personnes, alors que leurs situations seraient comparables. Et en second lieu, elle regarde si la distinction opérée est discriminatoire en ce qu' « elle "manque de justification objective et raisonnable", c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un "but légitime" ou s'il n'y a pas de "rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé"[2359] ».

Or, ces deux critères dépendent d'une ample marge d'appréciation laissée aux Etats. Ainsi, l'existence de situations analogues dépend des circonstances, du domaine et du contexte. La Cour rappelle que « l'article 14 n'interdit pas à un État membre de traiter des groupes de manière différenciée pour corriger des "inégalités factuelles" entre eux ; de fait, dans certaines circonstances, c'est l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité qui peut, sans justification objective et raisonnable, emporter violation de la disposition en cause »[2360]. L'absence d'analogie des situations semble ainsi facilement prouvée par l'État[2361]. Et quant au critère de l'absence de justification objective et raisonnable, il est également atténué par l'ample marge d'appréciation des Etats en matière économique et sociale. Ainsi une « crise grave du logement » légitime la protection des locataires face à l'exécution forcée de leur expulsion demandée par le propriétaire[2362].

[2355] *Cf. supra* n°692.
[2356] CEDH *Les Saints Monastères c./ Grèce* du 9 décembre 1994, préc., §94 ; CEDH *Beyeler c./ Italie* du 5 janvier 2000, §126 ; CEDH *Vistins et Perepjolkins c./ Lettonie* du 25 octobre 2012, préc., §136.
[2357] CEDH *Chassagnou et a. c./ France* du 29 avril 1999, préc., §89.
[2358] CEDH *Marckx c./ Belgique* du 13 juin 1979, préc., §47.
[2359] CEDH *Inze c./ Autriche* du 28 octobre 1987, préc., §41.
[2360] CEDH *Manzanas Martin c./ Espagne* du 3 avril 2012, préc., §40.
[2361] CEDH *Fredin c./ Suède* du 18 février 1991, préc., §62. Sur ce constat, V. DEBET A., th. préc., p. 722, note n°1.
[2362] CEDH *Spadea et Scalabrino c./ Italie* du 28 septembre 1995, préc., §46. Pour la protection des locataires, V. également : CEDH *James c./ Royaume-Uni* du 21 février 1986, préc., §77.

La preuve d'une discrimination fondée sur l'article 1er du protocole n°1 s'avère délicate, et la condamnation est relativement rare.

553. Le propriétaire peut choisir de se placer sous la protection accordée au domicile. La notion de « vie privée » et de « domicile » est interprétée par les juges de Strasbourg comme devant « prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics »[2363]. La jurisprudence qui applique l'article 8 de la Convention de sauvegarde apprécie les atteintes portées au domicile de façon large. Selon la Cour, ces atteintes sont graves si elles empêchent une personne de jouir de son domicile[2364]. Ainsi, des entraves à la jouissance du domicile pendant une période de cinq ans et demi causées par une controverse quant à la délivrance d'un titre de propriété, ont été considérées comme violant l'article 8[2365].
Cependant, la protection du domicile ne s'applique pas aux résidences secondaires[2366]. En outre, la Cour objecte parfois que le grief est identique à celui étudié sur le fondement de l'article 1er du protocole n°1 pour ne pas l'examiner sous l'angle de l'article 8[2367].
Dans ces conditions, l'article 8 et l'article 1er du protocole n°1 sont rarement combinés avec succès[2368], même par l'intermédiaire d'un examen séparé[2369]. Il semble donc qu'une telle combinaison ne soit opérante qu'en cas de graves troubles ayant causé la destruction des maisons, propriétés et domiciles des requérants.
Ces combinaisons à visée humanitaire fournissent une sanction indirecte du droit de propriété, et n'assurent qu'une protection complémentaire indéniable, mais subsidiaire, du droit de propriété. L'assimilation totale du droit de propriété à un droit patrimonial n'a donc pas un effet protecteur efficace.
Le constat est à peine plus satisfaisant au niveau constitutionnel, dont la visée est économique.

[2363] CEDH *Niemietz c./ Allemagne* du 16 décembre 1992, Série A n°251-B, §31.
[2364] CEDH *Moreno Gomez c./ Espagne* du 16 novembre 2004, aff. n°4143/02, §53.
[2365] CEDH *Surugiu c./ Roumanie* du 20 avril 2004, aff. n°48995/99, §§60-68.
[2366] CEDH *Depalle c./ France* du 29 mars 2010, préc., §95 ; CEDH *Brosset-Triboulet et a. c./ France* du 29 mars 2010, préc., §98.
[2367] CEDH *Niemietz c./ Allemagne* du 16 décembre 1992, préc., §40 ; CEDH *Öneryildiz c./ Turquie* du 30 novembre 2004, préc., §160.
[2368] CEDH *Akdivar et a. c./ Turquie* du 16 septembre 1996, aff. n°21893/93, §§83-88 ; CEDH *Selçuk et Asker c./ Turquie* du 24 avril 1998, aff. n°23184/94 et n°23185/94, §§83-87.
[2369] CEDH *Chiragov et a. c./ Arménie* du 16 juin 2015, aff. n°13216/05, §201 et §208.

2. Une visée économique au niveau constitutionnel

554. En adoptant une visée économique dans ses combinaisons, le Conseil constitutionnel fait preuve d'une démarche plus modeste que celle de la Cour de Strasbourg, et assez novatrice à son niveau. En effet, le Conseil constitutionnel combine régulièrement le principe d'égalité devant les charges publiques et la liberté d'entreprendre avec le droit de propriété, en les étudiant séparément ou ensemble. Comme le droit de propriété, ces deux droits ont une valeur constitutionnelle[2370].

555. En premier lieu, le principe d'égalité devant les charges publiques se fonde principalement sur l'article 13 de la Déclaration de 1789[2371]. Dans un sens commun, l'expression de « charges publiques » pourrait être comprise de deux façons: soit du côté de la collectivité, comme « l'ensemble des charges auxquelles elle se livre dans l'intérêt de tous ses membres », soit du côté des particuliers « qui supportent tout le poids des dépenses publiques »[2372]. C'est dans ce dernier sens qu'il faut comprendre le principe d'égalité devant les charges publiques. Il « exige que chacun soit soumis à la même contribution »[2373]. En réalité, avec ce principe les constituants avaient l'intention de mettre fin aux abus de l'Ancien régime en matière fiscale[2374]. Il en résulte qu'encore actuellement le principe vise souvent les impôts et taxes. Il est donc naturel qu'il ait une connotation économique, même combiné avec le droit de propriété.

556. Le principe d'égalité devant les charges publiques est considéré comme une garantie constitutionnelle indirecte du droit de propriété[2375] depuis la décision du 13 décembre 1985, *Amendement Tour Eiffel*[2376]. Tout en n'impliquant qu'une responsabilité sans faute des

[2370] Pour le principe d'égalité devant les charges publiques : décision n°81-133 DC du 30 décembre 1981, cons. 6, J.O. du 31 décembre 1981, p. 3609 ; pour la liberté d'entreprendre : décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, cons. 16 *in fine*, préc.
[2371] Art. 13 DDHC : « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ». L'alinéa 12 du Préambule de la Constitution de 1946 dispose également : « La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales ».
[2372] DELVOLVÉ P., *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, th. Paris, L.G.D.J., 1969, p. 5, n°7.
[2373] DELVOLVÉ P., *th. préc.*, p. 6, n°7.
[2374] DELVOLVÉ P., th. préc., pp. 10 et s., n^{os}17 et s.
[2375] TRÉMEAU J., Jurisprudence du Conseil constitutionnel 1er juillet – 30 septembre 1998, Contrôle de la loi ordinaire, RDF Const. 1998, p. 765, spéc. p. 772.
[2376] Décision n°85-198 DC du 13 décembre 1985, cons. 16, préc. : « le principe d'égalité devant les charges publiques ne saurait permettre d'exclure du droit à réparation un élément quelconque de préjudice indemnisable résultant des travaux ou de l'ouvrage public ».

autorités publiques[2377], ce principe donnerait un fondement possible à l'indemnisation des restrictions qui portent atteinte au droit de propriété[2378]. Le principe a été combiné avec l'article 2[2379] puis avec l'article 17[2380] de la Déclaration de 1789 en reconnaissant le droit à une valeur. Mais les dispositions litigieuses n'étaient pas toujours déclarées inconstitutionnelle, et le juge constitutionnel ne semblait pas prêt à accorder une réelle efficacité à cette combinaison[2381]. Il pourrait être mis fin à cette tendance si la QPC du 17 décembre 2010 venait à être réitérée pour la propriété privée[2382]. Dans cette décision, le juge constitutionnel a réalisé une combinaison exemplaire des articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 d'une part, et des articles 6[2383] et 13 de la Déclaration de 1789 d'autre part, et en a conclu que « ces principes font obstacle à ce que des biens faisant partie du patrimoine de personnes publiques puissent être aliénés ou durablement grevés de droits au profit de personnes poursuivant des fins d'intérêt privé sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine »[2384]. Ainsi, une privation, ou surtout une restriction longue, seraient de nature à faire bénéficier la personne publique propriétaire d'une indemnisation. Ce qui est particulièrement intéressant c'est que cette solution fait suite au principe selon lequel la « protection du droit de propriété, (…) ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi la propriété de l'État et des autres personnes publiques »[2385]. Si l'on transpose ce raisonnement à la propriété privée, qui semble en être la base, cela voudrait dire que le droit de propriété et le principe d'égalité devant les charges publiques font obstacle à ce que des biens, objets de propriété privée, soient aliénés ou grevés au profit de personnes poursuivant un intérêt public sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle desdits biens. Cette décision a été confirmée en 2011 pour la propriété publique[2386], sans pour autant

[2377] CE 30 novembre 1923, *Couitéas* : *Rec. Lebon* p. 789.
[2378] TRÉMEAU J., préc. ; WALINE J., L'indemnisation des atteintes à la propriété privée*, in Pour un droit commun de l'environnement*, Mél. PRIEUR, Dalloz, 2007, p. 413, spéc. p. 431 : Jean WALINE appelle à entreprendre « une réflexion globale relative à l'indemnisation des atteintes à la propriété privée sur la base du principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques ».
[2379] Décision n°89-267 DC du 22 janvier 1990, cons. 18, préc. : « il résulte du respect dû au droit de propriété garanti par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, comme du principe d'égalité devant les charges publiques qui découle de son article 13, que le prix d'un bien délaissé au profit d'une association syndicale autorisée ne saurait être inférieur à sa valeur ».
[2380] Décision n°98-403 DC du 29 juillet 1998, cons. 33, préc. : « le respect du principe d'égalité devant les charges publiques ne saurait permettre d'exclure du droit à réparation un élément quelconque du préjudice indemnisable résultant de la mise en œuvre de la procédure de réquisition ».
[2381] Décision n°2000-436 DC du 7 décembre 2000, cons. 18, préc.
[2382] Décision n°2010-67/86 QPC du 17 décembre 2010, préc.
[2383] L'article 6 évoque ici l'égalité des citoyens devant la loi.
[2384] Décision n°2010-67/86 QPC du 17 décembre 2010, cons. 3, préc.
[2385] *Ibid*. Cette formule n'est d'ailleurs pas nouvelle : décision n°86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, cons. 58, préc.
[2386] Décision n°2011-118 QPC du 8 avril 2011, cons. 5, préc.

que le Conseil constitutionnel conclue en la violation de la Constitution, mais aucune décision n'a été rendue en ce sens pour la propriété privée.

557. En l'état, le principe d'égalité devant les charges publiques est une sanction indirecte du droit de propriété mais il ne peut pas remplacer une indemnisation directement fondée sur le droit de propriété. En effet, même si l'efficacité de la combinaison était reconnue[2387], l'indemnisation n'aurait pas un caractère préalable et il faudrait prouver un préjudice grave, anormal et spécial[2388]. En outre, le Conseil constitutionnel ne cesse d'indiquer que le respect du principe d'égalité résulte de l'appréciation du législateur, fondée sur des « critères objectifs et rationnels » mais « en fonction des buts qu'il se propose »[2389].

558. En second lieu, la liberté d'entreprendre est rattachée au principe de liberté instituée par l'article 4 de la Déclaration de 1789[2390]. La liberté d'entreprendre, même combinée avec le droit de propriété, n'a pas une nature immobilière. Toutefois, cette combinaison pourrait être utilisée face au problème d'encadrement des loyers. En outre, cette combinaison est à relever en raison de sa proximité de nature avec le droit de propriété, et de l'interprétation qui peut être faite de cette combinaison ;

D'une part, comme le droit de propriété, il a été admis que la liberté d'entreprendre peut faire l'objet de « limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi »[2391]. Nous sommes donc en présence de deux droits ou libertés fondamentales qui peuvent être limités.

D'autre part, la combinaison de ces deux droits réductibles semble les renforcer mutuellement. Dans la décision qui a censuré la loi dite « Florange »[2392], le Conseil

[2387] Éventuellement par d'autres décisions dans le même sens que la QPC du 17 décembre 2010.

[2388] *Cf. supra* n[os]480 et s.; dans ce sens, V. TRÉMEAU J., préc. ; PAULIAT H., th. préc., pp. 55 et s. De plus, d'après la décision n°85-198 DC du 13 décembre 1985 on pourrait penser qu'il faudrait une gêne insupportable, et d'après la décision n°2010-67/86 QPC du 17 décembre 2010, il faudrait une restriction qui s'inscrive dans la durée.

[2389] Décision n°2009-577 DC du 3 mars 2009, cons. 25, J.O. du 7 mars 2009, p. 4336 ; décision n°2010-605 DC du 12 mai 2010, cons. 39, préc. ; décision n°2013-679 DC du 4 décembre 2013, cons. 47, J.O. du 7 décembre 2013, p. 19958. De cette manière, il n'est pas possible de soulever l'incompétence négative du législateur.

[2390] Art. 4 DDHC : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi ».

[2391] Décision n°2010-55 QPC du 18 octobre 2010, cons. 4, J.O. du 19 octobre 2010, p. 18695.

[2392] Cette décision a fait l'objet d'un débat doctrinal, V. notamment : CHAZAL J.-P., Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie, *D*. 2014, p. 1101 ; D'AVOUT L., La liberté d'entreprendre au bûcher ?, *D*. 2014, p. 1287 ; CHAZAL J.-P., Réponse d'un faux « politiste » à un vrai juriste, http://spire.sciencespo.fr/web.

constitutionnel a expliqué que : « l'obligation d'accepter une offre de reprise sérieuse en l'absence de motif légitime et la compétence confiée à la juridiction commerciale pour réprimer la violation de cette obligation font peser sur les choix économiques de l'entreprise, notamment relatifs à l'aliénation de certains biens, et sur sa gestion des contraintes qui portent tant au droit de propriété qu'à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi »[2393]. L'étude de la proportionnalité des atteintes a été étudiée en une seule fois au lieu d'être distincte, comme si la disproportion était le fruit de l'addition[2394]. Il n'est pas sûr qu'une disproportion aurait été trouvée séparément notamment en ce qui concerne le droit de propriété, pour une limitation du droit de disposer.

559. Ces différentes sanctions-combinaisons sont donc loin d'être une solution miracle, mais elles permettent néanmoins d'étendre quelque peu la protection du droit de propriété. Elles sanctionnent les limitations qui portent atteinte au droit de propriété à titre complémentaire, par une sorte d'absorption par capillarité de certaines limitations, mais elles ne sauraient remplacer les sanctions directes. Les sanctions-répression ont quant à elles un rôle distinct propre à la dimension pénale.

§2. Les sanctions-répression, à dimension pénale

560. Cette sanction entre dans le cadre de l'action publique[2395], dont le but est la réparation du trouble social[2396], mais elle peut se cumuler[2397] avec une action civile[2398], qui permettra éventuellement à la victime d'obtenir des dommages et intérêts sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Le livre III de la partie législative du Code pénal en vigueur depuis le 1er mars 1994 est intitulé « Des crimes et délits contre les biens »[2399]. Il se subdivise en un titre consacré aux « appropriations frauduleuses » et en un autre pour les « autres atteintes aux biens ». *A priori* cette classification fait penser à la qualification des limitations au droit de propriété : la

[2393] Décision n°2014-692 DC du 27 mars 2014, cons. 21, J.O. du 1er avril 2014, p. 6232.
[2394] FABRE A., La promesse présidentielle de « Florange » à l'épreuve du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre, *Constitutions* 2014, p. 204.
[2395] Art. 1er C. pr. pén.
[2396] BOULOC B. et MATSOPOULOU H., *Droit pénal général et procédure pénale*, Sirey, Coll. Intégral concours, 19e éd., 2014, p. 204, n°277.
[2397] Art. 3 C. pr. pén.
[2398] Art. 2 C. pr. pén.
[2399] En remplacement de celui utilisé par le Code pénal de 1810 : « Des crimes et délits contre les propriétés ».

première à la notion de privation[2400], et la seconde à celle de restriction. Mais à y regarder de plus près, il semblerait que le droit pénal utilise de façon marginale les infractions propres aux « appropriations frauduleuses » en matière immobilière[2401], et que l'infraction de dégradation puisse sanctionner l'occupation. Il n'est donc pas possible de distinguer les sanctions pénales en fonction des types de limitation que l'on a pu trouver.

Cependant, si l'on convient que le but de l'action répressive est de réparer un trouble social et que le Code pénal ne prévoit que des infractions contre les biens, il est possible de penser qu'en sanctionnant les atteintes aux immeubles, le droit pénal protège avant tout l'ordre public, et ce n'est qu'indirectement qu'il protège le droit de propriété privé[2402].

Le caractère indirect de la sanction-répression signifie alors que le droit pénal a un rôle distinct. Elle punit pénalement le comportement d'un individu qui se conduit comme un propriétaire, mais qui ne l'est pas, et qui porte atteinte à un bien immobilier. Ainsi, elle sanctionne indirectement certaines limitations qui portent atteinte au droit de propriété[2403].

561. Si la sanction-répression se distingue d'une réparation, elle se différencie également d'une peine. En matière d'urbanisme, l'exécution de travaux sans autorisation d'urbanisme méconnaît les obligations imposées par le Code de l'urbanisme. Cette exécution illégale est sanctionnée pénalement par une mise en conformité des ouvrages ou par leur démolition[2404]. L'ouvrage démoli étant le fruit de l'infraction, cette sanction pénale est une peine supportée par le propriétaire. De même, les confiscations sont envisagées comme une peine par le Code pénal[2405]. La confiscation d'un bien immobilier est particulièrement importante pour lutter contre la criminalité d'affaires organisée et internationale[2406]. Elle a été renforcée par la possibilité de procéder à une saisie pénale de l'immeuble[2407]. Cette sanction entraîne un transfert de propriété au bénéfice de l'Etat. Pour autant, elles ne sont pas

[2400] Le caractère illicite empêche en principe un transfert de propriété (sauf prescription trentenaire, puisque la mauvaise foi ne peut être opposée : V. art. 2258 C. civ.), donc il pourrait s'agir plus particulièrement de cas de *dépossessions imparfaites*.

[2401] L'analyse est ici réduite à la propriété immobilière.

[2402] Au mieux, conformément au Code pénal de 1810, pourrait-on dire qu'il protège « les propriétés ». Dans ce sens, MASCALA C., L'immeuble, un bien saisi par le Code pénal ?, *in* Mél. R. SAINT-ALARY, *L'immeuble et le droit*, Éditions législatives, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 369, spéc. p. 370, n°3.

[2403] OLLARD R., *La protection pénale du patrimoine*, th. Bordeaux IV, Préf. V. MALABAT, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2010, pp. 157 et s., n^{os}240 et s.

[2404] Art. L.480-4 et L.480-5 C. urba. Sur le contentieux pénal en matière d'urbanisme : DROBENKO B., *Droit de l'urbanisme*, Lextenso, Coll. Mémentos, Paris, 9^{e} éd., 2014, p. 301.

[2405] Art. 131-21 C. pén.

[2406] Par exemple, l'affaire *Crisafulli* : Crim. 13 novembre 2003, n°03-80.371 : *Bull. crim.*, n°213.

[2407] Art. 706-150 et s. C. pr. pén. issus de la loi n°2010-768 du 9 juillet 2010 *visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale*, J.O. du 10 juillet 2010, p. 12753.

considérées comme des mesures privatives de propriété[2408]. Elles régularisent une situation causée par une infraction. Il en va autrement si la confiscation est irrégulière[2409] ou s'il s'agit de la propriété d'un tiers de bonne foi[2410]. Dans ce cas, la confiscation porterait atteinte au droit de propriété : elle serait qualifiée de privation de propriété et non de peine.

562. À la lecture du Code pénal, le constat que l'on peut faire est celui du peu d'infractions concernant les biens immobiliers. À tel point que Corinne MASCALA en conclu que « l'immeuble est exclu de manière générale des textes d'incrimination »[2411]. Ce manque d'incrimination ajouté au caractère indirect de la sanction-répression semble indiquer que le droit de propriété en matière immobilière ne peut être que peu protégé par le droit répressif. Toutefois, pour savoir ce qui est réellement appréhendé par le droit pénal, il faut étudier quelles sont les sanctions existantes (A), puis s'interroger sur la possibilité d'étendre le champ d'application de certaines infractions, pour trouver des sanctions envisageables (B).

A. Les sanctions existantes

563. Les sanctions-répression existantes en droit pénal répriment un comportement qui se révèle soit physiquement, par des atteintes matérielles qui développent une conception temporelle de la dégradation (1), soit intellectuellement, par une atteinte juridique telle que l'escroquerie limitée au logement (2).

[2408] Au sujet d'une confiscation douanière : décision n°2010-32 QPC du 22 septembre 2010, cons. 6, J.O. du 23 septembre 2010, p. 17291. Le Conseil constitutionnel ne s'est même pas référé aux articles 2 et 17 de la Déclaration, mais aux articles 7, 9 et 16.
Et le juge européen estime que les confiscations relèvent de la réglementation de l'usage des biens : CEDH *Handyside c./ Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, Série A n°29, §62 ; CEDH *AGOSI c./Royaume-Uni* du 24 octobre 1986, Série A n°108, §51; CEDH *Air Canada c./ Royaume-Uni* du 5 mai 1995, Série A n°316-A, §33.
[2409] Décision n°89-268 DC du 29 décembre 1989, cons. 98, J.O. du 30 décembre 1989, p. 16498 : « en matière de contributions indirectes la confiscation ne peut revêtir le caractère d'une sanction qu'en vertu d'une décision de justice ».
[2410] Décision n°2010-66 QPC du 26 novembre 2010, cons. 7, J.O. du 27 novembre 2010, p. 21117. Toutefois il s'agissait de la confiscation d'un véhicule et le Conseil constitutionnel a mentionné le droit de propriété sans se référer aux articles 2 et 17 de la Déclaration, et n'a pas constaté sa violation.
[2411] MASCALA C., préc., spéc. p. 371, n°6.

1. Les atteintes matérielles : la conception temporelle de la dégradation

564. Ces atteintes matérielles se trouvent au sein du chapitre intitulé « des destructions, dégradations et détériorations » qui distingue entre les infractions qui présentent un danger pour les personnes et celles qui n'en présentent pas. Les premières ne nous intéressent pas ici puisqu'elles combattent finalement les atteintes aux personnes et non les atteintes aux biens, sauf à dire que les biens sont alors très indirectement protégés, par la protection accordée à la personne[2412]. Ces atteintes peuvent porter sur un bien meuble comme sur un bien immeuble, qui appartient à autrui[2413].

565. Il est difficile de définir à quel niveau ces atteintes matérielles aux biens portent atteinte au droit de propriété. Les cas de « destructions, dégradations et détériorations » vont du tag ou du graffiti sur la façade de l'immeuble[2414], qui sont effaçables, à l'incendie[2415], dont l'effet est irréversible. Ces dégradations au sens large, pourraient être considérées comme des atteintes à l'exercice du droit de propriété, par un « endommagement » ou une « mise hors d'usage du bien »[2416]. Mais cette définition ne tient pas compte de la perte de l'immeuble incendié, et ne permet pas d'inclure la situation envisagée par l'article 322-4-1 du Code pénal, à savoir : « le fait de s'installer en réunion, en vue d'y établir une habitation, même temporaire, sur un terrain appartenant soit à une commune (…), soit à tout autre propriétaire autre qu'une commune, sans être en mesure de justifier de son autorisation ou de celle du titulaire du droit d'usage du terrain (…) ». L'occupation d'un terrain entrerait plutôt dans la qualification des *dépossessions imparfaites*, et donc des privations du droit de propriété. Cette infraction cause un trouble dans la possession, et il serait théoriquement possible de la considérer comme une atteinte juridique à l'immeuble[2417]. Mais la formulation de l'article 322-4-1 est particulière en ce qu'elle n'évoque pas la notion d'occupation, mais celle d'installation. Par la notion d'installation le législateur a voulu faire ressortir une dimension matérielle, désigner l'action des individus pénétrant sur un terrain pour s'y arrêter et y établir

[2412] V. BELLOIR Ph. et BELFANTI L., La violence dans les infractions contre les biens, Illustration autour des destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes, *Gaz. Pal.* 2013, n°288, p. 21.
[2413] Crim., 5 septembre 2001, n°01-82.077 : *Bull. crim.*, n°174 : « les dispositions de l'article 322-1 du Code pénal sont applicables à toute personne qui détruit intentionnellement un objet mobilier ou immobilier dont elle n'est pas l'unique propriétaire ».
[2414] Art. 322-1 al. 2 C. pén.
[2415] CA Metz, 21 avril 1983 : *D.* 1983, p. 567.
[2416] AUGER D., *Droit de propriété et droit pénal*, th. Aix-Marseille III, Préf. S. CIMAMONTI, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 123, n°200.
[2417] Dans ce sens : OLLARD R., th. préc., p. 162, n°254.

leur habitation. Pour autant, en visant l'habitation, c'est bien l'occupation du terrain qui s'inscrit dans la durée qui pose problème au propriétaire.

566. Il faut donc considérer que la dégradation se conçoit non seulement en fonction de sa gravité, mais également temporellement.

D'une part, il y a les dégradations qui ont lieu en une seule fois, presque en « un trait de temps », et qui peuvent avoir des effets plus ou moins graves sur le droit de propriété : un simple endommagement matériel, ou une perte totale de l'immeuble. La gravité de l'atteinte est alors prise en compte par le droit pénal et la sanction dépend notamment de l'immeuble touché. L'auteur de tags ou de graffitis peut être puni de 3 750 euros d'amende[2418]. Celui qui commet une détérioration légère peut être condamné à deux ans d'emprisonnement et à 30 000 euros d'amende[2419], mais si elle concerne un immeuble classé ou inscrit en application des dispositions du Code du patrimoine, il encourt jusqu'à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende[2420].

D'autre part, il y a les dégradations qui s'inscrivent dans la durée, à cause d'une occupation inadaptée : une installation sur un terrain qui n'est pas équipé pour permettre à des personnes d'y habiter. En plus d'être expulsés dans un délai réduit[2421], les auteurs de cette infraction peuvent être condamnés à six mois d'emprisonnement et 3 750 euros d'amende, et éventuellement à la saisie de leurs véhicules automobiles[2422].

Les sanctions des atteintes matérielles aux biens immobiliers ont un domaine assez étendu, mais il est tout de même étonnant de voir qu'une dégradation légère est sanctionnée plus sévèrement que l'occupation d'un terrain.

Un constat similaire sera fait en ce qui concerne la seule atteinte juridique portant sur les biens immobiliers.

[2418] Art. 322-1 C. pén.
[2419] *Ibid.*
[2420] Art. 322-3-1 C. pén. V. également : art. L.341-19 C. envir.
[2421] *Cf. supra* n°528.
[2422] Art. 322-4-1 C. pén.

2. L'atteinte juridique : l'escroquerie limitée au logement

567. Le seul article qui sanctionne spécifiquement une atteinte portée à un bien immobilier au sein du chapitre consacré aux « appropriations frauduleuses », est l'article 313-6-1 du Code pénal qui condamne « le fait de mettre à disposition d'un tiers, en vue qu'il y établisse son habitation moyennant le versement d'une contribution ou la fourniture de tout avantage en nature, un bien immobilier appartenant à autrui, sans être en mesure de justifier de l'autorisation du propriétaire ou de celle du titulaire du droit d'usage de ce bien (…) ». Cette infraction a été intégrée au sein des infractions voisines de l'escroquerie[2423]. C'est pour cette raison qu'elle a pu être baptisée « l'escroquerie "au logement" »[2424]. En terme plus courant, cette infraction concerne l'organisation du squat.

568. L'élément matériel de cette infraction est précisé par l'article 313-6-1. En revanche, l'élément moral ne l'est pas. Il y a donc lieu d'appliquer le principe pénal selon lequel « il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre »[2425]. Pour l'instant une seule affaire est arrivée jusqu'en Cour d'appel[2426]. Les juges ont détaillé les différents indices qui permettaient de dire que le prévenu louait les locaux dont il n'était pas propriétaire, et sans l'accord des propriétaires. En contrepartie de faux baux, il demandait des sommes d'argent en espèces.
Il serait possible de se demander si la sous-location pourrait constituer l'infraction[2427]. Mais l'escroquerie au logement ne poursuit pas la même logique que celle d'une sous-location. Dans la sous-location, un premier bail a bien été conclu avec le propriétaire, donc d'une certaine manière le propriétaire est bien d'accord pour conférer la jouissance du bien en contrepartie de sommes d'argent. De plus, ce n'est que la loi du 6 juillet 1989 qui interdit une sous-location sans l'autorisation du bailleur[2428]. En revanche, le Code civil n'interdit pas la sous-location[2429]. Il semblerait que la Cour d'appel de Versailles ait suivi cette logique en

[2423] Sur la critique d'une telle place, V. MALABAT V., *Droit pénal spécial*, Dalloz, Coll. HyperCours, 6e éd., 2013, p. 409, n°795. Selon Valérie MALABAT, « l'infraction n'est pas nécessairement une tromperie. Il n'y a pas en effet nécessairement tromperie de la personne au profit de qui l'immeuble est mis à disposition ».
[2424] VÉRON M., L'escroquerie « au logement », *Dr. pénal* 2006, comm 90.
[2425] Art. 121-3 a. 1er C. pén.
[2426] Paris, 9e ch., 18 octobre 2005, Juris-data n°2005-295361.
[2427] DALEAU J., Sous-location prohibée et sanction pénale, *AJDI* 2003, p 763.
[2428] Art. 8 loi 6 juillet 1989, préc.
[2429] Art. 1753 C. civ.

refusant de condamner à un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende[2430], le locataire qui avait sous-loué[2431].

569. Cette atteinte juridique aux biens immobiliers semble causer une limitation au droit de propriété. L'organisateur du squat se comporte comme un propriétaire en accordant l'usage du bien en échange d'une somme d'argent. Par conséquent, l'article 313-6-1 sanctionne indirectement un trouble de la possession[2432]. Cette sanction est toutefois incomplète car elle ne vise pas le squatter. L'occupation illicite n'est donc pas condamnée pénalement. Seul le droit civil, par le biais de la procédure d'expulsion[2433], permet de protéger le droit de propriété face à un occupant sans droit ni titre[2434]. En effet, il semblerait que le squatter puisse uniquement être sanctionné pénalement soit pour une violation du domicile[2435], soit pour les dégradations qu'il cause au bien[2436]. Et encore, lorsqu'il cause des dégradations, le juge pénal peut estimer que la situation précaire du squatter et de sa famille constitue un état de nécessité justifiant leur relaxe[2437].

Le bien immobilier fait l'objet de peu d'attention de la part du droit pénal, et cela se répercute sur le droit de propriété en matière immobilière. Les infractions sanctionnant les appropriations frauduleuses, tels que le vol, d'escroquerie ou l'abus de confiance ne semblent pas s'appliquer puisqu'elles nécessitent une appréhension physique du bien. Il est toutefois possible de se demander si ces sanctions seraient envisageables.

B. Les sanctions envisageables

570. Il peut paraître étrange de sanctionner plus gravement l'appropriation frauduleuse du meuble d'autrui que son immeuble[2438]. Cependant, au motif que l'abus de confiance suppose une remise physique, la jurisprudence a refusé catégoriquement d'appliquer cette

[2430] Art. 313-6-1 C. pén.
[2431] CA Versailles, 21 janvier 2014, n°13/01625.
[2432] Dans ce sens, V. OLLARD R., th. préc., p. 162, n°253.
[2433] *Cf. supra*, n°526.
[2434] Décision n°2011-169 QPC du 30 septembre 2011, cons. 2, préc.
[2435] Art. 226-4 C. pén. V. DORANGE A., La gestion procédurale du squat : la protection du domicile contre l'occupant sans droit ni titre, *RCS* 2011, p. 371.
[2436] Art. 322-1 et s. C. pén.
[2437] TGI Paris, 28 novembre 2000 : *D*. 2001, p. 512 : « le fait de scier les gonds de la porte d'entrée d'un appartement inoccupé de l'OPAC, pour s'y installer avec sa famille, constitue pour le prévenu une action nécessaire et mesurée au danger réel, actuel et injuste, auquel son enfant, sa femme et lui étaient confrontés, justifiant ainsi sa relaxe, les éléments constitutifs de l'état de nécessité étant réunis ». Toutefois, il ne s'agit que d'une décision rendue en première instance et à l'encontre d'un bailleur social.
[2438] BEAUSSONIE G., La constance de l'antagonisme entre immeuble et abus de confiance, note ss Crim. 14 janvier 2009, n°08-83.707, *JCP* G., 2009, n°31, 166.

infraction à un bien immeuble[2439]. Il reste donc à vérifier si la création d'une infraction voisine du vol (1) serait opportune pour sanctionner une occupation illicite, et si d'autres limitations au droit de propriété pourraient être sanctionnées en ayant recours à l'extension de l'escroquerie pour le comportement dolosif d'un cocontractant (2).

1. La création d'une infraction voisine du vol pour l'occupation illicite

571. Selon les termes de l'article 311-1 du Code pénal, « le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ». Cette soustraction apparaît nécessairement matérielle, ainsi que cela résulte notamment de l'arrêt *Beaudet* : « pour soustraire, il faut prendre, enlever, ravir »[2440]. C'est donc la nature même de l'immeuble qui semble poser des difficultés pour appliquer le vol. Le droit pénal ne tient pas compte de la qualification civile d'immeuble mais de la « réalité physique »[2441], puisqu'il a admis le vol d'immeubles par destination[2442], et le vol d'immeubles par nature susceptibles de détachement[2443].

Toutefois, la soustraction juridique telle que l'a imaginé le professeur GARÇON pourrait correspondre avec la fixité de l'immeuble[2444]. Ce dernier a ainsi défini la soustraction juridique comme « la prise de possession à l'insu et contre le gré du propriétaire ou précédent possesseur »[2445]. L'occupation illicite, notamment d'un squatter, pourrait être sanctionnée en ayant recours à la notion de soustraction juridique. En effet, pour être un possesseur, il n'est pas nécessaire de penser que l'on est propriétaire, il suffit de se comporter comme tel. Or, en changeant le verrou d'une porte, et en aménageant l'intérieur d'un appartement[2446], le squatter se comporte comme le propriétaire[2447].

[2439] Crim., 10 octobre 2001, n°00-87.605 : *Bull. crim.*, n°205 : « l'abus de confiance ne peut porter que sur des fonds, des valeurs, ou un bien quelconque, à l'exclusion d'un immeuble » ; Crim. 14 janvier 2009, n°08-83.707 : *Juris-data* n°2009-042163 : « ne peut être réprimée l'utilisation abusive d'un bien immobilier ou de droits réels portant sur un immeuble ». De plus, par l'intermédiaire de l'abus de confiance, le juge pénal aurait pu s'immiscer dans les rapports contractuels entre bailleur et locataire, ce que Romain OLLARD juge inopportun, th. préc., p. 173, n°267.

[2440] Crim. 18 novembre 1837 : *S.* 1837, I, p. 366.

[2441] OLLARD R., th. préc., p. 166, n°263.

[2442] Crim. 23 octobre 1980, n°79-93.655 : *Bull. crim.*, n°271 (pour du sable) ; pour d'autres exemples, V. OLLARD R., th. préc., p. 165, note 831.

[2443] Crim. 27 février 1996, n°95-82.370 : *Bull. crim.*, n°96 (pour le vol d'arbres sur pied) ; pour d'autres exemples V. OLLARD R., th. préc., p. 166, n°262.

[2444] OLLARD R., th. préc., p. 168, n°267.

[2445] GARÇON E., *Code pénal annoté*, 2e éd., 1956, Sirey, Paris, art. 379, n°40.

[2446] À la rigueur, les dégradations qu'il causeraient permettent aussi de dire qu'il se comporte comme le propriétaire.

[2447] *Contra* : OLLARD R., th. préc., p. 169, n°269 : Romain OLLARD doute de « la volonté de l'occupant de contredire les droits du propriétaire véritable » et n'y voit qu'un abus de jouissance.

572. Par conséquent, à l'image de l'article 313-6-1 du Code pénal qui concerne l'escroquerie limitée au logement, il serait tout à fait possible d'ajouter un article dans le chapitre dédié au vol pour créer une infraction voisine du vol. Cette nouvelle infraction indiquerait que pour un immeuble par nature, le vol consiste en la soustraction juridique frauduleuse de la chose d'autrui.
Pour assurer une meilleure protection des biens immobiliers, il serait également possible d'étendre l'escroquerie pour le comportement dolosif d'un cocontractant.

2. L'extension de l'escroquerie pour le comportement dolosif

573. L'escroquerie visée par les articles 313-1 et suivants du Code pénal suppose en principe une remise matérielle. Mais la jurisprudence a admis une remise par voie scripturale[2448], ou la remise d'un titre de propriété[2449]. Ainsi, par la remise des clefs ou d'un titre, il semble toujours possible de matérialiser une remise portant sur un bien immeuble. Dans un contrat créateur d'un droit réel, notamment une vente, une servitude ou plus généralement d'un démembrement, l'acquéreur ou le bénéficiaire de la servitude ou du démembrement, obtient une remise avec l'accord du propriétaire.

574. Mais une information a pu être cachée au propriétaire ou au contraire, il a pu être incité à vendre ou à concéder le droit réel. Dans un tel cas, le consentement du propriétaire est vicié, et sur le plan civil le contrat est nul[2450]. Or, le dol n'entre pas en tant que tel dans l'un des procédés énumérés par l'article 313-1 du Code pénal, mais il présente des similitudes avec les « manœuvres frauduleuses » destinées à tromper quelqu'un. Le comportement dolosif de la personne qui porte atteinte indirectement au droit de propriété pourrait être sanctionné pénalement[2451]. Il en a été ainsi en matière commerciale puisque la Cour de cassation a considéré que « la présentation de comptes infidèles peut constituer, indépendamment des manœuvres frauduleuses constitutives de l'escroquerie, un dol au sens

[2448] Crim. 16 juin 1966, n°65-90.997 : *Bull. crim.*, n°174.
[2449] Crim. 23 janvier 1997, n°96-80.729 : *Bull. crim.*, n°34.
[2450] Art. 1108 C. civ. et art. 1116 C. civ. Et art. 1127, art. 1130, art. 1136 et art. 1137 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats.
[2451] AUGER D., th. préc., p. 118, n°190, au sujet de l'escroquerie : « cette infraction se situe à la limite de l'atteinte à la propriété et du droit des contrats appréhendé sous l'angle du vice du consentement » ; OLLARD R., De la fusion des droits pénal et civil ou de l'absorption du dol civil par la responsabilité pénale, *RDC* 2013, n°3, p. 1189. Selon Romain OLLARD l'escroquerie était au départ conçue comme une infraction contre la propriété, alors que le dol protégeait le consentement, mais depuis l'avènement du Code pénal de 1994, l'escroquerie est devenue une infraction contre le consentement contractuel.

de l'article 1116 du Code civil »[2452]. Et une interprétation similaire peut être faite lorsque la chambre criminelle estime que « le préjudice, élément constitutif du délit d'escroquerie, n'est pas nécessairement pécuniaire et est établi lorsque l'acte opérant obligation n'a pas été librement consenti par la victime mais a été obtenu par des moyens frauduleux »[2453]. Ainsi, si l'on reconnaît que l'escroquerie cause une atteinte au consentement, il serait possible d'étendre l'escroquerie au comportement dolosif du cocontractant du propriétaire.

[2452] Crim. 26 mai 2009, n°08-15.980.
[2453] Crim. 28 janvier 2015, n°13-86.772 : *à paraître*. V. SAENKO L., Du préjudice dans le délit d'escroquerie, *D*. 2015, p. 845.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

575. Il est en principe admis que « la force d'un droit se mesure à l'intensité des sanctions qui accompagnent sa violation »[2454]. Or, le droit de propriété semble être un cas spécial. Il ne manque pas de sanctions, directes ou indirectes, civiles ou pénales. Leur mise en œuvre permet parfois d'effacer les limitations et leurs conséquences. En principe, une privation devrait au moins être sanctionnée par une restitution, et une restriction par une réparation. Mais malgré tout un arsenal de sanctions et des combinaisons effectuées avec d'autres droits fondamentaux, ces sanctions manquent d'efficience. Un constat semblable est effectué sur le plan pénal puisqu'au final l'occupation d'un immeuble bâti n'est *a priori* pas sanctionnée alors que le droit pénal condamne l'occupation d'un terrain et l'organisation d'un squat.

576. Ces constats seraient-ils alors les symptômes de la maladie dont souffre le droit de propriété ? L'étape de la sanction n'est qu'un traitement curatif, qui intervient une fois que la limitation porte atteinte au droit de propriété. Pour éviter l'aggravation de cette pathologie, il semblerait qu'il faille aller au-delà de la protection de la valeur du droit de propriété, c'est-à-dire vers une protection de la portée du droit de propriété.

[2454] MARCHADIER F., La réparation des dommages à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme, *RTD civ.* 2009, p. 245.

CONCLUSION DU TITRE 1

577. Les juges exercent un contrôle efficient pour qualifier les limitations au droit de propriété. Cette qualification semble être une base plutôt solide pour élaborer un régime juridique. De plus, l'étude des sanctions des limitations démontre que le panel des sanctions est important, les sanction directes, c'est-à-dire la restitution et la réparation, les sanctions indirectes, les sanctions-combinaison et les sanctions-répression. Ainsi, théoriquement, le droit de propriété semble protégé face à n'importe quel type de limitations.

578. Toutefois, il ne s'agit que des prémices d'un régime juridique. D'une part, lors du contrôle à des fins d'appréciation des limitations, les juges restent prudents. D'autre part, même si la sanction principale est celle de la restitution du bien, elle n'est qu'une sanction utilisée de façon exceptionnelle pour des cas bien précis et par des propriétaires courageux. La restitution est un parcours semé d'embûches, pour obtenir une restitution juridique, puis, surtout, une restitution matérielle. En outre, si cela est impossible, seule une indemnité sera versée au propriétaire. L'indemnité est donc souvent ce qu'obtiendra le propriétaire déchu : en contrepartie de la limitation, à défaut de restitution, en guise de réparation ou enfin, lorsqu'il combine le droit de propriété à d'autres droits fondamentaux. Par conséquent, l'encadrement des limitations permet de protéger *in fine* la valeur du droit de propriété, qu'elle soit juridique, matérielle, économique ou sociale.

579. Les limitations se trouvent donc bien être les vecteurs de la protection de la valeur du droit de propriété. Cette protection n'intervient qu'à titre curatif. Elle peut donc ponctuellement assurer la préservation d'un équilibre entre le droit de propriété et ses limitations, mais elle ne peut pas stabiliser cet équilibre. Seule une protection de la portée du droit de propriété pourrait apporter une forme de stabilisation.

TITRE 2. La protection de la portée du droit de propriété, conséquence de la considération des limitations

580. Certains remettent en cause la valeur fondamentale du droit de propriété[2455], ou estiment qu'il s'agit soit d'un « droit de second rang »[2456], soit d'un « droit fondamental de second rang »[2457], soit encore d'une « liberté de second rang »[2458]. Pour justifier leurs positions, en premier lieu, ils estiment que le droit de propriété fait l'objet de trop nombreuses atteintes pour qu'il puisse être qualifié de droit fondamental. En second lieu, ils considèrent que le droit de propriété n'est que très peu protégé par les juges internes ou européens parce que ces derniers concluent très rarement à son atteinte.

581. Il est vrai qu'il semble paradoxale que le droit de propriété ait une valeur fondamentale et qu'il puisse faire l'objet de multiples limitations. Toutefois on ne peut pas partir du constat que des privations ou des restrictions au droit de propriété existent, pour en déduire que ce n'est pas un droit fondamental. En effet, le droit de propriété peut faire l'objet de réglementations. Et dans ce cas, à l'instar de la liberté, la propriété s'arrête lorsque commence celle d'autrui[2459]. Ainsi, en cas de différend au sujet d'une règlementation, l'un des propriétaires prétendra que sa propriété est limitée, et l'autre que sa propriété est protégée. Il faut donc veiller à ce qu'il y ait un équilibre des forces entre le degré d'atteintes et le degré de protection accordée au droit de propriété. Comme a pu l'écrire Hugues PÉRINET-MARQUET, « le bon sens du juge est ainsi la mesure de la protection du droit de propriété ».

582. Jusqu'à présent le droit de propriété n'aurait pas trop souffert de ses limitations[2460]. Les statistiques de la Cour européenne des droits de l'homme pourraient être interprêtée dans ce sens puisqu'un aperçu des arrêts qu'elle a rendu depuis sa création en 1959 jusqu'en 2014, publié en février 2015, a constaté que le droit au respect des biens est la deuxième violation la plus constatée (12,64% des affaires), après le droit à un procès

[2455] LACHAUME J.-F. et PAULIAT H., Le droit de propriété est-il encore un droit fondamental ?, *in* Mélanges ARDANT, L.G.D.J., 1999, p. 373.
[2456] PAULIAT H., *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat,* th. Limoges, Préf. J. MORANGE, PUF, 1991, t. 2, p.183.
[2457] ZATTARA A.-F., *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, th. La Réunion, Préf. R. CABRILLAC, L.G.D.J., Paris, 2001, p. 128.
[2458] PHILIP L. et FAVOREU L., *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, Coll. Droit public, Paris, 4e éd., 1986, p. 547, et WALINE J., L'indemnisation des atteintes à la propriété privée, *in Pour un droit commun de l'environnement*, Mél. PRIEUR, Dalloz, 2007, p. 413 : « une liberté ou un droit de second rang ».
[2459] Art. 4 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.
[2460] PÉRINET-MARQUET H., Modalités de la protection du droit de propriété, *Constitutions* 2010, p. 100.

équitable (43,13%)[2461]. La Cour européenne a rendu 2898 arrêts sur le fondement de l'article 1er du protocole n°1, et seuls 30 ont concerné la France. Mais des statistiques ne donnent pas pour autant la certitude qu'une protection juridique du droit de propriété est assurée. Et au contraire, cela peut signifier que le droit de propriété fait l'objet de nombreuses limitations à travers l'Europe, et que la Cour européenne des droits de l'homme constitue le dernier rempart du droit de propriété.

583. Ainsi, il convient de voir quelles sont les réactions des juges face aux limitations apportées au droit de propriété c'est-à-dire quels sont les moyens dont ils disposent pour assurer la protection du droit de propriété. De façon générale, les juges ne vont pas hésiter à reconnaître une valeur fondamentale au droit de propriété en se fondant sur des textes eux-mêmes reconnus comme fondamentaux. La garantie de la valeur fondamentale du droit de propriété (chapitre 1) assure la protection de la portée du droit de propriété. Elle ne certifie pas pour autant l'avenir du droit de propriété. En effet, le droit de propriété est désormais considéré comme un outil dont se sert, entre autres, son propriétaire. Il doit pouvoir descendre du piédestal sur lequel il est posé. Pour cela, il semble nécessaire que les limitations soient prises en considération au sein même de la conceptualisation du droit de propriété. Ainsi, il est nécessaire de repenser le droit de propriété par ses limitations (chapitre 2).

Chapitre 1. La garantie de la valeur fondamentale du droit de propriété

Chapitre 2. La nécessité de repenser le droit de propriété par ses limitations

[2461] Ce rapport est consultable sur le site : http://www.echr.coe.int/echr.

Chapitre 1. La garantie de la valeur fondamentale du droit de propriété

584. Le droit de propriété a été désigné par les rédacteurs de la Déclaration des droits de l'homme comme un droit naturel de l'Homme[2462], puis par le Code civil de 1804 comme étant « le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue ». Cela démontre que le droit de propriété est un pilier de la société : il est « au fondement de la société »[2463]. Le droit de propriété possède par essence une valeur fondamentale. La présentation du droit de propriété comme un droit naturel n'est pas nouvelle. MOULY estimait que la liberté, l'égalité et la dignité étaient trois valeurs fondamentales tirant leur origine de fondements judéo-chrétiens[2464]. Et selon lui, la propriété « serait un bouclier permanent et visible contre les atteintes à la liberté de gérer ses biens, à l'égalité des droits qui est donnée par la libre circulation des biens, à la dignité de la personne qui trouve dans le respect de la propriété de ses biens une expression concrète importante »[2465].

585. En désignant la propriété comme un droit naturel et « sacré », les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme prouvent l'existence d'un courant théologique selon lequel la propriété serait une création de Dieu, et que par conséquent le droit de propriété était considéré comme un droit naturel[2466]. Dans une version laïque, LOCKE a également formulé l'idée que le droit de propriété est un droit naturel parce qu'il est nécessaire à la conservation de l'être humain[2467]. En réalité, ce sont les termes de PORTALIS qui caractérisent le mieux cette valeur fondamentale du droit de propriété puisqu'il expliquait que « le droit de propriété est donc essentiellement inhérent à l'existence de chaque individu. Il dérive de la constitution même de l'homme »[2468]. D'ailleurs, cela « ne servirait à rien de consacrer la propriété comme

[2462] Art. 2 DDHC.
[2463] LUCHAIRE F., Socialisme, propriété et Constitution, *in* Mél. DUVERGER, Droit, institutions et systèmes politiques, PUF, 1988, p. 133 ; MOLFESSIS N., *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, th. Paris II, Préf. M. GOBERT, L.G.D.J., 1997, p. 51, n°61.
[2464] MOULY C., Place de la propriété parmi les droits de l'homme, *in Droits de propriété et environnement,* Dalloz, 1997, p. 34.
[2465] MOULY C., préc., p. 39.
[2466] RENOUX-ZAGAMÉ M.-F., *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, th. Paris, Droz, Paris-Genève, 1987.
[2467] LOCKE J., *Essai sur le pouvoir civil*, PUF, Coll. Bibliothèque de la science politique, 1953, p. 79.
[2468] PORTALIS J.-E.-M., *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. des publications du Centre de Philosophie du Droit, Aix-en-Provence, 1988, p. 346.

institution s'il n'existait pas un droit de propriété, en tant que tel ; c'est-à-dire un droit affirmé et garanti de manière générale »[2469].

586. Les multiples limitations dont le droit de propriété est susceptible de faire l'objet pourraient faire douter de la valeur fondamentale du droit de propriété. Mais l'augmentation des droits fondamentaux a permis la réaffirmation du droit de propriété depuis une quarantaine d'années. La reconnaissance de la valeur fondamentale du droit de propriété n'empêche pas l'existence de limitations, ni même leur développement, mais elle évite que l'existence du droit de propriété ne soit remise en cause[2470]. C'est de cette manière qu'elle protège la portée du droit de propriété. Mais cette garantie matérielle de la valeur fondamentale du droit de propriété (Section 1), ne peut être effective qu'en étant accompagnée d'une véritable garantie procédurale portant également sur la valeur fondamentale du droit de propriété (Section 2).

Section 1. La garantie matérielle de la valeur fondamentale du droit de propriété

587. La garantie matérielle de la valeur fondamentale du droit de propriété se fonde sur des normes constitutionnelles, les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, des normes civilistes, les articles 544 et 545 du Code civil, et une norme européenne, l'article 1er du Protocole additionnel n°1 à la Convention de sauvegarde.
L'évolution de l'appréhension de ces normes par les juges a permis d'aboutir à une reconnaissance du droit de propriété comme un droit fondamental (§1). Cette évolution est remarquable car cela signifie que le droit de propriété est toujours considéré comme l'«institution de base de la société »[2471]. Mais en même temps, la garantie matérielle de la valeur fondamentale du droit de propriété vise aussi à protéger les intérêts de chaque propriétaire. En ce sens, il est considéré comme une liberté fondamentale (§2).

[2469] FAVOREU L., La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789, *in La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, PUF, 1989, p. 123
[2470] D'ailleurs, selon P. DELVOLVE pour qu'une telle chose arrive, « il faudrait une révolution », *in* Droit de propriété et droit public, *in* Mél. BRAIBANT, Dalloz, 1996, p. 152.
[2471] FAVOREU L., préc. spéc. p. 126.

§1. Le droit de propriété, un droit fondamental

588. Certains ont encore des doutes[2472], pourtant il est désormais généralement reconnu que le droit de propriété possède une valeur fondamentale, qui se traduit par la notion de « droit fondamental ». Or, l'évolution qui a permis une telle reconnaissance s'est effectuée en plusieurs étapes. D'abord, il a été admis que le droit de propriété possédait un caractère fondamental. Puis, par plusieurs glissements, le droit de propriété a été reconnu comme un droit fondamental (A). Jusqu'alors, en France, cette notion n'avait jamais été utilisée pour désigner le droit de propriété. La reconnaissance d'une nouvelle catégorie juridique nécessite de déterminer quelles sont sa valeur et sa portée. Ainsi, il convient de s'interroger sur la qualification du droit de propriété comme un droit fondamental (B).

A. La reconnaissance du droit de propriété comme un droit fondamental

589. Le caractère fondamental du droit de propriété a été reconnu aussi bien au niveau étatique (1), qu'au niveau supra-étatique (2).

1. La reconnaissance au niveau étatique

590. Au niveau interne, la consécration du droit de propriété a tout d'abord été reconnue implicitement par l'intégration de la Déclaration de 1789 au bloc de constitutionnalité en 1971[2473], puis, explicitement, à l'occasion de la décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982[2474]. Auparavant, les avis étaient assez partagés dans la doctrine. En effet, certains estimaient que la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen n'avait pas de valeur juridique[2475]. Par conséquent, la propriété ne pouvait pas bénéficier d'une protection autre que légale, issue du Code civil.

[2472] LACHAUME J.-F. et PAULIAT H., Le droit de propriété est-il encore un droit fondamental ?*, in* Mél. ARDANT, L.G.D.J., 1999, p. 373.

[2473] Décision 71-44 DC du 16 juillet 1971, J.O. du 18 juillet 1971, p. 7114 : « Vu la Constitution et notamment son préambule ».

[2474] Décision 81-132 DC du 16 janvier 1982, cons. 15, J.O. du 17 janvier 1982, p. 299. Il est bien entendu que l'affaire portait sur des valeurs mobilières, cependant, la portée de cette décision permet de l'utiliser dans une démonstration portant sur des biens immobiliers.

[2475] Dans ce sens : CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. 2, Sirey, Paris, 1985 (réédition de 1922). Et : PHILIP L., La valeur juridique de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *in* Mélanges KAYSER, t. 2, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 1979, p. 318. Cet auteur explique qu'«une déclaration des droits n'est pas une garantie des droits. Dans l'esprit des hommes de 1789, l'objet de la Déclaration n'était pas d'organiser juridiquement la protection des libertés, mais simplement de les énoncer. L'organisation de la garantie des droits

591. Toutefois, à partir de 1971, il semble ne plus y avoir de doute quant à la valeur constitutionnelle de la Déclaration de 1789, puisqu'elle fait partie du bloc de constitutionnalité. Ainsi, par exemple, le 27 juillet 1978 le Conseil constitutionnel fait référence aux principes à valeur constitutionnelle[2476], et le 9 janvier 1980, il vise un article de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789[2477]. Pourtant, Loïc PHILIP estimait que seuls certains des articles relatifs aux droits de l'homme, c'est-à-dire, la liberté et l'égalité, ou les principes de la souveraineté nationale, pouvaient avoir une valeur constitutionnelle, à condition d'être confirmés dans le préambule de la Constitution de 1946[2478]. Il estimait d'ailleurs, en 1979, que l'article 17 pouvait difficilement être considéré comme un droit de l'homme. Par conséquent, le droit de propriété n'avait pas valeur constitutionnelle. Or, cette analyse, qui « dénatur(ait) un texte présentant une profonde unité d'inspiration »[2479], n'a pas résisté à la décision de 1982[2480]. En effet, le Conseil constitutionnel, dans le quinzième considérant de cette décision, précise qu'« au contraire, par les référendums du 13 octobre 1946 et du 28 septembre 1958, le peuple français a approuvé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et aux droits proclamés en 1789 ; qu'en effet, le préambule de la Constitution de 1946 réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 (…) »[2481].

592. La décision du 16 janvier 1982 consacre la valeur constitutionnelle et le caractère fondamental du droit de propriété en énonçant dans son seizième considérant que « les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle (...) en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété ». Elle ne vise explicitement ni l'article 17 de la Déclaration, ni les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. En revanche, elle s'est attachée à reprendre chacun des droits contenus dans l'article 17, même si, comme le fait remarquer Hélène PAULIAT « il est délicat de consacrer en même temps, et au même niveau, le droit de propriété privée, le droit

---

et libertés devait incomber à la Constitution elle-même qui, dans la tradition française, est essentiellement un texte de procédure ».

[2476] Décision 78-96 DC du 27 juillet 1978, cons. 4, J.O. du 29 juillet 1978, p. 2949.

[2477] Décision 79-109 DC du 9 janvier 1980, cons. 7, J.O. du 11 janvier 1980, p. 84. Il s'agit de l'article 8 de la Déclaration de 1789.

[2478] PHILIP L., préc. spéc. p. 330.

[2479] PAULIAT H., *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat,* th. Limoges, Préf. J. MORANGE, PUF, 1991, t. 1, p. 54.

[2480] Ainsi, en 1982, Jean RIVERO, estime que « la Déclaration est un bloc, et les dispositions qu'elle consacre à la propriété ne peuvent être disjointes sans arbitraire », *«* Ni lu, ni compris » *?, AJDA* 1982, p. 209. De même, en 1988, pour B. GENEVOIS « la Déclaration a, dans son ensemble, valeur constitutionnelle », *La jurisprudence du Conseil constitutionnel - Principes directeurs*, STH, Paris, 1988, p. 196.

[2481] Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, cons. 15, préc.

de propriété publique et le droit de dépossession, donc un principe et son contraire ! »[2482]. Ainsi, il montre clairement sa volonté de donner une valeur constitutionnelle au droit de propriété dans sa globalité[2483].

593. De cette façon, pour Robert SAVY, non seulement « le juge constitutionnel revient à une conception absolue de la propriété que la pensée politique, le droit positif et la réalité sociale avaient écartée », mais de plus, cette décision « prend (…) de sérieuses libertés avec l'histoire »[2484].

Pourtant, d'une part, déjà en 1789 la propriété n'était pas considérée comme absolue, puisque l'article 17 de la Déclaration prévoyait la possibilité d'exproprier, ce qui constitue bien une limitation au droit de propriété[2485]. De plus, la décision de 1982 envisage le droit de propriété comme un droit fondamental, et non comme un droit absolu. Encore une fois, il faut concevoir le terme « fondamental » dans son sens propre, c'est-à-dire comme ce qui est au fondement de la société[2486].

D'autre part, le caractère fondamental du droit de propriété n'est pas une nouveauté, et ne résulte pas d'une analyse libérale de la Déclaration de 1789. Comme le démontre Jean-Louis MESTRE, le caractère fondamental du droit de propriété a été maintenu dans les textes constitutionnels français intervenus depuis 1789[2487]. En revanche, le juge constitutionnel de 1982 a précisé que ce caractère fondamental doit être interprété au regard des évolutions économiques, sociales et politiques de la société[2488].

594. La Cour de cassation, dans un arrêt du 4 janvier 1995 a également affirmé, au visa de l'article 544 du Code civil que « le droit de propriété est un droit fondamental, de

---

[2482] PAULIAT H., th. préc., p. 56.

[2483] MOLFESSIS N., th. préc., p. 82, n°100 : selon Nicolas MOLFESSIS, tout au long de ses décisions, « le Conseil constitutionnel adopte une conception du droit de propriété conçu comme une totalité ».

[2484] SAVY R., La constitution des juges, *D*. 1983, Chron, p. 107.

[2485] Dans ce sens : PAULIAT H., th. préc., p. 72 : « L'article 17 (…) ne reconnaît pas, contrairement à ce que l'on a pu croire, l'existence d'un droit absolu. Il consacre en effet un droit assorti d'une limite essentielle : la dépossession, la privation totale du droit, si la nécessité publique, constatée par une loi, l'exige ».

[2486] ZATTARA A.-F., *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, th. La Réunion, Préf. R. CABRILLAC, L.G.D.J., Paris, 2001, p. 122.

[2487] MESTRE J.-L., Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété, *D.*1984, Chron, p. 7 : les Chartes de 1814 et 1830, respectivement, article 9 et article 8 « Toutes les propriétés sont inviolables (…) », la Constitution de 1848 indique dans le Préambule que la Propriété est une « base » de la République française, avec la Famille, le Travail et l'Ordre public, et que par conséquent la république doit la protéger, puis à l'article 11 : « Toutes les propriétés sont inviolables. (…) ».

[2488] PAULIAT H., Le caractère absolu ou relatif du droit de propriété ? – L'acceptation constitutionnelle de limitations justifiées et proportionnées, *JCP* A. 2011, n°48, 2366.

valeur constitutionnelle »[2489]. Cet arrêt avait trait à la liquidation d'un régime matrimonial et n'a été que peu commenté, alors que comme l'a souligné Michel GRIMALDI, « comment ne pas relever l'affirmation (…) de la valeur constitutionnelle du droit de propriété ? »[2490]. En effet, il est étonnant que le juge judiciaire fasse référence à la valeur constitutionnelle du droit de propriété[2491]. *A priori* le seul article 544 du Code civil suffisait à fonder son raisonnement. De plus, ce n'est pas parce que le droit de propriété a une valeur constitutionnelle qu'il n'est pas susceptible de limitations. Il semblerait que le juge judiciaire ait ainsi voulu renforcer sa décision en faisant appel à la Constitution[2492]. Mais il est également allé plus loin que le juge constitutionnel en évoquant directement le droit de propriété comme un droit fondamental et non pas comme un droit à caractère fondamental. Il est vrai qu'il n'y a aucune particularité juridique attachée à l'une plutôt qu'à l'autre formulation. Mais la qualification de « droit fondamental » amorce l'idée de la création d'une catégorie juridique particulière, contrairement à l'expression « droit à caractère fondamental » qui semble uniquement posséder un but descriptif[2493].

Le juge constitutionnel et le juge judiciaire ont bien consacré le droit de propriété comme étant un droit fondamental. Le droit de propriété a également été reconnu comme tel au niveau supra-étatique.

2. La reconnaissance au niveau supra-étatique

595. Tout d'abord, il a été reconnu par l'article 17 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948[2494]. Cependant, cette reconnaissance manque d'effectivité et semble uniquement symbolique. En effet, même si la Déclaration a été publiée au Journal officiel du 9 février 1949, cela ne suffit pas à ce qu'elle soit appliquée. En effet, pour la rendre applicable en droit interne, il faudrait qu'elle soit ratifiée, conformément à l'article 55 de la Constitution[2495]. Laurence MONTI s'est interrogée sur les raisons de ce

[2489] Civ. 1re 4 janvier 1995, n° 92-20.013 : *Bull. civ.* I, n°4.
[2490] GRIMALDI M., *D*. 1995, p. 328, note sous Civ. 1re, 4 janvier 1995, préc.
[2491] JESTAZ Ph., Les sources d'inspiration de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *in La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Coll. Etudes juridiques, 1999, p. 3, spéc. p. 8 : selon Ph. JESTAZ, « en préférant se fonder sur le droit constitutionnel de propriété, la Cour de cassation a insinué, peut-être sans l'avoir voulu, que l'article 285-1 du Code civil était contraire à la Constitution et elle a donc marché sur les plates-bandes du Conseil constitutionnel ».
[2492] ZENATI-CASTAING F., Caractère constitutionnel du droit de propriété, *RTD civ*. 1996 p. 932.
[2493] *Cf. infra* sur l'application de la notion de droit fondamental au droit de propriété, n°598.
[2494] Art. 17 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme : « 1. Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété. 2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété ».
[2495] Notamment : CE 21 décembre 1990, *Conf. Nat. Assoc. Familiales catholiques*, nos15743, 105810, 105811 et 105812 : *Rec. Lebon* p. 369.

manque de protection du droit de propriété au niveau international[2496]. En premier lieu, cela pourrait s'expliquer par la peur des Etats de perdre leur souveraineté. En second lieu, cela dépendrait de l'orientation des Etats pour une conception de la propriété orientée soit vers une fonction sociale, soit comme un droit naturel. Et enfin, la faiblesse de la protection du droit de propriété au niveau international pourrait provenir de l'absence de consensus des Etats sur la valeur du droit de propriété comme droit fondamental.

596. Au niveau européen, la garantie du droit de propriété n'a pas été incluse dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950. Et elle a fait l'objet de nombreux débats lors des travaux préparatoires de l'article 1er du protocole n°1[2497]. Néanmoins, l'article 1er du protocole additionnel à la Convention Européenne des Droits de l'Homme protège le droit au respect des biens[2498] et en substance le droit de propriété[2499]. Le droit de propriété occupe d'ailleurs une place particulière dans le droit européen. Il s'agit du seul droit ayant un caractère économique qui soit protégé par la Convention européenne[2500]. Il est possible de penser que la vision européenne du droit de propriété lui apporte un certain renouveau[2501]. En effet, sur le plan européen, c'est à la fois le droit réel le plus complet, et celui qui organise la liberté des relations économiques et sociales dans la Justice et la paix[2502].

Le droit au respect des biens et partant le droit de propriété, n'a pas été qualifié expressément de droit fondamental par la Cour européenne des droits de l'homme. Cependant plusieurs indices permettent de penser que la conception européenne était bien de voir le droit de propriété comme un droit fondamental. D'abord, certains passages des travaux préparatoires laissent penser que le droit de propriété était supérieur à d'autres droits économiques ou

[2496] MONTI L., *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit de propriété*, th. Nice, 2001, Vol. 1, p. 13.
[2497] Travaux préparatoires de l'articler 1er du premier protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme, 13 août 1976, http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=library/collections&c=fra.
[2498] L'article 1er du Protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'homme a été ratifié par la France le 3 mai 1974.
[2499] CEDH *Marckx c./Belgique* du 13 juin 1979, Série A n°31, §63.
[2500] BÎRSAN C. et RENUCCI J.-F., La Cour européenne des droits de l'homme précise le droit de propriété, *D.* 2005, p. 870 : pour ces auteurs il s'agirait d'un « droit civil par son contenu et un droit économique par sa nature ».
[2501] REMY P., La propriété privée considérée comme un droit de l'homme, *in* La protection des droits fondamentaux, Colloque de Varsovie des 9 au 15 mai, Actes du colloque organisé à Varsovie par les Facultés de Droit de Varsovie et de Poitiers, p. 137.
[2502] MONTI L., *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit de propriété*, th. Nice, 2001, Vol. 1, p. 16.

sociaux et qu'il était majoritairement considéré comme un droit fondamental[2503]. Cette interprétation est confirmée par l'arrêt *Marckx*, qui en conclut que le droit de disposer de son bien est « un élément traditionnel fondamental du droit de propriété[2504]. Enfin, la valeur fondamentale du droit de propriété se déduit[2505] des termes de l'arrêt *Sporrong et Lönnroth* de 1982[2506].

597. Enfin, au niveau communautaire, la Cour de justice de l'Union européenne[2507] se réfère également à l'article 1[er] du protocole n°1 pour ce qui concerne le droit de propriété[2508]. Dans un premier temps, elle a affirmé que le droit de propriété faisait partie « des principes généraux du droit communautaire »[2509]. Puis dans un second temps, elle a indiqué que « les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect » mais que le droit de propriété « loin d'apparaître comme des prérogatives absolues [doit] être [considéré] en vue de la fonction sociale des biens (…) protégés »[2510]. Dans un dernier temps, la Cour a fini par affirmer qu' « (…) il est de jurisprudence établie que les droits fondamentaux et, plus particulièrement, le droit de propriété n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société »[2511].

[2503] Travaux préparatoires de l'articler 1[er] du premier protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme, 13 août 1976, p. 6 : « (…) la majorité de la Commission, considérant que le droit de propriété était une condition de l'indépendance personnelle et familiale a finalement opté pour l'inscription de ce droit dans la liste (…) » ; p. 11 : « (…) certains de mes amis, membres de la Commission, ont exprimé que la vie de l'individu ne saurait être complète s'il ne possède pas de biens et ne peut en faire usage à son gré » ; p. 13 : « J'estime que le droit de chacun à ne pas être arbitrairement privé de sa propriété constitue un privilège fondamental et minimum de l'individu (…) » ; p. 14 : « (…) j'ai déposé un amendement affirmant ce que je crois être véritablement le droit de propriété individuelle conçu comme un droit fondamental de l'homme » ; p. 27 « (…) il s'agit là d'un droit fondamental nécessaire à l'épanouissement complet de l'être humain »., p. 49 « (…) la propriété (…) en tant que propriété familiale et transmissible, faisait partie des Droits humains (…) »

[2504] CEDH *Marckx c./ Belgique* du 13 juin 1979, Série A n°31, §64 : « (…) les travaux préparatoires le confirment sans équivoque: les rédacteurs n'ont cessé de parler de "droit de propriété" pour désigner la matière des projets successifs d'où est sorti l'actuel article 1 (P1-1). Or le droit de disposer de ses biens constitue un élément traditionnel fondamental du droit de propriété ».

[2505] ZATTARA A.-F., th. préc., p. 117, n°128.

[2506] CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, Série A n°52, §69 : « (…) la Cour doit rechercher si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu (…)» ; et du considérant 73 : « Ainsi combinées, les deux séries de mesure ont créé une situation qui a rompu le juste équilibre devant régner entre la sauvegarde du droit de propriété et les exigences de l'intérêt général (…)».

[2507] Dont l'ancienne appellation est : Cour de justice des Communautés européennes.

[2508] CJCE *Liselotte Hauer c./ Land Rheinland-Pfalz* du 13 décembre 1979, aff. 44/79, Rec. p. 3727, §4.

[2509] CJCE *Hermann Schräder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG c./ Hauptzollamt Gronau* du 11 juillet 1989, aff. 265/87, Rec. p. 2237, §15.

[2510] CJCE *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c./ Commission des Communautés européennes*, du 14 mai 1974, aff. 4/73, Rec. p. 491, §§13 et 14.

[2511] CJCE *Georg von Deetzen c./ Hauptzollamt Oldenburg* du 22 octobre 1991, aff. C-44/89, Rec. p. I. 5119, §28.

Le droit de propriété a aussi été consacré dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à l'article 17. L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne a fait accéder le droit de propriété au rang de droit primaire.
Le droit de propriété a largement été reconnu comme un droit fondamental, mais les conséquences d'une telle appellation sont moins perceptibles. Il convient donc d'appliquer la notion de droit fondamental au droit de propriété [2512] en cherchant à qualifier le droit de propriété comme un droit fondamental.

B. La qualification du droit de propriété comme un droit fondamental

598. Lorsque le juge constitutionnel a fait du droit de propriété une catégorie juridique à valeur constitutionnelle (1), il a renforcé la protection du droit de propriété. La distinction entre un droit fondamental et un droit à valeur constitutionnelle est délicate car si les droits fondamentaux ont une valeur constitutionnelle, y compris le droit de propriété, la réciproque n'est pas toujours vraie. Il convient donc de vérifier si l'évolution de la qualification du droit de propriété comme un droit fondamental pourrait illustrer l'existence d'une catégorie juridique autonome des droits fondamentaux (2).

1. Une catégorie juridique à valeur constitutionnelle

599. Le 16 juillet 1971, le Conseil constitutionnel, saisi par le Président du Sénat au sujet de la loi du 1er juillet 1901 relative à la liberté d'association, a précisé dans l'un de ses considérants qu'« au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association »[2513]. Or, le préambule de la Constitution de 1958 se réfère à la Déclaration de 1789 et au préambule de la Constitution de 1946[2514]. De cette manière, le Conseil constitutionnel a indiqué qu'il contrôle la constitutionnalité des lois non seulement par rapport à la Constitution, mais aussi par rapport à des principes fondamentaux contenus dans la Déclaration de 1789 et dans le Préambule de la Constitution de 1946. Cette

[2512] ZATTARA A.-F., th. préc., pp. 120 et s., nos133 et s. Anne-Françoise ZATTARA a également étudié l'application de la notion de droit fondamental au droit de propriété afin d'en conclure que le droit de propriété a « une double face », « lorsqu'il poursuit un but personnel, il est fondamental. Lorsque la fin qu'on se propose de remplir a une dimension sociale, il est relatif ».
[2513] Décision 71-44 DC du 16 juillet 1971, cons. 2, J.O. du 18 juillet 1971, p. 7114.
[2514] Préambule de la Constitution de 1958 : « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946. (…) ».

solution avait été en quelque sorte préparée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 19 juin 1970, qu'il avait rendue au visa suivant : « Vu la Constitution et notamment son préambule et ses articles 53, 54 et 62 »[2515]. Certains y avaient déjà vu une certaine volonté d'intégrer le préambule de la Constitution au bloc de constitutionnalité[2516].

600. Avec cette décision, le Conseil constitutionnel s'est érigé sans aucun doute en juge de la constitutionnalité des lois. Cependant, l'expression « principes fondamentaux » contenus dans la formule « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » semblait plus incertaine. Or, selon LUCHAIRE il faut distinguer entre deux catégories de principes fondamentaux : ceux qui ont une valeur constitutionnelle et ceux qui ont une valeur législative[2517]. Et il poursuit son raisonnement en indiquant que « le même principe fondamental peut (…) comporter deux étages, l'un constitutionnel et l'autre législatif », et qu' « il appartient au Conseil constitutionnel de déterminer le plafond du second et le plancher du premier (…) ». Il y aurait donc des principes fondamentaux soit à deux vitesses, soit à double valeur. Et la liberté d'association, telle que consacrée en 1971, serait un principe fondamental à deux vitesses. Ainsi, le principe de la liberté d'association, et la possibilité de donner à la structure la personnalité morale après en avoir fait la déclaration auprès de l'autorité compétente, auraient une valeur constitutionnelle. Cependant la désignation de ladite autorité n'aurait pas un caractère constitutionnel, ni même exclusivement législatif. Il faudrait donc opérer une distinction entre le principe et la loi qui le consacre.

601. Pour reconnaître « la pleine valeur constitutionnelle » de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, et donc du droit de propriété[2518], le Conseil constitutionnel « s'est servi du rejet par référendum de la Constitution de 1946 et de l'acceptation, *a contrario*, des Préambules de la Constitution de 1946 et de celle de 1958 »[2519]. Il a également combiné les notions de valeur constitutionnelle et de caractère fondamental. Cette particularité peut

[2515] Décision n°70-39 DC du 19 juin 1970, J.O. du 21 juin 1970, p. 5806.
[2516] Dans ce sens notamment : PHILIP L., La valeur juridique de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *in* Mél. KAYSER, t. 2, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 1979, p. 321. Plus nuancé, le Doyen FAVOREU estime qu'il s'agissait d'une manière discrète mais effective d'invoquer le Préambule dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité, *in* Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *in* Mél. EISENMANN, Cujas, 1975, p. 34,
[2517] LUCHAIRE F., *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Economica, Paris, 1987, p. 35.
[2518] Décision 81-132 DC du 16 janvier 1982, cons. 16, préc.
[2519] VERPEAUX M., Le juge administratif, gardien du droit de propriété, *RFDA* 2003, p. 1096.

suggérer qu'il s'agit de critères permettant d'établir une hiérarchie de valeurs entre les droits protégés par la Constitution.

D'emblée, il y a lieu d'affirmer que la référence à la fois au caractère fondamental et à la valeur constitutionnelle ne signifie pas pour autant un retour à la conception absolue du droit de propriété, si tant est qu'elle ait jamais existé[2520]. En effet, non seulement le caractère absolu n'a jamais constitué une réalité juridique, mais en plus, dans sa décision de 1982 le Conseil constitutionnel a bien précisé que le droit de propriété comporte en lui-même des « limitations exigées par l'intérêt général »[2521].

En revanche, cette combinaison est ambiguë puisque le qualificatif « fondamental » peut, soit représenter un simple équivalent de « constitutionnel », soit indiquer la marque d'une qualité spéciale au sein du Conseil constitutionnel[2522]. Ainsi, le droit de propriété pourrait être formulé de quatre manières : d'abord comme « un droit fondamental », ce qui laisserait penser que le caractère fondamental l'emporte sur la valeur constitutionnelle ; ou comme un « droit fondamental à valeur constitutionnelle », ce qui signifierait qu'il existe des droits fondamentaux simples ou à caractère constitutionnel c'est-à-dire renforcé[2523] ; ou encore comme un « droit constitutionnel », ce qui voudrait dire à l'inverse que la valeur constitutionnelle prime sur le caractère fondamental ; ou enfin comme un « droit constitutionnel à caractère fondamental », ce qui indiquerait qu'il existe des degrés dans les droits protégés par la Constitution.

602. Dans la décision de 1982, le caractère fondamental semble justifier la valeur constitutionnelle, car à cette date elle était encore controversée. Le caractère fondamental permettrait ainsi au droit de propriété de s'imposer face à une norme de valeur législative. Le droit de propriété serait un droit fondamental à valeur constitutionnelle obéissant à une logique substantielle[2524]. C'est d'ailleurs cette formulation qu'avait choisie le juge judiciaire en 1995[2525].

Or, l'article 61-1 de la Constitution au sujet de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) indique en substance que le Conseil constitutionnel pourra être saisi sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, si une loi porte atteinte à un droit ou à une liberté

[2520] Dans ce sens : ZATTARA A.-F., th. préc., p. 122, n°136 ; MOLFESSIS N., th. préc., p. 51, n°61. *Contra* : SAVY R., La constitution des juges, *D*. 1983, Chron, p. 105 : pour Robert SAVY, la décision de 1982 marque le « retour à une conception absolue du droit de propriété ».
[2521] Décision 81-132 DC du 16 janvier 1982, cons. 16, préc.
[2522] PICARD E., L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA* 1998, p. 6.
[2523] PICARD E., préc.
[2524] Sur la distinction entre la logique substantielle et la logique formelle, V. PICARD E., préc.
[2525] Civ. 1re 4 janvier 1995, n° 92-20.013 : *Bull. civ.* I, n°4 préc.

garanti par la Constitution. Il n'y a donc pas mention de droit fondamental. Au contraire, il est possible de comprendre qu'il s'agit d'un droit constitutionnel. Le Conseil constitutionnel ayant été de nombreuses fois saisi de QPC sur le fondement du droit de propriété, il y aurait donc lieu de penser que le droit de propriété serait avant tout un droit constitutionnel, et qu'il serait protégé à ce titre.

Dans une QPC du 20 janvier 2012, le Conseil constitutionnel a affirmé « qu'il appartient au législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du régime de la propriété (…) de définir les règles relatives à l'acquisition ou la conservation de la propriété »[2526]. Cette décision semble réaffirmer de manière détournée le caractère fondamental du droit de propriété[2527]. Si le régime de la propriété comporte des principes fondamentaux, le droit de propriété ne peut être qu'un droit fondamental. Par contre, le régime de la propriété relève de la compétence du législateur en ce qui concerne l'acquisition et la conservation de la propriété. Il y aurait donc une distinction entre le droit de propriété, droit fondamental de valeur constitutionnelle, et le régime de la propriété qui comporte des principes fondamentaux de valeur législative. Ainsi, le Conseil constitutionnel distingue le droit de propriété de son régime, et indique que la particularité du droit de propriété, en plus d'avoir une valeur constitutionnelle, est d'être un droit fondamental. Il n'est donc pas possible d'assimiler le constitutionnel et le fondamental. Il n'est également pas possible d'établir une hiérarchie entre ces deux notions puisque c'est leur combinaison qui assure une protection particulière au droit de propriété. En tant que droit à valeur constitutionnelle, il peut faire l'objet du contrôle du juge constitutionnel. Mais en tant que droit fondamental, il fait l'objet du contrôle des juges européens. Etant donné qu'un contrôle existe aussi bien au niveau interne qu'européen, il est possible de se demander si la tendance n'est pas à la création d'une catégorie juridique au caractère autonome.

[2526] Décision n°2011-212 QPC du 20 janvier 2012, J.O. 21 janvier 2012, p. 1214, considérant 4.

[2527] Les tables d'analyses du Conseil constitutionnel pour l'année 2012 indiquent en titre de cette décision : « caractère fondamental du droit de propriété », p. 73.

2. Vers une catégorie juridique au caractère autonome ?

603. Le droit de propriété est un droit fondamental, mais encore faut-il savoir ce qu'est un droit fondamental. Le terme « fondamental » évoque l'idée de ce qui est essentiel, ou tout au moins particulièrement important. Mais cela ne peut suffire pour définir ce qu'est un droit fondamental.

Une étude du droit comparé à ce sujet révèle que d'autres Etats utilisent des droits fondamentaux, mais ils ne les qualifient pas toujours comme tel. Aux origines du droit allemand, *Grundrechte*[2528] signifiait le droit de base de l'Etat de droit, puis ce terme a été utilisé pour désigner les droits fondamentaux. La Loi fondamentale allemande a dressé une liste des droits fondamentaux[2529] alors appelés *Grundrechte* et a placé le droit de propriété à l'article 14[2530]. En revanche en Italie, même si l'article 42 de la Constitution italienne vise le droit de propriété[2531], elle n'utilise pas pour autant la notion de droit fondamental[2532].

En droit français, aucun texte ne distingue explicitement des droits fondamentaux[2533]. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, comme son nom l'indique, n'énumère que des droits de l'homme qui sont « des exigences politiques et morales, plus ou moins inspirés par le libéralisme économique et des extensions, considérées en dehors de tout contexte

[2528] Littéralement *Grund* signifie la raison et *Rechte*, les droits.

[2529] FROMONT M., Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne, *in* Mél. EISENMANN, Cujas, 1975, p. 49 ; JOUANJAN O., La théorie allemande des droits fondamentaux, *AJDA* 1998, p. 44.

[2530] Art. 14 Loi fondamentale : « La propriété et le droit de succession sont garantie. Leur contenu et leurs limites sont fixés par les lois.
Propriété oblige. Son usage doit contribuer en même temps au bien de la collectivité.
L'expropriation n'est permise qu'en vue du bien de la collectivité. Elle ne peut être opérée que par la loi ou en vertu d'une loi qui fixe le mode et la mesure de l'indemnisation. L'indemnité doit être déterminée en faisant équitablement la part des intérêts de la collectivité et de ceux des parties intéressées. En cas de litige portant sur le montant de l'indemnité, les tribunaux ordinaires sont compétents ».

[2531] Art. 42 Constitution italienne : « La propriété est publique ou privée. Les biens économiques appartiennent à l'État, à des organismes ou à des particuliers. La propriété privée est reconnue et garantie par la loi qui en détermine les modes d'acquisition, de jouissance ainsi que les limites afin d'en assurer la fonction sociale et de la rendre accessible à tous. La propriété privée peut être expropriée, dans les cas prévus par la loi et sous réserve d'indemnisation, pour des motifs d'intérêt général. La loi fixe les règles et les limites de la succession légale et testamentaire ainsi que les droits de l'État sur les héritages ».

[2532] ZAGREBELSKY G., Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, Cour constitutionnelle italienne, *RIDC* 1981, p. 511.

[2533] Pour une approche comparative des systèmes allemands et français en matière de droits fondamentaux, V. MEINDL T., *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, th. Montpellier I., Préf. D. ROUSSEAU, L.G.D.J., 2003. Pour Thomas MEINDL, th. préc., p. 468, « selon la conception allemande, *les droits fondamentaux sont des droits constitutionnels à la fois subjectifs et objectifs qui traduisent effectivement dans le droit positif le principe des droits de l'homme, concrétisant ainsi la séparation gouvernés-gouvernants, en exigeant la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité contre les actes infra-constitutionnels et la loi constitutionnelle de révision*. Au regard de ces différents éléments *la notion de droit fondamental* est absente en France ».

proprement juridique »[2534]. Les droits fondamentaux sont en quelque sorte une mutation des droits de l'homme[2535]. Plus précisément, les droits fondamentaux sont des droits de l'homme effectifs[2536] puisqu'ils bénéficient du contrôle des juges internes et européens.
Au niveau de l'Union européenne, « l'idée d'un catalogue autonome » se fait jour[2537]. De son côté, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales semble se rapprocher de l'idée d'une catégorie autonome des droits fondamentaux. Comme la loi fondamentale allemande, la Convention européenne dresse une liste des droits, mais elle les qualifie seulement de « droits de l'homme » et de « libertés fondamentales ». En outre, le préambule de la Convention européenne insiste sur la volonté des Etats d'assurer l'application des droits qu'elle énumère et une garantie « des droits énoncés dans la Déclaration universelle », en prenant les mesures nécessaires pour y arriver, mais elle est tout de même soumise au principe de subsidiarité[2538].

604. Pour tenter de définir la notion de droit fondamental, de nombreux auteurs ont recherché les critères permettant l'existence de tels droits[2539] : selon leurs sources, ou leur valeur selon qu'elle est importante ou indiscutable. Ainsi, selon certains[2540], les rapports normatifs doivent satisfaire à des conditions matérielles[2541]. D'autres ont cherché à conceptualiser la notion de droit fondamental soit en distinguant l'approche formelle de l'approche fonctionnelle[2542], soit en recensant les différentes analyses en la matière[2543]. Ainsi, selon une première analyse, un droit serait fondamental en raison du sujet de droit : l'Homme. En ce sens, un droit fondamental s'applique à tout individu car il est nécessaire à la dignité

[2534] FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MELIN-SOUCRAMANIEN F., PENA A., PFERSMANN O., PINI, J., ROUX A., SCOFFONI G. et TREMEAU J., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 6e éd., 2012, p. 75, n°87.
[2535] ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, Paris, 2011, p. 168.
[2536] MEINDL T., th. préc., pp. 102 et s., et p. 467.
[2537]SUEUR J.-J., L'évolution du catalogue des droits fondamentaux, *in Les droits fondamentaux dans l'Union européenne : dans le sillage de la Constitution européenne en hommage à René-Jean Dupuy 1918-1997, fondateur de l'Institut du droit de la paix et du développement,* 2009, p. 38.
[2538] Sur le principe de subsidiarité, ses incidences sur le plan matériel et sur le plan procédural, *cf. supra* n°653.
[2539] Pour un point sur l'ensemble des Ecoles, V. ROCHFELD J., *op. cit.,* p. 169.
[2540] FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MELIN-SOUCRAMANIEN F., PENA A., PFERSMANN O., PINI, J., ROUX A., SCOFFONI G. et TREMEAU J., *op. cit*., p. 75, n°86.
[2541] 1) l'existence de permissions au bénéfice de toutes personnes ou de certaines personnes ; 2) les normes législatives ou infralégislatives qui aboliraient ou limiteraient ces permissions seraient fautives ; 3) un organe juridictionnel de contrôle doit être habilité à annuler des normes fautives ; 4) des organes doivent être habilités à saisir l'organe juridictionnel de contrôle en cas de violation.
[2542] ZATTARA A.-F., th. préc., pp. 118 et s., nos129 et s.
[2543] CHAMPEIL-DESPLATS V., La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *D*. 1995, p. 323, qui développe une lecture stratégique de l'apparition de la notion de droit fondamental dans le droit constitutionnel français. Selon elle, un droit fondamental a une fonction justificative.

humaine[2544]. Selon une autre conception, un droit serait fondamental en raison de ses sources extrajuridiques[2545] ou juridiques, ou de sa position dans la hiérarchie des normes. Une troisième analyse estime que le droit fondamental existe en raison « de sa fonction soit d'identité, soit de cohérence d'un système juridique »[2546]. Enfin, la dernière approche est comparative afin d'extraire des valeurs communes, notamment au niveau européen[2547].
En réalité, ces critères ne sont que des indices permettant de qualifier un droit de fondamental. En effet, ce qui essentiel à l'homme est nécessairement évolutif. Pour preuve, la tendance actuelle[2548] est la multiplication des droits fondamentaux[2549], au risque d'en diluer leur efficacité[2550].

605. La notion de droit fondamental est particulièrement difficile à définir en droit français, car ce dernier est attaché à ce que « la loi soit l'expression de la volonté générale »[2551]. Or, accepter l'existence de droits fondamentaux c'est reconnaître que des normes soient hiérarchiquement supérieures à la loi, mais également d'une certaine manière, supérieures à la Constitution.
Ceci étant, les contrôles de constitutionnalité et de conventionalité[2552] ont diminué la valeur hiérarchique de la loi. Dans une décision de 1985, le Conseil constitutionnel a affirmé que « la loi votée (…) n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »[2553]. Et, les juges judiciaires[2554] et administratifs[2555] se sont reconnus compétents pour écarter l'application d'une loi qui serait contraire à un traité international.

[2544] RIVERO J., Rapport de synthèse, *RIDC* 1981, p. 671. Dans ce sens Etienne PICARD, préc., estime que « les droits fondamentaux ne se fondent, juridiquement, que sur eux-mêmes ».
[2545] MOULY C., préc., p. 34.
[2546] Analyse expliquée par Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, préc. Dans ce sens : FLAUSS J.-F., Les droits de l'homme, comme élément d'une constitution de l'ordre européen, *LPA* du 30 avril 1993, n°52, p. 8, spéc. p. 10 : « les droits de l'homme, fondement de l'ordre européen », et p. 15 : « dans le cadre des droits constitutionnels nationaux et du droit européen, les droits de l'homme, du moins les plus fondamentaux, ont donné naissance, toutes proportions gardées, à une sorte de supra-constitutionnalité réputée s'imposer au pouvoir constituant populaire ».
[2547] Analyse expliquée par Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, préc.
[2548] Cette tendance pourrait s'expliquer comme une réaction face à la montée de la crise économique depuis la fin des années 1970.
[2549] Il s'agit du mouvement dit de « fondamentalisation », V. ROCHFELD J., *op. cit.*, p. 164 et 178.
[2550] V. dans ce sens DREYER E., La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *D*. 2006, p. 748 : « Dire que tous les droits sont fondamentaux revient à dire que ce sont des droits comme les autres, qui peuvent être invoqués largement et restreints sans hésitation ».
[2551] Art. 6 DDHC.
[2552] Art. 55 Constitution.
[2553] Décision n°85-197 DC du 23 août 1985, cons. 27, J.O. du 24 août 1985, p. 9814.
[2554] Ch. mixte 24 mai 1975, n°73-13.556, *Sté des cafés Jacques Vabre* : *Bull. ch. mixte*, n° 4.
[2555] CE 20 octobre 1989*, Nicolo*, n°108243 : *Rec. Lebon* p. 190.

Toutefois, reconnaître que les droits fondamentaux sont supérieurs à la Constitution soulève le problème de l'existence d'une supra-constitutionnalité. Il existe deux manières de définir la supra-constitutionnalité. De manière typologique d'abord, la supra-constitutionnalité serait soit de type interne, tels que les principes contenus dans la Déclaration des droits de 1789, soit de type externe c'est-à-dire qu'il s'agirait des normes internationales ou communautaires[2556]. Et de manière descriptive ensuite, la supra-constitutionnalité serait « la supériorité de certaines règles ou principes qualifiés "normes", sur le contenu de la Constitution, normes pouvant figurer expressément dans le texte ou existant implicitement »[2557], c'est-à-dire provenant du droit naturel. Cette dernière notion a l'avantage de respecter les valeurs de l'Homme, mais elle manque de précision[2558]. Or, dans un Etat de droit, seules des règles de droit peuvent servir de références.

606. La supra-constitutionnalité des droits fondamentaux pose elle-même deux questions : celle de la hiérarchie entre droits fondamentaux et celle de l'autorité qui contrôlerait ces normes supérieures.

À la première question, la décision de 1982 donne un indice en expliquant que le droit de propriété a le « même rang » que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression[2559]. Il y aurait donc une hiérarchie, mais le droit de propriété appartiendrait au même rang que la liberté, laquelle ne peut se trouver qu'au premier rang[2560]. En tant que « faiseur de systèmes »[2561], tout juriste est prompt à créer des catégories, mais dans le cas présent une hiérarchie entre droits fondamentaux nuirait à la notion même de droits fondamentaux. En dehors de l'hypothèse d'un conflit entre droits fondamentaux, où il est compréhensible qu'il

---

[2556] FAVOREU L., Souveraineté et supraconstitutionnalité, *Pouvoirs* 1993, n°67, p. 71.
La supra-constitutionnalité interne est controversée car les principes contenus dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen font partie du bloc de constitutionnalité. Dans ce sens, pour Bertrand MATHIEU il ne peut exister qu'une forme de supra-constitutionnalité externe, qui serait la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *in* MATHIEU B., La supra-constitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités, *LPA* du 8 mars 1995, n°29, p. 14.

[2557] ARNÉ S., Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ? Contribution à l'étude des droits fondamentaux et à la constitutionnalité, *RDP* 1993, p. 461. Selon Serge ARNÉ, ces normes supra-constitutionnelles seraient : le respect de la dignité humaine, la non-discrimination, la solidarité et le pluralisme.

[2558] Pour le doyen VEDEL, la supra-constitutionnalité « à l'état pur » est « logiquement inconstructible » car elle « supposerait qu'il existe des règles supérieures à la Constitution et non formulées par celle-ci. En ce cas, il leur faut un minimum d'existence objective permettant de les « lire » quelque part, de connaître leur contenu », *in*, VEDEL G., Souveraineté et supraconstitutionnalité, *Pouvoirs* 1993, n°67, p. 79.

[2559] Décision 81-132 DC du 16 janvier 1982, cons. 16, préc. La décision de 1982 souhaitait ainsi affirmer un principe afin de renforcer la protection constitutionnelle mais le contrôle opéré par les juges n'est pas en adéquation avec cette affirmation.

[2560] Serge ARNÉ, préc., établit un parallèle avec les libertés publiques qui elles font l'objet d'une hiérarchie depuis l'arrêt CE 19 mai 1933, *Benjamin*, n^{os}17413, 17520 : *Rec. Lebon*, p. 541.

[2561] RIVERO J., Apologie pour les « faiseurs de systèmes », *in Pages de doctrine*, t. 1, L.G.D.J., 1980, p. 3, spéc. p. 4 (reprise de la chronique publiée précédemment : D. 1951, Chron. 99).

faille faire un choix, une hiérarchie interne signifierait qu'il existe des droits moins fondamentaux que d'autres. Ces droits moins fondamentaux auraient au minimum une valeur constitutionnelle. Dans ce cas, pourquoi les qualifier de fondamentaux et non pas simplement de constitutionnel ?

La question de l'autorité chargée de contrôler ces droits fondamentaux est encore plus épineuse. *A priori* le juge constitutionnel français tient sa fonction de la Constitution et non du droit lui-même[2562]. Par conséquent, si les droits fondamentaux avaient une valeur supra-constitutionnelle, il ne pourrait pas être compétent à moins de tomber dans un système d'oligarchie ou de gouvernement des juges[2563]. Les juges européens, notamment celui de Strasbourg, pourrait remplir ce rôle, notamment grâce à la possibilité pour tous citoyens d'exercer un recours individuel[2564]. Mais cela signifierait pour l'Etat français une perte de ses prérogatives[2565].

607. En outre, si la création d'une catégorie juridique autonome des droits fondamentaux est possible, quelles en seraient les conséquences pour le droit de propriété ? *A priori*, cela ne devrait pas permettre d'uniformiser la conception du droit de propriété en tant que droit fondamental. En effet, le droit de propriété en tant que droit fondamental a « une consistance et des effets différents »[2566]. Par exemple, pour le Conseil constitutionnel en 1982, le droit de propriété est « un droit sur une somme d'argent représentant la valeur du bien », alors que pour la Cour de cassation en 1995, c'est « un rapport exclusif d'une personne et d'une chose déterminée »[2567]. Ainsi, même en ayant la qualification de droit fondamental, le droit de propriété reste variable dans son contenu. L'approche du droit de propriété continue à évoluer, comme il en a toujours été le cas à travers les âges, et au gré des contributions doctrinales[2568].

[2562] Art. 56 à 63 Constitution.
[2563] VEDEL G., préc. spéc. p. 95.
[2564] *Cf. infra*. n°652..
[2565] Les juges de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire ne pourraient être compétents puisqu'ils n'exercent qu'un contrôle de conventionalité. Avec la QPC ils ont obtenu le pouvoir de transmettre ou non la question au Conseil constitutionnel. Mais ils n'effectuent pas un contrôle de constitutionnalité.
[2566] PICARD E., préc.
[2567] PICARD E., préc.
[2568] Par exemple, le droit de propriété en tant que droit naturel (MOULY C., préc.) ; le droit de propriété en tant que fonction sociale (DUGUIT L., *op. cit*., pp. 147 et s.) ; le droit de propriété portant sur des choses (conception dite classique), ou sur des droits (conception dite moderne de GINOSSAR et Frédéric ZENATI-CASTAING) ; l'approche pouvant aussi être plus économique (DROSS W., préc.).

Néanmoins, si les droits fondamentaux étaient une catégorie juridique autonome, ils devraient pouvoir non seulement avoir un « effet vertical »[2569] en tant que droits subjectifs, c'est-à-dire que chaque individu aurait un droit contre l'Etat en pouvant obliger l'organe chargé de la concrétisation de la norme constitutionnelle ou conventionnelle à faire respecter ce droit, mais également un « effet horizontal »[2570] en tant que droits objectifs, comme dans le modèle allemand[2571]. Dans ce cas, les droits fondamentaux devraient être respectés par toutes personnes dans leurs rapports réciproques. À l'heure actuelle, la Cour européenne agit dans le cadre de l'effet vertical, mais elle reconnaît qu'un tel effet horizontal direct existe[2572]. En droit interne, un effet horizontal indirect existe déjà lorsqu'une norme légale est créée pour protéger un droit fondamental. Ainsi, le vol, le recel, l'abus de biens sociaux ou la rupture d'un contrat réel contribuent à protéger le droit de propriété en tant que droit fondamental. Par contre, pour qu'un effet horizontal direct soit effectif en droit interne, notamment en ce qui concerne le droit de propriété, il faudrait que le contenu du droit de propriété soit défini précisément et de la même façon par l'ensemble des juridictions, c'est-à-dire qu'il ouvre des droits objectifs, ce qui n'est pas le cas. Néanmoins, les juges se réfèrent parfois explicitement au droit de propriété en tant que droit fondamental[2573], ou alors visent l'article 1er du protocole additionnel n°1 ou les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789. L'effet horizontal direct est donc limité à des visas ou des effets d'annonce. À défaut les juges de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat seraient obligés d'abandonner leur jurisprudence au profit des jurisprudences constitutionnelles et européennes.

608. Le droit de propriété en tant que droit fondamental tend à développer une certaine autonomie, par l'intermédiaire du contrôle de constitutionnalité, notamment la QPC, et du contrôle fondé sur l'article 1er du protocole additionnel n°1. Cela assure une protection du droit de propriété en tant que principe, son contenu étant trop variable. L'idée est également de protéger le propriétaire de l'arbitraire de l'Etat. Dans ce contexte, le droit de propriété apparaît comme « l'instrument d'une politique sociale »[2574]. Pour assurer une meilleure

[2569] FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MELIN-SOUCRAMANIEN F., PENA A., PFERSMANN O., PINI, J., ROUX A., SCOFFONI G. et TREMEAU J., *op. cit.*, p. 105, n°124.
[2570] FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MELIN-SOUCRAMANIEN F., PENA A., PFERSMANN O., PINI, J., ROUX A., SCOFFONI G. et TREMEAU J., *op. cit.*, p. 106, nos12 et s.
[2571] FROMONT M., Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne, *in* Mél. EISENMANN, Cujas, 1975, p. 49 ; JOUANJAN O., La théorie allemande des droits fondamentaux, *AJDA* 1998, p. 44.
[2572] CEDH *Sovtransavto Holding c./ Ukraine*, 25 juillet 2002, Recueil des arrêts et décisions 2002-VII, aff. n°48553/99, §96.
[2573] Civ. 1ère 4 janvier 1995, n° 92-20.013 : *Bull. civ.* I, n°4, préc.
[2574] ZATTARA A.-F., th. préc., p. 131, n°149.

protection du droit de propriété et donc de chaque propriétaire, le recours à la notion de liberté fondamentale semble complémentaire.

§2. Le droit de propriété, une liberté fondamentale

609. Le droit de propriété est également considéré comme une liberté fondamentale par le juge administratif et par le juge judiciaire. De même, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a rangé le droit de propriété dans le titre 2 consacré aux « libertés » à l'article 17[2575]. Néanmoins, cette reconnaissance est moins générale que celle du droit de propriété en tant que droit fondamental. En effet, même si la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales comporte en son sein le terme de « liberté fondamentale », la Cour européenne n'a jamais fait référence au droit de propriété en ces termes. Le juge constitutionnel n'évoque pas non plus le droit de propriété comme une liberté fondamentale. Le droit de propriété en tant que liberté fondamentale est à mi-chemin entre une liberté et un droit. Il s'agit d'une notion hétérogène (A). Grâce au référé-liberté, la notion de liberté fondamentale gagne en efficacité. De cette manière, elle protège le contenu du droit de propriété, de manière concrète, par l'intermédiaire d'une procédure accélérée. Cependant, il semble que la notion de liberté fondamentale peut être employée dans le but plus spécifique de protéger la volonté de l'individu, notamment sa liberté de disposition. Dans ce cas, la notion de liberté fondamentale doit être comprise comme la liberté du propriétaire (B).

A. Une liberté fondamentale : une notion hétérogène

610. Vouloir différencier le droit de propriété en tant que droit fondamental, du droit de propriété en tant que liberté fondamentale est une opération ardue mais montre que l'ambivalence de la notion de liberté fondamentale est importante (1). Pour le juge administratif, le droit de propriété est considéré comme une liberté fondamentale dans le cas particulier du référé-liberté (2).

[2575] Art. 17 : « 1. Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général.
2. La propriété intellectuelle est protégée ».

1. L'ambivalence de la notion de liberté fondamentale

611. La reconnaissance du droit de propriété comme une liberté fondamentale est moins générale que celle du droit de propriété comme un droit fondamental. Cette disparité de traitement peut paraître surprenante mais elle s'explique par la difficulté de distinguer la notion de droit fondamental de celle de liberté fondamentale, et par l'existence d'autres notions telles que les droits de l'Homme ou les libertés publiques.

612. En premier lieu, il est difficile de distinguer entre un droit fondamental et une liberté fondamentale[2576]. Certains ne font même pas de distinction entre les deux notions, évoquant indistinctement les droits et libertés fondamentales[2577]. Par leur qualification de « fondamental », les deux notions évoquent l'idée qu'elles sont toutes les deux essentielles[2578]. Il faut donc rechercher ce qui différencie un droit[2579] d'une liberté[2580]. Cette tâche appliquée au droit de propriété est délicate. En effet, ces deux notions sont très larges et jouent toutes les deux le rôle d'enveloppes dont les contenus peuvent être distincts et évolutifs. En effet, un droit comme une liberté attribue des prérogatives[2581] à son titulaire[2582]. Cependant un droit[2583] octroie le « pouvoir d'imposer, d'exiger ou d'interdire »[2584], et la

[2576] DUPRÉ DE BOULOIS X., Les notions de liberté et de droits fondamentaux en droit privé, *JCP* G. 2007, I., 211.
[2577] FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MELIN-SOUCRAMANIEN F., PENA A., PFERSMANN O., PINI, J., ROUX A., SCOFFONI G. et TREMEAU J., *op. cit*., p. XVI.
[2578] *Cf. supra* n°603.
[2579] Ici, il faut comprendre le droit subjectif. Sur cette notion, V. notamment DABIN J., *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 1952 , pp. 55 et s.; ROUBIER P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Coll. Philosophie du droit, Paris, 1963, spéc. p. 67 et s, n°9, pour une approche des théories de SAVIGNY et de IHERING ; ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Paris, 2011, notion n°3, Les droits subjectifs, pp. 150 et s. ; AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Dalloz, Coll. Sirey Université, Paris, 15e éd., 2014, pp. 203 et s.
[2580] RACINE J.-B., Remarques sur la distinction entre les droits et les libertés, *LPA* du 23 septembre 2014, n°190, p. 7, n°1 : selon Jean-Baptiste RACINE, « s'intéresser à la question, c'est ouvrir la boîte de Pandore ». V. ROUBIER P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Coll. Philosophie du droit, Paris, 1963, p. 145, n°20. ROUBIER explique qu'une liberté doit exister pour qu'un droit puisse se développer et selon lui « lorsque l'on oppose la liberté aux droits au sens propre du mot, il s'agit d'une prérogative qui ouvre à son bénéficiaire, s'il le désire, un accès inconditionné aux situations juridiques, qui se placent dans le cadre de cette liberté ».
[2581] V. ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Paris, 2011, pp. 166 et s.
[2582] De plus, le titulaire de cette prérogative issue d'un droit subjectif ou d'une liberté aura la faculté de faire sanctionner la violation de sa prérogative, V. ROCHFELD J., *op. cit.,* p. 173 et s., et pour un aspect processuel de la liberté, V. STRICKLER Y., Liberté, j'écris ton nom, *in* Mél. GUINCHARD, Dalloz, 2010, p. 381.
[2583] Pour DABIN, *op. cit*., p. 105, « le droit subjectif est la prérogative, concédée à une personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme dû ».
[2584] AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *op. cit.*, p. 207, n°187 : ils définissent ainsi le droit subjectif comme « l'attribution, par la règle de droit, d'un pouvoir d'imposer, d'exiger ou d'interdire, considéré comme utile à la personne prise à la fois comme individu et comme acteur de la vie sociale ».

liberté accorde le « pouvoir de faire ce que l'on veut »[2585] et réciproquement, de ne pas faire ce que l'on ne veut pas. Le pouvoir de la volonté semble donc plus large dans le cadre d'une liberté que dans celui d'un droit. Le propriétaire devrait disposer d'un champ d'action plus important lorsque son droit de propriété est considéré comme une liberté fondamentale. Dans un même temps, « un droit est une prérogative plus précise, plus construite, *a priori* plus efficace qu'une liberté »[2586].

En qualifiant le droit de propriété de droit fondamental, la protection semble porter sur l'objet du droit de propriété, alors qu'en le qualifiant de liberté fondamentale, il semble qu'elle porte davantage sur les prérogatives du propriétaire.

613. En second lieu, la notion de liberté fondamentale semble assimilable aux notions de droits de l'Homme et de libertés publiques. Pourtant, il est possible de considérer que les droits de l'Homme sont la source des libertés fondamentales et des libertés publiques. Il s'agit de « droits inhérents à la nature humaine »[2587] qui sont affirmés par des textes supra-législatifs, d'une dimension interne, telle que la Déclaration des droits de l'Homme de 1789, ou d'une dimension européenne, telle que la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Quant aux libertés publiques, elles sont en quelque sorte les ancêtres des droits fondamentaux[2588]. Elles inspirent l'idée d'une protection verticale c'est-à-dire du citoyen à l'encontre de l'Etat. Et l'instrument assurant cette protection est la loi. Or, le concept de droit fondamental semble plus apte à assurer une protection globale puisqu'il possède une dimension supra-législative et le développement de son autonomie devrait permettre une protection horizontale[2589].

[2585] RACINE J.-B., préc., n°2.
[2586] RACINE J.-B., préc., n°27.
[2587] Lexique des termes juridiques, Dalloz, 22e éd., 2014-2015, p. 392.
[2588] Dans ce sens : FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MELIN-SOUCRAMANIEN F., PENA A., PFERSMANN O., PINI, J., ROUX A., SCOFFONI G. et TREMEAU J., *op. cit.*, p. 60, n°68-1 ; FAVOREU L., La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés, *D*. 2001, p. 1739 : « (…) la notion de liberté publique a été presque immédiatement supplantée par celle de liberté fondamentale ».
Contra : WACHSMANN P., L'importation en France de la notion de « droits fondamentaux », *RUDH* 2004, p. 40 ; MEINDL T., th. préc.; PEZ T., Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté, *RFDA* 2003, p. 370, pour Thomas PEZ, « il y aurait des libertés publiques ordinaires et des libertés publiques fondamentales, de premier rang qui font l'objet d'une protection renforcée ».
[2589] *Cf. supra* n°607.

614. Le droit de propriété peut être classé dans la catégorie des droits-liberté[2590]. La notion de droit-liberté semble traduire cette ambivalence du droit de propriété, à mi-chemin entre un droit et une liberté. Un droit-liberté est opposé à un droit-créance aussi bien dans le cadre interne qu'européen. Alors qu'un droit-liberté ou « droit de » est un droit défensif[2591], qui peut être invoqué entre particuliers, un droit-créance exige un certains nombres de prestations de l'Etat et constitue un « droit à »[2592]. Or, il semble qu'un droit-liberté et un droit-créance peuvent tous les deux être considérés comme une liberté fondamentale. Cependant, un droit-créance ne bénéficie ni d'une applicabilité directe de la norme européenne, ni de la protection de l'article L.521-2 du Code de justice administrative[2593]. La liberté a donc une place importante dans la notion de droit-liberté. Par conséquent, il convient de se demander si le droit de propriété pourrait être considéré comme une liberté. Certains auteurs estiment que « le droit de propriété constitue la plus fondamentale des libertés »[2594], ou que « le droit de propriété est un droit aussi fondamental que les véritables libertés »[2595]. En réalité, le droit de propriété est une « forme particulière de liberté »[2596], celle d'user et/ou de jouir et/ou de disposer de ses biens. C'est une des raisons pour laquelle plusieurs auteurs estiment que le droit de propriété n'est pas « à proprement parler une liberté »[2597].

Ainsi, il n'y a pas d'homogénéité dans la notion de liberté fondamentale lorsqu'elle est appliquée au droit de propriété[2598]. Parfois le lien avec la consécration constitutionnelle est plus ou moins fort, ce qui implique qu'il est très difficile de distinguer entre une liberté et un droit fondamental, et que les libertés fondamentales constituent un sous-ensemble au sein des libertés constitutionnelles[2599]. Parfois, la désignation du droit de propriété comme une liberté fondamentale désigne davantage la liberté du propriétaire. Lorsque le juge administratif adopte la notion de liberté fondamentale, c'est cette ambivalence qui est mise en avant.

[2590] FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MELIN-SOUCRAMANIEN F., PENA A., PFERSMANN O., PINI, J., ROUX A., SCOFFONI G. et TREMEAU J., *op. cit.*, pp. 516 et s. et pp. 642 et s.
[2591] *Ibid*. pp. 166, n°206
[2592] COHEN D., Le droit à …, *in* Mél. TERRÉ, Dalloz, 1999, p. 393.
[2593] Sur le référé-liberté.
[2594] LETTERON. R., *Libertés publiques*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 9e éd., 2012, p. 25.
[2595] VERPEAUX M., Le juge administratif, gardien du droit de propriété, *RFDA* 2003, p. 1096.
[2596] ROBERT J. et DUFFAR J., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchestien, Coll. Domat droit public, Paris, 8e éd., 2009, p. 14.
[2597] VANDERMEEREN R., Commentaire de la loin°2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, *AJDA* 2000, p. 706 ; PEZ T., Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté, *RFDA* 2003, p. 370.
[2598] WACHSMANN P., L'importation en France de la notion de « droits fondamentaux », *RUDH* 2004, p. 46.
[2599] WACHSMANN P., préc.

2. La notion de liberté fondamentale par le juge administratif

615. Avant la loi du 30 juin 2000[2600], lorsqu'un acte administratif portait atteinte au droit de propriété, les justiciables avaient tendance à invoquer la voie de fait afin de bénéficier de la rapidité d'intervention du juge des référés du tribunal de grande instance[2601]. Il était de jurisprudence constante aussi bien pour le Conseil d'Etat[2602] que pour la Cour de cassation[2603], que la voie de fait visait des atteintes, soit au droit de propriété, soit à une liberté fondamentale. Les juges semblaient donc distinguer le droit de propriété d'une liberté fondamentale. Par contre, la notion de libre disposition des biens était considérée comme un synonyme[2604] de droit de propriété[2605].

La loi du 30 juin 2000 a créé l'article L.521-2 du Code de la justice administrative relatif au référé-liberté. Selon cet article « saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale ». Cet outil permet au juge administratif d'égaler son homologue de l'ordre judiciaire lors d'une atteinte à une liberté fondamentale[2606]. D'ailleurs, même lorsqu'une atteinte pourrait être qualifiée de voie de fait, le juge administratif se considère compétent pour faire cesser l'atteinte grave et manifestement illégale commise[2607].

616. Pour mettre en œuvre le référé-liberté, il faut réunir les conditions de l'article L.521-2 du Code de justice administrative, à savoir : une situation d'urgence, l'existence d'une liberté fondamentale et une atteinte grave et manifestement illégale qu'une personne morale de droit public, ou assimilé, porte dans l'exercice de ses pouvoirs. La première

[2600] Loi n°2000-597 du 30 juin 2000 *relative au référé devant les juridictions administratives*, J.O. du 1er juillet 2000, p. 9948.
[2601] Répertoire Dalloz de contentieux administratif, V° « Voie de fait », par MOREAU J., juin 2014, n°1 : la voie de fait « évoque une irrégularité particulièrement grossière que l'on peut imputer à l'Administration ou, pour reprendre une formule largement utilisée en jurisprudence, une comportement manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'administration ».
[2602] CE section 8 avril 1961, *Dame Klein* : *Rec. Lebon* p. 216.
[2603] Civ. 1re, 3 mai 1983, n°82-11.799 : *Bull. civ.* I, n°138 ; Civ. 1re, 2 juin 1993, n°91-16.163 : *Bull. civ*. I, n°201 **;** Civ. 1re, 5 mai 1998, n°96-18.835 : *Bull. civ*. I, n°167 ; Civ. 1re, 1er décembre 1999, n°97-20.817 : *Bull. civ.* I, n°332.
[2604] VERPEAUX M., préc.
[2605] CE 16 juin 1982, *Mme Kergener*, n°28104 ; CE 10 mai 1989, *SA « Société cotonnière du Breuchin »*, n°39926.
[2606] VANDERMEEREN R., préc.
[2607] CE 23 janvier 2013, *Commune de Chirongui*, n°365262 : *Rec. Lebon* p. 6. Au sujet de la répartition des compétences entre les juges administratif et judiciaire dans le domaine du référé-liberté et de la voie de fait, *cf infra* n°634.

condition examinée par le juge des référés est celle de l'urgence. Elle signifie, en principe, qu'une mesure de sauvegarde doit nécessairement être prise dans un délai de 48 heures[2608]. Et spécifiquement en matière de référé-liberté, soit l'urgence dérive de l'atteinte, soit elle est contenue dans l'atteinte grave et manifestement illégale[2609]. La condition d'urgence implique une contrainte temporelle. Pour Thomas PEZ, « le juge du référé-liberté est juge de la liberté avant d'être juge du référé : la sauvegarde de la liberté explique l'urgence, l'urgence se déduit de l'atteinte à la propriété »[2610]. La seconde condition, celle de l'existence d'une liberté fondamentale est donc primordiale. La jurisprudence ayant à plusieurs reprises admis le caractère fondamental du droit de propriété, cette condition ne pose pas de problème. En dehors du droit de propriété, des critères permettant de déterminer une liberté fondamentale ont été élaborés par la doctrine[2611]. De plus, il existe un indice sur le caractère fondamental d'un droit : la valeur constitutionnelle[2612], ce qui distingue le référé-liberté de la voie de fait étant donné que cette dernière a pu être qualifiée de notion « a-constitutionnelle »[2613]. Enfin, la troisième et dernière condition, concernant l'atteinte grave et manifestement illégale ne comporte pas de spécificité en dehors du fait que l'atteinte de l'Administration doit avoir lieu dans l'exercice de ses pouvoirs.

617. Le Conseil d'Etat a d'abord consacré la libre disposition des biens comme une liberté fondamentale en ayant une vision large de la notion de bien, puisqu'il peut consister aussi bien en un immeuble[2614], un véhicule[2615] ou un cheptel bovin[2616]. Il explique d'ailleurs dans une de ses décisions que la libre disposition des biens est une liberté fondamentale qui peut porter sur des biens meubles ou immeubles[2617]. Par la suite, le juge administratif a utilisé une formulation permettant de comprendre que le droit de propriété est également une liberté fondamentale au sens de l'article L.521-2. Il a ainsi déclaré que « le libre accès des riverains à

[2608] CE 28 février 2003, *Commune de Pertuis*, n°254411 : *Rec. Lebon* p. 68.
[2609] LE BOT O., *Le guide des référés administratifs, et des autres procédures d'urgence devant le juge administratif*, Dalloz, Coll. Guides Dalloz, Paris, 2013, p. 353, n°232.241 et n°232.242. Et inversement, les demandes de référés ne sont rejetées pour défaut d'urgence qu'en l'absence d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale : V. LE BOT O., *op. cit*., p. 354, n^{os}232.251 et s.
[2610] PEZ T., Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté, *RFDA* 2003, p. 370.
[2611] V. GLÉNARD G., Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L.521-12 du code de justice administrative, *AJDA* 2003, p. 2008 : il a défini matériellement une liberté fondamentale grâce à trois critères. Selon lui, « il faut qu'au moins indirectement une liberté soit mise en cause, que cette liberté soit invocable, enfin que son objet soit éminent ».
[2612] PEZ T., préc. ; FAVOREAU L., préc.
[2613] WACHSMANN P., L'importation en France de la notion de « droits fondamentaux », *RUDH* 2004, p. 40.
[2614] CE 23 mars 2001, *Société Lidl*, n°231559 : *Rec. Lebon* p. 154 ; *RDI* 2001, p. 275 ; *RFDA* 2001, p. 765 ; CE 3 janvier 2003, *Ministre de l'Intérieur c./ Société Kerry*, n°253001 : *AJDA* 2003, p. 342.
[2615] CE 9 avril 2001, *Belrose*, n°232208, 232209, 232210.
[2616] CE 1er juin 2001, *Ploquin*, n°234321.
[2617] CE 8 novembre 2005, *Moissinac*, n°286606 : *Rec. Lebon* p. 491.

la voie publique constitue un accessoire[2618] du droit de propriété, lequel a le caractère[2619] d'une liberté fondamentale au sens de l'article L.521-2 »[2620]. Pour autant il y a tout lieu de penser que le juge administratif ne distingue pas le droit de propriété et la libre disposition, comme cela pourrait être fait en ayant une vision civiliste. En effet, le Conseil d'Etat désigne comme un « corollaire » du droit de propriété à la fois la liberté de disposer d'un bien pour un propriétaire[2621] et la liberté de disposer d'un bien pour un locataire[2622]. La notion de libre disposition est employée dans un sens « plus large »[2623], que la notion civiliste du droit de disposer[2624]. Le juge administratif utiliserait donc le « sens commun »[2625] de la libre disposition. Selon sa perception, la libre disposition rejoindra autant le droit de disposer que le droit d'user de la chose. Par conséquent, l'article L.521-2 protège le droit de propriété en tant que « droit-liberté »[2626] qui « se caractérise par sa capacité à offrir au propriétaire un nombre indéterminé et illimité de prérogatives sur la chose, dans le cadre des restrictions que la loi peut apporter. L'ensemble de ces facultés constitue assurément des libertés dont jouit le titulaire du droit de disposer »[2627]. Le référé-liberté traduit ainsi l'ambivalence de la qualification du droit de propriété comme une liberté fondamentale, à mi-chemin entre un droit fondamental, à valeur constitutionnelle, et une liberté, celle du propriétaire.

[2618] La référence à la notion d' « accessoire » est curieuse. Cette expression a été utilisée de nombreuses fois depuis l'arrêt *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, notamment : CE 3 mars 2011, *Département de l'Aube*, n°347061 ; CE 14 mars 2011, *Commune de Galluis*, n°347345 ; CE 4 mai 2012, *Commune d'Etampes*, n°358939 ; CE 5 juillet 2012, *SCI RVGH*, n°260630 ; CE 18 avril 2014, *Commune de Germond-Rouvre*, n°377621.
Cela ne peut pas signifier que le juge considère que ce libre accès est un droit réel accessoire. Les propriétaires riverains ne bénéficient pas de servitudes de passage car la voie publique relève du domaine public et que ce dernier est inaliénable. Si l'on y voit la référence à l'adage « *accessorium sequitur principale* », cela voudrait dire que le libre accès des riverains à la voie publique est une liberté fondamentale parce qu'il est un accessoire du droit de propriété. Or, un riverain n'est pas toujours un propriétaire.

[2619] Il convient de remarquer que de la même façon qu'il qualifie le droit de propriété de droit fondamental, le juge ne vise pas directement le droit de propriété comme une liberté fondamentale mais il utilise la formule indirecte : le droit de propriété a le caractère d'une liberté fondamentale. Cette formulation ne semble pas avoir d'incidence car il l'utilise aussi pour désigner la libre disposition de son bien : V. CE 26 mai 2006, *Société du Yacht-club international de Marina Baie-des-Anges*, n°293501 : *Rec. Lebon* p. 265.

[2620] CE 31 mai 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, n°234226 : *Rec. Lebon* p. 253. D'autres décisions ont estimé que le droit de propriété avait le caractère d'une liberté fondamentale au sens de l'article L.521-2 : CE 2 février 2004, *Abdallah*, n°260100 : *Rec. Lebon* p. 15 ; *RFDA* 2004, p. 772 ; CE 23 janvier 2013, *Commune de Chirongui*, n°365262, préc.

[2621] CE 3 janvier 2003, *Ministre de l'Intérieur c./ Société Kerry*, n°253001, préc.

[2622] CE 29 mars 2002, *SCI Stephaur*, n°243338 : *Rec. Lebon* p. 117.

[2623] TREMEAU J., Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété, *AJDA* 2003, p. 653

[2624] Sur la distinction entre la libre disposition et le droit de disposer, *cf. infra* n°619..

[2625] GAY L., Propriété et logement, réflexions à partir de la mise en œuvre du référé-liberté (première partie), *RFDC* 2003/2, n°54, p. 322.

[2626] *Cf. supra* n¨214.

[2627] TREMEAU J., préc.

B. Une liberté fondamentale : la liberté du propriétaire

618. Le droit de propriété porte sur une chose, mais il est en même temps attaché à une personne, le propriétaire. Or, le propriétaire souhaite exercer son droit de propriété en toute liberté. Cela se manifeste par le principe de la liberté de disposition (1), qui est à peine atténuée par certaines restrictions conventionnelles (2).

1. Le principe de la liberté de disposition du propriétaire

619. Au sein du Code civil, l'article 537 évoque la libre disposition[2628] et l'article 544 le droit de disposer[2629]. Ainsi, il est possible de se demander si la libre disposition est une notion distincte du droit de disposer et par conséquent autonome du droit de propriété.
En effet, le droit de disposer est classiquement considéré comme un attribut du droit de propriété, l'*abusus*. Certains auteurs qualifient d'ailleurs le droit de disposer comme étant essentiel pour définir le droit de propriété[2630] ou encore comme lui étant consubstantiel[2631]. Ils expliquent que le droit de disposer est lui-même composé du droit de céder et du droit de ne pas céder, c'est-à-dire de conserver. Cette approche a été retenue par le juge constitutionnel et par le juge européen. Pour le premier, le droit de disposer est un « attribut essentiel du droit de propriété »[2632], et pour le second, « le droit de disposer de ses biens constitue un élément traditionnel fondamental du droit de propriété »[2633].
La principale critique de cette définition classique du droit de disposer consiste à dire que n'importe quel détenteur d'un droit subjectif détient un droit de disposer sur son droit[2634], notamment l'usufruitier sur son usufruit[2635]. Par conséquent, la notion de disposition serait

[2628] Art. 537 C. civ. : « les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent (…) ».
[2629] Art. 544 C. civ. « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue (…) ».
[2630] SCHILLER S., *Droit des biens*, Dalloz, Coll. Cours, Paris, 5e éd., 2011, p. 71, n°78 ; STRICKLER Y., *Les biens*, PUF, Coll. Thémis Droit, Paris, 2006, p. 365, n°258.
[2631] SÉRIAUX A., *in* Répertoire de droit civil, V° « Propriété », juin 2015, nos65 et s.
[2632] Décision n°96-373 DC du 9 avril 1996, cons. 22, J.O. du 13 avril 1996, p. 5724.
[2633] CEDH *Marckx c./ Belgique* du 13 juin 1979, Série A n°31, §63.
[2634] BERRA D., *Le principe de libre disposition des biens en droit civil, Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, th. Nancy, p. 161 « le principe n'est pas seulement applicable au droit de propriété, mais, plus largement, à tout titulaire d'un droit patrimonial quelconque » ; PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil, t. 1*, LGDJ, Paris, 1900, p. 385, n°1031 et n°1038 : PLANIOL distingue la disposition juridique et la disposition matérielle. Selon lui, « la possibilité de disposer juridiquement de son droit en l'aliénant n'est nullement caractéristique du droit de propriété. Ce caractère de cessibilité est commun en principe à tous les droits réels ».
[2635] DROSS W., *Droit des biens*, Montchrestien, Coll. Domat droit privé, Paris, 2e éd., 2014, p. 31, note 31. William DROSS estime d'ailleurs que le droit de disposer « n'est pas une composante du droit de propriété ».

une faculté commune aux droits patrimoniaux, et non propre au droit de propriété[2636]. Or, une telle analyse, proche du langage courant, dilue de façon trop importante la notion de disposition[2637]. En se fondant sur l'article 537, une autre analyse a abordé la notion de disposition comme étant un attribut du sujet de droit, et a abouti à dissocier le droit de propriété et la faculté de disposer[2638]. Selon cette conception, la libre disposition serait un principe autonome du droit de propriété[2639]. De plus, la libre disposition de l'article 537 octroierait la disposition juridique alors que l'*abusus* de l'article 544 ne permettrait qu'une disposition matérielle[2640].

620. Cette théorie scissionniste ne semble pas satisfaisante. Le pouvoir de disposition implique d'être propriétaire. En effet, l'article 537, pourtant fondement de cette théorie, indique que les biens, objets de la libre disposition, « appartiennent » aux « particuliers ». Une relation d'appartenance préexiste donc à la libre disposition. En matière immobilière, seul un propriétaire capable ou autorisé peut disposer du bien. Cela se vérifie pour les personnes dont la capacité ou les pouvoirs sont limités, notamment pour les majeurs incapables[2641] ou les mineurs[2642], et en matière de régimes matrimoniaux[2643], ainsi que pour les personnes qui sont *a priori* capables et qui ont le pouvoir de disposer du bien[2644]. De plus, il semble que la disposition matérielle soit la conséquence d'une disposition juridique. Lors d'une vente, le transfert des droits entraîne en principe un transfert matériel du bien, même si cela peut être réduit à une symbolique remise des clefs pour un immeuble. De même, ce n'est que suite à l'obtention d'un permis de démolir que le propriétaire pourra détruire son immeuble.

[2636] Pour un exposé des différentes doctrines V. ZENATI F., *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon 3, 1981, pp. 609 et s., n^{os}440 et s. Et pour une approche plus synthétique, V. LAURENT J., *La propriété des droits*, th. Paris I, Préf. Th. REVET, L.G.D.J., 2012, p. 168, n°210.

[2637] ZENATI F., th. préc., p. 613, n°413 ; LAURENT J., th. préc., p. 168, n°209.

[2638] VISSCHER (de) F., Du « *jus abutendi* », *RTD civ.* 1913, p. 334 : selon lui « la faculté de disposer est distincte de nos droits patrimoniaux » et le droit de disposer doit être envisagé « comme une prérogative de la personnalité juridique ».

[2639] MILLEVILLE S., *Les restrictions au droit de disposer*, th. Paris II, 2008, p. 18, n°20

[2640] BERRA D., *Le principe de libre disposition des biens en droit civil, Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, th. Nancy, Vol. 1, p. 137.

[2641] À travers l'annexe 1 du décret n°2008-1484 du 22 décembre 2008 *relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil*, J.O. du 31 décembre 2008, p. 20631. Ce décret distingue les actes d'administration des actes de disposition.

[2642] Art. 389-5, 389-6 C. civ.

[2643] Il s'agit notamment des articles 215 al. 3 et 220-1 du Code civil. Pour une démonstration fondée sur les régimes matrimoniaux V. ZENATI F., th. préc., p. 621, n°450.

[2644] Notamment pour les actes de disposition à titre gratuit : art. 893, 899, 902 C. civ. V. ZENATI F., *ibidem*.

621. Le principe de libre disposition de ses biens par le propriétaire possède une définition jurisprudentielle. Il a été affirmé depuis 1959[2645] par le Conseil constitutionnel comme étant un des « principes fondamentaux du régime de la propriété »[2646]. Par la suite, le Conseil a évoqué le « droit de disposer librement » comme étant un « élément fondamental du droit de propriété » qui, par conséquent, conditionnerait l'existence du droit de propriété[2647]. Un pas de plus est franchi en 1998 lorsque les juges constitutionnels déclarent que « l'exercice du droit de disposer librement de son patrimoine » est « un attribut essentiel du droit de propriété »[2648]. Sans contestation possible, le juge constitutionnel s'est inspiré[2649] de la vision civiliste du droit de propriété[2650]. Il semble associer la libre disposition des biens et le droit de disposer par la formulation « droit de disposer librement ». À la même époque, la Cour de cassation a également utilisé cette formule[2651].

622. Il y a donc lieu de penser que le principe de libre disposition de son bien contenu par l'article 537 du Code civil est une facette du droit de disposer de l'article 544. Lorsque les juges souhaitent insister sur l'étendue des prérogatives dont bénéficie un propriétaire, ils vont adjoindre l'adverbe librement au droit de disposer. Plus récemment, au sein d'une QPC, le Conseil constitutionnel a utilisé à nouveau la notion de libre disposition de ses biens[2652]. La référence au principe de libre disposition ou au droit de disposer librement semble avoir la même portée : la mise en avant de la liberté fondamentale du propriétaire.

Dans la même QPC, le juge constitutionnel a expliqué qu'une restriction injustifiée au principe de libre disposition de ses biens porte atteinte au droit de propriété[2653]. Or, les sources des restrictions à la libre disposition sont nombreuses[2654]. Elles peuvent être légales[2655], judiciaires[2656], ou volontaires[2657]. Mais la liberté du propriétaire est bornée par la loi, par l'intermédiaire du législateur. Elle ne peut donc pas être restreinte

[2645] Décision n°59-1 FNR du 27 novembre 1959, cons. 3, J.O. du 14 janvier 1960, p. 441.
[2646] Par la même occasion cela signifie que le législateur est compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution.
[2647] Décision n°89-254 DC du 4 juillet 1989, cons. 7, J.O. du 5 juillet 1989, p. 8382.
[2648] Décision n°98-403 DC du 29 juillet 1998, cons. 40, J.O. du 31 juillet 1998, p.11710.
[2649] Néanmoins, pour le juge constitutionnel, le contenu du droit de disposer ne comporte pas de dimension négative. Sur ce point, V. ZATTARA A.-F., th. préc., p. 191, n°211.
[2650] PAULIAT H., th. préc., t. 1, p. 115 ; ZATTARA A.-F., th. préc., p. 140, n°158.
[2651] Civ. 1re 4 janvier 1995, n° 92-20.013 : *Bull. civ.* I, n°4.
[2652] Décision n°2011-159 QPC du 5 août 2011, cons. 2, J.O. du 6 août 2011, p. 13478.
[2653] *Ibid*.
[2654] V. AUBERT J.-L., Le droit de disposer de l'immeuble, *in* Mél. FLOUR, Rép. Defrénois, Paris, 1979, p. 1 ; MILLEVILLE S., *Les restrictions au droit de disposer*, th. Paris II, 2008, pp. 157 et s.
[2655] Par exemple : les restrictions issues du régime primaire tel que l'article 215 alinéa 3 du Code civil ; les incapacités ; les règles d'urbanisme ; les engagements fiscaux de conservation ou de location.
[2656] C'est-à-dire issues d'un jugement. Notamment en droit des entreprises en difficulté, lors de l'arrêté d'un plan : art. L.626-14 et L.642-10 du Code de commerce.
[2657] Par exemple, en matière de libéralités, de contrats de sociétés, de pacte de préférence, de promesses de vente.

conventionnellement. Dans ce cas, la liberté de disposition du propriétaire affronte la liberté contractuelle.

2. La restriction conventionnelle de la liberté de disposition du propriétaire

623. Il ne peut y avoir de restriction générale car cela viendrait en contradiction non seulement avec le principe de libre disposition des biens, mais aussi avec le principe de libre circulation des biens[2658].

Dans certaines situations, dont nous proposerons des illustrations, le propriétaire peut vouloir restreindre son droit de disposer. Pour Sébastien MILLEVILLE, s'il est possible de choisir l'inaliénabilité c'est parce qu'une norme légale ou jurisprudentielle le permet[2659]. Selon lui, la volonté des parties ne serait que subsidiaire face à ces « normes ». Or, il faut donc comprendre que le respect dû à ces « normes » n'est qu'une conséquence de la seconde partie de l'article 544 du Code civil : « pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». De plus, si le propriétaire souhaite disposer de son bien, il sera soumis aux principes généraux du droit civil, et notamment le consensualisme[2660] et l'ordre public[2661]. Enfin, si le propriétaire est libre de créer des droits réels *sui generis*[2662], il doit également être libre de disposer de son bien. Le contrat constitue « le vecteur de choix du propriétaire »[2663], de la même manière que lorsqu'il souhaite démembrer son droit de propriété.

624. La libre disposition des biens est reliée à la notion de liberté contractuelle[2664] qui contient à la fois la liberté de choisir son contractant et la liberté de déterminer le contenu du contrat[2665]. Ainsi, par l'intermédiaire d'une clause d'inaliénabilité, le propriétaire peut décider de limiter le droit de propriété, qu'il conserve[2666] ou qu'il transfère[2667], en interdisant

[2658] STRICKLER Y., *op. cit*., p. 366, n°258 ; RAYNAUD B., *La stipulation d'indisponibilité*, th. Clermond-Ferrand, Préf. Y. CHAPUT, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, L.G.D.J., 2003, pp. 55 et s., n^{os}63 et s. Benoît RAYNAUD évoque la distinction entre le principe de libre disposition et le principe de libre circulation

[2659] MILLEVILLE S., th. préc., pp. 167 et s., n^{os}226 et s.

[2660] À ce sujet, la matière immobilière subit un « formalisme indirect » : la publicité foncière. Il ne s'agit pas d'une restriction mais uniquement d'une « contrainte de sécurité » : AUBERT J.-L., préc., p. 5.

[2661] Civ. 1re, 13 décembre 2005, n°04-13.772.

[2662] Civ. 3^{e}, 31 octobre 2012, n°11-16.304 : *Bull. civ.* III, n° 159. *Cf. supra* n°219.

[2663] KUHN C., La liberté de créer des droits réels *sui generis*, *JCP* N 2014, 1327.

[2664] PILLET G., La liberté du propriétaire, fondement et limite de sa liberté contractuelle, *Lamy Droit civil* 2007, n°34, p. 61, note ss Civ. 1re, 13 décembre 2005, n°04-13.772.

[2665] D'ailleurs, la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle a été consacrée récemment par la décision n°2013-672 DC du 13 juin 2013, J.O. du 16 juin 2013, p. 9958.

[2666] Un propriétaire peut limiter conventionnellement son droit de disposer pour bénéficier d'avantages fiscaux, par exemple, dans le cadre des dispositifs Malraux ou pour les monuments historiques. De même, un propriétaire

l'utilisation du droit de disposer. La qualification d'une telle clause est particulièrement délicate car le disposant ne transfère pas le droit de disposer à un propriétaire démembré[2668]. Et le bénéficiaire de la clause ne bénéficie d'aucune des utilités juridiques, économiques ou sociales de la chose[2669]. L'*abusus* est en quelque sorte gelé et la propriété est « amoindrie »[2670] sans être démembrée. Une qualification réelle[2671] ne peut donc pas être retenue[2672]. Et une qualification personnelle[2673] pose également des difficultés quant à la détermination du créancier de l'obligation[2674]. Ainsi, il serait possible de penser qu'une inaliénabilité conventionnelle porte atteinte à la substance du droit de disposer c'est-à-dire à la relation d'appropriation[2675], voire au droit de propriété, si l'on estime que l'aliénabilité « est le cœur du système individualiste et libéral de la propriété »[2676]. Cependant, cette clause n'est qu'un reflet de la liberté du propriétaire. L'amoindrissement du droit de propriété n'est que le résultat de la volonté du propriétaire. La limitation au droit de propriété qui en résulte n'est donc qu'une manière d'utiliser le droit lui-même.

625. En pratique, les clauses d'inaliénabilité sont admises par la jurisprudence depuis un arrêt de 1858[2677]. Les conditions de validité établies par la jurisprudence ont été reprises

---

peut accepter de restreindre son droit de disposer pour bénéficier d'avantages financiers lors de l'achat d'un logement en accession à la propriété. Le vendeur réservataire peut insérer une telle clause dans le contrat de vente afin de rassurer son acquéreur, même si cela fait double emploi avec la garantie d'éviction.

[2667] Dans cette situation, il se garantit en vue d'un éventuel retour de ses biens dans son patrimoine. Par exemple, dans le cas d'un crédit-bail, ou d'une donation.

[2668] Dans ce sens : REVET Th., La Cour de cassation réaffirme la validité des clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes à titre onéreux, *RTD civ*. 2008, p. 126, note ss Civ. 1re, 31 octobre 2007, n°05-14.238 : *Bull. civ*. I, n°337 : « la clause d'inaliénabilité est l'engagement souscrit par un propriétaire, dans l'intérêt d'un tiers, de ne pas aliéner son bien. Elle restreint la faculté de disposer, sans la neutraliser entièrement puisque les actes n'emportant pas transfert de propriété demeurent ouverts au stipulant ».

[2669] Dans ce sens : MILLEVILLE S., th. préc., pp. 86 et s., nos78 et s.

[2670] TERRE F. et SIMLER Ph., *Droit civil. Les biens*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 9e éd., 2014, p. 139, n°129.

[2671] TERRE F. et SIMLER Ph., *op. cit*., p. 138, n°127 : « Qu'est-ce qu'une propriété inaliénable ? Une propriété à laquelle manque le droit de disposer et qui se réduit donc aux droits d'usage et de jouissance – sans se confondre pourtant avec un usufruit ».

[2672] MILLEVILLE S., th. préc., pp. 81 et s., nos67 et s., spéc. pp. 86-87, nos78 à 80.

[2673] AYNÈS L. et CROCQ P., *Les sûretés : la publicité foncière*, Defrénois, Coll. Droit civil, Paris, 8e éd., 2014, p. 300, n°644 : « les restrictions au droit de disposer d'un immeuble » ne confèrent pas à leur bénéficiaire « un droit réel immobilier ». Et, p. 146, n°320 : ce sont des « sûretés négatives » car le débiteur s'engage à ne pas faire, et elles sont classées dans les sûretés personnelles ; LARROUMET C., *Droit civil, Tome II, Les biens, droits réels principaux*, Economica, Coll. Droit civil, 5e éd., 2006, n°350 : il s'agit de la « méconnaissance d'une obligation contractuelle » ; RAYNAUD B., th. préc., pp. 201 et s., nos234 et s. : c'est une « garantie personnelle originale ».

[2674] MILLEVILLE S., th. préc., p. 59, n°36. Notamment en droit fiscal. *Contra* : RAYNAUD B., th. préc., pp. 201 et s., nos234 et s.

[2675] MILLEVILLE S., th. préc., pp. 104 et s., nos113 et s.

[2676] CARBONNIER J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur,* L.G.D.J., Paris, 10e éd., 2001, p. 357.

[2677] Civ., 20 avril 1858 : *DP* 58, I, 154 ; *S*. 58, I, 589, Grands arrêts n°73.

lors de l'élaboration de l'article 900-1 du Code civil[2678], mais uniquement pour les actes à titre gratuit[2679]. Ce n'est que depuis un arrêt de 2007, que l'on est certain[2680] que ces conditions sont également applicables aux actes à titre onéreux[2681]. Ainsi, une clause d'inaliénabilité doit être temporaire[2682], et être justifiée par un intérêt sérieux et légitime[2683]. Par ailleurs, la Cour de cassation semble vérifier l'existence d'un certain équilibre contractuel. Selon elle, une clause d'un contrat de prêt qui oblige les emprunteurs à occuper personnellement et continuellement l'immeuble et à ne pas le vendre, ni le louer sans l'accord du prêteur[2684], sous peine de devoir procéder au remboursement anticipé du prêt porte atteinte à l'article 544 du Code civil parce qu'elle n'apporte « aucun avantage spécifique à l'une des parties »[2685]. La cour en déduit qu'une telle clause est contraire à l'ordre public[2686]. Ainsi, les juges semblent effectuer une appréciation au cas par cas, en veillant à ce que la liberté du propriétaire ne soit pas réduite à néant.

Le droit de propriété, en tant que droit fondamental assure une protection de l'individu contre l'Etat. Et en tant que liberté fondamentale, il protège également la volonté du propriétaire. Cette liberté se concrétise « dans la faculté reconnue à tout citoyen de s'adresser ou non aux tribunaux »[2687].

[2678] Loi n°71-526 du 3 juillet 1971, J.O. du 6 juillet 1971, p. 6572.
[2679] D'ailleurs, l'idée de la loi de 1971 était de limiter la durée de la clause d'inaliénabilité à 21 ans.
[2680] Auparavant, il était avancé que ces clauses aboutissaient à une situation équivalente à celle des biens de mainmorte, ou encore qu'elles rompaient l'équilibre propre à la commutativité.
[2681] Civ. 1re, 31 octobre 2007, n°05-14.238 : *Bull. civ.* I, n°337.
[2682] Cette condition peut être rapprochée du principe de la prohibition des engagements perpétuels. Dans ce sens : RAYNAUD B., th. préc., p. 106, n°129 ; *Contra* : MILLEVILLE S., th. préc., pp. 61 et s, nos40 et s. Cependant l'inaliénabilité peut avoir une durée relativement longue puisqu'elle peut être stipulée pour la vie du donateur.
[2683] Cet intérêt peut être pécuniaire ou moral, et il peut être celui du disposant, de l'acquéreur ou d'un tiers : TERRE F. et SIMLER Ph., *op. cit*., p. 141, n°131.
[2684] V. MESTRE J. et FAGES B., Des clauses originales mais illicites au regard des droits fondamentaux, *RTD civ*. 2006, p. 557, note ss Civ. 1re, 13 décembre 2005, n°04-13.772. Ils évoquent les différentes qualifications de ce type de clause : « clause d'habitation personnelle », « assignation à résidence », « clause d'inaliénabilité au sens large « ne pas le vendre ni le louer », et « clause d'agrément ».
[2685] Civ. 1re, 13 décembre 2005, n°04-13.772.
[2686] Ce fondement est remarquable : la Cour de cassation a préféré fonder sa décision sur l'ordre public plutôt que sur le droit de propriété. Cela pourrait vouloir signifier que lorsque la liberté du propriétaire est en mise en danger, la meilleure protection est de faire appel à des notions fondamentales mais pas au droit de propriété directement.
[2687] STRICKLER Y., Liberté, j'écris ton nom, *in* Mél. GUINCHARD, Dalloz, 2010, p. 382.

Section 2. La garantie procédurale de la valeur fondamentale du droit de propriété

626. Seule une garantie procédurale de la valeur fondamentale du droit de propriété peut rendre la protection du droit de propriété effective. Cette garantie procédurale doit être considérée comme le bras armé de la garantie matérielle de la valeur fondamentale du droit de propriété.

Les limitations au droit de propriété se sont bien multipliées, mais les instruments de protection se sont également développés au bénéfice du propriétaire. Le propriétaire peut ainsi défendre sa propriété privée devant les juridictions mais encore faut-il qu'il sache auprès de laquelle il doit agir lorsqu'il se trouve en conflit, notamment avec une autorité publique. C'est pour cette raison que le propriétaire doit d'abord avoir droit à déterminer quel sera le juge compétent pour son problème (§1). Au fil des années, le droit au recours sur le fondement du droit de propriété est devenu effectif (§2).

§1. Le droit du propriétaire à la détermination du juge compétent

627. La répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire est en principe claire. Mais lorsqu'elle est appliquée au droit de propriété elle devient complexe. Par exemple, lorsqu'un propriétaire privé se trouve face à une autorité publique qui exerce ses prérogatives de puissance publique, doit-il agir devant le juge administratif, ou devant le juge judiciaire ? Le premier est compétent en fonction du principe de séparation des autorités administratives et judiciaire, mais le second devrait l'être aussi grâce au principe de l'autorité judiciaire gardienne de la propriété privée. Les principes de répartition des compétences (A) ne permettent pas de déterminer le juge compétent, car la répartition évolue en fonction des lois, de la jurisprudence et du dialogue des juges. Ces dernières évolutions ont instauré la pratique de la combinaison des compétences (B).

A. Les principes de la répartition des compétences

628. Deux principes gouvernent la compétence juridictionnelle en droit interne. Cependant, le principe de séparation des autorités administratives et judiciaire (1), semble n'être qu'une règle générale qui donne une sorte d'orientation, et le principe de l'autorité judiciaire gardienne de la propriété privée apparaît restreint[2688] (2).

1. Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires

629. Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires tient notamment son origine de l'édit de Saint-Germain-en-Laye de février 1641 et a été proclamé solennellement lors de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor An III[2689]. Ce principe est associé à celui de la séparation des pouvoirs qui traduit l'hostilité des révolutionnaires à l'Ancien régime[2690].
Plus récemment, le principe de séparation des autorités a été considéré par le Conseil constitutionnel comme étant un « principe fondamental reconnu par les lois de la République »[2691]. Ainsi « à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle »[2692].

630. Appliquée au droit de propriété, la séparation des pouvoirs ne peut être considérée que comme une règle très générale. En effet, la délimitation des compétences juridictionnelles s'avère délicate autant pour les justiciables que pour les juges[2693].
Pour preuve, le Tribunal des conflits est souvent sollicité, parfois même dans des domaines où la compétence judiciaire semblait évidente[2694]. De plus, le Tribunal des conflits effectue lui-

[2688] PAULIAT H., *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat,* th. Limoges, Préf. J. MORANGE, PUF, 1991, t. 1, p. 261.
[2689] Sur la relation entre le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires et le principe de séparation des pouvoirs V. BRETTON Ph., *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, th. Poitiers, Préf. Ph. ARDANT, L.G.D.J., 1964, pp. 18 et s.
[2690] Répertoire Dalloz de contentieux administratif, V° « Séparation des autorités », par MOREAU J., avril 2015, n°3.
[2691] Décision n°86-224 DC du 23 janvier 1987, cons. 15, J.O. du 25 janvier 1987, p. 924.
[2692] *Ibid.* ; décision n°89-261 DC du 28 juillet 1989, cons.19, J.O. du 1er août 1989, p. 9679.
[2693] PAULIAT H., *op. cit.,* pp. 264-265.

même des revirements. Ainsi, au sujet de l'indemnisation du préjudice né d'une emprise irrégulière en matière immobilière, cette juridiction a octroyé la compétence de la réparation au juge judiciaire[2695], avant de changer d'avis récemment au profit du juge administratif[2696]. L'emprise irrégulière pouvant donner lieu à une privation de propriété, il aurait été plus logique que le juge judiciaire soit reconnu compétent pour l'indemnisation, comme cela est le cas pour l'indemnisation des expropriations.

Par ailleurs, un certain nombre de dérogations permettent au juge administratif de se saisir d'affaires qui devraient en principe relever de la compétence du juge judiciaire, notamment lorsqu'apparaissent des exigences de police administrative, le contentieux de la légalité et tout ce qui est lié à l'idée de puissance publique[2697].

Enfin, le principe de séparation peut faire l'objet d'une interprétation. Par exemple, le Tribunal des conflits avait indiqué que les tribunaux judiciaires étaient compétents pour apprécier si la rétrocession était ou non devenue impossible, et éventuellement pour condamner la collectivité au paiement d'une indemnité[2698]. En revanche, selon cette même décision, il appartenait à la juridiction administrative de se prononcer sur l'interprétation ou la validité des décisions administratives relatives à l'affectation des biens expropriés, par le biais d'une question préjudicielle[2699]. Or, cette répartition des compétences a été interprétée par le Conseil d'Etat à l'occasion d'une affaire similaire de demande de rétrocession. La Commune d'Auribeau-sur-Siagne avait exproprié un terrain afin d'y faire construire des logements sociaux, des espaces verts et des équipements socioculturels et sportifs[2700]. En réalité, des villas avec jardin privatif ont également été construites. Les propriétaires ont estimé que leur terrain n'avait pas reçu la destination qui était prévue dans la déclaration d'utilité publique. Le Conseil d'Etat a alors jugé que l'appréciation de la conformité de la destination échappait à la

---

[2694] T. confl. 30 juin 2008, n°3635, *Commune de Villepinte c./ Banque populaire Rives de Paris* : le juge judiciaire est compétent pour les litiges portant sur les préjudices résultant de la consignation de l'indemnité de dépossession ; T. confl. 21 juin 2010, n°3734, *SACV du Vert-Galant et des Béthunes c./ ANPE* : le juge judiciaire est compétent pour prononcer l'expulsion d'une personne morale de droit public occupant sans droit ni titre un local qui appartient à une personne de droit privé et que celle-ci avait loué en vertu d'un bail expiré, dont les clauses, l'objet et le régime ne lui confèrent pas le caractère d'un contrat administratif.

[2695] T. confl. 23 avril 2007, n°3590, *ONF*.

[2696] T. confl. 9 décembre 2013, n°3931, *Pannizon c./ Commune de Saint-Palais-sur-mer*.

[2697] Répertoire Dalloz de contentieux administratif, V° « Séparation des autorités », par MOREAU J., avril 2015, n[os]25 et s.

[2698] T. confl. 19 mars 1979, n°2115, *Dame veuve Tribier c./ Commune d'Arpagon-sur-Cère*.

[2699] *Ibid.*

[2700] HOSTIOU R., Application du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, *AJDI* 2001, p. 43, note ss CE 16 juin 2000, *Consorts Lagarrigue*, n°197772,

compétence du juge administratif car il devait se limiter à la seule interprétation de l'acte administratif, sans rechercher le bien-fondé de la demande de rétrocession[2701].

L'application du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires ne permet pas une répartition distincte des compétences. Le même constat doit être effectué avec le principe de l'autorité judiciaire gardienne de la propriété privée.

2. Le principe de l'autorité judiciaire gardienne de la propriété privée

631. Le principe de l'autorité judiciaire gardienne de la propriété privée a fait l'objet de controverses quant à sa valeur et à son fondement.

Quant à sa valeur, L'HUILLIER a d'abord estimé qu'il s'agissait d'un principe coutumier[2702]. Cependant, pour lui, si une telle règle de droit coutumier permet au juge judiciaire de se reconnaître compétent pour protéger le droit de propriété, il ne faut pas qu'il porte atteinte au principe de séparation des autorités, dont la valeur lui est supérieure puisqu'il remonte à des lois écrites[2703]. Cette hypothèse se vérifiait d'ailleurs dans la jurisprudence[2704]. Par la suite, Claude GOYARD a rattaché ce principe à celui de la séparation des pouvoirs et a estimé que, par conséquent, il serait contenu dans la Déclaration de 1789 et par l'ensemble des textes législatifs donnant compétence au juge judiciaire[2705]. Une autre partie de la doctrine soutenait que le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne du droit de propriété est un principe général du droit de valeur législative[2706].

Quant à son fondement, notamment l'applicabilité de l'article 66 de la Constitution, Philippe BRAUD[2707] a expliqué que le droit de propriété est le prolongement de l'inviolabilité du domicile, et non une extrapolation[2708] ; et l'inviolabilité du domicile a elle-même pu être

---

[2701] CE 16 juin 2000, *Consorts Lagarrigue*, n°197772 : *Rec. Lebon* p. 232.

[2702] L'HUILLIER J., *S.* 1937, I, 297, note ss Civ. 11 mai 1937, *Dlle Ducousso c./ Syndicat intercommunal d'électrification de la Région Nord de Pau et Société d'Equipement des voies ferrées et des grands réseaux électriques*.

[2703] Notamment, l'édit de Saint-Germain-en-Laye de février 1641, la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor An III, préc.

[2704] Par exemple : T. confl. 4 juin 1940, *Société Schneider et compagnie* : *Rec. Lebon* p. 248 ; Civ. 1re, 24 février 1956 : *Bull. civ*. I, n°95 ; CE 18 novembre 1949, *Carlier* : *Rec. Lebon* p. 490.

[2705] GOYARD C., *La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative*, th. Montpellier, Préf. G. Péquignot, Montchrestien, 1962, p. 286.

[2706] JEANNEAU B., *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, th. Poitiers, Préf. J. Rivero, Sirey, 1954, p. 75 ; BRETTON Ph., *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, th. Poitiers, Préf. Ph. ARDANT, L.G.D.J., 1964, pp. 25 et s.

[2707] BRAUD Ph., *La notion de liberté publique en droit français*, th. Rennes, Préf. G. DUPUIS, L.G.D.J., 1968, pp. 363-364.

[2708] *Ibidem*. Ph. BRAUD estime que la Cour de cassation interprète le mot « domicile » au sens large (propriétaire, locataire, invité). Mais selon lui toute personne est censée avoir un propriétaire.

rapprochée de la liberté individuelle[2709]. Plus simplement, il aurait été possible de penser que le droit de propriété est une liberté individuelle[2710].

632. Mais aucun de ces postulats n'a été retenu. Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel a rejeté l'article 66 de la Constitution[2711] comme fondement de la protection du droit de propriété par le juge judiciaire, tout en reconnaissant « l'importance du rôle des tribunaux judiciaires en matière de protection du droit de propriété »[2712]. Dans un second temps, le Conseil constitutionnel a qualifié le principe de l'autorité judiciaire garante de la propriété de « principe fondamental reconnu par les lois de la République », lui donnant ainsi une valeur constitutionnelle[2713]. Ainsi que le fait remarquer Jean-François STRUILLOU, le juge constitutionnel ne précise pas les lois qui fondent le principe[2714]. Mais étant donné que le juge judiciaire a toujours été reconnu compétent en matière de transfert de propriété à la suite d'une expropriation, il est possible de penser que le fondement réside dans la loi du 8 mars 1810[2715] et de ses réformes successives[2716].

Ce fondement expliquerait que la compétence du juge judiciaire soit le plus souvent restreinte aux transferts forcés de propriété ainsi qu'à la fixation des indemnisations visant à réparer les dommages causés par de tels transferts[2717]. En outre, cela semble signifier que le juge judiciaire n'est en réalité que l'ultime rempart contre la limitation la plus intrusive du droit de propriété, c'est-à-dire son extinction. De cette manière, l'intervention du juge administratif serait destinée à protéger le droit de propriété des autres limitations apportées au droit de propriété. Cela explique que seule une combinaison des compétences entre les juges peut protéger le droit de propriété de l'ensemble des limitations dont il peut être la cible.

[2709] T. confl. 30 octobre 1947, n°983, *Barinstein* : *Rec. Lebon* p. 511.
[2710] PAULIAT H., th. préc., p. 273.
[2711] Article 66 al. 2 Constitution : « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».
[2712] Décision n°85-189 DC du 17 juillet 1985, cons. 3, J.O. du 19 juillet 1985, p. 8200.
[2713] Décision n°89-256 DC du 25 juillet 1989, cons. 16, J.O. du 28 juillet 1989, p. 9501. Il est à noter que le Conseil constitutionnel ne s'est prononcé en ce sens qu'en matière immobilière.
[2714] STRUILLOU J.-F., *Protection de la propriété privée immobilière et prérogatives de puissance publique*, th. Nantes, Préf. R. HOSTIOU, L'Harmattan, 1996, p. 263 et s.
[2715] Christophe LAVIALLE ajoute les lois révolutionnaires des 4 septembre 1792 et 14 ventôse an II, *in* Le juge administratif et l'exception de propriété, *RFDA* 2004, p. 497.
[2716] STRUILLOU J.-F., th. préc., p. 266.
[2717] Décision n°85-198 DC du 13 décembre 1985, cons. 15, J.O. du 14 décembre 1985, p. 14574 ; Civ. 1re, 12 juin 1990, n°89-11.632 : *Bull. civ.* I, n°163 ; Civ. 1re, 9 janvier 2007, n°05-15.439 : *Bull. civ.* I, n°11.

B. La pratique de la combinaison des compétences

633. Si le juge judiciaire est considéré comme le gardien traditionnel du droit de propriété[2718], le juge administratif doit l'être comme son gardien contemporain. Il faut donc comprendre que les deux juges protègent le droit de propriété. *A priori*, cela ne peut être que favorable aux propriétaires. Mais pour cela, il est nécessaire que le domaine de compétence de chacun soit clairement délimité. À défaut, cette concurrence serait préjudiciable pour les propriétaires qui ne sauraient pas vers qui se tourner, et pour les juges qui se demanderaient s'ils sont ou non compétents. L'évolution de la voie de fait face au développement du référé-liberté illustre la concurrence entre les juges, aboutissant à une « cohabitation »[2719]. L'évolution récente de la jurisprudence a dégagé un nouveau critère permettant de combiner les compétences juridictionnelles en fonction de l'intensité de l'atteinte (1). Cette cohabitation entraîne un « dialogue des juges »[2720], notamment avec les juges européens (2).

1. Le nouveau critère de l'intensité de l'atteinte

634. À la suite de la loi du 30 juin 2000 instaurant entre autres le référé-liberté[2721], la question du maintien de la voie de fait pouvait se poser[2722]. Cependant, le Tribunal des conflits s'est empressé d'affirmer la survie de la voie de fait en expliquant que le juge judiciaire est compétent dans les cas « où l'administration, soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision portant une atteinte grave au droit de propriété ou à une liberté fondamentale, soit a pris une décision ayant l'un ou l'autre de ces effets à la condition toutefois que cette décision soit manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative »[2723].

[2718] MALLET-BRICOUT B., et REBOUL-MAUPIN N. Droit des biens, juin 2013 - juin 2014, *D.* 2014, p. 1844 : « Gardiens naturels de la propriété privée, les tribunaux judiciaires avaient jusqu'alors reçu la fonction traditionnelle d'assurer la protection légale du droit de propriété ».
[2719] VERPEAUX M., Le juge administratif, gardien du droit de propriété, *RFDA* 2003, p. 1096, *in fine*.
[2720] Expression empruntée à Bruno GENEVOIS, Conclusions ss CE 22 décembre 1978, affaire *Cohn-Bendit*, *D.* 1979, p. 161 : « À l'échelon de la Communauté européenne, il ne doit y avoir, ni gouvernement des juges, ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges ».
[2721] *Cf. supra* n°615.
[2722] Pour un point sur l'ensemble des arguments V. LE BOT O., *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté, Étude de l'article L.521-2 du Code de Justice administrative*, th. Aix-en-Provence, Préf. B. STIRN, Av.-propos de A. ROUX, L.G.D.J., 2007, pp. 567 et s., n^{os}534 et s. et LE BOT O., Maintenir la voie de fait ou la supprimer ? Considérations juridiques et d'opportunité, *RDLF* 2012, Chron. n°24. Olivier LE BOT se prononce en faveur de la suppression de la voie de fait.
[2723] T. confl. 23 octobre 2000, n°3227, *Préfet de police c./ M. Boussadar*.

Par la suite, le juge administratif s'est employé à assurer une certaine pression en utilisant le référé-liberté dans des situations où « le parfum de voie de fait était fort »[2724]. Par exemple, selon Olivier LE BOT, dans l'ordonnance du 23 mars 2001[2725], le juge du référé-liberté s'est prononcé dans une hypothèse de « voie de fait par manque de procédure », sans forcer l'article L.521-2 du Code de Justice administrative[2726]. Pour autant, face à ces atteintes au droit de propriété, le juge administratif ne les avait jamais expressément qualifiées de voie de fait[2727].

C'est dans un contexte finalement assez propice que le juge des référés-liberté s'est reconnu compétent pour « enjoindre à l'administration de faire cesser une atteinte grave et manifestement illégale au droit de propriété, lequel a le caractère d'une liberté fondamentale, quand bien même cette atteinte aurait le caractère d'une voie de fait »[2728]. Cette décision semblait venir conforter l'affirmation de Ronny ABRAHAM en 1996 : « l'avenir de la voie de fait dépend directement (mais en sens contraire) de celui du référé administratif (…)»[2729].

635. Cependant, si le référé-liberté est une « fée du logis »[2730], la voie de fait est un phénix, puisqu'encore une fois le Tribunal des conflits a réagi rapidement pour redonner vie à la voie de fait. Au sujet d'un poteau électrique implanté sans titre sur une propriété privée, le Tribunal a décidé qu' « il n'y a voie de fait (…) que dans la mesure où l'administration soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant atteinte à la liberté individuelle ou aboutissant à l'extinction du droit de propriété, soit a pris une décision qui a les mêmes effets d'atteinte à la liberté individuelle ou d'extinction d'un droit de propriété et qui est manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative (…)»[2731]. Dans cette affaire, le Tribunal des conflits en a finalement conclu qu'il ne s'agissait pas d'une voie de fait, et que par conséquent, le déplacement du poteau électrique relevait de la juridiction administrative.

Concernant le droit de propriété, le champ d'application de la voie de fait s'est réduit à l'extinction, alors qu'auparavant il concernait les atteintes graves au droit de propriété. Il faut

[2724] DOMINO X. et BRETONNEAU A., La fée du logis ?, note ss CE 23 janvier 2013, *Commune de Chirongui*, *AJDA* 2013, p. 788.
[2725] CE 23 mars 2001, *Société Lidl*, n°231559 : le maire avait maintenu des scellés sur un bâtiment commercial en commettant une infraction à l'article L.480-2 du Code de l'urbanisme.
[2726] LE BOT O., Le juge administratif du référé-liberté compétent en matière de voie de fait, *JCP* A 2013, 2048.
[2727] DOMINO X. et BRETONNEAU A., préc.
[2728] CE 23 janvier 2013, *Commune de Chirongui*, n°365262, préc.
[2729] ABRAHAM R., L'avenir de la voie de fait et le référé administratif, *in* Mél. BRAIBANT, Dalloz, Paris, 1996, p. 1.
[2730] DOMINO X. et BRETONNEAU A., préc.
[2731] T. confl. 17 juin 2013, n°3911, *M. Bergoend c./ Société ERDF Annecy Léman*.

donc y voir la volonté de cantonner la compétence du juge judiciaire aux hypothèses d'extinction du droit de propriété[2732]. Au regard du fondement et de l'évolution jurisprudentielle, cela semble une suite logique[2733]. Cette perception a été confirmée au sujet de l'emprise irrégulière. Selon le Tribunal des conflits, « dans le cas d'une décision administrative portant atteinte à la propriété privée, le juge administratif, compétent pour statuer sur le recours en annulation d'une telle décision et, le cas échéant, pour adresser des injonctions à l'administration, l'est également pour connaître de conclusions tendant à la réparation des conséquences dommageables de cette décision administrative, hormis le cas où elle aurait pour effet l'extinction du droit de propriété »[2734].

636. Cette nouvelle combinaison de compétences, c'est-à-dire la compétence du juge judiciaire lors d'une extinction du droit de propriété, et la compétence du juge administratif lors d'une atteinte grave et manifestement illégale portée au droit de propriété, a été acceptée par le juge judiciaire[2735]. D'ailleurs, ces arrêts ont été rendus aux visas de la loi des 16-24 août 1790 pour le premier, et de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III pour les suivants, rappelant ainsi le principe de séparation des autorités. Cela semble paradoxal puisque ce principe ne possède pas une application claire[2736]. De plus, la compétence serait déterminée en fonction de l'intensité de l'atteinte dont le droit de propriété fait l'objet, rapprochant la voie de fait de l'expropriation[2737]. Toutefois, le rappel du principe de séparation des autorités signifie surtout que les juges sont d'accord pour se partager les compétences pour protéger le droit de propriété. Or, comme a pu le faire remarquer Hugues PÉRINET-MARQUET, « cette volonté d'unité des contentieux ne saurait être critiquée », si « le juge administratif se montre le protecteur vigilant des propriétaires »[2738]. La garantie procédurale de la valeur fondamentale du droit de propriété ne peut reposer que sur l'équilibre des intérêts, et par conséquent, sur une combinaison des compétences juridictionnelles. Cette combinaison repose sur le dialogue des juges.

[2732] Sur l'analogie possible avec l'expropriation V. ROUGÉ GUICHARD S., Réflexion autour de l'extinction du droit de propriété, critère inédit de répartition des compétences entre juge administratif et juge judiciaire, *JCP* A 2014, 2281.
[2733] DOMINO X. et BRETONNEAU A., La voie de fait mise au régime sec, note ss T. confl. 17 juin 2013, n°3911, *M. Bergoend c./ Société ERDF Annecy Léman*, *AJDA* 2013, p. 1568.
[2734] T. confl. 9 décembre 2013, n°3931, *Pannizon c./ Commune de Saint-Palais-sur-mer*.
[2735] Civ. 1re, 13 mai 2014, n°12-28.248 : *Bull. civ.* I, n°87 ; Civ. 1re, 15 octobre 2014, n°13-27.484 : *Bull. civ.* I, n°168 ; Civ. 1re, 18 février 2015, n°14-13.359 ; Civ. 3e, 11 mars 2015, n°13-24.133 : *à paraître*.
[2736] *Cf. supra* n°631.
[2737] ROUGÉ GUICHARD S., Réflexion autour de l'extinction du droit de propriété, critère inédit de répartition des compétences entre juge administratif et juge judiciaire, *JCP* A 2014, 2281.
[2738] PÉRINET-MARQUET H., Droit des biens, *JCP* N., 2013, Chron. 1248, spéc. n°2. Toutefois, il ne faut pas oublier que le juge administratif protège également l'intérêt général.

2. Le résultat du dialogue des juges

637. Le dialogue des juges évoque l'idée d'une justice universelle par laquelle les juges de tous horizons interpréteraient les textes et les notions fondamentales de la même manière grâce notamment à une bonne communication entre eux[2739]. La réalité est toute autre. Justement, parce qu'ils sont d'horizons divers, les juges ont des conceptions différentes. Notamment, au niveau européen, la tradition de droit écrit issue du droit romain s'oppose à celle de la *commun law*. Cette « lutte pour la formulation du droit » s'avère être « un enjeu déterminant de la lutte d'influence que se livrent les puissants pour la domination politique et économique du monde »[2740].

638. La compétence juridictionnelle pour le droit de propriété est le reflet de ces multiples influences, qui ont lieu à des niveaux différents.

En premier lieu, l'évolution de la notion de la voie de fait a été une illustration du dialogue entre le juge administratif et le juge judiciaire[2741]. Le Tribunal des conflits jouant le rôle d'arbitre dans ce dialogue.

En second lieu, les juges ordinaires et le juge constitutionnel amorcent peu à peu un dialogue. En effet, jusqu'à présent le contenu de l'article 62 alinéa 3 de la Constitution[2742] instaurait plutôt un « dialogue d'autorité », et presque un « monologue »[2743]. De même, les réserves d'interprétation ne pouvaient pas être considérées comme un dialogue[2744]. Par contre, avec la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat décident du transfert - ou non - de la question au Conseil constitutionnel[2745]. Cela implique qu'ils acceptent par avance la nécessité de sa réponse. Ce comportement pourrait être considéré comme une forme de question préjudicielle de soumission. Cependant, il faut voir que les juges ordinaires acquièrent un rôle proactif dans la protection des droits

[2739] FRYDMAN B., Conclusion : le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle, *in Le dialogue des juges, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 147.
[2740] FRYDMAN B., préc., spéc. p. 166.
[2741] *Cf. supra* n[os]634 et s.
[2742] Art. 62 al. 3 Constitution : « Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».
[2743] GOUTTES (de) R., Le dialogue des juges, *in Actes du colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel du 3 novembre 2008,* Dalloz, Cahiers du Conseil constitutionnel Hors-série 2009, Paris, p. 21.
[2744] V. par exemple la réserve d'interprétation sur la prestation compensatoire : *cf. supra* n°123.
[2745] *Cf. infra* n[os]642 et s.

fondamentaux, et donc du droit de propriété[2746]. Ils participent à la détermination du droit de propriété comme un droit fondamental.

Au fur et à mesure de ces dialogues, il ne devrait plus être possible d'opposer la propriété constitutionnelle et la propriété civiliste, en disant soit que la première néglige la seconde[2747], soit que « la constitutionnalisation de la propriété n'a pas de portée en droit privé »[2748]. L'appropriation porte sur une chose et bénéficie à une personne par la valeur qui lui apporte le droit de propriété. La valeur constitutionnelle du droit de propriété sera la pierre angulaire de ces nouveaux aspects.

639. En troisième et dernier lieu, le dialogue entre les juges nationaux et les juges européens est le théâtre d'influences réciproques[2749].

D'abord, les juges ordinaires et les juges européens entretiennent des rapports étroits. La Cour de cassation et le Conseil d'Etat contrôlent la conventionnalité des lois et dans un même temps ils se rangent à l'interprétation que donne la Cour de Strasbourg de l'article 1er du protocole n°1, en l'intégrant à leur jurisprudence[2750]. Les juridictions nationales peuvent également effectuer un renvoi préjudiciel auprès de la Cour de Justice de l'Union européenne, si elles en éprouvent le besoin[2751]. Le dialogue concerne ainsi les juges des « deux Europes ».

Ensuite, le dialogue entre le juge constitutionnel et le juge de Strasbourg ressemble à un « dialogue sans paroles »[2752]. Ces juridictions présentent de nombreuses analogies, par le fait qu'elles ne soient pas un énième degré de juridiction, et qu'elles se fondent sur des textes

---

[2746] WACHSMANN P., L'importation en France de la notion de « droits fondamentaux », *RUDH* 2004, spéc. p. 46 : Le juge administratif avait perdu son « titre de gardien principal des libertés au détriment du Conseil constitutionnel qui le lui a ravi après 1971 ».

[2747] MOLFESSIS N., Le droit privé, source de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *in La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Coll. Etudes juridiques, 1999, spéc. p.20.

[2748] JESTAZ Ph., Les sources d'inspiration de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *in La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Coll. Etudes juridiques, 1999, spéc. p. 8.

[2749] Sur « l'amplification du "dialogue des juges" sur le droit de l'immeuble », V. MALLET-BRICOUT B. QPC et immeuble, *in* ALBIGES Ch. et HUGON Ch. (sous la direction scientifique de), *Immeuble et droit privé, Approches transversales,* Lamy, Coll. Axe Droit, 2012, p. 49, spéc. pp. 63 et s., nos67 et s.

[2750] Par exemple : Conseil d'Etat : CE 3 juillet 1998, *Bitouzet,* n°158592, préc. (sur l'art. L.160-5 du Code de l'urbanisme) ; CE 3 février 2001, n°213157 (pour un remembrement) ; CE 9 novembre 2009, n°315082 (au sujet du droit de préemption).

Et Cour de cassation : Civ. 3e, 4 mai 2011, n°09-70.161 : *Bull. civ.* III, n°67 (distinction entre privation et réglementation du droit de propriété au sujet de la validation d'un titre de propriété) ; Civ. 3e, 9 novembre 2011, n°10-30.291 : *Bull. civ.* III, n°194 (sur le droit au renouvellement du bail commercial).

[2751] PERTEK J., *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE, Le renvoi préjudiciel*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, 2013, pp. 61 et s. ; SAURON J.-L., *Procédures devant les juridictions de l'Union européenne et devant le CEDH*, Gualino, Coll. Master, Paris, 3e éd., 2014, pp. 105 et s.

[2752] DUTHEILLET DE LAMOTHE O., Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'Homme : un dialogue sans paroles, *in* Mél. GENEVOIS, Dalloz, 2009, p. 403.

fondamentaux[2753]. De même, leurs méthodes de raisonnements sont proches[2754]. Néanmoins, ils ne possèdent aucun moyen de communication entre eux. Depuis une décision de 1975, le Conseil constitutionnel refuse de contrôler la conventionnalité d'une loi[2755]. De plus, le Conseil constitutionnel n'a jamais appliqué directement l'article 1er du protocole n°1[2756]. Par conséquent, il ne peut s'agir que d'une influence intellectuelle provenant de l'autorité persuasive de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg[2757]. En effet, le droit au recours individuel permet au propriétaire de porter son affaire devant le juge européen[2758]. Or, la décision qui sera rendue revient tel un boomerang comme une nouvelle interprétation à prendre en considération en droit interne. Ainsi, la reconnaissance du droit de propriété des créanciers au niveau européen[2759], a été suivie de celle du juge constitutionnel[2760] et du juge judiciaire[2761]. Dans ce sens, Laurence BURGOGUE-LARSEN compare la jurisprudence européenne à un « rouleau compresseur qui finit au bout du compte (…) par obtenir le ralliement des juges internes à Strasbourg »[2762]. Avec la QPC, le dialogue ne peut que se développer puisque le Conseil constitutionnel utilise des droits fondamentaux européens à titre interprétatif pour commenter ses décisions, et la Cour européenne a tendance à reprendre les décisions QPC dans ses arrêts[2763]. Mais cela ne s'est pas encore produit dans le cadre du droit de propriété.

640. Ainsi, l'avantage de ces dialogues directs ou indirects est de créer une symbiose entre les juges. En effet, la notion de dialogue ne traduit pas uniquement le fait d'avoir des

[2753] DUTHEILLET DE LAMOTHE O., préc., spéc. p. 404.
[2754] DUTHEILLET DE LAMOTHE O., préc., spéc. p. 405 : contrôle de proportionnalité, les obligations mises à la charge du législateur, la marge nationale d'appréciation ou le large pouvoir d'appréciation laissée au Parlement.
[2755] Décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975, J.O. du 16 janvier 1975, p. 671 ; Confirmation : décision n°2010-605 QPC du 12 mai 2010, cons. 16, J.O. du 13 mai 2010, p. 8897.
[2756] La décision n°2010-4/17 QPC du 10 juillet 2010, J.O. du 23 juillet 2010, p. 13615, n'est qu'une application de la combinaison des articles 14 de la Convention de sauvegarde et 1er du protocole additionnel n°1 (V. par exemple : CEDH *Gaygusuz c./ Autriche* du 16 septembre 1996, Recueil 1996-IV, aff. n°17371/90).
[2757] DUTHEILLET DE LAMOTHE O., préc., spéc. p. 407.
[2758] *Cf. infra*, n°652.
[2759] CEDH Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c./ Allemagne du 12 juillet 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-VIII, aff. 42527/98.
[2760] Décision n° 2010-607 DC du 10 juin 2010, cons. 9, J.O. du 16 juin 2010, p. 10988 ; décision n°2013-343 QPC du 27 septembre 2013, cons. 7, J.O. du 1er octobre 2013, p. 16305.
[2761] Civ. 1re, 28 mars 2012, n°12-40.002 : *Bull. civ.* I, n°78. D'ailleurs, cette décision est un non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel.
[2762] BURGORGUE-LARSEN L., De l'internationalisation du dialogue des juges, *in* Mél. GENEVOIS, Dalloz, 2009, p. 95, spéc. p. 111.
[2763] JAURÉGUIBERRY A., L'influence des droits fondamentaux européens sur le contrôle *a posteriori*, *RFDA* 2013, p. 10. Par exemple, sur l'absence d'atteinte aux droits de la défense et à l'égalité des armes : décision n°2011-126 QPC du 13 mai 2011, J.O. du 13 mai 2011, p. 8400 et ensuite dans ce sens, la décision CEDH *GALEC c./ France* du 17 janvier 2012, aff. n°51255/08.

relations, elle exprime aussi l'idée d'une entente[2764]. Dans une vision idéale, l'harmonisation de leurs interprétations du droit de propriété protègerait efficacement le propriétaire, puisqu'il serait traité de la même manière devant chaque juge. Néanmoins, la lutte d'influence est telle que cette harmonisation est loin d'être aboutie, si elle peut l'être un jour[2765]. C'est pourquoi, améliorer les modes de recours du propriétaire reste la meilleure protection procédurale du droit de propriété.

§2. Le droit du propriétaire à un recours effectif

641. Le droit du propriétaire à un recours effectif est une garantie procédurale fondée sur la valeur fondamentale du droit de propriété. Au-delà des juges ordinaires, et à certaines conditions, le propriétaire qui estime subir des limitations quant à son droit de propriété, peut envisager un recours devant le Conseil constitutionnel (A), et un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme (B).

A. Le recours devant le Conseil constitutionnel

642. À l'origine, il était uniquement possible de soumettre au Conseil constitutionnel une loi non promulguée. Et les personnes pouvant exercer cette saisine étaient assez limitées[2766]. Puis, lors d'une révision constitutionnelle du 29 octobre 1974, le droit de saisine a été étendu aux parlementaires, soixante députés ou soixante sénateurs. Cela a constitué la première étape vers une meilleure accessibilité du Conseil constitutionnel, les députés étant les représentants directs des citoyens. La seconde étape de l'évolution a eu lieu avec l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) le 1er mars 2010[2767]. En cas d'atteinte au droit de propriété la QPC permet au propriétaire[2768], par l'intermédiaire d'un avocat, de faire procéder à un contrôle de fondamentalité[2769], dont la difficulté provient de son

[2764] PUISSOCHET J.-P., Les juges européens, le juge constitutionnel et le juge administratif : le dialogue des juges, *in Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges, Actes du colloque du 50e anniversaire des tribunaux administratifs*, PUG, Coll. Europa, 2004, p. 299.
[2765] JAURÉGUIBERRY A., préc.
[2766] Il s'agissait du Président de la République, du Premier ministre, du Président du Sénat et du Président de l'Assemblée nationale.
[2767] Loi n°2008-724 du 23 juillet 2008 *de modernisation des institutions de la Ve République*, J.O. du 24 juillet 2008, p. 11890.
[2768] BAZY-MALAURIE C., L'apport de la QPC à la protection de la propriété, *Justice et cassation* 2015, p. 57.
[2769] PICARD E., L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA* 1998, p. 6.

objectivisation (2). Mais il ressort des modalités du contrôle opéré par le juge constitutionnel, que le principal avantage de ce recours est celui de la célérité (1).

1. Les modalités du recours, l'avantage de la célérité

643. La QPC permet de soumettre au contrôle du Conseil constitutionnel des dispositions législatives qui portent atteinte à des « droits et libertés que la Constitution garantit »[2770]. La QPC instaure ainsi un contrôle interne des droits et libertés fondamentaux, dont le droit de propriété fait partie. Pour savoir si les dispositions en cause relèvent du domaine de la loi, le Conseil constitutionnel se fonde sur l'article 34 de la Constitution qui dispose notamment que « la loi détermine les principes fondamentaux (…) du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ». Or, au sein de cet article 34, le régime de la propriété est considéré comme un principe fondamental et non comme une règle. Il était possible de penser que cette distinction entraînait des conséquences au niveau de la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire[2771]. Or, cette distinction n'a pas été suivie par les juges, et il faut seulement comprendre que lorsque le législateur pose ces principes fondamentaux, il souhaite élaborer une loi-cadre[2772].

644. Etant donné que le juge constitutionnel avait seul la compétence pour contrôler les lois, le juge ordinaire s'interdisait « de se prononcer même indirectement sur la constitutionnalité d'un texte législatif »[2773]. Ainsi, à propos des cessions gratuites de terrain à la Commune lors d'une demande d'urbanisme qui lui était adressée, le Conseil d'Etat a estimé « qu'il n'appartenait pas au juge administratif d'apprécier la conformité des articles L.332-6 et L.332-6-1 précités du Code de l'urbanisme aux principes définis par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, que cette conformité soit contestée directement ou au travers de l'article R.322-15 du même Code qui se borne à faire application des dispositions législatives mentionnées ci-dessus »[2774]. Une QPC a été rendue à ce sujet le 22 septembre 2010 et a décidé que l'article L.332-6-1 2° du Code de l'urbanisme, prévoyant

[2770] Art. 61-1 de la Constitution de 1958.
[2771] Par exemple, pour R. LEGEAIS, cela signifiait que le législateur partageait sa compétence avec le pouvoir exécutif pour le régime du droit de propriété : LEGEAIS R., Le Conseil constitutionnel français protecteur du droit de propriété*, in* Mél. FLATTET, Payot, Lausanne, 1985, p. 61, spéc. pp. 63-64.
[2772] PAULIAT H., th. préc., t. 1, pp. 227 et s.
[2773] Il s'agissait de la théorie de la loi-écran, V. CARPENTIER E. et TREMEAU J., Le droit de l'urbanisme à l'aune de la question prioritaire de constitutionnalité, *in* Mél. BERGEL, Bruylant, 2013, p. 597.
[2774] CE 11 février 2004, *Schiocchet*, n°211510 : *Rec. Lebon* p. 65.

cette cession gratuite, est contraire à la Constitution[2775]. Pour le juge constitutionnel, le législateur a méconnu la compétence législative de l'article 34 de la Constitution qui prévoit que la loi doit déterminer « les principes fondamentaux (…) de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources (…) du régime de la propriété (…) »[2776]. Or, il avait attribué un large pouvoir d'appréciation à la collectivité publique pour définir l'usage des terrains cédés gratuitement. De plus, il n'y avait pas de dispositions législatives instituant des garanties pour ne pas porter atteinte à l'article 17 de la Déclaration de 1789.

En plus d'un contrôle opportun du respect de la compétence législative quant au droit de propriété, afin d'éviter les abus du pouvoir réglementaire, cette affaire illustre également la célérité de la procédure des QPC. En effet, la disposition en cause est abrogée à compter de la publication de la QPC, et la QPC doit être rendue dans un délai maximal de six mois à compter de la transmission de la question par les juges du fond à la Cour de cassation ou au Conseil d'Etat, puis au Conseil constitutionnel[2777]. En principe, le Conseil constitutionnel peut également abroger la décision à une date ultérieure, qu'il fixe dans sa décision[2778], mais dans la plupart du temps il opte pour une abrogation immédiate[2779]. En outre, ses décisions possèdent un effet *erga omnes* puisqu'elles ne sont susceptibles d'aucun recours et qu'elles s'imposent autant aux pouvoirs publics, qu'aux autorités administratives et judiciaires[2780].

645. Les modalités du contrôle du juge constitutionnel dans le cadre de la QPC s'avèrent également efficaces au regard de la célérité de la procédure. La loi organique du 10 décembre 2009 a exposé les conditions de la transmission d'une QPC[2781]. Ainsi, les juridictions relevant de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat doivent statuer « sans délai » et par une décision motivée sur la transmission de la question aux hautes autorités. Elles doivent vérifier que les trois conditions suivantes sont réunies : « 1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ; 2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ; 3° La question

[2775] Décision n°2010-33 QPC du 22 septembre 2010, J.O. du 23 septembre 2010, p. 17292.
[2776] *Ibid.,* cons. 3.
[2777] Trois mois pour la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat et trois mois pour le Conseil constitutionnel.
[2778] Art. 62 al. 2 Constitution.
[2779] GUILLAUME M., Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême ?, *JCP* N 2012, 1305, spéc. n°8.
[2780] Art. 62 al. 2 Constitution.
[2781] Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 *relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, J.O. du 11 décembre 2009, p. 21379.

n'est pas dépourvue de caractère sérieux »[2782]. Une fois la décision de transmission rendue, la juridiction a huit jours pour transmettre la question à l'autorité dont elle relève. Et une fois la question reçue, la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat a trois mois pour statuer. Ils vont vérifier que les conditions de l'article 23-2 précitées sont réunies, et que « la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux »[2783].

646. C'est à ce stade que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation filtrent la transmission des QPC. Or, ainsi que le dénonce Hélène PAULIAT, « certaines décisions se contentent d'analyser le caractère sérieux ou non de la question au regard d'éléments procéduraux »[2784]. Par exemple, dans le cadre d'une expropriation[2785], la Cour de cassation s'est contentée de vérifier si les garanties procédurales avaient été respectées[2786]. Plus récemment, également au sujet d'une expropriation, le Conseil constitutionnel a examiné si « le législateur a entendu fixer les garanties légales de nature à satisfaire aux exigences de l'article 17 de la Déclaration de 1789 »[2787]. Il ne s'agit donc pas d'une interprétation propre au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation, mais d'une tendance du Conseil constitutionnel[2788]. Les hautes autorités possèdent désormais un rôle de juge de la constitutionnalité, mais il ne s'agit que d'un rôle partiel[2789]. En effet, même s'ils décident de ne pas renvoyer la question au Conseil constitutionnel, cela ne signifie pas pour autant que la disposition législative en cause est conforme à la Constitution. Et s'ils décident de saisir le Conseil constitutionnel, ce dernier pourra à l'inverse estimer que la disposition est conforme à la Constitution. En réalité, leurs

[2782] Art. 23-2 Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, JO 9 novembre 1958 p. 10129.
[2783] Art. 23-4 Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958.
[2784] PAULIAT H., Question prioritaire de constitutionnalité et droit de propriété : une jurisprudence insuffisamment protectrice ?, *RJEP* n°695, mars 2012, étude 2, spéc. n°9.
[2785] Au sujet des art. L.12-1 et-2 du Code de l'expropriation (devenus les art. L.220-1, L.221-1, L.222-1 et L.222-2 du Code de l'expropriation avec l'ordonnance n°2014-1345 du 6 novembre 2014, préc.).
[2786] Civ. 3e, 26 mai 2011, n°10-25.923 : *Bull. civ.* III, n°87 : « les questions posées ne présentent pas un caractère sérieux, d'une part, en ce que le juge de l'expropriation ne peut prononcer l'ordonnance portant transfert de propriété qu'au vu d'un arrêté portant déclaration d'utilité publique et d'un arrêté de cessibilité exécutoires et donc après qu'une utilité publique ait été légalement constatée et, d'autre part, en ce que le juge doit seulement constater à ce stade, par une ordonnance susceptible d'un pourvoi en cassation, la régularité formelle de la procédure administrative contradictoire qui précède son intervention »
[2787] Décision n°2012-292 QPC du 15 février 2013, J.O. du 16 février 2013, p. 2685 : au sujet de l'existence du droit de rétrocession en matière d'expropriation.
[2788] D'ailleurs, les justiciables n'hésitent pas à poser directement la question dans ce sens. Par exemple, un indivisaire a demandé si l'article 815-6 C. civ. portait atteinte au droit de propriété et s'il prévoyait des garanties légales suffisantes pour prévenir des atteintes excessives au droit de propriété : Civ. 1re, 18 décembre 2014, n°14-18.944 : *à paraître*. V. CASEY J., QPC : l'article 815-6 du code civil ne mérite pas une transmission au Conseil constitutionnel, note ss Civ. 1re, 18 décembre 2014, *AJ fam*. 2015, p. 104.
[2789] ROBLOT-TROIZIER A., Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat, *RFDA* 2011, p. 691 ; PERRIER J.-B., Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation, *RFDA* 2011, p. 711.

rôles respectifs permettent d'équilibrer leurs relations et d'instaurer un dialogue qui assure une certaine cohérence entre leurs décisions. En outre, cela ne devrait pas être contraire à la Convention européenne de sauvegarde.

647. Enfin, le Conseil constitutionnel doit rendre sa décision dans un délai de trois mois à compter de sa saisine[2790]. Ce contrôle est dominé par le principe du contradictoire puisque les parties doivent échanger contradictoirement des observations écrites.
Les modalités de contrôle du juge constitutionnel dans le cadre de la QPC ne posent pas de difficulté quant à la protection du droit de propriété. C'est au contraire et de façon paradoxale, la fondamentalisation de son contrôle qui pose des difficultés.

2. La fondamentalisation du contrôle, la difficulté de l'objectivisation

648. Grâce à la QPC, le contrôle de constitutionnalité assure la prééminence des droits fondamentaux[2791]. Au gré des questions, le juge constitutionnel précise les droits et libertés garantis par la Constitution, ainsi que les critères permettant de déterminer l'existence d'une atteinte à ces droits et libertés. Il semble qu'il faille le considérer comme le juge des droits fondamentaux. Avec cette position, il devrait pouvoir harmoniser les représentations du droit de propriété du droit public et du droit privé. Or, il a conservé une conception stricte de la notion de conformité[2792]. Cela signifie qu'il effectue un contrôle objectif en confrontant abstraitement une norme à une autre qui lui est supérieure, et non en tranchant un litige en tenant compte de la situation concrète[2793].
Depuis l'entrée en vigueur de la QPC, seules un dizaine de censures ont été fondées sur le droit de propriété, tous types de biens confondus[2794]. Ainsi, il n'est pas possible de voir dans le Conseil constitutionnel un « ardent défenseur de la propriété privée »[2795]. La QPC pourrait

[2790] Art. 23-10, ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958.
[2791] PICARD E., L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA* 1998, p. 6.
[2792] FAVOREU L., Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *in* Mél. EISENMANN, Cujas, 1975, p. 33
[2793] DUBOUT E., L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question, *RDP* 2013, n°1, p. 107.
[2794] Dernièrement, en 2012 : Décision n°2011-208 QPC du 13 janvier 2012, J.O. du 14 janvier 2012, p. 752 ; décision n°2011-212 QPC du 20 janvier 2012, J.O. du 21 janvier 2012, p. 1214 ; décision n°2012-226 QPC du 6 avril 2012, J.O. du 7 avril 2012, p. 6413. En 2013 : décision n°2013-343 QPC du 27 septembre 2013, J.O. du 1er octobre 2013, p. 16305. En 2014 : décision n°2014-426 QPC du 14 novembre 2014, J.O. du 16 novembre 2014, p. 19330. En 2015 : décision n°2014-449 QPC du 6 février 2015, J.O. du 8 février 2015, p. 232.
[2795] MALLET-BRICOUT B., et REBOUL-MAUPIN N., Droit des biens, juin 2010- juin 2011, *D.* 2011, p. 2298.

toutefois apporter un renouveau dans la protection du droit de propriété[2796]. En effet, le juge constitutionnel s'applique à définir les conditions à réunir pour ne pas violer le droit de propriété, et les garanties procédurales semblent lui être particulièrement importantes.

649. Dans le cadre de la QPC, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle objectif. Cela lui permet à la fois de sauvegarder une certaine cohérence avec le contrôle *a priori* et d'affiner la volonté du législateur[2797]. Le Conseil constitutionnel s'est ainsi juridictionnalisé sans pour autant devenir une Cour suprême[2798].

Toutefois, en étant objectif, le contrôle *a posteriori* devient subsidiaire par rapport au contrôle *a priori*. En effet, si une loi a été jugée constitutionnelle lors du contrôle *a priori*, il faudra un changement de circonstances pour la soumettre à une QPC[2799]. De plus, le droit de propriété étant un droit fondamental, il est particulièrement évolutif car lié au contexte socio-économique. Or, le caractère objectif du contrôle paralyse toute une interprétation évolutive[2800].

Par ailleurs, pour effectuer son contrôle de manière abstraite, le juge constitutionnel utilise souvent la technique de la proportionnalité. Dans ce cas, le droit de propriété sera mis en balance avec l'intérêt général. Or, l'intérêt général est le fondement des limitations au droit de propriété.

650. Cependant, l'efficacité du contrôle objectif du Conseil constitutionnel peut être remise en question. En effet, au sujet de l'attribution judiciaire d'une villa en guise de prestation compensatoire, le Conseil constitutionnel s'est prononcé pour la conformité de l'article 274 2° du Code civil à la Constitution, et donc au droit de propriété[2801]. Le juge constitutionnel a estimé qu'il ne s'agissait pas d'une privation du droit de propriété car cette attribution n'était qu'« une modalité de paiement d'une obligation judiciairement constatée »[2802]. Pour évincer la privation du droit de propriété, le Conseil constitutionnel se fonde sur la définition de la prestation compensatoire sans tenir compte de ses effets[2803]. Or,

[2796] NIVARD C., Le régime du droit de propriété, *RFDA* 2012, p. 632,
[2797] DUBOUT E., préc.
[2798] GUILLAUME M., Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême ?, *JCP* N 2012, 1305, spéc. n°15.
[2799] Art. 23-2, ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958.
[2800] DUBOUT E., préc.
[2801] Décision n°2011-151 QPC du 13 juillet 2011, J.O. du 14 juillet 2011, p. 12250. Cette décision a été évoquée au sujet de la privation du droit de propriété pour cause d'utilité privée, n°123.
[2802] Décision n°2011-151 QPC du 13 juillet 2011, cons. 5., préc.
[2803] Art. 270 C. civ.

ce n'est pas parce que l'attribution forcée en propriété est une modalité de paiement de la prestation compensatoire qu'elle n'entraîne pas une privation du droit de propriété[2804]. Quant à l'atteinte au droit de propriété sur le fondement de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme, le juge constitutionnel a effectué une réserve d'interprétation en expliquant que l'atteinte n'est proportionnée à l'intérêt général que si l'attribution forcée en propriété est une modalité d'exécution de la prestation compensatoire subsidiaire au versement d'un capital[2805]. Il a d'abord recherché un motif d'intérêt général susceptible de contrebalancer l'atteinte, en interprétant la volonté du législateur[2806]. Selon lui, par l'article 274 2° le législateur entend protéger le conjoint le moins favorisé en lui assurant le versement de la prestation compensatoire. Le juge constitutionnel a ensuite vérifié l'existence de garanties procédurales. Le débat contradictoire quant à la valeur du bien, mais aussi le fait que l'attribution soit décidée par le juge sont, pour lui, des éléments assurant suffisamment la garantie procédurale du droit de propriété[2807]. Avec un tel raisonnement, l'équilibre des intérêts semble reposer uniquement sur une garantie procédurale élémentaire. Le contrôle qui est ainsi opéré paraît être purement formel et par conséquent, assez relatif.

651. Après une confirmation peu judicieuse de cette décision par la Cour de cassation[2808], la Cour européenne des droits de l'Homme a constaté la violation de l'article 1er du protocole n°1 à raison de la privation du droit de propriété[2809]. Elle a étudié les trois conditions qu'une mesure de privation de propriété doit remplir pour être compatible avec l'article 1er du protocole n°1. Après avoir noté l'existence d'une base légale et d'une cause d'utilité publique, la Cour a recherché l'existence d'une proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Or, elle a estimé que l'équilibre n'avait pas été respecté entre l'intérêt général de la communauté[2810] et les droits du requérant[2811]. Les juges européens estiment que la garantie procédurale était insuffisante car les juges internes ont uniquement cherché à déterminer les modalités de versement de la prestation compensatoire sans tenir compte de

[2804] Il est même possible d'avoir des doutes quant au fait que la prestation compensatoire soit considérée comme une dette monétaire : V. DROSS W., L'abandon d'un bien à titre de prestation compensatoire est-il contraire au droit de propriété ?, note ss Civ. 1re, 28 mai 2014, n°13-15.760, *RTD civ*. 2014, p. 688.
[2805] Décision n°2011-151 QPC du 13 juillet 2011, cons. 8, préc.
[2806] Décision n°2011-151 QPC du 13 juillet 2011, cons. 6, préc.
[2807] Décision n°2011-151 QPC du 13 juillet 2011, cons. 7, préc.
[2808] Civ. 1re, 28 mai 2014, n°13-15.760, préc. Sur les critiques de l'application de la décision du juge constitutionnel par la Cour de cassation, n°125.
[2809] CEDH *Milhau c./ France* du 10 juillet 2014, aff. n°4944/11.
[2810] Il s'agit ici de la communauté nationale et non la communauté matrimoniale. Cette formulation est utilisée depuis l'arrêt CEDH *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, préc., §69.
[2811] CEDH *Milhau c./ France* du 10 juillet 2014, préc., §53.

l'importance du patrimoine du débiteur, ni de sa volonté de proposer d'autres biens à titre de versement[2812]. Ainsi, la Cour a sanctionné la France en exerçant un contrôle plutôt concret, tout en prenant garde à ne pas « s'attacher à la façon dont le litige a été tranché entre les parties privées »[2813]. Selon la Cour de Strasbourg, les juridictions internes n'ont pas suffisamment été attentives aux circonstances de l'espèce parce qu'elles n'ont pas offert une protection procédurale suffisante contre l'arbitraire de l'attribution forcée.

Ainsi, le contrôle objectif du Conseil constitutionnel peut poser des difficultés et il peut être tout à fait utile au propriétaire d'exercer un recours devant la Cour européenne des droits de l'Homme pour bénéficier de son contrôle concret.

B. Le recours devant la Cour européenne des droits de l'homme

652. Les décisions du juge européen sont une source d'inspiration pour les juges internes. Il « assume une double fonction de conciliation et de hiérarchisation des sources du droit »[2814].

Depuis 1981 en France[2815], les particuliers peuvent exercer un recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme[2816]. Ce droit est prévu par l'article 34 de la Convention de sauvegarde[2817]. Auparavant il était seulement possible d'invoquer les textes européens devant les tribunaux français. Il a fallu attendre les années 90 pour que les recours individuels des particuliers se développent en France sur le fondement de l'article 1er du protocole n°1[2818], alors qu'au Royaume-Uni cela a été mis en place dès 1976[2819], et en Belgique dès 1979[2820].

[2812] *Ibid*., §50.
[2813] *Ibid.*, §48.
[2814] SUEUR J.-J., L'évolution du catalogue des droits fondamentaux, *in Les droits fondamentaux dans l'Union européenne : dans le sillage de la Constitution européenne en hommage à René-Jean Dupuy 1918-1997, fondateur de l'Institut du droit de la paix et du développement,* 2009, p. 19-20
[2815] Décret n°81-917 du 9 octobre 1981, J.O. du 14 octobre 1981, p. 2783.
[2816] COHEN-JONATHAN G., La reconnaissance par la France du droit de recours individuel devant la Commission européenne des droits de l'Homme, *AFDI* 1981, p. 269 ; PELLET A., La reconnaissance par la France du droit de requête individuelle devant la commission européenne des Droits de l'Homme, *Rev. dr. publ.* 1981, p. 69.
[2817] Art. 34 : « La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit ».
[2818] CEDH *Bendenoun c./ France* du 24 février 1994, Série A n°284 ; CEDH, arrêt *Hentrich c./France* du 22 septembre 1994, Série A n°296-A ; CEDH *Phocas c./ France* du 23 avril 1996, Recueil des arrêts et décisions, 1996-II, p. 519.
[2819] CEDH *Handyside c./ Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, Série A n°24.
[2820] CEDH *Marckx c./ Belgique* du 13 juin 1979, Série A n°31.

Cette évolution a rendu le recours devant la Cour européenne des droits de l'homme plus accessible aux particuliers, mais les modalités du contrôle européen restent empreintes de l'application du principe de subsidiarité (1).

Par la reconnaissance d'enjeux substantiels aux droits procéduraux[2821], le recours devant le juge de Strasbourg connaît désormais une nouvelle évolution. La procéduralisation du contrôle européen acquiert une force contraignante et constitue le prolongement du principe de subsidiarité (2).

1. Les modalités du contrôle, l'application du principe de subsidiarité

653. Aux termes de l'article 35 de la Convention européenne, le recours individuel est soumis à certaines conditions de recevabilité, et il est limité temporellement. Ces conditions sont des applications du principe de subsidiarité.

En premier lieu, il ne peut être exercé qu'après avoir épuisé les voies de recours internes. Cela a été conçu pour éviter que la Cour européenne ne devienne un énième degré de juridiction, tout en laissant la possibilité aux Etats mis en cause de redresser la situation dans leur droit interne[2822]. Cependant, en principe, la notion d'épuisement des voies de recours internes n'est pas interprétée strictement par la Cour européenne des droits de l'Homme[2823]. En effet, étant donné que le recours doit être utile et efficace, un requérant pourra être dispensé de cette obligation soit dans le cas où le recours serait aléatoire, notamment en présence d'une jurisprudence interne établie et défavorable[2824], soit dans l'hypothèse où le recours serait inefficace, c'est-à-dire qu'il ne permettrait pas le redressement des violations alléguées[2825]. Une interrogation demeure au sujet de la QPC : faut-il la considérer comme un recours à épuiser ?[2826] L'existence du filtrage de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat permet d'en douter. Dans ce sens, la Cour européenne des droits de l'homme a déjà invoqué le critère de

[2821] GUINCHARD S., Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ?, *in* Mél. FARJAT G., Frison-Roche, 1999, p. 139, spéc. pp. 164 et s.

[2822] Il est possible d'y voir une application du principe de subsidiarité : V. RENUCCI J.-F., *Droit européen des droits de l'homme,* LGDJ, Traités, Paris, 2e éd., 2012, p. 995, n°1043.

[2823] RENUCCI J.-F., *op. cit*., p. 998, n°1045 : « la condition d'épuisement des voies de recours internes n'a pas un caractère absolu : cette obligation se limite à celle de faire un usage normal des recours utiles ».

[2824] Par exemple : CEDH *Gautrin et autres c./ France* du 20 mai 1998, Recueil 1998-III, aff. n°21257/93, 21258/93, 21259/93, 21260/93 : impartialité du Conseil de l'ordre des médecins.

[2825] Par exemple : CEDH *Sultani c./ France* du 20 septembre 2007, Recueil des arrêts et décisions 2007-IV, aff. n°45223/05 : recours non suspensif contre une mesure d'éloignement d'un étranger lorsque le requérant invoque qu'un retour dans son pays l'expose à des traitements inhumains et dégradants ; et CEDH *Tomasi c./ France* du 27 août 1992, Série A n°241-A: recours qui ne visait que la réparation alors que le requérant souhaitait la cessation d'une privation de liberté.

[2826] LARROUTUROU T., La QPC est-elle une voie de recours à épuiser avant de saisir la Cour européenne des droits de l'homme ?, *RDP* 2015, p. 111.

l'accessibilité du recours pour ne pas considérer le renvoi à une Cour constitutionnelle comme un recours à épuiser[2827]. Cette position n'a pas encore été confirmée pour la QPC, mais elle éviterait les difficultés d'ordre institutionnel, d'autant plus que l'avantage de la célérité de la QPC provoquera *de facto* l'épuisement du recours[2828].

654. En second lieu, l'article 35 2° et 3° de la Convention précise les conditions de recevabilité supplémentaires pour les requêtes individuelles : le requérant doit être identifié, la requête qu'il présenterait une seconde fois doit comporter des faits nouveaux, la requête ne doit pas être mal fondée ou abusive et enfin, si le requérant n'a pas subi de préjudice, il faut que le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses protocoles exige un examen de la requête au fond et à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire.

655. En troisième et dernier lieu, le recours devant la Cour européenne est en principe encadré dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive[2829].
Si ces conditions sont réunies, la Cour prononcera alors une décision de recevabilité, et le contrôle de la limitation au droit de propriété pourra avoir lieu. Le recours européen est donc effectif à double titre : par le fait même qu'il n'est pas hypothétique, et par la force contraignante qu'il peut imposer aux Etats. La procéduralisation du contrôle européen doit toutefois être considérée comme le prolongement du principe de subsidiarité.

2. La procéduralisation du contrôle, le prolongement du principe de subsidiarité

656. Le recours du propriétaire devant la Cour européenne des droits de l'homme est renforcé par le phénomène de procéduralisation. En effet, d'une garantie procédurale, le droit à un recours, le propriétaire bénéfice d'une protection renforcée de son droit de propriété.
Pour assurer la protection de certains droits, et notamment du droit de propriété, la Cour européenne des droits de l'homme a développé la « technique des obligations positives »[2830]. En prononçant une condamnation, la Cour de Strasbourg indique les obligations qui n'ont pas

[2827] Notamment : CEDH *Brozicek c./ Italie* du 19 décembre 1989, Série A, n°167, §34 : par rapport au filtrage de la juridiction qui connaît du fond de l'affaire ; CEDH *Tanase c./ Moldova* du 27 avril 2010, aff. n°7/08, §122 : par rapport à la représentation obligatoire de l'avocat.
En sens contraire :
[2828] LARROUTUROU T., préc.
[2829] Art. 35 1° Conv. EDH.
[2830] MADELAINE C., *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, th. Montpellier I, Préf. F. SUDRE, Dalloz, 2014.

été respectées par l'Etat et qu'il doit exécuter. Selon les termes de Colombine MADELAINE, il s'agit d' « un outil d'adaptation de la norme juridique conventionnelle à l'évolution des Etats démocratiques et libéraux européens », et d' « un instrument de garantie d'effectivité des droits individuels »[2831].

Depuis *l'affaire linguistique belge*, la Cour a développé le nombre et le type d'obligations mises à la charge des Etats pour assurer l'effectivité des droits[2832]. En principe, il y a lieu de distinguer entre les obligations positives qui exigent une intervention de l'Etat, des obligations négatives qui requièrent au contraire une abstention de sa part[2833]. Cette distinction est applicable pour des obligations qui nécessitent des mesures concrètes, mais elle devient impossible en présence d'obligations qui concernent des mesures structurelles puisque ces dernières peuvent être à la fois positives et négatives[2834]. De même, un litige pourrait nécessiter à la fois le respect d'obligations positives et négatives[2835].

La Cour de Strasbourg a défini « la nature juridique de ces obligations »[2836] dans le cadre de l'article 1er du protocole n°1 dans l'arrêt *Öneryldiz*[2837]. Dans cette affaire, il était reproché aux agents et autorités de l'Etat ne de pas avoir fait « tout ce qui était en leur pouvoir pour sauvegarder les intérêts patrimoniaux des requérants » contre les risques résultant d'activités industrielles dangereuses[2838].

Et à l'occasion de l'arrêt *Broniowski*, la Cour a précisé que « la frontière entre les obligations positives et négatives de l'Etat au titre de l'article 1 du Protocole n°1 ne se prête (…) pas à une définition précise », puisque « les principes applicables sont (…) comparables » en ce sens que « dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble »[2839].

[2831] MADELAINE C., th. préc., p. 467, n°902.

[2832] CEDH *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c./ Belgique* du 23 juillet 1968, Série A n°6, §3.

[2833] AKANDJI-KOMBE J.-F., Les obligations positives de la Convention européennes des Droits de l'Homme, *Précis sur les droits de l'homme*, n°7, 2006, http://www.coe.int/fr., p. 11 ; MADELAINE C., th. préc., p. 19, n°35.

[2834] MADELAINE C., th. préc., pp. 226 et s, nos411 et s.

[2835] MADELAINE C., th. préc., pp. 231 et s, nos424 et s.

[2836] BÎRSAN C. et RENUCCI J.-F., La Cour européenne des droits de l'homme précise le droit de propriété, *D.* 2005, p. 870.

[2837] CEDH *Öneryildiz c./ Turquie* du 30 novembre 2004, Recueil des arrêts et décisions 2004-XII, aff. n°48939/99, §134 : « l'exercice réel et efficace du droit que cette disposition garantit ne saurait en effet dépendre uniquement du devoir de l'Etat de s'abstenir de toute ingérence et peut exiger des mesures positives de protection, notamment là où il existe un lien direct entre les mesures qu'un requérant pourrait légitimement attendre des autorités et la jouissance effective par ce dernier de ses biens ».

[2838] CEDH *Öneryildiz c./ Turquie* du 30 novembre 2004, préc., §135.

[2839] CEDH *Broniowski c./ Pologne* du 22 juin 2004, Recueil des arrêts et décisions 2004-V, aff. n°31443/96, §144.

657. En règle générale, il y a également lieu de distinguer entre les obligations procédurales qui « appellent l'organisation des procédures internes en vue d'assurer une meilleure protection des personnes », et les obligations substantielles « qui commandent les mesures de fond nécessaires à la pleine jouissance des droits garantis »[2840]. Il est vrai que certaines obligations peuvent avoir une nature purement procédurale, dans le cas notamment où l'Etat est sanctionné pour avoir refusé d'apporter le concours de la force publique pour exécuter une décision d'expulsion[2841]. Toutefois, cette distinction ne semble pas appropriée depuis la mise en place de la procédure de l'arrêt pilote[2842] qui révèle l'existence d'un problème structurel ou systémique dans le droit interne de l'Etat condamné[2843]. En effet, l'instauration de cette procédure signifie que les Etats peuvent être assujettis à des obligations structurelles, c'est-à-dire qu'ils doivent adopter un cadre à la fois procédural et normatif[2844]. L'efficacité de la procédure de l'arrêt pilote est reconnue[2845]. En effet, elle permet de traiter en une seule fois un problème qui peut concerner une multitude de personnes. Par exemple pour l'arrêt *Broniowski*, qui constitue le premier arrêt pilote, la modification de la frontière et l'abandon des biens immobiliers au-delà la rivière du Boug concernait 80000 personnes[2846]. Par conséquent, l'Etat doit se résoudre à entreprendre une réforme ou se faire condamner à répétition, ce qui signifie un nombre de réparation important, sans aucun moyen de régulation.

658. Qu'il s'agisse d'une obligation positive substantielle, procédurale ou structurelle, il est important pour la Cour de s'assurer de leur exécution par les Etats, sous peine de perdre la confiance des requérants ; ce droit serait théorique et illusoire. En effet, une simple condamnation ne suffit pas à rendre le recours effectif, il est nécessaire que les décisions qui sont prises soient respectées. À cette fin, à la suite de la Déclaration d'Interlaken de 2010, le Comité des ministres a mis en place un système de surveillance[2847] pour l'exécution des

[2840] AKANDJI-KOMBE J.-F., préc., p. 16.
[2841] CEDH *Matheus c./ France* du 31 mars 2005, aff. n°62740/00, §§69-71.
[2842] Art. 61 Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme.
[2843] CEDH *Broniowski c./ Pologne* du 22 juin 2004, préc., §§188 et s.
[2844] Dans ce sens, V. MADELAINE C., th. préc., p. 469, n°905. Colombine MADELAINE oppose donc les obligations structurelles aux obligations individuelles. Ces dernières étant destinées à la mise en œuvre du cadre procédural et normatif.
[2845] RENUCCI J.-F., FRICERO N. et STRICKLER Y., L'arrêt pilote : le pragmatisme au service des droits de l'homme, *D*. 2013, p. 201 ; BLAY-GRABARCZYK K., Bilan mitigé de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour EDH – à propos du rapport annuel du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 10 avril 2013, *JCP* G 2013, 491.
[2846] CEDH *Broniowski c./ Pologne* du 22 juin 2004, préc. Et 200 requêtes similaires devaient être présentées devant la Cour.
[2847] Les arrêts en surveillance concernant la protection de la propriété sont listés dans le rapport annuel du Comité des Ministres : V. pour l'année 2014, Surveillance de l'exécution des arrêts et décision de la Cour européenne des droits de l'homme, 8e rapport annuel, pp. 181 à 186.

mesures tant individuelles que générales[2848]. L'Etat condamné doit fournir un plan et/ou un bilan d'action dès que possible et au plus tard dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle l'arrêt est devenu définitif. Ce plan et/ou bilan expliquera la manière dont il entend adopter et mettre en œuvre les mesures nécessaires pour exécuter l'arrêt. Auparavant les Etats n'étaient pas tenus par des délais. Par exemple, dans l'affaire *Hutten-Czapska*[2849], la Pologne a adopté des réformes en 2006 et 2010 pour mettre fin au dysfonctionnement concernant le dispositif législatif de contrôle des loyers, mais certains points restaient problématiques. Et ce n'est qu'en mars 2011, que la Cour a finalement décidé de clore la procédure d'arrêt pilote[2850].

Le droit du propriétaire à un recours effectif s'est donc amélioré grâce à ce système qui permet à la Cour européenne de suivre et contrôler l'exécution de l'arrêt par l'Etat. En effet, avec un tel suivi, l'Etat devait être contraint à remplir ses obligations mais le délai ne sera pas toujours court puisque cela dépend du comportement de l'autorité étatique[2851]. Toutefois, même si l'Etat a bien une obligation de résultat, il reste libre des moyens permettant d'atteindre ce résultat[2852]. Cette marge d'appréciation a été réaffirmée dans la Déclaration de Bruxelles du 27 mars 2015. La procéduralisation du contrôle opéré par la Cour européenne constitue donc un prolongement du principe de subsidiarité.

[2848] V. Guide pour la rédaction des plans et bilans d'action pour l'exécution des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme, Série « Vade-mecum », n°1, http://www.coe.int/fr/.

[2849] CEDH *Hutten-Czapska c./ Pologne* du 19 juin 2006, aff. n°35014/97.

[2850] La procédure s'est déroulée de façon similaire pour l'exécution de l'arrêt CEDH *Maria Atanasiu et a. c./ Roumanie* du 12 octobre 2010, aff. n°30767/05. La loi destinée à permettre la restitution des biens nationalisés est entrée en vigueur le 20 mai 2013, mais la surveillance est maintenue pour certains points.

[2851] En effet, par exemple, si l'on comparer les arrêts pilote, pour lesquels la procédure de surveillance est soutenue, on se rend compte que le bon déroulement de l'exécution des arrêts européens dépend de la volonté des Etats : après l'arrêt CEDH *Manushaqe Puto et a.* c./ Albanie du 31 juillet 2012, aff. n°604/07, les autorités albanaises n'avaient entrepris aucune réforme. En juin 2013, le Comité des ministres les a enjoint à élaborer un plan d'action, qui n'a été fourni qu'en avril et septembre 2014. D'après ce plan, une loi devait être votée avant la fin de l'année 2015. En revanche, pour l'affaire CEDH *Ališić et a. c./ Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et l' « ex-république yougoslave de Macédoine* du 16 juillet 2014, aff. n°60642/08, les autorités des Etats condamnés, la Slovénie et la Serbie ont respecté les délais du plan d'action.

[2852] BLAY-GRABARCZYK K., AFROUKH M. et SCHAHMANECHE A., Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *RFDA* 2014, p. 935.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

659. Finalement, le bilan des garanties matérielles et procédurales appliquées au droit de propriété est assez contrasté. Les compétences des juges se sont précisées mais les frontières sont évolutives. De même, les recours ont été facilités mais les procédures sont fastidieuses pour le propriétaire particulier. L'Etat reste maître de la procédure. Le droit de propriété est néanmoins davantage pris en considération en tant que droit fondamental et en tant que liberté fondamentale, même si ces hypothèses sont soumises à des conditions[2853] et qu'elles sont limitées dans leur étendue[2854].

660. Ainsi, la réaction des juges, face à la multiplication des limitations, a été de protéger la portée du droit de propriété, en lui attribuant une valeur fondamentale. D'un droit absolu et sacré, le droit de propriété devient un droit fondamental et une liberté fondamentale. Les moyens mis en place pour le garantir sont matériels, mais ils permettent au propriétaire d'obtenir des garanties de nature procédurale. Toutefois, sur le plan procédural, ces garanties sont encore mal encadrées, même si la QPC et le recours européen l'ont améliorée[2855].

661. Ceci nous éloigne donc de la conception classique du droit de propriété tout en le conservant comme un modèle. Malgré une protection mitigée du droit de propriété, l'ensemble des procédés mis en place pour garantir la valeur fondamentale du droit de propriété lui octroie une portée juridique indéniable. La valeur fondamentale du droit de propriété est l'essence du droit de propriété c'est-à-dire ce qui fait qu'il survit aux limitations qui pourraient lui porter atteinte. Cependant, la valeur fondamentale du droit de propriété ne peut à elle seule conceptualiser le droit de propriété. Elle doit donc être complétée par une meilleure prise en considération des limitations, c'est-à-dire non plus une réaction de rejet mais une réaction d'absorption des limitations. La diversité et l'influence des limitations mènent à l'idée qu'il est nécessaire de repenser le droit de propriété par ses limitations.

[2853] Sur les conditions du référé-liberté, *cf. supra* n°616.

[2854] En effet, le droit de propriété est entré dans le bloc de constitutionnalité avec toutes ses limitations antérieures. Par conséquent, le Conseil constitutionnel se refuse de contrôler la constitutionnalité des lois antérieures à 1958.

[2855] Toutefois les QPC semblent en perte de vitesse. D'après le rapport annuel de la Cour de cassation, rendu public le 29 juin 2015, la Cour de cassation a été saisie de 310 questions en 2014 contre 367 en 2013, ce qui constitue un recul de 15% seulement cinq ans après sa mise en place. Et le taux de renvoi de la chambre civile vers le Conseil constitutionnel n'est que de 16%. En soumettant de plus en plus souvent souvent les lois au contrôle *a priori* le législateur empêche par la suite un contrôle *a posteriori*.

Chapitre 2. La nécessité de repenser le droit de propriété par ses limitations, son avenir

662. L'analyse des limitations du droit de propriété a permis de voir que le droit de propriété reste un modèle[2856], mais en même temps et de façon contradictoire, la doctrine n'hésite pas à conclure en sa dégénérescence[2857]. Cette contradiction s'explique par le fait que les limitations sont présentées de prime abord sous un angle négatif, comme celles qui nous éloignent du mythe du propriétaire souverain sur son immeuble. Pourtant le développement des limitations, attentatoires au droit de propriété ou créatrices de nouvelles formes de propriété, peut également régénérer le droit de propriété par les effets de surprotection ou d'extension qu'elles produisent. L'effet de surprotection permet principalement de renforcer la valeur fondamentale du droit de propriété, et l'effet d'extension bouscule la conception classique du droit de propriété.

663. L'article 544 du Code civil enseigne depuis 1804 que le droit de propriété donne en principe « le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue », mais que ce droit peut être limité « par les lois ou par les règlements ». De plus, le Conseil constitutionnel a plusieurs fois réaffirmé depuis 1982 que « les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée (…) par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux »[2858]. Désormais, à la vue de l'évolution des limitations du droit de propriété, de leur prise d'indépendance par l'intermédiaire des nouvelles formes de propriété, ou par les prémices d'un régime juridique qui leur serait propre, il convient de se demander si ces limitations ne nécessitent pas une meilleure prise en considération au sein de la définition même du droit de propriété. D'une certaine façon, pour assurer l'avenir du droit de propriété, il vaut mieux tendre à les encadrer et à les intégrer au droit de propriété en essayant de repenser le droit lui-même.

[2856] MOUSSERON J.-M., RAYNARD J. et REVET Th., De la propriété comme modèle, *in* Mél. COLOMER, Litec, 1993, p. 281.

[2857] BERGEL J.-L., *Le droit des biens*, PUF, Coll. Que sais-je, Paris, 2e éd., 1990, p. 29.

[2858] Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, J.O. du 17 janvier 1982, cons. 16, p. 299. Cela a été confirmé à de nombreuses reprises, notamment : décision n°89-256 DC, 25 juillet 1989, cons. 18, J.O. du 28 juillet 1989, p. 9501; décision n°90-283 DC, 8 janvier 1991, cons. 7, J.O. du 10 janvier 1991, p. 524 (au sujet d'une marque de fabrique, de commerce ou de service); décision n°91-303 DC, 15 janvier 1992, cons. 9, J.O. du 18 janvier 1992, p. 882 ; décision n°2006-540 DC, 27 juillet 2006, cons. 15, J.O. du 3 août 2006, p. 11541 (pour les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins) ; décision n°2013-370 QPC du 28 février 2014, cons. 13, J.O. du 2 mars 2014, p. 4120 (pour le droit d'auteur et les droits voisins).

664. Les limitations font perdre au droit de propriété certains de ses repères en étant à l'origine de sa redéfinition, ou de son érosion. Cela explique pourquoi il serait nécessaire de repenser le droit de propriété par ses limitations (section 1). Et cela prouve de manière plus générale que la définition actuelle du droit de propriété, et au-delà sa conceptualisation, n'est plus adaptée à la réalité. La prise en compte des limitations dans la conceptualisation du droit de propriété constituera alors la clé pour savoir comment repenser le droit de propriété (section 2).

Section 1. Pourquoi repenser le droit de propriété par ses limitations

665. Les limitations du droit de propriété ont eu un rôle majeur dans l'évolution du droit de propriété, puisqu'elles ont contribué à la création de nouvelles formes de propriété portant sur des immeubles, telles que la propriété divisée, la propriété démembrée, la propriété sociale, la propriété économique, la propriété-garantie, ou encore, la propriété de parts sociales. D'autres formes de propriétés, la propriété incorporelle, également appelée propriété intellectuelle, comme la propriété artistique, les droits d'auteur ou encore la propriété industrielle, constituent des limitations théoriques du droit de propriété, mais n'ont que peu d'incidence en matière immobilière, en dehors de la question de l'image de l'immeuble[2859] dont le trouble[2860] est finalement[2861] sanctionné plutôt par le modèle de la responsabilité que par le modèle du droit de propriété[2862]. Toutefois, en tant que nouvelles formes d'appropriation, elles ont également un rôle dans l'évolution du droit de propriété[2863] et justifient aussi pourquoi il faudrait repenser le droit de propriété par ses limitations.

[2859] Et pourquoi pas, la question des appellations d'origine : sur le point, V. PÉRINET-MARQUET H., Domaine de la protection du droit de propriété, *Constitutions* 2010, p. 97.
[2860] Sur la notion de trouble, V. BRUGUIÈRE J.-M., *L'exploitation de l'image des biens*, Victoires Éditions, Coll. Guide Légipresse, Paris, 2005, pp. 65 et s.
[2861] Ass. Plén., 7 mai 2004, n°02-10.450 : *Bull. civ.* A. P., n°10**.**
[2862] GLEIZE B., *La protection de l'image des biens*, th. Montpellier I, Préf. J.-M. BRUGUIERE, Av.- propos M. VIVANT, Defrénois, 2008, spéc. p. 403 : « aux limites du modèle de la propriété répondent donc les vertus du modèle de la responsabilité ». *Contra* : ZENATI-CASTAING F., Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *RTD civ*. 1993, p. 305.
[2863] Mikhail XIFARAS, *th. préc.*, explique que la « maîtrise souveraine » ne se conçoit pas sur des biens immatériels, puis que l' « appartenance patrimoniale » ne permet pas de s'approprier des idées (p. 347). Il appréhende alors « l'appropriation des choses qu'on ne saurait concevoir comme appartenant à l'homme, et qui ne lui reviennent qu'à raison des efforts qu'il leur consacre » sous le terme de « réservation de jouissance » ou de « propriété réservataire ». Il explique qu'il s'agit d'une « appropriation fictive », c'est-à-dire d'une « propriété dont l'objet n'est ni ne devient jamais propre » (p. 484)

666. La logique de ces nouvelles formes de propriété repose sur un paradoxe. Elles sont appelées « propriétés » et bénéficient à ce titre de la protection du droit de propriété[2864], alors qu'elles sont en même temps des limitations du droit de propriété originaire. Cette ambiguïté est toutefois levée si l'on considère que les limitations font partie du droit de propriété. Mais dans ce cas, l'appréhension de ces nouvelles formes de propriété nécessite une redéfinition des composantes du droit de propriété puisqu'elles ne correspondent pas à la définition classique du droit de propriété. Cette redéfinition a lieu *de facto* de manière rampante, autant par l'émergence de ces nouvelles formes de propriété que par l'augmentation du nombre des limitations. En effet, lorsque le propriétaire subit les contraintes du droit de l'urbanisme ou du droit de l'environnement, il perd certaines parties de ses prérogatives, voire même l'exclusivité de son droit, mais cela se fait progressivement, au fil des textes normatifs, de la jurisprudence, et de la pratique.

Ainsi, il y a lieu de croire que les limitations constitueront *in fine* les sources d'une érosion du droit de propriété (§1). En effet, en conservant sa définition actuelle, le droit de propriété ne peut ni faire face au paradoxe issu des nouvelles formes de propriété, ni qualifier chaque nouvelle limitation. Mais sans attendre l'érosion du droit de propriété, l'inadaptation de sa conception classique rejaillit d'ores et déjà dans le droit, puisque les limitations sont à l'origine d'une redéfinition *de facto* du droit de propriété (§2).

§1. Les limitations, sources d'une érosion *in fine* du droit de propriété

667. L'érosion du droit de propriété serait « la conséquence de son extension »[2865] car le droit de propriété aurait « perdu en intensité ce qu'il a gagné en étendue »[2866]. DABIN exprimait déjà cela en expliquant que « si tout est propriété, il n'y a plus de propriété : le droit de propriété au sens spécifique s'évanouit »[2867]. Pour l'instant, même si la balance penche en faveur des limitations, le « veau d'or » est encore debout[2868]. Mais, si la protection du droit de propriété continue à être insatisfaisante, il semble inéluctable *in fine* que les limitations finissent par faire subir une érosion au droit de propriété. Cette érosion aura lieu par le

[2864] En effet, mêmes les propriétés intellectuelles sont protégées par le Conseil constitutionnel sur le fondement des articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789. *Cf. infra* n°681.
[2865] MAZEAUD V., Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RTD civ*. 2014, p. 29, n°1.
[2866] TERRE F., L'évolution du droit de la propriété depuis le Code civil, *Droits* 1985, n°1, p. 33, spéc. p. 44.
[2867] DABIN J., Une nouvelle définition du droit réel, *RTD civ.* 1962, p. 20, spéc. p. 27.
[2868] CARBONNIER J., *op. cit.*, p. 353 ; BERGEL J.-L., L'évolution contemporaine du droit de propriété en France*, in* Mél. BÉGUET, Université de Toulon et du Var, Faculté de Droit, 1985, p. 13, spéc. p. 22.

phénomène de grignotage (A), ou par le phénomène de dilution (B), si ce n'est le mouvement des deux.

A. Une érosion par le phénomène de grignotage

668. Le phénomène de grignotage du droit de propriété se produit lorsque le propriétaire se voit imposer certaines contraintes. Ces contraintes ne sont que des restrictions simples du droit de propriété, qui ne réduisent « jamais la propriété à rien, au moins juridiquement parlant »[2869], mais qui ne permettent que rarement au propriétaire d'être indemnisé[2870]. La frontière de ces restrictions simples avec des altérations graves du droit de propriété peut être mince[2871]. Ces contraintes sont fondées par un intérêt général et font du droit de propriété un « droit social »[2872]. Cette « socialisation du droit de propriété se manifeste par une réintégration des tiers » dans le rapport d'appropriation qui est en principe une relation directe entre le propriétaire et sa chose[2873]. Le grignotage a lieu au profit de tiers déterminés (1), ce qui marque un tournant dans l'évolution du droit de propriété, mais qui peut également amener à repenser le droit de propriété, d'autant plus que ce grignotage peut aussi avoir lieu au profit de tiers indéterminés (2).

1. Un grignotage au profit de tiers déterminés

669. Le droit de propriété ne peut pas être détaché du milieu social dans lequel il est exercé. Quel que soit ce milieu, le droit de propriété se trouve limité, et peu à peu grignoté, au profit de tiers déterminés qui peuvent être aussi bien des personnes publiques que des personnes privées. Ainsi, de nombreuses contraintes à visée urbanistique sont imposées au propriétaire au profit de personnes publiques. Il a ainsi été vu que la liberté de disposition est entravée par l'existence des emplacements réservés et des droits de préemption[2874]. Le zonage d'un plan local d'urbanisme peut également révéler un alignement à la faveur de la commune. Dans ces hypothèses, les personnes publiques ne bénéficient pas d'un démembrement juridique, c'est-à-dire qu'il ne leur est pas transféré une utilité portant sur l'immeuble. En

[2869] PÉRINET-MARQUET H., La propriété à géométrie variable, *in Un droit inviolable et sacré, la propriété, Actes du colloque organisé les 13-14 novembre 1989 à Paris,* ADEF, Paris, 1991, p. 127, spéc. p. 139.
[2870] *Cf. supra* n°489.
[2871] *Cf. supra* n^{os}416 et s. à propos de la notion de dénaturation ou d'atteinte à la substance.
[2872] STRICKLER Y., *op. cit.*, p. 304, n°224.
[2873] ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Paris, 2011, pp. 291 et s., n^{os}12 et s.
[2874] *Cf. supra* n°145.

revanche, leur qualité leur permet de poser une sorte de droit d'option sur ce démembrement qui pourra se transformer en une véritable privation si telle est leur volonté et si elles respectent certaines formalités. Ainsi, une restriction simple peut *in fine*, aboutir à une privation du droit de propriété. En soi, ces contraintes imposées au propriétaire ne le privent pas de son droit. Mais elles contiennent en germe une potentielle désagrégation du droit de propriété, et font perdre de la valeur économique et de la valeur juridique au droit de propriété. Des considérations politiques et économiques empêchent la reconnaissance de ces limitations. Ainsi, l'équilibre entre le droit de propriété et ses limitations ne tient qu'à la sagacité des personnes publiques[2875].

670. Les locataires d'un bien immobilier sont également des tiers dont les intérêts viennent limiter le droit de propriété. Le démembrement qui a lieu dans ce cas est de l'ordre social ou de l'ordre économique, c'est-à-dire que le bailleur reste seul propriétaire foncier[2876]. Mais les diverses contraintes créent une emprise matérielle au profit des utilisateurs de l'immeuble[2877], ce qui leur octroie des droits qui concurrencent le droit de propriété immobilier.

Cette forme d'appropriation se révèle dans le cadre d'un bail d'habitation, lorsque le propriétaire bailleur ne peut louer un logement que s'il est conforme aux caractéristiques de décence[2878]. L'encadrement du loyer, et l'obligation imposée au bailleur de proposer le bien à son locataire s'il désire le vendre sont également les manifestions de cette *propriété sociale*. D'ailleurs, si le locataire ne paye pas le loyer, le propriétaire devra suivre un parcours du combattant pour obtenir son expulsion[2879]. Si les charges augmentent, la rentabilité de la location baisse. Or, si cette dernière devient trop faible, cela incitera le propriétaire soit à vendre, soit à saisir les juges. Or, la Cour européenne des droits de l'homme a déjà condamné des Etats pour une réglementation excessive des loyers[2880].

[2875] Dans ce sens : BREVAN C., Les prérogatives de puissance publique face à la propriété foncière, *in Un droit inviolable et sacré, la propriété, Actes du colloque organisé les 13-14 novembre 1989 à Paris,* ADEF, Paris, 1991, p. 108, spéc. p. 112.
[2876] *Cf. supra* n°246.
[2877] THERY R., De l'utilisation à la propriété des choses, *in* Mél. RIPERT, L.G.D.J., t. 2, 1950, p. 17.
[2878] Cette obligation de délivrer un logement décent a été renforcée par la loi n°2015-992 du 17 août 2015 *relative à la transition énergétique pour la croissance verte*, J.O. du 18 août 2015, p. 14263. L'article 14 VIII prévoit d'inciter les bailleurs à faire des travaux de performance énergétique *via* un *bonus*, et à défaut de les sanctionner par un *malus.*
[2879] *Cf. supra* n°525.
[2880] CEDH *Hutten-Czapska c./ Pologne* du 19 juin 2006, aff. n°35014/97, §160 et 161 ; CEDH *Bittó et a. c./ Slovaquie* du 28 janvier 2014, aff. n°30255/09, §95.

En matière de baux commerciaux, ou de baux ruraux, les droits du preneur concurrencent encore davantage ceux du bailleur puisque le propriétaire de l'immeuble doit respecter le droit au renouvellement du bail et le droit de céder le bail du preneur, qui constituent le cœur des propriétés commerciales et culturales du preneur[2881].
Ces nouvelles formes de propriété conduisent à un partage du droit de propriété, entre ses utilités juridiques, économiques et sociales.

671. Le grignotage constaté au profit de ces tiers sur le droit de propriété indique que le propriétaire est loin d'être le souverain que le Code civil semble promouvoir. Cependant, les tiers qui bénéficient de sa destitution étant déterminés, le propriétaire peut évaluer l'intérêt général des contraintes qu'il supporte. La socialisation du droit de propriété n'est au départ qu'un rééquilibrage entre les pouvoirs du propriétaire et l'intérêt général, puisque le droit de propriété du Code civil de 1804 était censé donner les pleins pouvoirs au propriétaire. En réalité, la difficulté est de déterminer quelle sera la mesure qui rompra cet équilibre et déclenchera l'érosion du droit de propriété. Le principe de proportionnalité devrait permettre de résoudre cette difficulté, à condition que les juges évaluent juridiquement et économiquement la limitation qui porte atteinte au droit de propriété. Cela signifie donc que seul un encadrement des limitations maintiendra cet équilibre.
Lorsque le grignotage a lieu au profit de tiers indéterminés, les enjeux semblent conduire à une solution différente.

2. Un grignotage au profit de tiers indéterminés

672. Certaines mesures contraignent le propriétaire et limitent son droit de propriété sans qu'il en connaisse le tiers bénéficiaire.
Il en est ainsi dans le cas des servitudes d'urbanisme, lorsque le droit de construire du propriétaire se trouve limité par des dispositions du plan local d'urbanisme, par son zonage ou des prescriptions particulières[2882]. Les règlementations d'urbanisme grignotent le potentiel du foncier. Elles ne sont au départ que des limitations de l'usage ou de l'exercice du droit de propriété, de simples restrictions. Mais elles peuvent aboutir à vider le droit de propriété de toutes ses utilités. En effet, que reste-t-il au propriétaire d'un terrain sur lequel il ne peut pas construire ? Cela est particulièrement intolérable non seulement lorsqu'il est constaté que ces

[2881] *Cf. supra* n°265.
[2882] *Cf. supra* n°158.

limitations ne sont que rarement indemnisées[2883], mais encore lorsqu'elles ne profitent à personne en particulier. Comment est-il possible de comprendre l'intérêt général d'une disposition d'un plan local d'urbanisme qui oblige le propriétaire à créer une voie d'accès de quatre mètres pour pouvoir construire sa maison individuelle ? La socialisation du droit de propriété est ainsi quelque peu détournée. Il faudrait davantage parler de politisation du droit de propriété puisque ces règlementations permettent aux pouvoirs publics d'orienter l'utilisation du droit de propriété en ménageant l'avenir.

673. L'intérêt général des servitudes propres à l'environnement est mieux mis en avant que celui des servitudes d'urbanisme. Il s'agit notamment de préserver le patrimoine commun de l'humanité au profit des générations futures[2884]. L'objectif est louable, mais les moyens sont largement politisés lorsqu'ils conduisent à un débat public puis à une appropriation publique. Est-ce pour autant aux propriétaires privés de supporter la charge de préserver l'environnement pour les générations futures ? Un compromis pourrait être trouvé si chaque propriétaire privé bénéficiait en échange d'une indemnisation ou d'un avantage fiscal. Il semblerait que la tendance actuelle soit d'assurer une meilleure information des préoccupations environnementales, mais en même temps de créer des obligations environnementales. La finalité de ces obligations serait « d'intégrer la donnée environnementale dans l'intérêt individuel et/ou collectif »[2885]. Toutefois, les mesures décidées pour réussir la transition énergétique peuvent s'avérer coûteuses. Il en est ainsi de l'individualisation des frais de chauffage dans les immeubles collectifs[2886]. Il m'en demeure pas moins que ces différentes réglementations développent une fonction environnementale du droit de propriété.

674. L'instauration de la taxe sur les logements vacants est un autre type de grignotage qui ne permet pas non plus de déterminer les tiers qui en seront bénéficiaires[2887]. Même les nouvelles formes de propriété subissent une érosion lorsqu'elles sont soumises à une

[2883] *Cf. supra* n°493.
[2884] *Cf. supra* n°167.
[2885] BOUTONNET M. et NEYRET L., La consécration du concept d'obligation environnementale, *D.* 2014, p. 1335.
[2886] D'après les articles 26 et 27 de la loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, préc., les immeubles collectifs devront individualiser les frais de chauffage, sauf si l'individualisation est impossible techniquement ou qu'elle entraîne un coût excessif. Il n'en demeure pas moins qu'un contrôle devrait être mis en place et qu'une sanction pécuniaire pourra s'élever jusqu'à 1 500 euros par logement et par an jusqu'à la mise en conformité de la copropriété.
[2887] *Cf. supra* n°262.

obligation d'exploiter[2888]. Par exemple, le propriétaire de la marque encourt la déchéance de ses droits, s'il n'en fait pas un usage sérieux pendant une période ininterrompue de cinq ans[2889]. Pourtant, cette propriété intellectuelle peut être renouvelée indéfiniment si le renouvellement de la marque est effectué tous les dix ans[2890]. De manière analogue, la propriété commerciale ne s'acquiert qu'après trois ans d'exploitation, mais elle peut se perdre tout autant en cas de défaut d'exploitation effective pendant cette même durée, sauf motifs légitimes[2891].

675. Si le grignotage du droit de propriété n'a pas lieu au profit d'un tiers déterminé, bénéficie-t-il à l'ordre public[2892] ? Si tel est le cas, l'intérêt général est quelque peu désincarné. La limitation du droit de propriété est peut-être légitimée, mais le propriétaire perd une parcelle de son droit de propriété alors que l'objectif des révolutionnaires était de faire rimer propriété avec liberté. Ce phénomène révèle que le droit de propriété est de plus en plus utilisé comme un instrument politique[2893]. Et il se produit lorsque l'intérêt général est utilisé de façon abstraite, sans qu'aucune personne ne bénéficie des contraintes imposées au propriétaire.

Le grignotage du droit de propriété rend compte d'un droit social mais aussi d'un droit politique. Il est le « fruit d'un choix politique », et il « est aussi le reflet d'un choix de société »[2894]. Or, les besoins d'une société évoluent. Ceux de 1804 ne sont plus ceux d'aujourd'hui. L'ensemble des grignotages dont fait l'objet le droit de propriété démontre que la conception du droit de propriété du Code civil ne semble plus adaptée à la société actuelle et ne peut conduire qu'à son érosion si elle est maintenue. En effet, « pour agir sur la propriété et la transformer, il conviendrait de ne pas s'intéresser uniquement à la structure des biens, ni même à celle des échanges, mais de prendre en compte également leurs conditions sociales d'existence (…). C'est donc aussi à la réalité particulière des institutions (le marché, l'administration, le gouvernement, etc.) que doit s'attacher l'effort de définition normative,

[2888] ALBIGES C., L'obligation d'exploiter un bien, *RTD civ.* 2014, p. 795.
[2889] Art. L.714-5 CPI.
[2890] Art. L.712-1 CPI. Quant aux durées de protection des autres propriétés intellectuelles, *cf. infra* n°196.
[2891] Art. L.145-8 C. com.
[2892] CHAIGNEAU A., Des droits individuels sur des biens d'intérêt collectif, à la recherche du commun, *RIDE* 2014/3, p. 335, spéc. p. 340.
[2893] CHAZAL J.-P., La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel, *RTD civ.* 2014, p. 763.
[2894] STRICKLER Y., *op. cit.*, p. 298, n°218. Et sur la dimension politique du Code civil : NIORT J.-F., Le Code civil dans la mêlée politique et sociale, regard sur deux siècles de lectures d'un symbole national, *RTD civ.* 2005, p. 257.

afin d'éviter que l'action publique ne se ramène à un face-à-face, aussi désespérant que stérile, entre la force et la morale »[2895].

Le phénomène de la dilution pourrait entraîner des conséquences similaires.

B. Une érosion par le phénomène de dilution[2896]

676. « Un droit de protection ne peut que s'étendre »[2897]. C'est bien ce que fait le droit de propriété lorsqu'il porte sur de nouveaux domaines et prend de nouvelles formes. De cette manière, il a élargi son champ d'action et cela lui apporte un nouvel élan. Le danger est également de créer un phénomène de dilution du droit de propriété. En effet, si « le droit crée le besoin, le besoin crée le droit et parfois même, le droit tue le droit »[2898]. Ainsi que le disait déjà JOSSERAND en 1940, la propriété est devenue moins matérielle, ce qui la rend plus malléable, mais aussi plus fragile[2899]. Plus récemment, Jean-François LACHAUME et Hélène PAULIAT ont fait un constat similaire. Ils craignent « qu'en diversifiant ces objets (domaine intellectuel, propriété commerciale, brevets, marques de fabrique) le régime du droit de propriété se diversifie à l'extrême et s'affaiblisse par là même »[2900]. Il faut alors se demander jusqu'où le régime du droit de propriété du Code Napoléon pourra s'adapter, sans en perdre son intégrité ? En effet, développer le droit de propriété pour ses avantages peut séduire un temps, mais à terme, ses effets risquent de se diluer.

Cette dilution peut résulter de la fragmentation des droits (1) portant sur le droit de propriété, ou de l'assimilation du droit de propriété avec d'autres notions qui conduit ainsi à son forçage (2).

[2895] BOCCON-GIBOD T., Duguit, et après ? Droit, propriété et rapports sociaux, *RIDE* 2014/3, p. 285, spéc. p. 298.

[2896] LETTERON. R., *Libertés publiques*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 9e éd., 2012, pp. 284 et s., nos374 et s. Roseline LETTERON envisage la notion de dilution en conséquence du déclin du caractère individualiste du droit de propriété et du déclin du caractère souverain de la propriété immobilière.

[2897] GLAUDET Ph., Le droit civil face à l'irrésistible ascension des droits de l'homme, *LPA* du 31 mars 2004, n°65, p. 3.

[2898] MALAURIE Ph., La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français, *JCP* N 2002, n°49, 1678.

[2899] JOSSERAND L., Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau, *in* Mélanges juridiques dédiés à M. le Professeur Sugiyama, Association japonaise des juristes de langue française, Maison France-Japon, Tokyo, 1940, pp. 95 et s.

[2900] LACHAUME J.-F. et PAULIAT H., Le droit de propriété est-il encore un droit fondamental ?, *in* Mél. ARDANT, L.G.D.J., 1999, p. 373, spéc. p. 377.

1. Une dilution par la fragmentation des droits

677. La fragmentation des droits[2901] ou le morcellement du droit de propriété est un processus qui s'est déjà produit par le passé lorsque la propriété utile et la propriété éminente coexistaient sur un même terrain[2902]. La réaction des révolutionnaires a été de créer une propriété individuelle. Or, il faut croire que l'évolution du droit de propriété s'apparente à un cycle puisqu'à ce jour, le droit de propriété est détenu de plus en plus fréquemment par plusieurs personnes plutôt que par un seul individu.

Cette fragmentation peut s'expliquer par une raréfaction du foncier sur certaines parties du territoire français, et corrélativement par une augmentation de sa valeur. Fragmenter le droit de propriété signifie le partager en plusieurs morceaux. Ces morceaux peuvent donner lieu à des droits de natures différentes ou de même nature. Ainsi, lorsque le droit de propriété est démembré, chacune des propriétés démembrées possède des droits de natures différentes qui dépendent de l'utilité prélevée sur le droit de propriété. En revanche, tous les modes de propriété collective[2903] ou plurale[2904] telles que la copropriété[2905], l'indivision[2906], la mitoyenneté[2907], la communauté de biens entre époux[2908] ou encore la tontine[2909], attribuent des droits de même nature sur le même immeuble (voire sur plusieurs immeubles). Toute la difficulté de cette fragmentation provient de la concurrence qu'elle crée entre les différents propriétaires[2910].

[2901] V. CHAIGNEAU A., Des droits individuels sur des biens d'intérêt collectif, à la recherche du commun, *RIDE* 2014/3, p. 335, spéc. pp. 341 et s.

[2902] *Cf. supra* n°41 notamment les différents exemples de BONCERF.

[2903] ZENATI-CASTAING F., La propriété collective existe-t-elle ?, *in* Mél. GOUBEAUX, L.G.DJ. Dalloz, 2009, p. 589, spéc. p. 610 : Frédéric ZENATI-CASTAING estime que « la plupart des formes de propriété plurale du droit français contemporain ne sont pas de véritables propriétés collectives, mais des propriétés en commun, des "co-propriétés" ».

Et, JOSSERAND L., Essai sur la propriété collective, *in Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, t. 1, Société d'études législatives, Paris, 1969, p. 357 : JOSSERAND avait adopté la théorie allemande de la « *Gesammte Hand*, propriété en main commune » qui était selon lui une « copropriété sans indivision comme sans personnification », « la propriété collective pas excellence ».

[2904] DUVERT C., La propriété collective, *LPA* du 6 mai 2002, n°90, p. 4.

[2905] *Cf. supra* n°171.

[2906] Art. 815 et s. C. civ.

[2907] Art. 653 et s. C. civ.

[2908] Art. 1401 et 1402 C. civ.

[2909] JurisClasseur Notarial Formulaire, V° « Vente d'immeuble – Tontine », par MONTOUX D., 17 juin 2015, spéc. n°3 : « Il s'agit d'une clause par laquelle deux ou plusieurs personnes, achetant en commun un immeuble ou un autre bien, stipulent que l'acquisition est faite pour le compte du survivant d'entre elles, considéré comme ayant toujours été seul propriétaire du bien concerné, acquis, depuis le jour de l'acquisition, le ou les prémourants des acquéreurs étant censés n'avoir jamais eu de droit de propriété sur ce bien ».

[2910] MATHIEU M.-L., *op. cit.*, pp. 134 et s., n^{os}369 et s.

678. Les droits de chaque propriétaire étant concurrents, il semble impératif de gérer leurs relations. Une mauvaise organisation entre leurs droits ne pourrait avoir que des conséquences néfastes sur le droit de propriété.

En présence de droits de même nature, chacun des propriétaires est traité sur le modèle du propriétaire souverain, mais son droit individuel est limité notamment par l'intérêt collectif. Cela contribue à faire apparaître le droit de propriété comme un droit diminué[2911]. Par exemple, un ou plusieurs indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis pourra procéder à l'aliénation du bien[2912]. Le propriétaire du tiers indivis verra donc sa liberté de disposer totalement bafouée parce que le principe de l'indivision est que « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision »[2913]. À un niveau moindre de limitation, un copropriétaire possède bien une quote-part indivise des parties communes, mais la gestion des parties communes entre dans les prérogatives du syndicat des copropriétaires, qui mandate le syndic pour réaliser la gestion courante de l'immeuble[2914].

En présence de droits de natures différentes, le Code civil a prévu des règles de gestion uniquement pour certains démembrements : l'usufruit[2915], les droits d'usage et d'habitation[2916], et les servitudes[2917]. Ainsi, par exemple, les grosses réparations sont mises à la charge du nu-propriétaire, ce qui contribue à scléroser l'immeuble[2918]. Et les articles 701 et 702 du Code civil manquent de précision pour organiser l'usage des servitudes[2919]. Dès lors, quel que soit le démembrement créé, il semble opportun d'organiser conventionnellement la relation entre les différents propriétaires démembrés, afin que le démembrement corresponde à la volonté des parties et à la réalité des lieux[2920].

679. Pour éviter toute concurrence, et certains problèmes de gestion, il serait envisageable d'expliquer conventionnellement la finalité du partage des droits, notamment

---

[2911] DUVERT C., préc., spéc. n^os^27 et s.
[2912] Art. 815-5-1 C. civ.
[2913] Art. 815 C. civ.
[2914] Art. 14 loi n°65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, J.O. du 11 juillet 1965, p. 5950.
[2915] Art. 578 et s. C. civ.
[2916] Art. 625 et s. C. civ.
[2917] Art. 637 et s. C. civ.
[2918] Art. 605 et 606 C. civ. qui concernent la réparation des charges de réparation entre l'usufruitier et le nu-propriétaire.
[2919] Ce qui pose le problème lorsque l'usage évolue dans le temps (un passage en charrette permet-t-il un passage en tracteur, ou en voiture ?). Sur ce point, V. ATIAS Ch., La mutabilité des servitudes conventionnelles, *RTD civ.* 1979, p. 245.
[2920] Sur les démembrements issus de la liberté contractuelle, *cf. supra* n^os^242 et s.

pour des démembrements, mais aussi pour l'indivision[2921]. En matière de copropriété, l'intérêt général des copropriétaires est relié à la destination de l'immeuble, laquelle peut être explicitée dans le règlement de copropriété[2922].

La finalité de la fragmentation peut être rapprochée de l'opération d'affectation qui permet de réaliser un but déterminé et qui peut consister soit dans l'exploitation de biens, soit dans la protection d'une personne ou d'un groupe de personne par la conservation d'un bien à leur profit[2923].

Ainsi, lorsque le droit de propriété est fragmenté, le droit de propriété individuel se trouve dilué par l'effet du partage des droits. Si la finalité du morcellement n'est pas clairement identifiable, la gestion ne peut pas être efficiente.

Si la fragmentation des droits rend le droit de propriété moins identifiable, son forçage pourrait lui faire perdre son identité.

2. Une dilution par le forçage[2924] des notions

680. Le droit de propriété étant considéré comme une valeur sûre, de nombreuses personnes revendiquent l'existence d'un tel droit pour bénéficier de sa protection. Mais à trop vouloir forcer le droit de propriété, le risque pourrait être de lui faire perdre son identité en le rapprochant de la notion de patrimoine[2925]. Pour l'instant, une confusion règne entre les notions de bien[2926], de valeur[2927], et de propriété. Ainsi que l'explique William DROSS, alors que la conception classique opère souvent une confusion entre le droit de propriété et son objet matériel[2928], la conception moderne prend des droits pour objet et dilue ainsi la propriété au point qu'il ne soit plus un concept opératoire[2929]. Il en découle une assimilation du droit de

[2921] Art. 815-1 C. civ.
[2922] Sur la destination de l'immeuble, *cf. supra* n°173.
[2923] GUINCHARD S., *op. cit.*, pp. 47 et s., n°58 et s. Serge GUINCHARD distingue entre les affectations réelles qui tendent à exploiter un bien, et les affectations personnelles qui visent à protéger une ou plusieurs personnes (par la conservation du bien).
[2924] GUTMANN D., Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, Les ressources du langage juridique, *APD* 1999, p. 65.
[2925] Sur l'évolution de cette notion V. MEKKI M., Le patrimoine aujourd'hui, *JCP* G n°46, 2011, 1258.
[2926] BERLIOZ P., *La notion de bien*, th. Paris I, Préf. L. AYNÈS, L.G.D.J., 2007, 596 pp.
[2927] MOUSSERON J.-M., Valeurs, biens, droits, *in* Mél. BRETON et DERRIDA, Dalloz, 1991, p. 277, spéc. p. 283 : « De certaines valeurs, le Droit fait des biens. Sur certains biens, il construits des droits. Porté par la vie collective croissante, le Droit retient comme biens un nombre croissant de valeurs, elles-mêmes multipliées et différenciées ».
[2928] DROSS W., Une approche structurale de la propriété, *RTD civ.* 2012, p. 419, spéc. n°4.
[2929] *Ibid*.

propriété de l'article 544 du Code civil avec les notions de propriété intellectuelle, et de propriété des créances[2930].

681. La propriété intellectuelle correspond à une « "intellectualisation" de la propriété permettant d'absorber des biens nouveaux tels que les clientèles, les monopoles d'exploitation liés à la "propriété industrielle", à la propriété littéraire et artistique, les licences d'exploitation, les concessions … »[2931]. Mais quelles que soient les critiques qui puissent être adressées à ce phénomène[2932], il semble que le Conseil constitutionnel ait décidé d'inclure la propriété intellectuelle dans le domaine du droit de propriété[2933]. Et les juges européens ont quant à eux admis depuis de nombreuses années que des biens incorporels sont protégés par l'article 1er du protocole n°1[2934].

De plus, il convient de remarquer que la propriété intellectuelle présente de grandes similitudes avec la conception classique du droit de propriété, ce qui démontre qu'elle reste le modèle de cette propriété particulière[2935]. En effet, les auteurs et artistes-interprètes ont le *fructus*, puisqu'ils peuvent autoriser les utilisations de leurs œuvres moyennant rétribution, l'*abusus* puisque, par exemple, les auteurs peuvent exercer un droit de retrait et repentir[2936] de leur œuvre, ou bien céder leurs droits[2937]. De même, un auteur ou un artiste-interprète ne semble pas pouvoir être privé de son *usus*[2938]. En outre, il serait même possible d'envisager

---

[2930] EMERICH Y., *La propriété des créances : approche comparative*, th. Lyon III, Préf. F. ZENATI-CASTAING, L.G.D.J., 2007, 597 pp. Yaëll EMERICH s'est appuyée sur les théories précédemment dégagées par GINOSSAR et Frédéric ZENATI-CASTAING (*cf. infra* nos705 et s.)

[2931] BERGEL J.-L., L'évolution contemporaine du droit de propriété en France*, in* Mél. BÉGUET, Université de Toulon et du Var, Faculté de Droit, 1985, p. 13, spéc. p. 23.

[2932] PFISTER L., La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXe siècle, *RIDA* 2005, p. 117, spéc. pp. 129-153 : « l'invasion du capitalisme et du commerce dans la littérature et les arts », l'atteinte à la « liberté d'expression », à la « liberté de création et de circulation des idées », ou encore « les idées, communes à tous, doivent le rester ».

[2933] Décision n°2006-540 DC, 27 juillet 2006, cons. 15, J.O. du 3 août 2006, p. 11541 (pour les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins) ; décision n°2009-580 DC du 10 juin 2009, cons. 13, J.O. du 13 juin 2009, p. 9675 (pour le droit d'auteur et les droits voisins) ; décision n°2013-370 QPC du 28 février 2014, cons. 13, J.O. du 2 mars 2014, p. 4120 (pour le droit d'auteur et les droits voisins) ; décision n°2014-430 QPC du 21 novembre 2014, cons. 5, J.O. du 23 novembre 2014, p. 19678.

[2934] Brevet : Comm. EDH *Smith Kline et French laboratories Ltd c./ Pays-Bas* du 4 octobre 1990, aff. n°12633/87 ; la clientèle : CEDH *Van Marle c./ Pays-Bas* du 26 juin 1986, Série A n°101 ; Une marque : CEDH *Anheuser-Busch inc. c./ Portugal* du 11 janvier 2007 Recueil des arrêts et décisions 2007-I, aff. n°73049/01 ; un droit d'auteur : CEDH *Balan c./ Moldavie* du 29 janvier 2008 aff. n°19247/03.

[2935] *Contra* : BONNET V., La durée de la propriété, *RRJ* 2002, p. 273, spéc. p. 305 : Vincent BONNET estime que si l'on considère que le droit de propriété ne se définit pas par l'ensemble classique des prérogatives, il est inutile de vouloir démontrer qu'un bien intellectuel en bénéficie.

[2936] Art. L.121-4 CPI.

[2937] TAFFOREAU P. et MONNERIE C., *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino-Lextenso, Coll. Master, Paris, 4e éd., 2015, p. 50, n°36.

[2938] En effet, William DROSS, *op. cit.*, p. 383, n°466, explique que « le propriétaire du bien intellectuel (…) peut s'opposer à ce que quiconque fasse usage de son bien sauf son autorisation ». En outre, il semble qu'il ne faille pas confondre la propriété du support et la propriété de l'œuvre, V. PFISTER L., préc., spéc. p. 165.

un démembrement, notamment du droit d'auteur[2939]. Enfin, la propriété intellectuelle ne paraît pas incompatible avec les caractères du droit de propriété. Elle est souvent désignée par son caractère exclusif[2940], et même si la propriété intellectuelle est considérée comme temporaire[2941] elle ne peut pas faire en principe l'objet d'une prescription extinctive[2942].
Toutefois, même si des ressemblances existent, il n'en demeure pas moins que les propriétés intellectuelles ont un régime spécial et se détachent ainsi du droit des biens du Code civil, comme une sorte de spécialisation du droit de propriété[2943]. De cette manière, les particularismes de la propriété intellectuelle seraient pris en compte, sans que cela vienne impacter le droit de propriété en général[2944].

682. Malgré les arguments développés par la théorie moderne[2945], l'admission de la notion de propriété des créances est encore limitée[2946]. Le Conseil constitutionnel a bien mentionné l'existence d'un « droit de propriété des titulaires de créances »[2947], puis d'un « droit de propriété des créanciers »[2948]. Il en est de même pour la Cour de cassation[2949]. Il est

[2939] SIIRIAINEN F., Des « démembrements » du droit d'auteur : de la théorie à la théorie, par le détour de la pratique, *RIDE* 2014/3, p. 387.
[2940] TAFFOREAU P. et MONNERIE C., *op. cit*., p. 52, n°37.
[2941] Notamment: les droits d'auteur sont limités à 70 ans après la mort de l'auteur (art. L.123-1 CPI); les droits voisins sont limités à 50 ans à compter du 1er janvier de l'année civile suivant celle de leur création ou leur publication (art. L.211-4 CPI) ; les brevets sont limités à 20 ans à compter de leur dépôt (art. L.611-2 CPI).
[2942] Dans ce sens : DROSS W., *op. cit.*, p. 382, n°465. Par exemple, pour les droits d'auteur, Civ. 1re, 13 novembre 1973, n°71-14.469 : *Bull. civ*. I, n°302 : la Cour explique que la durée des droits d'auteur ne peut pas être confondu avec une prescription extinctive. Seule une prescription acquisitive pourrait faire perdre ce droit.
[2943] En droit des contrats, la spécialisation est effective, mais elle complexifie la matière. Elle est pourtant inévitable, car la pratique crée sans cesse de nouveaux types de contrats pour bénéficier de la liberté contractuelle.
[2944] Dans ce sens : FABRE-MAGNAN M., Propriété, patrimoine et lien social, *RTD civ.* 1997, p. 583, n°19 : « Dire que certains biens incorporels peuvent parfois être réservés par le mécanisme de la propriété ne signifie pas pour autant que leur régime juridique soit exactement le même que pour les biens corporels. La propriété ne se manifeste pas de la même façon pour tous les biens ; elle est un pouvoir sur une chose et dépend donc de la nature de celle-ci ».
[2945] GINOSSAR S., th. préc., pp. 21 et s., nos9 et s. ; et de façon entre plus spécifique, DANOS F., th. préc., pp. 236 et s., nos213 et s. Ils fondent leur démonstration sur la notion d'opposabilité. Une créance est un bien parce qu'elle peut être sujette au rapport d'appropriation et elle appartient au créancier parce que les tiers ont un devoir d'abstention, qu'elle leur est opposable.
[2946] Dans ce sens : MAZEAUD V., Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RTD civ*. 2014, p. 29 ; BAZY-MALAURIE C., L'apport de la QPC à la protection de la propriété, *Justice et cassation* 2015, p. 57, spéc. p. 64. De plus, des doutes sont permis quant à la portée de cette décision. Ses termes semblent plutôt généraux, mais il s'agissait spécifiquement d'une réponse au sujet de l'article L. 526-12.
[2947] Décision n°99-425 DC du 29 décembre 1999, cons. 23, J.O. du 31 décembre 1999, p. 20012
[2948] Décision n°2010-607 DC du 10 juin 2010, cons. 9, préc.; décision n°2013-343 QPC du 27 septembre 2013, cons. 7, préc.
[2949] Civ. 2e, 3 mai 2007, n°05-19.439 : *Bull. civ.* II, n°121 : les créances portaient sur des pensions de retraite de l'ex-mari de la requérante « l'article L.30 du Code des pensions de retraite (…) constitue, en l'espèce, une mesure discriminatoire, portant une atteinte non justifiée par un but légitime au droit de propriété de Mme X et que son application contrevient aux dispositions combinées des articles 14 de la Convention et 1er du protocole additionnel à cette Convention (…) » ; Civ. 1re, 28 mars 2012, QPC n°12-40.002 : *Bull. civ.* I, n°78 : « le droit

vrai que s'il est admis qu'un droit de propriété peut porter sur un bien incorporel, il n'y a qu'un pas pour qu'il porte sur une créance. La Cour européenne de Strasbourg considère les créances comme des biens dès lors que leur titulaire peut prétendre avoir au moins une espérance légitime de les voir se concrétiser[2950] parce que la créance est suffisamment établie pour être exigible[2951], ou représente une valeur patrimoniale[2952]. Dans ce prolongement, il semblerait plutôt que l'objectif soit de protéger le patrimoine du créancier, plutôt que de donner au créancier un quelconque pouvoir sur les biens du débiteur[2953]. De l'aveu de Yaëll EMERICH la propriété des créances serait nécessaire parce que les créances sont des biens de plus en plus essentiels, et que seule la propriété peut les protéger efficacement[2954].

Pourtant, d'autres fondements permettent de protéger les intérêts des créanciers, tels que le principe d'égalité et le droit à un recours effectif[2955]. Sans oublier que les créanciers peuvent demander des garanties ou des sûretés, et qu'à défaut, il leur reste leur droit de gage général. De plus, si l'on reconnaissait une atteinte au droit de propriété d'un créancier, quelle sanction pourrait être envisagée ? S'agissant d'une relation individuelle, l'Etat ne peut pas avoir l'obligation de la garantir[2956]. Et lorsque le Conseil constitutionnel exige que les créanciers soient personnellement informés de la modification de leur situation[2957], cela signifie que leur droit n'est pas opposable *erga omnes* et que leur revendication semble compromise[2958].

Ainsi, ces nouvelles dimensions du droit de propriété pourraient conduire à une érosion de sa conception classique, alors que c'est justement la prévisibilité de son régime juridique qui le rend attractif. Cette érosion amène à se demander si la définition du droit de propriété n'aurait pas déjà changé. Il y aurait alors une redéfinition du droit de propriété qui se serait opérée *de facto*.

---

des créanciers d'un indivisaire de demander le partage du bien indivis (…) assure la protection du droit de propriété de ces créanciers (…) ».

[2950] CEDH *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c./ Allemagne* du 12 juillet 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-VIII, aff. 42527/98, §83.

[2951] CEDH *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c./ Grèce* du 9 décembre 1994, préc., §§59-62.

[2952] CEDH *Kopecký c./ Slovaquie* du 28 septembre 2004, préc., §54.

[2953] Sur ces deux approches V. MOUTON S., La modernisation du droit constitutionnel de propriété : à propos de la constitutionnalisation du droit de propriété des créanciers, *D.* 2010, p. 2553.

[2954] EMERICH Y., th. préc., p. 461, n°881.

[2955] MAZEAUD V., préc., spéc. n°9, citant la décision n°2005-522 DC du 22 juillet 2005, cons. 3 et 9, J.O. du 27 juillet 2005, p. 12225.

[2956] D'ailleurs la décision n°2010-607 DC du 10 juin 2010 ne vise que les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789. V. MONTGOLFIER (de) J.-F., Le Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées, *Cah. Cons. Const.* 2011, p. 35, spéc. 39.

[2957] Décision n°2010-607 DC du 10 juin 2010, cons. 9, préc.

[2958] *Contra* : EMERICH Y., *th. préc.,* pp. 380 et s., n^{os}701 et s.

§2. Les limitations, à l'origine d'une redéfinition *de facto* du droit de propriété

683. Le doyen RIPERT estimait qu'il était plus exact de désigner les nouvelles formes de propriété non pas comme des droits de propriété, mais comme des « propriétés »[2959]. Mais comment est-il alors possible de définir ces « propriétés » et de les distinguer avec le droit de propriété? Le droit de propriété reste l'origine ou le modèle de ces propriétés, lesquelles sont créées par l'effet que produisent certaines limitations du droit de propriété. Ainsi, les limitations, parce qu'elles sont créatrices de nouvelles formes de propriété, sont à l'origine d'une redéfinition *de facto* du droit de propriété, dans sa conception classique[2960]. Les preuves de cette redéfinition émanent de l'inadaptation régulière des composantes du droit de propriété (A), et de l'autonomie progressive de l'objet du droit de propriété (B).

A. L'inadaptation régulière des composantes du droit de propriété

684. La conception classique envisage le droit de propriété comme la somme de ses prérogatives : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Or, les limitations viennent contrarier une telle définition et permettent d'affirmer que ce triptyque est désormais dépassé (1). En outre, les limitations du droit de propriété permettent de relever des discordances entre la réalité et les caractères classiquement attachés au droit de propriété, c'est-à-dire le caractère absolu, le caractère exclusif et le caractère perpétuel (2).

1. Le dépassement du triptyque « *usus-fructus-abusus* »

685. Selon l'article 544 du Code civil, « la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses ». Cette définition classique du droit de propriété est issue des enseignements de BARTOLE[2961] et des post-glossateurs qui lui ont succédé[2962]. Elle cherche à définir le droit de propriété par son contenu. De cette façon, le droit de propriété serait la somme de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus*. Toutefois, le doyen CARBONNIER illustrait l'inadéquation de la

[2959] RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., Paris, 2e éd., 1955, p. 210.
[2960] REVET Th., Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire, *Dr. et Patri*. 2004, 124. Dans ce sens, Thierry REVET se demande si les « contraintes externes » (restrictions, réductions, entorses, limitations, atteintes et autres altérations du droit de propriété) « ne remettent pas en cause la conception du droit de propriété retenue par le Code de 1804 ».
[2961] La définition du droit de propriété selon BARTOLE étant : « *jus de re corporali perfecte disponendi, nisi lex obsistat* ».
[2962] ZENATI-CASTAING F., Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *RTD civ*. 1993, p. 305.

définition du droit de propriété par ses prérogatives dans les termes suivants : « le propriétaire a le droit d'user, mais… son bien peut faire l'objet d'une réquisition ; le droit de jouir, mais… il ne peut construire sans permis ; le droit de disposer, mais… il lui faut l'agrément de son fermier ou de son locataire pour vendre »[2963]. Les différentes limitations du droit de propriété sont donc à l'origine de la remise en cause de la définition du droit de propriété par la somme de ses prérogatives.

686. L'exemple de la *propriété démembrée* permet d'affirmer que le droit de propriété n'est pas une somme de prérogatives. En effet, si tel était le cas, la soustraction de l'une de ses prérogatives le ferait disparaître[2964].

D'une part, les démembrements n'anéantissent pas le droit de propriété. Par exemple, lors d'un démembrement juridique entre l'usufruit et la nue-propriété, le droit de propriété subsiste mais il est mis en sommeil. Didier R. MARTIN qualifie cette propriété vouée à une reconstitution de « surpropriété »[2965]. Le droit de propriété survit même si toutes ses utilités semblent converger vers l'usufruitier[2966]. Pendant le temps du démembrement, le nu-propriétaire est son gardien.

D'autre part, le terme de « prérogatives » ne peut convenir qu'aux démembrements des utilités juridiques du droit de propriété, puisqu'il existe d'autres formes de démembrements[2967]. Il serait donc absurde de limiter la définition du droit de propriété à son *usus*, son *fructus* et son *abusus*. Ainsi, ce triptyque peut, au mieux[2968], être considéré comme ayant une liste indicative et non exhaustive[2969].

687. C'est donc la définition du droit de propriété par son contenu qui pose problème. Le droit de propriété s'est diversifié avec les nouvelles formes de propriétés. Et ces propriétés

---

[2963] CARBONNIER J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur,* L.G.D.J., Paris, 10e éd., 2001, p. 356.

[2964] Pour une explication de ce raisonnement V. ZENATI-CASTAING F., th. préc., p. 106, n°67 ; LAURENT J., th. préc., p. 160, n°199.

[2965] MARTIN D. R., La propriété, de haut en bas, *D*. 2007, p. 1977.

[2966] D'ailleurs le Marquis de VAREILLES -SOMMIERES, La définition et la notion juridique de la propriété, *RTD Civ*. 1905, p. 443, spéc. n°6 et 7, expliquait que « le droit de propriété est un droit d'étendue variable » et que « la propriété incomplète, tout autant que la propriété complète, est *la* propriété et la propriété *entière* ».

[2967] Les démembrements des utilités socio-économiques, mais aussi la dématérialisation du droit de propriété pour l'obtention de sa valeur : *cf. supra* nos195 et s.

[2968] Selon ATIAS, *op. cit.*, p. 80, n°101, « l'article 544 du Code civil est une disposition inutile ; il n'y a pas de définition positive possible de la propriété. C'est plus qu'une somme de prérogatives, c'est un tout ».

[2969] MICHAS H., *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, th. Paris, A. Pedone, 1900, pp. 226-227 : « La distinction précise et l'énumération complète de toutes ces facultés - qu'on a tâché de résumer dans le *jus utendi et abutendi* – chose très difficile d'ailleurs, n'ont aucune valeur théorique. Ces facultés diverses sont indistinctement comprises dans la faculté générale d'agir par rapport à la chose, d'y toucher et d'en faire quoi que ce soit ».

sont constituées par des utilités juridiques, économiques, sociales, voire même plus généralement par la présence d'une valeur. Faut-il alors comprendre que ces propriétés sont incluses dans le droit de propriété ? Cela ne reflète pas la réalité de leurs relations. Les propriétés ne sont pas des fragments du droit de propriété. Si ces nouvelles formes de propriétés caractérisent le droit de propriété, elles ne constituent pas son contenu.

À titre d'illustration, la propriété commerciale n'est pas un ersatz du droit de propriété immobilier. La propriété commerciale provient de l'exploitation du preneur et des différentes prérogatives qu'il peut mettre en œuvre pour rester dans le local, lieu de l'exploitation. Il faut donc convenir que l'on ne peut pas déterminer le contenu du droit de propriété[2970]. Pourrait-on alors le définir comme « le pouvoir juridiquement protégé d'une personne sur une chose » dont « la consistance (…) dépend (…) des choses sur lesquelles il porte »[2971] ? Cette définition pourrait s'adapter aux nouvelles formes de propriété. En revanche, elle reste insuffisante pour définir toute l'ambivalence du droit de propriété, qui présente à la fois des potentialités et des limitations. Il faut alors se demander s'il faut persister à définir le droit de propriété de manière « positive »[2972], par ce qu'il est, ou s'il ne vaudrait pas mieux tenter de le définir par ce qu'il n'est pas, c'est-à-dire ses limitations[2973].

Ainsi, définir le droit de propriété en se référant au triptyque classique semble dépassé. Les limitations du droit de propriété rendent également les caractères du droit de propriété inadaptés à la conception classique du droit de propriété en créant des discordances.

2. Les discordances des caractères du droit de propriété

688. Le droit de propriété est également souvent défini par ses caractères *absolu*[2974], *exclusif* et *perpétuel*. Plus exactement, ses caractères semblent être les fondements de sa protection. En effet, le caractère absolu constitue une sorte de *vade retro* mystique à l'encontre de toutes les limitations. Le caractère exclusif est quant à lui censé éviter toute concurrence au propriétaire, et le caractère perpétuel permet de l'assurer qu'il ne peut pas perdre son droit de propriété, autrement dit dans sa dimension héréditaire, qu'il peut le

[2970] Sur ce constat, V. LAURENT J., *op. cit*., pp. 159 et s., n°199 et s.
[2971] FABRE-MAGNAN M., préc., spéc. n°28.
[2972] LAURENT J., *op. cit*., p. 161, n°200.
[2973] MALAURIE Ph. et AYNÈS L., *Les biens*, p. 153, n°458 : « Parce qu'il est absolu, le droit de propriété permet à son titulaire tous les actes juridiques et matériels qui ne lui sont pas interdits spécialement. De ce principe découle une méthode : il n'y a pas à décrire les prérogatives du propriétaire, il suffit d'en rechercher les limites ». *Cf. infra* n^{os}727.
[2974] Étant rappelé que l'article 544 ne qualifie pas directement le droit de propriété de droit absolu, mais qu'il emploie la formule « de la manière de la plus absolue ».

transmettre à ses descendants. Les limitations du droit de propriété ne les font pas disparaître, mais elles les relativisent.

689. En premier lieu, le caractère absolu est le seul dont on trouve une trace à l'article 544 du Code civil, pourtant c'est en même temps celui qui s'éloigne le plus de la réalité du droit de propriété. Par exemple, les multiples restrictions à visée urbanistique ou environnementale le remettent en cause, puisque même si l'on prend bien en considération que le caractère absolu ne signifie pas que le propriétaire dispose d'un pouvoir illimité, ces limitations diminuent la maîtrise matérielle et juridique du propriétaire sur son bien. L'intérêt général de ces limitations prime sur le caractère absolu du droit de propriété.
À la suite des travaux de GINOSSAR sur la notion d'opposabilité[2975], certains auteurs ont alors expliqué que « l'absolu de la propriété traduit l'idée d'opposabilité, ce qui confirme la vocation fondamentale de la propriété »[2976]. Selon eux « parce qu'elle est absolue, la propriété est source d'opposabilité ; elle rend opposable les situations juridiques dont elle est le cadre ou qu'elle crée »[2977]. Cette théorie a été reprise par Frédéric DANOS qui conclut que « l'opposabilité substantielle[2978] s'entend du caractère absolu de la propriété, c'est-à-dire un droit qui impose à tous un devoir juridique spécifique »[2979]. L'idée développée serait que l'opposabilité « met en lumière le lien d'exclusion – devoir d'abstention des tiers par rapport à la chose qui en est l'objet – en lui donnant une qualification juridique spécifique »[2980]. Ainsi, il semblerait que le caractère exclusif soit également le fondement de l'opposabilité. D'une certaine manière, la fusion des caractères absolu et exclusif aboutirait à la notion d'opposabilité. L'intérêt de ce montage serait de légitimer la propriété des créances. Pour autant, l'opposabilité serait un fondement « technique »[2981] de la propriété, mais ne fournirait pas une définition du droit de propriété. En outre, une telle interprétation laisse de côté un versant du caractère absolu : celui qui fait de lui un symbole de lutte contre l'arbitraire. Or, de

[2975] GINOSSAR S., th. préc., pp. 80 et s. L'objectif de GINOSSAR était de démontrer que l'opposabilité ne permettait pas de distinguer entre un droit réel et un droit personnel, mais qu'elle était la marque du droit de propriété. Or, selon lui l'opposabilité du droit de créance dépasse même celle de la propriété corporelle. Il en déduit donc que le droit de créance est un droit de propriété.
[2976] ZENATI-CASTAING F. et REVET Th., *op. cit.*, p. 343, n°214.
[2977] *Ibid*.
[2978] Il oppose à l'opposabilité substantielle, l' « opposabilité simple qui traduit la qualité d'un élément de l'ordre juridique (acte juridique ou juridictionnel) d'être pris en considération - en dehors de son cercle d'activité directe - en tant que fait, dans le présupposé d'application d'une norme juridique extérieure qui produira alors un effet juridique », th. préc., p. 492, n°442. Et V. th. préc., pp. 194 et s., n^{os}178 et s.
[2979] DANOS F., *Propriété, possession et opposabilité*, Paris I, Préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, p. 493, n°442.
[2980] DANOS F., th. préc., pp. 233-234, n°210.
[2981] ZENATI-CASTAING F., Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *RTD civ*. 1993, p. 305 ; DANOS F., th. préc., pp. 12-13, n°9.

façon contemporaine, c'est la qualification de droit fondamental qui assure la protection du propriétaire contre l'arbitraire[2982].

Ainsi, le caractère absolu aurait désormais une signification technique comme fondement de la notion d'opposabilité, mais sa signification essentielle serait celle de droit fondamental.

690. En deuxième lieu, le caractère exclusif est souvent désigné comme « l'essence » du droit de propriété[2983]. Pour certains, ce caractère serait un élément de la définition du droit de propriété[2984]. Il est vrai que le caractère exclusif est le fondement de la revendication, il permet donc de sanctionner une atteinte portée au droit de propriété[2985]. De même, il est utile aux créanciers qui détiennent une propriété-garantie, notamment lors de la procédure collective de leur débiteur[2986]. Enfin, il est souvent considéré comme le caractère principal des propriétés intellectuelles.

Pourtant, le propriétaire est de plus en plus obligé de tenir compte de l'intérêt des tiers, parce que cet intérêt est devenu un intérêt général. Ainsi, en présence de propriétés plurales, chaque propriétaire doit tenir compte de l'intérêt de ses co-propriétaires. Le régime de la copropriété connaît notamment cette maîtrise concurrente sur l'immeuble[2987]. La notion de patrimoine commun remet également en question « le rapport exclusif entre le propriétaire et son bien »[2988].

En réalité, la forme du caractère exclusif a évolué. Cette évolution se traduit dans les notions de « réservation de jouissance »[2989] ou de « position réservée »[2990]. Le propriétaire bénéficie d'une situation privilégiée, destinée à être exclusive, sauf à ce qu'un tiers fasse valoir un intérêt concurrent pour accéder à la même situation privilégiée. Cette interprétation qualifie alors de la même manière le caractère exclusif du droit de propriété et celui des nouvelles formes de propriété.

[2982] *Cf. supra* n[os]589 et s.

[2983] Notamment par : Mirabeau, Maleville ou encore Pothier. Mais également les partisans de la conception moderne du droit de propriété : ZENATI F., th. préc., n°399, p. 541 ; LAURENT J., th. préc., p. 165, n°203.

[2984] ZENATI-CASTAING F. et REVET Th., *op. cit.*, pp. 315 et s., n[os]193 et s. ; MOUSSERON J.-M., RAYNARD J. et REVET Th., De la propriété comme modèle, *in* Mél. COLOMER, Litec, 1993, p. 281, spéc. p. 287. *Contra* : FABRE-MAGNAN M., préc. Pour Muriel FABRE-MAGNAN le caractère exclusif est commun à tous les droits subjectifs et n'est donc pas propre au droit de propriété.

[2985] *Cf supra*, n°504 et s.

[2986] *Cf supra*, n°320.

[2987] *Cf supra,* n°171 et s.

[2988] TRÉBULLE F. G., La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel, *in* Mél. MALINVAUD, Lexisnexis, 2007, p. 659, spéc. pp. 684-685.

[2989] XIFARAS M., th. préc., pp. 341 et s.

[2990] ATIAS Ch., *op. cit.*, p. 101, n°129.

691. En troisième et dernier lieu, le caractère perpétuel est quant à lui particulièrement relatif[2991]. En effet, il peut être considéré de façon objective ou de façon subjective[2992], et il peut même avoir une phase de sommeil[2993]. En outre, il a été démontré que des propriétés temporaires pouvaient exister. Le bail réel qui met en œuvre le droit de superficie, les différentes formes de propriétés-garantie, la propriété intellectuelle ou encore les libéralités successives, graduelle ou résiduelle, sont autant d'exemples dans des domaines variés, de propriétés temporaires.

Pour autant, l'existence de ces propriétés temporaires n'est due qu'à la volonté de son propriétaire pour des raisons souvent économiques. Or, cela ne semble pas poser de difficultés à partir du moment où les personnes avec lesquelles le propriétaire contracte sont informées de ce caractère temporaire. Ainsi, le caractère perpétuel du droit de propriété demeure toujours le principe.

Les caractères classiques du droit de propriété ne sont donc pas dépassés comme peut l'être le triptyque, mais les discordances relevées confirment que les composantes du droit de propriété sont régulièrement inadaptées aux situations souhaitées par les propriétaires. Il en est de même en ce qui concerne l'objet du droit de propriété.

B. L'évolution progressive de l'objet du droit de propriété

692. Traditionnellement l'objet du droit de propriété est considéré comme étant corporel, pour qu'une possession matérielle puisse s'exercer[2994]. Ainsi, en principe, seule une chose corporelle peut devenir un bien lorsqu'elle est appropriée. L'article 516 du Code civil semble aller dans ce sens lorsqu'il dispose que « tous les biens sont meubles ou immeubles ». Pourtant, l'article 526 liste les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, et mentionne des démembrements, l'usufruit et la servitude, et l'action en revendication. Quant aux immeubles par nature ou par destination, les rédacteurs du Code civil semblent avoir envisagé le droit de propriété comme l'immeuble lui-même[2995], en allant jusqu'à désigner plusieurs fois l'immeuble par le terme de « propriété »[2996]. Ainsi, déjà en 1804 il était difficile de savoir ce qu'était concrètement l'immeuble, objet du droit de propriété : le droit de propriété lui-

[2991] BONNET V., La durée de la propriété, *RRJ* 2002, p. 273, spéc. p. 275,
[2992] *Ibid.*
[2993] ATIAS Ch., *op. cit*., p. 103, n°133.
[2994] Sur le caractère nécessairement corporel de la chose, objet de propriété dans la conception originelle de la notion de bien, V. BERLIOZ P., th. préc., pp. 44 et s., n^{os}138 et s.
[2995] STRICKLER Y., *op. cit.*, p. 72, n°45 ; et *cf. supra* n°3 sur la confusion entre le droit de propriété et son objet matériel.
[2996] Par exemple aux articles 642, 644, 646, 673 du Code civil.

même ? Des droits ? Ces interrogations demeurent actuellement, en se concentrant sur la notion de bien[2997]. Faut-il alors en conclure qu'il s'agit d'un concept impossible à définir ?[2998] Au moins, peut-on constater que « la matérialité des biens est effacée, tandis que la valeur économique est consacrée »[2999]. Effectivement, en se concentrant sur les immeubles et l'impact que les limitations du droit de propriété ont eu sur eux, il est possible de constater que la corporalité de l'immeuble est relativement évanescente (1), et qu'elle devient résolument économique (2).

1. La corporalité relativement évanescente de l'immeuble

693. Aux nouvelles formes de propriétés correspondent de « nouveaux biens » qui « remettent en cause la frontière entre le corporel et l'incorporel »[3000].

Tout d'abord, pour aboutir à une telle remise en cause, il fallait modérer la *summa divisio* entre meubles et immeubles. Cela ne pouvait pas être difficile puisque le Code lui-même considère certains meubles comme étant juridiquement des immeubles par destination[3001]. Ainsi, l'utilisation des sociétés civiles immobilières dans un but de stratégie patrimoniale a permis une dématérialisation du droit de propriété et par extension, de son objet[3002]. En effet, l'objet du droit de propriété devient mobilier pour la personne physique, ce sont des parts sociales, alors qu'il demeure immobilier pour la personne morale. Mais dans un même temps, la personne physique détient des prérogatives dans la société, des droits politiques et économiques. Or, en usant de ses prérogatives la personne physique agit sur l'immeuble. De cette façon, il faut voir dans cette technique, la corporalité finale de l'immeuble[3003]. Mais l'objet du droit de propriété présente un aspect dual : il est directement mobilier[3004], d'une

---

[2997] BERLIOZ P., *La notion de bien*, th. Paris I, Préf. L. AYNÈS, L.G.D.J., 2007.

[2998] GRZEGORCZYK C., Le concept de bien juridique : l'impossible définition ?, *APD* 1979, p. 259. Christophe GRZEGORCZYK explique que le terme de bien est un « terme primitif », de la même manière que « la personne » et « le sien ». Il constate que ces trois termes primitifs apparaissent dans l'article 544 du Code civil. Il explique que chacun de ces trois termes ne peut se définir que par référence aux deux autres. Il en conclut qu' « aucune définition du "bien juridique" ne peut être donnée hormis celle tout à fait formelle : "est bien juridique ce que le droit considère comme tel" ».

[2999] BERGEL J.-L., L'évolution contemporaine du droit de propriété en France*, in* Mél. BÉGUET, Université de Toulon et du Var, Faculté de Droit, 1985, p. 13, spéc. p. 23.

[3000] PÉRINET-MARQUET H. Regard sur les nouveaux biens, *JCP* G. 2010, doctr. 1100.

[3001] Par exemple, l'art. 524 C. civ. : « les ustensiles aratoires », « les semences », « les ruches à miel », les « pressoirs, chaudières, alambic (…) »…

[3002] *Cf. supra* p.

[3003] À ce sujet Pierre BERLIOZ, th. préc., p. 84, n°294, explique que « la dématérialisation à laquelle on assiste ainsi consiste donc moins à faire abstraction du caractère corporel de l'objet de la propriété qu'à donner une figure à une réalité future, par une sorte d'anticipation sur l'avenir ».

[3004] Art. 529 C. civ.

nature incorporelle et ouvrant des droits au titulaire des parts sociales, et il est indirectement immobilier, par l'utilisation des droits sociaux sur l'immeuble.

694. Ensuite, l'immeuble, en tant qu'objet du droit de propriété, peut parfois manquer de consistance matérielle. En effet, le fait même d'avoir transposé les parcelles de terre en numéros de cadastre, a fait évoluer la propriété de l'immeuble par nature en celle d'une surface[3005].

Par ailleurs, en matière de copropriété, un lot de copropriété est nécessairement composé d'une partie privative et d'une quote-part indivise des parties communes[3006]. Or, il semble « difficile de voir une quote-part indivise comme un bien autre qu'incorporel »[3007]. Pourtant, même lorsqu'un lot de copropriété n'est pas encore construit, qu'il n'est alors qu'un lot transitoire[3008], il est considéré comme un immeuble par nature[3009] et comme un véritable lot de copropriété[3010].

La corporalité du lot de volume est également évanescente puisque le droit de propriété divise avant tout, non plus un immeuble, mais de l'air. Le lot de volume aurait-il une « matérialité chimique et physique » en étant constitué « d'atomes d'air » ?[3011] S'il en était ainsi, le lot de volume ne pourrait pas être considéré comme un immeuble par nature, puisqu'il serait totalement détaché du sol[3012], alors que « cette catégorie comprend le sol et tout ce qui adhère au sol »[3013]. Le volume se comporterait alors comme un « contenant »[3014] et l'objet du droit de propriété serait bien *in fine* l'immeuble. Toutefois, l'article 527 de l'avant-projet de réforme

---

[3005] SAVATIER R., Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels, *RTD civ.* 1958, p. 1, spéc. pp. 6-7, n°7 : « ainsi prend solidement corps une conception dématérialisée, et en quelque sorte stylisée, de la propriété foncière », « la propriété de l'immeuble est celle d'une surface ; la propriété du meuble est celle de la matière ».

[3006] Art. 1er loi n°65-557 du 10 juillet 1965 *fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis* ; Civ. 3e, 19 janvier 1977, n°75-11.990 : *Bull. civ*. III, n°32 ; Civ. 3e, 31 janvier 2007, n°06-12.404 : *Bull. civ.* III, n°14.

[3007] PÉRINET-MARQUET H., Regard sur les nouveaux biens, *JCP* G. 2010, doctr. 1100, n°15. Florence BAYARD-JAMMES, *La nature juridique du droit du copropriétaire immobilier, analyse critique,* th. Toulouse 1, Préf. D. TOMASIN, L.G.D.J., 2003, pp. 22 et s., n°17 et s. relève même «l'inconsistance matérielle des parties privatives » par le fait qu'elles soient définies par l'exclusivité donnée à leur propriétaire.

[3008] Sur le lot transitoire V. BAYARD-JAMMES F., *op. cit*., pp. 47 et s., n°41 et s.

[3009] Civ. 3e, 15 novembre 1989, n°87-18188 : *Bull. civ.* III, n°213.

[3010] Civ. 3e, 14 novembre 1991, n°89-21167 : *Bull. civ.* III, n°275. À ce sujet, V. GIVERDON C., Les « lots transitoires » sont de véritables lots de copropriété, *JCP* G 1991, I, 3560.

[3011] PÉRINET-MARQUET H., préc.

[3012] Or, pour bénéficier de la qualification d'immeuble, une certaine incorporation dans le sol est nécessaire : MARTY J.-P., *La dissociation juridique de l'immeuble*, th. Toulouse I, Préf. P. HÉBRAUD, L.G.D.J., 1979, p. 45 : « l'incorporation y apparaît comme facteur de détermination de l'immeuble par nature, au même titre que la surface, et ces deux facteurs lui assurent une unité au nom de laquelle il reçoit la qualification de tout indivisible ».

[3013] TERRE F. et SIMLER Ph., *op. cit.*, p. 40, n°33.

[3014] BERLIOZ P., *op. cit.*, p. 87, n°305 : « Comme pour les parts sociales, on constate l'union d'une chose corporelle : de l'immeuble et de son véhicule, les parts ; de la matière et de son contenant, le volume ».

du droit des biens considère le volume comme un immeuble par nature, et le lot de copropriété également, mais en le qualifiant à part, comme si cette qualification n'était pas tout à fait naturelle[3015]. En revanche, d'après l'avant-projet de réforme, le lot de copropriété et le lot de volume auraient bien une nature corporelle[3016].

695. Inversement, les partisans de la conception moderne du droit de propriété estiment que l'appropriation ne nécessite pas une possession matérielle de la chose[3017]. Le phénomène d'appropriation étant selon eux constitué par une relation d'appartenance[3018], l'appropriation pourrait porter sur des choses corporelles ou incorporelles, et même des droits[3019]. En appliquant la théorie moderne à la propriété divisée de l'immeuble, Johanne LOTZ distingue entre d'une part la propriété objective[3020] qui est la chose sur laquelle s'exerce l'appropriation et qui serait une « chose-lot », « composée d'une *proprietas*[3021], ainsi que de ses satellites juridiques comme l'indivision forcée et la servitude réciproque »[3022] et, d'autre part, la propriété subjective ou titularité qui se définirait par l'exclusivité et le pouvoir de disposer[3023]. Cela permet de considérer les lots de copropriété ou de volume comme étant des choses incorporelles, sans devoir confondre ces choses-lots avec les droits conférés à leur propriétaire.

696. En droit positif, la nature corporelle de l'immeuble est maintenue coûte que coûte, quitte à ce que cela ne corresponde pas à la réalité. Les limitations du droit de propriété, dont la propriété des parts sociales et la propriété divisée sont ici les manifestations, ne font pas disparaître la corporalité de l'immeuble, mais elles créent une étape

---

[3015] LOTZ J., th. préc., p. 151 n°157 : « le lot de copropriété serait "par fiction ou artifice" un immeuble par nature ».
[3016] Art. 530 de l'avant-projet.
[3017] ZENATI-CASTAING F., Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *RTD civ*. 1993, p. 305. Il fonde notamment son raisonnement sur l'article 711 du Code civil.
[3018] GINOSSAR S., th. préc., pp. 34-35, n°13.
[3019] LAURENT J., th. préc. *Contra :* DROSS W., *op. cit*., pp. 399 et s., n^{os}489 et s. ; DROSS W., Une approche structurale de la propriété, *RTD civ.* 2012, p. 419, spéc. n°21 : « À assimiler l'incorporalité aux droits, l'alternative devient la suivante : soit ouvrir la propriété sur l'incorporel et admettre alors qu'elle porte sur des droits, soit le refuser et laisser la propriété à l'âge de pierre. Cette sommation est sans fondement. Si les droits, parce qu'ils ne peuvent être saisis par les sens, ont bien une nature incorporelle, ils ne constituent pourtant nullement des choses incorporelles, objets de propriété. Réciproquement, les choses incorporelles sont tout autre chose que des droits ». Et pour une étude du droit positif quant à la reconnaissance d'une propriété des droits patrimoniaux, V. MAZEAUD V., Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RTD civ*. 2014, p. 29.
[3020] LOTZ J., th. préc., pp. 163 et s., n^{os}170 et s.
[3021] Johanne LOTZ, th. préc., p. 114, n°109, définit la *proprietas* comme « la qualité d'une chose d'être propre à la personne ».
[3022] LOTZ J., th. préc., pp. 239 et s., n^{os}257 et s.
[3023] LOTZ J., th. préc., p. 304, n°343.

supplémentaire pour y accéder. Il semble donc que dans ces situations, l'objet du droit de propriété est d'une nature incorporelle, et que cette forme d'appropriation ouvre des droits sur une chose corporelle, l'immeuble. La corporalité est donc évanescente car elle est théorique et finale[3024]. En outre, elle présente un aspect résolument économique.

2. La corporalité résolument économique de l'immeuble

697. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a développé une conception autonome[3025] de la notion de biens[3026]. Elle a toujours encouragé une conception assez étendue du droit au respect des biens prévu par l'article 1er du protocole n°1 de la Convention européenne. Cette conception européenne de la notion de bien correspond à un « troisième niveau de lecture » du mot « bien », qui est le plus général puisqu'il s'applique à tout ce qui peut avoir une valeur patrimoniale[3027]. Dans ce sens, Laurence MONTI explique que « (…) pour être caractérisé comme un bien au sens de la Convention, il suffit que le droit, d'origine légale ou contractuelle, confère à son titulaire, un usage exclusif représentant une valeur patrimoniale »[3028].

De cette façon, bien évidemment l'article 1er du protocole n°1 concerne les immeubles[3029], les meubles corporels[3030] et les valeurs mobilières[3031]. Mais l'article 1er permet aussi la protection

[3024] Dans ce sens : CATALA P., L'immatériel et la propriété, *ADP* 1999, p. 61 : « l'objet du droit, la *res* ne paraît pas impliquer nécessairement une substance tangible ». Il parle alors de « propriété immatérielles ».

[3025] Notamment : CEDH *Gasus Dosier und Fördertechnik GmbH C./ Pays-Bas* du 23 février 1995, Série A n°306-B, aff. n° 15375/89 §53.

[3026] Sur la notion de biens dans la jurisprudence européenne : RENUCCI J.-F., *op. cit.*, pp. 620 et s., nos582 et s. ; DEBET A., th. préc., pp. 690 et s.

[3027] Yves STRICKLER, *op. cit.,* p. 6 et 7, explique qu'il existe trois niveaux de lecture de la notion de biens dans le Code civil et qu'ils se superposent. Le premier niveau du mot « bien » est constitué par le droit qui porte sur la chose. Le deuxième niveau correspond à l'exercice du droit sur la chose. Et le troisième niveau, illustré par la position de la Cour européenne, s'applique à tout ce qui a une valeur patrimoniale.

[3028] MONTI L., *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit de propriété*, th. Nice, 2001, 1er vol., p. 163.

[3029] Par exemple, sur l'expropriation : CEDH *Lithgow et autres c./ Royaume-Uni* du 8 juillet 1986, Série A n°102 ; CEDH *Tsomtos c./ Grèce* du 15 novembre 1996, Recueil des arrêts et décisions, 1996-V, p. 1699 ; CEDH *Guillemin c./ France* du 21 décembre 1997, Recueil des arrêts et décisions, 1997-I, p. 149 ; CEDH *Akkus c./ Turquie* du 9 août 1997, Recueil des arrêts et décisions, 1997-IV, p. 1300 ; CEDH *Aka c./ Turquie* 23 septembre 1998, Recueil des arrêts et décisions, 1998-VI, p. 2668.

[3030] CEDH *Handyside c./ Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, Série A n°24 (pour des exemplaires d'un livre) ; CEDH *Raimondo c./ Italie* du 22 février 1994, Série A n° 281-A (pour un camion) ; CEDH *Air Canada c./ Royaume-Uni* du 5 mai 1995, Série A n°316-A (pour un avion) ; CEDH *AGOSI c./ Royaume-Uni* du 24 octobre 1996, Série A n° 108 (pour des pièces d'or) ; CEDH *Vasilescu c./ Roumanie* du 22 mai 1998, Recueil des arrêts et décisions, 1998-III, p. 1064 (pour des boucles d'oreilles et des pièces d'or) ; CEDH *Novosseletski c./ Ukraine* du 22 février 2005, Recueil des arrêts et décisions, 2005-II Extraits (pour plusieurs meubles, beaucoup de livres, un téléviseur, une radio, des appareils électroménagers, deux défenses de mammouth, des bijoux en or et en argent, ainsi que cinq mille dollars américains).

des biens intellectuels tels que les brevets[3032], la marque[3033], les droits d'auteur[3034]. De même, les créances sont considérées comme des biens dès lors que leur titulaire peut prétendre avoir au moins une espérance légitime de les voir se concrétiser[3035]. Les juges reconnaissent également comme des biens, la clientèle[3036], qui est un élément de la propriété commerciale, et l'intérêt patrimonial des preneurs d'un bail d'une durée de 300 ans[3037]. Le domaine d'application de l'article 1er du protocole n°1 est extrêmement large puisque, selon les termes de la Cour européenne de sauvegarde « certains droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des "droits de propriété" et donc pour des biens »[3038]. D'ailleurs, la Cour n'exige pas toujours un lien entre la notion de bien et celle de propriété. Cela signifie que le droit au respect des biens peut être invoqué en l'absence de titre de propriété sur bien[3039]. Le juge de Strasbourg a même relevé un « intérêt économique substantiel » pour permettre de qualifier un taudis construit sans autorisation et sur un terrain qui appartenait au Trésor public, comme un bien[3040]. Enfin, récemment la Cour a estimé que « le temps écoulé a fait naître l'existence d'un intérêt patrimonial » pouvant être qualifié de bien, alors qu'elle explique que « les autorisations d'occupation n'étaient pas constitutives de droits réels sur le domaine public »[3041]. Également en matière d'urbanisme, la Cour de Strasbourg a reconnu que l'engagement contractuel de l'Etat envers les requérants était créateur de droits à

[3031] Pour les actions : Comm. EDH *Bramelid et Malmström c./ Suède* du 12 octobre 1982, aff. n° 8588/79, D.R. 29, p. 64 ; CEDH *Sovtransavto Holding c./ Ukraine*, 24 mars 2004, Recueil des arrêts et décisions 2002-VII, aff. n°48553/99.
Pour les parts sociales : Comm. EDH *Société S et T c./ Suède* du 11 décembre 1986, aff. n° 11189/84, D.R. 50, p. 121 ; CEDH sect. III, *Pokis c./ Lettonie*, du 5 octobre 2006, aff. n°528/02.
[3032] Comm. EDH *Smith Kline et French laboratories Ltd c./ Pays-Bas* du 4 octobre 1990, aff. n°12633/87.
[3033] CEDH *Anheuser-Busch inc. c./ Portugal* du 11 janvier 2007 Recueil des arrêts et décisions 2007-I, aff. n°73049/01
[3034] CEDH *Balan c./ Moldavie* du 29 janvier 2008 aff. n°19247/03.
[3035] CEDH *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c./ Allemagne* du 12 juillet 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-VIII, aff. 42527/98. Les prestations sociales sont également des biens si leur versement est automatique: CEDH *Stec. et autres c./ Royaume-Uni* du 6 juillet 2005, Recueil des arrêts et décisions 2006- VI, aff. n° 65731/01.
[3036] La clientèle : CEDH *Van Marle c./ Pays-Bas* du 26 juin 1986, préc., §41 ; CEDH *Iatridis c./ Grèce* du 25 mars 1999, préc., §54.
[3037] CEDH *Bruncrona c./ Finlande* du 16 novembre 2004, aff. n°41673/98.
[3038] CEDH *Iatridis c./ Grèce* du 25 mars 1999, préc. §54 ; CEDH *Öneryildiz c./ Turquie* du 30 novembre 2004, préc., §139.
[3039] CEDH *Iatridis c./ Grèce* du 25 mars 1999, préc., §55 : « n'étant que simple locataire de son fonds de commerce, l'ingérence en question ne constitue ni une expropriation ni une réglementation de l'usage des biens, mais relève de la première phrase du premier alinéa de l'article 1 ».
[3040] CEDH *Öneryildiz c./ Turquie* du 30 novembre 2004, préc., §142. Dans l'affaire Fredin contre Suède, du 18 février 1991, préc., §40 la Cour avait déjà mentionné les « intérêts économiques liés à l'exploitation de la gravière ».
[3041] CEDH *Depalle c./ France* du 29 mars 2010, préc., §§67-68 ; CEDH *Brosset-Triboulet et a. c./ France* du 29 mars 2010, préc., §§70-71.

construire parce qu' « ils avaient une espérance légitime[3042] de pouvoir exercer ces droits (…)»[3043]. Ainsi, le plus souvent, la durée d'une situation fait naître une espérance légitime qui se rattache alors à un intérêt patrimonial, et cet ensemble constitue un intérêt substantiel protégé[3044].

698. L'influence de cette jurisprudence européenne est importante[3045], et les enjeux de l'assimilation de l'objet du droit de propriété à une valeur sont nombreux. En effet, s'il suffit d'une valeur patrimoniale pour détenir un bien, cela conduirait non seulement à une dilatation[3046] ou une désubstantialisation[3047] de la notion de bien, mais également à la reconnaissance des créances et des droits comme pouvant être l'objet du droit de propriété.
Pour comprendre le processus, Pierre BERLIOZ explique que nous sommes passés du bien comme étant une chose, objet du droit de propriété, au bien droit sur une chose, et il aboutit à l'idée que « le bien, c'est donc la propriété »[3048]. À ce stade, selon lui, les droits réels et certaines créances sont des biens[3049], droits sur des choses[3050]. Mais dès l'instant où l'on considère que l'on peut retirer d'une chose certaines utilités, finalement le bien devient « un droit à un bénéfice »[3051]. Cela ferait entrer toutes les créances, et notamment celles issues d'un contrat de louage, dans la catégorie des biens[3052]. Or, « seuls les droits patrimoniaux, c'est-à-dire ceux dont l'utilité est estimable en argent, reçoivent la qualification de bien » ; par conséquent « la notion de bien se confond (…) avec celle d'actif du patrimoine »[3053]. Le bien serait devenu tous droits ayant une valeur patrimoniale.

699. Une telle conclusion correspond à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Pour autant, une telle évolution de l'objet du droit de propriété amène plusieurs remarques.

[3042] En principe, l'espérance légitime doit reposer sur une base suffisante en droit interne : CEDH *Kopecký c./ Slovaquie* du 28 septembre 2004, préc., §§45-52.
[3043] CEDH *Consorts Richet et Le Ber c./ France* du 18 novembre 2010, préc., §98.
[3044] V. CEDH *Ceni c./ Italie* du 4 février 2014, aff. n°25376/06, §44 ; CEDH *Valle Pierimpiè società agricola SPA c./ Italie* du 23 septembre 2014, préc., §§49-51.
[3045] En effet, le Conseil constitutionnel a évoqué la notion de propriété des créances, *cf. supra*,n[os] 680-681.
[3046] CONDORELLI L., préc., spéc. p. 976.
[3047] BEAUSSONIE G., La désubstantialisation de la notion de « bien » par la Cour européenne des droits de l'homme (à propos des arrêts de la CEDH du 29 mars 2010), *LPA* du 13 octobre 2010, n°204, p. 4.
[3048] BERLIOZ P., th. préc., pp. 153 et s., n[os]480 et s.
[3049] Sur ce point, V. FRANÇOIS J., Les créances sont-elles des biens ?, *in* Mél. LARROUMET, Economica, 2009, p. 149.
[3050] BERLIOZ P., th. préc., p. 159, n°498.
[3051] BERLIOZ P., th. préc., pp. 159 et s., n[os]499 et s.
[3052] BERLIOZ P., th. préc., pp. 160 et s., n[os]500 et s.
[3053] BERLIOZ P., th. préc., pp. 165 et s., n[os]514 et s.

D'une part, si l'on admet que le droit de propriété porte sur un bien, et que le bien est un actif du patrimoine, cela revient à confondre le droit de propriété et le patrimoine. En outre, si le bien est un droit, le propriétaire aurait un droit dans le droit de propriété et dans le patrimoine. L'on pressent que le droit de propriété peut revêtir plusieurs formes, mais la proximité avec la notion de patrimoine et la confusion entre les notions de bien et de droit sèment le trouble.

D'autre part, la question est de savoir ce que représente une valeur patrimoniale. Pour le juriste tout ce qui peut se traduire en argent constitue un bien[3054]. Cet écueil est à éviter car si l'on peut admettre que la valeur patrimoniale ne présente pas toujours de matérialité, cela ne signifie pas qu'elle soit uniquement évaluable en argent : la situation du bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété est peut-être évaluable en argent, mais le but est surtout de lui réserver une place privilégiée en cas de non-paiement et face à d'autres créanciers. L'objet du droit de propriété, quand il n'est pas appréhendable matériellement, ne se conçoit pas directement par une valeur, traduisible en argent, mais plutôt par la réservation de cette valeur ou par l'exploitation de ses utilités[3055]. Les termes de *corporalité économique* permettraient d'englober ces différentes actions sur l'objet du droit de propriété[3056].

Enfin, la *corporalité économique* est le résultat du démembrement des utilités du droit de propriété ou de sa dématérialisation, c'est-à-dire de l'instrumentalisation du droit de propriété. Ce sont donc ces limitations portées au droit de propriété qui influencent l'objet du droit de propriété. Les démembrements et la dématérialisation portent sur le droit de propriété et non sur son objet[3057]. En effet, l'objet du droit de propriété ne peut pas être autonome du droit de propriété : il ne peut donc avoir une *corporalité économique* par lui-même. Il est nécessaire qu'une personne agisse sur lui, par certaines actions : l'appropriation, la réservation ou l'exploitation.

Par conséquent, ainsi que le disait BATIFFOL, « finalement, ce n'est nullement l'objet du droit qui est au premier plan, mais les prérogatives qui sont accordées à des individus d'accomplir certains actes à propos d'objets très hétérogènes dont le nom constitue donc une

[3054] PIÉDELIÈVRE A., Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien, *in* Mél. de JUGLART, L.G.D.J., 1986, p. 57.

[3055] ROCHFELD J., *op. cit.*, p. 316, n°27. Pour Julien LAURENT, th. préc., p. 207, n°264, la valeur est la « conjugaison de l'utilité et de la rareté d'une chose étant entendu que la rareté conditionne essentiellement le critère de l'utilité ».

[3056] L'économie est considérée ici comme « l'ensemble des activités d'une collectivité humaine relatives à la production, à la distribution et à la consommation des richesses », Dictionnaire Larousse.fr.

[3057] *Contra* : ZENATI F., th. préc., p. 450, n°332 ; DROSS W., *op. cit.*, p. 106, n°115 ; DROSS W., Une approche structurale de la propriété, *RTD civ.* 2012, p. 419, spéc. n°6.

abstraction. Et les dénonciations d' "atteintes au droit de propriété", dans toute modification légale de la répartition des prérogatives concernant un bien le confirmeront »[3058].

700. Tout cela constitue une évolution considérable de la conception classique du droit de propriété. Mais à ce stade, s'agit-t-il toujours du droit de propriété de l'article 544 du Code civil et des articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 ? L'instrumentalisation du droit de propriété n'a pas simplement transformé son objet, elle a fini par créer de nouvelles formes de propriété.

Déjà en 1975, le professeur de LANVERSIN expliquait que « si le contenu du droit de propriété a été restreint et modifié dans ses caractères, il n'a pas été effacé, n'est pas près de l'être et mériterait d'être mieux connu dans sa réalité nouvelle »[3059]. Dans cette réalité, même si le droit de propriété reste le principe, les limitations sèment des désordres dans sa définition et le rendent indéterminé. Pour préserver la substance du droit de propriété, c'est-à-dire sa sécurité juridique, il est donc nécessaire de repenser le droit de propriété en intégrant ses limitations. Le professeur de LANVERSIN continuait d'ailleurs son raisonnement en déclarant qu' « il serait de l'intérêt de tous, et d'abord de ceux qui sont convaincus des vertus de la propriété et s'en veulent les vrais défenseurs, d'admettre la réalité du changement et de participer lucidement à la recherche des nouvelles formes qui permettront à l'homme de demain de régler harmonieusement ses rapports avec les choses »[3060]. La difficulté est de savoir comment repenser le droit de propriété par ses limitations, c'est-à-dire un principe par son contraire.

[3058] BATIFFOL H., Problèmes contemporains de la notion de biens, *APD* 1979, p. 11, spéc. pp.15-16.
[3059] LANVERSIN (de) J., *La propriété : une nouvelle règle du jeu ?,* PUF, Droit d'aujourd'hui, 1975, p. 86.
[3060] LANVERSIN (de) J., *op. cit.*, p. 87.

Section 2. Comment repenser le droit de propriété par ses limitations

701. Le législateur n'a pas redéfini le droit de propriété depuis 1804, mais il a multiplié les limitations. Par conséquent, c'est aux praticiens et aux juges qu'il est revenu la charge de faire évoluer la conception du droit de propriété par leurs diverses interprétations des limitations du droit de propriété. Dans ce sens, les limitations sont devenues peu à peu le droit positif du droit de propriété. Désormais, pour que le droit positif corresponde à la définition du droit de propriété, il convient de repenser le droit de propriété.

L'inadéquation de la théorie classique du droit de propriété au droit positif est ressentie par la doctrine qui n'a eu de cesse, pour y remédier, de proposer de nouvelles théories du droit de propriété, mais sans être suivies par le législateur. L'avant-projet de réforme du droit des biens proposé en 2008 et modifié en 2009 a tenté une approche en douceur en définissant le droit de propriété dans un article 534 : « La propriété est le droit exclusif et perpétuel d'user, de jouir et de disposer des choses et des droits. Elle confère à son titulaire un pouvoir absolu sous réserve des lois qui la réglementent »[3061]. Le but de cette proposition était surtout de remplacer l'actuel article 544 qui avait « une charge émotionnelle trop forte » et « avait fait l'objet de multiples critiques »[3062]. Cet article 534 se situe dans la lignée de la conception classique du droit de propriété, dont on a vu que les limitations l'ont quelque peu bouleversée, tout en voulant faire une place semble-t-il à une propriété des droits. L'objet du droit de propriété serait donc soit des choses, soit des droits[3063]. En ce qui concerne les limitations du droit de propriété, cet avant-projet a le mérite de chercher une solution dans les cas des empiètements minimes[3064], et de consacrer un nouveau type de démembrement du droit de

[3061] PÉRINET-MARQUET H. (sous la direction de), *Proposition de l'association H. CAPITANT pour une réforme du droit des biens*, Litec, Coll. Carré Droit, Paris, 2009, p. 118.
[3062] MALINVAUD Ph., La propriété, *in Proposition de l'association H. CAPITANT pour une réforme du droit des biens*, Litec, Coll. Carré Droit, Paris, 2009, p. 41.
[3063] DROSS W. et MALLET-BRICOUT B., L'avant-projet de réforme du droit des biens, *D*. 2009, p. 508 ; DUPICHOT Ph., Propriété, possession et détention dans l'avant-projet de réforme du droit des biens, *in* Mél. LE CANNU, Dalloz, 2014, p. 529.
[3064] Art. 539 Av.- projet : « Par dérogation aux articles précédents, le propriétaire victime d'un empiétement non intentionnel sur son fonds, ne peut, si celui-ci est inférieur à 0,30 mètre, en exiger la suppression que dans un délai de deux ans de la connaissance de celui-ci sans pouvoir agir plus de dix ans après l'achèvement des travaux. (…) ».

propriété, le droit réel de jouissance spécial[3065] ainsi qu'une division de l'immeuble, les volumes[3066].

Toutefois, en dehors de cet avant-projet, il est nécessaire de vérifier si les théories existantes proposées par la doctrine font une place aux limitations (§1), avant de proposer une reconceptualisation du droit de propriété dans laquelle les limitations auraient toute leur place (§2).

§1. La place des limitations dans les théories existantes du droit de propriété

702. La question qui se pose est de savoir comment les théories existantes du droit de propriété ont pris en considération les effets des limitations sur le droit de propriété. Les théories juridiques du droit de propriété ont plutôt tendance à redéfinir le droit de propriété (A) par opposition à la conception classique, ou en y incluant les démembrements, alors que les théories économiques choisissent des approches globales (B).

A. Les théories juridiques du droit de propriété : des redéfinitions du droit de propriété

703. Il est souvent opposé à la conception classique, la théorie dite moderne dont l'initiateur a été GINOSSAR, et qui a été développée par Frédéric ZENATI-CASTAING.

Pourtant, bien avant GINOSSAR des auteurs avaient déjà critiqué la définition de l'article 544 du Code civil. Dès la première page de son célèbre article sur « la définition et la notion juridique de la propriété », le marquis de VAREILLES-SOMMIÈRES notait que la propriété « n'est pas le droit de faire d'une chose *absolument* tout ce qu'on veut » et remarquait que « *sans que le droit de propriété perde son nom et par conséquent sa définition*, les lois positives lui font subir de nombreuses restrictions, et le propriétaire lui-même, en concédant à d'autres personnes des droits sur la chose, diminue fréquemment le champ libre de son activité sur elle »[3067]. Puis, les partisans de la théorie de la propriété considérée comme une

[3065] Art. 608 al. 1er Av.- projet : « Le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un ou plusieurs droits réels conférant le bénéficie d'un usage spécial ou d'une jouissance spéciale d'un ou de plusieurs de ses biens ».

[3066] Art. 527 al. 1er Av.- projet : « Par leur nature, sont immeubles les parties déterminées de l'espace terrestre. Sont ainsi immeubles : les fonds, les volumes, les constructions et les végétaux qui s'y trouvent, ainsi que toutes autres choses qui s'y incorporent ».

[3067] VAREILLES-SOMMIÈRES (de la Broüe de) G., La définition et la notion juridique de la propriété, *RTD Civ*. 1905, p. 443, spéc. n°1, *sic*.

fonction sociale avaient bien conscience que le droit de propriété pouvait être différent de ce qui était écrit dans l'article 544[3068].

En outre, les modernes ont cherché à repositionner le droit de propriété dans l'ordonnancement juridique. Cela signifie pour GINOSSAR que la propriété peut porter sur des biens corporels ou incorporels : elle constitue un actif du patrimoine[3069], et pour Frédéric ZENATI-CASTAING qu'elle est le droit subjectif[3070]. Ils ont positionné le droit de propriété au-dessus de tout, mais n'ont accordé qu'une place minime à ses limitations en prenant en considération les tiers. En effet, selon eux, la propriété est une relation d'appartenance, ce qui permet d'exclure les tiers (1).

704. Ainsi, est-on forcé de choisir entre la conception classique ou la théorie moderne du droit de propriété ? Comme l'exprime William DROSS, « la propriété mérite mieux que cette fausse alternative. Parce qu'elle structure le rapport fondamental de l'homme aux choses, le juriste se doit d'en offrir une théorie suffisamment simple pour en asseoir l'effectivité économique »[3071]. Les post-modernes n'ont pas une théorie unique, mais ils se distinguent des classiques et des modernes par le fait qu'ils promeuvent, sous des angles différents, certains types de démembrements (2).

1. Les modernes : la propriété comme relation d'appartenance permettant d'exclure les tiers

705. Le raisonnement de GINOSSAR débute de façon similaire à celui du marquis de VAREILLES-SOMMIÈRES. En effet, ce dernier remarquait que « par définition, la propriété est un droit d'étendue variable. Ce qui le caractérise, ce n'est pas l'étendue qu'il a, c'est celle qu'il est susceptible d'avoir »[3072]. Et GINOSSAR constate que « la propriété n'est pas nécessairement le droit de retirer de la chose toute l'utilité qu'elle est susceptible de procurer ;

[3068] DUGUIT L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, F. Alcan, Paris, 2e éd., 1920 ; RENARD G. et TROTABAS L., *La fonction sociale de la propriété privée*, Recueil Sirey, Paris, 1930.
[3069] GINOSSAR S., th. préc., n°43 *in fine* : « l'actif de tout patrimoine nous apparaît comme un ensemble de droits de propriété, ayant pour objet soit des choses corporelles, qui peuvent être meubles ou immeubles, soit des droits relatifs (de créance ou d'obligation), qui peuvent être soit personnels, soit réels, selon le mode de détermination du sujet passif individuel » et V. le tableau de sa classification.
[3070] ZENATI F., th. préc., pp. 751 et s., nos548 et s.
[3071] DROSS W., Une approche structurale de la propriété, *RTD civ.* 2012, p. 419, spéc. n°1.
[3072] VAREILLES-SOMMIÈRES (de la Broüe de) G., préc., pp. 466-467, n°44.

mais si le propriétaire ne peut toujours la retirer effectivement, il en conserve à tout moment l'expectative, la potentialité »[3073].

C'est ensuite qu'il se détache des idées de VAREILLLES-SOMMIÈRES, et qu'il poursuit en expliquant que « la maîtrise sur la chose n'apparaît plus que comme un attribut naturel, dont le propriétaire peut être privé au point de paralysie complète : le lien par lequel la chose lui est réservée n'en subsiste pas moins. La propriété n'est donc autre chose que *la relation par laquelle une chose appartient à une personne*, par laquelle elle est à lui, elle est sienne »[3074]. Ainsi, l'un des apports de la thèse de GINOSSAR a été de définir la propriété comme la relation d'appartenance d'une chose à une personne, ce qui constitue l'axiome de la théorie moderne.

706. Ensuite, Frédéric ZENATI-CASTAING a fondé cette « relation privative » sur l'exclusivité[3075]. Selon lui, « les avantages concrets que peut retirer une personne du fait d'avoir une chose en propre (…) ne sont en réalité que des conséquences de fait de la propriété, que des vertus de l'exclusivité »[3076].

Ainsi, il en résulte deux conséquences. D'une part, ces avantages ou utilités sont indépendants de la propriété, ce qui permet au propriétaire de les céder à un tiers en demeurant propriétaire[3077]. Et d'autre part, cela veut dire que l'exclusivité protège le propriétaire contre les tiers[3078].

Ce dernier point a été repris par Julien LAURENT, pour lequel finalement « le triptyque apparaît, non comme un élément constitutif de la propriété, mais comme une *conséquence* du pouvoir d'exclure »[3079]. Mais c'est surtout Frédéric DANOS qui a développé les liens entre l'appartenance, l'exclusivité et les tiers. Il explique d'abord que l'exclusivité est la condition du pouvoir de jouissance[3080]. Selon lui, une attribution exclusive d'une chose permet en principe d'en avoir une jouissance totale. Il applique ensuite son raisonnement vis-à-vis des tiers. L'exclusivité permet de jouir d'une chose en maître, mais elle permet aussi de mettre à l'écart tout tiers[3081]. Puis, par une sorte de syllogisme, il en arrive à l'idée que l'exclusion des

[3073] GINOSSAR S., th. préc., n°12.
[3074] *Ibid*. *sic*.
[3075] ZENATI F., th. préc., pp. 541 et s., n[os]399 et s.
[3076] ZENATI-CASTAING F., Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *RTD civ*. 1993, p. 305.
[3077] ZENATI-CASTAING F. et REVET Th., *op. cit.*, p. 332, n°208.
[3078] ZENATI-CASTAING F. et REVET Th., *op. cit.*, p. 315.
[3079] LAURENT J., th. préc., p. 163, n°202.
[3080] DANOS F., th. préc., pp. 143 et s., n[os]138 et s.
[3081] DANOS F., th. préc., pp. 147 et s., n[os]140 et s. Il explique que la présence d'autrui fait percevoir au propriétaire que la chose est distincte de lui, mais que, réciproquement, c'est cette même exclusion qui lui rappelle que cette chose est à lui.

tiers est un « vecteur qui emporte la constitution du rapport complexe de propriété dans son ensemble »[3082].

707. Or, l'exclusion des tiers n'est rien de moins qu'une réaction face à des limitations du droit de propriété. Ce sont ces mêmes tiers qui opèrent un grignotage du droit de propriété[3083]. Dans ce sens, Frédéric DANOS relève d'ailleurs le phénomène de la rareté, des situations de concurrence, et des problèmes d'organisation des relations entre les individus sur les choses[3084]. Il cite en exemple d'une application stricte du principe d'exclusion des tiers, l'empiètement sur la chose d'autrui[3085], et en guise de tempérament apparent, les propriétés collectives[3086].

Ainsi, même si à première vue la théorie moderne semble isoler le droit de propriété de ses limitations en le positionnant au sommet de la pyramide du droit des biens, elle finit par s'apercevoir que ses limitations influencent directement sa nature. Pour autant, il ne s'agit que d'une reconnaissance indirecte des limitations du droit de propriété, alors qu'elles ont un rôle économique fort. Cela explique pourquoi la théorie moderne peut au départ séduire par ses développements, mais ne pas convaincre par son manque de concrétisation du point de vue économique. Cela est dommage car par les dimensions subjective et objective de la propriété, ils semblaient pouvoir s'en approcher[3087]. Mais leur refus d'admettre la notion de démembrement[3088] a fait l'objet de nouvelles théories par des auteurs post-modernes.

2. Les post-modernes : la promotion des démembrements

708. Ce qui réunit les post-modernes est leurs façons d'appréhender les limitations du droit de propriété, en admettant certains types de démembrements, et en adoptant une approche plutôt économique. En revanche, leurs démonstrations sont distinctes et parfois même opposées.

[3082] DANOS F., th. préc., p. 153., n°144.

[3084] DANOS F., th. préc., pp. 160-161, n°151.
[3085] DANOS F., th. préc., pp. 162 et s., n^{os}152 et s.
[3086] DANOS F., th. préc., pp. 164 et s., n^{os}153 et s.
[3087] ZENATI-CASTAING F. et REVET Th., *op. cit.*, p. 261 : ils expliquent que la propriété subjective est le pouvoir exclusif d'une personne sur un bien, et la propriété objective est la qualité qu'a un bien d'appartenir à une personne. Pour une application de cette distinction en matière de copropriété et de volumes, V. LOTZ J., th. préc., pp. 155 et s., n^{os}161 et s.
[3088] Par exemple : ZENATI F., th. préc., pp. 166 et s., n^{os}118 et s., pp. 361 et s., n^{os}271 et s. Et il finit par assimiler l'*usus* et le *fructus* à la possession, p. 466 et s., n^{os}345 et s.

Tout d'abord, Gauthier BLANLUET[3089] a fondé sa démonstration sur le droit fiscal pour distinguer entre la propriété économique et la propriété juridique[3090]. Il définit la propriété économique comme « *une somme d'utilités permettant à celui qui les exerce d'atteindre et de s'approprier la substance économique des choses* »[3091]. Il part de l'hypothèse que pour exister sur un plan économique, une chose doit constituer une richesse. Or, selon lui, elles sont des « richesses » car elles représentent soit une « valeur d'échange », soit une « valeur d'utilité »[3092]. Il détermine la valeur d'échange par le jeu de l'offre et de la demande à propos de la chose, et éventuellement son coût de revient[3093]. Et l'utilité correspond aux « différents services et avantages que l'on peut retirer de la jouissance d'un bien et qui présentent un intérêt du point de vue économique »[3094]. Le propriétaire juridique a quant à lui le titre sans avoir l'utilité de la chose, qu'il fait exploiter ou non[3095]. Ainsi, selon lui, *a priori* le propriétaire juridique et le propriétaire économique ne peuvent être la même personne[3096], et leur état naît d'un contrat conclu entre eux[3097].

709. Certaines limitations du droit de propriété, telles que la clause de réserve de propriété, le crédit-bail ou la fiducie entrent parfaitement dans le cadre de ce démembrement entre une propriété économique et une propriété juridique[3098]. Toutefois, sa vision comptable empêche de considérer la propriété commerciale comme une propriété économique. Il considère que le locataire n'acquiert jamais un actif du bailleur, et que le bailleur ne reçoit jamais aucun actif de la part du locataire[3099]. Or, ce n'est pas parce que le preneur n'acquiert pas une fraction de l'immeuble, et que le fonds de commerce a été créé par lui, que le preneur ne peut pas avoir une propriété de nature économique. Les prérogatives qui lui sont attribuées par la loi lui permettent de conserver la valeur de son fonds de commerce, et lui donnent la

[3089] Lui-même inspiré des travaux de Charles GOYET, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, th. Strasbourg, Préf. D. SCHMIDT, L.G.D.J., 1983.
[3090] BLANLUET G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français : recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, th. Paris II, Préf. P. CATALA et M. COZIAN, L.G.D.J., 1999.
[3091] BLANLUET G., th. préc., p. 254, n°413, *sic*.
[3092] BLANLUET G., th. préc., p. 263, n°427.
[3093] BLANLUET G., th. préc., pp. 264-265, n^{os}428 et s.
[3094] BLANLUET G., th. préc., p. 265, n°432.
[3095] BLANLUET G., th. préc., pp. 224 et s., n^{os}361 et s.
[3096] BLANLUET G., th. préc., p. 216, n^{os}344 et s. Après avoir affirmé que « propriété économique et propriété juridique ne cohabitent jamais sur la même tête », Gauthier BLANLUET précise d'une part que « le propriétaire économique a pu être le propriété juridique antérieurement » et le redevenir, et d'autre part que « le propriétaire économique peut être *un* propriétaire juridique, à défaut d'être *le* propriétaire juridique ». Il cite alors en exemple « les associés de sociétés immobilières de copropriété » qui sont « propriétaires juridiques de parts ou actions de la société, et propriétaires économiques des immeubles détenus par la société ».
[3097] BLANLUET G., th. préc., p. 213, n°337.
[3098] V. ROCHFELD J., *op. cit.*, pp. 318 et s., n°28.
[3099] BLANLUET G., th. préc., p. 240, n°391.

possibilité de rester dans les lieux de l'exploitation[3100]. Ces droits semblent lui accorder directement une maîtrise du fonds de commerce et une maîtrise indirecte de l'immeuble dans lequel est situé ce fonds. C'est en cela que la propriété commerciale constitue une propriété de nature économique et un démembrement des utilités économiques du droit de propriété.

710. Ensuite, Sylvain RAVENNE est parti du constat que dans certaines situations la propriété semblait amputée d'une partie de ses prérogatives[3101]. Il a qualifié ces propriétés de « propriétés imparfaites », parce que « finalisées »[3102], et il a étudié plusieurs « aménagements » du droit de propriété[3103].

Lorsqu'il a cherché à qualifier la nature de ces propriétés imparfaites, qui ne sont autres que des illustrations des limitations dont le droit de propriété peut être l'objet, il a mis en avant leur caractère exclusif[3104]. Puis il a rejeté la possibilité d'un démembrement entre une propriété économique et une propriété juridique[3105], ainsi qu'une dissociation de la valeur et de l'utilité de la chose[3106]. Cela pouvait laisser penser que son raisonnement allait converger dans le sens des modernes. Pourtant, il finit par conclure que ces propriétés portent atteinte non pas à l'étendue des prérogatives mais à ses caractères, et qu'elles constituent des aménagements de la structure du droit de propriété[3107]. Ainsi, il faudrait distinguer entre le titre et l'émolument du droit de propriété[3108]. Le propriétaire imparfait est celui qui a la qualité de propriétaire en vertu du titre et vis-à-vis des tiers, parce qu'il possède l'exclusivité du droit de propriété. De cette manière, Sylvain RAVENNE marie la conception classique et la théorie moderne. En revanche, il devient post-moderne lorsqu'il explique que le bénéficiaire de l'émolument a le pouvoir de retirer les utilités de la chose, et qu'il considère que le propriétaire imparfait reste un « véritable propriétaire »[3109]. Il opère donc un démembrement de la structure du droit de propriété sans véritablement l'admettre. En outre, il ne nomme pas le concurrent de son propriétaire imparfait, celui qui bénéfice de l'émolument. D'ailleurs, quelle est l'étendue de son émolument, et quelle est sa portée sur le droit de

[3100] *Cf. supra* n°268.
[3101] RAVENNE S., *Les propriétés imparfaites – Contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, th. Paris-Dauphine, 2007, p. 6, n°2.
[3102] RAVENNE S., th. préc., p. 9, n°3.
[3103] L'usufruit, le droit de superficie, la clause de réserve de propriété, le crédit-bail, la fiducie, l'indivision, la copropriété, les sociétés immobilières d'attribution et les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM). Mais pour lui, la propriété imparfaite serait la propriété celle du fiduciaire.
[3104] RAVENNE S., th. préc., pp. 254 et s., n^{os}331 et s.
[3105] RAVENNE S., th. préc., pp. 216 et s., n^{os}273 et s.
[3106] RAVENNE S., th. préc., pp. 227 et s. n^{os}292 et s.
[3107] RAVENNE S., th. préc., pp. 483 et s., n^{os}622 et s.
[3108] RAVENNE S., th. préc., pp. 276 et s., n^{os}355 et s.
[3109] RAVENNE S., th. préc., p. 293, n°378.

propriété du propriétaire imparfait ? Le terme d'émolument ayant une signification économique, il semblerait que cette personne ait un intérêt économique, mais à quel point ?

711. Enfin, William DROSS possède une approche qu'il nomme « structurale » parce qu'il s'attache à qualifier la relation entre la propriété et la chose[3110]. Ainsi, selon lui, « la propriété est un droit qui porte sur des choses. La propriété n'est pas une chose. La propriété n'est pas un droit qui porte sur les droits. Elle se distingue des choses. Elle se cantonne aux choses »[3111]. L'objectif de sa démonstration est de prouver que la propriété et la chose doivent être clairement identifiées et séparées, et qu'il faut avoir une vision économique de leurs relations. Il refuse de considérer que le triptyque définit le contenu du droit de propriété, et de cette manière, il approuve l'existence des démembrements. Cependant, pour lui, les démembrements ne portent pas sur le droit de propriété mais sur les choses[3112]. Or, il se heurte à la conception classique du droit de propriété qui envisage la chose sous un angle corporel, alors qu'il la conçoit de manière économique, comme des utilités. Il affirme alors que la chose a en elle-même une valeur d'usage, ce qui permet au propriétaire de l'utiliser en principe à sa guise, ou une valeur d'échange pour garantir un créancier[3113].

712. Cette approche structurale est séduisante car elle admet les démembrements tout en expliquant que le propriétaire reste propriétaire. Mais elle ne permet pas de traduire juridiquement l'ampleur des limitations du droit de propriété. D'une part, les limitations portent sur le droit de propriété et non sur les choses, sinon pour se faire restituer sa chose le propriétaire ne serait pas obligé d'exercer une action en revendication. D'autre part, les démembrements ne sont pas les seuls modes de limitations. Enfin, l'aspect économique explique souvent les limitations du droit de propriété, mais pas toujours, lorsqu'elles ont un rôle social.

Ainsi, les théories juridiques tiennent compte des limitations mais de façon soit indirecte, soit incomplète. Il convient donc de vérifier la place des limitations dans les théories économiques.

[3110] DROSS W., Une approche structurale de la propriété, *RTD civ.* 2012, p. 419.
[3111] *Ibid*. n°4.
[3112] *Ibid*. n°11 ; DROSS W., *op. cit.*, p. 106, n°115. *Contra* : *cf. supra* n[os]204 et s.
[3113] *Ibid*. spéc. n°12-13 ; DROSS W., *op. cit.*, pp. 107 et s., n[os]117 et s.

B. Les théories économiques du droit de propriété : des approches globales

713. Les théories économiques pourraient *a priori* apporter une solution à certaines limitations du droit de propriété. Elles ont adopté des approches globales en cherchant des « formes de conceptualisation alternatives de la propriété »[3114] et surtout de la théorie des *property rights*. La confrontation de la doctrine française sur la nature du droit de propriété ne peut qu'encourager à trouver un autre concept faisant preuve d'un certain « réalisme juridique »[3115]. Les économistes ont proposé des théories qui prennent les juristes totalement à contre-pied en mettant en avant une propriété commune. La mise en communauté serait pour les économistes une solution à la raréfication des biens tant appropriés que naturels. Cependant, la théorie de la gouvernance des biens communs (1), n'avance pas les mêmes arguments, ni les mêmes solutions, que la théorie de l'accès aux utilités des biens (2).

1. La théorie de la gouvernance des biens communs

714. La « crise de l'idéologie propriétaire » impliquerait-elle « le retour des communs » ?[3116] Cela peut sembler surprenant car la théorie des communs a fait l'objet de vives critiques dont HARDIN s'est fait le porte-parole dans son article intitulé « *The Tragedy of the Communs* » publié en 1968[3117]. Les communs correspondent à ce que Judith ROCHFELD a qualifié de « communauté négative » c'est-à-dire « une chose commune, marquée par la non-appropriation, une ouverture large de l'usage et une absence de "gouvernance" »[3118]. Il est vrai que de nombreux arguments invitent à confirmer que la propriété commune manque d'efficacité[3119]. Sont ainsi avancés les risques de surexploitations, de conflits sociaux, de surcoûts, de désincitations, de pertes technologiques et financières[3120]. Or, ces arguments économiques « laissent échapper le sens et la fonction sociale que revêt la

[3114] Il s'agit du titre d'un colloque qui a eu lieu à Nice, les 2 et 3 juin 2014 ; « Penser autrement la propriété. Des formes de conceptualisation alternatives de la propriété ».
[3115] ORSI F., Réhabiliter la propriété comme *bundle of rights* : des origines à Elinor OSTROM, et au-delà ?, *RIDE* 2014/3, p. 371, spéc. p. 373 : Fabienne ORSI définit le réalisme juridique comme l'affirmation que « les concepts juridiques n'ont pas de sens préétabli et de proposer une analyse basée sur des catégories réalistes et pragmatiques, c'est-à-dire construites à partir de l'observation de définitions établies empiriquement et de leur mobilisation par les acteurs ».
[3116] CORIAT B. (sous la direction de), *Le retour des communs, La crise de l'idéologie propriétaire*, Les Liens qui Libèrent, Paris, 2015.
[3117] HARDIN G., *The Tragedy of the Commons*, Sciences, New Series, vol. 162, n°3859, décembre 1968, p. 1243 : selon HARDIN, « *Freedom in a commons brings ruin to all* ».
[3118] ROCHFELD J., Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux « communs » ?, *RIDE* 2014/3, p. 351, spéc. p. 360.
[3119] GUIBET LAFAYE C., La disqualification économique du commun, *RIDE* 2014/3, p. 271.
[3120] *Ibid*. spéc. pp. 273 et s.

propriété commune pour l'intégrer dans une logique d'appréciation de la valeur marchande des ressources »[3121]. Ainsi, il fallait trouver une organisation rendant plus efficace la propriété commune, ce qu'a fait l'économiste et politologue américaine OSTROM, et lui a valu le prix Nobel d'économie en 2009[3122].

715. Selon OSTROM, les biens communs sont des ressources communes qui correspondent à « un système de ressource suffisamment important pour qu'il soit coûteux (mais pas impossible) d'exclure ses bénéficiaires potentiels de l'accès aux bénéfices liés à son utilisation »[3123]. Ces systèmes de ressources communes sont qualifiés de CPR[3124], c'est-à-dire de pools communs de ressources[3125]. Ainsi, sa volonté est de penser un système collectif de gestion à vocation plutôt environnementale. Sa méthode est empirique car fondée sur des situations concrètes d'auto-gouvernance telles que la tenure communale dans les prairies et forêts de haute montage dans le village de Törbel en Suisse[3126], les communaux des villages de Hirano, Nagaike et Yamanaka au Japon[3127], ou encore les institutions des systèmes d'irrigation de *huertas* en Espagne[3128]. De ces situations, elle a pu trouver six caractéristiques[3129] sur ces « appropriateurs »[3130].
Elle a également proposé une définition du droit de propriété comme un *bundle of rights* c'est-à-dire un faisceau de droits[3131], en fonction des « positions » des individus, et en distinguant entre le propriétaire (*owner*), le propriétaire sans droit d'aliénation (*proprietor*), le détenteur de droits d'usage et de gestion (*claimant*) et l'utilisateur autorisé (*authorized user*)[3132].

[3121] *Ibid.* spéc. p. 281.
[3122] OSTROM E., *Gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck, 2010.
[3123] OSTROM E., *op. cit*., p. 44.
[3124] *Commun-pool resources*.
[3125] À ce sujet, V. ORSI F., préc. spéc. p. 381.
[3126] OSTROM E., *op. cit*., pp. 81 et s.
[3127] OSTROM E., *op. cit*., pp. 86 et s.
[3128] OSTROM E., *op. cit*., pp. 90 et s.
[3129] OSTROM E., *op. cit.*, p. 250.
[3130] Selon OSTROM un « groupe d'appropriateurs » est « une communauté de citoyens », *op. cit*., p. 43, puis elle précise à la page 45 que « le terme d'"appropriateur" est utilisé dans certains systèmes légaux pour désigner une personne qui revendique un certain droit légal à prélever des unités de ressource » et plus précisément elle-même utilise ce terme « pour désigner tout individu qui prélève ou utilise de quelque manière que ce soit les unités d'une ressource commune, sans égard pour l'origine de leur revendication du droit d'exercer ces activités ».
[3131] Les droits sont l'accès et le prélèvement (*access and withdrawal*), la gestion (*management*), l'exclusion (*exclusion*) et l'aliénation (*alienation*).
[3132] SCHLAGER E. et OSTROM E., *Property-Rights Regimes and Natural Resources : a Conceptual Analysis*, *Land Economics* 1992, p. 249, spéc. p. 252, Table 1 ; ORSI F., préc. spéc. p. 382, tableau 3.

716. En pratique, si l'on souhaite généraliser cette théorie, les biens communs qui seraient susceptibles d'être concernés pourraient être recensés dans le patrimoine commun. Toutefois, cela nécessiterait à tous les individus de la planète d'avoir le comportement des « appropriateurs »[3133]. Or, seule une propriété commune concernant un petit groupe peut avoir une gouvernance efficiente. Notamment, il manque le facteur d'une confiance mutuelle dans un grand groupe. Néanmoins, cette théorie a le mérite d'avoir conceptualisé une forme de propriété limitée parce que partagée entre plusieurs propriétaires[3134]. Cette théorie ne peut donc pas été généralisée, et ne peut donc prétendre à définir le droit de propriété. Mais elle pourrait être envisagée de manière alternative lorsque les « appropriateurs » des biens communs ne sont pas trop nombreux.

En outre, en élaborant un faisceau de droits, cette théorie semble en faveur du droit d'exclure, ce qui atténue l'originalité de sa conceptualisation[3135]. La théorie de l'accès à la propriété évite cette dernière critique en privilégiant l'inclusion.

2. La théorie de l'accès aux utilités des biens

717. Cette théorie développe l'idée qu'il faudrait, pour certains biens, permettre à des tiers d'accéder à leurs utilités[3136]. Ces biens feraient ainsi en même temps l'objet d'une propriété privée et d'une « finalité collective » : ils formeraient une « communauté diffuse »[3137].

L'initiateur de cette théorie est un essayiste américain, Jeremy RIFKIN[3138]. Il affirme que la dématérialisation de l'économie conduit à « la fin de la propriété et des échanges marchands traditionnels »[3139]. Et selon lui, « le droit de ne pas être exclu – le droit à l'accès – prend une importance croissante dans un monde qui repose de plus en plus sur des réseaux sociaux et commerciaux informatisés »[3140].

[3133] Selon l'expression d'OSTROM.

[3134] Pour un avis très partagé concernant les apports de cette théorie, V. DOUAI A., De la dimension politique de la propriété et des institutions : apports et limites de l'approche d'E. OSTROM, *RIDE* 2014/3, p. 301.

[3135] Dans ce sens : ORSI F., préc. spéc. p. 384.

[3136] ROCHFELD J., *op. cit*., p. 324, n°31.

[3137] ROCHFELD J., Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux « communs » ?, *RIDE* 2014/3, p. 351, spéc. p. 365.

[3138] Jeremy RIFKIN s'est inspiré du politologue MACPHERSON : RIFKIN J., *L'âge de l'accès : la nouvelle culture du capitalisme*, La Découverte, Coll. Poche, Paris, 2005, p. 305 : « c'est dans les travaux de Crawford MacPherson, professeur à l'université de Toronto, qu'on trouve la pensée la plus avancée sur le thème de l'opposition entre logique de la propriété et logique de l'accès ».

[3139] RIFKIN J., *op. cit.*, p. 24.

[3140] RIFKIN J., *op. cit.*, p. 308.

Avec cette logique de l'accès, l'individu désire uniquement l'utilité de la propriété sans en avoir les charges. Dans ce monde interconnecté, il ne serait donc plus nécessaire de s'approprier privativement une chose pour en jouir. Et une personne qui souhaiterait être propriétaire ne serait que la victime de son « désir consumériste », c'est-à-dire qu'elle voudrait vivre l'expérience d'être propriétaire[3141].

La logique de l'accès expliquerait notamment les nombreuses restrictions subies par les propriétaires des monuments historiques[3142] ou même des immeubles à usage d'habitation. Le visiteur d'un monument historique peut ainsi entrer dans l'immeuble pour le visiter sans en avoir les charges. De même, le locataire peut vivre dans un immeuble en ne supportant que les réparations locatives[3143]. Selon la logique de l'accès, ces personnes ont les utilités de la propriété sans être propriétaires.

718. Cette théorie est particulièrement innovante puisqu'elle met en œuvre un « droit d'inclusion » et non un droit d'exclusion[3144]. Cela inverse totalement la donne : avec cette théorie, les limitations deviennent le modèle, et le droit de propriété l'exception. D'ailleurs Jeremy RIFKIN explique que « dans un monde en réseau, c'est le droit d'accès, le droit de ne pas être exclu, qui devient le critère fondamental de la liberté individuelle ». Cette logique de l'accès pourrait théoriquement s'appliquer à certaines ressources naturelles, l'air pur, l'eau non polluée, voire à certains biens qui mènent à un épanouissement de l'individu, telle que l'habitation[3145]. Mais une application concrète de cette théorie semble hypothétique.

719. D'une part, si les individus n'ont pas besoin de s'approprier une chose pour l'utiliser, pourquoi certains deviendraient quand même propriétaires ? S'il n'y a aucun avantage concret, l'individu ne se contentera pas uniquement de l'expérience d'être propriétaire. Or, pour que la logique de l'accès fonctionne, il faut qu'il y ait des propriétaires privés qui assument les charges, qui gèrent les biens. Pierre CRÉTOIS propose trois voies qui permettraient d'adapter cette théorie au droit. La première voie serait d' « investir les non-propriétaires d'un pouvoir contre le droit unilatéral des propriétaires à les exclure »[3146]. Mais cela ne fait que confirmer la fonction sociale du droit de propriété : les propriétaires

[3141] CRÉTOIS P., La propriété repensée par l'accès, *RIDE* 2014/3, p. 319.
[3142] *Cf. supra* n°163.
[3143] Décret n°87-712 du 26 août 1987 *pris en application de l'article 7 de la loi n°86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière et relatif aux réparations locatives*, J.O. du 30 août 1987, p. 9976.
[3144] ROCHFELD J., préc. spéc. p. 366.
[3145] ROCHFELD J., *op. cit.*, p. 325.
[3146] CRÉTOIS P., préc. p. 331.

prendraient en charge les non-propriétaires démunis, comme un don qu'ils feraient au profit du groupe social[3147]. La seconde voie serait de confier les biens à des services publics[3148]. Le risque serait alors que l'administration fasse passer son intérêt pour le bien commun[3149]. En outre, cela mènerait à une sorte de régime communiste, dont l'efficacité économique a été remise en cause par l'Histoire. Enfin, la troisième voie serait une administration commune des accès de type ostromien. Or, nous avons vu qu'une telle gouvernance ne peut fonctionner que dans des hypothèses particulières. Ainsi, le problème de l'intérêt du propriétaire ne peut être résolu que si, en tant que maître de l'accès, il obtient des avantages économiques, juridiques ou, pourquoi pas, sociaux. Mais en lui concédant ces avantages on en revient à en faire un être privilégié, qui a des droits que d'autres non pas, et donc la théorie de l'accès perd son intérêt.

720. D'autre part, Jeremy RIFKIN prétend que la dématérialisation de l'économie et l'interconnectivité des individus mènent à une marchandisation complète des relations entre individus[3150]. Or, il convient lui-même qu'un contrat commercial ne peut pas remplacer un contrat social[3151]. Il en vient ensuite à se poser la question suivante : « quel type d'accès recherchons-nous ? »[3152]. Un système privilégiant l'économie délaisse souvent le social, et vice-versa. Pour obtenir un système équilibré, il faut donc entremêler les deux intérêts. Cela constitue tout l'enjeu de la confrontation du droit de propriété et de ses limitations. Le droit de propriété ne doit pas ignorer l'existence des limitations, mais pour autant les limitations ne doivent pas primer sur le droit de propriété. Or, la théorie de l'accès aux utilités du bien semble donner cette fois une place trop importante aux limitations du droit de propriété, puisqu'elle fait subrepticement disparaître la propriété privée en supprimant son intérêt.
Les théories économiques accordent une place plus importante aux limitations que ne le font les théories juridiques. Mais elles ne permettent pas non plus d'obtenir un système équilibré qui valorise le droit de propriété tout en prenant en compte ses dimensions sociales et politiques. Pour aboutir à une telle solution, il convient de déterminer la place des limitations dans la reconceptualisation du droit de propriété.

[3147] Il s'agirait alors d'une version modernisée, voire globalisée, du « potlatch ». Yves STRICKLER, op. cit., p. 135, n°84, définit le « potlatch » comme une « prestation tribale où c'est tout le clan qui contracte pour tous, pour tout ce qu'il possède et pour tout ce qu'il fait, par l'intermédiaire de son chef ».
[3148] CRÉTOIS P., préc. p. 332.
[3149] *Ibid.*
[3150] RIFKIN J., *op. cit.*, p. 311.
[3151] *Ibid.*
[3152] RIFKIN J., *op. cit.*, p. 312.

§2. La place des limitations dans la reconceptualisation du droit de propriété

721. Peut-être faut-il admettre que chercher un équilibre entre le droit de propriété et ses limitations revient à poursuivre des chimères. En effet, comment penser qu'un système juridique, c'est-à-dire un système pensé par l'homme, et pour l'homme, puisse se contenter d'un équilibre ? Mais il ne faut pas oublier que le terme « équilibre » n'implique pas une égalité parfaite. Ainsi, donner une place aux limitations ne signifie pas automatiquement les traiter de la même manière que le droit de propriété.

En considérant les qualités que présente le droit de propriété, pilier de l'ordre juridique[3153], acteur majeur de l'économie et « notion centrale de la sphère sociale »[3154], il ne serait pas réaliste de ne pas le conserver comme modèle. De cette façon, il faut donc le considérer comme un « modèle obligé »[3155].

Néanmoins, un modèle ne doit pas pour autant rester figé face aux évolutions de la société. Ainsi que l'appelait de ses vœux de LANVERSIN : « Que les anciens admettent que les règles qui constituaient la sagesse d'hier sont devenues caduques. Que les autres veuillent bien renoncer à l'espoir d'un renouvellement total qui méconnaîtrait les constantes de la nature humaine et ses aspirations. Alors pourra être définie la formule permettant une modernisation du droit de propriété »[3156].

Ainsi, pour moderniser le droit de propriété et surtout pour le faire correspondre à la réalité, il convient de le repenser à la lumière de ses limitations. Il reste alors à choisir entre la méthode de la définition ou de la conceptualisation (A), puis à faire une proposition (B).

A. Le choix de la méthode : définition *versus* conceptualisation

722. La question qui se pose est de savoir si repenser le droit de propriété par ses limitations nécessite de redéfinir ou de reconceptualiser le droit de propriété.

Au premier abord, étant donné que l'article 544 du Code civil donne une définition du droit de propriété dans sa conception classique, et que cette conception est, à certains niveaux, remise en cause, il serait tentant de vouloir redéfinir le droit de propriété. Certains auteurs ont tenté l'expérience. Le marquis de VAREILLES-SOMMIÈRES a défini le droit de propriété

[3153] CARBONNIER J., *op. cit.*, p. 345.
[3154] ROCHFELD J., *op. cit.*, p. 277, n°1.
[3155] MOUSSERON J.-M., RAYNARD J. et REVET Th., De la propriété comme modèle, *in* Mél. COLOMER, Litec, 1993, p. 281., spéc. p. 305.
[3156] LANVERSIN (de) J., *op. cit.*, p. 159.

comme « le droit en vertu duquel une personne peut *en principe* tirer d'une chose tous ses services. Ou encore : c'est le droit en vertu duquel une personne peut *en principe* faire d'une chose ce qu'elle veut »[3157]. Puis, d'une autre manière, COSTE-FLORET, s'y est également attelé. Pour lui, « la propriété se réalise personnellement dans son principe. La propriété se réalise socialement dans son usage »[3158]. La différence entre ces deux définitions témoigne de l'enjeu du choix de la méthode. Faut-il essayer de réécrire l'article 544 du Code civil, en trouvant une meilleure formulation par rapport aux situations actuelles ? Ou faut-il changer totalement de point de vue, en adoptant une vision plus sociale, ou plus économique ? Il ne semble pas qu'il faille tenter de mieux formuler l'article 544 puisque cela signifierait de le définir par son contenu uniquement. Or, si l'on ne défini pas le droit de propriété par son contenu, et éventuellement par ses caractères, peut-on qualifier le résultat de définition ? C'est certainement face à cet écueil que COSTE-FLORET a choisi de dire qu'il s'agissait plus de la nature juridique du droit de propriété que de sa définition.

723. Par la suite, d'autres auteurs ont voulu appréhender la nature juridique du droit de propriété. Ils ont alors élaboré des théories, notamment : la propriété fonction sociale[3159], ou la théorie dite moderne de la propriété[3160]. Ce mouvement s'est poursuivi sur des points plus particuliers du droit de propriété, par exemple en matière de copropriété[3161], ou par volonté d'opposition avec le droit du preneur[3162]. En réalité, il semblerait que la différence entre chercher une définition et chercher la nature juridique du droit de propriété réside uniquement dans la forme. En effet, en étudiant la nature juridique du droit de propriété, il convient de déterminer ses caractéristiques, ce qui consiste finalement à définir le droit de propriété. Cette méthode est plus détaillée, plus favorable pour trouver de nouvelles pistes de recherche, mais elle est moins percutante qu'une définition synthétique d'une ou deux phrases, appuyée d'explications.

[3157] VAREILLES-SOMMIÈRES (de la Broüe de) G., préc., p. 443, n°1.
[3158] COSTE-FLORET P., *La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil et depuis le Code civil*, th. Montpellier, Recueil Sirey, 1935.
[3159] RENARD G. et TROTABAS L., *La fonction sociale de la propriété privée*, Recueil Sirey, Paris, 1930 ; RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., Paris, 2e éd., 1955.
[3160] GINOSSAR S., *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, L.G.D.J., Paris, 1960 ; ZENATI F., *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon III, 1981 ; LAURENT J., *La propriété des droits*, th. Paris I, Préf. Th. REVET, L.G.D.J., 2012
[3161] MARTY J.-P., *La dissociation juridique de l'immeuble*, th. Toulouse I, Préf. P. HÉBRAUD, L.G.D.J., 1979 ; BAYARD-JAMMES F., *La nature juridique du droit du copropriétaire immobilier, analyse critique,* th. Toulouse 1, Préf. D. TOMASIN, L.G.D.J., 2003 ; LOTZ J., *La division de l'immeuble, Contribution à une théorie de la propriété*, Th. Strasbourg, 2014.
[3162] DERRUPPÉ J., *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Préf. J. MAURY, Dalloz, 1952.

724. De manière littérale, le terme de « définition » provient du latin *definitio* qui signifie « expliquer, fixer des limites », et « concept » est issu de *conceptus*, « une pensée, une idée ». Les dictionnaires du XIX^e^ siècle définissaient le mot « concept » comme une idée[3163], sans ajouter de détail. En revanche, le mot « définition » était expliqué comme une « énonciation des attributs qui distinguent une chose de toutes les autres » ou bien comme « une explication de la nature de la chose »[3164]. Au XX^e^ siècle, le terme de « concept » est considéré comme s'appliquant « à toute notion qui est générale sans être absolue »[3165]. Et désormais, la « définition » est le « fait de déterminer les caractéristiques d'un concept », alors qu'un « concept » est une « idée générale et abstraite que se fait l'esprit humain d'un objet concret ou abstrait »[3166]. Par conséquent, « conceptualiser » revient à organiser des concepts, des idées générales et abstraites.

Ainsi, quelles que soient les époques, il faut un concept en premier, c'est-à-dire une idée, pour qu'il y ait ensuite, une définition. Le concept ne peut être que subjectif et soumis à une évolution. En revanche, une définition pourrait être plus figée, afin de correspondre strictement à un concept. Mais sa dépendance au concept, qui est évolutif, implique qu'elle sera en pratique souvent périmée. Ainsi, plutôt que de vouloir redéfinir le droit de propriété, il semblerait qu'il faille plutôt le reconceptualiser. Un tel processus est logique pour un concept puisqu'il suit l'évolution de la société. En évoquant la « structure du droit de propriété » ou une « approche structurale », les post-modernes semblent aller dans ce sens en voulant structurer, c'est-à-dire organiser des idées, finalement conceptualiser.

725. En guise d'ultime recommandation, Jean-Louis BERGEL explique qu' « en droit, la conceptualisation doit permettre la qualification juridique. Un concept juridique doit être susceptible d'une définition fondée sur les attributs qu'il comporte et les relations spécifiques entre ses divers éléments, encore que le droit ait besoin d'une certaine plasticité grâce à des notions indéterminées, mais non indéterminables qui, par leur flexibilité, lui permettent de capter des réalités mouvantes ou nouvelles »[3167]. Ainsi, il y a lieu de proposer une

[3163] Nouveau dictionnaire classique de la langue française, par MM. Bescherelle et Pons, 1865 ; Dictionnaire français illustré des mots et des choses ou dictionnaire des écoles, des métiers et de la vie pratique, par MM. Larive et Fleury, 1888.
[3164] *Ibid*.
[3165] Larousse universel en 2 volumes : nouveau dictionnaire encyclopédique, t. 1, 1922.
[3166] www.larousse.fr.
[3167] BERGEL J.-L., À la recherche de concepts émergents en droit, *D*. 2012, p. 1567.

reconceptualisation du droit de propriété, comme une idée-force[3168] qui soit évolutive et qui puisse faire l'objet d'une définition.

B. La proposition : les limitations, contenants du droit de propriété

726. Les difficultés

Pour conceptualiser et repenser le droit de propriété par ses limitations, il faut résoudre plusieurs difficultés, qui ont été rencontrées tout au long de cette étude :

- Le droit de propriété doit rester le modèle pour des raisons économiques, mais aussi de sécurité juridique, alors que les limitations sont partout et qu'elles peuvent s'avérer utiles, voire nécessaires pour l'intérêt général.
- Le droit de propriété est un droit fondamental, et pourtant les limitations peuvent lui porter atteinte ou être créatrices de nouvelles formes de propriétés. Ces trois aspects semblent totalement incompatibles les uns avec les autres à l'aune de la conception classique du droit de propriété.

727. Les solutions

- *Le droit de propriété, le modèle*

Pour que le droit de propriété reste le modèle sans être en décalage avec la réalité, nous avons vu qu'il ne doit plus être défini par ses prérogatives[3169]. En revanche, sa valeur fondamentale lui permet de rester le modèle, malgré les limitations dont il est la cible[3170]. Cette valeur fondamentale assure la protection de sa portée[3171]. Elle constitue l'essence du droit de propriété, son noyau dur, car elle accorde au propriétaire la pleine maîtrise de son bien et de son droit. Le propriétaire doit donc être libre d'agir sur son bien, c'est-à-dire qu'il peut aller jusqu'à le détruire. Et il peut utiliser son droit de propriété comme il l'entend. À ce niveau, droit de propriété rime toujours avec liberté.

[3168] GENY définissait les « concepts juridiques » comme des « idées-forces, permettant de tirer des institutions du droit des effets inattendus et de considérer les constructions, édifiées par leur moyen, comme de simples hypothèses, toujours dominées par les faits, acceptables dans la mesure seulement, où elles facilitent l'œuvre téléologique de la jurisprudence, prêtes à s'assouplir et à se transformer devant les exigences de la vie, au besoin, même, à céder sans résistance à l'évidence du but pratique qui les contredirait », *Science et technique en droit privé positif, IV, Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif*, Sirey, Paris, 1924, pp. 32-33, n°277.

[3169] *Cf. supra* n^{os}684 et s.

[3170] *Cf. supra* n°661.

[3171] *Cf. supra* n^{os}580 et s.

- *Les nouvelles formes de propriétés, les instruments du droit de propriété*

Nous avons également constaté qu'il est difficile de définir de la même manière le droit de propriété et les nouvelles formes de propriété[3172]. Le droit de propriété est le modèle de ces propriétés. Elles bénéficient ainsi de la protection que les juges accordent au droit de propriété, une protection qui porte sur leur valeur[3173]. Mais ces propriétés sont en elles-mêmes limitées dans leur étendue : elles ne peuvent concéder plus de droits qu'elles n'en contiennent. Ainsi, l'usufruitier ne peut céder que son usufruit, et l'existence de l'usufruit dépendra toujours de la vie de l'usufruitier d'origine. Le cessionnaire peut ainsi voir disparaître son usufruit du jour au lendemain. Le preneur à bail commercial peut quant à lui céder le bail, séparément ou comme un élément du fonds de commerce. Il peut même céder l'exploitation du commerce à un locataire-gérant. Mais quoiqu'il arrive, il ne transmettra qu'une propriété économique, et non une propriété foncière.

En outre, ces propriétés doivent être limitées dans le temps. À défaut, cela reviendrait à fragmenter le droit de propriété de façon perpétuelle et nous reviendrions aux propriétés utiles et éminentes du Moyen-âge. Et même si la décomposition du droit de propriété pouvait être contrôlée *via* la publication au service de la publicité foncière, elle connaîtrait les mêmes difficultés pratiques : perte de valeur de l'immeuble, concurrence entre les propriétaires pour en jouir, sans oublier les problèmes de gestion sur le long terme.

- *La dissociation entre le droit de propriété, et les propriétés instrumentales ou les propriétés finalisées*

Si le droit de propriété et les nouvelles formes de propriétés doivent être distinguées, cela entraîne alors une dissociation[3174] entre le droit de propriété, en tant que droit fondamental et les *propriétés instrumentales* ou les *propriétés finalisées*[3175]. Ces formes d'appropriation permettent de révéler les différents aspects du droit de propriété : social, économique, financier, politique et environnemental[3176]. Il n'y a alors plus d'intérêts à continuer à distinguer entre les droits réels et les droits personnels. Les propriétés instrumentales englobent ces deux notions. Et elles ont le mérite d'être reliées au droit de

[3172] *Cf. supra* n^{os}195 et s.
[3173] *Cf. supra* n^{os}380 et s. Le terme « valeur » doit être entendu à la fois dans sa dimension vénale et sa dimension patrimoniale.
[3174] BERGEL J.-L., L'évolution contemporaine du droit de propriété en France*, in* Mél. BÉGUET, Université de Toulon et du Var, Faculté de Droit, 1985, p. 13, spéc. p. 24 : « une certaine dissociation du droit de propriété en tant que droit subjectif s'opère entre son principe qui reste protégé, et les pouvoirs qui y sont attachés qui sont tributaires de l'intérêt général ».
[3175] *Cf. supra* n°373.
[3176] *Cf. supra* n^{os}667 et s.

propriété, lors de l'utilisation du droit de propriété et pour bénéficier de sa protection, tout en étant ses limitations. La reconnaissance de ces propriétés correspond à la volonté du propriétaire originaire, mais elle doit être contrôlée en présence de propriétés instrumentales.

- *Le traitement des limitations susceptibles de porter atteinte au droit de propriété*

Certaines limitations au profit de tiers déterminés ou indéterminés[3177] vont contraindre le droit de propriété à être instrumentalisé. Même si le droit de propriété reste protégé par sa valeur fondamentale, il peut être influencé par certaines limitations dont les agissements sont fondés en principe sur l'intérêt général[3178]. Elles présentent les caractéristiques des *propriétés démembrées*, mais leur but est de rompre le lien entre le propriétaire originaire et le droit de propriété[3179]. Or, selon l'importance du détachement qu'elles réalisent, elles aboutissent à une privation ou à une restriction du droit de propriété[3180].

Pour conserver un équilibre entre le droit de propriété et ses limitations, il est nécessaire d'encadrer l'utilisation du droit de propriété, à l'exception du cas de la *propriété finalisée*. Il faut ainsi éviter que la nouvelle appropriation déstabilise le noyau dur, la valeur fondamentale du droit de propriété.

Dans un premier temps, l'encadrement peut avoir lieu conventionnellement, ou légalement[3181]. Mais dans un second temps, si les limitations sont susceptibles de porter atteinte au droit de propriété en s'en détachant, le juge devra vérifier qu'elles sont prévues par la loi, proportionnées et justifiées par un intérêt général[3182]. À ce stade, il est primordial de savoir qualifier la limitation pour déterminer si elle porte atteinte au droit de propriété. Il faudra également déterminer si la limitation du droit de propriété pourra être sanctionnée par une restitution et/ou une réparation[3183].

- *Les limitations sont alors les contenants du droit de propriété*

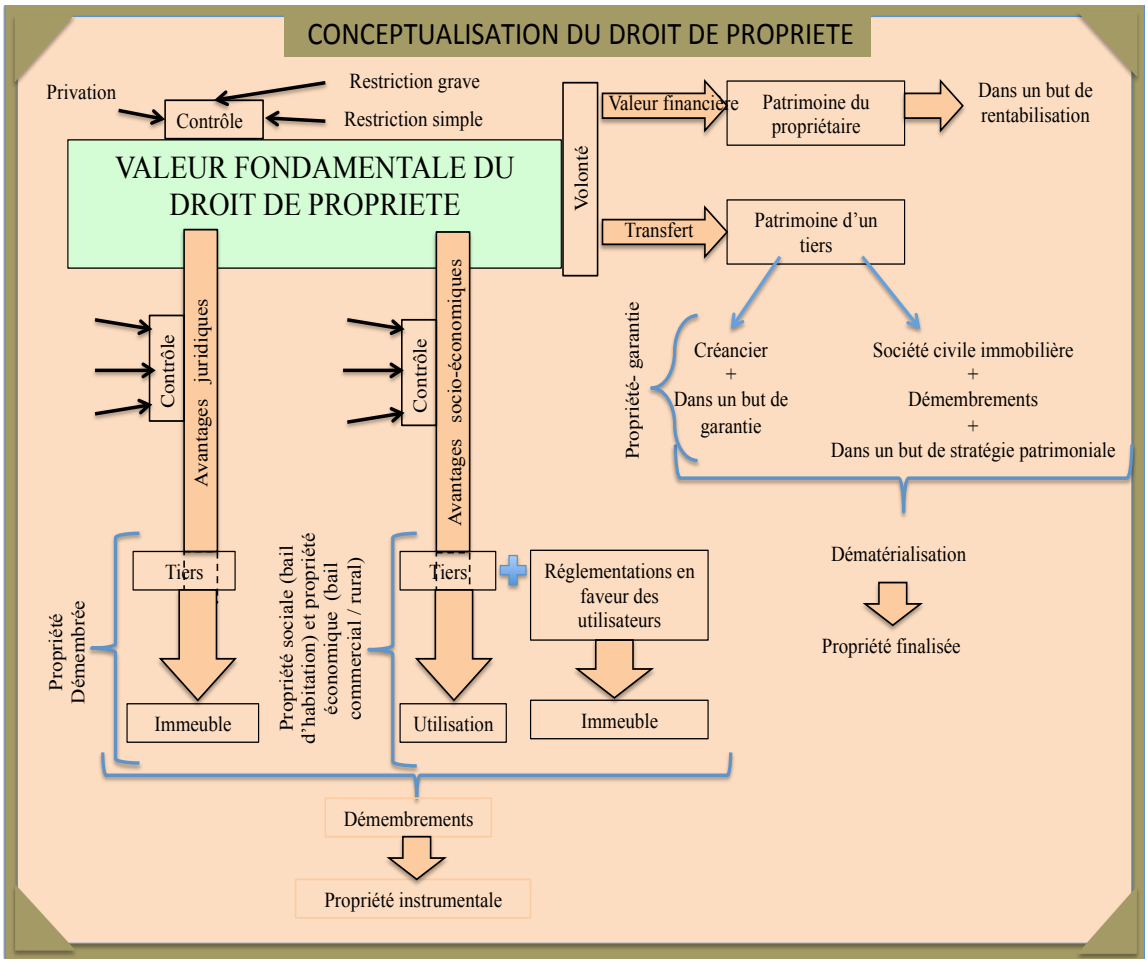
Les limitations se sont tellement développées qu'elles encerclent le droit de propriété. Pour un propriétaire, il est devenu presque plus important de savoir ce qu'il lui est interdit de faire, que ce qu'il lui est permis de faire avec son droit. Les limitations sont alors les contenants du droit de propriété. Le droit de propriété ne peut donc plus être envisagé sans les

[3177] *Cf. supra* n°668.
[3178] *Cf. supra* n^{os}66 et s.
[3179] Il s'agit de l'hypothèse des démembrements déguisés : *cf. supra* n^{os}143 et s.
[3180] Sur la qualification des limitations : *cf. supra* n^{os}387 et s.
[3181] *Cf. supra* n^{os}226 et s.
[3182] *Cf. supra* n^{os}431 et s.
[3183] *Cf. supra* n^{os}499 et s.

prendre en considération. Le droit de propriété est composée d'une valeur fondamentale, son noyau dur, et de ses limitations. La qualification des limitations permet de déterminer quel est le niveau de l'utilisation du droit de propriété.

728. La schématisation

Cette façon de repenser le droit de propriété par ses limitations peut être schématisée de la manière suivante :



Les limitations du droit de propriété

La valeur fondamentale du droit de propriété

La conceptualisation du droit de propriété

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

729. Les limitations qui portent atteinte ou non au droit de propriété façonnent le droit de propriété. Elles constituent son avenir puisque le droit de propriété constitue toujours un symbole de sécurité et de richesse et qu'à ce titre il a vocation de plus en plus à être considéré comme un outil au service des individus. Par conséquent seule l'intégration des limitations au sein même du concept de droit de propriété permet d'expliquer leur rôle.
Même si la plupart des théories du droit de propriété sont conscientes de leur existence aucune ne fait une place suffisante aux limitations. Or les limitations du droit de propriété sont une réalité qui doit être traduite juridiquement.

730. Pour repenser le droit de propriété par ses limitations il convient d'abandonner la conception classique qui définit le droit de propriété comme la somme des attributs « *usus-fructus-abusus* » et il semble nécessaire d'adapter la corporalité de l'objet du droit de propriété au domaine économique. En revanche, la reconceptualisation du droit de propriété devra prendre en considération les limitations, dans sa définition, tout en sauvegardant le droit de propriété comme un droit fondamental. Le droit de propriété reste le modèle, mais il est possible de s'en servir par le biais des limitations. Ces dernières constituent la face active du droit de propriété, qui émergent du droit de propriété. En ce sens elles permettent de le définir non plus en se référant à son contenu, mais en examinant ses contenants.

CONCLUSION DU TITRE 2

731. Le droit de propriété a évolué sous l'influence de ses limitations. Leur augmentation et leur diversité ont occasionné une réaction sinon de rejet, au moins de sauvegarde. Devant la multiplication des limitations il fallait rendre le droit de propriété plus consistant. Ainsi, prenant en compte les atteintes dont le droit de propriété pouvait faire l'objet, les juges, aidés du législateur, se sont associés pour garantir la valeur fondamentale du droit de propriété, tant sur un plan matériel que sur un plan procédural. De cette manière, la portée du droit de propriété se trouve assurée ponctuellement puisqu'elle dépend de l'existence et du bon déroulement des recours. Le droit de propriété demeure un modèle, et sa valeur fondamentale est son essence.

732. Toutefois, pour correspondre aux besoins de la société, prise en son ensemble ou sous l'angle d'un seul individu, le droit de propriété ne peut se contenter d'être un idéal. Il doit permettre de traduire une réalité. La conception classique du droit de propriété n'est plus tout à fait adaptée pour appréhender les phénomènes de démembrement ou de dématérialisation, ni même les incursions fréquentes du droit public par l'intermédiaire des règlementations d'urbanisme et des préoccupations environnementales. Ainsi, plutôt que de concevoir le droit de propriété par ce qu'il est, il paraît plus adéquat de le repenser par ce qu'il n'est pas, c'est-à-dire par ses limitations. C'est donc en étudiant ce qu'il n'a pas que le propriétaire saura ce qui lui reste. Les limitations sont ainsi les contenants du droit de propriété.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

733. De nombreuses limitations peuvent porter atteinte au droit de propriété et pourtant, de façon paradoxale, elles se révèlent être les vecteurs de sa protection.

D'une part, en faisant l'objet d'un encadrement, elles ont permis de protéger la valeur du droit de propriété. Cet encadrement peut être assimilé aux prémices d'un régime juridique. Le stade de la qualification s'est harmonisé et le contrôle est efficient. En revanche, l'étape de l'appréciation est très précautionneuse, et celle de la sanction manque de cohérence.

D'autre part, les limitations ont été prises en considération par les juges, dont la réaction a été de garantir la valeur fondamentale du droit de propriété, créant ainsi un contrepoids aux limitations. Cet équilibre ne peut durer face à l'augmentation des limitations. Par conséquent, la portée du droit de propriété se trouve pour l'instant protégée par la valeur fondamentale du droit de propriété, mais une reconceptualisation du droit de propriété qui intègre ses limitations est nécessaire. Un équilibre doit être trouvé à l'intérieur du concept du droit de propriété en admettant les limitations comme étant les contenants du droit de propriété.

CONCLUSION GÉNÉRALE

734. La recherche entreprise sur les limitations du droit de propriété en matière immobilière s'était donnée comme objectif de déterminer l'influence des limitations sur le droit de propriété. La matière immobilière avait l'avantage d'être à la fois l'objet privilégié du droit de propriété, et la cible principale des limitations. Sa valeur et la sécurité qu'elle procure à son propriétaire donnent lieu à des conflits d'intérêts. En confrontant ces intérêts, il sera possible de dresser un état des lieux du droit de propriété.

735. Il était utile de commencer cette étude en examinant la coexistence du droit de propriété et de ses limitations au niveau historique. En effet, depuis le droit romain, l'Histoire a révélé un perpétuel mouvement d'équilibre entre eux. L'un allant avec les autres, il était alors possible d'en déduire que les limitations permettent par une approche en négatif, de mieux comprendre l'évolution du droit de propriété. Elles se comportent comme des témoins de sa mutation. Cela signifie que lorsqu'elles sont nombreuses, le droit de propriété devient moins individuel et moins exclusif. En outre, à l'instar du droit de propriété, ses limitations ont non seulement des origines historiques, mais également un fondement, qui est celui de l'intérêt général. *A priori*, ce dernier semble s'opposer à celui du droit de propriété qui est la liberté individuelle. En réalité, l'intérêt général est devenu une notion générique dont la nature est protéiforme. Il peut ainsi limiter le droit de propriété de façon légitime et ce, dans des hypothèses variées. Mieux encore, il fait lui-même l'objet d'un encadrement notamment par le contrôle de proportionnalité, ce qui pourrait presque le faire paraître inoffensif vis-à-vis du droit de propriété.

736. Les limitations disposaient donc de fondements théoriques, mais il fallait les appliquer au droit de propriété. La jurisprudence a joué un rôle important dans leur développement en reconnaissant des cas d'expropriations pour cause d'utilité privée. Elle a également interprété certains textes pour permettre l'évolution des fondements des restrictions, dans le cadre de l'abus du droit de propriété et des troubles anormaux du voisinage. Mais aussi de manière plus générale, la jurisprudence, en contrôlant les restrictions, a expliqué quels en sont les fondements textuels. Les formes des limitations se sont également transformées. Elles sont devenues à la fois plus discrètes et plus retorses puisqu'elles se sont intégrées à des processus provenant des autorités publiques, tel que le droit de préemption, et à des régimes spéciaux de division de l'immeuble. Il en résulte que ces limitations portent soit

sur la personne du propriétaire en entravant sa liberté ou sa souveraineté, soit sur l'immeuble en opérant une division. Ainsi, les limitations ont fini par faire évoluer le droit de propriété, mais il en a perdu son éclat. En effet, par exemple, l'existence d'un emplacement réservé ou la multiplication des motifs de préemption soumet finalement le droit de propriété à la volonté de l'État, *via* l'intérêt général. Dans un autre domaine, les modes d'organisation et de gestion collectives restreignent les prérogatives du propriétaire. L'immeuble, bâti ou non bâti, est partagé physiquement, ce qui se traduit juridiquement par un droit de propriété différent de celui qui est présenté dans la conception classique. Par conséquent, si le droit de propriété s'est adapté à certaines de ses limitations, c'est au prix de sa mutation.

737. Cette première étape de la réflexion a permis de confirmer que le droit de propriété n'est ni absolu, ni inviolable. Et il ne semble pas davantage qu'il soit sacré. En effet, le propriétaire de l'immeuble a tendance à vouloir s'en servir comme d'un instrument créateur de richesses. Pour correspondre aux besoins du propriétaire, mais également à ceux des utilisateurs de l'objet sur lequel il porte et à ceux des créanciers, de nouvelles formes d'appropriation ont été créées, qui constituent des limitations. À l'occasion d'un démembrement de ses utilités juridiques, le droit de propriété peut ainsi émettre des avantages juridiques au profit de tiers, et qui portent sur l'immeuble. Le droit de propriété peut être mis en sommeil, notamment lorsque le propriétaire originaire ne conserve que la nue-propriété. En revanche, les avantages dont dispose le tiers vont se transformer en une forme d'appropriation, une *propriété instrumentale*. Cette propriété, que l'on peut qualifier de *démembrée*, pourra aller jusqu'à présenter l'apparence d'un véritable droit de propriété, comme dans l'hypothèse d'un usufruit.

738. À force de faire évoluer le droit de propriété, les limitations le libèrent de certaines de ses inhibitions.

D'une part, elles rendent superflue la référence aux droits réels et personnels. En effet, un démembrement des utilités juridiques n'est pas un droit réel accessoire, et par l'intermédiaire d'un bail peut se produire un démembrement des utilités socio-économiques du droit de propriété. Dans ce dernier cas, ce sont les avantages contractuels conférés par le bailleur, et les avantages accordés par le législateur à l'utilisateur, qui vont créer de nouvelles formes de *propriétés instrumentales* : une *propriété sociale* ou une *propriété économique*, selon le type du bail.

D'autre part, sous l'impulsion des limitations, le droit de propriété devient un actif presque ordinaire du patrimoine. En premier lieu, en dehors de l'hypothèse de la clause de réserve de propriété, le droit de propriété est transféré dans un autre patrimoine au profit d'un créancier. Ces propriétés-garantie accordent alors une situation privilégiée par l'exclusivité qu'elle confère au créancier. Mais elles sont en même temps des propriétés conditionnées c'est-à-dire limitées temporellement et matériellement. Et en second lieu, le propriétaire amplifie encore la dématérialisation du droit de propriété, en l'utilisant comme un moyen d'accomplir sa stratégie patrimoniale. Or, dans le cadre d'une optimisation fiscale, le propriétaire n'hésite pas à diminuer ses prérogatives pour valoriser son droit. En recherchant la défiscalisation, le droit de propriété qui porte sur un immeuble dégénère en propriété financière. Et en combinant le démembrement et la technique de la société civile immobilière, il transfère son droit de propriété dans le patrimoine de la société, tout en lui faisant créer une *propriété démembrée*. Ces différentes techniques cherchent à valoriser le droit de propriété, en le transférant ou en le conservant dans leur patrimoine tout en l'affectant. En n'étant plus qu'un outil de valorisation aux yeux de son propriétaire le droit de propriété devient une *propriété finalisée*.

739. Cette seconde étape a prouvé que sous l'influence des limitations, le plus souvent commandées par le propriétaire, le droit de propriété évolue dans son contenu et dans sa fonction. Le contenu du droit de propriété ne se limite pas aux prérogatives traditionnellement reconnues au propriétaire : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Le droit de propriété est clairement un droit social, politique et à visée patrimoniale.
Toutefois, ces dernières limitations, qui créent de nouvelles formes de propriété, doivent être encadrées pour qu'elles ne puissent pas porter atteinte au droit de propriété. Cela est également nécessaire, si ce n'est plus, pour les limitations qui ne sont pas la source de nouvelles formes d'appropriation, telles que les limitations à visée urbanistique ou environnementale. En l'absence d'indemnité ou de garanties procédurales, ces limitations porteront atteinte au droit de propriété. Mais, de manière inattendue, les limitations agissent comme des catalyseurs : elles sont les vecteurs de la protection du droit de propriété.

740. Afin de préserver la valeur du droit de propriété, les juges organisent peu à peu un contrôle des limitations. Ce contrôle est efficient lorsqu'il s'agit de qualifier les limitations. Le critère de l'extinction du droit de propriété et certains critères complémentaires permettent de déterminer la présence d'une privation du droit de propriété. Si les critères ne révèlent pas une privation, cela signifie que la limitation en cause est une restriction soit

grave, soit simple. En revanche, les juges font preuve d'une extrême précaution pour apprécier les limitations, c'est-à-dire pour décider si elles portent ou non atteinte au droit de propriété. Des conditions de légalité, de finalité et de proportionnalité permettent aux juges d'exercer ce contrôle. Mais il pourra être modéré, notamment par les juges européens, qui opposeront la marge nationale d'appréciation.
De même, une pluralité de sanctions condamnent les limitations, mais les procédures que doivent suivre les propriétaires sont fastidieuses, et leurs issues sont incertaines. Préalablement, une privation doit être compensée par une indemnisation, contrairement aux hypothèses de restrictions. Si ce n'est pas le cas, ou si l'indemnité n'est pas juste ou raisonnable, soit le propriétaire devra saisir le juge compétent en matière d'expropriation, soit il agira devant le juge judiciaire pour obtenir la restitution juridique puis la restitution matérielle de son droit de propriété. Il pourra demander à titre principal ou à titre subsidiaire la réparation du préjudice que lui a causé l'atteinte. Et en dehors des fondements propres au droit de propriété, le propriétaire pourra invoquer à l'appui de son atteinte le non respect de droits procéduraux ou de nature patrimoniale. Enfin, si l'atteinte cause un trouble à l'ordre public et correspond à une incrimination prévue par les normes répressives, elle pourra relever de la dimension pénale.

741. Cette troisième étape du raisonnement a indiqué que par le biais du contrôle et des sanctions des limitations, même si ces derniers peuvent sembler insuffisants, un début d'encadrement des limitations est bel et bien mis en place. Il fait d'ailleurs penser à l'ébauche d'un régime juridique propre aux limitations. Or, si les limitations sont elles-mêmes circonscrites, par un effet de balancier, cela ne peut que protéger le droit de propriété. Et puisque le rééquilibrage s'effectue par des moyens juridiques et financiers, c'est plus précisément la valeur du droit de propriété qui est protégée.

742. La quatrième et dernière étape a consisté à démontrer que finalement, la prise en considération des limitations conduit à aborder le droit de propriété sous un angle nouveau.
En effet, depuis une quarantaine d'année, pendant que les limitations se multipliaient, les juges ont renforcé la portée du droit de propriété en consacrant sa valeur fondamentale. Des recours ont été ouverts au propriétaire, devant le Conseil constitutionnel et devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Toutefois, l'utilisation de concepts aussi prégnants que « droit fondamental » et « liberté fondamentale », pour désigner le droit de propriété, n'est pas neutre. Cette sorte de surenchère permet de conserver un semblant d'équilibre entre le droit de

propriété et ses limitations. Mais la jurisprudence se doit d'être particulièrement vigilante, comme en atteste l'évolution récente de la voie de fait. Il ne semble pas qu'il y ait un concept supérieur à ce qui est fondamental, ainsi il n'y aura pas de moyens supplémentaires pour surélever davantage le portée du droit de propriété face à l'augmentation de ses limitations.
C'est pourquoi, plutôt que de tenter des rééquilibrages ponctuels, il paraît nécessaire de repenser le droit de propriété dans son ensemble, pour qu'il corresponde mieux à la réalité. Sans une telle remise en cause, le droit de propriété finira pas subir lentement mais surement une érosion, comme cela a été le cas dans l'Ancien droit. Ainsi, il serait envisageable de distinguer entre le droit de propriété en tant que modèle, qui aurait une valeur fondamentale, et des formes d'appropriation, les *propriétés instrumentales* et les *propriétés finalisées*, qui permettraient à des tiers d'obtenir des avantages portant sur un immeuble. De cette manière, les limitations qui créent de nouvelles formes de propriétés seraient totalement incluses dans la conceptualisation du droit de propriété. Et quant aux autres limitations, il conviendrait d'harmoniser leur encadrement. Pour cela, les juges internes et européens doivent utiliser les mêmes critères de qualification, et apprécier effectivement et de la même manière les conditions de légalité, de finalité et de proportionnalité.

743. Ainsi, l'étude des limitations au droit de propriété en matière immobilière a révélé non pas une dégénérescence, mais une nouvelle et nécessaire évolution du droit de propriété. D'un côté le droit de propriété est essentiel comme modèle, mais d'un autre côté les limitations qui lui sont apportées correspondent aux besoins de la société actuelle. Pour déterminer le contenu du droit de propriété il convient de rechercher quelles sont ses limitations. En ce sens, les limitations doivent être considérées comme les contenants du droit de propriété.

BIBLIOGRAPHIE

I- MANUELS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

- ALBIGES Ch. et DUMONT-LEFRAND M.-P., *Droit des sûretés*, Dalloz, HyperCours, Paris, 4e éd., 2013, 554 pp.
- ANCEL P., *Droit des sûretés*, Lexisnexis, Coll. Objectif droit-cours, Paris, 7e éd., 2014, 254 pp.
- ATIAS Ch., *Droit civil, les biens*, Lexisnexis, Coll. Manuel, Paris, 12e éd., 2014, 385 pp.
- AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Dalloz, Coll. Sirey Université, Paris, 15e éd., 2014, 381 pp.
- AUBY J.-M., BON P., AUBY J.-B. et TERNEYRE Ph., *Droit administratif des biens*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 6e éd., 2011, 742 pp.
- AULAGNIER J., AYNÈS L., BERTREL J.-P. et PLAGNET B. (sous la direction scientifique de), *Patrimoine*, t. 1 et 2, Wolters Kluwer, Coll. Lamy Droit & Patrimoine, 2014, 1800 pp.
- AYNÈS L. et CROCQ P., *Les sûretés : la publicité foncière*, Defrénois, Coll. Droit civil, Paris, 8e éd., 2014, 425 pp.,
- BART J., *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, Montchrestien, Coll. Domat droit privé, Paris, 2e éd., 2009, 473 pp.
- BÉNABENT A., *Droit des obligations*, L.G.D.J., Coll. Domat droit privé, Issy-les-Moulineaux, 14e éd., 2014, 730 pp.
- BERGEL J.-L., *Le droit des biens*, PUF, Coll. Que sais-je, Paris, 2e éd., 1990, 127 pp.
- BERGEL J.-L., BRUSCHI M. et CIMAMONTI S., Les biens, L.G.D.J., Coll. Traité de droit civil, 2e éd., 2010, 777 p.
- BLATTER J.-P., *Droit des baux commerciaux*, Le Moniteur, Coll. Analyse juridique, Paris, 4e éd., 2006, 631 pp.
- BOULOC B. et MATSOPOULOU H., *Droit pénal général et procédure pénale*, Sirey, Coll. Intégral concours, 19e éd., 2014, 684 pp.
- BRUN Ph., *Responsabilité civile extracontractuelle*, Lexisnexis, Coll. Manuel, Paris, 3e éd., 2014, 641 pp.
- CABRILLAC M., MOULY C., CABRILLAC S. et PETEL P., *Droit des sûretés*, Litec, Coll. Les Manuels, Paris, 8e éd., 2010, 780 pp.

- CABRILLAC R. (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Hors collection, Dalloz, Paris, 19e éd., 2013, 1001 pp.
- CHEYNET DE BEAUPRÉ A., *Droit des biens*, Vuibert, Coll. Dyna'sup Droit, Paris, 2010, 350 pp.
- CHRETIEN P. et CHIFFLOT N., *Droit administratif*, Dalloz, Coll. Sirey Université, Paris, 13e éd., 2012, 755 pp.
- CHRISTOPHE J.-C., *Les baux ruraux*, Territorial éditions, Coll. L'essentiel sur, Voiron, 2008, 99 pp.
- CORNU G., *Droit civil, les biens,* Montchrestien, Coll. Précis Domat droit privé, Paris, 13e éd, 2007, 377 pp.
- COTTON G. et CHANDELLIER J.-L., Baux ruraux, Dalloz, Coll. Delmas, Paris, 5e éd., 2004, 326 pp.
- COURBE P. et LATINA M., *Droit civil. Les biens*, Dalloz, Coll. Mémentos, Paris, 7e éd., 2014, 174 pp.
- COURTIEU G. et COURTIEU D., *Les troubles du voisinage,* Litec, Coll. Litec immo, Paris, 2002, 143 pp.
- DELEBECQUE Ph. et PANSIER F.-J., *Droit des obligation : responsabilité civile, délit et quasi-délit*, Lexisnexis, Coll. Objectif droit, Paris, 6e éd., 2014, 345 pp.
- DROBENKO B., *Droit de l'urbanisme*, Lextenso, Coll. Mémentos, Paris, 9e éd., 2014, 319 pp.
- DROSS W., *Droit des biens*, Montchrestien, Coll. Domat droit privé, Paris, 2e éd., 2014, 460 pp.
- DRUFFIN-BRICCA S., et HENRY L.-C., *Droit des biens*, Gualino-Lextenso, Coll. Mémentos, Paris, 6e éd., 2015, 240 pp.
- FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MELIN-SOUCRAMANIEN F., PENA A., PFERSMANN O., PINI, J., ROUX A., SCOFFONI G. et TREMEAU J., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 6e éd., 2012, 701 pp.
- FERNOUX P., *Gestion fiscale du patrimoine*, Groupe Revue Fiduciaire, Coll. Pratiques d'Experts, 18e éd., 2013, 703 pp.
- INSERGUET-BRISSET V., *Droit de l'environnement*, Presses universitaires de Rennes, Coll. Didact Droit, Rennes, 2005, 292 pp.
- JACQUEMONT A., *Droit des entreprises en difficulté*, Lexisnexis, Coll. Manuel, Paris, 8e éd., 2013, 701 pp.

- LARROUMET Ch., *Droit civil, T. II, Les biens, droits réels principaux*, Economica, Coll. Droit civil, 5e éd., 2006, 635 pp.
- LE BOT O., *Le guide des référés administratifs, et des autres procédures d'urgence devant le juge administratif*, Dalloz, Coll. Guides Dalloz, Paris, 2013, 914 pp.
- LEBRETON G., *Droit administratif général,* Dalloz, Coll. Cours, Paris, 7e éd., 2013, 591 pp.
- LE CORRE P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, Coll. Dalloz action, Paris, 7e éd., 2013, 2623 pp.
- LE CORRE P.-M. et LE CORRE-BROLY E., *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, Coll. Sirey Université, Paris, 2e éd., 2006, 545 pp.
- LEGEAIS D., *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, Coll. Manuel, Paris, 9e éd., 2013, 506 pp.
- LEPOINTE G., *Droit romain et ancien droit français (Droit des biens)*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 1958, 325 pp.
- LETTERON. R., *Libertés publiques*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 9e éd., 2012, 613 pp.
- LEVY J.-P. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 2e éd., 2010, 1640 pp.
- MAINGUY D. *Contrats spéciaux*, Dalloz, Coll. Cours, Paris, 9e éd., 2014, 640 pp.
- MALABAT V., *Droit pénal spécial*, Dalloz, Coll. HyperCours, 6e éd., 2013, 584 pp.
- MALAURIE Ph. et AYNÈS L., *Les biens*, L.G.D.J., Coll. Droit civil, 6e éd., 2015, 428 pp.
- MATHIEU M.-L., *Droit civil, Les biens*, Dalloz, Coll. Sirey Université, Paris, 3e éd., 2013, 382 pp.
- MÉMETEAU G., *Droit des biens*, Larcier, Coll. Paradigme, Bruxelles, 7e éd., 2014, 260 pp.
- MIGNOT M., *Droit des sûretés*, Montchrestien, Coll. Cours, 2010, 848 pp.
- OURLIAC P. et GAZZANIGA J.-L., *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Albin Michel, Coll. L'évolution de l'humanité, Paris, 1985, 442 pp.
- PATAULT A.-M., *Introduction historique au droit des biens*, PUF, Coll. Droit fondamental, Paris, 1989, 336 pp.
- PÉROCHON F., *Entreprises en difficulté*, LGDJ, Coll. Manuel, Paris, 10e éd., 2014, 875 pp.
- PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil, t. 1*, LGDJ, Paris, 1900, 968 pp.
- POUMAREDE J., *Histoire du droit privé : la propriété*, U.N.J.F, 2011,
- PRIEUR M. et HENRIOT G.-C., *Servitudes de droit public et de droit privé*, Editions du Moniteur, Coll. Actualité juridique, Paris, 4e éd., 1979, 510 pp.

- RAPP L., TERNEYRE Ph., SYMCHOWICZ N. (sous la direction scientifique de), *Droit public des affaires*, Wolters Kluwer, Coll. Lamy Affaires, 2014, 2000 pp.
- REBOUL-MAUPIN N., *Droit des biens*, Dalloz, Coll. Hypercours, Paris, 2014, 5e éd., 701 pp.
- RENAUT M.-H., *Histoire du droit de la propriété*, Ellipses, Coll. Mise au point, Paris, 2004, 127 pp.
- RENUCCI J.-F., *Droit européen des droits de l'homme,* LGDJ, Coll. Traités, Paris, 2e éd., 2012, 1297 pp.
- RIPERT G., *Traité élémentaire de Droit civil de Marcel PLANIOL*, *Tome premier : Principes généraux, Les personnes – Les biens*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1942, 1292 pp.
- ROBERT J. et DUFFAR J., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchestien, Coll. Domat droit public, Paris, 8e éd., 2009, 907 pp.
- SAURON J.-L., *Procédures devant les juridictions de l'Union européenne et devant la CEDH*, Gualino, Coll. Master, Paris, 3e éd., 2014, 397 pp.
- SERMET L., La Convention européenne des droits de l'homme et le droit de propriété, Conseil de l'Europe, 2e éd., 1998, 74 pp.
- SEUBE J.-B., *Droit des biens*, Litec, Coll. Objectif Droit - Cours, Paris, 6e éd., 2014, 159 pp.
- SCHILLER S., *Droit des biens*, Dalloz, Coll. Cours, Paris, 6e éd., 2013, 353 pp.
- SOLER-COUTEAUX P. et CARPENTIER E., *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, Coll. HyperCours, Paris, 5e éd., 2013, 835 pp.,
- STRICKLER Y., *Les biens*, PUF, Coll. Thémis Droit, Paris, 2006, 536 pp.
- SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Coll. Droit fondamental, Paris, 11e éd., 2012, 935 pp.
- TAFFOREAU P. et MONNERIE C., *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino-Lextenso, Coll. Master, Paris, 4e éd., 2015, 605 pp.
- TERRÉ F. et SIMLER Ph., *Droit civil. Les biens*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 9e éd., 2014, 870 pp.,
- VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, PUF, Coll. Thémis Droit, Paris, 3e éd., 2011, 517 pp.,
- WACHSMANN P., *Libertés publiques*, Dalloz, Coll. Cours, Paris, 7e éd., 2013, 807 pp.
- WALINE J., *Droit administratif*, Dalloz, Coll. Précis, Paris, 25e éd., 2014, 768 pp.

- ZENATI-CASTAING F. et REVET Th., *Les biens*, PUF, Coll. Droit fondamental, Paris, 3eéd, 2008, 759 pp.

II- THÈSES ET OUVRAGES SPÉCIAUX

- Archives parlementaires, première série (1789-1799), t. VIII,
- AUGER D., *Droit de propriété et droit pénal*, th. Aix-Marseille III, Préf. S. CIMAMONTI, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, 449 pp.
- BARRIERE F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, th. Paris II, Préf. M. GRIMALDI, Litec, 2004, 604 pp.
- BAYARD-JAMMES F., *La nature juridique du droit du copropriétaire immobilier, analyse critique,* th. Toulouse 1, Préf. D. TOMASIN, L.G.D.J., 2003, 390 pp.
- 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*, th. Toulouse I., Préf. B. de LAMY, L.G.D.J., 2012, 424 pp.
- BERGEL J.-L., *Les servitudes de lotissement à usage d'habitation*, th. Aix-Marseille, L.G.D.J., 1973, 427 pp.
- BERGER-TARARE C., *Le fiduciaire défaillant, Regards croisés en droit des biens et droit des obligations*, th. Lyon III, 2013, 671 pp.
- BERLIOZ P., *La notion de bien*, th. Paris I, Préf. L. AYNÈS, L.G.D.J., 2007, 596 pp.
- BERRA D., *Le principe de libre disposition des biens en droit civil, Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, th. Nancy, 2 vol., 1969, 1080 pp.
- BIGLIONE F., *La notion de privation de propriété, Etude relative à la propriété immobilière*, th. Aix-Marseille III, 1998, 505 pp.
- BLANLUET G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français : recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, th. Paris II, Préf. P. CATALA et M. COZIAN, L.G.D.J., 1999, 493 pp.
- BOFFA R., *La destination de la chose*, th. Montpellier I, Préf. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, Defrénois, t. 32, 2008, 490 pp.
- BONCERF P.-F., *Les inconvéniens des droits féodaux ou réponse d'un Avocat au Parlement de Paris, à plusieurs vassaux des seigneuries de .... de .... etc*, 1791, VIII-90 pp.
- BOUGEROL-PRUD'HOMME L., *Exclusivité et garantie de paiement*, th. Paris II, Préf. P. CROCQ, L.G.D.J., 2012, 572 pp.
- BOY L., *L'intérêt collectif en droit français,* th. Nice, 1979, 808 pp.

- BRAUD Ph., *La notion de liberté publique en droit français*, th. Rennes, Préf. G. DUPUIS, L.G.D.J., 1968, 476 pp.
- BRÈS A., *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, th. Montpellier I, Préf. J. RAYNARD, Litec, 2009, 640 pp.
- BRETTON Ph., *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, th. Poitiers, Préf. Ph. ARDANT, L.G.D.J., 1964, 293 pp.
- BROUANT J.-Ph. (sous la direction de) et JEGOUZO Y. (avec la collaboration de), *LE DALO*, La documentation française, Coll. Les cahiers du GRIDAUH, 2011, 162 pp.
- BROUILLAUD P., *Des limites du droit de propriété en hauteur et en profondeur*, th. Bordeaux, 1926, 192 pp.
- BRUGUIÈRE J.-M., *L'exploitation de l'image des biens*, Victoires Éditions, Coll. Guide Légipresse, Paris, 2005, 195 pp.
- BZOWSKI G., *L'instrumentalisation fiscale du droit de propriété*, th. Panthéon-Assas, 2011, 564 pp.
- CABALLERO F., *Essai sur la notion juridique de nuisance*, th. Paris II, Préf. J. RIVERO, L.G.D.J., 1981, 361 pp.
- CARBONNIER J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur,* L.G.D.J., Paris, 10e éd., 2001, 493 pp.
- CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. 2, Sirey, Paris, 1985 (réédition de 1922), 638 pp.
- CARSS-FRISK M., *Un guide sur la mise en œuvre de l'article 1 du Protocole n°1 à la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Conseil de l'Europe, Précis sur les droits de l'homme, n°4, 2003, 52 pp.
- CASTEL R. et HAROCHE C., *Propriété privée, propriété sociale, propriété de soi*, Fayard, Paris, 2001, 211 pp.
- CHAIGNEAU A., *Le droit de propriété en mutation*, *Essai à la lumière du droit russe*, th. Paris X, Avant-propos A. LYON-CAEN, Dalloz, Coll. À droit ouvert, 2008, 683 pp.
- CHEVALIER J. (sous la direction de), *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, volume 2, PUF, Paris, 1979, 330 pp.
- CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE (100e), Association Congrès des Notaires de France*, Code civil, Les défis d'un nouveau siècle,* 2004, 950 pp.
- CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE (103e), *Division de l'immeuble, le sol, l'espace, le bâti*, 23-27 septembre 2007, 1058 pp.

- CONGRES NATIONAL DES HUISSERS DE JUSTICE (XXIIe), *Un nouveau patrimoine, de meilleures garanties – De la propriété foncière au patrimoine financier,* 15-16 juin 1995, Editions juridiques et techniques, 1995, 220 pp.
- CONSEIL D'ETAT (rapport public 1999, jurisprudence et avis de 1998*), L'intérêt général*, La documentation française, Paris, n°50, 360 pp.
- CONSEIL D'ETAT (section du rapport et des études), *L'utilité publique aujourd'hui*, La documentation française, Paris, 1999, 166 pp.
- CORIAT B. (sous la direction de), *Le retour des communs, La crise de l'idéologie propriétaire*, Les Liens qui Libèrent, Paris, 2015, pp. 297,
- COSTE-FLORET P.*, La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil et depuis le Code civil*, th. Montpellier, Recueil Sirey, 1935, 266 pp.
- CROCQ P., *Propriété et garantie*, th. Paris II, Préf. M. GOBERT, L.G.D.J., 1995, 500 pp.
- DAGOGNET F., *Philosophie de la propriété, L'avoir*, PUF, Coll. Questions, Vendôme, 1992, 232 pp.
- DABIN J., *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 1952, 313 pp.
- DANOS F., *Propriété, possession et opposabilité*, Paris I, Préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, 534 pp.
- DEBET A., *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, th. Paris II, Préf. L. LEVENEUR, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2002, 998 pp.
- DE GAULLE C., *Discours et messages, Avec le renouveau*, Plon Club français des bibliophiles, Paris, 1972, 456 pp.
- DELAVAQUERIE G., *Pour une théorie de la propriété renouvelée, étude commune des propriétés privée et publique*, th. Caen, 2011, 591 pp.
- DELVOLVÉ P., *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, th. Paris, L.G.D.J., 1969, 467 pp.
- DERRUPPÉ J., *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Préf. J. MAURY, Dalloz, 1952, 435 pp.
- DRAGO G., FRANCOIS B. et MOLFESSIS N. (sous la direction de), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Préf. G. VEDEL, Economica, 1999, 415 pp.
- DROSS W., *Le mécanisme de l'accession, Éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, th. Nancy II, 2000, 572 pp.

- DUBARRY J., *Le transfert conventionnel de propriété, Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, th. Paris I, Préf. B. DAUMER-LIEB et R. LIBCHABER, L.G.D.J, 2014, 716 pp.
- DUGUIT L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, F. Alcan, Paris, 2e éd., 1920, 206 pp.
- DUTILLEUL-FRANCOEUR Ph., *La revendication*, th. Paris II, 2003, 450 pp.
- EMERICH Y., *La propriété des créances : approche comparative*, th. Lyon III, Préf. F. ZENATI-CASTAING, L.G.D.J., 2007, 597 pp.
- FARHI S.*, La fiducie-sûreté et le droit des entreprises en difficulté*, th. Nice, 2013, 551 pp.
- FORESTIER I., *La fragilisation de la propriété privée immobilière*, th. Toulon, 2009, 444 pp.
- GANEZ-LOPEZ G., *L'expropriation pour cause d'utilité publique*, L'Harmattan, 2003, 126 pp.
- GENEVOIS B., *La jurisprudence du Conseil constitutionnel - Principes directeurs*, STH, Paris, 1988, 406 pp.
- GÉNY F., *Science et technique en droit privé positif, IV, Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif*, Sirey, Paris, 1924, 265 pp.
- GINOSSAR S., *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, L.G.D.J., Paris, 1960, 212 pp.
- GLEIZE B., *La protection de l'image des biens*, th. Montpellier I, Préf. J.-M. BRUGUIERE, Av.- propos M. VIVANT, Defrénois, 2008, 445 pp.
- GOYARD C., *La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative*, th. Montpellier, Préf. G. Péquignot, Montchrestien, 1962, 547 pp.
- GOYET Ch., *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, th. Strasbourg, Préf. D. SCHMIDT, L.G.D.J., 1983, 264 pp.
- GRABARCZYK K., *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, th. Montpellier I, Préf . F. SUDRE, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, 558 pp.
- GROTIUS H., *Le droit de la guerre et de la paix*, Librairie de Guillaumin et Cie, Paris, 1867, 580 pp.
- GUELFUCCI-THIBIERGE C., *Nullité, restitutions et responsabilité*, th. Paris I, Préf. J. GHESTIN, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit privé, 1992, 614 pp.
- GUINCHARD S., *L'affectation des biens en droit privé français*, th. Lyon, Préf. R. NERSON, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit privé, 1976, 429 pp.

- GYS F., *Essai sur la notion juridique d'équilibre entre la propriété privée et la protection de l'environnement,* th. Lille, Septentrion, Presses universitaires, 2000, 495 pp.
- HAYEM H., *Essai sur le droit de propriété et ses limites*, th. Dijon, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1910, 448 pp.
- HIEZ D., *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, th. Paris XII, Préf. P. JESTAZ, L.G.D.J., 2003, 459 pp.
- HOBBES T, *Léviathan*, Folio, coll. Folio essais, 2000, 1024 pp.
- IBARRA GARZA R., *La protection du patrimoine fiduciaire – trust fund (étude comparée droit français – droit anglais)*, th. Paris II, 2013, 565 pp.
- INSERGUET-BRISSET V., *Propriété publique et environnement,* th. Limoges, Préf. M. PRIEUR, Av.-propos de J. MORAND-DEVILLIER et G. MARTIN, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit de l'urbanisme et de l'environnement, 1994, 315 pp.
- IORIO C., *Le droit au logement des propriétaires occupants*, th. Marseille III, 2011, 332 pp.
- JEANNEAU B., *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, th. Poitiers, Préf. J. RIVERO, Sirey, 1954, 287 pp.
- KASTANAS E., *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, th. Genève, Avant-propos F. MATSCHER, Préf. G. MALIVERNI, Bruylant, 1996, 480 pp.
- LANVERSIN (de) J., *La propriété : une nouvelle règle du jeu ?,* PUF, Droit d'aujourd'hui, 1975, 190 pp.
- LAROCHE M., *Revendication et propriété – Du droit des procédures collectives au droit des biens*, th. Paris II, Préf. Ph. THERY, Defrénois, 2007, 373 pp.
- LATINA M., *Essai sur la condition en droit des contrats*, th. Paris II, Préf. D. MAZEAUD, L.G.D.J., 2009, 581 pp.
- LAURENT J., *La propriété des droits*, th. Paris I, Préf. Th. REVET, L.G.D.J., 2012, 568 pp.
- LE BOT O., *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté, Étude de l'article L.521-2 du Code de Justice administrative*, th. Aix-en-Provence, Préf. B. STIRN, Av.-propos de A. ROUX, L.G.D.J., 2007, 672 pp.
- LECOCQ P. et LEWALLE P. (sous la coordination de), *Contrainte, limitation et atteinte à la propriété*, Larcier, Coll. Commission Université-Palais, Université de Liège, Bruxelles, 2005, 300 pp.
- LE GAC-PECH S., *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Paris XI, Préf. H. MUIR-WATT, L.G.D.J., 2000, 580 pp.

- LETURCQ S., *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, th. Aix-Marseille III, Préf. T. S. RENOUX, L.G.D.J., 2005, 406 pp.
- LOCKE J. :
. *Essai sur le pouvoir civil*, PUF, Coll. Bibliothèque de la science politique, 1953, 223 pp.
. *Essai sur le gouvernement civil*, Flammarion, Coll. Garnier Flammarion, 2e éd., 1999, 381 pp.
- LOTZ J., *La division de l'immeuble, Contribution à une théorie de la propriété*, th. Strasbourg, 2014, 663 pp.
- LUCHAIRE F., *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Economica, Paris, 1987, 501 pp.
- MADELAINE C., *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, th. Montpellier I, Préf. F. SUDRE, Dalloz, 2014, 572 pp,
- MARTY J.-P., *La dissociation juridique de l'immeuble*, th. Toulouse I, Préf. P. HÉBRAUD, L.G.D.J., 1979, 389 pp.
- MARZELLIER M., *La propriété privée confrontée au droit de l'urbanisme*, th. Paris II, 1996, 2 vol., 563 pp.
- MEINDL T., *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, th. Montpellier I., Préf. D. ROUSSEAU, L.G.D.J., 2003, 514 pp.
- MERLAND G., *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, th. Montpellier I., Préf. D. ROUSSEAU, L.G.D.J., 2004, 390 pp.
- MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, th. Paris II, Préf. J. GHESTIN, L.G.D.J., 2004, 910 pp.
- MICHAS H., *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, th. Paris, A. Pedone, 1900, 260 pp.
- MILLEVILLE S., *Les restrictions au droit de disposer*, th. Paris II, 2008, 684 pp.
- MOLFESSIS N., *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, th. Paris II, Préf. M. GOBERT, L.G.D.J., 1997, 602 pp.
- MONTI L., *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit de propriété*, th. Nice, 2001, 2 vol., 674 pp.
- MOYSAN H., *Le droit de propriété des personnes publiques*, th. Paris II, Préf. D. TRUCHET, L.G.D.J., 2001, 296 pp.

- NORY J., *Le droit de propriété et l'intérêt général,* th. Lille, Imprimerie-Librairie Camille Robbe, Lille, 1923, 151 pp.
- OLLARD R., *La protection pénale du patrimoine*, th. Bordeaux IV, Préf. V. MALABAT, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2010, 598 pp.
- OSTROM E., *Gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck, 2010, 301 pp.
- PAPANDREOU M.-F., *Le droit anglais des biens*, th. Strasbourg III, Avant-propos C. WITZ et Préf. G. SAMUEL, L.G.D.J., 2004, 748 pp.
- PAULIAT H., *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat,* th. Limoges, Préf. J. MORANGE, PUF, 1991, t. 1 : 288 pp. et t. 2 : 244 pp.
- PAULIN C., *La clause résolutoire*, th. Toulouse, Préf. J. DEVÈZE, L.G.D.J., 1996, 329 pp.
- PAVAGEAU S., *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises européennes et internationales*, th. Poitiers, Préf. S. BRACONNIER, L.G.D.J., 2006, 474 pp.
- PÉRINET-MARQUET H. (sous la direction de), *Proposition de l'association H. CAPITANT pour une réforme du droit des biens*, Litec, Coll. Carré Droit, Paris, 2009, 148 pp.
- PÉROCHON F., *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, th. Montpellier I, Préf. F. DERRIDA, Av.- propos de J.-M. MOUSSERON, Litec, Coll. Bibli. Dr. Ent., n° 21, Paris, 1988, 332 pp.
- PERTEK J., *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE, Le renvoi préjudiciel*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, 2013, 357 pp.
- PETTITI L.-E., *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article,* Préf. P.-H. TEITGEN, Economica, Paris, 2e éd., 1999, 1230 pp.
- PHILIP L. et FAVOREU L., *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, Coll. Droit public, Paris, 4e éd., 1986, 778 pp.
- PHILIPPE X, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, th. Aix-en-provence, Préf. C. DEBBASCH, Economica, Paris, 1990, 499 pp.
- PLANCHET P., *Droit de l'urbanisme et protection du patrimoine, Enjeux et pratique*, Moniteur, Paris, 2009, 455 pp.
- PORTALIS J.-E.-M., *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. des publications du Centre de Philosophie du Droit, Aix-en-Provence, 1988, 406 pp.
- POTHIER R.-J., *Coutumes des duché, baillage et prévôté d'Orléans et ressort d'Iceux*, Debure, Paris, Nouv. Ed., 1780, 892 pp.

- POURQUIER C., *Propriété et perpétuité, Essai sur la durée du droit de propriété*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Laboratoire de Théorie juridique, Aix-en-Provence, 2000, 436 pp.
- PRADEL X., *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, th. Paris I, Préf. P. JOURDAIN, L.G.D.J., Paris, 2004, 528 pp.
- RANGEON F., *L'idéologie de l'intérêt général*, th. Amiens, Préf. G. VEDEL, Economica, 1986, 246 pp.
- RAVENNE S., *Les propriétés imparfaites – Contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, th. Paris-Dauphine, 2007, 532 pp.
- RAYNAUD B., *La stipulation d'indisponibilité*, th. Clermond-Ferrand, Préf. Y. CHAPUT, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, L.G.D.J., 2003, 361 pp.
- REBATTET P., *Le démembrement de l'immobilier d'entreprise*, Lexisnexis, Coll. Précis Fiscal, 2013, 306 pp.
- REBILLARD A., *Les servitudes environnementales*, th. La Rochelle, 2005, 530 pp.
- RÉMOND-GOUILLOUD M., *Du droit de détruire, essai sur le droit de l'environnement*, PUF, Coll. Les voies du droit, Paris, 1989, 304 pp.
- RENARD G. et TROTABAS L., *La fonction sociale de la propriété privée*, Recueil Sirey, Paris, 1930, 63 pp.
- RENOUX-ZAGAMÉ M.-F., *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, th. Paris, Droz, Paris-Genève, 1987, 399 pp.
- REVET Th., *La force de travail (étude juridique),* th. Montpellier I, Préf. F. ZENATI, Litec, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1992, 727 pp.
- RIFKIN J., *L'âge de l'accès : la nouvelle culture du capitalisme*, La Découverte, Coll. Poche, Paris, 2005, 395 pp.
- RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., Paris, 2e éd., 1955, 431 pp.
- ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Paris, 2011, 576 pp.
- ROEDERER P.-L., *L'Esprit de la Révolution de 1789*, Paris, 1831, 233 pp.
- ROUBIER P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Coll. Philosophie du droit, Paris, 1963, 451 pp.
- ROUJOU DE BOUBÉE M.-È., *Essai sur la notion de réparation*, th. Toulouse I, Préf. P. HÉBRAUD, L.G.D.J., 1973, 493 pp.
- ROUSSEAU J.-J. :

. *Du contrat social,* Nathan, Coll. Intégrales de Philo, Paris, 2009, 216 pp.

. *Œuvres complètes, t. 3, Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Gallimard, Coll. La Pléiade, Paris, 1964, 2240 pp.
- SAINT-ALARY-HOUIN C., *Le droit de préemption*, th. Paris, Préf. P. RAYNAUD, L.G.D.J, Paris, 1979, 516 pp.
- SCAPEL J., *La notion d'obligation réelle*, th. Paris I, Préf. P. JOURDAIN, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, 503 pp.
- SERMET L., *Convention européenne des droits de l'Homme et contentieux administratif français*, Préf. L. DUBOUIS, Economica, Coll. Coopération et développement, Paris, 1996, 450 pp.
- STRUILLOU J.-F., *Protection de la propriété privée immobilière et prérogatives de puissance publique*, th. Nantes, Préf. R. HOSTIOU, L'Harmattan, 1996, 523 pp.
- THOMASSIN N., *De la propriété, Contribution à une théorie générale*, th. Paris XI, 2009, 477 pp.
- TRUCHET D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, th. Paris, Préf. J. BOULOUIS, L.G.D.J., 1977, 385 pp.
- VANUXEM S., *Les choses saisies par la propriété*, th. Paris I, Préf. Th. REVET, IRJS Editions, Coll. Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne André Tunc, t. 35, 2012, 743 pp.
- XIFARAS M., *La propriété – Etude de philosophie du droit*, PUF, Coll. Fondements de la politique, Paris, 2004, 539 pp.
- YOLKA Ph., *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, th. Paris II, Préf. Y. GAUDEMET, L.G.D.J., 1997, 649 pp.
- ZATTARA A.-F., *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, th. La Réunion, Préf. R. CABRILLAC, L.G.D.J., 2001, 720 pp.
- ZENATI F., *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon III, 1981, 2 vol., 817 pp.

III- ENCYCLOPÉDIES, RÉPERTOIRES ET MÉMENTOS

- JurisClasseur Administratif, V° « Compétence en matière de travaux publics », par RENARD-PAYEN O., 30 juin 2015,
- JurisClasseur Administratif, V° « Domaine public – Protection juridique », par DUFAU J., 24 juillet 2006,
- JurisClasseur Administratif, V° « Droit au logement », par GRAËFFLY R., 1er juillet 2015,

- JurisClasseur Banque-Crédit-Bourse, V° « Crédit-bail immobilier – Régime comptable et fiscal », par BEY E.-M., 27 juin 2015,
- JurisClasseur Civil Code, V° « Propriété », par TRÉMEAU J., 26 mars 2009,
- JurisClasseur Civil Code, V° « article 543 », par DROSS W., 22 novembre 2010,
- JurisClasseur Commercial, V° « Fiducie-sûreté », par LEGEAIS D., 1er avril 2011,
- JurisClasseur Construction-Urbanisme, V° « Crédit-bail immobilier – Un contrat *sui generis* », par COHAN A., 3 décembre 2012,
- JurisClasseur Construction-Urbanisme, V° « Plan local d'urbanisme », par LIET-VEAUX G., 1er juillet 2012, - JurisClasseur Ingénierie du patrimoine, V° « Immobilier d'entreprise », par THIERY F., 1er janvier 2009,
- JurisClasseur Ingénierie du patrimoine, V° « Evaluation de l'usufruit et de la nue-propriété», par CENAC P., 1er janvier 2009,
- JurisClasseur Liberté, V° « Droit de propriété », par CHAMARD-HEIM C., 25 janvier 2011,
- JurisClasseur Notarial Formulaire, V° « Vente d'immeuble – Tontine », par MONTOUX D., 17 juin 2015,
- JurisClasseur Notarial Répertoire, V° « Contrats et obligations. – Définition et classification des contrats», par PETIT B. et ROUXEL S., 26 juin 2015,
- Mémento Francis Lefebvre, Fiscal, 2014,
- Répertoire Dalloz de contentieux administratif, V° « Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs (chapitre 2 - Portée des décisions du Conseil constitutionnel) », par VERPEAUX M., juin 2011,
- Répertoire Dalloz de contentieux administratif, V° « Séparation des autorités », par MOREAU J., avril 2015,
- Répertoire Dalloz de contentieux administratif, V° « Voie de fait», par MOREAU J., juin 2014,
- Répertoire Dalloz de droit civil, V° « Bail rural », par PRIGENT S., juin 2015,
- Répertoire Dalloz de droit civil, V° « Préemptions et retraits», par PILLET G., janvier 2014,
- Répertoire Dalloz de droit civil, V° « Mariage (4° effets) », par LAMARCHE M. et LEMOULAND J.-J., janvier 2015,
- Répertoire Dalloz de droit civil, V° « Propriété », par SÉRIAUX A., juin 2015,
- Répertoire Dalloz de droit civil, V° « Revendication », par DJOULI J., avril 2015,
- Répertoire Dalloz de droit commercial, V° « Réserve de propriété», par VOINOT D., juin 2014,

- Répertoire Dalloz de droit commercial, V° « Revendication», par DJOUDI J., avril 2015,
- Répertoire Dalloz de droit commercial, V° « Crédit-bail immobilier », par DURANTON G., janvier 2012,
- Répertoire Dalloz de droit des sociétés, V° « Fiducie », par FRANÇOIS B., juin 2012,
- Répertoire Dalloz de droit des sociétés, V° « Usufruit des droits sociaux », par ZENATI-CASTAING F., janvier 2014,
- Répertoire Dalloz de droit immobilier, V° « Accession », par COHET-CORDEY F., avril 2015,
- Répertoire Dalloz de droit immobilier, V° « Bornage », par ATIAS Ch., octobre 2013,
- Répertoire Dalloz de droit immobilier, V° « Conv. EDH, protocole 1, art. 1 : droit de propriété », par ZATTARA A.-F., mars 2014,
- Répertoire Dalloz de droit immobilier, V° « Troubles du voisinage », par GAILLOT-MERCIER V., janvier 2015.

IV- CHRONIQUES ET CONTRIBUTIONS DIVERSES

- ABRAHAM R. :

. L'avenir de la voie de fait et le référé administratif, *in* Mél. BRAIBANT, Dalloz, Paris, 1996, p. 1,

. La non-indemnisation des servitudes d'urbanisme au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Conclusions sur CE 3 juillet 1998, *Bitouzet*, *RFDA* 1998, p. 1243,

- ADELLE J.-F., La fiducie-sûreté, facteur de compétitivité du droit du financement français, *in* Mél. JEANTET, Lexisnexis, 2010, p. 1,
- AGBENOTO K. M., La cotitularité de droits, *LPA* du 15 juin 2011, n° 118, p. 4.
- AGOSTINI E., L'étiolement du droit de propriété en France (1804-1985), *in* Mél. FLATTET, Payot, Lausanne, 1985, p. 3,
- AKANDJI-KOMBE J.-F., Les obligations positives de la Convention européennes des Droits de l'Homme, *Précis sur les droits de l'homme*, n°7, 2006, http://www.coe.int/fr.,
- ALBIGES C. :

. Droit au logement, *in* CABRILLAC R. (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Coll. Hors collection Dalloz, Paris, 19e éd., 2013, p. 940

. L'obligation d'exploiter un bien, *RTD civ.* 2014, p. 795,

- AMRANI-MEKKI S. et FAUVARQUE-COSSON B., Droit des contrats, octobre 2009-novembre 2010, *D.* 2011, p. 472,
- ARNÉ S., Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ? Contribution à l'étude des droits fondamentaux et à la constitutionnalité, *RDP* 1993, p. 459,
- ATIAS Ch. :
. La mutabilité des servitudes conventionnelles, *RTD civ.* 1979, p. 245,
. Destins du droit de propriété. Ouverture*, Droits* n°1, 1985, p. 5,
. Caractère réel et perpétuel du droit de jouissance privatif et exclusif d'une cour attribué à un copropriétaire par le règlement de copropriété, note ss Civ. 3e, 4 mars 1992, n°90-13.145, *D.* 1992, p. 386,
. La propriété immobilière privée en relation*, AJDI* 2012, p. 477,
. Les copropriétés forcées, *D*. 2012, p. 1018,
. Menace sur la division en volumes ?, *Rép. Defrénois* 2012, n°20, p. 1003,
- AUBERT J.-L., Le droit de disposer de l'immeuble, *in* Mél. FLOUR, *Rép. Defrénois*, Paris, 1979, p. 1,
- AUBY J.-B., L'inconstructibilité, *in Un droit inviolable et sacré, la propriété, Actes du colloque organisé les 13-14 novembre 1989 à Paris,* ADEF, Paris, 1991, p. 221,
- AULAGNIER J. :
. Analyse critique de l'estimation des droits démembrés de l'article 669 du CGI, *Dr. et Patri.* 2004, 129,
. L'investissement en nue-propriété, *Dr. et Patri.* 2013, 229,
- AUSSEDAT L., ETIENNE G., JEHANNO J.-C. et IVARS S., Quelles stratégies proposer aux investisseurs pour une optimisation fiscale ?, *Administrer* 2004, n°372, p. 24,
- AYNÈS L., Le régime juridique de la fiducie, *RLDC* 2009, n°60,
- BABEAU A., La place du logement dans le patrimoine des Français, *Administrer* 1989, p. 71,
- BACHELIER G., Les habits particuliers de la propriété des personnes publiques, *Justice et cassation* 2015, p. 13,
- BAFFOY G., Modes de détention de l'immobilier d'entreprise, *RFN* 2013, n°5, Etude 17,
- BAGHESTANI-PERREY L., Le principe de précaution : un nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science, *D.* 1999, p. 457,
- BARADUC É., Le droit de préemption, saisi par la loi ALUR, *Justice et cassation* 2015, p. 27,
- BARBIÈRI J.-F., note ss Civ. 3e, 18 janvier 1984, n°82-16.003, *JCP* G 1986, II, 20547,

- BAREÏT N., La liberté contractuelle sous la toise de la Convention européenne des droits de l'homme, *in Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques : actes du colloque organisé à l'UFR pluridisciplinaire de Bayonne le 17 février 2012*, Institut Universitaire Varenne, 2013, p. 51,
- BARRIÈRE F. :
. La fiducie, *Bull. Joly* 2007, n°4, p. 440,
. La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence, *JCP* E 2007, 2053,
. La fiducie-sûreté, *JCP* E 2009, n°36, 1808,
. Propriété, fiducie et sukuk, *JCP* E 2011, n°10, 1203,
- BARTHELEMY D., Evaluation économique de l'usufruit : la nécessité d'une approche dualiste, *DF* 2012, 379,
- BATIFFOL H., Problèmes contemporains de la notion de biens, *APD* 1979, p. 11,
- BAZIN-BEUST D., Une analyse du pacte commissoire…ou prudence est mère de sûreté chez les financeurs ?, *LPA* du 19 mai 2011, n°99, p. 50,
- BAZY-MALAURIE C., L'apport de la QPC à la protection de la propriété, *Justice et cassation* 2015, p. 57,
- BIOY X., La propriété éminente de l'Etat, *RFDA* 2006, p. 963,
- BÎRSAN C. et RENUCCI J.-F., La Cour européenne des droits de l'homme précise le droit de propriété, *D.* 2005, p. 870,
- BEAUSSONIE G.,
. La constance de l'antagonisme entre immeuble et abus de confiance, note ss Crim. 14 janvier 2009, n°08-83.707, *JCP* G., 2009, n°31, 166,
. La désubstantialisation de la notion de « bien » par la Cour européenne des droits de l'homme (à propos des arrêts de la CEDH du 29 mars 2010), *LPA* du 13 octobre 2010, n°204, p. 4,
- BELLOIR Ph. et BELFANTI L., La violence dans les infractions contre les biens, Illustration autour des destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes, *Gaz. Pal.* 2013, n°288, p. 21,
- BELOT (de) Ph., Soixante-treize ans de propriété commerciale, *Gaz. Pal.* 2000, n°4, p. 58,
- BÉNABENT A., Nouvelle prestation compensatoire en nature : compatibilité avec la Conv. EDH., *D*. 2001, p. 1036,
- BENABOU V.-L., La propriété schizophrène, propriété du bien et propriété de l'image du bien, *Droit et Patrimoine* 2001, 91,
- BERGEL J.-L. :

. L'évolution contemporaine du droit de propriété en France, *in* Mél. BÉGUET, Université de Toulon et du Var, Faculté de Droit, 1985, p. 13,

. En cas d'empiètement, l'attribution de dommages et intérêts, à titre de sanction, peut être une alternative à la démolition, note ss Civ. 3e, 13 octobre 1992 et 10 novembre 1992, *RDI* 1993, p. 197,

. Droit de propriété et servitude d'utilité publique, *RDI* 2002, p. 383,

. Droits réels de jouissance et valorisation des biens : les propositions de réforme du droit des biens, *in* Mél. MOURALIS, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2011, p. 19,

. La prescription acquisitive n'a ni pour objet ni pour effet de priver une personne de son droit de propriété, *RDI* 2011, p. 500,

. À la recherche de concepts émergents en droit, *D*. 2012, p. 1567,

. Feues les actions, vive la protection possessoire !, *RDI* 2015, p. 265,

- BERLIOZ P. :

. L'affectation au cœur du patrimoine, *RTD civ*. 2011, p. 635,

. Le droit de préemption est-il un droit réel ?, *RDC* 2014, n°3, p. 496,

. Patrimoine d'affectation : esquisse d'un régime général, *in* Mél. LE CANNU, Dalloz, 2014, p. 499,

- BIOY X., La dignité justifie-t-elle le refus de concours de la force publique pour expulser un locataire ?, *AJDA* 2010, p. 448,

- BLANLUET G., Brèves réflexions sur la propriété économique, *Droit et patrimoine* 2001, n°91, p. 80,

- BLAY-GRABARCZYK K. :

. Bilan mitigé de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour EDH – à propos du rapport annuel du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 10 avril 2013, *JCP* G 2013, 491,

. Le droit de propriété, un droit fondamental comme les autres ?, *RE* 2014, étude 4,

- BLAY-GRABARCZYK K., AFROUKH M. et SCHAHMANECHE A., Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *RFDA* 2014, p. 935,

- BLETTERIE Ph., La répartition des prérogatives attachées à l'usufruit des droits sociaux, *JCP* N 2008, n°25, 1229,

- BOCCON-GIBOD T., Duguit, et après ? Droit, propriété et rapports sociaux, *RIDE* 2014/3, p. 285,

- BOFFA R., La nature juridique du droit de jouissance exclusif sur les parties communes, *LPA* du 10 novembre 2010, n°224, p. 3,

- BOISSARD S., Référé-liberté et voie de fait : à propos du droit de propriété, *RFDA* 2004, p. 772,
- BOITEAU C., Les avatars de l'expropriation dite « indirecte », note ss Cass. Ass. Plén., 6 janvier 1994, *Consorts Baudon de Mony c./ Electricité de France*, *RFDA* 1994, p. 1121,
- BON P., D'un Code de l'expropriation à l'autre, *RFDA* 2015, p. 293,
- BONICHOT J.-C., Une division « en volume » constitue-t-elle un lotissement ?, *BJDU* 2007, n°5, p. 367,
- BONNET V., La durée de la propriété, *RRJ* 2002, p. 273,
- BORGA N. :

. Regards sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008, *RD banc. fin*. n°3, mai 2009, étude 20,

. Le fiduciaire responsable (exégèse de l'article 2026 du Code civil) ?, *RLDA* 2010, n°47,

- BOUGEROL L., Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre *summa divisio* ?, *RD banc. fin*. n°5, septembre 2014, dossier 36,
- BOUJEKA A., L'inconventionnalité de l'exclusion des étrangers du droit au renouvellement du bail commercial, *LPA* du 21 mars 2012, n°58, p. 8,
- BOULANGER D., Des aspects immobiliers de la loi Macron, *JCP* N 2015, 1155,
- BOULOGNE-YANG-TING C., Réflexions sur la durée minimale dans les rapports locatifs réglementés, *LPA* du 30 août 2005, n°172, p. 3,
- BOUTEILLE M., La propriété du fiduciaire : une modalité externe de la propriété, *RLDC* 2010, 74,
- BOUTONNET M., Le potentiel environnemental du droit civil révélé par la méconnaissance d'une obligation environnementale contractuelle, *D*. 2012, p. 790,
- BOUTONNET M. et MEKKI M., Environnement et conservation easements. Pour une transposition en droit français ?, *JCP* G 2012, 1023,
- BOUTONNET M. et NEYRET L., La consécration du concept d'obligation environnementale, *D*. 2014, p. 1335,
- BOUVIER M., Les français et les Impôts : quelle fiscalité pour quelle société ?, *RFFP* 2013, n°124, p. V,
- BOUYEURE J.-R., La copropriété constitue-t-elle une limite au droit de propriété ?, *Administrer* 1989, p. 29,
- BOUYSSOU F. :

. Les garanties supralégislatives du droit de propriété, *D*. 1984, Chron, p. 231,

. Respect du droit de propriété et droit de l'urbanisme, *AJDA* 2003, p. 2135,

- BOY L., La référence au principe de précaution et l'émergence de nouveaux modes de régulation, *LPA* du 8 janvier 1997, n°4, p. 4,

- BRAIBANT G. :

. Le principe de proportionnalité, *in Le juge et le droit public*, Mél. M. WALINE, t. 2, L.G.D.J., 1974, p. 297,

. Droit public et propriété privée immobilière : les insuffisances du droit, *AJDA* 1992, p. 387,

- BOUYSSOU F. et GALAN P., France : la non indemnisation des servitudes d'urbanisme, *Droit et ville* 1999, n°48, p. 113,

- BRAMERET S., Le droit de propriété face à la QPC, note ss QPC n°2013-369 et n°2013-370 du 28 février 2014, *RJEP* 2014, comm. 37,

- BRAULT J.-C., L'aliénation de la propriété démembrée, *Rép. Defrénois,* 15 avril 1995, n°7, p. 449,

- BRAULT Ph.-H. et MARCET É., La loi *Macron* et le bail commercial : faut-il notifier ou signifier ?, *Loyers et copro*. 2015, 53,

- BREGI J.-F., Volonté et biens en droit romain, *in Volonté et biens, regards croisés*, L'Harmattan, 2013, p. 123,

- BREVAN C., Les prérogatives de puissance publique face à la propriété foncière, *in Un droit inviolable et sacré, la propriété, Actes du colloque organisé les 13-14 novembre 1989 à Paris,* ADEF, Paris, 1991, p. 108,

- BROVELLI G., La théorie du bilan et la protection de la propriété privée, *RFDA* 2006, p. 1004,

- BRUN Ph., Brève incursion d'un privatiste sur les terres du droit de l'urbanisme : ou quelques aspects de la rencontre entre droit civil et réglementation des lotissements, *in* Mél. DECOTTIGNIES, Presses universitaires de Grenoble, 2003, p. 57,

- BURGORGUE-LARSEN L., De l'internationalisation du dialogue des juges, *in* Mél. GENEVOIS, Dalloz, 2009, p. 95,

- CANTIN-CUMYN M., La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires, *in La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires, XV^e Congrès International de Droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 11,

- CAPITANT H. :

. Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation qui pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage au voisin, *RCLJ* 1900, p. 156,

. Sur la nature des droits réels, *in* Mél. SUGIYAMA, Association japonaise des juristes de langue française, Maison France-Japon, Tokyo, 1940, p. 29,

- CARDET C., La demande de démolition de l'édifice construit en violation des règles d'urbanisme et la responsabilité pour trouble anormal du voisinage, *LPA* du 2 août 2004, n°153, p. 9,

- CARBONNEL C., Le pacte commissoire en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachevée, *JCP* E 2007, 2536,

- CARON Ch., Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle, *JCP G.* 2004. I. 162,

- CARPENTIER E. :

. La définition du lotissement - Version 1.3.12, *JCP* N 2012, 1128,

. Les apports de la loi « Grenelle 2 » au droit de l'urbanisme, *Droit et patrimoine* 2012, n°210,

. La loi ALUR et les droits de préemptions publics, *RDI* 2014, p. 240,

- CARPENTIER E. et TRÉMEAU J., Le droit de l'urbanisme à l'aune de la question prioritaire de constitutionnalité, *in* Mél. BERGEL, Bruylant, 2013, p. 597,

- CARRIAS P., Le droit de propriété au point de non-retour ?*, D*. 1985, Chron, p. 293,

- CASEY J., QPC : l'article 815-6 du code civil ne mérite pas une transmission au Conseil constitutionnel, note ss Civ. 1re, 18 décembre 2014, *AJ fam*. 2015, p. 104,

- CATALA P., L'immatériel et la propriété, *ADP* 1999, p. 61,

- CHAIGNEAU A., Des droits individuels sur des biens d'intérêt collectif, à la recherche du commun, *RIDE* 2014/3, p. 335,

- CHAMPEIL-DESPLATS V., La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *D*. 1995, p. 323,

- CHARLES Th., Clause de réserve de propriété ou le mythe de Sisyphe sans cesse recommencé, *Lamy Droit civil* 2008, n°52, p. 26,

- CHARLES U., Principe français de non-indemnisation et compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme, *D*. 2000, p. 301,

- CHARTIER F., Les nationalisations, Problèmes juridiques en France et dans le Monde, *Gaz. Pal.* 1981, p. 448,

- CHAUCHIS D. et BRIAND L.*,* Question prioritaire de constitutionnalité et droit des biens : un dialogue fructueux, *RDI* 2011, p. 360,

- CHAZAL J.-P. :

. L'usufruitier et l'associé, *Rép. Defrénois*, 30 juin 2000, n°12, p. 743,

. La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel, *RTD civ.* 2014, p. 763,

. Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie, *D*. 2014, p. 1101,

. Réponse d'un faux « politiste » à un vrai juriste, http://spire.sciencespo.fr/web,

- CHENEDE F., La mutation du patrimoine, *Gaz. Pal.* 2011, n°139, p. 19,

- CHEROT J.-Y., La protection de la propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *in* Mél. MOULY, Litec, 1998, p. 405,

- CHEVALLIER J., Le débat public à l'épreuve, *AJDA* 2013, p. 779,

- CHEYNET DE BEAUPRÉ A. :

. L'expropriation pour cause d'utilité privée, *JCP* G. 2005. I. 144,

. Question prioritaire de mitoyenneté, note ss décision n° 2010-60 QPC du 12 novembre 2010, *D*. 2011, p. 652,

- COASE R., The problem of social cost, The journal of law and economics, volume III, october 1960,

- COHEN D., Le droit à …, *in* Mél. TERRÉ, Dalloz, 1999, p. 393,

- COHEN-JONATHAN G., La reconnaissance par la France du droit de recours individuel devant la Commission européenne des droits de l'Homme*, AFDI* 1981, p. 269,

- COLLART-DUTILLEUL F. et ROMI R.*,* Propriété privée et protection de l'environnement, *AJDA* 1994, p. 571,

- COMBE M., L'efficacité de la fiducie-sûreté, *LPA* du 11 février 2011, n°30, p. 8,

- COMBY J., L'impossible propriété absolue, *in Un droit inviolable et sacré, la propriété, Actes du colloque organisé les 13-14 novembre 1989 à Paris,* ADEF, Paris, 1991, p. 9,

- CONDORELLI L., Premier protocole additionnel Article 1, *in La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Economica, 2e éd., 1999, p. 971,

- CONIL P.-A., Trust de droit anglo-saxon : guide pratique à l'usage du notaire, *JCP* N 2014, 1100,

- CORNILLE P., La « servitude de terrains sociaux ou très sociaux » est-elle licite ?, *Construction-Urbanisme* n°5, Mai 2013, étude 5,

- CORNILLEAU V., Associés usufruitiers : mettre en réserve n'est pas donner, *RFN* 2009, n°5, 4,

- CORNILLEAU V. et MÜLLINGHAUSEN P. :

. Démembrement de propriété et acquisition de l'immobilier professionnel (1ère partie), *RFN* 2009, n°9, Etude 14,

. Démembrement de propriété et acquisition de l'immobilier professionnel (2e partie), *RFN* 2009, n°10, Etude 15,

- COUDRAY O., Le refus de concours de la force publique, *Justice et cassation* 2015, p. 129,

- COUTANT-LAPALUS C., Un nouvel outil au service du logement intermédiaire : le bail réel immobilier, *Loyers et copro.* 2014, alerte 39,

- COUZINET J.-F., De la nécessité publique à l'utilité publique : les évolutions du fait justificatif de l'expropriation, *in Propriété & Révolution : actes du colloque de Toulouse, 12-14 octobre 1989*, Centre national de la recherche scientifique, 1990, p. 197,

- COZIAN M., Abus de droit, apport-cession et apport-donation : la Cour de cassation serait-elle en train de perdre le cap ?, *JCP* N 2007, 1242,

- CRÉTOIS P., La propriété repensée par l'accès, *RIDE* 2014/3, p. 319,

- CREVEL S., La liberté économique du preneur à bail rural confrontée au droit de contrôle du propriétaire, *D.* 1999, p. 218,

- CROCQ P.,

. Propriété-garantie. Réserve de propriété. Etre ou ne pas être un accessoire : le sort de la réserve de propriété en cas de défaut de déclaration de sa créance par le vendeur, *RTD civ.* 1996, p. 436,

. Le crédit-bail immobilier non publié est opposable à la procédure collective, *RTD civ*. 2001, p. 634,

. Dix ans après : l'évolution récente des propriétés-garanties, *in* Mél. GOBERT, Economica, 2004, p. 347,

. La réserve de propriété, *RD banc. fin*. n°3, mai 2006, dossier 12,

- DABIN J., Une nouvelle définition du droit réel, *RTD civ.* 1962, p. 20,

- DAIGRE J.-J., Un arrêt de principe : Le nu-propriétaire de droits sociaux ne peut pas être totalement privé de son droit de vote (A propos de Cass. com., 4 janvier 1994), *Bull. Joly Sociétés* 1994, n°3, p. 249,

- DALEAU J., Sous-location prohibée et sanction pénale, *AJDI* 2003, p 763,

- DAMAS N. :

. Le projet de loi ALUR et les baux d'habitation, *AJDI* 2013, p. 562,

. La loi ALUR et les baux d'habitation, *AJDI* 2014, p. 334,

- DAMMANN R. et LE BEUZE G., Réforme des sûretés et des procédures collectives : quelles sûretés choisir *?, Cah. dr. entr.* n°2, mars 2007, dossier 9,

- DAMMANN R., Avantages et inconvénients de la fiducie en cas de procédure collective, *Lamy Droit civil* 2009, n°60, p. 64,

- DAMMANN R. et PODEUR G., Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession, *D.* 2008, p. 2300,
- DANOS F., La qualification des droits des différentes parties à une opération de fiducie, *in Mél*. MERLE, Dalloz, 2013, p. 137,
- DARGENT L., L'action possessoire n'est plus : vive le référé possessoire !, *D. actu.* 17 février 2015,
- D'AVOUT L. :
. Démembrement de propriété, perpétuité et liberté, *D.* 2012, p. 1934,
. La liberté d'entreprendre au bûcher ?, *D*. 2014, p. 1287,
- D'AVOUT L. et MALLET-BRICOUT B., La liberté de création des droits réels aujourd'hui, *D*. 2013, p. 53,
- DEBENE M., La propriété, droit de l'homme ou droit du citoyen, *in Propriété & Révolution : actes du colloque de Toulouse, 12-14 octobre 1989*, Centre national de la recherche scientifique, 1990, p. 85,
- DEBET A., La nature du droit du preneur et la rupture du contrat de bail, nouvel éclairage européen, *RDC* 2005, n°2, p. 467,
- DEHARBE D., Vous avez dit « démocratie de proximité » ?, *Environnement* n°4, 2002, comm. 55,
- DELATTRE G., et BECQUÉ-DEVERRE C.*,* Vers une définition des pathologies de fonctionnement de l'immeuble divisé, *LPA* du 6 septembre 2007, n°179, p. 48,
- DELAUNAY B., De l'enquête publique au débat public – La consultation des personnes intéressées, *JCP* Adm. 2011, 2073,
- DELVOLVÉ P., Droit de propriété et droit public, *in* Mél. BRAIBANT, Dalloz, 1996, p. 149,
- DERRIDA F. :
. À propos de la clause de réserve de propriété dans les ventes immobilières à crédit, *Rép. Defrénois* 1989, p. 1089,
. Contrats en cours : renonciation implicite d'un crédit-bailleur au bénéfice d'une clause de résiliation de plein droit, *D*. 1992, p. 259,
- DERRUPPÉ J. :
. Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou actions, *Rép. Defrénois*, 30 septembre 1994, n°18, p. 1137,
. Souvenirs et retour sur le droit réel du locataire, *in* Mél. J. BOYER, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1996, p. 169,

. De l'ineptie de refuser à l'usufruitier la qualité d'associé, *Rép. Defrénois,* 15 mars 1997, n°5, p. 290,

. Les rapports locatifs immobiliers à la fin du XX^{e} siècle, *in* Mél. CATALA, Litec, 2001, p. 653,

- DES LYONS H., Le droit au logement maintenant opposable ?, *AJ fam.* 2008, p. 471,

- DESURVIRE D., L'atomisation de la propriété, *LPA* du 29 juillet 1994, n°90,

- DEVIDAS S., Le droit de préemption sur les espaces naturels sensibles, outil privilégié de la protection de l'environnement, *AJCT* 2013, p. 231,

- DIEU F., Le juge administratif et le juge judiciaire face à l'annulation des décisions de préemption. Des inconvénients du dualisme juridictionnel*, Construction – Urbanisme* n°11, 2010, étude 15,

- DI MANNO Th., L'influence des réserves d'interprétation, *in La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Coll. Etudes juridiques, 1999, p. 189,

- DION-LOYE S., Le droit à l'habitat du pauvre, une application du principe de la dignité de la personne humaine, *LPA* du 22 avril 1996, n°49, p. 11,

- DOMESTICI-MET M.-J., Utilité publique et utilité privée dans le droit de l'expropriation, *D*. 1981, Chron. p. 231,

- DOMINO X. et BRETONNEAU A. :

. La fée du logis ?, note ss CE 23 janvier 2013, *Commune de Chirongui*, *AJDA* 2013, p. 788,

. La voie de fait mise au régime sec, note ss T. confl. 17 juin 2013, n°3911, *M. Bergoend c./ Société ERDF Annecy Léman*, *AJDA* 2013, p. 1568,

- BONIER V., Expulsion locative, droit au logement et référé-liberté : réflexions sur quelques incohérences, note ss CE 5 novembre 2014, *Mme C*, n°385431, *RDSS* 2015, p. 170,

- DEMPURÉ F., Bienvenue dans le monde des drones, *JCP* N 2015, 1146,

- DORANGE A., La gestion procédurale du squat : la protection du domicile contre l'occupant sans droit ni titre, *RCS* 2011, p. 371,

- DOUAI A., De la dimension politique de la propriété et des institutions : apports et limites de l'approche d'E. OSTROM, *RIDE* 2014/3, p. 301,

- DOUET F., Aspects civils et fiscaux des donations d'usufruit temporaire, *JCP* N 2013, 1077,

- DREYER E., La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *D*. 2006, p. 748,

- DROSS W. :

. La fonction ambiguë de l'action possessoire, *Rép. Defrénois* 30 janvier 2006, n°2, p. 127,

. La revendication dans les procédures collectives : une imposture ?, *Droit et patrimoine* 2011, n°200, p. 30,

. L'immeuble dans le projet de réforme du droit des biens, *in* ALBIGES Ch. et HUGON Ch. (sous la direction scientifique de), *Immeuble et droit privé, Approches transversales,* Lamy, Coll. Axe Droit, 2012, p. 23,

. Une approche structurale de la propriété, *RTD civ.* 2012, p. 419,

. Le fermier peut-il défendre au possessoire l'exercice d'une servitude ?, note ss Civ. 3e, 17 septembre 2013, n°12-20.724, *RTD civ.* 2013, p. 868,

. Le transfert de propriété en droit français, *RDC* 2013, p. 1694,

. L'abandon d'un bien à titre de prestation compensatoire est-il contraire au droit de propriété ?, note ss Civ. 1re, 28 mai 2014, n°13-15.760, *RTD civ*. 2014, p. 688,

. L'empiètement fait-il obstacle à l'acquisition forcée de la mitoyenneté ?, note ss Civ. 3e, 19 février 2014, n°13-12.107, *RTD civ*. 2014, p. 410,

. Les conditions de la revendication dans les procédures collectives sont-elles contraires au droit fondamental de propriété, note ss Com. 1er 1 avril 2014, *RTD civ*. 2014, p. 680,

. L'acceptation d'un empiètement est-elle opposable au sous-acquéreur ?, note ss Civ. 3e, 1er juillet 2014, *RTD civ*. 2014, p. 917,

. Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ?, *RTD civ*. 2015, p. 27,

. Que reste-t-il de l'arrêt Maison de Poésie ?, note ss Civ. 3e, 28 janvier 2015, n°14-10.013, *RTD civ.* 2015, p. 413,

- DROSS W. et MALLET-BRICOUT B., L'avant-projet de réforme du droit des biens, *D*. 2009, p. 508,

- DUBOUT E., L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question, *RDP* 2013, n°1, p. 107,

- DUBUISSON E., Patrimoines affectés, avec-vous donc une âme ? La propersonnalité au secours de l'entrepreneur individuel, *D*. 2013, p. 792,

- DUPEYRON C., La stabilité de l'exploitant dans le statut des baux ruraux, *RDR* 2006, Etude 30,

- DUPICHOT Ph. :

. Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés, *Lamy Droit civil* 2006, n°29, p. 17,

. L'unicité du patrimoine aujourd'hui – Observations introductives, *JCP* N. 2009, 1356,

. Propriété, possession et détention dans l'avant-projet de réforme du droit des biens, *in* Mél. LE CANNU, Dalloz, 2014, p. 529,

- DUPRÉ DE BOULOIS X., Les notions de liberté et de droits fondamentaux en droit privé, *JCP* G. 2007, I., 211,

- DUTHEILLET DE LAMOTHE O., Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'Homme : un dialogue sans paroles, *in* Mél. GENEVOIS, Dalloz, 2009, p. 403,

- DUVERT C., La propriété collective, *LPA* du 6 mai 2002, n°90, p. 4,

- EMERICH Y. :

. Regard civiliste sur le droit des biens de la common law : pour une conception transsystémique de la propriété, *Rev. gén. dr.* 2008, p. 339,

. Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la *common law* : entre droit des contrats et droit des biens, *RIDC*, 1-2009,

- EUILLET A., L'utilité sociale, une notion dérivée de celle d'intérêt générale, *RDSS* 2002, p. 207,

- FABIANI D., La propriété temporaire, *in Volonté et biens, regards croisés*, L'Harmattan, 2013, p. 183,

- FABRE A., La promesse présidentielle de « Florange » à l'épreuve du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre, *Constitutions* 2014, p. 204,

- 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,

- FALQUE M., Plaidoyer pour une indemnisation, *Etudes foncières* n°59, juin 1993, p. 28,

- FAURE-ABBAD M., Défiscalisation des investissements immobiliers : dangers et remèdes, *RDI* 2011, p. 255,

- FAVOREU L. :

. Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *in* Mél. EISENMANN, Cujas, 1975, p. 33,

. Une grande décision, *in Nationalisations et Constitution,* Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Droit public positif, Paris, 1982, p. 19,

. La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789, *in La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque 25-26 mai 1989, Conseil constitutionnel, PUF, 1989, p. 123,

. Souveraineté et supraconstitutionnalité, *Pouvoirs* 1993, n°67, p. 71,

. La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés, D. 2001, p. 1739,

. L'application de l'article 62, alinéa 2, de la Constitution par la Cour de cassation, *D*. 2001, p. 2683,

. La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés, *D*. 2011, p. 1739,

- FERRARI E., Italie : l'indemnisation des servitudes d'urbanisme, *Droit et ville* 1999, n°48, p. 207,

- FLAUSS J.-F. :

. Les droits de l'homme, comme élément d'une constitution de l'ordre européen, *LPA* du 30 avril 1993, n°52, p. 8,

. Le contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits de l'homme : eldorado pour les victimes et fonds de commerce pour les conseils ?, *in* Mél. SORTAIS, Bruylant, 2002, p. 179,

. Réquisitoire contre la mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits de l'homme, à propos de l'arrêt *Beyeler c./ Italie* du 28 mai 2002, *D*. 2003, p. 227,

- FONTANA A., L'antenne-relais, les deux juges et le principe de précaution, *JCP A* 2010, 2332,

- FOREST G., Sanction de la violation d'un pacte de préférence, *D. actualité*, 18 novembre 2011,

- FOYER J., La question prioritaire de constitutionnalité et le droit rural, *Droit rural* n°391, 2011, repère 3,

- FORT F.-X., La constitutionnalité conditionnée des servitudes administratives, *AJDA* 2012, p. 1285,

- FRAGU E. et SABRINNI F., Vers une réforme de la procédure d'expulsion ? Comparaison franco-brésilienne, *LPA* du 5 février 2014, n°26, p. 4,

- FRANÇOIS J., Les créances sont-elles des biens ?, *in* Mél. LARROUMET, Economica, 2009, p. 149,

- FREMEAUX E., Les modes actuels d'affectation d'un immeuble en garantie*, Dr. et Patri.* 2003, 113,
- FRIBOURG A.-M., Les grandes étapes de la politique du logement en France, *Administrer* 1989, p. 6,
- FRIER P.-L., Propriété privée et protection du patrimoine culturel, *AJDA* 1992, p. 405,
- FROMENTIN X. et TRICHEREAU M., Démembrement de propriété de l'immobilier d'entreprise – Ingénierie financière et abus de droit, *RFN* 2011, n°5, étude 9,
- FROMONT M., Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne, *in* Mél. EISENMANN, Cujas, 1975, p. 49,
- FRULEUX F., Transmission d'entreprise et réduction de droits, L'administration maîtrise-t-elle sa doctrine ?, *JCP* N 2014, 1296,
- FRYDMAN B., Conclusion : le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle, *in Le dialogue des juges, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 147,
- GALEY M., Grande-Bretagne : Indemnisation des restrictions d'urbanisme, *Droit et ville* 1999, n°48, p. 136,
- GANEZ-LOPEZ G., Le juge de l'expropriation entre la puissance publique et le propriétaire, *in Un droit inviolable et sacré, la propriété, Actes du colloque organisé les 13-14 novembre 1989 à Paris,* ADEF, Paris, 1991, p. 170,
- GARÇON J.-P., Un montage inquiétant : le démembrement *ab initio* du capital social souscrit en numéraire, *JCP* N 2003, 1609,
- GARINOT J.-M., Les dangers de l'usufruit des droits sociaux, *JCP* E 2010, n°50, 2111,
- GARNIER F., Patrimoine culturel et QPC, *AJDA* 2012, p. 1170,
- GAUDEMET Y.

. L'avenir du droit des propriétés publiques, *in* Mél. TERRÉ., PUF, 1999, p. 567,

. À propos de la valorisation économique des propriétés publiques, *RDP* 2012, n°5, p. 1223,
- GAUDET R., Les opportunités du démembrement de propriété de l'immobilier d'entreprise, *LPA* du 27 janvier 2010, n°19, p. 5,
- GAUTHIER P.-Y., Où à l'occasion de la violation d'un pacte de préférence, la Cour de cassation réécrit les adages du droit français : *fraus non omnia corrumpit*, *RTD civ*. 1997, p. 685,
- GAVIN-MILLAN OOSTERLYNCK E., Plaidoyer pour une extinction des servitudes inutiles, *AJDI* 2015, p. 586,

- GAY L. :

. Propriété et logement, réflexions à partir de la mise en œuvre du référé-liberté (première partie), *RFDC* 2003/2, n°54, p. 309,

. Propriété et logement, réflexions à partir de la mise en œuvre du référé-liberté (suite et fin), *RFDC* 2003/3, n°55, p. 527,

. La possibilité de disposer d'un logement, entre normes constitutionnelles et normes européennes, *Revue de droit sanitaire et social* 2006, p. 395,

- GAZAY P., L'usufruit au service de la mobilisation pour le logement, *EDUC* 2013, n°1, p. 1,

- GEFFROY J.-B. :

. La défiscalisation des investissements immobiliers des particuliers, Ou comme toute médaille, la niche fiscale a son revers, *JCP* N 2010, 1239 (ou *Dr. fiscal* 2010, 381),

. Que deviennent les politiques fiscales ? Rapport introductif, *RFFP* 2014, n°126, p. 3,

- GENEVOIS B., Conclusions ss CE 22 décembre 1978, *D*. 1979, p. 155,

- GHESTIN J. :

. Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété, *D*. 1981, Chron. p. 1,

. La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle, *JCP* G., 2013, 929,

- GHOZI A., Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété, *D*. 1986, Chron. p. 317,

- GILBERT S. :

. La constitutionnalité de la procédure d'expropriation d'urgence, note ss Cons. constit., n°2013-338/339 QPC du 13 septembre 2013, *AJDI* 2013, p. 820,

. La restriction de l'emprise irrégulière, note ss T. confl. 9 décembre 2013, n°3931, *Pannizon c./ Commune de Saint-Palais-sur-mer*, *DA* 2014, comm. 25,

. Réforme du Code de l'expropriation – Une codification « à droit constant », *JCP* G 2015, 178,

- GINOSSAR S., Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel, *RTD civ*. 1962, p. 573,

- GIRAY M., Le notaire et l'optimisation fiscale, *JCP* N 2014, 1095,

- GIVAUDAN A., La permanence irréductible du droit de propriété, *in Un droit inviolable et sacré, la propriété, Actes du colloque organisé les 13-14 novembre 1989 à Paris,* ADEF, Paris, 1991, p. 113,

- GIVERDON C. :

. Les « lots transitoires » sont de véritables lots de copropriété, *JCP* G 1991, I, 3560,

. Le statut de la copropriété du droit privé au droit public, *Gaz. Pal.* 2002, n°75, p. 17,

- GLAUDET Ph., Le droit civil face à l'irrésistible ascension des droits de l'homme, *LPA* du 31 mars 2004, n°65, p. 3,

- GLÉNARD G., Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L.521-12 du code de justice administrative, *AJDA* 2003, p. 2008,

- GOURAUD Ch., La pratique notariale des baux commerciaux après la loi Pinel du 18 juin 2014, *Rép. Defrénois* 2014, n°17, p. 902,

- GOUT O., Quel droit commun pour les sûretés réelles ?, *RTD civ.* 2013, p. 255,

- GOUTTES (de) R., Le dialogue des juges, *in Actes du colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel du 3 novembre 2008,* Dalloz, Cahiers du Conseil constitutionnel Hors-série 2009, Paris, p. 21,

- GRANJON R., L'effectivité de la protection de la libre disposition des biens : réflexion sur l'évolution jurisprudentielle, *RFDA* 2003, p. 1104,

- GRILLET-PONTON D., Le droit du bail d'habitation à l'épreuve de la réglementation locative : une nouvelle désacralisation de la propriété ?, *JCP* G 2000, I, 240,

- GRIMALDI M. et BARRIERE F., La fiducie en droit français, *in La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, *XV^e Congrès International de Droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 237,

- GROSJEAN F. et HERVOIS S., Donation temporaire d'usufruit. Levier fiscal et philanthropique, *JCP* N 2013, 1201,

- GROUD H., Les rapports d'hétéronomie entre droit de l'urbanisme et droit français de l'environnement, *Const.-Urb*. n°7, juillet 2007, colloque 17,

- GROULIER C., Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ?, *AJDA* 2005, p. 1034,

- GRZEGORCZYK C., Le concept de bien juridique : l'impossible définition ?, *APD* 1979, p. 259,

- GUIBET LAFAYE C., La disqualification économique du commun, *RIDE* 2014/3, p. 271,

- GUILLAUME M., Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême ?, *JCP* N 2012, 1305 (et *JCP* G 2012, 722),

- GUINCHARD S., Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ?, *in* Mél. FARJAT G., Frison-Roche, 1999, p. 139,

- GUTMANN D., Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, Les ressources du langage juridique, *APD* 1999, p. 65,

- HAARSCHER C., Le droit de propriété est-il un droit de l'homme ?, Considérations préliminaires à une analyse systématique, *in Le droit de propriété en Europe occidentale et orientale, Mutations et limites d'un droit fondamental*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 9,
- HABIB L., La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RDP* 1986, p. 695,
- HAMON L., Les nationalisations devant le Conseil constitutionnel, *D.* 1983, Chron., p. 79,
- HANICOTTE R., Une nouvelle catégorie d'OVNI juridique : les drones, *Gaz. Pal.* 2014, n°317, p. 6,
- HAQUET A. et TRAORÉ S., La CEDH, les servitudes d'urbanisme et le droit au respect du domicile et de la vie privée, *Lamy Collectivités territoriales* 2013, n°87, Actualités,
- HARDIN G., *The Tragedy of the Commons*, Sciences, New Series, vol. 162, n°3859, décembre 1968, p. 1243,
- HAUMONT F. :

. Les limitations au droit de propriété immobilière*, in* L*e droit de propriété en Europe occidentale et orientale, Mutations et limites d'un droit fondamental*, Bruxelles, Bruylant 1995, p. 87,

. Belgique : l'indemnisation des servitudes d'urbanisme, *Droit et ville* 1999, n°48, p. 40,
- HAUSER J. :

. Prestation compensatoire : constitutionnalité de l'attribution d'un bien en propriété, note ss décision n°2011-151 QPC, 13 juillet 2011, *RTD civ.* 2011, p. 750,

. Formes de la prestation compensatoire : transfert de propriété, capital ou rente, note ss Civ. 1re, 28 mai 2014, n°13-15.760, *RTD* civ. 2014, p. 630,
- HICTER H., Conséquences de l'annulation d'une décision de préemption et rétrocession, *JCP* N 2014, 1308,
- HINFRAY A. et MIAILHE V., La fiducie et son régime fiscal, *Gaz. Pal*. 2014, n°168, p. 13,
- HONORAT E., La notion d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, *in* CONSEIL D'ETAT (rapport public 1999, jurisprudence et avis de 1998*), L'intérêt général*, La documentation française, Paris, n°50, p. 387,
- HOSTIOU R. :

. Deux siècles d'évolution de la notion d'utilité publique, *in Un droit inviolable et sacré, la propriété, Actes du colloque organisé les 13-14 novembre 1989 à Paris,* ADEF, Paris, 1991, p. 30,

. Utilité publique du projet et utilisation privée du bien exproprié, *LPA* du 20 juillet 1992, n°87, p. 21,

. La non-indemnisation des servitudes d'urbanisme*, AJDA* 1993, n° spécial, p. 27,

. La propriété privée face au droit de l'environnement, *Etudes foncières* n°65, décembre 1994, p. 29,

. Le droit français de l'expropriation et la Convention européenne des droits de l'homme, *AJDA* 2000, p. 290,

. Application du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, *AJDI* 2001, p. 43, note ss CE 16 juin 2000, *Consorts Lagarrigue*, n°197772,

. La suppression du principe de l'intangibilité de l'ouvrage public : mythe et réalités, note ss CE 13 février 2009, *Communauté de communes du canton de Saint-Malo de la Lande*, *RDI* 2009, p. 350,

. Expropriation : précisions sur la mise en œuvre de la théorie du bilan, *RDI* 2012, p. 617,

. L'expropriation pour risque naturel, *AJDA* 2012, p. 1324,

. La CEDH condamne à nouveau l'expropriation de fait, note ss CEDH *Rolim Comercial S.A. c./ Portugal* du 16 avril 2013, *RDI* 2013, p. 420,

. Expropriation : le droit de rétrocession, un droit sous haute protection de la Cour européenne des droits de l'homme ?, note ss Civ. 3e, 12 février 2014, *RDI* 2014, p. 201,

- HOUIN-BRESSAND C., Fiducie-sûreté, clause de réserve de propriété, crédit-bail : quelle protection pour le banquier propriétaire ?, *RD banc. fin*. n°2, mars 2010, dossier 12,

- HOUIS A., Investissement immobilier neuf ou ancien avec travaux, *JCP* N 2014, 1328,

- HOVASSE H. :

. Les alternatives au démembrement de propriété, *JCP* N 2012, n°36, 1319,

. Apport en numéraire d'un associé marié sous le régime de la communauté légale et nullité du contrat de société, *Dr. sociétés* 2012, n°6, comm. 99,

- HUBLOT G., Pratique des sociétés civiles immobilières, *JCP* G 2010, n°48, 1192,

- HUDAULT J., Renaissance écologique de la propriété agricole, *RDR* 2012, Etude 10,

- IMBERDIS R., Démembrement du droit de propriété d'un immeuble – un cas de métempsycose comptable, *JCP* E 2007, n°5, 1144,

- JACQUEMET-GAUCHÉ A., Contentieux des antennes relais : un appel au Tribunal des conflits, *RDI* 2012, p. 514,

- JACQUIN S., Le refinancement immobilier. Une solution pour diversifier son patrimoine et transmettre, *JCP* N 2011, n°41, 1274,

- JAUFFRET A., Les éléments nouveaux du fonds de commerce*, in* Mél. G. RIPERT, L.G.D.J. t. 2, 1972, p. 33,
- JAURÉGUIBERRY A., L'influence des droits fondamentaux européens sur le contrôle *a posteriori*, *RFDA* 2013, p. 10,
- JÉGOUZO Y. :
. Le contrôle de l'utilité publique par l'autorité administrative et le juge judiciaire, *LPA* du 20 juillet 1992, n°87, p. 16,
. Propriété et environnement, *Rép. Defrénois* 1994, 35764, p. 449,
- JESTAZ Ph., Les sources d'inspiration de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *in La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Coll. Etudes juridiques, 1999, p. 3,
- JOSSERAND L. :
. Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau, *in* Mél. SUGIYAMA, Association japonaise des juristes de langue française, Maison France-Japon, Tokyo, 1940, p. 95,
. Essai sur la propriété collective, *in Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, t. 1, Société d'études législatives, Paris, 1969, p. 357,
- JOUANJAN O., La théorie allemande des droits fondamentaux, *AJDA* 1998, p. 44,
- JUILLES A.-S., Le juge judiciaire n'est décidément plus le seul garant de la protection du droit de propriété, note ss Civ. 1re, 13 mai 2014, n°12-28.248 , *AJ Collectivités Territoriales* 2014, p. 506,
- JULIENNE F., Le terme légal du droit d'usufruit est d'ordre public, *D.* 2007, p. 2084,
- JULIENNE M. et DUBARRY J., Précisions sur le droit de jouissance spéciale, note ss Civ. 3e, 28 janvier 2015, *JCP* N 2015, 1083,
- JULIEN SAINT-AMAND P., Abus de droit et démembrement de propriété, *Droit et Patrimoine* 2011, 205,
- KACZMAREK L., Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération*, D.* 2009, p. 1845,
- KEBIR M., Caractère supplétif des dispositions relatives au droit de contraindre le propriétaire à couper les branches empiétant sur le fonds d'autrui, *Dalloz actualité* 28 juin 2012,
- KENDÉRIAN F., Le bail rural aurait-il une valeur vénale ?, *D.* 2000, p. 14,

- KOUBI G., De l'article 2 à l'article 17 de la Déclaration de 1789 : la brèche dans le discours révolutionnaire, *in Propriété & Révolution : actes du colloque de Toulouse, 12-14 octobre 1989*, Centre national de la recherche scientifique, 1990, p. 65,
- KOURALEVA P., L'usufruit, démembrement du droit de propriété ?, *LPA* du 19 juin 2009, n°122, p. 6,
- KRAJESKI D., Retour sur la spéculation et la valorisation en matière de baux ruraux, *RDR* 2011, Etude 7,
- KUHN C. :
. La mission du fiduciaire, *Lamy Droit et Patrimoine* 2008, n°171, p. 52,
. La nue-propriété, une propriété obligée, *LPA* du 8 août 2011, n°156, p. 8,
. La liberté de créer des droits réels *sui generis*, *JCP* N 2014, 1327,
- LABORDE-LACOSTE M., La propriété immobilière est-elle une « fonction sociale » ?, *in* Mél. BRETHE DE LA GRESSAYE, Editions Bière, 1967, p. 373,
- LACHAUME J.-F. et PAULIAT H., Le droit de propriété est-il encore un droit fondamental ?*, in* Mél. ARDANT, L.G.D.J., 1999, p. 373,
- LACHIÈZE C., QPC et fonds de commerce, *LPA* du 29 septembre 2011, n°194, p. 37,
- LAFFONT J.-J., Intérêt général et intérêts particuliers, *in* CONSEIL D'ETAT (rapport public 1999, jurisprudence et avis de 1998*), L'intérêt général*, La documentation française, Paris, n°50, p. 421,
- LAJARTE (de) C ., La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie, *Lamy Droit civil* 2009, n°60, p. 71,
- LAMARCHE T., L'imprescriptibilité en droit des biens, *RTD civ*. 2004, p. 403,
- LANDAIS C. et LENICA F., L'indemnisation des servitudes créées par un plan de prévention des risques naturels prévisibles*, AJDA* 2005, p. 423,
- LANVERSIN (de) J., Contribution du juge au développement du droit de l'environnement, *in Le juge et le droit public,* Mél. M. WALINE, t. 2, L.G.D.J., 1974, p. 519,
- LARDEUX G., Qu'est-ce que la propriété ?, *RTD civ.* 2013, p. 741,
- LARROUMET Ch., L'intérêt collectif et les droits individuels des copropriétaires dans la copropriété des immeubles bâtis, *JCP* G, 1976, I, 2812,
- LARROUTUROU T., La QPC est-elle une voie de recours à épuiser avant de saisir la Cour européenne des droits de l'homme ?, *RDP* 2015, p. 111,
- LASSERRE M.-C., La paralysie de la fiducie-sûreté, *LPA* du 11 février 2011, n°30, p. 3,
- LA TAILLE (de) G., Les laissés pour compte du droit au logement opposable subissent-ils un préjudice économique ?, *JCP* A 2015, 2212,

- LA VAISSIERE (de) F. :

. Inventaire critique des différents régimes d'encadrement des loyers, *AJDI* 2013, p. 417,

. Le concept de « loyer médian » est-il exploitable ?, *AJDI* 2013, p. 569,

- LAVAUD R., Aspects fiscaux de la conclusion d'une opération de crédit-bail immobilier sous forme de cession-bail, *Rép. Defrénois* 30 août 2013, n°15-16, p. 789,

- LAVIALLE C., Le juge administratif et l'exception de propriété, *RFDA* 2004, p. 497,

- LE BOT O. :

. Maintenir la voie de fait ou la supprimer ? Considérations juridiques et d'opportunité, *RDLF* 2012, Chron. n°24,

. Le juge administratif du référé-liberté compétent en matière de voie de fait, *JCP* A 2013, 2048,

- LEBRETON J.-P., Le droit de l'urbanisme : de l'organisation générale de l'utilisation des espaces urbains à la garantie d'octroi du droit de construire ?, *Constr. Urb.* 2007, n°7, colloque 18,

- LE CORNEC E., Le clair-obscur juridique des projets d'intérêt général (P.I.G.), *Droit et ville* 1998, n°45, p. 252,

- LE CORRE P.-M., La fiducie-sûreté, un instrument de sécurisation de la bonne exécution du plan de sauvegarde ou de redressement, *D.* 2009, p. 882,

- LE CORRE-BROLY E., Les modifications apportées au droit commun de la continuation des contrats en cours, *D*. 2009, p. 663,

- LE FUR A.-V., L'acte d'exploitation de la chose d'autrui, *RTD civ.* 2004, p. 429,

- LEGEAIS R., Le Conseil constitutionnel français protecteur du droit de propriété*, in* Mél. FLATTET, Payot, Lausanne, 1985, p. 61,

- LEMASURIER J., Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe « bilan coût-avantages », *in Le juge et le droit public,* Mél. M. WALINE, t. 2, L.G.D.J., 1974, p. 551,

- LEGARS A., La souveraineté des droits du propriétaire d'un immeuble limitée par le droit de l'environnement, *LPA* du 20 décembre 2012, n°254, p. 9,

- LEPAGE A., Le voisinage, *Rép. Defrénois* 1999, art. n°36943, p. 257,

- LEPAGE H*.,* La propriété deux siècles après : qu'en reste-t-il *?, Administrer* 1989, p. 25,

- LE RUDULIER N. :

. Le lotissement du ciel, division en volumes et règles de scission de la propriété foncière, *JCP* N 2011, Etude 1120,

. Servitude de tour d'échelle : prise en compte du critère économique, *AJDI* 2012, p. 539,

- L'HUILLIER J., *S.* 1937, I, 297, note ss Civ. 11 mai 1937, *Dlle Ducousso c./ Syndicat intercommunal d'électrification de la Région Nord de Pau et Société d'Equipement des voies ferrées et des grands réseaux électriques*,

- LIBCHABER R. :

. Le droit de propriété, un modèle pour la réparation des troubles du voisinage, *in* Mél. MOULY, Litec, 1998, p. 421,

. Restriction d'activité, servitude de non-concurrence et droit réel : un aperçu de la complexité des situations réelles, note ss Com., 4 juillet 2001, n°99-14.784, *D.* 2002, p. 433,

. Une fiducie française, inutile et incertaine…, *in* Mél. MALAURIE, Defrénois, 2005, p. 303,

. Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1ère partie), *Rép. Defrénois*, 30 août 2007, n°15, p. 1094,

. Les habits neufs de la perpétuité, *RDC* 2013, n°2, p. 584,

- LIET-VEAUX G., Réflexions sur le nouvel objet des associations syndicales de propriétaires, *JCP* N, 2005, 1074, p. 211,

- LOCHAK D., Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel, *in Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, Droits et libertés en Europe*, Actes du colloque de Montpellier des 20-21 janvier 1989, STH, 1990, p. 77,

- LOUSSOUARN Y., DRAGO R. et DELVOLVE P., Consultations, *in,* Nationalisations et Constitution, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Droit public positif, Paris, 1982, p. 105,

- LUCHAIRE F. :

. Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés du citoyen, *in Le juge et le droit public*, Mél. M. WALINE, , t. 2, L.G.D.J., 1974, p. 563,

. Doctrine, nécessité ou poésie ?, *in*, Nationalisations et Constitution, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Droit public positif, Paris, 1982, p. 65,

. Socialisme, propriété et Constitution, *in* Mél. DUVERGER, *Droit, institutions et systes politiques*, PUF, 1988, p. 127,

. La lecture actualisée de la Déclaration de 1789, *in La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque 25-26 mai 1989, Conseil constitutionnel, PUF, 1989, p. 215,

- MACORIG-VENIER F., L'exclusivité, *LPA* du 11 février 2011, n°30, p. 59,

- MAGNIN F., Le volet immobilier de la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions (suite et fin), *LPA* du 12 octobre 1998, n°122, p. 4,
- MAIROT A., La réserve de propriété analysée en une obligation réelle*, Rép. Defrénois,* 30 mars 2007, n°6, p. 399,
- MALAURIE Ph., La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français, *JCP* N 2002, n°49, 1678,
- MALINVAUD Ph. :
. La propriété, *in Proposition de l'association H. CAPITANT pour une réforme du droit des biens*, Litec, Coll. Carré Droit, Paris, 2009, p. 41,
. Troubles de voisinage dus aux antennes-relais : où en est-on ?, note ss Civ. 3e, 19 décembre 2012, n°11-23.566, *RDI* 2013, p. 162,
- MALLET-BRICOUT B. :
. Fiducie et propriété, *in* Mél. LARROUMET, Economica, 2009, p. 297,
. Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ?, *Dr. et Patri.* 2009, 185,
. Le fiduciaire propriétaire ?, *JCP* E 2010, n°8, 1191,
. QPC et immeuble, *in* ALBIGES Ch. et HUGON Ch. (sous la direction scientifique de), *Immeuble et droit privé, Approches transversales,* Lamy, Coll. Axe Droit, 2012, p. 49,
. Droits réels de jouissance spéciale : premier signe de rejet de la perpétuité, *D*. 2015, p. 599,
- MALLET-BRICOUT B., et REBOUL-MAUPIN N. :
. Droit des biens, juin 2010 - juin 2011, *D.* 2011, p. 2298,
. Droit des biens, septembre 2011 - juillet 2012, *D.* 2012, p. 2128,
. Droit des biens, juillet 2012 - juillet 2013, *D.* 2013, p. 2123,
. Droit des biens, juin 2013 - juin 2014, *D.* 2014, p. 1844,
- MARCHADIER F. :
. La réparation des dommages à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme, *RTD civ.* 2009, p. 245,
. La contribution de la CEDH à la recherche d'un équilibre entre le bailleur et le preneur d'un immeuble destiné à l'habitation, *D*. 2012, p. 2007,
. Le droit commun du point de vue du droit européen des droits de l'Homme, *RDC* 2014, n°3, p. 553,
- MARGUÉNAUD J.-P. :
. La petite maison dans la forêt, *D*. 2008, p. 884, à propos de CEDH *Hamer c./ Belgique* du 27 novembre 2007, aff. n°21861/03,

. La protection européenne contre « les expropriations pour cause d'utilité privée », *Justice et cassation* 2015, p. 169,

- MARIE S., La décentralisation à l'épreuve des évolutions récentes du droit de l'urbanisme, *RFDA* 2012, p. 854,

- MARION-FONDANECHE D., Le crédit-bail immobilier et le redressement judiciaire des entreprises, *Gaz. Pal.* 1986, II, Doctr., p. 571,

- MARQUE A., Fin de partie pour l'action possessoire ou les beaux jours du référé, *LPA* du 21 avril 2015, n°79, p. 4,

- MARTIN D. R., La propriété, de haut en bas, *D*. 2007, p. 1977,

- MARTIN F. et GERARD-GODARD B., Le pacte commissoire, *JCP* N 2011, n°21, 1183,

- MARTIN G.-J., Pour l'introduction en droit français d'une servitude conventionnelle ou d'une obligation *propter rem* de protection de l'environnement, *RJE* 2008, n°spécial, p. 123,

- MARTIN R., De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété, *RTD civ*. 1975, p. 52,

- MAS J.-P. et CALMELS L., Unité foncière, droit de construire et démembrement de propriété, *Constr.-Urb.* N°6, juin 2007, étude 12,

- MASCALA C., L'immeuble, un bien saisi par le Code pénal ?, *in* Mél. R. SAINT-ALARY, *L'immeuble et le droit*, Éditions législatives, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 369,

- MASSIP J., Divorce : la réforme des prestations compensatoires, *Rép. Defrénois,* 15 décembre 2000, n°23, art. 37267, p. 1328,

- MATHIEU B. :

. La supra-constitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités, *LPA* du 8 mars 1995, n°29, p. 12,

. Pour une reconnaissance de l' « autorité de la chose interprétée » par le Conseil constitutionnel*, D*. 2003, p. 1507,

- MAUPAS L., L'intérêt commun : une notion conceptuelle et fonctionnelle, *in* Mél. P. COURBE, Dalloz, 2012, p. 431,

- MAZEAUD V., Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RTD civ*. 2014, p. 29,

- MEKKI M. :

. Le patrimoine aujourd'hui, *JCP* G n°46, 2011, 1258,

. Volonté et distinction entre droit réel et droit personnel, *in Volonté et biens, regards croisés*, L'Harmattan, 2013, p. 149,

. Les virtualités environnementales du droit réel de jouissance spéciale, *RDC* 2014, n°1, p. 105,

. Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, *Gaz. Pal.* 2015, n°120, p. 37,

- MENENDEZ REXACH A., Espagne : l'indemnité des servitudes d'urbanisme, *Droit et ville* 1999, n°48, p. 93,

- MENG J.-Ph., Les corrections apportées aux régimes d'autorisation des lotissements, *JCP* N 2012, 1129,

- MESTRE J. et FAGES B., Des clauses originales mais illicites au regard des droits fondamentaux, *RTD civ*. 2006, p. 557, note ss Civ. 1re, 13 décembre 2005, n°04-13.772,

- MESTRE J.-L. :

. Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété, *D.* 1984, Chron, p. 1,

. L'expropriation face à la propriété (du Moyen-Age au Code civil), *Droits* I, 1985, p. 51,

. La propriété, liberté fondamentale pour les Constituants de 1789, *RFDA* 2004, p. 1,

- MEYER (de) J., Le droit de propriété dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *in Le droit de propriété en Europe occidentale et orientale, Mutations et limites d'un droit fondamenta*l, Bruxelles, Bruylant 1995, p. 55,

- MEYER-BISCH P., Légitimations démocratiques des limites au droit de propriété, un principe et un indicateur de démocratisation, *in Le droit de propriété en Europe occidentale et orientale, Mutations et limites d'un droit fondamenta*l, Bruxelles, Bruylant 1995, p. 37,

- MICHEL M., La cession d'usufruit temporaire, *RFN* 2014, 7,

- MIGNOT M., La vente à réméré utilisée à des fins de garantie, *Rép. Defrénois,* 30 octobre 2014, n°20, p.1079,

- MISONNE D. et OST F., L'illusion du *juste équilibre* ou la variabilité de la jurisprudence du juge européen portant sur la balance des intérêts entre environnement et enjeux économiques, *in* Mél. G.-J. MARTIN, Frison-Roche, 2013, p. 347,

- MODERNE F., Regards sur l'expropriation en matière d'urbanisme, *RDI* 1979, p. 148,

- MOLFESSIS N. :

. Le droit privé, source de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *in La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Coll. Etudes juridiques, 1999, p. 15,

. Sur trois facettes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *Cah. Cons. Const*. 2011, p. 7,

- MOLIBIER J., Quelques précisions à propos du dispositif Scellier et ses « variantes », *JCP* N 2010, 1116,

- MONÉGER J., Décret estival pour encadrer les loyers, *JCP* G 2012, n°36, 927, et JCP N 2012, n°35, 773,

- MONÉGER J. et KENDÉRIAN F., Premiers regards sur les dispositions de la loi n°2014-636 du 18 juin 2014 relative au bail commercial, *RTD com*. 2014, p. 535,

- MONTGOLFIER (de) J.-F., Le Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées, *Cah. Cons. Const.* 2011, p. 35,

- MOOR P. et DONZL V., Suisse : l'indemnisation des servitudes d'urbanisme, *Droit et ville* 1999, n°48, p. 283,

- MORIN G., Le sens de l'évolution contemporaine du droit de la propriété, *in Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, Mél. RIPERT, LGDJ, t. 2, 1950, p. 3,

- MORANGE J., La déclaration et le droit de propriété*, Droits* 1988, n°8, p. 101,

- MOREIL S., Antennes relais : que reste-t-il au juge judiciaire ?, *D*. 2012, p. 2978,

- MOULY C. :

. Procédures collectives : assainir le régime des sûretés, *in* Mél. ROBLOT, L.G.D.J., 1984, p. 529,

. Place de la propriété parmi les droits de l'homme, *in Droits de propriété et environnement,* Dalloz, 1997, p. 34,

- MOUSSERON J.-M., Valeurs, biens, droits, *in* Mél. BRETON et DERRIDA, Dalloz, 1991, p. 277,

- MOUSSERON J.-M., RAYNARD J. et REVET Th., De la propriété comme modèle, *in* Mél. COLOMER, Litec, 1993, p. 281,

- MOUTON S., La modernisation du droit constitutionnel de propriété : à propos de la constitutionnalisation du droit de propriété des créanciers, *D.* 2010, p. 2553,

- MOUTOUH H., Le propriétaire et son double – Variations sur les articles 51 et 52 de la loi du 29 juillet 1998, *JCP* G. 1999, I 146,

- NAUDET J.-Y. et SERMET L., Le droit de propriété garanti par la Convention européenne des droits de l'homme face à l'analyse économique, *R.R.J.* 1990, n°1, p. 15,

- NEAU-LEDUC Ph., Condamnation fiscale des démembrements de propriété par la Cour de cassation, *RDC* 2007, n°4, p. 1241,

- NICOLLE M., La fiducie sans transfert de propriété au fiduciaire, *D*. 2014, p. 2071,

- NIORT J.-F., Le Code civil dans la mêlée politique et sociale, regard sur deux siècles de lectures d'un symbole national, *RTD civ.* 2005, p. 257,
- NIVARD C. :
. L'effet direct de la Charte sociale européenne, *RDLF* 2012, Chron. n°28,
. Le régime du droit de propriété, *RFDA* 2012, p. 632,
- NOËL G., « Ouvrage public mal planté ? Peut se détruire ! », note ss CE 29 janvier 2003, *Synd. Dptal de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Cne de Clans*, *JCP* G. 2003, II, 10118,
- OLLARD R., De la fusion des droits pénal et civil ou de l'absorption du dol civil par la responsabilité pénale, *RDC* 2013, n°3, p. 1189,
- OLINGA A.-D. et PICHERAL C., La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH* 1995, p. 567,
- ORSI F., Réhabiliter la propriété comme *bundle of rights* : des origines à Elinor OSTROM, et au-delà ?, *RIDE* 2014/3, p. 371,
- OURLIAC P., Baux ruraux – Droit de préemption, exercice par le preneur, valeur vénale du bien, commentaire de l'arrêt Civ. 3e, 7 novembre 1990, n°88-12.226, *JCP* G. 1991, II, 21665,
- PARMENTIER M., Une nouvelle étape dans l'opposabilité du droit au logement : l'ouverture des recours indemnitaires, *JCP* G. 2011, 224,
- PASTRE-BELDA B. :
. L'effectivité des garanties procédurales de l'occupant sans titre du domaine public, *AJDA* 2011, p. 2325,
. La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits, *RTDH* 2013, p. 251,
- PATAULT A.-M., La propriété absolue à l'épreuve du voisinage au XIXe siècle*, in* Mél. IMBERT, PUF, Paris, 1989, p. 457,
- PAULIAT H. :
. Droit réel et propriété publique : une conciliation délicate (à propos de la décision n°94-346 DC du Conseil constitutionnel du 21 juillet 1994), *D.* 1990, p. 93,
. L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété, *D.* 1995, p. 283,
. Le caractère absolu ou relatif du droit de propriété ? – L'acceptation constitutionnelle de limitations justifiées et proportionnées*, JCP* A. 2011, n°48, 2366,
. Question prioritaire de constitutionnalité et droit de propriété : une jurisprudence insuffisamment protectrice ?, *RJEP* n°695, mars 2012, étude 2,

- PEIGNOT B., La propriété foncière saisie par le droit rural, *Justice et cassation* 2015, p. 177,
- PELLET A., La reconnaissance par la France du droit de requête individuelle devant la commission européenne des Droits de l'Homme, *Rev. dr. publ.* 1981, p. 69,
- PERCHERON D., De quelques voisins, *Administrer* 1989, p. 102 et 103,
- PÉRÈS C., La liberté contractuelle et le Conseil constitutionnel, *RDC* 2013, n°4, p. 1285,
- PÉRINET A., Le point de vue des expropriés, *in Un droit inviolable et sacré, la propriété, Actes du colloque organisé les 13-14 novembre 1989 à Paris,* ADEF, Paris, 1991, p. 165,
- PÉRINET-MARQUET H. :
. La propriété à l'épreuve de la décentralisation*, D.* 1986, Chron, p. 127,
. La propriété à géométrie variable, *in Un droit inviolable et sacré, la propriété, Actes du colloque organisé les 13-14 novembre 1989 à Paris,* ADEF, Paris, 1991, p. 127,
. Droit de préemption et formation du contrat, *AJDI* 1998, p. 25,
. Remarques sur l'extension du champ d'application de la théorie des troubles du voisinage, *RDI* 2005, p. 161,
. Droit des biens, *JCP* N. 2006, Chron. 1380,
. Domaine de la protection du droit de propriété, *Constitutions* 2010, p. 97,
. Modalités de la protection du droit de propriété, *Constitutions* 2010, p. 100,
. Les techniques de montage juridique d'un projet photovoltaïque, *RDI* 2010, p. 352,
. Regard sur les nouveaux biens, *JCP* G. 2010, doctr. 1100,
. Les conflits entre droits de préemption, *JCP* N. 2011, Etude 1267,
. La liberté de création des droits réels est consacrée, *Constr.-Urba.* 2013, repère 1,
. Droit des biens, *JCP* N. 2013, Chron. 1248,
. La fin des actions possessoires, chronique d'une mort annoncée, *JCP* G. 2015, 244,
- PERO AUGEREAU-HUE M.-H. et DELORME B., Le bail emphytéotique des personnes publiques : clauses et conséquences, *JCP* N. 2013, Etude 1119,
- PÉROCHON F. :
. Les interdictions de paiements et le traitement des sûretés réelles, *D*. 2009, p. 651,
. Les sûretés immobilières classiques dans les procédures collectives, *LPA* du 11 février 2011, n°30, p. 49,
- PERRIER J.-B., Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation, *RFDA* 2011, p. 711,
- PERRUCHOT-TRIBOULET V., La fiducie sans dépossession, *RLDC* 2009, n°61,

- PETTITI C., La réparation des atteintes au droit de propriété : l'application de l'article 41 de la CEDH, *in La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 97,
- PETRONI-MAUDIERE N., L'usufruit temporaire, *LPA* du 19 mai 2011, n°99, p. 38,
- PETRONI-MAUDIERE N., La clause de répartition inégale des bénéficies n'est pas constitutive d'une donation indirecte, *EDFP* 2013, p. 5,
- PEZ T., Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté, *RFDA* 2003, p. 370,
- PFISTER L., La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX^e^ siècle, *RIDA* 2005, p. 117,
- PHILIP L. :
. La valeur juridique de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *in* Mél. KAYSER, t. 2, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 1979, p. 317,
. Le droit de propriété dans les jurisprudences constitutionnelles européennes-France, *AIJC* 1985, p. 268,
. Le dialogue des juges et l'élargissement de la compétence du Conseil constitutionnel, *in* Mél. GENEVOIS, Dalloz, 2009, p. 841,
- PICARD E., L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA* 1998, p. 6,
- PIÉDELIÈVRE A., Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien, *in* Mél. de JUGLART, L.G.D.J., 1986, p. 57,
- PIÉDELIÈVRE S. :
. Les garanties du crédit immobilier, *LPA* du 29 avril 1998, n°51, p. 17,
. Brèves remarques sur la disparition des actions possessoires avec la loi du 16 février 2015, *Gaz. Pal.* 2015, n°78, p. 4,
. Patrimoine d'affectation, droit des créanciers et droit des sûretés, *in* Mél. LE CANNU, Dalloz, 2014, p. 547,
- PILLET G., La liberté du propriétaire, fondement et limite de sa liberté contractuelle, *Lamy Droit civil* 2007, n°34, p. 61, note ss Civ. 1^re^, 13 décembre 2005, n°04-13.772,
- PISIER E., Léon Duguit et le contrôle de la constitutionnalité des lois : paradoxes pour paradoxes, *in* Mél. DUVERGER, *Droit, institutions et systes politiques,* PUF, 1988, p. 189,
- PLANCKEEL F., La combinaison de l'usufruit et du bail, Eléments pour une nouvelle théorie des biens, *RTD civ*. 2009, p. 639,

- PODEUR G., La procédure collective du fiduciaire : quelles protections pour le constituant et le bénéficiaire ?, *D.* 2014, p. 1653,
- POIRMEUR Y., Le Conseil constitutionnel protège t'il véritablement les droits de l'Homme ? *in La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Coll. Etudes juridiques, 1999, p. 329,
- PONTIER J.-M., L'intérêt général existe-t-il encore ?, *D.* 1998, p. 327,
- POUMARÈDE J. :

. De la difficulté de penser la propriété (1789-1793), *in Propriété & Révolution : actes du colloque de Toulouse, 12-14 octobre 1989*, Centre national de la recherche scientifique, 1990, p. 27,

. Le bail réel immobilier logement, *RDI* 2014, p. 265,
- PRADEL X., Réflexions sur les relations entre les servitudes et le droit des obligations, *Rép. Defrénois,* 30 mai 2005, n°10, p. 829,
- PRIEUR P., SCHILLER S., REVET Th., et MORTIER R., L'usufruit de droits sociaux, Quelle place pour la liberté contractuelle ?, *JCP* N, 2010, n°23, 1221,
- PROUVEUR P., La clause de réserve de propriété en matière immobilière*, Gaz. Pal.* 2003, n°170, p. 10,
- PUISSOCHET J.-P., Les juges européens, le juge constitutionnel et le juge administratif : le dialogue des juges, *in Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges, Actes du colloque du 50e anniversaire des tribunaux administratifs*, PUG, Coll. Europa, 2004, p. 299,
- RACINE J.-B., Remarques sur la distinction entre les droits et les libertés, *LPA* du 23 septembre 2014, n°190, p. 7,
- RAVANAS E., Quelques réflexions autour de problématiques immobilières rencontrées dans les projets éoliens et photovoltaïques, *JCP* N 2009, 1275,
- RAYNAUD B., La société civile, véhicule de transmission anticipée de patrimoine, *JCP* N 2013, 1044,
- REBOUL-MAUPIN N., Relations de voisinage et rapports de servitude : des métamorphoses en perspective !, *LPA* du 16 décembre 2014, n°250, p. 7,
- RECIO M., Un palimpseste jurisprudentiel : le principe d'intangibilité de l'ouvrage public, note ss Civ. 3e, 30 avril 2003, *LPA* du 18 novembre 2003, n°230, p. 18,
- RÉMOND-GOUILLOUD M., L'environnement, sagesse de la propriété, *in Droits de propriété et environnement,* Dalloz, 1997, p. 44,

- REMY P., La propriété privée considérée comme un droit de l'homme, *in La protection des droits fondamentaux*, Colloque de Varsovie des 9 au 15 mai, Actes du colloque organisé à Varsovie par les Facultés de Droit de Varsovie et de Poitiers, p. 124,
- RENOUX-ZAGAME M.-F., Histoire du droit de la propriété, *Administrer* 1989, p. 13,
- RENUCCI J.-F., FRICERO N. et STRICKLER Y., L'arrêt pilote : le pragmatisme au service des droits de l'homme, *D*. 2013, p. 201,
- REPORT P., Les arcanes du contentieux des antennes-relais de téléphonie mobile, *AJDA* 2015, p. 972,
- REVET Th. :

. Loi n°98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, *RTD civ*. 1998, p. 989,

. Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire, *Dr. et Patri*. 2004, 124,

. Existe-t-il un droit à la « propriété commerciale », *RTD civ*. 2005, p. 619,

. Les droits de propriété intellectuelle sont des droits de propriété, *RTD civ.* 2006, p. 791,

. La Cour de cassation réaffirme la validité des clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes à titre onéreux, *RTD civ*. 2008, p. 126, note ss Civ. 1re, 31 octobre 2007, n°05-14.238,

. Le dénouement de la propriété temporaire, *RTD civ*. 2008, p. 322,

. Un régime d'acquisition du droit de propriété par prescription de douze ans constitue une réglementation de l'usage des biens justifiés par un intérêt général et respectueuse de l'équilibre qui doit exister entre les exigences de cet intérêt et le droit au respect des biens, note ss CEDH *JA. Pye (Oxford) Ltd et JA. Pye (Oxford) Land Ltd c./ Royaume-Uni* du 30 août 2007, aff. n°44302/02, *RTD civ.* 2008, p. 507,

. La « cession » forcée de mitoyenneté est déclarée conforme à la Constitution, note ss décision n° 2010-60 QPC du 12 novembre 2010, *RTD civ*. 2011, p. 144,

. La cession judiciaire forcée de biens à titre d'exécution en capital de la prestation compensatoire est conforme à la Constitution à condition d'être subsidiaire à la modalité d'exécution de cette dette au moyen d'un versement de somme d'argent éventuellement garanti par des sûretés, *RTD civ*. 2011, p. 565,

. Un nouveau cas de propriété divisée, *RTD civ*. 2012, p. 553,

. Le droit réel dit « de jouissance spéciale » et le temps, *JCP* G 2015, 252,

- RICHIER L., Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ?, *AJDA* 1998, p. 1,
- RIEHM T., Le patrimoine d'affectation en droit allemand, notamment en droit des sûretés, *RLDC* 2010, n°77,
- RIVERO J. :
. Apologie pour les « faiseurs de systèmes », D. 1951, Chron. 99 et *in Pages de doctrine*, t. 1, L.G.D.J., 1980, p. 3,
. Rapport de synthèse, *RIDC* 1981, p. 659,
. « Ni lu, ni compris » ?, *AJDA* 1982, p. 209,
. Le droit de propriété dans les jurisprudences constitutionnelles européennes, Rapport de synthèse, *AIJC* 1985, p. 283,
- ROBLOT-TROIZIER A., Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat, *RFDA* 2011, p. 691,
- ROCHFELD J., Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux « communs » ?, *RIDE* 2014/3, p. 351,
- ROLIN F., Pour un « discours de la méthode » du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, *AJDA* 2010, p. 2384,
- ROLLAND P., Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des Droits de l'homme, *in Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, Droits et libertés en Europe*, Actes du colloque de Montpellier des 20-21 janvier 1989, STH, 1990, p. 47,
- ROSA J.-J., Des comportements patrimoniaux aux politiques publiques : le logement bien de consommation et instrument de placement, *Administrer* 1989, p. 12,
- ROSE-DULCINA F., L'implantation des antennes-relais de téléphonie mobile : la timidité du juge administratif face à l'audace du juge judiciaire, *Constr.-Urb.* 2009, Etude 23,
- ROUAULT M.-C., Un mur séparant une propriété privée d'une voie publique, nécessaire à la sécurité de la circulation sur cette voie, appartient au domaine public*, Lamy Collectivités territoriales* 2012, n°79,
- ROUGÉ GUICHARD S., Réflexion autour de l'extinction du droit de propriété, critère inédit de répartition des compétences entre juge administratif et juge judiciaire, *JCP* A 2014, 2281,
- ROUQUET Y. :
. L'interdiction d'augmenter les loyers porte atteinte au droit de propriété, *Dalloz actualité* 18 juin 2012,

. Loi « Macron » : gestion immobilière, *AJDI*, p. 570,

- ROUX J.-M., Brèves remarques sur les rapports entre copropriété et volumes, *in* Mél. BERGEL, Bruylant, 2013, p. 677,

- ROZES L., L'évolution de la propriété en droit civil, *Droit et ville* 1998, n°45, p. 243,

- RUSSO C., L'applicabilité aux nationaux des « principes généraux du droit international » visés à l'article 1 du Protocole n°1, *in* Mél. WIARDA, *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne,* Cari Heymanns Verlag KG, 1990, p. 547,

- SACCUCCI Y., La réception de la notion de bien, au sens de l'article 1 du premier Protocole de la Convention européenne des droits de l'Homme, par le juge administratif, *RDP* 2014, p. 1591,

- SAENKO L., Du préjudice dans le délit d'escroquerie, *D*. 2015, p. 845,

- SAINT-ALARY-HOUIN C., Approche conceptuelle du droit de préemption, *JCP* N 2011, Etude 1260,

- SALEILLES R., Le Code civil et la méthode historique, *in Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire*, Présentation de J.-L. HALPERIN, Dalloz, 2004, p. 97,

- SANDRIN-DEFORGE A., Bientôt 10 ans : le point sur les PPRT, *Lamy Collectivités territoriales* 2013, n°86, Perspectives,

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

- SAVATIER R. :

. La nature juridique et les caractères nouveaux du droit à un bail rural, *D*. 1946, Chron. XI, p. 41,

. Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels, *RTD civ.* 1958, p. 1,

. La propriété de l'espace, *D*. 1965, Chron., p. 213,

. La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers, *D*. 1976, Chron., p. 103,

- SAVOURE B., Opportunités du démembrement de la propriété immobilière, *Dr. et Patri*. 2005, 137,

- SAVY R., La constitution des juges, *D*. 1983, Chron, p. 105,

- SCHLAGER E. et OSTROM E., *Property-Rights Regimes and Natural Resources : a Conceptual Analysis*, *Land Economics* 1992, p. 249,

- SCHOETTL J.-E., Intérêt général et Constitution*, in,* CONSEIL D'ETAT (rapport public 1999, jurisprudence et avis de 1998*), L'intérêt général*, La documentation française, Paris, n°50, p. 375,
- SEILLER B., L'actualité de l'arrêt *Couitéas, RFDA* 2013, p. 1012,
- SÉNÉCHAL M., Sûreté et procédures collectives, à la recherche d'un équilibre, *in* Mél. LE CANNU, Dalloz, 2014, p. 771,
- SÉRIAUX A., La notion juridique de patrimoine, *RTD civ*. 1994, p. 801,
- SERMET L. :

. La Convention européenne des droits de l'homme et le droit de propriété, *Dossier sur les droits de l'homme*, n°11, 1998, http://www.echr.coe.int/echr/,

. Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale, *LPA* du 5 mars 2009, n°46, p. 26,
- SEUBE J.-B. :

. Bail commercial et CEDH, *RDC* 2005, n°4, p. 1093,

. Novembre 2011- mars 2012 : Sous l'emprise de la Constitution et de la Convention européenne…, *Lamy Droit et Patrimoine* 2012, n°215,
- SICARD G., Le droit de propriété avant l'article 17 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, *in Propriété & Révolution : actes du colloque de Toulouse, 12-14 octobre 1989*, Centre national de la recherche scientifique, 1990, p. 17,
- SIIRIAINEN F., Des « démembrements » du droit d'auteur : de la théorie à la théorie, par le détour de la pratique, *RIDE* 2014/3, p. 387,
- SMITH F. L., La protection de l'environnement par la privatisation écologique : un paradigme pour la réforme environnementale, *in Droits de propriété et environnement,* Dalloz, 1997, p. 49,
- SOLER-COUTEAUX P., Le droit d'urbanisme : sous la règle, quelle liberté ?, *RDI* 2009, p. 208,
- SOMMIER E., La division de la propriété immobilière en volumes cessibles, *JCP* N 1976, I, 2788,
- STAHL J.-H. et DOMINO X., Antennes de téléphonie mobile : quand une police spéciale d'Etat évince la police municipale, *AJDA* 2011, p. 2219,
- STEMMER Y., Un nouveau démembrement de la propriété : le droit de jouissance privatif d'une partie commune, *JCP* N., 2007, n°50, 1328,
- STRICKLER Y. :

. La mort des actions possessoires, *in* Mél. SIMLER, Dalloz, 2006, p. 823,

. Liberté, j'écris ton nom, *in* Mél. GUINCHARD, Dalloz, 2010, p. 381,

- STRUILLOU Y., Le contentieux du droit au logement opposable, *RFDA* 2010, p. 157,

- SUBRA DE BIEUSSES P., Du bien-fondé de l'article L.160-5 du Code de l'urbanisme, *in* Mél. JÉGOUZO, Dalloz, 2009, p. 737,

- SUDRE F. :

. La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme, *D*. 1988, Chron, p. 71,

. Les libertés protégées par la Cour européenne des droits de l'homme, *in Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, Droits et libertés en Europe*, Actes du colloque de Montpellier des 20-21 janvier 1989, STH, 1990, p. 17,

. Le « droit au respect de ses biens » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, *in La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 1,

. La subsidiarité, « nouvelle frontière » de la Cour européenne des droits de l'homme. – A propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention, *JCP* G., 2013, doctr. 1086,

- SUEUR J.-J., L'évolution du catalogue des droits fondamentaux, *in Les droits fondamentaux dans l'Union européenne : dans le sillage de la Constitution européenne en hommage à René-Jean Dupuy 1918-1997, fondateur de l'Institut du droit de la paix et du développement,* 2009, p. 15,

- TADROS A., Création de droit réel : consécration de l'autonomie de la volonté, *D*. 2012, p. 2596,

- TAPINOS G., Les français et leur logement 1789-2089, *Administrer* 1989, p. 4,

- THARAUD D., Le sort contrasté du droit au logement opposable français devant la Cour européenne des droits de l'homme, note ss CEDH *Tchokontio Happi c./ France* du 9 avril 2015, aff. n°65829/12, *RDSS* 2015, p. 651,

- TERRAT B., Du régime de la propriété dans le Code civil, *in Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire*, Présentation de J.-L. HALPERIN, Dalloz, 2004, p. 229,

- TERRÉ F., L'évolution du droit de la propriété depuis le Code civil, *Droits* 1985, n°1, p. 33,

- TESTU F.-X., L'autonomie de la volonté, source de droits réels principaux, *JCP* G 2012, 1400,

- THERON S., La réquisition administrative de logement, *AJDA* 2005, p. 247,

- THERY R., De l'utilisation à la propriété des choses, *in* Mél. RIPERT, L.G.D.J., t. 2, 1950, p. 17,

- THIREAU J.-L., La propriété du Code civil : modèles et anti-modèles*, in Code civil et modèles, Des modèles du Code au Code comme modèle*, L.G.D.J., Bibliothèque de l'Institut André Tunc, t. 6, 2005, p. 157,
- THOMASSIN N., Le fondement juridique du « tour d'échelle », *D.* 2012, p. 1308,
- THOMAT-RAYNAUD A.-L., Clause d'inaliénabilité stipulée dans un acte à titre onéreux et droits des créanciers : un équilibre trouvé, D. 2008, p. 963, note ss Civ. 1re, 31 octobre 2007, n°05-14.238,
- TIFINE P., Le nouveau Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique : une réforme cosmétique plutôt qu'une réforme de fond, *RDI* 2015, p. 281,
- TOMASIN D., Les atteintes portées au droit de propriété, *Administrer* 1989, p. 16,
- TRANCHANT L. :

. La cession forcée de mitoyenneté de l'article 661 du Code civil mise à la question prioritaire devant le Conseil constitutionnel, note ss décision n° 2010-60 QPC du 12 novembre 2010, *RDI* 2010, p. 538,

. L'organisation de la propriété sous le signe de la liberté contractuelle, *Rép. Defrénois* 2013, p. 12,

. Du droit de superficie à la propriété modulaire, *in* Mél. BERGEL, Bruylant, 2013, p. 749,
- TRAORÉ S., La mise en compatibilité d'un document d'urbanisme par une DUP n'est pas contraire à la libre administration des collectivités territoriales, *Lamy Collectivités territoriales* 2011, n° 64, Actualités,
- TRAORÉ S., La prise en compte des risques naturels dans et par les documents d'urbanisme, *Lamy Collectivités territoriales* 2013, n°88, Perspectives,
- TRÉBULLE F. G., La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel, *in* Mél. MALINVAUD, Lexisnexis, 2007, p. 659,
- TRÉMEAU J. :

. Jurisprudence du Conseil constitutionnel 1er juillet – 30 septembre 1998, Contrôle de la loi ordinaire, RDF Const. 1998, p. 765,

. Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété, *AJDA* 2003, p. 653,

. L'urbanisme et le Palais-royal, *in* Mél. GENEVOIS, Dalloz, 2009, p. 1049,

. La QPC en droit immobilier public, *Lamy Droit et Patrimoine* 2012, n°210, p. 71,
- TRUCHET D., L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre, *in*, CONSEIL D'ETAT (rapport public 1999, jurisprudence et avis de 1998*), L'intérêt général*, La documentation française, Paris, n°50, p. 361,

- TULKENS F. et DONNAY L., L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme, *RSC* 2006, p. 3,
- VAN BRUSTEM M. et VAN BRUSTEM E., Les hésitations de la Cour européenne des droits de l'homme : à propos du revirement de jurisprudence en matière de satisfaction équitable applicable aux expropriations illicites, note ss CEDH 21 octobre 2008, *Guiso c./Italie*, aff. n°58858/00*, RFDA* 2009, p. 285,
- VANDERMEEREN R. :
. Commentaire de la loin°2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, *AJDA* 2000, p. 706,
. Les droits de préemption en matière d'urbanisme : innovations législatives et actualité jurisprudentielle, *AJDA* 2002, p. 1104,
. Le contentieux des droits de préemption d'urbanisme : excès de recours ou excès d'illégalité, *AJDA* 2008, p. 734,
- VAN LANG A., La question de la compétence judiciaire dans le contentieux des antennes-relais : fin ou suite ?, note ss Civ. 1re, 17 octobre 2012, nos10-26.854 et 11-19.259, *RDI* 2012, p. 612,
- VANUXEM S. :
. Du propriétaire-souverain au propriétaire-habitant, *in Volonté et biens, regards croisés*, L'Harmattan, 2013, p. 93,
. L'appropriation au/du terroir Aït M'Hand, incursion dans le Haut Atlas marocain, https://hal.archives-ouvertes.fr,
- VAREILLES-SOMMIERES (de la Broüe de) G., La définition et la notion juridique de la propriété, *RTD civ*. 1905, p. 443,
- VEDEL G., Souveraineté et supraconstitutionnalité, *Pouvoirs* 1993, n°67, p. 79,
- VERGRIETE P. et GUERRINI S., Stratégie d'investissement locatif et défiscalisation, *Etudes foncières* juillet-août 2012, n°158, p. 19,
- VÉRON M., L'escroquerie « au logement », *Dr. pénal* 2006, comm 90,
- VERPEAUX M., Le juge administratif, gardien du droit de propriété, *RFDA* 2003, p. 1096,
- VERWILGHEN M., Conclusion : les leçons du colloque, *in Le droit de propriété en Europe occidentale et orientale, Mutations et limites d'un droit fondamental*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 203,
- VIAL-PEDROLETTI B., Quel avenir pour la clause résolutoire en matière de bail d'habitation ?, *Loyers et copro.* 1999, Chron. 4,

- VINEY G., Pour ou contre « un principe général » de responsabilité civile pour faute, *in Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Mél. CATALA, Litec, 2001, p. 555,
- VISSCHER (de) F., Du « *jus abutendi* », *RTD civ.* 1913, p. 337,
- VOINOT D., Effectivité et efficacité de la réserve de propriété après la réforme du droit des sûretés, *LPA* du 27 mars 2008, n°63, p. 43890,
- WACHSMANN P. :
. Un bilan du bilan en matière d'expropriation, la jurisprudence *Ville Nouvelle Est*, trente ans après, *in Gouverner, administrer, juger*, Mél. J. WALINE, Dalloz, 2002, p. 733,
. L'importation en France de la notion de « droits fondamentaux », *RUDH* 2004, p. 40,
- WALINE J. :
. Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation, *in Le juge et le droit public,* Mél. M. WALINE, t. 2, L.G.D.J., 1974, p. 811,
. L'indemnisation des atteintes à la propriété privée*, in Pour un droit commun de l'environnement*, Mél. PRIEUR, Dalloz, 2007, p. 413,
- ZAGREBELSKY G., Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, Cour constitutionnelle italienne, *RIDC* 1981, p. 511,
- ZATTARA-GROS A.-F., Le contrôle de proportionnalité exercé par la CEDH en matière de droit de propriété, *LPA* du 5 mars 2009, n°46, p. 32,
- ZENATI-CASTAING F. :
. Sur la constitution de la propriété*, D.* 1985, Chron., p. 171,
. Propriété et droits réels, *RTD civ.* 1990, p. 682,
. Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *RTD civ*. 1993, p. 305,
. Empiètement, *RTD civ.* 1993, p. 850,
. Caractère constitutionnel du droit de propriété, *RTD civ*. 1996 p. 932,
. Protection constitutionnelle du droit de propriété, *RTD civ.* 1999, p. 132,
. Protection constitutionnelle du droit de disposer, *RTD civ.* 1999, p. 136,
. La propriété, mécanisme fondamental du droit, *RTD civ.* 2006, p. 445,
. La propriété collective existe-t-elle ?, *in* Mél. GOUBEAUX, L.G.D.J., Dalloz, 2009, p. 589,
- ZITOUNI F., Le Conseil constitutionnel et le logement des plus démunis, *LPA* du 12 janvier 1996, n°6, p. 14.

V- JURISPRUDENCE

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

DECISIONS DC

- Décision n°59-1 FNR du 27 novembre 1959, J.O. du 14 janvier 1960, p. 441,
- Décision n°60-7 L du 8 juillet 1960, J.O. 1er-2 du août 1960, p. 7149,
- Décision n°67-44 L du 27 février 1967, J.O. du 19 mars 1967, p. 26,
- Décision n°70-39 DC du 19 juin 1970, J.O. du 21 juin 1970, p. 5806,
- Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971, J.O. du 18 juillet 1971, p. 7114,
- Décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975, J.O. du 16 janvier 1975, p. 671,
- Décision n°78-96 DC du 27 juillet 1978, J.O. du 29 juillet 1978, p. 2949,
- Décision n°79-107 DC du 12 juillet 1979, J.O. du 13 juillet 1979, *Rec.,* p. 31,
- Décision n°79-109 DC du 9 janvier 1980, J.O. du 11 janvier 1980, p. 84,
- Décision n°81-133 DC du 30 décembre 1981, J.O. du 31 décembre 1981, p. 3609,
- Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, J.O. du 17 janvier 1982, p. 299,
- Décision n°82-139 DC du 11 février 1982, J.O. du 12 février 1982, p. 560,
- Décision n°82-150 DC du 30 décembre 1982, J.O. du 31 décembre 1982, p. 4033,
- Décision n°83-162 DC du 20 juillet 1983, J.O. du 22 juillet 1983, p. 2267,
- Décision n°83-167 DC du 19 janvier 1984, J.O. du 20 janvier 1984, p. 351,
- Décision n°84-172 DC du 26 juillet 1984, J.O. du 28 juillet 1984, p. 2496,
- Décision n°84-181 DC du 11 octobre 1984, J.O. du 13 octobre 1984, p. 3200,
- Décision n°84-184 DC du 29 décembre 1984, J.O. du 30 décembre 1984, p. 4167,
- Décision n°85-189 DC du 17 juillet 1985, J.O. du 19 juillet 1985, p. 8200,
- Décision n°85-197 DC du 23 août 1985, J.O. du 24 août 1985, p. 9814,
- Décision n°85-198 DC du 13 décembre 1985, J.O. du 14 décembre 1985, p. 14574,
- Décision n°85-200 DC du 16 janvier 1986, J.O. du 18 janvier 1986, p. 920,
- Décision n°86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, J.O. du 27 juin 1986, p. 7978,
- Décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986, J.O. du 19 septembre 1986, p. 11294,
- Décision n°86-224 DC du 23 janvier 1987, J.O. du 25 janvier 1987, p. 924,
- Décision n°89-254 DC du 4 juillet 1989, J.O. du 5 juillet 1989, p. 8382,
- Décision n°89-256 DC du 25 juillet 1989, J.O. du 28 juillet 1989, p. 9501,
- Décision n°89-261 DC du 28 juillet 1989, J.O. du 1er août 1989, p. 9679,
- Décision n°89-267 DC du 22 janvier 1990, J.O. du 24 janvier 1990, p. 971,
- Décision n°89-268 DC du 29 décembre 1989, J.O. du 30 décembre 1989, p. 16498,

- Décision n°90-283 DC du 8 janvier 1991, J.O. du 10 janvier 1991, p. 524,
- Décision n°91-303 DC du 15 janvier 1992, J.O. du 18 janvier 1992, p. 882,
- Décision n°92-316 DC du 20 janvier 1993, J.O. du 22 janvier 1993, p. 1118,
- Décision n°94-346 DC du 21 juillet 1994, J.O. du 23 juillet 1994, p. 10635,
- Décision n°94-359 DC du 19 janvier 1995, J.O du 21 janvier 1995, p. 1166,
- Décision n°96-373 DC du 9 avril 1996, J.O. du 13 avril 1996, p. 5724,
- Décision n°98-403 DC du 29 juillet 1998, J.O. du 31 juillet 1998, p.11710,
- Décision n°99-425 DC du 29 décembre 1999, J.O. du 31 décembre 1999, p. 20012,
- Décision n°2000-434 DC du 20 juillet 2000, J.O. du 27 juillet 2000, p. 11550,
- Décision n°2000-436 DC du 7 décembre 2000, J.O. du 14 décembre 2000, p. 19840,
- Décision n°2001-455 DC du 12 janvier 2002, J.O. du 18 janvier 2002, p. 1053,
- Décision n°2003-473 DC du 26 juin 2003, J.O. du 3 juillet 2003, p. 11205,
- Décision n°2004-503 DC du 12 août 2004, J.O. du 17 août 2004, p. 14648,
- Décision n°2005-522 DC du 22 juillet 2005, J.O. du 27 juillet 2005, p. 12225,
- Décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, J.O. du 3 août 2006, p. 11541,
- Décision n°2006-545 DC du 28 décembre 2006, J.O. du 31 décembre 2006, p. 20320,
- Décision n°2008-567 DC du 24 juillet 2008, J.O. du 29 juillet 2008, p. 12151,
- Décision n°2009-577 DC du 3 mars 2009, J.O. du 7 mars 2009, p. 4336,
- Décision n°2009-580 DC du 10 juin 2009, J.O. du 13 juin 2009, p. 9675,
- Décision n°2009-589 DC du 14 octobre 2009, J.O. du 20 octobre 2009, p. 17412,
- Décision n°2009-594 DC du 3 décembre 2009, J.O. du 9 décembre 2009, p. 21243,
- Décision n°2010-605 DC du 12 mai 2010, J.O. du 13 mai 2010, p. 8897,
- Décision n°2010-607 DC du 10 juin 2010, J.O. du 16 juin 2010, p. 10988,
- Décision n°2010-618 DC du 9 décembre 2010, J.O. du 17 décembre 2010, p. 22181,
- Décision n°2012-659 DC du 13 décembre 2012, J.O. du 18 décembre 2012, p. 19861,
- Décision n°2012-662 DC du 29 décembre 2012, J.O. du 30 décembre 2012, p. 20966,
- Décision n°2012-660 DC du 17 janvier 2013, J.O. du 19 janvier 2013, p. 1327,
- Décision n°2013-672 DC du 13 juin 2013, J.O. du 16 juin 2013, p. 9958,
- Décision n°2013-679 DC du 4 décembre 2013, J.O. du 7 décembre 2013, p. 19958,
- Décision n°2013-687 DC du 23 janvier 2014, J.O. du 28 janvier 2014, p. 1622,
- Décision n°2014-691 DC du 20 mars 2014, J.O. du 26 mars 2014, p. 5925,
- Décision n°2014-692 DC du 27 mars 2014, J.O. du 1er avril 2014, p. 6232,
- Décision n°2014-701 DC du 9 octobre 2014, J.O. du 14 octobre 2014, p. 16656,
- Décision n°2015-718 DC du 13 août 2015, J.O. du 18 août 2015, p. 14376.

DECISIONS QPC

- Décision n°2010-13 QPC du 9 juillet 2010, J.O. du 10 juillet 2010, p. 12841,
- Décision n°2010-4/17 QPC du 10 juillet 2010, J.O. du 23 juillet 2010, p. 13615,
- Décision n°2010-26 QPC du 17 septembre 2010, J.O. du 18 septembre 2010, p. 16951,
- Décision n°2010-32 QPC du 22 septembre 2010, J.O. du 23 septembre 2010, p. 17291,
- Décision n°2010-33 QPC du 22 septembre 2010, J.O. du 23 septembre 2010, p. 17292,
- Décision n°2010-43 QPC du 6 octobre 2010, J.O. du 7 octobre 2010, p. 18155,
- Décision n°2010-55 QPC du 18 octobre 2010, J.O. du 19 octobre 2010, p. 18695,
- Décision n°2010-60 QPC du 12 novembre 2010, J.O. du 13 novembre 2010, p. 20237,
- Décision n°2010-66 QPC du 26 novembre 2010, J.O. du 27 novembre 2010, p. 21117,
- Décision n°2010-67/86 QPC du 17 décembre 2010, J.O. du 19 décembre 2010, p. 22373,
- Décision n°2010-87 QPC du 21 janvier 2011, J.O. du 22 janvier 2011, p. 1384,
- Décision n°2010-96 QPC du 4 février 2011, J.O. du 5 février 2011, p. 2354,
- Décision n°2011-116 QPC du 8 avril 2011, J.O. du 9 avril 2011, p. 6361,
- Décision n°2011-118 QPC du 8 avril 2011, J.O. du 9 avril 2011, p. 6363,
- Décision n°2011-126 QPC du 13 mai 2011, J.O. du 13 mai 2011, p. 8400,
- Décision n°2011-151 QPC du 13 juillet 2011, J.O. du 14 juillet 2011, p. 12250,
- Décision n°2011-159 QPC du 5 août 2011, J.O. du 6 août 2011, p. 13478,
- Décision n°2011-169 QPC du 30 septembre 2011, J.O. du 1er octobre 2011, p. 16527,
- Décision n°2011-172 QPC du 23 septembre 2011, J.O. du 24 septembre, p. 16018,
- Décision n°2011-176 QPC du 7 octobre 2011, J.O. du 8 octobre 2011, p. 17019,
- Décision n°2011-177 QPC du 7 octobre 2011, J.O. du 8 octobre 2011, p. 17020,
- Décision n°2011-182 QPC du 14 octobre 2011, J.O. du 15 octobre 2011, p. 17465,
- Décision n°2011-193 QPC du 10 novembre 2011, J.O. du 19 novembre 2011, p. 19010,
- Décision n°2011-201 QPC du 2 décembre 2011, J.O. du 3 décembre 2011, p. 20497,
- Décision n°2011-203 QPC du 2 décembre 2011, J.O. du 3 décembre 2011, p. 20015,
- Décision n°2011-206 QPC du 16 décembre 2011, J.O. du 17 décembre 2011, p. 21369,
- Décision n°2011-207 QPC du 16 décembre 2011, J.O. du 17 décembre 2011, p. 21370,
- Décision n°2011-208 QPC du 13 janvier 2012, J.O. du 14 janvier 2012, p. 752,
- Décision n°2011-209 QPC du 17 janvier 2012, J.O. du 18 janvier 2012, p. 1014,
- Décision n°2011-212 QPC du 20 janvier 2012, J.O. du 21 janvier 2012, p. 1214,
- Décision n°2011-215 QPC du 27 janvier 2012, J.O. du 28 janvier 2012, p. 1677, texte n°82,
- Décision n°2012-226 QPC du 6 avril 2012, J.O. du 7 avril 2012, p. 6413,
- Décision n°2012-236 QPC du 20 avril 2012, J.O. du 21 avril 2012, p. 7197,

- Décision n°2012-275 QPC du 28 septembre 2012, J.O. du 29 septembre 2012, p. 15375,
- Décision n°2012-292 QPC du 15 février 2013, J.O. du 16 février 2013, p. 2685,
- Décision n°2013-325 QPC du 21 juin 2013, J.O. du 23 juin 2013, p. 10456,
- Décision n°2013-338/339 QPC du 13 septembre 2013, J.O. du 15 septembre 2013, p. 15528,
- Décision n°2013-343 QPC du 27 septembre 2013, J.O. du 1er octobre 2013, p. 16305,
- Décision n°2013-369 QPC du 28 février 2014, J.O. du 2 mars 2014, p. 4119,
- Décision n°2013-370 QPC du 28 février 2014, J.O. du 2 mars 2014, p. 4120,
- Décision n°2014-394 QPC du 7 mai 2014, J.O. du 10 mai 2014, p. 7873,
- Décision n°2014-406 QPC du 9 juillet 2014, J.O. du 11 juillet 2014, p. 11613,
- Décision n°2014-411 QPC du 9 septembre 2014, J.O. du 12 septembre 2014, p. 15020,
- Décision n°2014-426 QPC du 14 novembre 2014, J.O. du 16 novembre 2014, p. 19330,
- Décision n°2014-430 QPC du 21 novembre 2014, J.O. du 23 novembre 2014, p. 19678,
- Décision n°2014-449 QPC du 6 février 2015, J.O. du 8 février 2015, p. 232,
- Décision n°2014-451 QPC du 13 février 2015, J.O. du 15 février 2015, p. 2934,

CONSEIL D'ETAT

- 7 juillet 1853, *Robin de Grimaudière*, S. 1854, 3, 213,
- 30 novembre 1923, *Couitéas* : *Rec. Lebon* p. 789,
- 19 mai 1933, *Benjamin*, nos17413, 17520 : *Rec. Lebon*, p. 541,
- 17 juin 1938, *Dame Veuve Lewin* : *Rec. Lebon*, p. 553,
- 16 mai 1945, *Slizewicz* : *Rec. Lebon*, p. 99,
- 4 mars 1949, *Société Stadium de Paris* : *Rec. Lebon* p. 113,
- 18 novembre 1949, *Carlier* : *Rec. Lebon* p. 490,
- 8 avril 1961, *Dame Klein* : *Rec. Lebon* p. 216,
- 24 novembre 1961, *Letisserand*, n°48841 : *Rec. Lebon* p. 661,
- 13 mars 1970, *Dame Benoist d'Anthenay*, n°75820 : *Rec. Lebon* p. 182,
- 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, n°78825 : *Rec. Lebon* p. 409,
- 20 octobre 1972, *Soc. Civ. Ste-Marie de l'Assomption*, n°78829 : *Rec. Lebon* p. 657,
- 18 juillet 1973, *Ville de Limoges*, n°86275 : *Rec. Lebon* p. 531,
- 20 novembre 1974, *Epx Thony et Hartmann-Six*, nos91558, 91559 : *Rec. Lebon* p. 1009,
- 4 mars 1977, *Min. Equipement c./ SA Constructions Simottel et Consorts Guillerot*, n°01822 : *Rec. Lebon* p. 122,
- 23 mars 1979, *Commune de Bouchemaine*, n°09860 : *Rec. Lebon* p. 127,
- 28 novembre 1980, *Société Établissement Roth*, n°17732 : *Rec. Lebon* p. 446,

- 16 juin 1982, *Mme Kergener*, n°28104,
- 29 mars 1985, *SA Locafrance*, n°45539,
- 14 mars 1986, *Commune de Gap Romette*, n°40310 : *Rec. Lebon* p. 74,
- 10 mai 1989, *SA « Société cotonnière du Breuchin »*, n°39926,
- 20 octobre 1989, *Nicolo*, n°108243 : *Rec. Lebon* p. 190,
- 8 novembre 1989, *Degouy*, n°73407 : *Rec. Lebon* p. 228,
- 26 septembre 1990, *Epoux Seguin et autres*, n°86058,
- 21 décembre 1990, *Conf. Nat. Assoc. Familiales catholiques*, n^{os}15743, 105810, 105811 et 105812 : *Rec. Lebon* p. 369,
- 23 mars 1992, *Martin et Fraboulet*, n^{os}87601, 87604, 87668 : *AJDA* 1992, p. 334,
- 21 août 1996, *Ville de Toulouse,* n^{os}137834, 137835,
- 28 mars 1997, *Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne*, n°170856 et n°170857 : *Rec. Lebon* p. 120,
- 3 juillet 1998, *Dpt des Yvelines*, n°132250 : *Rec. Lebon* p. 275,
- 3 juillet 1998, *Bitouzet,* n°158592 : *Rec. Lebon* p. 288,
- 16 juin 2000, *Consorts Lagarrigue*, n°197772 : *Rec. Lebon* p. 232,
- 3 février 2001, n°213157,
- 14 mars 2001*, Commune Granville*, n°171502,
- 23 mars 2001, *Société Lidl*, n°231559 : *Rec. Lebon* p. 154,
- 9 avril 2001, *Belrose*, n^{os}232208, 232209, 232210,
- 6 avril 2001, *Ministère de l'Éducation nationale c./ M. Cros Decam et Mme Michel*, n°230000,
- 28 mai 2011, *Société Codiam*, n°230692,
- 31 mai 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, n°234226 : *Rec. Lebon* p. 253,
- 1er juin 2001, *Ploquin*, n°234321,
- 6 mars 2002, *Mesdames Triboulet et Brosset-Pospisil*, n°217646 : *Rec. Lebon* p. 76,
- 6 mars 2002, *Depalle*, n°217647,
- 29 mars 2002, *SCI Stephaur*, n°243338 : *Rec. Lebon* p. 117,
- 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin*, n°245697 : *Rec. Lebon* p. 168,
- 21 novembre 2002, *Gaz de France*, n°251726,
- 3 janvier 2003, *Ministre de l'Intérieur c./ Société Kerry*, n°253001,
- 29 janvier 2003, *Synd. Dptal de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Cne de Clans*, n°245239 : *Rec. Lebon* p. 21,
- 26 février 2003*, M. et Mme Bour*, n°231558 : *Rec. Lebon* p. 59,

- 28 février 2003, *Commune de Pertuis*, n°254411 : *Rec. Lebon* p. 68.
- 2 février 2004, *Abdallah*, n°260100 : *Rec. Lebon* p. 15,
- 11 février 2004, *Schiocchet*, n°211510 : *Rec. Lebon* p. 65,
- 8 novembre 2005, *Moissinac*, n°286606 : *Rec. Lebon* p. 491,
- 29 décembre 2004, *Société d'aménagement des coteaux de Sainte-Blaine*, n°2578804 : *Rec. Lebon* p. 478,
- 27 juin 2005, *Commune de Chambéry*, n°264667,
- 27 juillet 2005, *Mme Constancis et Mme Castinel c./ Préfet des Yvelines*, n°267195,
- 26 mai 2006, *Société du Yacht-club international de Marina Baie-des-Anges*, n°293501 : *Rec. Lebon* p. 265,
- 27 septembre 2006, *Sté Janfin*, n°260050 : *Rec. Lebon* p. 401,
- 30 novembre 2007*, Ville de Strasbourg c./ M. et Mme Maleriat-Bihler*, n°271897,
- 19 décembre 2007, *Geoffroy,* n°297148,
- 16 juin 2008, *Association communale de chasse agréée de Louin*, n°297568,
- 24 juillet 2008, *Michèle B*, n°318686,
- 13 février 2009, *Communauté de communes du canton de Saint-Malo de la Lande*, n°295885,
- 8 juillet 2009, *Oppidum du Puy du Mur*, n°308778,
- 31 juillet 2009, *Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport Notre-Dame-des-Landes*, n°314955,
- 9 novembre 2009, n°315082,
- 27 janvier 2010, *Commune de Vigneux-de-Bretagne*, n°319241,
- 31 mars 2010, *Commune de Châteauneuf-du-Rhône*, n° 313762,
- 30 juin 2010, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales c./ Époux Ben Amour*, n°332259 : *Rec. Lebon* p. 225,
- 16 juillet 2010, *SCI La Saulaie*, n°334665 : *Rec. Lebon* p. 315,
- 17 février 2011, *Raymond A.*, n°344445,
- 3 mars 2011, *Département de l'Aube*, n°347061,
- 14 mars 2011, *Commune de Galluis*, n°347345,
- 9 mai 2011, *Luis José A.*, n°346785,
- 16 mai 2011, *Commune de Moulins*, n°317675 : *Rec. Lebon* p. 242,
- 29 juin 2011, *SCI LA LAUZIERE*, n°327080 : *Rec. Lebon* p. 308,
- 14 septembre 2011, *Michel A*., n°348394 : *Rec. Lebon* p. 441,
- 26 octobre 2011, *Commune de Saint-Denis*, n°326492 : *Rec. Lebon* p. 529,

- 9 novembre 2011, *Philippe A*., n°351890,
- 1er février 2012, *Julian A*, n°349749,
- 10 février 2012, *Fofana*, n°356456 : *Rec. Lebon* p. 835,
- 11 avril 2012, *GISTI, Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement*, n°322326 : *Rec. Lebon* p. 142,
- 11 avril 2012, *Société Prathotels c./ Société d'exploitation de l'aéroport Clermont-Ferrand Auvergne*, n°355356 et n°355357,
- 24 avril 2012, *Ministre de la culture et de la communication c./ Mathé-Dumaine*, n°346952 : *Rec. Lebon* p. 172,
- 4 mai 2012, *Commune d'Etampes*, n°358939,
- 10 mai 2012, *Société Euroacting*, n°357043,
- 5 juillet 2012, *SCI RVGH*, n°260630,
- 19 octobre 2012, *Commune de Levallois-Perret*, n°343070,
- 23 janvier 2013, *Commune de Chirongui*, n°365262 : *Rec. Lebon* p. 6,
- 22 avril 2013, *Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie c./ Pambindoni*, n°358427,
- 15 mai 2013, *M. C et Mme D*, n°343051,
- 17 octobre 2013, *Collectif des élus qui doutent de la pertinence de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes (CEDPA)*, n°358633,
- 17 janvier 2014, *Mme Florea*, n°369671,
- 5 mars 2014, *Mme Preda*, n°372422,
- 31 mars 2014, *Commune d'Avignon*, n°362140,
- 18 avril 2014, *Commune de Germond-Rouvre*, n°377621,
- 13 mai 2014, *Nestor*, n°379941,
- 5 novembre 2014, *Mme C*, n°385431,
- 30 janvier 2015, *Commune de Médan*, n°371082,
- 27 février 2015, *Pharmacie des Cordeliers*, n°369949.

COURS ADMINISTRATIVES D'APPEL

- Nantes, 31 mai 1995, *SNC les Rouges-Gorges*, n°93-131,
- Marseille, 3 juin 1999, *SOPRAF et Commune de Villeneuve-Loubet*, req. n°97MA05313,
- Lyon, 1e ch., 7 mars 2000, req. n°95LY01401 : Juris-data n°2000-123566,
- Lyon, 6 juillet 2004, *M et Mme Detry*, req. n°01LY00120,
- Nantes du 27 septembre 2005, *Mme Savelli*, req. n° 04NT00319.

TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

- Nice, réf., 22 janv. 2004, *Pesce* : *BJDU* 2004, n° 6, p. 431,
- Paris, 17 décembre 2010, n^{os}1004946, 1005678, 1001317,
- Nantes, 17 juillet 2015, n^{os} 1307841, 1307843, 1307846, 1308221, 1400329-1400339, 140343, 140355, 1401285, 1401296, 1401304-1401302, 1401685, 1401689, 1401692-1401673, 1410918.

COUR DE CASSATION

- Cass. 14 septembre 1816 : Journal des audiences de la Cour de cassation, De Seligny greffier en chef, vol. 1817, p. 82,
- Ch. réunies, 15 juin 1833 : *S.* 1833, I, p. 458,
- Req., 13 février 1834 : *DP* 1834, I, p. 118 ; *S.* 1834, I, p. 205 ; *GAJC* 12^{e} éd., t. 1, n°65,
- Crim. 18 novembre 1837 : *S.* 1837, I, p. 366,
- Civ., 27 novembre 1844 : *DP,* 45, I, 13, Grands arrêts, n°74-75, 1er arrêt,
- Civ., 20 avril 1858 : *DP* 58, I, 154 ; *S.* 58, I, 589, Grands arrêts n°73,
- Req. 12 juillet 1905 : *DP* 1907, I, 141 ; *S.* 1907, I, 273,
- Req. 3 août 1915, n°00-02.378 : *DP* 1917, II, 79,
- Req. 30 décembre 1940 : *DC* 1941, p. 107,
- Civ. 1re, 24 février 1956 : *Bull. civ*. I, n°95,
- Civ. 3^{e}, 30 avril 1963 : *Bull. civ.* I, n°239 ;
- Civ. 1re, 20 janvier 1964 : *Bull. civ.* I, n°34,
- Civ. 1re, 16 mars 1964 : *Bull. civ.* I, n°159,
- Civ. 1re, 28 octobre 1964 : *Bull. civ.* I, n°480,
- Civ. 1re, 13 janvier 1965, n°62-10.951 : *Bull. civ.* I, n°34,
- Crim. 16 juin 1966, n°65-90.997 : *Bull. crim.*, n°174,
- Civ. 3^{e}, 19 mars 1969, n°67-14.239 : *Bull. civ.* III, n°250,
- Civ. 3^{e}, 10 juillet 1969, n°68-70.075 : *Bull. civ.* III, n°570,
- Civ. 3^{e}, 21 mai 1970, n°68-12.572 : *Bull. civ.* III, n°345,
- Civ. 3^{e}, 11 décembre 1970, n°69-11.322 : *Bull. civ*. III, n°699,
- Civ. 3^{e}, 16 décembre 1970, n°69-11.712 : *Bull. civ.* III, n°713,
- Civ. 3^{e}, 15 janvier 1971, n°69-12.996 : *Bull. civ.* III, n°40,
- Civ. 3^{e}, 5 février 1971, n°69-13.859 : *Bull. civ.* III, n°90,
- Civ. 3^{e}, 17 novembre 1971, n°70-13.346 : *Bull. civ.* III, n°565,
- Civ. 3^{e}, 18 janvier 1972, n°70-11.350 : *Bull. civ.* III, n°39,

- Civ. 3e, 25 avril 1972, n°71-10.119 : *Bull. civ.* III, n°258,
- Civ. 3e, 30 mai 1972, n°71-70.206 : *Bull. civ.* III, n°355,
- Ass. Plén., 23 juin 1972, n°70-12.960 : *Bull. civ*. A. P., n°3,
- Civ. 3e, 30 octobre 1972, n°71-13.473 : *Bull. civ*. III, n°576,
- Civ. 3e, 28 novembre 1972, n°71-11.903 : *Bull. civ.* III, n°635,
- Civ. 3e, 14 mars 1973, n°72-11.752 : *Bull. civ.* III, n°206,
- Civ. 1re, 13 novembre 1973, n°71-14.469 : *Bull. civ*. I, n°302,
- Civ. 3e, 11 décembre 1973, n°72-12.352 : *Bull. civ*. III, n°636,
- Civ. 3e, 11 juin 1974, n°73-11.365 : *Bull. civ.* III, n°247,
- Civ. 1re, 31 janvier 1974, n°71-14.700 : *Bull. civ*. I, n°37,
- Civ. 3e, 26 novembre 1974, n°73-12.124 : *Bull. civ.* III, n°441,
- Ch. mixte 24 mai 1975, n°73-13.556, *Sté des cafés Jacques Vabre* : *Bull. ch. mixte*, n° 4,
- Civ. 3e, 26 novembre 1975, n°74-12.036 : *Bull. civ*. III, n°350,
- Civ. 3e, 6 mai 1976, n°75-12.619 : *Bull. civ.* III, n°150,
- Civ. 3e, 19 janvier 1977, n°75-11.990 : *Bull. civ*. III, n°32,
- Civ. 3e, 8 novembre 1978, n°77-13.563 : *Bull. civ.* III, n°340,
- Civ. 3e, 20 mars 1978, n°76-12.598 : *Bull. civ.* III, n°128,
- Civ. 3e, 26 juin 1979, n°78-10.567 : *Bull. civ.* III, n°142,
- Com. 20 novembre 1979, n°77-15.978, *Bull. civ.* IV, n°300,
- Crim. 23 octobre 1980, n°79-93.655 : *Bull. crim.*, n°271,
- Civ. 3e, 19 mai 1981, n°79-16.605 : *Bull. civ.* III, n°101,
- Civ. 3e, 29 avril 1981, n°79-16.649 : *Bull. civ*. III, n°88,
- Civ. 3e, 22 mars 1983, n°81-14.547 : *Bull. civ.* III, n°83,
- Civ. 1re, 3 mai 1983, n°82-11.799 : *Bull. civ.* I, n°138,
- Civ. 3e, 18 janvier 1984, n°82-16.003 : *Bull. civ.* III, n°16,
- Civ. 3e, 29 février 1984, n°83-10.585 : *Bull. civ*. III, n°57,
- Civ. 3e, 16 mai 1984, n°82-16.649 : *Bull. civ.* III, n°99,
- Civ. 3e, 6 juin 1984, n°83-10.946 : *Bull. civ.* III, n°111,
- Civ. 3e, 8 janvier 1985, n°83-15.132 : *Bull. civ.* III, n°6,
- Civ. 3e, 19 novembre 1985, n°84-13.404 : *Bull. civ*. III, n° 146,
- Civ. 1e, 25 novembre 1986, n°84-15.705 : *Bull. civ.* I, n°279,
- Civ. 2e, 19 novembre 1986, n°84-16.379 *: Bull. civ.* II, n°172,
- Com. 8 décembre 1987, n°85-16.970 : *Bull. civ.* IV, n°265,
- Civ. 3e, 20 juillet 1988, n°87-10.998 : *Bull. civ*. III, n°136,

- Civ. 3e, 4 octobre 1989, n°87-14.838 : *Bull. civ.* III, n°183,
- Civ. 3e, 11 octobre 1989, n°88-14.439 : *Bull. civ*. I, n°317,
- Civ. 3e, 15 novembre 1989, n°87-18188 : *Bull. civ.* III, n°213,
- Civ. 3e, 24 octobre 1990, n°88-15.967 : *Bull. civ.* III, n°203,
- Civ. 3e, 7 juin 1990, n°88-16.277 : *Bull. civ*. III, n°140,
- Civ. 1re, 12 juin 1990, n°89-11.632 : *Bull. civ.* I, n°163,
- Civ. 3e, 13 juin 1990, n°89-70.131 : *Bull. civ.* III, n°147,
- Civ. 3e, 24 octobre 1990, n°89-15.142 : *Bull. civ.* III, n°201,
- Civ. 3e, 7 novembre 1990, n°88-18.601 : *Bull. civ.* III, n°226,
- Civ. 3e, 10 novembre 1992, n°90-19.944 : *Bull. civ.* III, n°292,
- Civ. 3e, 27 février 1991, n°89-18.729 : *Bull. civ.* III, n°67,
- Civ. 3e, 26 juin 1991, n°89-18.638 : *Bull. civ.* III, n°197,
- Civ. 3e, 14 novembre 1991, n°89-21167 : *Bull. civ.* III, n°275,
- Civ. 3e, 1er avril 1992, n°90-14.066 : *Bull. civ.* III, n°115,
- Civ. 3e, 4 mars 1992, n°90-13.145 : *Bull. civ*. III, n°73,
- Civ. 3e, 25 mars 1992, n°89-21.866 : *Bull. civ.* III, n°106,
- Civ. 3e, 8 juillet 1992, n°92-11.578 : *Bull. civ.* III, n°241,
- Com. 3 novembre 1992, n°90-18547 : *Bull. civ.* IV, n°338,
- Com. 11 mai 1993, n°90-21.903 : *Bull. civ.* IV, n°184,
- Civ. 1re, 2 juin 1993, n°91-10.971, n°90-21.982, n°91-10.429, n°91-12.013 : *Bull. civ.* I, n°197,
- Civ. 1re, 2 juin 1993, n°91-16.163 : *Bull. civ*. I, n°201, p. 140,
- Civ. 2e, 23 juin 1993, n°92-10.949,
- Civ. 3e, 23 novembre 1993, n°92-13.370,
- Civ. 3e, 15 décembre 1993, n°91-10.199 : *Bull. civ*. III, n°174,
- Com. 4 janvier 1994, n°91-20.256 : *Bull. civ.* IV, n°10,
- Ass. Plén., 6 janvier 1994, n°89-17.049 : *Bull. civ.* A.P., p. 308,
- Civ. 3e, 16 février 1994, n°92-70.276,
- Civ. 1re, 15 juin 1994, n°92-12.139 : *Bull. civ*. I., n°211,
- Civ. 1re 4 janvier 1995, n° 92-20.013 : *Bull. civ.* I, n°4,
- Civ. 3e, 25 janvier 1995, n°92-19.600 : *Bull. civ.* III, n°29,
- Civ. 3e, 22 mars 1995, n°92-21.269 : *Bull. civ.* III, n°90,
- Civ. 3e, 11 mai 1995, n°93-18.469,
- Civ. 3e, 30 mai 1995, n°93-16.021,

- Civ. 3e, 19 juillet 1995, n°93-17.134 : *Bull. civ.* III, n°207,
- Civ. 3e, 29 novembre 1995, n°93-20.587,
- Ass. Plén., 2 février 1996 : n°91-21.373 : *Bull. civ*. A. P., n°1,
- Crim. 27 février 1996, n°95-82.370 : *Bull. crim.*, n°96,
- Civ. 3e, 6 mars 1996, n°93-11.113 : *Bull. civ*. III, n°60, p. 41,
- Civ. 3e, 6 mars 1996, n°93-17.424,
- Ass. Plén., 28 juin 1996, n°94-15.935 : *Bull. civ*. A. P., n°6,
- Civ. 1re, 5 novembre 1996, n°94-14.798 : *Bull. civ.* I, n°378,
- Civ. 3e, 15 janvier 1997, n°94-19.337,
- Crim. 23 janvier 1997, n°96-80.729 : *Bull. crim.*, n°34,
- Civ. 1re, 6 mai 1997, n°95-13.913,
- Civ. 3e, 17 juin 1997, n°96-11.294,
- Com. 27 janvier 1998, n°96-13.595 : *Bull. civ*. IV, n° 4,
- Civ. 1re, 5 mai 1998, n°96-18.835 : *Bull. civ*. I, n°167, p. 111,
- Civ. 1er, 12 novembre 1998, n°96-19.549 : *Bull. civ.* I, n°312,
- Com. 24 novembre 1998, n°96-18357 : *Bull. civ.* IV, n°277,
- Civ. 3e, 2 décembre 1998, n°02-12.1998 : *Bull. civ*. III, n°227,
- Civ. 3e, 17 février 1999, n°97-14.368 : *Bull. civ.* III, n°42,
- Civ. 3e, 10 novembre 1999, n°97-21.942 : *Bull. civ.* III, n°149,
- Civ. 1re, 1er décembre 1999, n°97-20.817 : *Bull. civ.* I, n°332,
- Civ. 3e, 15 décembre 1999, n°97-22.161 : *Bull. civ*. III, n°250,
- Com. 1er février 2000, n°97-15.263 : *Bull. civ*. IV, n°23,
- Civ. 3e, 11 mai 2000, n°96-70.123,
- Civ. 3e, 21 juin 2000, n°98-21.129 : *Bull. civ.* III, n°124,
- Civ. 3e, 9 mai 2001, n°99-14.064,
- Com. 15 mai 2001, n°98-14.965 : *Bull. civ*. IV, n°98,
- Civ. 3e, 27 juin 2001, n°99-21.865 *: Bull. civ.* III, n°86,
- Civ. 3e, 4 juillet 2001, n°99-14.784 : *Bull. civ*. III, n°94,
- Crim. 5 septembre 2001, n°01-82.077 : *Bull. crim.*, n°174,
- Civ. 3e, 26 septembre 2001, n°00-70.110,
- Crim. 10 octobre 2001, n°00-87.605 : *Bull. crim.*, n°205,
- Civ. 3e 19 décembre 2001, n°00-15.300 : *Bull. civ*. III, n°160,
- Civ. 3e, 20 mars 2002, n°00-16.015 : *Bull. civ*. III, n°71,
- Civ. 3e, 5 juin 2002, n°00-16.077 : *Bull. civ.* III, n°129,

- Civ. 3e, 19 juin 2002, n°00-11.904 : *Bull. civ.* III, n°147,
- Civ. 3e, 20 novembre 2002, n°00-17.539 : *Bull. civ.* III, n°232,
- Civ. 3e, 30 avril 2003, n°01-14.890 : *Bull. civ.* III, n°87,
- Civ. 3e, 30 avril 2003, n°01-14.148 : *Bull. civ.* III, n°92,
- Civ. 3e, 21 mai 2003, n°02-70.013 : *Bull. civ*. III, n°110,
- Civ. 3e, 2 juillet 2003, n°02-14.642 : *Bull. civ*. III, n°141,
- Civ. 3e, 24 septembre 2003, n°02-12.474 : *Bull. civ.* III, n°161,
- Civ. 3e, 28 octobre 2003, n°02-14.459,
- Crim. 13 novembre 2003, n°03-80.371 : *Bull. crim.*, n°213,
- Civ. 3e, 17 décembre 2003, n°02-10.300 : *Bull. civ.* III, n°241,
- Civ. 1re, 3 février 2004, n°01-00.004 : *Bull. civ.* I, n°34,
- Civ. 1re 25 février 2004, n°02-18.081 : *Bull. civ.* III, n°41,
- Com. 31 mars 2004, n°03-16.694 : *Bull. civ*. IV, no 70,
- Civ. 3e, 7 avril 2004, n°02-16.283 : *Bull. civ.* III, n°70,
- Com. 5 mai 2004, n°01-17.201 et n°01-17.590 : *Bull. civ*. IV, n°81,
- Ass. Plén., 7 mai 2004, n°02-10.450 : *Bull. civ.* A. P., n°10,
- Civ. 3e, 15 décembre 2004, n°02-20614 : *Bull. civ*. III, n°239,
- Civ. 3e, 19 janvier 2005, n°03-15.631,
- Com. 22 février 2005, n° 03-17.421,
- Civ 3e, 18 mai 2005, n°04-11.349 : *Bull. civ*. III, n°109,
- Civ. 3e, 22 juin 2005, n°04-70.068 : *Bull. civ.* III, n°140,
- Civ. 1re, 28 juin 2005, n°03-14.165 : *Bull. civ*. I, n°287,
- Civ. 1re, 28 juin 2005, n°03-19.308 : *Bull. civ.* I, n°288,
- Civ. 3e, 14 septembre 2005, n°03-20.857 : *Bull. civ.* III, n°167,
- Civ. 3e, 28 septembre 2005, n°04-14.769 : *Bull. civ.* III, n°187,
- Mixte, 2 décembre 2005, n°03-18.210 : *Bull. ch. mixte* n°7,
- Civ. 1re, 13 décembre 2005, n°04-13.772,
- Civ. 3e, 22 mars 2006, n°04-19.349 : *Bull. civ.* III, n°73, p. 61,
- Mixte, 26 mai 2006, n°03-19.376 et n°03-19.495 : *Bull. ch. mixte* n°4,
- Civ. 1re, 11 juillet 2006, n°03-18.528 : *Bull. civ.* I, n°389,
- Civ. 3e, 31 octobre 2006, n°05-10.553 : *Bull. civ.* III, n°213,
- Civ. 1re, 9 janvier 2007, n°05-15.439 : *Bull. civ.* I, n°11,
- Civ. 3e, 31 janvier 2007, n°06-12.404 : *Bull. civ.* III, n°14,
- Civ. 3e, 31 janvier 2007, n°05-21.071 : *Bull. civ.* III, n°16,

- Com. 23 janvier 2007, n°05-14.403: *Bull. civ*. IV, n° 11,
- Civ. 3e, 14 février 2007, n°05-21.814 : *Bull. civ*. III, n°25,
- Civ. 3e, 7 mars 2007 n°05-18.057 : *Bull. civ.* III, n°35,
- Civ. 3e, 7 mars 2007, n°06-12.568 : *Bull. civ*. III, n°36,
- Civ. 2e, 3 mai 2007, n°05-19.439 : *Bull. civ.* II, n°121,
- Civ. 3e, 9 mai 2007, n°06-12.474,
- Civ. 3e, 10 mai 2007, n°05-21.485 : *Bull. civ.* III, n°75,
- Com. 15 mai 2007, n°06-14.262 : *Bull. civ*. IV, n°132,
- Civ. 3e, 19 septembre 2007, n°06-16.384 : *Bull. civ*. III, n°147,
- Civ. 3e, 24 octobre 2007, n°06-19.260 : *Bull. civ.* III, n°183,
- Civ. 1re, 31 octobre 2007, n°05-14.238 : *Bull. civ.* I, n°337,
- Mixte, 9 novembre 2007, n°06-19.508 : *Bull. ch. Mixte*, n°10,
- Civ. 3e, 27 mars 2008, n° 07-11.721,
- Civ. 3e, 8 avril 2008, n° 06-21.770 et 06-21.777 : *Bull. civ*. III, n°68,
- Civ. 3e, 10 juin 2008, n°07-16.233,
- Civ. 3e, 16 septembre 2008, n°07-18.303,
- Civ. 3e 19 novembre 2008, n°07-15.705 : *Bull. civ.* III, n°176,
- Com. 2 décembre 2008, n°08-13.185,
- Civ. 2e, 11 décembre 2008, n°07-20.255 : *Bull. civ.* II, n°262,
- Com. 13 janvier 2009, n°07-20.097,
- Crim. 14 janvier 2009, n°08-83.707,
- Civ. 3e, 4 février 2009, n°08-11.433 : *Bull. civ*. III, n°31,
- Com. 10 février 2009, n°07-21.806 : *Bull. civ*. IV, n°19,
- Civ. 3e, 25 mars 2009, n°07-22.027 : *Bull. civ.* III, n°68,
- Civ. 3e, 13 mai 2009, n°08-14.640 : *Bull. civ.* III, n°109,
- Crim. 26 mai 2009, n°08-15.980,
- Civ. 3e, 9 septembre 2009, n°08-11.154 : *Bull. civ.* III, n°185,
- Civ. 3e, 15 septembre 2010, n°09-10.339 : *Bull. civ.* III, n°157,
- Civ. 3e, 16 septembre 2009, n° 08-16.499 : *Bull. civ.* 2009, III, n° 195,
- Civ. 1re, 30 septembre 2009, n°08-13.220 : *Bull. civ*. I, n°196,
- Civ. 3e, 21 octobre 2009, n°08-16.692 : *Bull. civ.* III, n°231,
- Civ. 3e, 10 novembre 2009, n°08-17.526 : *Bull. civ*. III, n°248,
- Civ. 1re, 12 novembre 2009, n°08-19.166 : *Bull. civ.* I, n°225,
- Com. 1er décembre 2009, n°06-21.052,

- Civ. 3e, 9 décembre 2009, n°09-11.333 : *Bull. civ*. III, n°274,
- Com. 15 décembre 2009, n°09-11.1137,
- Civ. 3e, 20 janvier 2010, n°08-16.088 : *Bull. civ.* III, n°19,
- Civ. 3e, 5 mai 2010, n°09-66.131 : *Bull. civ.* III, n°90,
- Com. 11 mai 2010, n°09-14.048 : *Bull. civ.* IV n°88,
- Civ. 3e, 2 juin 2010, n°08-17.731,
- Civ. 3e, 15 juin 2010, n°09-67.178 : *Bull. civ.* III, n°210,
- Civ. 3e, 15 septembre 2010, n°10-12.840,
- Civ. 3e, 12 janvier 2011, n°10-10.667 : *Bull. civ.* III, n°5,
- Civ. 3e, 9 mars 2011, n°10-30.223 : *Bull. civ*. III, n°32,
- Civ. 3e, 16 mars 2011, n°09-69.544 : *Bull. civ.* III, n°39,
- Civ. 3e, 16 mars 2011, n°10-23.962 : *Bull. civ.* III, n°40
- Civ. 3e, 16 mars 2011, n°10-13.771 : *Bull. civ.* III, n°41,
- Civ. 3e, 4 mai 2011, n°09-70.161 : *Bull. civ.* III, n°67,
- Civ. 1re, 17 mai 2011, n°11-40.005,
- Civ. 3e, 26 mai 2011, n°10-25.923 : *Bull. civ.* III, n°87,
- Civ. 3e, 15 juin 2011, n°10-20.337,
- Civ. 3e, 17 juin 2011, n°11-40.014 : *Bull. civ.* III, n°106,
- Civ. 3e, 17 juin 2011, n°11-40.013 : *Bull. civ.* III, n°107,
- Civ. 3e, 27 septembre 2011, n°10-24.857,
- Civ. 3e, 12 octobre 2011, n°11-40.055 : *Bull. civ.* III, n°170,
- Civ. 3e, 9 novembre 2011, n°10-30.291 : *Bull. civ.* III, n°194,
- Civ. 3e, 13 décembre 2011, n°11-19.043, *Bull. civ.* III, n°211,
- Civ. 3e, 13 décembre 2011, n°10-27.305,
- Civ. 3e, 15 février 2012, n°10-22.899 : *Bull. civ.* III, n°32,
- Civ. 3e, 7 mars 2012, n°11-10.177 : *Bull. civ.* III, n°38,
- Civ. 2e, 22 mars 2012, n°11-12.546,
- Civ. 1re, 28 mars 2012, n°12-40.002 : *Bull. civ.* I, n°78,
- Civ. 3e, 23 mai 2012, n°11-13.202 : *Bull. civ.* III, n°84,
- Civ. 3e, 30 mai 2012, n°11-18.369,
- Civ. 3e, 8 juin 2012, n°12-40.029 : *Bull. civ.* III, n°91,
- Civ. 3e, 11 juillet 2012, n°12-40.043 : *Bull. civ*. III, n°109,
- Civ. 3e, 19 septembre 2012, n°11-13.679 et n°11-13.789 : *Bull. civ.* III, n°126,
- Civ. 1re, 17 octobre 2012, n°10-26.854 : *Bull. civ.* I, n°207,

- Civ. 1re, 17 octobre 2012, n°11-19.259 : *Bull. civ.* I, n°208,
- Civ. 3e, 31 octobre 2012, n°11-16.304 : *Bull. civ.* III, n° 159,
- Com. 1 décembre 2012, n°11-27.745 : *Bull. civ.* IV, no 230,
- Civ. 3e, 19 décembre 2012, n°11-23.566 : *Bull. civ.* I, n°198,
- Civ. 1re, 20 décembre 2012, nos 11-26.817 et 12-10.085,
- Civ. 3e, 23 janvier 2013, n°11-28.266 : *Bull. civ.* III, n°9,
- Civ. 3e, 26 février 2013, n°12-13.261,
- Civ. 3e, 10 avril 2013, n° 11-21.947 : *Bull. civ.* III, n°50,
- Civ. 2e, 11 avril 2013, n° 12-14.476 : *Bull. civ.* II, n°79,
- Civ. 3e, 16 avril 2013, n°11-24.630,
- Civ. 3e, 4 juin 2013, n°12-15.640,
- Civ. 3e, 19 juin 2013, n°12-11.791 et n°12-12.154 : *Bull. civ.* III, n°80,
- Civ. 3e, 2 juillet 2013, n°12-19.855,
- Civ. 3e, 10 juillet 2013, n°12-19.416 et n°12-19.610 : *Bull. civ.* III, n°97,
- Civ. 3e, 10 juillet 2013, n°13-11.429 : *Bull. civ.* III, n°100,
- Civ. 3e, 17 septembre 2013, n°12-20.724,
- Civ. 1e, 10 octobre 2013, n°13-19.778 : *Bull. civ*. III, n°125,
- Com. 15 oct. 2013, n° 12-14.944 et n°13-10.463 : *Bull. civ.* IV, n°153,
- Civ. 3e, 30 octobre 2013, n°12-22.169 et n°12-23.546,
- Civ. 2e, 19 décembre 2013, n°13-40.065,
- Civ. 3e, 28 janvier 2014, n°13-11.164,
- Civ. 3e, 5 février 2014, n°13-10.816,
- Civ. 3e, 12 février 2014, n°13-14.180,
- Civ. 3e, 19 février 2014, n°13-12.107 : *Bull. civ.* III, n°25,
- Civ. 3e, 20 février 2014, n°13-40.076 : *Bull. civ*. III, n°29,
- Civ. 2e, 27 février 2014, n°13-10.891 : *Bull. civ.* II, n°59,
- Civ. 3e, 5 mars 2014, n°13-22.608 : *Bull. civ*. III, n°31,
- Com. 1 avril 2014, n°13-13.574 : *Bull. civ.* IV, n°66,
- Civ. 3e, 3 avril 2014, n°14-40.006 : *Bull. civ.* III, n°46,
- Civ. 3e, 8 avril 2014, n°13-10.631,
- Civ. 3e, 9 avril 2014, n°13-13.949 : *Bull. civ*. III, n°52,
- Com. 29 avril 2014, n°13-12.528 : *Bull. civ.* IV, n°73,
- Civ. 1re, 13 mai 2014, n°12-28.248 : *Bull. civ.* I, n°87,
- Civ. 1re, 28 mai 2014, n°13-15.760 : *Bull. civ*. I, n°95,

- Civ. 3e, 11 juin 2014, n°13-18.695,
- Civ. 1re, 1er juillet 2014, n°13-18.506,
- Civ. 3e, 9 juillet 2014, n°13-15.483,
- Civ. 3e, 9 septembre 2014, n°13-17.591,
- Civ. 1re, 15 octobre 2014, n°13-27.484 : *Bull. civ.* I, n°168,
- Civ. 3e, 18 novembre 2014, n°14-16.280 : *à paraître*,
- Civ. 3e, 9 décembre 2014, n°13-24.805,
- Civ. 3e, 17 décembre 2014, n°13-18.990 : *à paraître*,
- Civ. 1re, 18 décembre 2014, n°14-18.944 : *à paraître*,
- Civ. 3e, 13 janvier 2015, n°13-17.339,
- Civ. 3e, 14 janvier 2015, n°13-22.256 : *à paraître*,
- Civ. 3e, 28 janvier 2015, n°14-10.013, *à paraître*,
- Crim. 28 janvier 2015, n°13-86.772 : *à paraître*,
- Civ. 3e, 11 février 2015, n°13-24.770 : *à paraître*,
- Civ. 3e, 11 février 2015, n°13-26.023 : *à paraître*,
- Civ. 1re, 18 février 2015, n°14-13.359,
- Civ. 3e, 11 mars 2015, n°13-24.133 : *à paraître*,
- Civ. 3e, 16 septembre 2015, n°14-18.708 : *à paraître*.

COURS D'APPEL

- Cour royale de Metz, 10 novembre 1808, Journal des audiences de la Cour de cassation, De Seligny greffier en chef, vol. 1821, suppl. p. 84 et 85,
- Colmar, 2 mai 1855 : *DP.* 1856, II, 9,
- Aix-en-Provence, 4 mars 1982 : *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm. p. 17,
- Metz, 21 avril 1983 : *D.* 1983, p. 567,
- Paris, 16e Ch. A, 21 avril 1983, *Dufour*, inédit,
- Versailles, 19 mars 1992 : *D.* 1992, Somm. p. 259,
- Paris 16e Ch. A, 5 janvier 1993 : Juris-data n°1993-020209,
- Papeete du 4 mars 1999 : Juris-data n°1999-041630,
- Paris 16e Ch. A, 27 juin 2001 : *AJDI* 2001, p. 797,
- Colmar, 30 juin 2004 : Juris-data n°2004-266892,
- Paris 16e Ch. A, 26 octobre 2005 : Juris-data n°2005-289493,
- Douai, 31 août 2005 : Juris-data n°2005-291397,
- Paris, 9e ch., 18 octobre 2005 : Juris-data n°2005-295361,

- Versailles, 4 février 2009 : Juris-data n°2009-000135,
- Orléans, 5 mars 2012, n°11/00580, Juris-data n°2012-017882,
- Pau, 1ère ch., 16 mai 2013, n°13/2030 : Juris-data n°2013-010245,
- Versailles, 21 janvier 2014, n°13/01625,
- Paris, 18 septembre 2014, n°12/21592,
- Grenoble ch. Com., 5 février 2015, n°14/05186 : Juris-data n°2015-002103,
- Bordeaux, 14 avril 2015, n°14BX02693,
- Aix-en-Provence, 11e ch. A, 23 juin 2015 : Juris-data n°2015-015264.

TRIBUNAUX DE GRANDE INSTANCE

- Seine, 11 mars 1966,
- Paris, 29 mars 1968,
- Nevers, 29 novembre 1972 : *D*. 1973, p. 415,
- Angoulême, 14 décembre 1989 : *D*. 1991, p. 308,
- Dijon, 16 septembre 1998 : *BICC* 1er mai 1999, n°560,
- Nanterre, 1ère ch., 12 janvier 1999 : *JCP* N 2000, p. 16,
- Paris, 28 novembre 2000 : *D*. 2001, p. 512,
- Nanterre, 18 septembre 2008 : *D*. 2008, p. 2916 ; *RDI* 2008, p. 489.

TRIBUNAL DES CONFLITS

- 4 juin 1940, *Société Schneider et compagnie*,
- 30 octobre 1947, n°983, *Barinstein*,
- 5 décembre 1977, n°02058, *Selo c./Département du Morbihan*,
- 19 mars 1979, n°2115, *Dame veuve Tribier c./ Commune d'Arpagon-sur-Cère*,
- 25 mai 1998, n°03100, *Lefevre c./ Département des Bouches-du-Rhône*,
- 23 octobre 2000, n°3227, *Préfet de police c./ M. Boussadar*,
- 23 avril 2007, n°3590, *ONF*,
- 30 juin 2008, n°3635, *Commune de Villepinte c./ Banque populaire Rives de Paris*,
- 21 juin 2010, n°3734, *SACV du Vert-Galant et des Béthunes c./ ANPE*,
- 14 mai 2012, nos 3844, 3846, 3848, 3850, 3852, 3854, *Société Orange France*,
- 17 juin 2013, n°3911, *M. Bergoend c./ Société ERDF Annecy Léman*,
- 9 décembre 2013, n°3931, *Pannizon c./ Commune de Saint-Palais-sur-mer*.

COMMISSION EUROPEENNE

- *Gudmundsson c./ Islande* du 20 décembre 1960, aff. n°511/59, Recueil des décisions de la Commission européenne des droits de l'homme, vol. IV, p. 19,
- *Andorfer Tonwerke c./ Autriche* du 13 décembre 1979, aff. n°7987/77, D.R. 18, p. 31,
- *Bramelid et Malmström c./ Suède* du 12 octobre 1982, aff. n°8588/79, D.R. 29, p. 64,
- *Moureaux c./ Belgique* du 12 juillet 1983, aff. n°9267/81, D.R. 33, p. 97,
- *Gillow c./ Royaume-Uni* du 3 octobre 1984, aff. n°9063/80,
- Société S et T c./ Suède du 11 décembre 1986, aff. n°11189/84, D.R. 50, p. 121,
- *Scott' of Greennock Ltd et Lithgow Ltd c./ Royaume-Uni* du 17 décembre 1987, D.R. 58, p. 5,
- *Smith Kline et French laboratories Ltd c./ Pays-Bas* du 4 octobre 1990, aff. n°12633/87,
- *Mayer et a. c./ Allemagne* du 4 mars 1996, aff. n^{os}18890/91, 19048/91, 19342/92, 19549/92, D.R. 85-B, p. 5,
- *Brezny c./ Slovaquie* du 4 mars 1996, aff. n°23131/93, D.R. 85-A, p. 65,

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

- *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c./ Belgique* du 23 juillet 1968, Série A n°6,
- *König c./ Allemagne* du 28 juin 1978, Série A n°27,
- *Handyside c./ Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, Série A n°29,
- *Sunday Times c./ Royaume-Uni* du 26 avril 1979, Série A n°30,
- *Marckx c./ Belgique* du 13 juin 1979, Série A n°31,
- *Airey c./ Irlande* du 9 octobre 1979, Série A n°32,
- *Van Droogenbroeck c./ Belgique* du 24 juin 1982, Série A n°50,
- *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 23 septembre 1982, Série A n°52,
- *Malone c./ Royaume-Uni* du 2 août 1984, Série A n°82,
- *Rasmussen c./ Danemark* du 28 novembre 1984, Série A n°87,
- *Sporrong et Lönnroth c./ Suède* du 18 décembre 1984 (article 50), Série A n°88,
- *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c./ Royaume-Uni* du 28 mai 1985, Série A n°94,
- *James c./ Royaume-Uni* du 21 février 1986, Série A n°98,
- *Lithgow et a. c./ Royaume-Uni* du 8 juillet 1986, Série A n°102,
- *Van Marle c./ Pays-Bas* du 26 juin 1986, Série A n°101,
- *Agosi c./Royaume-Uni* du 24 octobre 1986, Série A n°108,
- *Gillow c./ Royaume-Uni* du 24 novembre 1986, Série A n°109,

- *Poiss, Erkner et Hofauer c./ Autriche* du 23 avril 1987, Série A n°117 B et C,
- *Inze c./ Autriche* du 28 octobre 1987, Série A n°126,
- *Allan Jacobson c./Suède* du 25 octobre 1989, Série A n°163,
- *Brozicek c./ Italie* du 19 décembre 1989, Série A, n°167,
- *Mellacher et autres c./ Autriche* du 19 décembre 1989, Série A n°169,
- *Häkansson et Sturesson c./ Suède* du 21 février 1990, Série n°171-A,
- *Darby c./ Suède* du 23 octobre 1990, Série A n°187,
- *Fredin c./ Suède* du 18 février 1991, Série A n°192,
- *Wiesinger c./ Autriche* du 30 octobre 1991, Série A n°213,
- *Pine Valley Developments Ltd et a. c./ Irlande* du 29 novembre 1991, Série A n°222,
- *Tomasi c./ France* du 27 août 1992, Série A n°241-A,
- *Niemietz c./ Allemagne* du 16 décembre 1992, Série A n°251-B,
- *Papamichalopoulos et autres c./ Grèce* du 24 juin 1993, Série 260-B,
- *Raimondo c./ Italie* du 22 février 1994, Série A n° 281-A,
- *Bendenoun c./ France* du 24 février 1994, Série A n°284,
- *Vendittelli c./ Italie* du 18 juillet 1994, Série A n°293,
- *Katte Klitsche de la Grande c./ Italie* 27 octobre 1994, Série A n°293-B,
- *Hentrich c./ France* du 22 septembre 1994, Série A n°296-A,
- *Beaumartin c./ France* du 24 novembre 1994, Série A n°296-B,
- *Les Saints Monastères c./ Grèce* du 9 décembre 1994, Série A n°301-A,
- *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c./ Grèce* du 9 décembre 1994, Série A n°301-B,
- *Gasus Dosier und Fördertechnik GmbH* c./ Pays-Bas du 23 février 1995, Série A n°306-B,
- *Air Canada c./ Royaume-Uni* du 5 mai 1995, Série A n°316-A,
- *Hentrich c./ France* du 3 juillet 1995 (article 50), Série A n°320-A,
- *Gaygusuz c./ Autriche* du 16 septembre 1996, Recueil 1996-IV, aff. n°17371/90,
- *Spadea et Scalabrino c./ Italie* du 28 septembre 1995, Série A n°315-B,
- *Scollo c./ Italie* du 28 septembre 1995, Série A n°315-C,
- *Papamichalopoulos et autres c./ Grèce* du 31 octobre 1995 (article 50), Série A n°330-B,
- *Pressos Compania Naviera SA et autres c./ Belgique* du 20 novembre 1995, Série A n°332,
- *Velosa Barreto c./ Portugal* du 21 novembre 1995, Série A n°334,
- *Phocas c./ France* du 23 avril 1996, Recueil des arrêts et décisions, 1996-II, p. 519, aff. n°17869/91,
- *Zubani c./ Italie* du 7 août 1996, Recueil des arrêts et décisions, 1996-IV, p. 1078,

- *Akdivar et a. c./ Turquie* du 16 septembre 1996, aff. n°21893/93,
- *Prötsch c./ Autriche* du 15 novembre 1996, aff. n°15508/89,
- *Tsomtos et a. c./ Grèce* du 15 novembre 1996, Recueil des arrêts et décisions, 1996-V, p. 1699,
- *Agosi c./ Royaume-Uni* du 24 octobre 1996, Série A n° 108,
- *Loizidou c./ Turquie* du 18 décembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI, aff. n°15318/89,
- *Guillemin c./ France* du 21 décembre 1997, Recueil des arrêts et décisions, 1997-I, p. 149,
- *Akkus c./ Turquie* du 9 août 1997, Recueil des arrêts et décisions, 1997-IV,
- *Selçuk et Asker c./ Turquie* du 24 avril 1998, aff. n°23184/94 et n°23185/94,
- *Gautrin et autres c./ France* du 20 mai 1998, Recueil 1998-III, aff. n°21257/93, 21258/93, 21259/93, 21260/93,
- *Vasilescu c./ Roumanie* du 22 mai 1998, Recueil des arrêts et décisions, 1998-III, p. 1064, aff. n°27053/95,
- *Aka c./ Turquie* du 23 septembre 1998, Recueil des arrêts et décisions, 1998-VI, p. 2668,
- *Larkos c./ Chypre* du 18 février 1999, Recueil des arrêts et décisions, 1999-I, aff. n°29515/95,
- *Iatridis c./ Grèce* du 25 mars 1999, Recueil des arrêts et décisions 1999-II, aff. n° 31107/96,
- *Papachelas c./ Grèce* du 25 mars 1999, Recueil des arrêts et décisions 1999-II, aff. n° 31423/96,
- *Chassagnou et a. c./ France* du 29 avril 1999, Recueil des arrêts et décisions 1999-III, aff. n°25088/94 et n°28443/95,
- *Zubani c./ Italie* du 16 juin 1999, aff. n°14025/88,
- *Immobiliare Saffi c./ Italie* du 28 juillet 1999, Recueil des arrêts et décisions 1999-V, aff. n°22774/93,
- *Brumarescu c./ Roumanie* du 28 octobre 1999, Recueil des arrêts et décisions 1999-VII, aff. n°28342/95,
- *Beyeler c./ Italie* du 5 janvier 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-I, aff. n°33202/96,
- *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão et a. c./ Portugal* du 11 janvier 2000, aff. n°29813/96 et n°30229/96,
- *Mazurek c./ France* du 1er février 2000, aff. n°34406/97,
- *Zanatta c./ France* du 28 mars 2000, aff. n°38042/97,
- *Carbonara et Ventura c./ Italie* du 30 mai 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-VI, aff. n°24638/94,

- *Frydlender c./ France* du 27 juin 2000, aff. n°30979/96,
- *Iatridis c./ Grèce* du 19 octobre 2000 (article 41), aff. n° 31107/96,
- *Kudla c./ Pologne* du 26 octobre 2000, aff. n°30210/96,
- *Piron c./ France* du 14 novembre 2000, aff. n°36436/97,
- *Ex-Roi de Grèce et a. c./ Grèce* du 23 novembre 2000, aff. n°25701/94,
- *Malhous c./ République Tchèque* du 13 décembre 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-XII, aff. n°33071/96,
- *Brumarescu c./ Roumanie* du 23 janvier 2001 (article 41), aff. n°28342/95,
- *Chypre c./ Turquie* du 10 mai 2001, aff. n°25781/94,
- *Phillips c./ Royaume-Uni* du 5 juillet 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-VII, aff. n°41087/98,
- *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c./ Allemagne* du 12 juillet 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-VIII, aff. 42527/98,
- *Cooperativa La Laurentina c./ Italie* du 2 août 2001, aff. n°23529/94,
- *Elia c./ Italie* du 2 août 2001, aff. n°37710/97,
- *Tsirikakis c./ Grèce* du 17 janvier 2002, aff. n°46355/99,
- *Goletto c./ France* du 4 février 2003, aff. n°54596/00,
- *Lallement c./ France* du 11 avril 2002, aff. n°46044/99,
- *S. A. Dangeville c./ France* du 16 avril 2002, Recueil des arrêts et décisions 2002-III, aff. n°36677/97,
- *Katsaros c./ Grèce* du 6 juin 2002, aff. n°51473/99,
- *Motais de Narbonne c./ France* du 2 juillet 2002, aff. n°48161/99,
- *Sovtransavto Holding c./ Ukraine* du 25 juillet 2002, Recueil des arrêts et décisions 2002-VII, aff. n°48553/99,
- *Ex-Roi de Grèce et a. c./ Grèce* du 28 novembre 2002 (article 41), aff. n°25701/94,
- *Lallement c./ France* du 12 juin 2003 (article 41), aff. n°46044/99,
- *Buffalo SRL en liquidation c./ Italie* du 3 juillet 2003, aff. n°38746/97,
- *Luordo c./ Italie* du 17 juillet 2003, Recueil des arrêts et décisions 2003-IX, aff. n°32190/96,
- *Breisacher c./ France* du 26 août 2003, aff. n°76976/01,
- *Radio France et a. c./ France* du 23 septembre 2003, aff. n°53984/00,
- *Belvedere Alberghiera SRL c./ Italie* du 30 octobre 2003 (article 41), aff. n°31524/96,
- *Sovtransavto Holding c./ Ukraine* du 24 mars 2004, Recueil des arrêts et décisions 2002-VII, aff. n°48553/99,
- *Surugiu c./ Roumanie* du 20 avril 2004, aff. n°48995/99,

- *Yvon c./ France* du 24 avril 2003, aff. n°44962/98,
- *Broniowski c./ Pologne* du 22 juin 2004, Recueil des arrêts et décisions 2004-V, aff. n°31443/96,
- *Kopecký c./ Slovaquie* du 28 septembre 2004, Recueil des arrêts et décisions 2004-IX, aff. n°44912/98,
- *Moreno Gomez c./ Espagne* du 16 novembre 2004, aff. n°4143/02,
- *Bruncrona c./ Finlande* du 16 novembre 2004, aff. n°41673/98,
- *Öneryildiz c./ Turquie* du 30 novembre 2004, Recueil des arrêts et décisions 2004-XII, aff. n°48939/99,
- *Novosseletski c./ Ukraine* du 22 février 2005, Recueil des arrêts et décisions, 2005-II Extraits,
- *Matheus c./ France* du 31 mars 2005, aff. n°62740/00,
- *Bosphorus Hava Yallari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c./ Irlande* du 30 juin 2005, aff. n°45036/98,
- *Jahn et a. c./ Allemagne* du 30 juin 2005, aff. n°46720/99,
- *Stec. et a. c./ Royaume-Uni* du 6 juillet 2005, Recueil des arrêts et décisions 2006- VI, aff. n° 65731/01,
- *Draon et Maurice c./ France* du 6 octobre 2005, aff. n°11810/03,
- *Lanteri c./ Italie* du 15 novembre 2005, aff. n°56578/00,
- *Athanasiou et a. c./ Grèce* du 9 février 2006, aff. n°2531/02,
- *Lecarpentier et a. c./ France* du 14 février 2006, aff. n°67847/01,
- *Scordino c./ Italie* du 29 mars 2006, aff. n°36813/97,
- *Rossitto c./ Italie* du 26 mai 2006, aff. n°7977/03,
- *Hutten-Czapska c./ Pologne* du 19 juin 2006, aff. n°35014/97,
- *Pokis c./ Lettonie*, du 5 octobre 2006, aff. n°528/02,
- *Anheuser-Busch inc. c./ Portugal* du 11 janvier 2007, Recueil des arrêts et décisions 2007-I, aff. n°73049/01,
- *Aon Conseil et Courtage S. A. et a. c./ France du 25 janvier 2007*, aff. n°70160/01,
- *JA. Pye (Oxford) Ltd et JA. Pye (Oxford) Land Ltd c./ Royaume-Uni* du 30 août 2007, aff. n°44302/02,
- *Sultani c./ France* du 20 septembre 2007, Recueil des arrêts et décisions 2007-IV, aff. n°45223/5,
- *Kalinova c./ Bulgarie* du 8 novembre 2007, aff. n°45116/98,
- *Driza c./ Albanie* du 13 novembre 2007, aff. n°33771/02,

- *Hamer c./ Belgique* du 27 novembre 2007, aff. n°21861/03,
- *Balan c./ Moldavie* du 29 janvier 2008 aff. n°19247/03,
- *Gauchin c./ France* du 19 juin 2008, aff. n°7801/03,
- *Turgut et a. c ./ Turquie* du 8 juillet 2008, aff. n°1411/03,
- *Zehentner c./ Autriche* du 16 juillet 2009, aff. n°20082/02,
- *Köktepe c./ Turquie* du 22 juillet 2008, aff. n°35785/03,
- *Andrejeva c./ Lettonie* du 18 février 2009, aff. n°55707/00,
- *Kozacioglu c./ Turquie* du 19 février 2009, aff. n°2334/03,
- *Grifhorst c./ France* du 26 février 2009, aff. n°28336/02,
- *Moon c./ France* du 9 juillet 2009, aff. n°39973/03,
- *Guiso-Gallisay c./ Italie* du 22 décembre 2009 (article 41), aff. n°58858/00,
- *R. P. c./ France* du 21 janvier 2010, aff. n°10271/02,
- *X c./ France* du 21 janvier 2010, aff. n°13829/03,
- *Depalle c./ France* du 29 mars 2010, aff. n°34044/02,
- *Brosset-Triboulet et a. c./ France* du 29 mars 2010, aff. n°34078/02,
- *Tanase c./ Moldova* du 27 avril 2010, aff. n°7/08,
- *Sarica et Dilaver c./ Turquie* du 27 mai 2010, aff. n°11765/05,
- *Yetis et a. c./ Turquie* du 6 juillet 2010, aff. n°40349/05,
- *Georgi Atanasov c./ Bulgarie* du 7 octobre 2010, aff. n°5359/04,
- *Société Cofinfo c./ France* du 12 octobre 2010, aff. n°23516/08,
- *Maria Atanasiu et a. c./ Roumanie* du 12 octobre 2010, aff. n°30767/05,
- *Dervaux c./ France* du 4 novembre 2010, aff. n°40975/07,
- *Perdigao c./ Portugal* du 16 novembre 2010, aff. n°24768/06,
- *Consorts Richet et Le Ber c./ France* du 18 novembre 2010, aff. n°18990/07 et n°23905/07,
- *Sud-Est Réalisations c./ France* du 2 décembre 2010, aff. n°6722/05,
- *Almeida Ferreira et Melo Ferreira c./ Portugal* du 21 décembre 2010, aff. n°41696/07,
- *Hakan Ari c./ Turquie* du 11 janvier 2011, aff. n°13331/07,
- *Koper c./ Turquie* du 13 septembre 2011, aff. n°18538/05,
- *Göbel c./ Allemagne* du 8 décembre 2011, aff. n°35023/04,
- *GALEC c./ France* du 17 janvier 2012, aff. n°51255/08,
- *Manzanas Martin c./ Espagne* du 3 avril 2012, aff. n°17966/10,
- *Vasilev et Doycheva c./ Bulgarie* du 31 mai 2012, aff. n°14944/04,
- *Centro Europa 7 S. R. L. et Di Stefano c./ Italie* du 7 juin 2012, aff. n°38433/09,
- *Lindheim et a. c./ Norvège* du 12 juin 2012, aff. n°13221/08,

- *Herrmann c./ Allemagne* du 26 juin 2012, aff. n°9300/07,
- *Manushaqe Puto et a.* c./ Albanie du 31 juillet 2012, aff. n°604/07,
- *Chabauty c./ France* du 4 octobre 2012, aff. n°57412/08,
- *Vistins et Perepjolkins c./ Lettonie* du 25 octobre 2012, aff. n°71243/01,
- *Fabris c./ France* du 7 février 2013, aff. n°16574/08,
- *Rolim Comercial S.A. c./ Portugal* du 16 avril 2013, aff. n°16153/09,
- *Maksymenko et Geracymenko c./ Ukraine* du 16 mai 2013, aff. n°49317/07,
- *Hüseyin Kaplan c./ Turquie* du 1er octobre 2013, aff. n°24508/09,
- *Winterstein et a. c./ France* du 17 octobre 2013, aff. n°27013/07,
- *Bittó et a. c./ Slovaquie* du 28 janvier 2014, aff. n°30255/09,
- *Ceni c./ Italie* du 4 février 2014, aff. n°25376/06,
- *Vistins et Perepjolkins c./ Lettonie* du 25 mars 2014 (article 41), aff. n°71243/01,
- *Milhau c./ France* du 10 juillet 2014, aff. n°4944/11,
- *Ališić et a. c./ Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et l'« ex-république yougoslave de Macédoine* du 16 juillet 2014, aff. n°60642/08,
- *Valle Pierimpiè società agricola SPA c./ Italie* du 23 septembre 2014, aff. n°46154/11,
- *Rolim Comercial S.A. c./ Portugal* du 13 janvier 2015 (article 41), aff. n°16153/09,
- *Tchokontio Happi c./ France* du 9 avril 2015, aff. n°65829/12,
- *Chiragov et a. c./ Arménie* du 16 juin 2015, aff. n°13216/05,
- *Bittó et a. c./ Slovaquie* du 7 juillet 2015 (article 41), aff. n°30255/09.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

- CJCE *Costa c./ Enel* du 15 juillet 1964, aff. 6/64, Rec. p. 1141,
- CJCE *J. Nold, Kohlen-und Baustoffgroßhandlung c./ Commission des Communautés européennes* du 14 mai 1974, aff. 4/73, Rec. p. 491,
- CJCE *Liselotte Hauer c./ Land Rheinland-Pfalz* du 13 décembre 1979, aff. 44/79, Rec. p. 3727,
- CJCE *Hermann Schräder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG c./ Hauptzollamt Gronau* du 11 juillet 1989, aff. 265/87, Rec. p. 2237,
- CJCE *Georg von Deetzen c./ Hauptzollamt Oldenburg* du 22 octobre 1991, aff. C-44/89, Rec. p. I. 5119,
- CJUE *Irmengard Weber c./ Mechthilde Weber* du 3 avril 2014, aff. C-438/12.

VI- SITES INTERNET CONSULTÉS

- http://www.conseil-constitutionnel.fr/ (Conseil constitutionnel)
- http://www.conseil-etat.fr/ (Conseil d'Etat)
- http://www.courdecassation.fr/ (Cour de cassation)
- http://cours.unjf.fr/ (Université Numérique Juridique Francophone)
- http://www.debatpublic.fr/ (Commission nationale du débat public)
- http://www.echr.coe.int/echr/ (Cour européenne des droits de l'homme)
- https://eur-lex.europa.eu (Droit de l'Union européenne)
- https://gallica.bnf (Bibliothèque nationale de France)
- http://hub.coe.int/ (Conseil de l'Europe)
- http://insee.fr (Institut national de la statistique et des études économiques)
- https://www.larousse.fr (Dictionnaire Larousse)
- http://www.legifrance.gouv.fr/ (Legifrance)

INDEX

(les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

-A-

- Absolutisme : 28 et s.
- Abus de droit : 132 et s.
- *Abusus* : 4, 30, 56, 148, 375, 730
- Accession : 11, 519
- Actions :
  - possessoire : 510 et s.
  - en revendication : 507
- Ancien droit : 35 et s.
- Apport-donation : 351 et s.
- Arrêt-pilote : 657, 658
- Atteinte:
  - extinction du droit de propriété (dépossession parfaite ou imparfaite) : 389 et s.
  - atteinte à la substance : 420 et s.

-B-

- Bail :
  - commercial : 265 et s.
  - à construction : 186
  - emphytéotique : 186
  - d'habitation : 247 et s.
  - réel immobilier : 187
  - réel social : 188
  - rural : 274 et s.
- Biens :
  - immeubles : 9 et s.
  - incorporels : 681 et s., 693
  - meubles : 8 et s.

-C-

- Caractères du droit de propriété :
  - absolu : 62 et s., 689
  - exclusif : 64, 690
  - perpétuel : 64, 691
- Charte :
  - de l'environnement : 91
  - sociale européenne : 251
- Chose : 206 et s., 695
- Clause d'inaliénabilité : 309, 624, 625
- Clientèle : 271, 272, 681, 697
- Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentale : 3, 534 et s., 596 et 609 et s.
- Copropriété : 171 et s.
- Cour européenne des droits de l'homme : 80, 115, 116, 125, 384 et s., 499, 582, 596, 652 et s., 697, 699, 742
- Créances : 682
- Crédit-bail : 294, 298 et s.

-D-

- Dégradation : 564 et s.
- Délaissement : 147, 391
- Dématérialisation : 285 et s.
- Démembrements :
  - de l'immobilier d'entreprise : 361 et s.
  - durée : 214 et s.
  - liberté contractuelle : 242 et s.
  - opposabilité : 221 et s.
  - typologie : 226 et s.
- Démolition : 517
- Dénaturation : 416 et s.
- Dialogue des juges : 637 et s.
- Domaine public : 6, 7, 184, 186, 425, 524, 528
- Droit de disposer : 617, 619, 621, 622
- Droit fondamental :
  - reconnaissance : 589 et s.
  - catégorie juridique : 598 et s.
- Droit de jouissance : 240
- Droit de propriété :
  - conception classique: 4, 55 et s., 666
  - droit politique : 675, 739
  - droit social : 101, 668, 675, 739
  - théorie moderne : 5, 205, 682, 705 et s.
  - théories économistes : 166, 713 et s.
  - reconceptualisation : 727, 728
- Droit personnel : 203 et s.
- Droit réel : 203 et s., 208 et s.
- Droit d'usage : 201, 228, 230, 233, 239

-E-

- Ecologie : 90 et s.
- Egalité devant les charges publiques : 554 et s.
- Emolument : 296, 710
- Empiètement : 12, 402, 403, 518, 530
- Emprise irrégulière : 400, 630, 635
- Environnement : 90, 91, 95, 161 et s., 426, 673
- Erreur manifeste d'appréciation : 100, 102, 444, 458
- Escroquerie : 567 et s., 573 et s.

- Exclusivité : 64, 191, 311 et s., 507, 738
- Expropriation : 111
  - contrôle : 392
  - de fait : 401
  - débat public et enquête publique : 94 et s.
- Expulsion : 429, 525 et s.

-F-

- Fiducie :
  - gestion : 306, 330
  - procédure collective : 321 et s.
  - sûreté : 288 et s.
- Finalité : 108 et s., 431, 442 et s.
- Fonction sociale (du droit de propriété) : 5, 249, 703
- *Fructus* : 4, 56, 202, 260, 375, 685, 686

-G-

- Garanties des droits : 547
- Garanties procédurales : 627 et s.

-I-

- Inaliénabilité du domaine public : 6
- Indemnisation : 474 et s.
- Indivision : 179, 242, 357, 410, 679
- Inopposabilité : 240, 314
- Intérêt général : 68 et s.

-J-

- Juge judiciaire (compétence) : 631 et s.
- Juste équilibre : 102, 271, 456 et s., 488

-L-

- Légalité (contrôle) : 434 et s.
- Libéralités : 302, 340 et s.
- Liberté :
  - de disposition : 145 et s. (atteintes), 619 et s. (notion)
  - d'entreprendre : 558
- Limitation : 10 et s. (définition)
- Logement :
  - DALO : 254 et s.
  - décent : 250 et s., 447
- Lotissement : 176 et s., 425, 522

-M-

- Marge nationale d'appréciation : 463 et s.
- Mitoyenneté : 119 et s., 396, 402

-N-

- Nationalisation : 112 et s., 393
- Nécessité publique : 71, 114

-O-

- Obligations positives : 656
- Opposabilité : 221 et s., 689

-P-

- Patrimoine : 296 et s.
- Patrimoine d'affectation :
- Plus-value : 333 et s.
- Préemption : 87, 148 et s., 165, 259, 270, 409, 425, 736
- Préjudice :
  - moral : 482, 533, 538
  - matériel : 482, 533, 536 et s.
- Prescription acquisitive : 126 et s., 396
- Prestation compensatoire : 122 et s., 410, 650
- Principe de séparation des autorités : 629 et s.
- Principe de subsidiarité : 652 et s.
- Privation : 388 et s. (contrôle)
- Privatisation : 114, 396, 436
- Proportionnalité : 99 et s., 449 et s.
- Propriété :
  - collective : 677
  - commerciale : 267 et s., 687, 709
  - commune : 713 et s.
  - des créances : 682, 689
  - culturale : 274 et s.
  - démembrée : 202, 212, 213, 217, 227, 229, 230, 241, 245, 283, 737, 738
  - économique : 296, 708, 709, 710, 727, 738
  - finalisée : 303, 370, 372, 373, 374, 738
  - garantie : 289 et s.
  - instrumentale : 196, 373, 374, 737, 738
  - intellectuelle : 681
  - quiritaire : 29 et s.
  - réserve de propriété (clause) : 288 et s.
  - sociale : 670, 738

-Q-

- Question prioritaire de constitutionnalité : 602, 638, 642 et s.

-R-

- Recours :
  - effectif : 546, 641 et s.

    - procès équitable : 543 et s.
- Référé-liberté : 615 et s.
- Réquisition : 263 et s.
- Responsabilité civile délictuelle : 531 et s.
- Restitutions :
    - juridique : 503 et s.
    - matérielle : 516 et s.
- Restrictions : 414 et s (contrôle)

-S-

- Satisfaction équitable : 534 et s.
- Servitude :
    - conventionnelle : 231
    - environnementale : 163 et s.
    - légale : 231
    - *sui generis* : 238
    - d'utilité publique : 136, 493 et s.
- Société civile immobilière (SCI) : 349 et s.
- Surpropriété : 686

-T-

- Taxe « petites surfaces » : 262
- Taxe sur les logements vacants : 262
- Tontine : 291, 677
- *Trust* : 296
- Transfert de propriété : 298 et s., 390 et s.
- Trouble de voisinage : 129 et s.

-U-

- *Usus* : 4, 56, 202, 375, 513, 685, 739
- Utilité publique : 71

-V-

- Voie de fait : 400, 483, 511, 523, 615 et s., 634 et s.
- Vol : 571, 572
- Volumes : 182 et s.

TABLE DES MATIÈRES

(Les chiffres renvoient aux pages)

REMERCIEMENTS **5**

SOMMAIRE **7**

ABRÉVIATIONS **9**

INTRODUCTION **11**

PARTIE 1. LES LIMITATIONS, TÉMOINS DE L'ADAPTATION DU DROIT DE PROPRIETE **29**

TITRE 1. Les limitations, témoins de la mutation du droit de propriété **31**

Chapitre 1. Les origines fondamentales des limitations au droit de propriété **32**
Section 1. Le constat historique : un perpétuel mouvement d'équilibre entre le droit de propriété et ses limitations **33**
§1. Un équilibre instable du droit romain à l'époque féodale **34**
A. Le droit de propriété en droit romain : le temps de l'absolutisme 34
1. L'élaboration de la propriété quiritaire 34
2. Le développement de l'intérêt général 37
B. L'Ancien droit : le temps des limitations 38
1. La propriété franque : le repli de la propriété individuelle 38
2. La propriété féodale : l'inexistence de la propriété exclusive 40
§2. Un déséquilibre voulu de 1789 à 1804 ..... **42**
A. 1789 : la volonté d'un droit de propriété indivisible 42
1. Les idées annonciatrices 43
2. Le droit de propriété de 1789 45
B. 1804 : l'organisation nécessaire du droit de propriété 47
1. Le régime juridique du droit de propriété 48
2. Les caractères du droit de propriété 51
Section 2. L'approche technique : l'intérêt général, fondement des limitations au droit de propriété **56**
§1. La recherche d'un fondement légitime aux limitations **56**
A. La diversité terminologique du fondement des limitations 57
1. L'intérêt général public 58
2. L'intérêt général privé 60
B. La notion d'intérêt général 62
1. Une nature protéiforme 62
2. Une notion générique 64
§2. L'encadrement de l'intérêt général **67**
A. Les raisons du contrôle 67
1. La raison structurelle : la décentralisation 67
2. La raison sociologique : la montée de l'écologie 70
B. Les instruments du contrôle 72
1. Le contrôle en amont 72
2. Le contrôle en aval 75
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 ..... ***79***

Chapitre 2. Le développement multidimensionnel des limitations au droit de propriété **80**
Section 1. L'extension des modes de limitations au droit de propriété **80**
§1. Le dédoublement de la finalité des privations **81**
A. La privation de propriété pour cause d'utilité publique 81
1. De l'expropriation à la nationalisation 81
2. De la dimension interne à la dimension européenne 85
B. La privation de propriété pour cause d'utilité privée 86
1. Le cas de la mitoyenneté forcée 87
2. Le cas de l'attribution judiciaire d'un bien en guise de prestation compensatoire 88

3. Le cas de la prescription acquisitive 91
§2. L'évolution des sources des restrictions 92
A. Le rôle précurseur de la jurisprudence, pour le trouble causé au voisin 92
1. La création d'un principe autonome pour le trouble anormal de voisinage 93
2. La création d'un critère particulier pour l'abus du droit de propriété 95
B. L'interprétation extensive des textes fondamentaux, de manière générale 97
Section 2. La transformation des formes de limitations au droit de propriété 101
§1. La méthode des personnes publiques : le démembrement déguisé 101
A. Les démembrements attentatoires à la liberté du propriétaire 102
1. Les atteintes à la liberté du droit de disposer 102
2. Les atteintes à la liberté du droit d'user et de jouir 107
B. Les démembrements attentatoires à la souveraineté du propriétaire 111
1. La protection de l'environnement par l'appropriation publique 111
2. La protection de l'environnement par l'incitation étatique 115
§2. La technique des personnes privées : la division de l'immeuble 118
A. La division légale impérative 119
1. La division verticale, mode de gestion collective 119
2. La division horizontale, mode d'organisation collective 122
B. La division conventionnelle dérogatoire 126
1. La division en volumes immobiliers 126
2. La division temporaire entre le foncier et le bâti 129
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 132
CONCLUSION DU TITRE 1 133

TITRE 2. Les limitations, témoins de l'instrumentalisation du droit de propriété 134

Chapitre 1. Les démembrements du droit de propriété, l'instrumentalisation de ses utilités 137
Section 1. Le démembrement des utilités juridiques 138
§1. Un concept en quête d'existence 139
A. La définition du démembrement des utilités juridiques 139
1. Ce qu'il est : l'avantage juridique émis par le droit de propriété au profit d'un tiers et qui porte directement sur une chose, l'immeuble 140
2. Ce qu'il n'est pas : ni un droit réel accessoire, ni une obligation réelle 144
B. Les enjeux du démembrement des utilités juridiques 146
1. Le caractère perpétuel 147
2. L'opposabilité *erga omnes* 152
§2. Une typologie en devenir 154
A. Les démembrements de première génération 155
1. Les démembrements volontaires 156
2. Les démembrements de protection 159
B. Les démembrements de seconde génération 160
1. Les démembrements issus de la jurisprudence 161
2. Les démembrements issus de la liberté contractuelle 163
Section 2. Le démembrement des utilités socio-économiques 166
§1. Le logement, motif social du démembrement 167
A. Vers un droit subjectif au profit du locataire habitant ? 168
1. Le droit à un logement décent 169
2. Le droit à un logement opposable 172
B. Les droits acquis par le locataire habitant 173
1. Les illustrations des droits acquis par le locataire 174
2. Le détournement des droits acquis du locataire 178
§2. Le travail, motif économique du démembrement 180
A. La propriété commerciale du preneur à bail commercial 181
1. Un droit étendu quant à la durée du commerce 182
2. Un droit en extension quant à l'objet du commerce 185
B. La propriété culturale du preneur à bail rural 187
1. Un droit à la stabilité 187
2. Un droit à l'appropriation 190
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 193

Chapitre 2. La dématérialisation du droit de propriété, l'instrumentalisation de sa valeur 195
Section 1. Le droit de propriété dans une fonction de garantie patrimoniale 196
§1. La nature de la propriété-garantie : une propriété conditionnée 198
A. Une propriété alternative 198
1. Une propriété suspendue au paiement 198
2. Une propriété transférée au terme du contrat 205
B. Une propriété avec charge 207
1. Les obligations personnelles du propriétaire intermédiaire 208
2. La liberté du propriétaire intermédiaire *versus* la liberté du propriétaire originaire. 211
§2. L'efficacité de la propriété-garantie : une propriété exclusive 213
A. L'exclusivité directe : la parade face à la défaillance du débiteur 214
1. La facilitation de la restitution du bien 214
2. L'exemption de la discipline collective 217
B. L'exclusivité indirecte : l'escamotage de la propriété 220
1. L'extension de l'exclusivité par l'entiercement 221
2. L'efficience conceptuelle du patrimoine fiduciaire 224
Section 2. Le droit de propriété comme le moyen d'une stratégie patrimoniale 228
§1. Les stratégies liées à l'optimisation fiscale 228
A. L'optimisation de la rentabilité du bien immobilier 229
1. La rentabilité issue de l'investissement 230
2. La rentabilité issue de la plus-value 232
B. L'optimisation de la transmission du bien immobilier 234
1. La diminution des droits de mutation à titre gratuit grâce aux libéralités complexes 235
2. La minoration de l'assiette imposable grâce aux libéralités démembrées 237
§2. Les stratégies liées au démembrement dans le cadre de la société civile immobilière .. 240
A. Le schéma classique du démembrement de l'immobilier de placement à des fins de transmission 241
1. La stratégie à risques : l'apport-donation 241
2. Les alternatives en vue d'une stratégie « idéale » 245
B. Le cas particulier du démembrement de l'immobilier d'entreprise 248
1. La dématérialisation intrinsèque portant sur l'immeuble 249
2. La dématérialisation extrinsèque portant sur les parts sociales 251
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 253
CONCLUSION DU TITRE 2 255
CONCLUSION DE LA PARTIE 1 256

PARTIE 2. LES LIMITATIONS, VECTEURS DE PROTECTION DU DROIT DE PROPRIETE 258

TITRE 1. La protection de la valeur du droit de propriété, effet de l'encadrement des limitations 260

Chapitre 1. L'organisation du contrôle des limitations du droit de propriété 261
Section 1. Un contrôle efficient à des fins de qualification des limitations 264
§1. L'extension des privations du droit de propriété 264
A. L'expansion du critère de l'extinction du droit de propriété 265
1. L'extinction formelle du droit de propriété : la *dépossession parfaite* 265
2. L'extinction matérielle du droit de propriété : la *dépossession imparfaite* 270
B. L'existence de critères complémentaires 276
1. Les critères de nature temporelle 276
2. Les critères intellectuels 278
§2. La diversification du contrôle des restrictions du droit de propriété 281
A. L'altération grave du droit de propriété 282
1. La notion de dénaturation du droit de propriété 282
2. La notion européenne de l'atteinte à la substance 285
B. Les limitations simples au droit de propriété 288
1. Les limitations de type urbanistique et environnemental 289
2. Les limitations à visée locative 291

Section 2. Un contrôle circonspect à des fins d'appréciation des limitations 295
§1. L'appréciation sommaire de la justification des limitations 296
A. L'étude restreinte de la condition de légalité 297
1. L'étude en demi-teinte de la légalité d'une privation 297
2. L'étude quasi-formelle de la légalité des restrictions 299
B. Le contrôle relatif de la condition de finalité 301
1. Le contrôle atténué des motifs d'une privation 301
2. Le contrôle réduit des motifs des restrictions 304
§2. L'appréciation tempérée de la proportionnalité des limitations 306
A. L'appréciation variable de la proportionnalité selon les limitations 307
1. Les degrés du contrôle de proportionnalité des atteintes à la substance 307
2. Les évolutions du contrôle de proportionnalité pour les autres limitations 310
B. L'appréciation modérée de la proportionnalité par les juges 315
1. L'instrument modérateur européen : la marge nationale d'appréciation 315
2. Les instruments modérateurs internes 318
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 320

Chapitre 2. La pluralité de sanctions des limitations au droit de propriété 322
Section préliminaire. Les principes de l'indemnisation en valeur 323
§1. Le principe en cas de privation : le droit à une indemnisation 325
A. La « juste et préalable indemnité » 325
1. Les caractères de la « juste et préalable indemnité » 326
2. L'évaluation de la « juste et préalable indemnité » 329
B. L'indemnité « raisonnable » 330
§2. Le principe en cas de restriction : le contrôle de la non-indemnisation 334
A. Le principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme 334
B. Le contrôle de proportionnalité de la non-indemnisation 337
Section 1. Les sanctions directes des limitations au droit de propriété 339
§1. La sanction principale : le rétablissement de la propriété 340
A. La restitution juridique 340
1. La restitution de la propriété 341
2. La restitution de la possession 345
3. La restitution de la détention 347
B. La restitution matérielle 350
1. La remise en état par la démolition de l'ouvrage 351
2. La reprise de l'usage par l'expulsion de l'occupant sans droit ni titre 356
§2. La sanction subsidiaire : la réparation du préjudice causé par l'atteinte 360
A. La réparation interne : la responsabilité civile délictuelle 361
B. La réparation européenne : la satisfaction équitable 363
1. La réparation du préjudice matériel 364
2. La réparation du préjudice moral 366
Section 2. Les sanctions indirectes des limitations au droit de propriété 367
§1. La sanction-combinaison, à titre complémentaire 368
A. Une combinaison de nature procédurale 368
1. Une combinaison développée au niveau européen 368
2. Une combinaison minimale au niveau constitutionnel 371
B. Une combinaison de nature patrimoniale 372
1. Une visée humanitaire au niveau européen 372
2. Une visée économique au niveau constitutionnel 375
§2. Les sanctions-répression, à dimension pénale 378
A. Les sanctions existantes 380
1. Les atteintes matérielles : la conception temporelle de la dégradation 381
2. L'atteinte juridique : l'escroquerie limitée au logement 383
B. Les sanctions envisageables 384
1. La création d'une infraction voisine du vol pour l'occupation illicite 385
2. L'extension de l'escroquerie pour le comportement dolosif 386
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 388
CONCLUSION DU TITRE 1 389

TITRE 2. La protection de la portée du droit de propriété, conséquence de la considération des limitations 390

Chapitre 1. La garantie de la valeur fondamentale du droit de propriété 392
Section 1. La garantie matérielle de la valeur fondamentale du droit de propriété 393
§1. Le droit de propriété, un droit fondamental 394
A. La reconnaissance du droit de propriété comme un droit fondamental 394
1. La reconnaissance au niveau étatique 394
2. La reconnaissance au niveau supra-étatique 397
B. La qualification du droit de propriété comme un droit fondamental 400
1. Une catégorie juridique à valeur constitutionnelle 400
2. Vers une catégorie juridique au caractère autonome ? 404
§2. Le droit de propriété, une liberté fondamentale 410
A. Une liberté fondamentale : une notion hétérogène 410
1. L'ambivalence de la notion de liberté fondamentale 411
2. La notion de liberté fondamentale par le juge administratif 414
B. Une liberté fondamentale : la liberté du propriétaire 417
1. Le principe de la liberté de disposition du propriétaire 417
2. La restriction conventionnelle de la liberté de disposition du propriétaire 420
Section 2. La garantie procédurale de la valeur fondamentale du droit de propriété 423
§1. Le droit du propriétaire à la détermination du juge compétent 423
A. Les principes de la répartition des compétences 424
1. Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires 424
2. Le principe de l'autorité judiciaire gardienne de la propriété privée 426
B. La pratique de la combinaison des compétences 428
1. Le nouveau critère de l'intensité de l'atteinte 428
2. Le résultat du dialogue des juges 431
§2. Le droit du propriétaire à un recours effectif 434
A. Le recours devant le Conseil constitutionnel 434
1. Les modalités du recours, l'avantage de la célérité 435
2. La fondamentalisation du contrôle, la difficulté de l'objectivisation 438
B. Le recours devant la Cour européenne des droits de l'homme 441
1. Les modalités du contrôle, l'application du principe de subsidiarité 441
2. La procéduralisation du contrôle, le prolongement du principe de subsidiarité 443
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 447

Chapitre 2. La nécessité de repenser le droit de propriété par ses limitations 448
Section 1. Pourquoi repenser le droit de propriété par ses limitations 449
§1. Les limitations, sources d'une érosion *in fine* du droit de propriété 450
A. Une érosion par le phénomène de grignotage 451
1. Un grignotage au profit de tiers déterminés 451
2. Un grignotage au profit de tiers indéterminés 453
B. Une érosion par le phénomène de dilution 456
1. Une dilution par la fragmentation des droits 457
2. Une dilution par le forçage des notions 459
§2. Les limitations, à l'origine d'une redéfinition *de facto* du droit de propriété 463
A. L'inadaptation régulière des composantes du droit de propriété 463
1. Le dépassement du triptyque « *usus-fructus-abusus* » 463
2. Les discordances des caractères du droit de propriété 465
B. L'évolution progressive de l'objet du droit de propriété 468
1. La corporalité relativement évanescente de l'immeuble 469
2. La corporalité résolument économique de l'immeuble 472
Section 2. Comment repenser le droit de propriété par ses limitations 477
§1. La place des limitations dans les théories existantes du droit de propriété 478
A. Les théories juridiques du droit de propriété : des redéfinitions du droit de propriété 478
1. Les modernes : la propriété comme relation d'appartenance permettant d'exclure les tiers 479
2. Les post-modernes : la promotion des démembrements 481

B. Les théories économiques du droit de propriété : des approches globales 485
1. La théorie de la gouvernance des biens communs 485
2. La théorie de l'accès aux utilités des biens 487

§2. La place des limitations dans la reconceptualisation du droit de propriété 490
A. Le choix de la méthode : définition *versus* conceptualisation 490
B. La proposition : les limitations, contenants du droit de propriété 493
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 497
CONCLUSION DU TITRE 2 498
CONCLUSION DE LA PARTIE 2 499

CONCLUSION GÉNÉRALE 501

BIBLIOGRAPHIE 507

INDEX 585

TABLE DES MATIÈRES 589